

Serie: Deutsche Rechtsliteratur: aktuelle Beiträge
Band 2

Zusammengestellt und eingeleitet von Wilfried Bergmann

Völkerrecht

Bearbeitet von

Wolfgang Graf Vitzthum
Michael Bothe **Rudolf Dolzer**
Marcel Kau **Eckart Klein**
Philip Kunig **Alexander Proelß**
Stefanie Schmahl **Meinhard Schröder**

Übersetzung ins Russische
2. Auflage

Die Herausgabe dieses Bandes wurde möglich durch die Unterstützung:
Programm „Modernisierungspartnerschaft“ des Petersburger Dialoges
Freundeskreis der Universität Trier
Freundeskreis der Universität Tübingen



Moskau
Infotropic Media 2015

Серия
Германская юридическая литература: современный подход
Книга 2

Составитель и издатель серии профессор Вильфрид Бергманн

Международное право

Авторы:

Вольфганг Граф Витцтум
Михаэль Боте **Рудольф Дольцер**
Марсель Кау **Эккарт Кляйн**
Филип Куниг **Александр Прёльсс**
Штефани Шмаль **Майнхард Шрёдер**

Перевод с немецкого
2-е издание

Издание осуществлено при поддержке
Петербургского диалога в рамках программы «Партнерство в сфере модернизации»
Общества друзей университета г. Трир
Общества друзей университета г. Тюбинген



Москва
Инфотропик Медиа 2015

УДК 341
ББК 67.9
М43

Перевод: Наталья Спица.

М43 **Международное право** = Völkerrecht / Вольфганг Граф Витцтум [и др.] ; пер с нем., 2-е изд. / [В. Бергманн, сост.]. – М.: Инфотропик Медиа, 2015. — 1072 с. — (Германская юридическая литература: современный подход : серия ; Кн. 2). — Доп. тит. л. нем. – ISBN 978-5-9998-0200-2.

И. Витцтум, Вольфганг Граф.

Агентство СІР РГБ

Книга — 2-е издание, переработанное и дополненное (1-е изд. — 2011), перевода с немецкого языка самого авторитетного учебника по международному праву, изданного в Германии.

В книге рассматриваются отрасли, институты и основные понятия современного международного права в их развитии. Научное изложение базируется на важнейших нормативных материалах и документах, в том числе на действующих универсальных и региональных международных договорах, актах международных организаций и решений судебных учреждений.

Во 2-м издании учтены новые международные договоры, актуальная судебная практика и современные концепции и тенденции развития доктрины, а также расширен список литературы.

Для специалистов по международному праву. Рекомендуется также преподавателям, студентам и аспирантам по курсу «Международное право» высших юридических учебных заведений.

**УДК 341
ББК 67.9**

Все права защищены.

© В. Граф Витцтум и др., 2015

© Составитель и издатель серии –
В. Бергманн, 2015

© ООО «Инфотропик Медиа», 2015

© ООО «ИМ Диджитал Пабблишинг»,
оформл., 2015

ISBN 978-5-9998-0200-2

Подписано в печать 23.04.2015. Формат 60x90/16. Печать цифровая. Бумага офсетная.
Усл. печ. л. 67,00. Авт. л. 74,00. Гарнитура Times New Roman.
Заказ книг: +7 (495) 212-92-31, sales@infotropic.ru, http://shop.infotropic.ru

Titelblatt der deutschen Originalausgabe

Völkerrecht

Herausgegeben von

Wolfgang Graf Vitzthum, Alexander Proelß

6., neu bearbeitete Auflage

Bearbeitet von

Michael Bothe	Rudolf Dolzer
Marcel Kau	Eckart Klein
Philip Kunig	Alexander Proelß
Stefanie Schmahl	Meinhard Schröder
Wolfgang Graf Vitzthum	



DE GRUYTER

De Gruyter Recht · Berlin
2013

Предисловие ко 2-му изданию на русском языке

В 2011 г. в издательстве «Инфотропик Медиа» было опубликовано 1-е издание распространенного в немецкоязычных странах учебника «Международное право» на русском языке, которое снискало известность среди русскоязычных юристов-международников. В новом издании, как и в предыдущем, представлены общепризнанные источники и нормы международного публичного права, но на современном этапе развития, а также актуализирована терминология. В частности, учтены новые международные договоры, актуальная судебная практика и современные концепции и тенденции развития доктрины, а также расширен список литературы. Источники и нормы рассматриваются в рамках динамической дифференцированной системы международного права.

Читателям 2-го издания на русском языке, как и читателям 2-го издания на китайском языке, предлагается обзор современного международного права в одном томе, авторами которого являются профессора международного права, обладающие международной известностью и многолетним опытом научно-исследовательской деятельности. Подробно рассматриваются институциональное международное право, право международных и наднациональных организаций, и гуманитарное международное право, право вооруженных конфликтов. В этой связи большое внимание уделяется обеспечению мира, запрету применения силы и вмешательства во внутренние дела, праву на самооборону и системе коллективной безопасности в рамках ООН и региональных организаций. Кроме того, представлены такие аспекты, как государство и индивид как субъекты международного права, государственная территория и ее изменение, юрисдикция, идентичность, признание и правопреемство государств, в частности, вопросы сецессии, самоопределения народов и защиты меньшинств, международной защиты прав человека и статуса международных неправительственных организаций.

Также представлены такие темы, как «Пространство и экология», «Экономика и культура» и «Ответственность, урегулирование споров, санкции и иммунитет», включая ответственность за нарушения международного права. В общих чертах рассматриваются специальные разделы: международное экологическое право, международное морское право, международное авиационное и международное космическое право и право международной торговли. Для всех разделов большое значение имеют источники международного права, в особенности толкование, изменение и прекращение международных договоров, международная правоспособность, например, статус транснациональных корпораций, и взаимосвязь между международным правом, национальным конституционным правом и правом ЕС, а также имплементация международного права. Кроме того, учитывается история развития и изучения международного права.

Перевод данного учебника является продолжением важной традиции. В XX в. многочисленные немецкие учебники и монографии по международному праву переводились на русский язык. Одновременно немецкие читатели получили возможность ознакомиться с публикациями русскоязычных авторов по теории и практике международного права в немецком переводе. Обмен информацией, идеями и опытом поддерживался также в рамках контактов между юристами-международниками, сотрудничества по научно-исследовательским проектам и совместных конференций вузов, академий и научно-исследовательских институтов.

Перевод 2-го русского издания был полностью подготовлен ассессором права госпожой Натальей Спицей. Мы выражаем ей благодарность за высококвалифицированную и ответственную работу. Финансовую поддержку проекту оказали советы спонсоров университетов Трира и Тюбингена и, особенно, Ассоциация финансирования науки ФРГ в рамках программы «Партнерство для модернизации» Петербургского диалога. Мы также хотим поблагодарить профессора Вильфрида Бергманна, сопровождавшего подготовку как 1-го, так и 2-го русского издания, и включившего 2-е издание в свою серию публикаций «Германская юридическая литература: современный подход», и господина Хольгера Цшайге, издательство которого опубликовало 1-е и 2-е издания на русском языке.

Мы рассматриваем наш учебник как часть традиции научного и практического сотрудничества в сфере международного права между русскоязычными и немецкоязычными юристами и надеемся, что учебник будет способствовать развитию такого сотрудничества, повышению роли международного права в международных отношениях и уважению международного права как права, основанного на консенсусе и кооперации.

Франкфурт-на-Майне • Бонн • Констанц • Потсдам • Берлин • Трир •
Вюрцбург • Тюбинген
Октябрь 2014 г.

*Михаэль Боте • Рудольф Дольцер • Марсель Кау • Эккарт Кляйн
• Филип Куниг • Александер Прёльсс • Штефани Шмаль •
Майнхард Шрёдер • Вольфганг Граф Витцтум*

Авторы и краткое содержание

Предисловие ко 2-му изданию на русском языке	VI
Перечень сокращений.....	IX

Вольфганг Граф Витцтум Профессор Университета г. Тюбинген Первый раздел. Понятие, история и источники международного права	1
---	----------

Филип Куниг Профессор Свободного Университета г. Берлин Второй раздел. Международное право и внутригосударственное право	96
---	-----------

Марсель Кау Доцент Университета г. Констанц Третий раздел. Государство и индивид как субъекты международного права	208
---	------------

Эккарт Кляйн / Штефани Шмаль Профессор Университета г. Подсдам / Профессор, зав. кафедрой германского и международного публичного права Университета г. Вюрцбург Четвертый раздел. Международные и наднациональные организации	367
--	------------

Александр Прёльсс Профессор, зав. кафедрой публичного права Университета г. Трир Пятый раздел. Пространство и окружающая среда в международном праве	538
---	------------

Рудольф Дольцер Профессор Университета г. Бонн Шестой раздел. Экономика и культура	680
---	------------

Майнхард Шрёдер Профессор Университета г. Трир Седьмой раздел. Ответственность, международное уголовное право, разрешение споров и санкции.	807
---	------------

Михазль Боте Профессор Университета г. Франкфурт-на-Майне Восьмой раздел. Обеспечение мира и международной безопасности и право вооруженных конфликтов	889
---	------------

Алфавитно-предметный указатель	1027
---	-------------

Перечень сокращений

абз.	абзац
АКК	Административный комитет по координации
АКПЧ	Американская конвенция прав человека
АКТ	государства Африки, Карибского бассейна и Тихого океана
АМП	Ассоциация международного права
АНТКОМ	Конвенция о сохранении морских живых ресурсов Антарктики
АС	Африканский союз
АСЕАН	Ассоциация государств Юго-Восточной Азии
АХПЧН	Африканская хартия прав человека и народов
АЭС	Африканское экономическое сообщество
БАПОР	Ближневосточное агентство ООН для помощи палестинским беженцам и организации работ
ББР	бригада быстрого реагирования ООН
БК	Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений
ВАС	Восточноафриканское сообщество
ВДПЧ	Всеобщая декларация прав человека
ВКБ	Верховный комиссар ООН по делам беженцев
ВКДС	Венская конвенция о дипломатических сношениях
ВККС	Венская конвенция о консульских сношениях
ВКПМД	Венская конвенция о праве международных договоров
ВМО	Всемирная метеорологическая организация
ВОЗ	Всемирная организация здравоохранения
ВПП	Всемирная продовольственная программа
ВПС	Всемирный почтовый союз
ВСООНК	Вооруженные силы ООН по поддержанию мира на Кипре
ВСОП	Всемирная стратегия охраны природы
ВСП	валовой социальный продукт
ВТО	Всемирная торговая организация
ВТООН	Всемирная туристская организация
ВФДП	Всемирный фонд дикой природы
ГА	Генеральная Ассамблея ООН
ГАТС	Генеральное соглашение по торговле услугами
ГАТТ	Генеральное соглашение по тарифам и торговле
ДНЯО	Договор о нераспространении ядерного оружия
ЕАСТ	Европейская ассоциация свободной торговли
ЕЕА	Единый европейский акт
ЕКА	Европейское космическое агентство
ЕКТ	Европейская конвенция о гражданстве

Перечень сокращений

ЕКПЧ	Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод
ЕОУС	Европейское объединение угля и стали
ЕСАЭ	Европейское сообщество по атомной энергии
ЕСП	Европейское политическое сотрудничество
ЕСПЧ	Европейский суд по правам человека
ЕСХ	Европейская социальная хартия
ЭЭП	Европейское экономическое пространство
ЭЭС	Европейское экономическое сообщество
ЗЕС	Западноевропейский союз
ЗАЭВС	Западно-Африканский экономический и валютный союз
ИАТА	Международная ассоциация воздушного транспорта
ИКАО	Международная организация гражданской авиации
ИКСИД	Международный центр по урегулированию инвестиционных споров
ИМКО	Межправительственная морская консультативная организация (позже – ИМО)
ИМО	Международная морская организация (ранее – ИМКО)
ИМП	Институт международного права
ИНТЕЛСАТ	Международная организация спутниковой связи
ИФАД	Международный фонд сельскохозяйственного развития
ИФАР	Международный фонд для исследований в области искусства
ИЭЗ	исключительная экономическая зона
КБТ	Комитет ООН по борьбе с терроризмом
ККАБВ	Консультативный комитет ООН по административным и бюджетным вопросам
КЛДЖ	Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин
КМООНА	Контрольная миссия ООН в Анголе
КМП	Конвенция по морскому праву
КМРВЕ	Конгресс местных и региональных властей Европы
КОАТ	Конвенция о сохранении тюленей Антарктики
КОПУОС	Комитет по использованию космического пространства в мирных целях
КОСР	Конференция ООН по экологии и развитию
КПСООН	Колледж персонала системы ООН
КР	конференция по разоружению
КС	Конференция сторон
КПК	Комитет ООН по программе и координации
КРОМРА	Конвенция по регулированию освоения минеральных ресурсов Антарктики

КУР	Комиссия ООН по устойчивому развитию
КЭСКИП	Комитет по экономическим, социальным и культурным правам
МАГАТЭ	Международное агентство по атомной энергии
МАР	Международная ассоциация развития
МАРПОЛ	Международная конвенция о предотвращении загрязнения с судов
МБРР	Международный банк реконструкции и развития
МВФ	Международный валютный фонд
МГЭИК	Международная группа экспертов по изменению климата
МИГА	Многостороннее агентство по инвестиционным гарантиям
МИНУГUA	Контрольная миссия ООН в Гватемале
МКОСР	Международная комиссия по окружающей среде и развитию
МККК	Международный комитет Красного Креста
МКС	Международная космическая станция
МОДБ	Международная организация по делам беженцев
МОЗМ	Международная организация законодательной метрологии
МОМД	Международный орган по морскому дну
МООНБГ	Миссия ООН в Боснии и Герцеговине
МООНДРК	Миссия ООН по стабилизации в Демократической Республике Конго
МООННС	Миссия ООН по наблюдению в Сирии
МООНЛ	Миссия ООН в Либерии
МООНПВТ	Миссия ООН по поддержке в Восточном Тиморе
МООНСГ	Миссия ООН по стабилизации в Гаити
МООНЮС	Миссия ООН в Республике Южный Судан
МПГПП	Международный пакт гражданских и политических прав
МПЭСКИП	Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах
МС	Международный суд ООН
МСОТО	Международный союз официальных туристских организаций
МСТД	Международное соглашение по тропической древесине
МСЭ	Международный союз электросвязи
МТМП	Международный трибунал по морскому праву
МУС	Международный уголовный суд
МФК	Международная финансовая корпорация
МЧП	международное частное право
НАФТА	Североамериканская ассоциация свободной торговли
НАСА	Национальное управление по воздухоплаванию и исследованию космического пространства

Перечень сокращений

НАТО	организация Североатлантического договора
НПО	неправительственная организация
ОАГ	Организация американских государств
ОАЕ	Организация африканского единства
ОБСЕ	Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе
ОВБП	Общая внешняя политика и политика безопасности ЕС
ОВСЕ	обычные вооруженные силы в Европе
ОЕПБО	Общая политика безопасности и обороны ЕС
ОЕЭС	Организация европейского экономического сотрудничества (позже ОЭСР)
ОЗХО	Организация по запрещению химического оружия
ОИГ	Объединенная инспекционная группа
ОООНКИ	Операция ООН в Кот-д'Ивуаре
ООП	Организация освобождения Палестины
ОПЕК	Организация стран-экспортеров нефти
ОПР	Общая политика ЕС в области рыболовства
ОСВ	переговоры об ограничении стратегических вооружений
ОСП	общая система преференций
ОЭСР	Организация экономического сотрудничества и развития (ранее ОЕЭС)
ППМП	Постоянная палата международного правосудия
ППТС	Постоянная палата третейского суда
ПРООН	Программа развития ООН
РКИК	Рамочная конвенция ООН об изменении климата
РОР	региональные органы по рыболовству
РС	Римский статут
СААРК	Южно-Азиатская ассоциация регионального сотрудничества
СБ	Совет Безопасности
СЕВ	Совет административных руководителей системы ООН
СИТЕС	Конвенция о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения
СНВ	Договор о сокращении стратегических наступательных вооружений
СНГ	Содружество независимых государств
СНП	Договор о сокращении стратегических наступательных потенциалов
СПРООН	Силы превентивного развертывания ООН
СПСО	Сотрудничество полиции и судебных органов в уголовно- правовой сфере
СОИ	стратегическая оборонная инициатива США

СФОР	международные силы по стабилизации в Боснии и Герцеговине
СЭВ	Совет экономической взаимопомощи
ТГ	Третьейская группа ВТО
ТРИМС	Соглашение по инвестиционным мерам, связанным с торговлей
ТРИПС	Соглашение по торговым аспектам прав на интеллектуальную собственность
ТСООН	Трибунал по спорам ООН
УООН	Университет ООН
УСВН	Управление служб внутреннего надзора ООН
ФАО	Продовольственная и сельскохозяйственная организация ООН
ЦЕРН	Европейская организация по ядерным исследованиям
ЧВС	Чрезвычайные вооруженные силы ООН
ШС	Шенгенское соглашение
ЭКОВАС	Экономическое сообщество западноафриканских государств
ЭКОСОС	Экономический и Социальный Совет ООН
ЭСКЗА	Экономическая и социальная комиссия для Западной Азии
ЮНАМИД	Смешанная операция ООН и Африканского союза в Дарфуре
ЮНЕП	Программа ООН по окружающей среде
ЮНЕСКО	Организация ООН по вопросам образования, науки и культуры
ЮНИДИР	Институт ООН по исследованию проблем разоружения
ЮНИДО	Организация ООН по промышленному развитию
ЮНИДРУА	Международный институт по унификации частного права
ЮНИСЕФ	Международный чрезвычайный детский фонд ООН
ЮНИСФА	Временные силы ООН по обеспечению безопасности в Абьее
ЮНИТАР	Учебный и научно-исследовательский институт ООН
ЮНИТАФ	Объединенная оперативная группировка ООН в Сомали
ЮНКЛОС	Конференция ООН по морскому праву
ЮНКТАД	Конференция ООН по торговле и развитию
ЮНОСОМ	Операция ООН в Сомали
ЮНТАК	Временный орган ООН в Камбодже
ЮНСИТРАЛ	Комиссия ООН по праву международной торговли
ЮНЭЙДС	Объединенная программа ООН по ВИЧ/СПИД

Перечень сокращений

ADIM	Annales de Droit International Médical
ADM	Annuaire de Droit Maritime
AFDI	Annuaire Français de Droit International
Afr J Int'l & Comp L	African Journal of International and Comparative Law
AHRLJ	African Human Rights Law Journal
AIDI	Annuaire de l'Institut de Droit International
Air Force LR	Air Force Law Review
AJIA	Australian Journal of International Affairs
AJIL	American Journal of International Law
AJP	American Journal of Philology
ALJ	American Law Journal
Alberta LR	Alberta Law Review
AMUILR	American University International Law Review
AnnIDI	Annuaire de l'Institut de Droit International
Annuaire AAA	Annuaire de l'Association des Auditeurs et Anciens Auditeurs de l'Académie de Droit International
AnwBl	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
ArbuR	Arbeit und Recht
ArchVR/AVR	Archiv des Völkerrechts
ARIA	American Review of International Arbitration
Arizona JICL	Arizona Journal of International and Comparative Law
ASICL	Annual Survey of International & Comparative Law
ASIL (Proc)	American Society of International Law (Proceedings)
AUILR	American University International Law Review
AULR	American University Law Review
Austrian JPIL/AustrJIL	Austrian Journal of Public International Law
Austr Rev Int'l Europ Law	Austrian Review of International and European Law
Aus YBIL	Australian Year Book of International Law
AVR/ArchVR	Archiv des Völkerrechts
AWR Bull	Vierteljahresschrift für Flüchtlingsfragen
AYBIL	Australian Year Book of International Law
AYIL	African Yearbook of International Law
BAnz	Bundesanzeiger
BayGVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt für den Freistaat Bayern

BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebs-Berater
BCICLR	Boston College International and Comparative Law Review
BdiP	Blätter für deutsche und internationale Politik
BerDGVR	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BIICL	British Institute of International and Comparative Law
BJIL	Berkeley Journal of International Law
BNUB	Bureau des Nations Unies au Burundi
BR-Drs	Bundesratsdrucksache(n)
Brooklyn JIL	Brooklyn Journal of International Law
BT StenBer	Stenographische Berichte des Bundestages
BT-Drs	Bundestagsdrucksache(n)
BUILJ	Boston University International Law Journal
Bull BReg	Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung
Bull EG	Bulletin der Europäischen Gemeinschaften
BVerfG(E)	Bundesverfassungsgericht (Entscheidungen)
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG(E)	Bundesverwaltungsgericht (Entscheidungen)
BYBIL	The British Year Book of International Law
Cal LR	California Law Review
Cal Western ILJ	California Western International Law Journal
Cardozo LR	Cardozo Law Review
Cardozo JICL	Cardozo Journal of International and Comparative Law
CCLR	Carbon and Climate Law Review
Chicago-Kent LR	Chicago-Kent Law Review
Chinese JIL	Chinese Journal of International Law
Chinese YHR	Chinese Yearbook of Human Rights
CILSA	Comparative and International Law Journal of Southern Africa
CJIELP	Colorado Journal of International Environmental Law and Policy
CJIL	Chicago Journal of International Law

Перечень сокращений

CLP	Current Legal Problems
CMLR	Common Market Law Reports
CMLRev	Common Market Law Review
CoCoSL	Cologne Commentary on Space Law
Colum JEL	Columbia Journal of European Law
Colum J Transnat'l L	Columbia Journal of Transnational Law
Colum LR	Columbia Law Review
Connecticut JIL	Connecticut Journal of International Law
Cornell Int'l LJ	Cornell International Law Journal
CWRJIL	Case Western Reserve Journal of International Law
CYIL	Canadian Yearbook of International Law
CYILA	Chinese Yearbook of International Law and Affairs
DJCIL	Duke Journal of Comparative & International Law
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DtZ	Deutsch-deutsche Rechts-Zeitschrift
Duke LJ	Duke Law Journal
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
DVP	Deutsche Verwaltungspraxis
EA	Europa-Archiv
ECHR	Reports of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights
EFAR	European Foreign Affairs Review
EHRLR	European Human Rights Law Review
EHRR	European Human Rights Reports
EJIL	European Journal of International Law/Journal européen de droit international
EJLR	European Journal of Law Reform
EJM	Europäisches Journal für Minderheitenfragen
EJML	European Journal of Migration and Law
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
Emory ILR	Emory International Law Review
EPIL	Encyclopedia of Public International Law (Hrsg Bernhardt)
EPL	Environmental Policy and Law
ETS	European Treaty Series (с 2004 года: Council of Europe Treaty Series (vgl CETS))
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europa-Recht (Zeitschrift)
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

EWS	Europäisches Währungssystem/Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EYIEL	European Yearbook of International Economic Law
EYMI	European Yearbook of Minority Issues
F.Supp.	Federal Reporter Supplement
F2d	Federal Reporter, second series
FaF	Fish and Fisheries
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FCommLJ	Federal Communications Law Journal
Fordham ELR	Fordham Environmental Law Review
Fordham ILJ	Fordham International Law Journal
Fordham LR	Fordham Law Review
ForPol	Foreign Policy
FR	Frankfurter Rundschau
FW	Die Friedenswarte
FYIL	Finnish Yearbook of International Law
GAOR	Official Records of the General Assembly
Geo ILJ	Georgetown Immigration Law Journal
Geo LJ	Georgetown Law Journal
Georgetown JIL	Georgetown Journal of International Law
Georgia JICL	Georgia Journal of International and Comparative Law
GJIL	Georgetown Journal of International Law
GLJ	German Law Journal
GMBI	Gemeinsames Ministerialblatt
GoJIL	Göttingen Journal of International Law
GoldtA	Goldammers Archiv für Strafrecht
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWILR	George Washington International Law Review
GWUGSLR	George Washington University Global Studies Law Review
GYIL	German Yearbook of International Law (до 1977 года: JIR)
Harvard HRJ	Harvard Human Rights Journal
Harvard ILJ	Harvard International Law Journal
Harvard LR	Harvard Law Review
Hastings ICLR	Hastings International and Comparative Law Review
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts (hrsgg v Isensee/Kirchhof)

Перечень сокращений

HHRJ	Harvard Human Rights Journal
Hofstra LRev	Hofstra Law Review
Houston JIL	Houston Journal of International Law
HPCR	Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research
HRJ	Human Rights Journal
HRLJ	Human Rights Law Journal
HRLR	Human Rights Law Review
HRQ	Human Rights Quarterly
HRR	Human Rights Review
HV-I	Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften
HYBIL	Hague Year Book of International Law
ICJ Rep/ICJ Reports	International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders
ICLQ	The International and Comparative Law Quarterly
ICSID R-FILJ	International Centre for Settlement of Investment Disputes Review – Foreign Investment Law Journal
IHLS	International Humanitarian Legal Studies
IIHLY	International Institute of Humanitarian Law Yearbook
IJCL	International Journal of Constitutional Law
IJHR	International Journal of Human Rights
IJIL	Indian Journal of International Law
IJMGR	International Journal on Minority and Group Rights
IJRL	International Journal of Refugee Law
ILM	International Legal Materials
ILO	International Labour Organization
ILQ	International Law Quarterly
ILR	International Law Reports
ILS	International Law Studies
ILSA JICL	ILSA Journal of International and Comparative Law
IJHR	International Journal of Human Rights
IJIL	Indian Journal of International Law
Ind Q	Indian Quarterly
Indiana JGLS	Indiana Journal of Global Legal Studies
InfAuslR	Informationsbrief Ausländerrecht
Int Affairs	International Affairs
Int Affairs Bull	International Affairs Bulletin
Int'l L FORUM	International Law Forum
Int Peacekeeping	International Peacekeeping
Int Pol	Internationale Politik

Int Rel	International Relations
Int Rev Penal L	International Review of Penal Law
Int Spectator	International Spectator
IOLR	International Organizations Law Review
Iowa LR	Iowa Law Review
IPrax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IRD	Internationales Recht und Diplomatie
Is LR	Israel Law Review
IsLR	Israel Law Review
IsYHR	Israel Yearbook on Human Rights
ItYIL	Italian Yearbook of International Law
IYHR	Israel Yearbook on Human Rights
IYIL	Irish Yearbook of International Law
J Int'l Inst	Journal of the International Institute
J Int Arbitrat	Journal of International Arbitration
J Strat Stud	Journal of Strategic Studies
JAL	Journal of African Law
JCSL	Journal of Conflict and Security Law
JDI	Journal du Droit International
JEL	Journal of Eurasian Law
JHIL	Journal of the History of International Law
JICJ	Journal of International Criminal Justice
JIEL	Journal of International Environmental Law/ Journal of International Economic Law
JIR	Jahrbuch für Internationales Recht (jetzt GYIL)
JMR	Jahrbuch für Migrationsrecht
JöR (NF)	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (Neue Folge)
JR	Juristische Rundschau
JSL	Journal of Space Law
Jura/JURA	Jura – Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JWIT	Journal of World Investment and Trade
JWT	Journal of World Trade
JWTL	Journal of World Trade Law
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Law & Contemp Probs	Law and Contemporary Problems (Zeitschrift)
Leiden JIL	Leiden Journal of International Law

Перечень сокращений

Liverpool LR	Liverpool Law Review
LJ	Law Journal
LJR	Law & Justice Review
LNTS	League of Nations Treaty Series
LR	Law Review
MAI	Multilateral Agreement on Investment
Maine LR	Maine Law Review
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
Melb JIL	Melbourne Journal of International Law
Mich LR	Michigan Law Review
Michigan JIL	Michigan Journal of International Law
Mich SLR	Michigan State Law Review
Middle East J	Middle East Journal
Minnesota LRev	Minnesota Law Review
Minnesota JIL	Minnesota Journal of International Law
MJECL	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MJGT	Minnesota Journal of Global Trade
Mod LR	The Modern Law Review
MPEPIL	Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Hrsg Wolfrum)
MPYUNL	Max Planck Yearbook of United Nations Law
MRM	Menschenrechtsmagazin
NCJILCR	North Carolina Journal of International Law and Commerce Regulations
NdsVBI	Niedersächsische Verwaltungsblätter
New England ICLA	New England International and Comparative Law Annual
NILR	Netherlands International Law Review
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NordJIL	Nordic Journal of International Law
NordÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland
NordTIR	Nordisk Tidsskrift for International Ret
NQHR	Netherlands Quarterly of Human Rights
NRdT	Nouveau Recueil de Traités
NRG	Nouveau Recueil Général de Traités
NRJ	Natural Resources Journal
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NTIR	Netherlands Tijdschrift voor Internationaal Recht
NuR	Natur und Recht

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NY Times	New York Times
NYURev LSC	New York University Review of Law and Social Change
NYIL	Netherlands Yearbook of International Law
NYJILP	New York Journal of International Law and Politics
NYUEnvLJ	New York University Environmental Law Journal
NZIR	Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht
NZWehrr	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
ÖBGBI	Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich
OCMA	Ocean and Coastal Management
ODIL	Ocean Development and International Law
ÖHVR	Österreichisches Handbuch des Völkerrechts (hrsgg v Neuhold/Hummer/Schreuer)
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
ORIL	Oregon Review of International Law
OSCE Yearbook	Yearbook of the Organization for Security and Cooperation in Europe
OSZE – Jb	OSZE – Jahrbuch
ÖZöRV	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
Pace ILR	Pace International Law Review
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RBDI	Revue Belge de Droit International
RdC	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
RDI	Revue de Droit International, des Sciences Diplomatiques, Politiques et Sociales
RDILC	Revue de Droit International et de Législation Comparée
RDIMDG	Revue de Droit International Militaire et Droit de la Guerre
RECIEL	Review of European Community and International Environmental Law
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
Rev Egypt	Revue Egyptienne de Droit International
RevICR	Revue Internationale de la Croix Rouge
Rev Int Studies	Review of International Studies
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public

Перечень сокращений

RHDI	Revue Hellénique de Droit International
RIAA	Report of International Arbitral Awards
RIDA	Revue internationale de droit africain
RIDP	Revue Internationale de Droit Penal
RivDI	Rivista di Diritto Internazionale
RivDirProc	Rivista di Diritto Processuale
RIW/AWD	Recht der internationalen Wirtschaft, Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters (vgl BB)
RMC	Revue du Marché Commun
ROW	Recht in Ost und West
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RuP	Recht und Politik
San Diego ILJ	San Diego International Law Journal
SAYIL	South African Yearbook of International Law
Schw Zentrabl für Staats-	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht und Verwaltungsrecht
SFDI	Société française pour le droit international
Singapore YBIL	Singapore Year Book of International Law
SIPRI	Stockholm International Peace Research Institute
SJILC	Syracuse Journal of International Law and Commerce
SJIR	Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Southwestern JLTA	Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas
StWiss u StPr	Staatswissenschaft und Staatspraxis
Suff ULR	Suffolk University Law Review
SWP-Aktuell	Schriftenreihe der Stiftung Wissenschaft und Politik
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
Temple ICLJ	Temple International and Comparative Law Journal
Texas ILJ	Texas International Law Journal
TJICL	Tulane Journal of International and Comparative Law
TLCP	Transnational Law & Contemporary Problems
Tulsa J Comp & Int'l L	Tulsa Journal of Comparative and International Law
UCLA JILFA	UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs
UNYB	Yearbook of the United Nations

UPennJIEL	University of Pennsylvania Journal of International Economic Law
UPennJIL	University of Pennsylvania Journal of International Law
Utah LRev	Utah Law Review
UTR	Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts
Vanderbilt J Transnat'l L	Vanderbilt Journal of Transnational Law
VBIBW	Verwaltungsblätter Baden-Württemberg
Villanova LR	Villanova Law Review
VJIL	Virginia Journal of International Law
Vjschr f SozR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VRÜ	Verfassung und Recht in Übersee
VULR	Valparaiso University Law Review
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
West Virginia LR	West Virginia Law Review
Wisconsin ILJ	Wisconsin International Law Journal
WLR	Weekly Law Reports
WTR	World Trade Review
WUB	Kommentierende Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
Yale JIL	Yale Journal of International Law
Yale LJ	Yale Law Journal
YIHL	Yearbook of International Humanitarian Law
YBILC	Yearbook of the International Law Commission
YBWA	Yearbook of World Affairs
YEL	Yearbook of European Law
YIEL	Yearbook of International Environmental Law
YIHL	Yearbook of International Humanitarian Law
YIO	Yearbook of International Organizations
YPL	Yearbook of Polar Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZBJI	Zusammenarbeit (der EU-Staaten) in den Bereichen Justiz und Inneres
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZfSE	Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung

Перечень сокращений

ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIB	Zeitschrift für Internationale Beziehungen
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik
ZLR	Zeitschrift für Luftrecht (jetzt ZLW)
ZLW	Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht (früher ZLR)
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZRph	Zeitschrift für Rechtsphilosophie
ZSchwR	Zeitschrift für schweizerisches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZVR	Zeitschrift für Völkerrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

ПЕРВЫЙ РАЗДЕЛ

Понятие, история и источники международного права

Вольфганг Граф Витцтум

Оглавление (краткий обзор содержания по абзацам) Абзацы

Предварительные замечания	1
I. Понятие и сфера действия международного права	2– 87
1. Понятие и особенности международного права	2– 60
а) Подходы к определению понятия и связанные с этим проблемы	2
б) История формирования понятия и развитие международного права	9
в) Расширение сферы действия международного права	14
г) Комбинированное определение международного права	22
д) Отграничение от других разделов права	33
е) Международное право и европейское право	40
ж) Особенности международного права	45
2. Сфера действия, принципы и единство международного права	61– 87
а) Сфера действия	61
б) Принципы международного права	72
в) Единство международного права	80
II. История международного права и международное право как наука	88–112
1. История и исторический характер международного права	88–108
2. Международное право как наука	109–112
III. Источники международного права	113–159
1. Правовые источники и инструменты, перечисленные в ст. 38 Статута Международного суда ООН	113–147
а) Международные конвенции (право договоров)	113
б) Международные обычаи	131
в) Общие принципы права	142
г) Судебная практика, доктрина	147
2. Развитие, выходящее за рамки ст. 38 Статута Международного суда	148–153
3. Иерархия и кодификация источников права	154–159

Литература

- Dahm, Georg/Delbrück, Jost/Wolfrum, Rüdiger*, Völkerrecht, Bd I/1, 1989; Bd I/2 u Bd I/3, 2002 [*Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht]
- Doehring, Karl*, Völkerrecht, 2. Aufl 2004 [*Doehring*, Völkerrecht]
- Dörr, Oliver*, Kompendium völkerrechtlicher Rechtsprechung, 2004 [*Dörr*, Kompendium]
- Fastenrath, Ulrich*, Lücken im Völkerrecht. Zu Rechtscharakter, Quellen, Systemzusammenhang, Methodenlehre und Funktionen des Völkerrechts, 1991 [*Fastenrath*, Lücken]
- Grewe, Wilhelm (Hrsg), *Fontes Historiae Iuris Gentium*, Bd I, 1995; Bd II, 1988; Bd III/1, 1992; Bd III/2, 1992 [*Fontes*]
- ders*, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 2. Aufl 1988 [*Grewe*, *Epochen*]; engl Ausg 2000
- Ipsen, Knut*, Völkerrecht, 5. Aufl 2004 [*Ipsen*, Völkerrecht]
- Neuhold, Hanspeter/Hummer, Waldemar/Schreuer, Christoph (Hrsg), *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts*, Bde I u II, jeweils 4. Aufl 2004 [ÖHVR I, II]
- Preiser, Wolfgang*, *Macht und Ohnmacht in der Völkerrechtsgeschichte*, 1978 [*Preiser*, *Macht*]
- Schweisfurth, Theodor*, Völkerrecht, 2006 [*Schweisfurth*]
- Seidl-Hohenveldern (Hrsg), *Lexikon des Rechts. Völkerrecht*, 2. Aufl 1992 [*Lexikon Völkerrecht*]
- Simma, Bruno/Khan, Daniel-Erasmus/Nolte, Georg/Paulus, Andreas (Hrsg), *The Charter of the United Nations*, 2 Bde, 3. Aufl 2012 [*Simma*, *Charter UN*]
- Strupp, Karl/Schlochauer, Hans-Jürgen (Hrsg), *Wörterbuch des Völkerrechts*, 4 Bde, 1960–1962 [WVR]
- Tomuschat, Christian*, Stichwort «Völkerrecht», in: Roman Herzog u a (Hrsg), *Evangelisches Staatslexikon*, 3. Aufl 1987, Bd II, Sp 3875–3890 [*Tomuschat*, «Völkerrecht»]
- ders*, *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*, RdC 281 (1999) 9–438 [*Tomuschat*, *International Law*]
- Verdross, Alfred/Simma, Bruno*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl 1984 [*Verdross/Simma*]; Nachdruck 2010
- Wolfrum, Rüdiger (Hrsg), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 10 Bde, 2012 [MPEPIL]
- Ziegler, Karl-Heinz*, *Völkerrechtsgeschichte*, 2. Aufl 2007 [*Ziegler*, *Völkerrechtsgeschichte*]

Договоры*

Женевская конвенция об улучшении участи раненных на поле боя военнослужащих от 22.8.1864 (Schindler/Toman [Hrsg], *The Laws of Armed Conflicts*, 4. Aufl 2004, 365) 104

* Арабские цифры — номера абзацев.

- Первая Гаагская конвенция о мирном решении международных столкновений от 18.10.1907 (Fontes III/1, 558 bzw RGBI 1910, 5) 77
- Мирный договор с Германской империей от 28.6.1919 (Fontes III/2, 683) [Версальский договор] 73, 105
- Устав Лиги Наций от 28.6.1919 (RGBI 1919, 717) 53, 75, 105
- Договор об отказе от войны от 27.8.1928 (RGBI 1929 II, 97) [Пакт Брианна-Келогга] 52, 75
- Устав ООН от 26.6.1945 (BGBI 1973 II, 431), последние изменения от 28.8.1980 (BGBI 1980 II, 1252) [Устав ООН] 4, 14, 18, 20, 30, 45, 52, 59, 71, 106, 119, 144, 149
- Устав Международного суда от 26.6.1945 (BGBI 1973 II, 505) [Устав МС] 3, 10, 14, 18, 24, 110, 131, 143, 148, 154
- Женевская конвенция (I) об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях от 12.8.1949 (BGBI 1954 II, 783) 19
- Женевская конвенция (II) об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море от 12.8.1949 (BGBI 1954 II, 813) 19
- Женевская конвенция (III) об обращении с военнопленными от 12.8.1949 (BGBI 1954 II, 838) 19
- Женевская конвенция (IV) о защите гражданского населения во время войны от 12.8.1949 (BGBI 1954 II, 917) [Женевские конвенции Красного креста I–IV] 19
- Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4.11.1950 в редакции редакции Протокола от 17.5.2002 (BGBI 2002 II, 1054) [ЕКПЧ] 13, 46, 60, 107, 156
- Договор об учреждении Европейского экономического сообщества от 25.3.1957 (BGBI 1957 II, 766), действующий в настоящее время в редакции Договор о функционировании Европейского союза (консолидированная редакция: AB I EU 2010, Nr C 83/47) [ДФЕС] 40, 41, 42
- Европейская конвенция о мирном урегулировании споров от 29.4.1957 (BGBI 1961 II, 82) 77
- Женевская конвенция об открытом море от 29.4.1958 (BGBI 1972 II, 1089) 125
- Женевская конвенция о территориальном море и прилежащей зоне от 29.4.1958 (516 UNTS 205) 125
- Женевская конвенция о континентальном шельфе от 29.4.1958 (499 UNTS 311) 121, 125
- Женевская конвенция о рыболовстве и охране живых ресурсов открытого моря от 29.4.1958 (559 UNTS 285) 125
- Договор об Антарктике от 1.12.1959 (BGBI 1978 II, 1517) 20, 107
- Международный пакт о гражданских и политических правах от 19.12.1966 (BGBI 1973 II, 1534) [МПГПП]; 1-ый факультативный протокол (BGBI

- 1992 II, 1247); 2-ой факультативный протокол (BGBl 1992 II, 391) 4, 20, 60, 78, 83, 107
- Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах от 9.12.1966 (BGBl 1973 II, 1570) 3, 20, 60, 78, 83, 107
- Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела от 27.1.1967 (BGBl 1969 II, 1969) [Договор о космосе] 20, 29, 107, 137–140
- Договор о нераспространении ядерного оружия от 1.7.1968 (BGBl 1974 II, 786) и решение о бессрочном продлении действия договора согласно ст. X (абз. 2) от 11.5.1995 (BGBl 1995 II, 984) [ДНЯО] 20
- Брюссельская конвенция по вопросам юрисдикции и принудительном исполнении судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров от 27.9.1968 (BGBl 1972 II, 774), новая редакция от 26.5.1989 (BGBl 1994 II, 519) 35
- Венская конвенция о праве международных договоров от 23.5.1969 (BGBl 1985 II, 927) [Конвенция о ПМД] 13, 48, 73, 75, 114–132, 137, 142
- Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении договоров от 22.8.1978 (ILM 17 [1978] 1488) [WÜSV] 114
- Конвенция о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния от 13.11.1979 (BGBl 1982 II, 373) 20
- Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи от 11.4.1980 (BGBl 1989 II, 588; Berichtigung in: BGBl 1990 II, 1699) [КМКПТ] 34
- Конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам от 19.6.1980 (BGBl 1986 II, 809) 34
- Африканская хартия прав человека и народов от 27.6.1981 (ILM 21 [1982] 59) 11
- Конвенция ООН по морскому праву от 10.12.1982 (BGBl 1994 II, 1799) [SRÜ] 20, 29, 44, 60, 107, 118, 125, 148
- Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 10.12.1984 (BGBl 1990 II, 246) 13
- Венская конвенция об охране озонового слоя от 22.3.1985 (BGBl 1988 II, 901) 20
- Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями от 21.3.1986 (BGBl 1990 II, 1414) 114, 118
- Монреальский протокол по веществам, разрушающим озоновый слой, от 16.9.1987 (BGBl 1988 II, 1014; последние изменения: BGBl 1999 II, 2183) [Монреальский протокол] 20
- Договор о Европейском союзе от 7.2.1992 (BGBl 1992 II, 1253) в редакции от 13.12.2007 (консолидированная редакция: ABl EU 2010, Nr C 83/13) [Договор о ЕС] 34, 40, 41, 43, 44, 116

- Соглашение об учреждении Всемирной торговой организации от 15.4.1994 (BGBl 1994 II, 1441, 1625) [соглашение о ВТО] 44
- Римский статут Международного уголовного суда от 17.7.1998 (BGBl 2000 II, 1394) 36
- Хартия основных прав ЕС от 7.12.2000 в редакции от 12.12.2007 (ABl. EU 2010, Nr C 83/389) [GRC] 40, 42

Судебная практика

Постоянная палата международного правосудия

- Решение по делу о судне «Уимблдон» (*S. S. Wimbledon*) (Франция, Великобритания, Италия, Япония, при участии Польши, против Германии), от 17.8.1923, PCIJ, Ser A, No 1 [*дело о судне «Уимблдон»*] 73
- Решение по делу о судне «Лотус» (*Lotus*) (Франция против Турции) от 7.9.1927, PCIJ, Ser A, No 10 [*дело о судне «Лотус»*] 49, 50, 111
- Решение по делу о сербских займах (Франция против Сербии) от 12.7.1929, PCIJ, Ser A, No 20 [*дело о сербских займах*] 34
- Решение по делу о правовом статусе Восточной Гренландии (Дания против Норвегии) от 5.4.1933, PCIJ, Ser A/B, No 53 [*дело о Восточной Гренландии*] 142

Международный суд

- Консультативное заключение по делу о возмещении за увечья, понесенные на службе ООН, от 11.4.1949, ICJ Reports 1949, 174 [*Бернадот (Bernadotte)*] 39, 120
- Решение по делу об убежище (Колумбия против Перу) от 20.11.1950, ICJ Reports 1950, 266 [*дело об убежище*] 131
- Решение по делу о праве прохода через территорию Индии (предварительные возражения) (Португалия против Индии) от 26.11.1957, ICJ Reports 1957, 142 [*дело о праве прохода через территорию Индии*] 124
- Решение по делу о храме Преах-Вихеар (существо спора) (Кампучия против Таиланда) от 15.6.1962, ICJ Reports 1962, 6 [*дело о храме Преах-Вихеар*] 142
- Решения по делам о континентальном шельфе Северного моря (ФРГ против Дании; ФРГ против Нидерландов) от 20.2.1969, ICJ Reports 1969, 3 [*дело о континентальном шельфе Северного моря*] 139
- Решение по делу о компании «Барселона Трэкшн, Лайт энд Пауэр Лимитед» (*Barcelona Traction, Light and Power Co, Ltd*) (вторая стадия) (Бельгия против Испании) от 5.2.1970, ICJ Reports 1970, 3 [*дело Барселона Трэкшн*] 21, 120
- Решения по делам о ядерных испытаниях (Австралия против Франции; Новая Зеландия против Франции) от 20.12.1974, ICJ Reports 1974, 253 und 457 [*дело о французских ядерных испытаниях*] 149

- Решение по делу, касающемуся дипломатического и консульского персонала США в Тегеране, (США против Ирана) от 24.5.1980, ICJ Reports 1980, 3 [*дело о тегеранских заложниках*] 54
- Решение по делу о военных действиях и действиях военного характера в Никарагуа и против Никарагуа (существо спора) (Никарагуа против США) от 27.6.1986, ICJ Reports 1986, 14 [*дело о Никарагуа*] 54, 76, 131
- Решение по делу о территориальном споре (Ливия против Чада) от 3.2.1994, ICJ Reports 1994, 6 [*дело о полосе Аозу*] 123
- Решение по делу о Восточном Тиморе (Португалия против Австралии) от 30.6.1995, ICJ Reports 1995, 89 [*дело о Восточном Тиморе*] 120
- Постановление по заявлению о пересмотре решения от 20.12.1974 по делу о ядерных испытаниях в соответствии с § 63 (Новая Зеландия против Франции) от 22.9.1995, ICJ Reports 1995, 288 [*пересмотр решения по делу о французских ядерных испытаниях*] 149
- Консультативное заключение по делу о правомерности угрозы применения или применения ядерного оружия от 6.7.1996, ICJ Reports 1996, 226 [*консультативное заключение о ядерном оружии*] 50, 132, 150
- Решение по делу, касающемуся применения Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, (Босния-Герцеговина против Югославии) от 11.7.1996, ICJ Reports 1996, 594 [*первое решение по делу о конвенции о геноциде*] 120
- Решение по делу, касающемуся нефтяных платформ, (предварительные возражения) (Иран против США) от 12.12.1996, ICJ Reports 1996, 803 [*дело о нефтяных платформах*] 123
- Решение по делу об острове Касикили/Седуду (Ботсвана против Намибии) от 13.12.1999, ICJ Reports 1999, 1045 [*дело об острове Касикили/Седуду*] 123, 155
- Консультативное заключение по делу о последствиях строительства стены на Оккупированной палестинской территории от 9.7.2004, ICJ Reports 2004, 136 [*консультативное заключение о стене*] 120
- Решение по делу, касающемуся применения Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, (Босния-Герцеговина против Сербии и Черногории) от 26.2.2007, ICJ Reports 2007, 43 [*второе дело о конвенции о геноциде*] 120
- Решение по делу, касающемуся юрисдикционных иммунитетов государств, (ФРГ против Италии) от 3.2.2012, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>> [*дело о юрисдикционном иммунитете государств*] 45

Постоянная палата третейского суда

- Решение о выплате России репараций от 11.11.1912, RIAA XI, 421 [*спор между Россией и Турцией 1912 г.*] 142

Суд ЕС

- Решение от 15.7.1964, Rs 6/64, Slg 1964, 1251 [*Коста (Costa) против ENEL*] 40
- Решение от 17.12.1970, Rs 11/70, Slg 1970, 1125 [*Учреждение по ввозу и хранению зерновых против Кестера*] 43
- Решение от 31.3.1971, Rs 22/70, Slg 1971, 263 [*AETR*] 44
- Решение от 4.12.1974, Rs 41/74, Slg 1974, 1337 [*Ван Дейн (Van Duyn) против Министерства внутренних дел Великобритании*] 42
- Решение от 19.1.1982, Rs 8/81, Slg 1982, 53 [*Беккер (Becker)*] 42
- Решение от 19.11.1991, Rs C-6/90 und C-9/90, Slg 1991, I-5357 [*Франкович (Francovich) и другие*] 42
- Решения от 5.3.1996, Rs C-46/93 und C-48/93, Slg 1996, I-1131 [*Брассери дю пешер (Brasserie du pêcheur) и Фэктортейм (Factortame)*] 42
- Решения от 8.10.1996, Rs C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, Slg 1996, I-4867 [*Дилленкофер (Dillenkofer) и другие*] 42
- Решение от 22.10.1998, Rs C-10-22/97, Slg 1998, I-6307 [*Министерство финансов Италии против IN. CO. GE'90 Srl и других*] 43

Федеральный конституционный суд ФРГ

- Постановление от 18.10.1967, BVerfGE 22, 293 [*постановление ЕС*] 40, 43
- Постановление от 4.5.1971, BVerfGE 31, 58 [*испанец*] 34
- Постановление от 8.4.1987, BVerfGE 75, 223 [*ЕЭС*] 42, 43
- Решение от 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 [*Маастрихт*] 42, 43
- Постановление от 7.6.2000, BVerfGE 102, 147 [*рынок бананов*] 43
- Решение от 18.7.2005, BVerfGE 113, 273 [*европейский ордер на арест*] 43
- Решение от 30.6.2009, NJW 2009, 2267 [*Лиссабон*] 43

Предварительные замечания

- 1 Предмет и границы международного права как раздела права сложно определить. Оспаривалось даже, что международное право является *правом*¹. И хотя авторы данного учебного пособия, основываясь на практике и господствующей доктрине², не сомневаются в правовом характере международного права, вопросы об *особенностях понятия международного права и его структуры* требуют отдельного рассмотрения (см. абз. 2 и след.). С определением и квалификацией международного права тесно связаны вопросы *сферы его действия и значимости, его основных принципов и его единства* (см. абз. 61 и след.). Для того чтобы найти ответы на эти основополагающие вопросы и постичь сущность современного международного права, необходимо также рассмотреть *историю* международного права и роль *правоведения* в развитии международного права (см. абз. 88 и след.). Для понимания сущности и действия международного права необходимо прежде всего рассмотреть его *правовые источники*, особенно право договоров (см. абз. 113 и след.).

I. Понятие и сфера действия международного права

1. Понятие и особенности международного права

а) Подходы к определению понятия и связанные с этим проблемы

- 2 Несмотря на то, что ст. 25, 59 (абз. 1 предл. 1) и 100 (абз. 2) Основного закона ФРГ содержат понятие международного права, общепризнанной дефиниции международного права не существует. Определение понятия, основанное на источниках, субъектах или предметах регулирования, *рассматриваемых в отдельности*, не является адекватным. Только *комбинация* этих аспектов является достаточной основой для определения понятия (см. абз. 22 и след.).
- 3 Во-первых, если ориентироваться *только* на *правовые источники* международного права, очевидно, что определение основано на порочном круге как логическом приеме. Действие международного права предполагает существование правопорядка, устанавливающего его правовые источники и их юридическую силу. Статья 38 (абз. 1) Статута Международного суда, которая регулирует применимое при разрешении спора право (право международных договоров, международное обычное право, общие принципы

¹ Оспаривается, например: *Austin*, Lectures on Jurisprudence, or the Philosophy of Positive Law, Bd I, 5. Aufl (hrsgg v Campbell) 1911, 182: «laws improperly so called»; *Zemanek*, The Legal Foundation of the International System, RdC 266 (1997-IV) 9 (37f); *Steiger*, Völkerrecht, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg), Geschichtliche Grundbegriffe, Bd 7, 1992, 97ff.

² Возможность принудительного исполнения нормы не является обязательной характеристикой права. Действие нормы не зависит от возможности его принудительного исполнения. Даже если право трудно реализовать, оно не перестает быть правом.

права), не разрешает проблему, поскольку в этом положении не указаны источники этих источников права.

Во-вторых, если за основу определения принять его *субъекты*, очевидно, что, вопреки обозначению «международное право» (нем. *Völkerrecht*), речь не идет о «праве народов» (или наций). В других языках, в отличие от немецкого, несостоятельность такого определения отразилась на терминологии. В них традиционный термин (*law of nations /droit des gens /diritto delle genti*) заменен новым (*public international law, droit international public, diritto internazionale pubblico*). Только отдельные аспекты международного права, например, право на самоопределение³, адресованы непосредственно народам и предоставляет им частичную международную правосубъектность, но в качестве коллективного, а не индивидуального права (синоним: субъект международного права или международная правоспособность). Только в формулировке уставов, а не по существу народы или нации играют важную роль в международных организациях, таких как Лига Наций⁴ и Организация Объединенных Наций (ООН)⁵, имеющих основополагающее значение для действия и развития международного права. В принципе, международное право ориентировано на *государства*. Государство как территориально ограниченное и исторически конкретное образование, обладающее стабильной внутренней организацией, отражающее концентрацию власти и обеспечивающее интересы населения, в том числе на *международном* уровне, по-прежнему является основным субъектом международного правопорядка, необходимым

4

³ См.: Tomuschat (Hrsg), *Modern Law of Self-Determination*, 1993; Neuhold/Simma (Hrsg), *Neues europäisches Völkerrecht nach dem Ende des Ost-West-Konfliktes?*, 1996, 16ff и 43ff (*Thürer*); Heintze, in: *Ipsen*, *Völkerrecht*, § § 27ff. Право на самоопределение является коллективным правом народов, см. ст. 1 Пактов ООН о правах человека 1966 г.

⁴ Название «Лига Наций» («Société des Nations») впервые использовал *де Ваттель*: «... выйти из незаконного состояния дикости и объединиться в Лиге Наций, от которой каждое, даже самое малое государство может ожидать безопасности и соблюдения своих прав [...] только от этой великой Лиги Наций..., от сконцентрированной в ней власти и на основании решений, принимаемых по законам общей воли». См.: *de Vattel*, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, 1758. В 1774 г. была опубликована монография *Канта*: *Kant*, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht (in: ders, Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik*, 1964, 31 [41ff]). В работе «К вечному миру» (*Zum ewigen Frieden*, 1795 (ebd, 193 ff.)) *Кант* постулирует: «Международное право должно быть основано на федерации свободных государств», на «лиге наций». При учреждении Лиги Наций в 1919 г. в соответствии с «Четырнадцатью пунктами» президента США *Вильсона* было целенаправленно выбрано это название. Оно также распространялось на колонии.

⁵ См. Преамбулу Устава ООН: «*Мы, народы Объединенных Наций ... решили объединить наши усилия ... Согласно этому наши соответственные правительства ... согласились принять настоящий Устав ...*». Основой явилась подписанная 1 января 1942 г. 26 государствами *Совместная декларация Объединенных Наций*, которая, в свою очередь, была использована как политическая подоплека для создания военного альянса, созданного США на основании Атлантической хартии от 14 августа 1941 г.

для создания, развития и исполнения международного права. Глобально признанной *наднациональной* верховной власти не существует. Поэтому международный правопорядок имеет *координационную*, а не *субординационную*, т. е. «горизонтальную», а не «вертикальную» структуру.

5 Международное право, в первую очередь, является правопорядком *межгосударственных* отношений. Еще «классическое» международное право, сформировавшееся в результате европейских мирных конференций в период между Вестфальским миром 1648 г. и Венским и Берлинским конгрессами 1818 и 1878 гг., являлось правопорядком, регулирующим отношения между государствами⁶. Исключением из ориентации международного права на государства являются традиционные примеры Святейшего Престола⁷ и Суверенного Мальтийского рыцарского ордена⁸, а в новейшее время — Международного Комитета Красного Креста (МККК)⁹, повстанцев и стабилизированных режимов де-факто¹⁰, и частично — индивидов (государства признают человека в качестве субъекта права на основании обязательств по соблюдению прав человека, в результате чего международное право приобретает индивидуально-правовые аспекты), а также международных (например, ООН, НАТО, Совет Европы) и наднациональных организаций (например, Европейское сообщество, а с 1.12.2009 г. — Европейский союз).

6 Определение международного права как *межгосударственного* права означает, что государства являются его основными авторами, адресатами и действующими лицами. Государства являются не искусственными образованиями, созданными на основании права, а реальными властными структурами, существующими во времени и пространстве. Принцип суверенитета, основополагающий для международного права, реалистичен, поскольку он ориентирован на государства, которые формируются самостоятельно (первичные субъекты международного права), а не на народы, нации, международные организации или человечество. Значение негосударственных субъектов международного права, в частности, ООН как всемирной организации

⁶ *Grewe, EPOCHEN*, 323ff, 499ff. В рамках борьбы за объединение Италии Манчини, напротив, выдвигал требование о том, что международное право должно ориентироваться на *нации* как реально существующие образования, см.: *Mancini, Diritto internazionale*, 1873, 5ff.

⁷ Еще до потери папской области (30 сентября 1870 г.) Святейший Престол, несмотря на отсутствие «населения государства», был признан (первичным) субъектом международного права. Он участвовал в формировании важных международно-правовых институтов, в частности, дипломатического права и международного арбитража.

⁸ См.: *Fischer/Köck, Allgemeines Völkerrecht*, 6. Aufl 2004, 198 ff., 239 ff.

⁹ См.: *Epping, in: Ipsen, Völkerrecht*, § 8 Rn 6.

¹⁰ Режимы де-факто выполняют задачи, подобные государственным. Они могут потребовать от третьих лиц признания их территориального статуса и их власти, но, в свою очередь, обязаны соблюдать, в частности, запрет на применение силы и вмешательство.

для поддержания мира и Европейского союза как союза государств, возрастает. Однако государства по-прежнему остаются *властителями международного правопорядка*. В этом позиции позитивистов, правоведов-реалистов и приверженцев идеи суверенитета совпадают с мнением представителей идеализма в международно-правовой доктрине. Несмотря на большое количество международных и транснациональных политических процессов, политика, в существенной степени, до сих пор осуществляется в государствах и в отношениях между государствами. Ни создания всемирного государства, ни автономии международного права от государств не предвидится¹¹.

В-третьих, если для установления определения международного права исходить из *предмета регулирования*, речь идет о *праве, регулирующем суверенные отношения между субъектами международного права*. Международное право не только определяет свои правовые источники, субъекты и сферу действия самостоятельно, ограничиваясь от национального права. Оно также регламентирует статус и использование пространства, защиту человека, окружающей среды и ресурсов, а также трансграничные экономические и культурные связи. Кроме того, предметами регулирования являются санкции и урегулирование споров, а также ответственность государств и применение принудительных мер в целом, включая международное уголовное право, запрет на применение силы и запрет на вмешательство во внутренние дела государства, военное право и право на нейтралитет. Перечисленные проблемы составляют предмет рассмотрения разделов 2–8 настоящего учебного пособия и являются политическими, а часто от них даже зависит выживание человечества. Поэтому международное право также является политическим правом¹².

В соответствии со своими целями и тенденциями развития международное право образует формальные рамки не только для регулирования взаимоотношений, в которых каждая сторона преследует собственные интересы, но и для создания баланса между интересами разных государств¹³. Оно

¹¹ Тавтологическим также является подход к определению понятия, основанный *только* на субъектах международного права (международное право как совокупность правовых норм, регулирующих отношения между субъектами международного права). Вопрос о том, какие субъекты являются субъектами международного права, почему, например, государства (изначально) обладают международной правоспособностью, а международные организации ей не обладают, регулируются международным правом, т. е. тем правопорядком, определение которого необходимо сформулировать.

¹² Определение, основанное только на предмете регулирования, также следует логике порочного круга. Определение того, что является «международным», т. е. изначально не относится к сфере национального государства, предполагает существование права, которое разграничивает сферы деятельности и закрепляет соответствующие правила, например, принцип «невмешательства в дела, по существу входящие во внутреннюю компетенцию любого государства» (ст. 2 (абз. 7) Устава ООН).

¹³ Согласно М. Хуберу международное право является «правовым отражением стабильных коллективных интересов государств», т. е. их общих преимуществ, см.:

содержит информацию о том, что следует считать справедливым в связи с определенным предметом регулирования и что способствует поддержанию мира: например, запрет рабства, пиратства, пыток, агрессивной войны, расхищения природных ресурсов, а также соблюдение прав человека, защита от дискриминации, развитие солидарности и поддержание стабильности. Таким образом, международное право является *материальным правом, основанным на ценностях*. Это свойственно любому правопорядку, поскольку право всегда зависит от переоценки ценностей, которая может развиваться в опасном направлении, и находится под угрозой идеологизации. История международного права отражает взлеты и падения традиционных ценностей. Установление всеобщего единого материально-правового порядка возможно только в узких областях в силу неоднородности ценностных установок, культурных и религиозных представлений. Устав ООН, провозглашая цели и принципы, исходит из наличия *общего интереса* в том, чтобы реализовать правопорядок, способствующий защите и развитию этих ценностей.

б) История формирования понятия и развитие международного права

- 9 *История* формирования понятия способствует углублению знаний об источниках, субъектах и предметах регулирования международного права. Международное право развивалось¹⁴ из римского и средневекового *ius gentium* (права народов), *ius inter gentes* (праву между народами) эпохи доминирования Испании (1494–1648 гг.) и *межгосударственного* права французской эпохи (1648–1815 гг.), также развивавшемся исключительно в Европе, вплоть до современного *международного публичного права*¹⁵. Оно формировалось под влиянием «Европейского концерта» (1815–1918 гг.), а в межвоенное время и в период Второй мировой войны (1919–1945 гг.) под воздействием

Max Huber, Die soziologischen Grundlagen des Völkerrechts, 1928 (Erstdruck 1910), 10. К вопросу об «этической основе» этого правопорядка см. *Kadelbach*, Ethik des Völkerrechts unter den Bedingungen der Globalisierung, ZaöRV 64 (2004) 1 (15ff). Она направлена на «совместные ценности и интересы» см.: *Payandeh*, Internationales Gemeinschaftsrecht, 2010, 61ff; *Cremer*, Völkerrecht – alles nur Rhetorik?, ZaöRV 67 (2007) 695ff. Skeptisch *Goldsmith/Posner*, The Limits of International Law, 2005.

¹⁴ Подробнее см.: *Grewé*, Epochen; *Steiger* (сноска 1) 100ff; *Ziegler*, Völkerrechtsgeschichte, 1994. Для этих (немецких) авторов современное международное право является результатом созданной в Европе системы государств и правовой системы нового времени. Критически рассматривает «европоцентризм», например, индийский автор Ананд. См.: *Anand*, Origin and Development of the Law of the Sea, 1984. О правах человека см. примеч. 206 в наст. разд.

¹⁵ См.: *Preiser*, Macht, 105ff, 127ff. Процесс универсализации начался с момента приема Турции в «Европейский концерт». До этого два других нехристианских государства, Китай (1842 г.) и Япония (1854 г.), были включены в создаваемое всемирное общество государств.

Лиги Наций и под влиянием Европы и США. После 1945 г., десятилетий противостояния Востока и Запада («холодной войны») и постколониальных конфликтов между Югом и Севером международное право развивалось под влиянием ООН, в условиях усиления ислама и позиций Китая, а также постсоциалистического *переходного процесса* в Евразии, начавшегося в 1989/1990 г. Понятие «право народов» впервые использовалось в XVI в.¹⁶ В античный период понятие *ius gentium* обозначало общее право для народов и индивидов¹⁷. Испанский схоласт позднего времени *Франсиско де Витория* (1486–1546 гг.) был первым, кто ограничил понятие *ius inter gentes*¹⁸. Окончательная трансформация понятия в «право народов» произошла в XVIII в.¹⁹

Понятие *ius publicum Europaenum*, «европейское публичное право», появившееся не позже заключения Вестфальского мира (1648 г.), соответствовало распространенному в то время европоцентризму в международном праве. основополагающим был христианско-европейский состав «семьи народов». Их внутренние конфликты составляли важнейший предмет регулирования. Главной целью было установление баланса интересов. Хотя державы продолжали отстаивать свои интересы с помощью войн, появилась возможность регулирования межгосударственных отношений на основании международного права. Принадлежность к кругу *цивилизированных наций* (Декларация о прекращении торговли неграми 1815 г., ст. 38 (абз. 1 с) Статута МС), а также соответствие критериям современного государства и общества

10

¹⁶ *Ius gentium* являлось противоположностью *ius civile*, римского права для римлян. Оно произошло из права, регулирующего положение иностранцев, являлось римским правом для неримлян и, таким образом, правом для международной торговли. После устранения национальных особенностей осталось представление об общем праве. *Ius gentium* как право, действующее в отношении всех людей, впервые упомянуто *Цицероном* и заимствовано авторами юридической литературы и классиками более позднего времени. Понятие, получившее системное развитие, применяется в трех значениях: для институтов частного права; для социальных феноменов, общих для всех людей, и для *межгосударственного публичного права*, которое в немецком языке до сих пор называется «правом народов».

¹⁷ Предпосылка общности: *naturalis ratio*.

¹⁸ См.: *de Vitoria*, *De Indis recenter inventis et de jure belli hispanorum in barbaros*. Relectiones, 1539, dt 1952, 3. Teil, Nr 2: «Quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit, vocatur ius gentium» (о замене дефиниции «homines» понятием «gentes» см.: *Soder*, *Die Idee der Völkergemeinschaft*, 1955, 66ff). Позже испанский иезуит *Суарес* (*Suarez*) (1548–1617), голландский гуманист *Гуго Гроций* (*Hugo Grotius*) (1583–1645) и представитель теории естественного права *Самуэль Пуфендорф* (*Samuel Pufendorf*) (1632–1694) создали произведения, внесшие значительный вклад в развитие международного права. Структура и перспективы международного права отражены в систематизации, предпринятой Гуго Гроцием в его монографии «*De jure belli ac pacis libri tres*» 1625.

¹⁹ Международное право — это «правопорядок государств, включающих в себя народы как форму организации их политического существования». См.: *Ipsen*, in: *ders*, *Völkerrecht*, § 1 Rn 5.

определялись с европейской точки зрения²⁰. Критерии для определения культуры, прогресса и международной правосубъектности были «европейскими». Такой подход, дискриминирующий неевропейские народы, был основан на том, что «право на распространение цивилизации» признавалось только за европейцами, что исключало регулирование отношений на основании взаимности. Этот аргумент использовался для «легитимации» колониального господства. Благодаря достижениям в науке и технике, в XIX в. роль европоцентризма в усилении влияния государств европейско-североамериканского типа, основанных на суверенитете народа, разделении властей и предоставлении прав и свобод, возросла.

- 11 Характерное для начала XIX в. отождествление европейской цивилизации с сообществом, определяющим международное право, ограничивает представление о международном праве. В течение XX в. постоянно возрастало *внеевропейское* влияние на источники, субъекты и предметы регулирования международного права. Важными стимулами для развития международного права²¹ послужили социальные и культурные контакты и установление баланса интересов с коренными народами, а также регулирование взаимоотношений между колониальными державами, в частности, в связи с установлением правового статуса территорий колоний²². Таким образом, международное право стало правопорядком, который в основном регулирует взаимоотношения между образованиями, *отличающимися* друг от друга в политическом, экономическом, культурном и религиозном отношении. Если учесть, какую важную роль в политике и развитии международного права играют латиноамериканские, арабские страны и страны Юго-восточной Азии, в особенности Индия, Япония и Китай, становится очевидным, что универсальное международное право восприняло также неевропейские идеи²³. Это подтверждает

²⁰ С античных времен иностранцев традиционно именовали «дикарями» или «варварами». В процессе колонизации такой подход позволял «обращать в истинную веру» во имя креста или «обращать к цивилизации» во имя «прогресса», а собственно поработать. См.: *Steiger* (сноска 1) 119ff, 132f.

²¹ К вопросу о европоцентризме см.: *Tryvol y Serra*, *Die Entstehung der Weltstaatengesellschaft unserer Zeit*, 1963, 74f. Согласно Греве «Европоцентристский» способ развития международного права нового времени является ... лишь адекватным отражением того, что Европа была «континентом происхождения» (*Rivier*) современного международного права и сформировала его характер и содержание». См.: *Grewe*, *Vom europäischen zum universellen Völkerrecht*, *ZaöRV* 42 (1982) 449 (477). Сходная точка зрения *Onuma*, *A Transcivilizational Perspective on International Law*, 2010, 46ff.

²² Фиш различает правоотношения между «европейскими и неевропейскими государственными образованиями» и между «европейскими державами в отношении неевропейских территорий». См.: *Fisch*, *Die europäische Expansion und das Völkerrecht*, 1984 (37ff, 45ff).

²³ К вопросу об актуальной концепции «Подходы стран третьего мира к международному праву» (*Third World Approaches to International Law*) см. Fassbender/Aust (Hrsg), *Basistexte: Völkerrechtsdenken*, 2012, 17.

ет Африканская хартия прав человека и прав народов от 1981 г.²⁴, согласно которой *народы* наделены правом распоряжаться природными богатствами и правом на развитие. Если учесть, что во всем мире проживает более 5.000 коренных народов (более 300 млн человек) (например, эскимосы, папуасы, саами, маори и др.), многие из которых требуют самоуправления, а иногда — отделения территории, можно аппроксимировать, с какими значительными проблемами государствам придется столкнуться в будущем.

Помимо понятия и сущности международного права, важной темой является его *единство*, т. е. сохранение его универсальности и предотвращение отделения его подразделов. При определении понятия международного права и определении правовых источников, субъектов, предметов регулирования и механизмов принудительного исполнения следует учитывать фрагментацию, выделение отдельных подразделов. Выделение важных принципов, субъектов или предметов регулирования из сферы действия международного права противоречило бы функции международного права как глобального правопорядка, определяющего легитимацию и баланс интересов на основании консенсуса. Разработка *общих* правовых идей и соответствующих правовых положений, т. е. разработка доктрины интеграции международного права, является основной задачей правоправедения и правовой политики²⁵.

В соответствии с классификацией международного права по *сферам его действия* в дальнейшем будет представлено, прежде всего, *общее* международное право, т. е. право, действующее в отношениях между (почти) всеми субъектами международного права. К нему относится, в частности, *универсальное* международное обычное право. Кроме того, существует *партикулярное* международное право. Его нормы связывают обязательства только часть субъектов международного права. *Региональное* международное право является партикулярным международным правом, поскольку его положения действуют на географически ограниченной территории (например, Европейская²⁶ конвенция о защите прав человека и основных свобод (*ЕКПЧ*)²⁷.

²⁴ См.: Nowak, Afrikanische Charta der Rechte der Menschen und Völker, EuGRZ 1986, 675 mit dt Übersetzung; Umozurike, The African Charter on Human and Peoples' Rights, 1997. Многие государства и народы Третьего мира страдают, например, от разрушительных последствий спорного присвоения земельных участков и полезных ископаемых (*landgrabbing*).

²⁵ «Отсутствие ценностей» означало бы добровольный отказ от правового регулирования.

²⁶ В соответствии с преамбулой ЕКПЧ была заключена «правительствами европейских государств, движимыми единым стремлением ... сделать первые шаги на пути обеспечения коллективного осуществления некоторых из прав, изложенных во *Всеобщей декларации*».

²⁷ ЕКПЧ применяется на территории от Рейкьявика до Владивостока, от Порто-Дьярбакира в отношении 800 млн человек. ЕКПЧ действует и за пределами Европы, поскольку она распространяется на Россию (с 1998 г.) и Турцию (с 1954 г.), только часть территории которых находится в Европе, и на Кипр, который

Поскольку международный договор не может создавать обязательства или права для третьих государств без их согласия (ст. 34 Венской конвенции о праве международных договоров), нормы международных договоров относятся к партикулярному международному праву, если они не приобрели универсального действия в порядке исключения. Обязательность такого специального соглашения основана на принципе общего международного права *pacta sunt servanda*. Если международный договор в момент его заключения «противоречит императивной норме общего международного права» (*ius cogens*)²⁸, он является ничтожным (ст. 53 (предл. 1) Венской конвенции о праве международных договоров). Такой подход к установлению иерархии норм и «конституционализации» международного права, приводящий к относительности принципов взаимности и консенсуса, является спорным.

в) Расширение сферы действия международного права

- 14 Перечень источников международного права был существенно расширен, что имеет большое значение для определения международного права, хотя основные источники по-прежнему перечислены в ст. 38 (абз. 1) Статута Международного суда. Возрастает значение решений международных организаций, в частности, резолюций Генеральной Ассамблеи ООН, которые могут называться «декларациями» или «хартиями»²⁹, но являются не актами всемирного законодателя, которого, как и прежде, не существует (ст. 10, 14 Устава ООН)³⁰, а доказательством правового убеждения, на котором осно-

находится в Азии. Подробнее см. Pabel/Schmahl (Hrsg), Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2012.

²⁸ К *ius cogens* относятся правовые принципы, давно признанные международным сообществом и необходимые для сохранения правопорядка. Их соблюдения могут требовать все государства-члены мирового сообщества. К таким нормам, которые являются первичным основанием для обязанностей по совершению действий или запрету на совершение действий, относятся, например, запрет рабства (ст. 4 Всеобщей декларации прав человека от 1948 г.; ст. 4 ЕКПЧ), запрет пыток (ст. 5 Всеобщей декларации; ст. 3 ЕКПЧ; Конвенция против пыток 1984 г.) и агрессивной войны (ст. 2 (абз. 4) Устава ООН), а также основополагающие правила гуманитарного международного права, см. *Oeter*; *Erga omnes-Menschenrechte*, in Merten/Papier (Hrsg), *Handbuch der Grundrechte*, Bd VI/2, 2009, 501ff; *Paulus*, *Jus Cogens in a Time of Hegemony and Fragmentation*, NJIL 74 (2005) 297ff.

²⁹ От Всеобщей декларации прав человека (1948 г.), «Декларации о предоставлении независимости колониальным странам и народам» (1960 г.) и «Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН» (1970 г.) вплоть до «Хартии экономических прав и обязанностей государств (1974 г.). В отношении последней были внесены «оговорки», как если бы речь шла о «жестком праве» (*hard law*).

³⁰ Однако см.: *Talmon*, *The Security Council as World Legislature*, AJIL 99 (2005) 175ff к вопросу о резолюциях Совета Безопасности ООН согласно ст. 25 Устава ООН в отношении «жесткого права» (*hard law*).

вано международное обычное право, или отражением тенденции в развитии правовой политики. Такие решения могут отражать нормы поведения, которые соблюдаются, хотя они не являются обязательными (*soft law*)³¹ в отличие от позитивных норм (*hard law*), т. е. не обладают качеством источника *права*. Даже односторонние правовые акты, не включенные в устаревший перечень, могут обладать юридической силой согласно принципу защиты доверия³².

В настоящее время сфера нормотворчества развивается и изменяется. Увеличивается количество как традиционных источников права, так и новых форм, возникающих в результате процедур, которые не являются строго формализованными и не регулируются нормативно, например, согласованных волеизъявлений, соглашений и процедур консенсуса, как в рамках международных организаций, так и за их пределами. В результате этих изменений стираются качественные различия между источниками права и положениями, которые традиционно не относятся к праву. Пленарные органы международных организаций, в принципе, не обладают полномочиями в сфере нормотворчества, однако принимаемые ими акты, являющиеся обязательными только с *политической* точки зрения, не менее функциональны, т. е. действенны, чем традиционные позитивные нормы³³. Поэтому в дальнейшем будут учитываться также эти процедуры согласования, их содержание и практическое значение.

Круг *субъектов* международного права расширился больше, чем перечень его правовых источников³⁴. Принятое до Первой мировой войны определение международного права, согласно которому международное право является правом, действующим между государствами, не отражало постоянно усложняющуюся систему действий, не ограниченную рамками государств. Эти взаимоотношения проникают сквозь оболочку государств и непосредственно затрагивают важные субъекты национального права. Эти субъекты (индивиды, политические партии, СМИ, частные ассоциации, предприятия, банки), воздействуют на другие государства и действуют на их территории, хотя они, в принципе, не подлежат регулированию международным правом³⁵.

³¹ См. не подлежащие регистрации (ст. 102 Устава ООН) Заключительные акты СБСЕ от 1 августа 1975 г. (только «политически обязательные») как прототип неправового соглашения. См.: Heusel, «Weiches Völkerrecht», 1999, 165ff.

³² Противоположная точка зрения см: Fiedler, Zur Verbindlichkeit einseitiger Versprechen im Völkerrecht, GYIL 19 (1976) 35ff.

³³ Примером является *lex mercatoria*, сформированная, в основном, частными лицами система норм и урегулирования споров в сфере транснациональной торговли. Другим примером является создание «фактических и социальных норм» или «глобального права» «вне государства» как теоретической конструкции, см., например, Diehl/Ku, The Dynamics of International Law, 2010, 52ff.

³⁴ См.: Mosler, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, ZaöRV 22 (1962) 1ff.

³⁵ Государство более не является «домом только с одной дверью», см. Graf Vitzthum, Der Staat der Staatengemeinschaft, 2006. Претензии лиц частного права предъясняются, как правило, через государство гражданства или местонахождения. Если международно-правовые нормы применяются непосредственно к индивиду, то он является

- 17 Увеличение количества субъектов происходило на уровне самих *государств* как первичных субъектов международного права. Причина трехкратного увеличения количества государств в период 1945–2007 гг. прежде всего связана с самоопределением народов третьего мира и открывшей новую эру трансформацией второго, бывшего социалистического мира, в 1989/1990 гг. В то время как в 1871 г. существовало лишь 44, а в 1914 г. — около 60 независимых государств³⁶, количество стран, признанных ООН, составляет уже 195; 193 из них являются членами ООН (по состоянию на 1 декабря 2012 г.)³⁷.
- 18 Глобализация международной системы развивалась параллельно с расширением функций международных организаций (*международных [межправительственных] организаций, international [governmental] organizations*). В настоящее время существует около 260 международных организаций. Региональные структуры безопасности, такие как НАТО, играют важную роль. ЕС как («наднациональный») субъект международного права с наиболее высокой степенью интеграции является примером для других наднациональных организаций. Хотя государства более не являются *исключительными* субъектами международного права, они до сих пор являются единственными носителями *всех* прав и обязанностей в международном праве. Перечень источников права в ст. 38 (абз. 1) Статута МС ориентирован на государства. Субъекты, не являющиеся государствами (*non-state actors*), вносят свой вклад в «прогрессивное развитие международного права и его кодификации» (ст. 13 (абз. 1 а) Устава ООН), но основную роль и в этом процессе играют государства.
- 19 Помимо субъектов международного права, международных организаций и индивидов (также в качестве адресатов норм международного уголовного права), важную роль в развитии международного права играют государственные и частные предприятия, в особенности транснациональные предприятия. Их транснациональное политическое влияние возросло. Установление прямых связей между государствами и предприятиями являются признаком современной экономической системы. «Мультинациональные» предприятия,

носителем международно-правовых обязанностей и прав. К вопросу о возрастающем значении прав человека см.: *Buergenthal, Human Rights, MPEPIL IV, 1021ff*; *Fassbender (Hrsg), Securing Human Rights?, 2011*; *Haack, Staatsangehörigkeit — Unionsbürgerschaft — Völkerrechtssubjektivität, in Isensee/Kirchhof (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts, Bd X, 3. Aufl 2012, 33 (62ff)*.

³⁶ Членами учрежденной 28 апреля 1919 г. Лиги Наций на протяжении некоторого времени являлось 59 государств, но членство никогда не приближалось к универсальному. ООН практически достигла этой цели. Не являются членами, хотя имеют разные статусы, Тайвань и Ватикан, а также Сахарская Демократическая Республика (бывшая испанская колония Западная Сахара, которую Марокко аннексировало в 1975 г. как «южную провинцию»). «Северный Кипр» и Косово (самое молодое европейское государство, бывшая сербская провинция).

³⁷ После принятия резолюции Генеральной Ассамблеи ООН 67/19 от 29.11.2012 Палестина считается государством, не являющимся членом ООН и обладающим статусом наблюдателя.

имеющие представительства в разных странах, которые связаны между собой и управляются централизованно, не являются субъектами международного права, но заключают с государствами «квазимеждународные» или «транснациональные» договоры, например, об освоении природных ресурсов³⁸. Приблизительно 20.000 международных *неправительственных организаций* (НПО) частично оказывают поддержку, частично контролируют государства, международные организации и предприятия. Эти негосударственные организации (см. ст. 71 (предл. 1) Устав ООН), не являющиеся субъектами международного права, организованы на основании гражданского права как некоммерческие организации и действуют на территориях нескольких государств. Несмотря на неоднородность НПО, они иногда влияют на принятие решений концернами³⁹ или субъектами международного права⁴⁰.

Наряду с перечнями источников и субъектов международного права, расширился также круг *предметов его регулирования*. Одновременно изменилась тенденция регулирования. Помимо формального регулирования *существования* государств, т. е. традиционного разграничения и принадлежности сфер государственных полномочий (например, вопросы территорий и делимитации, межгосударственные связи, право войны, иммиграционное право, разоружение), международное право распространилось на сферу международного сотрудничества⁴¹. Развиваются нормы международного права, регулирующие

20

³⁸ Правовым основанием является резолюция ГА ООН 1803 (XIII) о неотъемлемом суверенитете над естественными ресурсами, которая стала частью международного обычного права. В рамках *Комиссии ООН по транснациональным корпорациям* планировалось разработать правила в форме кодекса поведения, но переговоры были безрезультатными (UN Doc E/C.10/1 от 20.7.1976 г.). Исходя из политико-экономического значения транснациональных корпораций, Вильдхабер делает вывод о том, что они приняли на себя «задачи, функционально соответствующие государственным» и задается вопросом, не должны ли они стать «носителями международных прав и обязанностей» (спорно). См.: *Wildhaber*, *Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen*, BerDGVR 18 (1978) 7 (300) (стр. 391, автор указывает на «переход ... к функционально ограниченной международной правосубъектности»).

³⁹ См., в особенности, *Hummer*, *Internationale nichtstaatliche Organisationen im Zeitalter der Globalisierung*, BDGVR 39 (2000) 45ff. На практике влияние НПО оказалось ограниченным, а последствия их деятельности — селективными, см. *Dany*, *Ambivalenzen der Partizipation*, ZfV 19 (2012) 71ff.

⁴⁰ Согласно ст. 71 Устава ООН Экономический и социальный совет ООН (ЭКОСОС) может проводить встречи с НПО в целях консультирования. В этом контексте НПО имеют ограниченную (частичную) международную правоспособность. Ряд специализированных учреждений ООН также представили многочисленным НПО консультативный статус. Особым случаем является Международный Комитет Красного Креста (МККК), основанный в 1863 г. по инициативе «Женевского общества благоденствия». Женевские Конвенции 1949 г. наделили эту НПО значительными правами и обязанностями в области международного гуманитарного права. Таким образом, МККК является частичным субъектом международного права.

⁴¹ См.: *Friedmann*, *The Changing Structure of International Law*, 1964. О расширении говорит дополненный по сравнению с Лигой Наций перечень «целей и принципов»

сотрудничество, прежде всего, в сфере «общих» задач: в области международных экономических, финансовых и социальных отношений, помощи развивающимся странам, коммуникаций и охраны природы и культурных ценностей. Традиционные задачи международного права по управлению и координации распространились на новые освоенные пространства (полярные регионы, космос, морское дно) и предметы ведения (влияние изменения климата на справедливое распределение и возможность распоряжаться природными ресурсами, международная безопасность, атомная энергия, здравоохранение, рост населения, дистанционное наблюдение, электронные средства коммуникации), стали новыми сферами деятельности. «Сквозные» темы, такие как содействие индустриализации и защита прав человека⁴², международное торговое право, борьба с эпидемическими заболеваниями и контроль над вооружениями, устойчивое развитие, надлежащее управление (*good governance*), борьба с коррупцией, развитие средств коммуникации, охрана окружающей среды, являются настолько важными предметами регулирования, что, по крайней мере, в континентальной Западной Европе выдвигаются требования о необходимости дополнительных «вертикальных», иерархических структур, подобных конституционным, и в целом «конституционализации» международного права⁴³. Кроме того, за последние декады нормы международного права были конкретизированы посредством заключения многочисленных коллективных договоров⁴⁴. С увеличением количества предметов регулирования международного права возрастает опасность фрагментации, «расслоения кодифицированного международного права» (Зимма (*Simma*)). В качестве примера можно привести противоречия между иммунитетом и правами человека.

- 21 Таким образом, расширение сферы действия международного права не затронуло основного традиционного принципа международного правопорядка, *суверенитета государств*. Международное право — от его формирования до исполнения — остается, по сути, *межгосударственным правом*⁴⁵.

ООН, например, названная в ст. 1 (абз. 3) Устава ООН цель развивать сотрудничество в основных областях.

⁴² В этом контексте также следует упомянуть концепцию «прав человека третьего поколения» (право на развитие, охрану окружающей среды, мир, демократию, воду и т.д.), см. *Tomuschat*, *Human Rights*, 2003, 24ff.

⁴³ См.: *Frowein*, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts*, BDGVR 39 (2000) 427ff; в такой идеалистической концепции международного права сомневается *Simma*, *Gestaltwandel im Völkerrecht und in der Organisation der Vereinten Nationen*, in *Hummer* (Hrsg), *Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahrtausendwende*, 2002, 45ff.

⁴⁴ См., например, Пакты о правах человека 1966 г.; Договор об Антарктике 1959 г. и Договор о космосе 1967 г.; Договор о нераспространении ядерного оружия 1968 г.; Женевская конвенция о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния 1979 г.; Конвенция по морскому праву 1982 г.; Венская конвенция об охране озонового слоя 1985 г. и протоколы к ней.

⁴⁵ Из этого этатистского качества не следует, что не существует обязанностей государства по отношению к сообществу государств в целом (см. решение по делу «Барселона

В особенности в случае применения силы внутри государства или за его пределами, а также в процессе нормотворчества и исполнения международного права государства обладают необходимыми качествами, которые не свойственны остальным участникам системы международных отношений⁴⁶.

г) Комбинированное определение международного права

Учитывая возрастающее количество и разнообразие правовых источников, субъектов и предметов регулирования международного права, неудивительно, что попытки создания общепризнанного определения до сих пор не дали желаемых результатов. Различия в подходах свидетельствуют о том, что сложно описать сущность правопорядка, создание, сохранение и развитие которого в существенной степени зависит от конкретной ситуации⁴⁷.

Основные подходы базируются на *разных* привязках:

- *источники* международного права. С этой точки зрения международное право является совокупностью правовых норм, *вытекающих непосредственно из источников международного права*, т.е. берущих свое начало не в правовых источниках отдельных государств («государственное право»), а в источниках, созданных *несколькими* субъектами международного права *совместно*;
- *субъекты* международного права. Международное право является совокупностью правовых норм, определяющих *правоотношения между субъектами международного права*, прежде всего, между государствами и между государствами и международными организациями;
- *предмет регулирования* международного права. С этой точки зрения международное право является совокупностью правовых норм, регулирующих *трансграничные публично-правовые взаимоотношения субъектов международного права*, в особенности государств, не являясь их внутренним правом⁴⁸.

Трэхшн (ICJ Rep 1970, 3, 32)). Поэтому все государства заинтересованы в защите нарушенных прав и ценностей мирового сообщества. К таким нормам, действующим *erga omnes*, относятся запрет геноцида, защита фундаментальных прав человека, запрет рабства и расовой дискриминации, право народов на самоопределение, а также основные обязательства по международному гуманитарному праву. См. ниже абз. 72, 126.

⁴⁶ В принципе, только государства могут применить военные принудительные меры или вести войну с точки зрения международного права. Исключением является ООН (ст. 42 Устава ООН), однако это не влияет на приоритет государств в международной политике.

⁴⁷ Обзор см. Neuhold/Simma (сноска 3) в связи с ситуацией на 1989/90 гг.

⁴⁸ Поэтому «транснациональное право», например, соглашение между государством местонахождения и иностранным инвестором, не является международным правом до тех пор, пока лежащие в основе регулирования трансграничные вопросы регулируются *внутригосударственным* правом.

- 24 *Первый* подход к определению понятия основан на *источниках* международного права⁴⁹, прежде всего, на перечне ст. 38 (абз. 1 а) Статута Международного суда, который является частью международного обычного права. Это положение имеет обязательный характер не только для МС, но и для государств и иных субъектов международного права. Если дополнить этот перечень односторонними правовыми актами, действующими на основании принципа защиты доверия, можно считать, что перечень включает в себя все основные категории правовых актов международного права⁵⁰.
- 25 «*Международные конвенции*» (ст. 38 (абз. 1 а) Статута МС) являются соглашениями, заключенными между субъектами международного права с целью нормативного регулирования их суверенных отношений. «*Международный обычай* как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы» (ст. 38 (абз. 1 b) Статута МС), как и прежде, является важнейшим источником международного права. «*Общие принципы права*, признанные цивилизованными нациями» (ст. 38 (абз. 1 c) Статута МС) завершают перечень первичных источников права. «*Вспомогательными средствами для определения правовых норм*», т. е. вторичными источниками права, являются *судебные решения и доктрины международного права* (ст. 38 (абз. 1 d) Статута МС).
- 26 Таким образом, международное право является *порядком, устанавливаемым его же субъектами*⁵¹. В качестве продукта *совместного* нормотворчества оно не относится к компетенции отдельных государств. Его субъекты, в особенности государства, являются его создателями и созданиями, распространителями и исполнителями. Поэтому для международного права характерна модель поведения, основанная на *взаимности*. Оно в значительной степени учитывает *внеправовые* факторы. Помимо влияния, в частности, концепции естественного права⁵², следует подчеркнуть связь с фактическими «*обстоятельствами*», «*особенную близость к реальности*»⁵³, причем необходимость эффективного применения играет роль «*строгого надзирателя*». .
- 27 *Второй* подход к определению понятия ориентируется на *круг адресатов* норм. В результате получается определение, как, например, у Шарля

⁴⁹ *Pellet*, in Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams (Hrsg), The Statute of the International Court of Justice, 2. Aufl 2012, Art 38.

⁵⁰ К вопросу о «*сильных*» категориях норм *ius cogens* и *erga omnes* см. ниже абз. 126; к вопросу о конструктивном подходе см. *Verdross/Simma*, 262ff.

⁵¹ Ссылки на литературу см.: *Verdross*, *Völkerrecht*, 5. Aufl 1964, 2. Он совмещает подход, основанный на источниках права, с подходом, основанным на субъектах международного права.

⁵² «*Естественно-правовые требования как таковые уже были выражением масштабных социальных преобразований и перераспределения*». См.: *Huber* (сноска 13) 11f.

⁵³ См.: *H. Krüger*, *Staat, Wirtschaft, Völkergemeinschaft*, 1970, 121ff. Поскольку международное право должно самостоятельно достичь того, что государство организует в отношении внутрисоциального права, дистанция между содержанием нормы международного права и действительностью должна быть минимальной.

Руссо⁵⁴: *международное право регулирует отношения между субъектами международного права*. Этот подход также связан с представлением о том, что государства как реальные образования, обладающие властными полномочиями⁵⁵, как и прежде, являются основой правопорядка. Международное право, действительно, в основном состоит из правил, регулирующих правоотношения между государствами⁵⁶.

Круг лиц, правоотношения которых по меньшей мере *частично* урегулированы международным правом, в последние десятилетия значительно расширился. Приобрели значение, в частности индивиды⁵⁷, мультинациональные корпорации⁵⁸, а также НПО.

Перечень субъектов международного права не является закрытым. Возможно, в будущем в этот перечень могут быть включены, например, народы, национальные меньшинства или коренные народы⁵⁹ с меньшими ограничениями, чем в настоящее время. Соблюдение положений международного права по-прежнему в значительной мере зависит от воли суверенных равноправных государств⁶⁰.

⁵⁴ Droit international public, 10. Aufl 1984, 93ff.

⁵⁵ К вопросу о публично-правовых действиях (*faits sociaux*) как привязке см.: *Duguit, Les transformations du droit public*, 1913. К вопросу о школе реализма права (*école réaliste*), в рамках которой право анализируется как практика, см.: *Wüst, Das völkerrechtliche Werk von Georges Scelle im Frankreich der Zwischenkriegszeit*, 2007, 121ff. О международном праве как «порядке, который учитывает социальный базис и, будучи обязательным, одновременно является независимым от него», см.: *Preiser, Die Epochen der antiken Völkerrechtsgeschichte, JZ 1956, 737*.

⁵⁶ Например, границы суверенитета (см. ниже абз. 73) и международно-правовое признание государств.

⁵⁷ В рамках частичной международной правоспособности индивидов следует учитывать разные аспекты. Международно-правовые договоры предоставляют им права и обязанности, если они действуют на *международно-правовом* уровне, например, по отношению к международным организациям. Однако индивиды не считаются субъектами международного права, если по принципу международного права, трансформированному во *внутригосударственное* право, они подают жалобу на действия органов власти, например, в национальный суд.

⁵⁸ К вопросу о международно-правовом статусе «транснациональных корпораций» см. *Fischer, Multinationale Unternehmen, in Lexikon Völkerrecht*, 219ff.

⁵⁹ См.: *Schmitz, Tibet und das Selbstbestimmungsrecht der Völker*, 1998; *Langenfeld, Minderheitenschutz, in Merten/Papier (сноска 28) 599ff*.

⁶⁰ Предметом анализа является также статус человечества как такового. В Договоре о космосе 1967 г. упоминается человечество («дело всего человечества»). Как в Договоре о космосе, так и в Конвенции по морскому праву человечество не считается субъектом международного права. Это упоминание не означает, что существует представление о (будущем) едином человечестве, даже если рассматривать его как совокупность индивидов. См.: *Paulus, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht*, 2001, 142ff, 148ff, 174ff.; *Payandeh (сноска 13) 446ff* («Die internationale Gemeinschaft als Legitimation vermittelndes Rechtssubjekt»). «Выведение» этими авторами «принципов» из общих принципов международного права является спорным.

- 30 Основой *третьего* подхода к определению понятия является *предмет регулирования*. Так, согласно *Паулю Гуггенхайму (Paul Guggenheim)*⁶¹ международное право является «совокупностью правовых норм, которые регулируют межгосударственные отношения». Другие авторы характеризуют международное право как «правопорядок международной системы»⁶². Вопрос о том, какие предметы регулирования относятся к компетенции государств (*domaine réservé/domestic jurisdiction*)⁶³, можно решить только при помощи международного права.
- 31 Все три подхода затрагивают суть вопроса. Они выделяют различные аспекты общего предмета, дополняют друг друга и имеют точки соприкосновения⁶⁴. *Комбинация* подходов позволяет представить правопорядок «международное право» более наглядно и избежать аргументации, которая строится по логике порочного круга. Это подтверждает *Ханс Петер Нойхольд*, который определяет международное право как совокупность «правовых норм, регулирующих поведение субъектов международного права» и не являющихся частью внутригосударственного права⁶⁵. Такое определение понятия включает в себя элементы «*правовые источники*» (не относящиеся к внутригосударственному праву)⁶⁶ и «*субъекты права*», причем, с точки зрения предмета регулирования, речь идет об их трансграничной деятельности⁶⁷.
- 32 Исходя из ограниченных целей предпринятого исследования⁶⁸, полученные результаты можно в сжатом виде представить в следующем

⁶¹ Lehrbuch des Völkerrechts, Bd I, 1948, 1. Схожее мнение высказывает Швайсфурт, согласно которому международное право является «совокупностью правил, не закрепленных в национальном праве государств и признанных ими в качестве права», которые «должны регулировать» поведение субъектов международного права «в их международных отношениях». См.: *Schweisfurth, Völkerrecht, Definition*, in: Lexikon Völkerrecht, 514 (516).

⁶² *Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht I/1, 1f, 20f.*

⁶³ См. ссылку на *государства*, а не, например, на права человека, в ст. 2 (абз. 7) Устава ООН.

⁶⁴ В рамках *четвертого* подхода, основанного на *реализации* норм, правопорядок рассматривается как система норм принуждения. Типичным для международного права является не наличие возможностей применения санкций (см. ниже абз. 45 и след., 51, 61 и след., 65), а отсутствие центрального аппарата принуждения. Остин (Austin) (сноска 1, стр. 182) правильно установил в результате анализа, что в международном праве существуют проблемы с применением санкций, но сделал из этого неправильные выводы (там же, Bd II, 1911, 1123): «Позитивные международные этические нормы (обычно именуемые *международным правом*) относятся к позитивной этике». Проблемы с исполнением существуют и в других областях права

⁶⁵ ÖHVR I, Rn 6.

⁶⁶ К международному праву не относятся ни «международное» корпоративное и налоговое право, ни право, регулирующее внешнеэкономические связи.

⁶⁷ См.: *Tomuschat, «Völkerrecht»*, Sp 3876.

⁶⁸ В определении речь идет о действиях участников как субъектов *международного права*, иными словами, об их публично-правовых действиях. Таким образом, определение касается публично-правовых актов (*acta iure imperii*), но не публично-правовых

определении: *международное право является совокупностью правовых норм, регулирующих правоотношения между субъектами международного права и не являющихся их внутригосударственным правом.*

д) Отграничение от других разделов права

Для лучшего понимания сущности понятия международного права целесообразно дополнительно дать негативное определение. Во многих языках используется термин «международное право». Однако в немецком языке небезосновательно используется термин «Völkerrecht» (буквально: право народов — *Прим. перевод.*). Многие виды трансграничных отношений, которые считаются «международными», регулируются в основном национальным правом. Национальное право должно учитывать ограничения, установленные международным правом, но оно не является частью международного права. Раздел национального права, который называют «международным», является *национальным коллизионным правом*. Оно регулирует вопрос, право какого государства применимо в конкретном случае.

Международное частное право (private international law/droit international privé) является *национальным правом*⁶⁹. У любого государства есть собственное международное частное право (МЧП). Например, согласно ст. 3 (абз. 1 предл. 1) Вводного закона к Гражданскому уложению ФРГ МЧП отвечает на вопрос, какое право подлежит применению при наличии «обстоятельств, связанных с правом иностранного государства»⁷⁰. Иными словами, МЧП решает вопрос, *предваряющий* рассмотрение дела с точки зрения материального права. Суд ФРГ, рассматривающий дело с участием иностранного элемента, должен применять германское МЧП (автономное коллизионное право), если не существует унифицированных международных норм материального права⁷¹. Если немецкое МЧП отсылает к иностранному праву, применяется МЧП

актов (*acta iure gestionis*). Примером первых являются официальные акты дипломатов, примером вторых — торговые сделки.

⁶⁹ К вопросу об МЧП как национальном коллизионном праве см.: PCIJ, 1929, Series A, No 20 (*дело о сербских займах*). *Международно-правового* МЧП не существует, но существует МЧП в международно-правовых договорах. МЧП ФРГ регулируется Вводным законом к Гражданскому уложению от 18 августа 1896 г. и действует в ред. от 21 сентября 1994 г. (BGBl 1994 I, 2494). Статьи 38–49 указанного Закона введены в действие Законом от 21 мая 1999 г. См. *Ohler*; Grundrechte und Internationales Privatrecht, in *Merten/Papier* (сноска 28) 643ff. МЧП и международное гражданское процессуальное право ФРГ и других государств-членов ЕС постепенно унифицируются на основании правовых актов ЕС.

⁷⁰ Нормативное определение является неточным, поскольку такие обстоятельства дела встречаются также в международном *публичном* праве.

⁷¹ В качестве примера можно привести Конвенцию ООН о договорах международной купли-продажи 1980 г. (распространенное английское сокращение *CISG*), действующую в ФРГ как национальное право. Эта конвенция, не содержащая норм МЧП,

данного государства, которое может предусматривать применение материального права данного государства, отсылать к праву третьего государства или обратно к немецкому праву. Таким образом, МЧП является *правом о выборе национального права, подлежащего применению*⁷². Английский термин «conflict of laws», обозначающий МЧП, отражает содержание этого определения.

35 Вышесказанное касается и *международного гражданского процессуального права*. Как и МЧП, оно является *национальным коллизионным правом*, частично унифицированным на международном уровне. Предметами регулирования международного гражданского процессуального права являются, в частности, международная подсудность, оказание иностранными государствами правовой помощи по гражданским делам и проблемы доставки, а также собирания доказательств⁷³. В рамках международного права международное гражданское процессуальное право регулирует предъявление материально-правовых требований с иностранным элементом в национальных судах. Многочисленные международные договоры устанавливают правила для определения международной подсудности. В отношении признания решений иностранных судов также существуют международные соглашения, прежде всего, на европейском уровне (например, ст. 25 и след. Брюссельской конвенции по вопросам подсудности и принудительного исполнения судебных решений по гражданским и торговым спорам).

36 *Международное уголовное право (international criminal law/droit pénal international)* регулирует вопрос, уголовное законодательство какого государства подлежит применению к обстоятельствам дела с участием иностранного элемента, который присутствует, исходя из гражданства лица, совершившего преступление, или потерпевшего, или места совершения преступления. Подлежащее применению уголовное право Германии, ограниченное международным правом, предусмотрено § 3–7 Уголовного кодекса Германии⁷⁴. *Международное уголовно-процессуальное право*, в которое входит,

применяется только в случаях, в которых покупатель и продавец находятся в разных государствах-членах конвенции (ст. 1 (абз. 1а) CISG).

⁷² Любое государство оставляет за собой право применения собственного законодательства, если подлежащее применению иностранное право грубо нарушило бы национальные правила нравственности и основополагающие принципы права (*ordre public*), см. ст. 6 Вводного закона к Гражданскому уложению ФРГ. Положения немецкого МЧП как национального права следует соизмерять с основными правами, BVerfGE 31, 58, 78ff (постановление по делу об испанце); *Ohler* (сноска 69) 650f («приоритет основных прав»), 658ff («основные права и *ordre public*»).

⁷³ См.: *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Aufl 2006; *Leible/Ruffert* (Hrsg), Völkerrecht und IPR, 2006.

⁷⁴ Основанием привязки является территориальный принцип, согласно которому государство вправе осуществлять свою юрисдикцию в отношении всех деяний, совершенных на его территории, даже если преступник является иностранным гражданином. Этот принцип дополняется принципом гражданства (гражданство лица, совершившего преступление или гражданство потерпевшего) принципом флага; в отношении

например, право выдачи, также является частью внутрисударственного права. Межгосударственные договоры о международной политике по борьбе с преступностью, а также *международное уголовное право*, напротив, относятся к международному праву. Создание постоянного международного уголовного трибунала означает, что право на уголовное преследование со стороны отдельных государств дополняется правом на уголовное преследование на международном уровне по «макрокриминальным» делам⁷⁵.

Международное административное право регулирует вопросы применения национального административного права к делам с иностранным элементом⁷⁶. Таким образом, оно также является коллизионным правом⁷⁷. К международному административному праву относится *международное налоговое право*. Оно регулирует вопросы налогообложения в случаях с иностранным элементом (например, § § 49 и след. Закона ФРГ о подоходном налоге и Закон ФРГ о налогообложении в случаях с иностранным элементом), в частности, вопрос, в каких случаях к случаям с иностранным элементом применяется право ФРГ. Основным инструментом международного налогового права являются соглашения о двойном налогообложении, т.е. двусторонние международные договоры⁷⁸.

Отдельно следует рассмотреть *международное экономическое право*. Оно регулирует поведение субъектов права, принимающих участие в трансграничных экономических отношениях. Нормы международного экономического права содержатся в национальном праве, праве ЕС и международном праве⁷⁹.

37

38

правовых благ, охраняемых на международном уровне, принципом универсальной юрисдикции и принципом, согласно которому иностранец, совершивший преступление за границей, подлежит уголовной ответственности по Уголовному уложению ФРГ, если он задержан на территории ФРГ и не может быть выдан государству совершения преступления (§ 7 (абз. 2 предл. 2) Уголовного уложения ФРГ).

⁷⁵ Международно-правовые составы преступлений *непосредственно* обосновывают уголовную ответственность индивидов по международному праву. Таким образом, индивид рассматривается *в этой связи* как субъект международного права. Как часть международного права международное уголовное право может быть основано только на правовых источниках международного права. См.: Раздел 7. *Шрёдер*, абз. 38 и след. Учреждение Международного уголовного суда в Гааге в соответствии с Римским статутом, вступившим в силу 1 июля 2002 г. (Text: BGBl 2000 II, 1393), открыло новую эру, хотя оно не устранило всех проблем. На 1 декабря 2012 г. 121 государство ратифицировало Римский статут, включая Великобританию и Францию, однако США, Китай и Россия ее не ратифицировали.

⁷⁶ См.: *Vogel*, Internationales Verwaltungsrecht, in: Lexikon Völkerrecht, 209f. Международное административное право пока является рудиментарным.

⁷⁷ Попытки гармонизации межнационального административного права предпринимаются посредством принятия правовых актов ЕС и международных соглашений.

⁷⁸ И в этом случае следует учитывать правовые акты ЕС, целью которых является гармонизация норм государств-членов.

⁷⁹ Tietje (Hrsg), Internationales Wirtschaftsrecht, 2009.

народному, частично к европейскому, а частично к внутригосударственному праву. Оно является частично частным, частично публичным правом. Речь идет о праве международной экономики, а не о международном праве, регулирующем экономику⁸⁰. Однако в данном контексте будет рассматриваться, в первую очередь, экономическое международное право⁸¹.

- 39 Международное право охватывает право *международных организаций* как избранных субъектов, не подлежащих юрисдикции отдельных государств. Относящиеся к суверенным предметам регулирования нормы об отношениях между государствами и международными организациями (например, договоры с государствами местонахождения международных организаций), а также между международными организациями (например, договоры о сотрудничестве) являются частью международного права⁸². Право, действующее в рамках международных организаций (внутреннее право, регулирующее деятельность организации: например, процессуальный регламент, бюджетные правила и правила, регулирующие деятельность персонала), также относится к международному праву.

е) Международное право и европейское право

- 40 Европейское право в узком смысле, т. е. *право ЕС*⁸³, изначально относилось к международному праву, но в процессе развития превратилось в *самостоятельный раздел права*. Применительно к отношениям между государствами-членами ЕС и отношениям между государствами-членами и ЕС оно заменяет собственными нормами⁸⁴ нормы международного права, если они не являются императивными. Соглашения, относящиеся к *первичному праву*

⁸⁰ Fischer, Das Internationale Wirtschaftsrecht, GYIL 19 (1976) 142 (145f, 152).

⁸¹ См.: Раздел 6. *Дольцер*, абз. 1–14.

⁸² Частичным исключением является ООН (см. дело Бернардотт (*Bernadotte*) // ICJ Rep 1949, 173, 178, 185). Считается, что ООН обладает международной правоспособностью, поскольку деятельность ООН имеет универсальный характер: объем прав, обязанностей и задач ООН предполагает международную правоспособность (*personalité internationale objective*).

⁸³ Европейское право в широком смысле обозначает право европейских международных организаций (Совет Европы, Северный совет, Западноевропейский союз и т. д.). Европейское право в широком смысле является международным правом.

⁸⁴ Договор о ЕС (консолидированная редакция: ABJ EU 2010, Nr C 83/13); ДФЕС (консолидированная редакция: ABJ EU 2010, Nr C 83/47); Хартия основных прав; к вопросу об источниках права см.: *Opermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 5. Aufl 2011, 103ff; Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar, 3. Aufl 2012. Параллельно по-прежнему действует Договор о Евратоме от 25.3.1957. ЕС заключает договоры с третьими государствами (соглашения об ассоциации, сотрудничестве и торговле) (ст. 217 и след, ДФЕС). От них следует отличать международные соглашения между государствами-членами, например, Договор о стабильности, координации и управлении в экономическом и валютном союзе («Фискальный пакт») от 2.03.2012.

ЕС⁸⁵, являются международными договорами). Тот факт, что Договор о Европейском Сообществе в «отличие от обычных международных договоров ... создал собственный правопорядок»⁸⁶, не противоречит его международно-правовому происхождению⁸⁷. С функциональной точки зрения и с точки зрения материального права Договор о ЕС, ДФЕС и Хартия основных прав в совокупности соответствуют «Конституции ЕС».

Самостоятельность права ЕС связана с его *наднациональным* характером, из которого следует непосредственное действие и приоритет применения⁸⁸. ДФЕС, предшественником которого являлся Договор об учреждении ЕС, предусматривает широкие полномочия ЕС в сфере нормотворчества в отношении государств-членов, а иногда и их граждан. Они должны непосредственно исполнять обязанности, возложенные на них договорами или нормами вторичного права ЕС.

ДФЕС предусматривает три вида императивных правовых актов ЕС: постановления, директивы и решения (ст. 288 ДФЕС). *Постановление* «обязательно в полном объеме и подлежит прямому применению во всех государствах-членах». Таким образом, для его применения не требуется трансформации в национальное право. Постановление наиболее существенно ограничивает суверенитет государств-членов, поскольку законодательные органы государств-членов не участвуют в процедуре принятия постановлений. *Директива* адресуется только государствам-членам. Она обязательна лишь «в том, что касается ожидаемого результата, сохраняя за национальными властями свободу выбора форм и средств» (ст. 288 абз. 3 ДФЕС). Директива должна быть *трансформирована* в национальное право. Обязательство государств-членов трансформировать директиву следует, в частности, из принципа «верности» ЕС (ст. 4 абз. 3 Договора о ЕС). Если государство-член бездействует, это может привести к тому, что при определенных обстоятельствах директива приобретет непосредственное действие в государствах-членах и граждане ЕС смогут ссылаться непосредственно на нее. Суд ЕС⁸⁹ ссылается для обоснования прямого применения директив на принцип практической применимости права ЕС (принцип эффективности) и при определенных условиях

⁸⁵ Договор об учреждении Европейского экономического сообщества от 25.03.1957 г. в ред. от 7.02.1992 г. (BGBl 1992 II, 1253/1256), последний раз измененный Актами о присоединении к Договору от 16.04.2003 г. (BGBl 2003 II, 1410); Договор о Европейском союзе от 7.02.1992 г. (там же).

⁸⁶ EuGH, Rs 6/64, Slg 1964, 1251, 1269 (Коста (*Costa*)/ENEL). Суд ЕС обеспечивает единообразное толкование и применение права ЕС.

⁸⁷ См.: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (сноска 84) 110, 140ff.

⁸⁸ Там же 22 и след. 107.

⁸⁹ Решения Суда ЕС см.: EuGH, Rs 41/74, Slg 1974, 1337, 1348 (Ван Дейн (*Van Duyn*) *против Министерства внутренних дел Великобритании*); Rs 8/81, Slg 1982, 53, 71 (Беккер (*Becker*)). Эта судебная практика одобрена решением Федерального конституционного суда ФРГ (BVerfGE 75, 223).

признает индивидуальные требования о возмещении ущерба, предъявляемые государству-члену, если оно своевременно не трансформировало директиву, на основании которой индивидуам предоставляются права⁹⁰. Ущерб должен быть возмещен также при нарушении норм первичного права ЕС, на основании которых индивидам предоставляются права⁹¹. «Решения являются обязательными в полном объеме» (ст. 288 (абз. 4) ДФЕС). Ослабление принципа национального суверенитета в праве ЕС проявляется и в том, что многие решения о принятии правовых актов не должны приниматься единогласно⁹².

43 Вторичное право ЕС также относится к разделу права, не являющемуся частью международного права⁹³. Оно также имеет приоритет по отношению к праву государств-членов⁹⁴. В то же время *ЕС не является государством*. На европейском уровне не выполняются доправовые предпосылки демократии и солидарности, а также отсутствует европейский народ. К тому же государственная власть не является абсолютной, а ограничена по существу (принцип предоставления ограниченных полномочий). Судебная практика⁹⁵ рассматривала еще право, основанное на Договоре о Европейском сообществе, как «право, основанное на автономных источниках права». *Право расширения компетенции*, т. е. полномочие по созданию новых полномочий по собственной инициативе, *принадлежит государствам-членам*. Ст. 352 ДФЕС (полномочие по восполнению пробелов в договоре) является исключением. Таким образом, Договор об учреждении Европейского союза является только «новой ступенью в процессе укрепления союза народов Европы» (ст. 1 (абз. 2) Договора о ЕС)⁹⁶. Европейский союз является объединением государств или, если сравнить его с Европейским сообществом, «сообществом особого типа, находящимся в процессе интеграции»⁹⁷.

44 Наднациональный характер ЕС до сих пор ограничен внутренними отношениями. С точки зрения третьих государств, ЕС является международной

⁹⁰ EuGH, Verb Rs C 6/90 и 9/90, Slg 1991, I-5357, 5413 Rn 39f (Франкович (*Francovich*) и другие); подтверждено, в частности, Verb Rs C 178/94 и а, Slg 1996, I-4867 (Дилленкофер (*Dillenkofer*) и другие).

⁹¹ EuGH, Verb Rs C 46/93 и 48/93, Slg 1996, I-1131 Rn 20ff (Брассери дю пешер (*Brasserie du pêcheur*)).

⁹² См., например, ст. 288 и след. ДФЕС. Хартия основных прав может повлиять на развитие важных аспектов европейского и национального права.

⁹³ Это также относится к сферам общей внешней политики и политики безопасности и сотрудничества в сфере юстиции (ст. 81, 82–86, 87–89 ДФЕС).

⁹⁴ Приоритет применения, но не действия см.: EuGH, Rs C-10–22/97, Slg 1998, I-6307 Rn 18ff (*Министерство финансов Италии против IN. CO*). Приоритет действует также по отношению к национальному конституционному праву. См.: Rs 11/70, Slg 1970, 1125 Rn 3 (*Учреждение по ввозу и хранению зерновых против Кестера*).

⁹⁵ См.: BVerfGE 22, 293, 296, см. также EuGH Bd X, 1251, 1270.

⁹⁶ См. также ст. 14 (абз. 2 предл. 1) Договора о ЕСЮ «Европейский парламент состоит из представителей граждан Европейского союза».

⁹⁷ BVerfGE 22, 293, 296; см. также E 75, 223, 242.

организацией⁹⁸. Он играет важную роль в практике международного права. В то же время ему предоставлены только отдельные полномочия во внешней политике. Европейский суд расширил эти полномочия посредством признания подразумеваемых полномочий (*implied powers*)⁹⁹. Таким образом, государства-члены утратили право на заключение договоров в этой сфере¹⁰⁰.

ж) Особенности международного права

Традиционно основным принципом международного права¹⁰¹ является указанный *первым* в перечне принципов ООН принцип *суверенного равенства всех членов* (ст. 2 (абз. 1) Устава ООН). Содержащиеся в ст. 2 Устава ООН «принципы» образуют критерии, на которые должны ориентироваться в своей деятельности органы ООН и государства-члены. Они составляют ядро международного права¹⁰². Этому правопорядку не хватает соответствующих правил, институтов и процедур, с помощью которых международное общее благо может быть определено, нормативно закреплено и реализовано «сверху» (вышестоящим органом), например, обладающим особой властью членом сообщества государств самостоятельно в одностороннем порядке. Несмотря на существенные отличия, государства равны перед законом: они *равноправны*. Нормотворчество и исполнение права зависят от согласия равных суверенных государств. Принятие решения большинством голосов является исключением. Принцип равенства не допускает абсолютизации принципа суверенитета, о чем свидетельствует международное соседское право¹⁰³.

Внешний суверенитет как свойство государственной власти означает «верховенство», т. е. необходимость подчиняться только международному праву и подчиняться ему непосредственно¹⁰⁴. Принципы равноправия и суверенитета исключают диктат со стороны других государств. Так, например,

⁹⁸ *Oppermann/Classen/Nettesheim* (сноска 84) 630.

⁹⁹ EuGH, Rs 22/70, Slg 1971, 263 (*AETR*).

¹⁰⁰ *Oppermann/Claussen/Nettesheim* (сноска 84) 633.

¹⁰¹ В международное право не входят правила международной вежливости. Они возникли в сфере этики, политики и дипломатии (см. ниже абз. 66–69.).

¹⁰² *Verdross/Simma*, 83ff.

¹⁰³ Из суверенного равенства государств следует их иммунитет. Государство нарушает иммунитет, если оно допускает на своей территории иски и меры принудительного исполнения против другого государства в отношении действий этого государства в рамках его суверенитета, см. решение МС по делу о государственном иммунитете и более раннее решение ЕСПЧ по делу Аль-Адсани (*Al-Adsani*). См.: *Talmon*, *Ius Cogens after Germany v. Italy*, LJIL 25 (2012) 979ff; противоположная точка зрения см.: *Kloth/Brunner*; *Staatenimmunität im Zivilprozess bei gravierenden Menschenrechtsverletzungen*, AVR 50 (2012) 218 (241).

¹⁰⁴ Элементы иерархии существуют в сфере поддержания мира и международной безопасности. По этим вопросам СБ обладает особыми полномочиями согласно главе

юрисдикция международного суда не распространяется на государства автоматическим образом. Они должны признать юрисдикцию¹⁰⁵.

47 Международное право отличается *слабой организацией*. Государства, как и прежде, «как правило, должны регулировать двусторонние отношения самостоятельно, прежде всего, посредством договоров»¹⁰⁶. Субъекты нормотворчества одновременно являются его адресатами¹⁰⁷. *Государства по-прежнему являются основными субъектами нормотворчества и применения санкций в международном праве*. Их суверенитет связан с международным правом. Государства являются равноправными с точки зрения суверенитета и *обладают свободой в рамках международного права*¹⁰⁸.

48 Права и обязанности государств, как правило, являются *относительными*. Юридические обязательства не являются абсолютными, а существуют по отношению к тем субъектам права, по отношению к которым они были приняты (*фундаментальный релятивизм, relativisme fondamental*)¹⁰⁹. Право автономного регулирования международных отношений государствами и возможность настоячивых возражений в процессе закрепления международного обычного права ограничено *ius cogens* (ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров). Регулирование международных отношений часто бывает противоречивым в силу различий между заключенными договорами и ограниченности действия международного обычного права. Таким образом, в международном праве недостаточно развита «внутренняя система»¹¹⁰. Также часто существует противоречие между значением нормируемой области права и полнотой нормирования. Особенно важные предметы часто «урегулированы» только на основании формального компромисса¹¹¹.

VII Устава ООН. Пять постоянных членов СБ имеют право постоянного членства (ст. 23 (№ 1 предл. 2)) и право вето (ст. 27 № 3).

¹⁰⁵ В контексте ЕКПЧ существует другая система. Присоединение к ЕКПЧ зависит от подчинения юрисдикции ЕСПЧ.

¹⁰⁶ *Tomuschat*, «Völkerrecht», Sp 3875.

¹⁰⁷ В правотворческой и правоприменительной деятельности *государства* играют основную роль. Однако известен также феномен «распада государства», т.е. его несостоятельности как суверенной организации власти. См.: *Thürer/Herdegen/Hohloch*, *Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: «The Failed State»*, *BerDGVR* 34 (1996) 9ff, 49ff, 87ff.

¹⁰⁸ См.: *Mosler*, *Völkerrecht als Rechtsordnung*, *ZaöRV* 36 (1976) 6 (13). По мнению *Брунса*, государству было разрешено не все то, что не было категорически запрещено, см.: *Bruns*, *Völkerrecht als Rechtsordnung*, *ZaöRV* 1 (1929) 1ff.

¹⁰⁹ *Reuter*, *Droit international public*, 6. Aufl 1983. Из этой относительности следует также, что действие *erga omnes* в международном праве существует лишь в порядке исключения (см. ниже абз. 120, 126). В соответствии с принципом консенсуса обязанности третьих государств не могут возникнуть без их согласия (ст. 34 и след. Венской конвенции о праве международных договоров).

¹¹⁰ *Fastenrath*, *Lücken*, 149.

¹¹¹ См.: *Neuhold/Simma* (сноска 3) 19ff.

Из принципа суверенитета следует *второй* принцип международного права, *принцип свободы государств*. Этот принцип установлен в решении ППМП по делу судна «Лотус» 1927 г., согласно которому воля государства¹¹² является основой международного правопорядка, а суверенитет играет первостепенную роль. В соответствии с этим решением «не [существует] *презумпции ограничения независимости государств*»¹¹³.

Предположение о свободе государств частично выводится из международного обычного права или общепризнанных принципов. В связи с решением общих задач, основанном на *сотрудничестве*, в рамках международного сообщества, для которого характерна взаимозависимость государств, действие принципа свободы государств ограничено¹¹⁴. Например, запрет на въезд иностранных граждан является не доправовой, а (инфра-)правовой позицией: вследствие модификации доктрины, основанной на решении по делу о судне «Лотус», свобода ограничена рамками права, т. е. не свобода от права, а свобода *посредством* права. Из этого следует, что «международное право существует лишь в той степени, в которой государства установили нормы»¹¹⁵.

Нарушения международного права *часто не влекут за собой санкций*. Не в последнюю очередь из-за недостатков его исполнения многие философы права от *Гоббса*, *Спинозы* и *Гегеля* до *Остина* ставили под сомнение правовой характер международного права, утверждая, что власть превалирует над правом. Действительно, санкции за нарушения международного права часто трудно реализовать. Для оказания давления могут использоваться, например, экономические меры и общественное мнение. Кроме того, существует обычай соблюдения правил (*habit of obedience*)¹¹⁶, а также *принцип*

¹¹² Государство рассматривалось в качестве обладателя *неограниченной* воли. Умирение суверенных государств рассматривалось как *основная* проблема международного права. Противоположная точка зрения см.: *Talmon, Die Grenzen der Völkerrechtsrezeption in Deutschland*, in ders (Hrsg), *Über Grenzen*, 2012, 75ff.

¹¹³ PCIJ, Series A No 10 (*решение по делу о судне «Лотус»*).

¹¹⁴ По делу о судне «Лотус» Постоянная палата международного правосудия установила, что при отсутствии ограничительной нормы международного права, например, о запрете на осуществление властных полномочий одного государства на территории другого, осуществляется «первичный» суверенитет. Этот принцип позволяет государству действовать по своему усмотрению. Однако это традиционное понятие суверенитета уже устарело, хотя консультативное заключение МС о ядерном оружии 1996 г. (§ 52) использует это понятие, утверждая, что неправомерность использования определенного вида оружия обусловлена не отсутствием полномочия, а лишь соответствующей запрещающей нормой.

¹¹⁵ *Fastenrath, Lücken*, 246. Исходя из постулата системности права не может существовать пробелов в праве, хотя пробелы в законе возможны.

¹¹⁶ См. ниже сноску 129. *Фактическое* применение права является предметом социологии права. При этом рассматривается, например, функциональность или адекватность нормы или вопрос о том, насколько реальное действие является обязательной характеристикой нормы. С 1980-х гг. также обсуждаются вопросы правового

взаимности. Тот, кто нарушает право, должен иметь в виду, что и в отношении него соответствующее право также не будет соблюдаться¹¹⁷. В конечном счете, международное право предполагает *добровольное исполнение*. Гарантом соблюдения права, например, свободы открытого моря, является «понимание правительства, что в долгосрочной перспективе можно в наибольшей степени учесть все интересы, если все будут ... соблюдать правила»¹¹⁸.

52 Особые проблемы толкования и соблюдения норм и применения санкций связаны со *всеобщим запретом применения силы*, установленным ст. 2 (абз. 4) Устава ООН. Это *третья* характерная черта международного права. Статья 1 всемирно признанного *Пакта Бриана-Келлогга* от 27 августа 1928 г.¹¹⁹ отвергает «войну в качестве средства разрешения международных конфликтов», не устраняя при этом структурные недостатки системы коллективной безопасности. С тех пор завоевание не влечет за собой возникновение права на завоеванную территорию. После установления всеобщего запрета на *применение силы* как основы Устава ООН¹²⁰ и, таким образом, международного права международные конфликты могут разрешаться только несилowymi методами. Полномочия по применению санкций сосредоточены в Совете Безопасности ООН. До принятия решения о санкциях в Совете Безопасности действует право на самооборону согласно ст. 51 Устава ООН.

53 Всеобщий запрет применения силы основан на том, что мир проще всего обеспечить в рамках *организованного* сообщества государств. Однако международное сообщество, несмотря на организацию, пока не оправдало ожиданий. В силу политической слабости Лига Наций не смогла предотвратить ни агрессию Японии против Китая (1931 г.) и Италии против Эфиопии (1935/1936 гг.), ни нападение Германии на Польшу (1939 г.) и начало Второй мировой войны. Современная система далека от мирового правопорядка, в рамках которого мир может обеспечиваться эффективно. Это в меньшей степени связано с концептуальными и техническими недостатками Устава

плюрализма и мультикультурализма, см.: Nolte, Kulturelle Vielfalt als Herausforderung für das Völkerrecht, BDGVR 43 (2008) 1ff; Keller, Kulturelle Vielfalt und Staatsvolk, ebd, 39ff.

¹¹⁷ См.: Simma, Das Reziprozitätselement im Zustandekommen des Völkergewohnheitsrechts, 1970; ders, Das Reziprozitätselement im Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge, 1972.

¹¹⁸ Tomuschat, «Völkerrecht», Sp 3878. В случае несоблюдения норм международного права издержки, например в международной торговле, были бы чрезвычайно высокими для всех государств.

¹¹⁹ См.: Grewe, EPOCHEN, 729; Fontes III/2, 959ff (текст Пакта). Право устанавливать *предпосылки* нарушения Пакта было предоставлено отдельным государствам, см.: Roscher, Der Briand-Kellogg-Pakt von 1928, 2004, 280.

¹²⁰ Статья 2 (абз. 4) Устава ООН включает, помимо войны, любое применение *военной* силы, кроме случаев самообороны (ст. 51 Устава ООН).

ООН¹²¹, чем с отсутствием достаточно стабильной политической и общественной основы. Принуждение со стороны ООН (ст. 25, 39 и след. Устава ООН) ограничено, поскольку решение может блокировать СБ¹²². Несмотря на ст. 14 Устава ООН, отсутствуют обеспечительные процедуры для «мирных перемен»¹²³. «Воля к международному праву» до сих пор проявляется в недостаточной степени.

Необходимое для систем коллективной безопасности *право на самооборону*, если толковать его расширительно, может использоваться, чтобы фактически обойти запрет на применение силы. Основное ограничение права на самооборону (согласно ст. 51 (предл. 1) Устава ООН право на самооборону осуществляется только «до тех пор пока Совет Безопасности не примет мер, необходимых для поддержания международного мира и безопасности») в случае блокирования СБ не может быть реализовано¹²⁴.

54

¹²¹ Поскольку государства обладают суверенитетом, *обязательной* международной юрисдикции не существует. Меньше трети членов ООН признали неограниченную юрисдикцию МС, см.: *Tomuschat*, in *Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm/Tams* (сноска 49) Art. 36 Abs 2.

¹²² «Ригоризм запрета при отсутствии авторитета для исполнения» (*Oppermann*) ослабляет нормативную систему международного права и нивелирует значение СБ по сравнению с другими международными форумами, например, G-20. Эти и другие параллельные неформальные структуры более адекватно отражают политическое влияние. Полномочия СБ в отношении применения санкций создают основы для централизованного исполнения норм. Поэтому следует учитывать требования, которые должна соблюдать ООН.

¹²³ Статья 19 Устава Лиги Наций, на которую Германия возлагала надежды, оказалась неэффективной.

¹²⁴ Спорное исключение из запрета на применение силы составляет «гуманитарная интервенция». Еще *Франсиско де Витория* (1486–1546 гг.) провозгласил право на вмешательство во имя защиты свободы вероисповедания и иных прав человека, например, против «противоречащего естественному праву» преступления (человеческие жертвоприношения). В то время как в XIX в. вмешательство предпринималось также в пользу граждан третьих государств, в настоящее время оно применяется, как правило, для защиты *собственных* граждан, см. решение МС *по делу о тегеранских заложниках*, ICJ Rep 1980, 3 (в этом деле принимающее государство Иран пренебрегло своей обязанностью по активной защите дипломатической деятельности аккредитующего государства США). Военная операция против Сербии (война в Косово 1999 г.) была обоснована НАТО как гуманитарная интервенция (спорно). Приверженцы этой точки зрения также ссылались на помощь в чрезвычайных обстоятельствах как общий принцип права, см.: *Doehring*, *Völkerrecht*, Rn 766ff, 777, 1015, или на право гуманитарной интервенции как «крайней [правовой] меры, применяемой в последнюю очередь» («a [legal] means of last resort»), см.: *Tomuschat* (сноска 42) 226ff. В деле о Никарагуа (ICJ Rep 1986, 14) МС в § 268 установил: «Отдельно взятое государство не имеет права, применяя военную силу, добиваться соблюдения прав человека. В любом случае, минирование портов и поддержка *контрас* не являются приемлемыми средствами гуманитарной интервенции», см.: *Hilpold*, *Humanitarian Intervention*, EJIL 12 (2001) 437ff.

- 55 В итоге можно сделать следующие выводы о понятии и особенностях международного права:
- Социальным субстратом международного права является сообщество, которое состоит из сравнительно небольшого количества субъектов. Его субъекты, являющиеся государствами, признают друг друга в качестве *равноправных*. В этом проявляется *консенсуальный, координационно-правовой* характер международного права. Этот порядок является децентрализованным и «горизонтальным» *правом сотрудничества и сосуществования*. На основании этого порядка и в его рамках субъекты международного права обладают *свободой действий*.
 - 56 – Международное право формируется собственными субъектами (в первую очередь государствами), т.е. *идентичностью субъектов и адресатов нормотворчества*. Таким образом, понятие и особенности международного права по-прежнему определяются *государствами*. В этом проявляется этатистский и кооперативный аспект. Эффективность международного права зависит также от национального права, в рамках которого оно имплементируется. Элемент равноправия, вытекающий из правовой идеи, определяет «демократическую» структуру международного права.
 - 57 – Институциональная структура международного права слабо развита. Поэтому оно использует государственные структуры на национальном уровне для имплементации (функциональная двойственность (*dédoublement fonctionnel*)¹²⁵). В этой связи международное право должно полагаться на волю государств к сотрудничеству, вследствие чего необходимо, чтобы оно было *реалистичным*. Регулирование деятельности осуществляется теми, кто «юридически не подчинен вышестоящей структуре»¹²⁶, т.е. государствами.
 - 58 – Международное право является объектом и инструментом политики, но одновременно устанавливает рамки и границы политической деятельности. Несмотря на то, что содержание международного права постоянно менялось, его *функция* оставалась неизменной. Оно придает легитимность и разрешает конфликты¹²⁷.

¹²⁵ См.: *Schweisfurth* (сноска 61) 396: «Будучи функциональными, органы государств одновременно являются органами международно-правового сообщества». Идея о двойных задачах государственных органов на национальном и международном, межгосударственном уровне принадлежит Жоржу Селлю (*Georges Scelle*) (*Précis de droit des gens*, Bd I, 1932). См.: *Cassese*, Remarks on Scelle's Theory of «Role Splitting» (*Dédoublement fonctionnel*) in *International Law*, EJIL 2 (1990) 210ff.

¹²⁶ *Mosler* (сноска 108) 10.

¹²⁷ При этом существует тесная взаимосвязь между фактами и нормами, фактической властью и нормативным регулированием деятельности.

- В этой связи также следует упомянуть ст. 2 (№ 3 и № 4) Устава ООН. **59**
Без *всеобщего запрета применения силы* длительное сотрудничество немислимо, как и без принципа *добросовестности*, который является основой международного права.
- *Индивид*, который в конечном итоге является исходной и заключительной точкой любого правопорядка, в международном праве, как правило, *представлен* государством. Господствующее мнение в доктрине отводит индивиду ограниченную роль. Как носитель прав человека индивид обладает (частичной) международной правосубъектностью, т.е. самостоятельным правовым статусом без опосредования государством. В связи с широкой сферой применения Пактов об основных правах 1966 г. (МПГПП и МПЭСКП), ЕКПЧ и других механизмов защиты прав человека роль индивида нельзя считать незначительной. Решающим является доступ к международным органам по разрешению споров¹²⁸. Индивид может быть также носителем международных обязанностей. Если он нарушает международно-правовые нормы, предусматривающие индивидуальную ответственность, он становится субъектом ответственности, например, в случае совершения тяжкого международного преступления. **60**

2. Сфера действия, принципы и единство международного права

а) Сфера действия

В науке и практике постоянно дискутируются два вопроса: о характере международного права и об основаниях действия международного права¹²⁹. Ответы и заложенные в них фундаментальные различия и представления о ценностях раскрывают сущность и механизмы действия международного права. **61**

¹²⁸ Например, индивидуальные жалобы согласно ст. 34ЕКПЧ, статус стороны согласно ст. 187 (подпункты *с–е*) КМП. На современном этапе развития возможность экстерриториального применения государствами имеет важную функцию в переходный период, хотя защита прав человека не является основной целью. Например, в США гражданские иски в связи с нарушениями прав человека режимом апартеида ЮАР и его иностранными поставщиками оружия до сих пор основывались на Законе об иностранных гражданско-правовых требованиях (Alien Tort Claim Act) и часто отклонялись низшими инстанциями федеральных судов как «интервенционистские».

¹²⁹ Международное право соблюдается чаще, чем национальное право, см.: Neuhold, The Foreign-Policy «Cost-Benefit-Analysis» Revisited, GYIL 42 (1999) 84ff.

62 Исторически в доктрине представлены две основные концепции¹³⁰. Одну точку зрения представляют немногочисленные «отрицатели международного права» (например, *Гоббс*, *Спиноза*, *Гегель*, *Остин*). Противоположную точку зрения представляет большинство. Сегодня уже не оспаривается, что международное право является *правом* и имеет большое значение. Любой субъект международного права оправдывает свои действия с помощью международно-правовых аргументов.

63 В рамках точки зрения, согласно которой международное право имеет нормативный характер, в частности, существуют *волюнтаристские* теории. В соответствии с ними суверенная воля государства рассматривается как основание для действия международного права. Волюнтаристские теории¹³¹ подразделяются на позитивистскую теорию свободного самоограничения (*Георг Еллинек*, *Карл Бергбом* и *Юлиус Хачек*), согласно которой международное право становится обязательным только после признания государством, теорию договоров (*Генрих Трипель*), которая в большей степени учитывает аспект сотрудничества и согласно которой действие норм договора *после его заключения* не зависит от воли отдельных государств¹³², и теории социального договора и *общего согласия* (*common consent*). Кроме того, существуют *нормативистские* (*Ханс Кельзен*, *Дионисио Анцилотти*, *Пауль Гуггенхайм*)¹³³ или *естественно-правовые* теории действия норм международного права, а также теория божественного установления (*Франсиско де Витория*, *Франсиско Суарес*) и теория права (естественного) разума¹³⁴. В соответствии с перечисленными теориями существуют нормы, которые можно вывести из принципов и фактов вне позитивного

¹³⁰ См.: *Fastenrath*, Lücken, 48ff; *Mosler* (сноска 108) 6ff.

¹³¹ С точки зрения логики права, нельзя вывести нормативное долженствование *исключительно* из человеческой воли, как и из фактов.

¹³² Эта распространенная теория исходит из существования «превалирующей» общей воли, от которой отдельное государство не может отделиться в одностороннем порядке. *Трипель* развил эту теорию, опираясь на разработки *Бергбома* и *Биндинга* (*Triepel, Völkerrecht und Landesrecht*, 1899). Он постулировал, что международное и внутригосударственное право являются независимыми категориями, что способствовало развитию международного права как самостоятельного правопорядка. Однако из такой воли подчиниться праву *подчинение праву* следует только на основании правовой нормы.

¹³³ Это направление не считает основой права нечто, существующее вне права (Бог, природа, разум). В качестве ультимативного основания для действия права рассматривается имманентная «основополагающая норма», из которой выводятся все остальные нормы («иерархическая структура права»), см. *von Bernstorff, Der Glaube an das universelle Recht*, 2001.

¹³⁴ Теории, основанные на естественном праве, рассматривают аксиому, не подверженную влиянию человека (например, божий промысел или естественный разум), в качестве основания для действия права (*Фома Аквинский*, *де Витория*). *Суарес* рассматривает международное право как промежуточное звено между естественным и человеческим правом. Для *Гроция* источником (естественного) права является

права и которые носят обязательный характер. В качестве примеров можно привести монографии *Альфреда Вердросса (Alfred Verdross)* «Статичное и динамичное естественное право» (1971 г.)¹³⁵ и *Ханса Вельцельса (Hans Welzels)* «Естественное право и материальная справедливость»¹³⁶. Наконец, существуют антропологические, социологические и функциональные обоснования права.

Ни представители теории политики силы¹³⁷, ни противники международного права не могут привести *убедительных* аргументов в пользу того, что международное право не имеет действия¹³⁸. Странники международного права, напротив, уверены в том, что действие международного права *можно обосновать*. Однако разногласия существуют в отношении основного критерия и логики обоснования. Поскольку право проявляется (естественно-правовой подход) или создается, когда люди объединяются (позитивистский подход), основание для действия права определяется преобладающими убеждениями в соответствующую эпоху¹³⁹.

Спор об основании действия и характере международного права имеет в основном теоретическое, а не практическое значение. Уже на протяжении нескольких столетий государства на практике признают, что международное

забота о сообществе, которая совпадает с принципами человеческого разума, см.: *Straumann*, Hugo Grotius und die Antike, 2007, 127ff.

¹³⁵ Основополагающими для Венской школы считаются следующие работы: *Verdross*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf der Grundlage der Völkerrechtsverfassung, 1923; *Kelsen*, Das Problem der Souveränität, 1928; *Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, FS Kelsen, 1931, 252ff *von Bernstorff* (сноска 133).

¹³⁶ *Вельцельс* в своей монографии «Prolegomena zu einer Rechtsphilosophie», 1951, 52, в которой он описывает 2000-летнюю историю естественного права, исходит из того, что, в соответствии с воззрениями схоласта Фернандо Васкеса (*Fernando Vázquez*), естественное право является «благом, поскольку оно передано нам Богом». Только в Новое время «выраженная божья воля была заменена волей государства». С точки зрения Гоббса, критерием права являются не вечные истины, а решения государственной власти, см.: *Hobbes*, «Auctoritas, non veritas facit legem» (117).

¹³⁷ См., например: *Schwarzenberger*, Civitas Maxima?, YBWA 29 (1975) 337ff.; о его теории см. также *Steinle*, Völkerrecht und Machtpolitik, 2002.

¹³⁸ Позитивизм, как и естественное право, основывается на аксиомах, которые не могут быть доказаны.

¹³⁹ Ни одно определение права не дает оснований полагать, что международное право не является правом, см.: *Fastenrath*, Lücken, 81. К вопросу об основаниях для действия *ius cogens* (см. ниже абз. 72, 126) *ders*, Relative Normativity in International Law, EJIL 4 (1993) 305 (307ff); *Koskeniemi*, Hierarchy in International Law, EJIL 8 (1997) 566ff. По мнению *Schmahl*, Überlegungen zur Kategorisierung internationaler Menschenrechte, in Ziebertz (Hrsg), Menschenrechte, Christentum und Islam, 2010, 27 (41), основание для действия «можно объяснить скорее с социологической, чем с юридической точки зрения. Речь идет об одной из форм «самогенерации» (*autopoiesis*)».

право является *правом*, и, как правило, его соблюдают¹⁴⁰. Сомнения возникают, в первую очередь, в связи с его *исполнением*. Это представление основано на внутригосударственном праве. Определение права, ограниченное критерием применения санкций, является чрезмерно узким для международного права¹⁴¹. *Принудительное* исполнение¹⁴² является только одним из возможных вариантов реагирования¹⁴³.

66 Международное право отличается от *фактически* применяемых норм *вежливости* (добрые нравы народов, *comitas gentium*) своим юридическим содержанием. В случае нарушения правил международной вежливости — обычно при совершении «недружественного» акта — международно-правовые санкции не применяются за отсутствием *правонарушения*. Примером применения правил вежливости является, например, взаимное приветствие кораблей в открытом море.

67 К международному праву не относятся нормы международной морали, например, оказание помощи при катастрофах¹⁴⁴, а также *межгосударственные соглашения, не имеющие юридического характера*, например, Заключительный акт СБСЕ от 1 августа 1975 г. Хотя этот Акт содержал основные принципы взаимного поведения в будущем, он не являлся юридически обязательным однако по воле подписавших его государств. В противном случае государства не смогли бы достичь договоренности¹⁴⁵. Однако такие юридически необязательные договоренности могут иметь такое же влияние на действия государств на практике, как международные договоры или джентльменские соглашения.

68 «Мягким правом» (soft law) обычно называют акты (например, резолюции ГА ООН), которые не являются источниками международного права, но в отношении которых признано, что они характеризуют действующее право, правовые убеждения и тенденции развития права¹⁴⁶. Если ведущие страны не присоединяются к таким резолюциям, они носят

¹⁴⁰ В принципе, международное право зависит от общего убеждения всех государств, что их взаимоотношения нуждаются в правовом регулировании, которое основывается на общих правовых воззрениях.

¹⁴¹ Неюстициабельные или частично юстициабельные нормы, а также нормы, принудительное исполнение которых не предусмотрено, также могут быть нормами права.

¹⁴² Право может реализовываться, например, посредством неформализованной констатации нарушения права, в результате чего могут возникнуть неформальные санкции, такие как утрата репутации на международной арене и ее реальные последствия.

¹⁴³ «Санкция неучастия» (*Wolfgang Friedmann, The Changing Structure of International Law, 1964, 88ff, 369f*), лишение членов международной организации привилегий, также является вариантом (опосредованной) реализацией международного права.

¹⁴⁴ См.: *Neuhold, Die Pflicht zur Zusammenarbeit zwischen den Staaten: moralisches Postulat oder völkerrechtliche Norm?*, FS Verdross, 1980, 575ff.

¹⁴⁵ О процессе СБСЕ, включая Парижскую хартию для новой Европы от 21 ноября 1990 г., см.: *Heintze, in Ipsen, Völkerrecht, § 30 Rn 11f.*

¹⁴⁶ См.: *Thürer, «Soft Law»*, ZSchwR 104 (1985) 429ff.

характер *политических требований*. Например, это касается спорной Хартии об экономических правах и обязанностях государств от 12 декабря 1974 г.¹⁴⁷

Иногда сложно разграничивать правила международной морали (например, постулат, согласно которому следует оказывать помощь развивающимся странам) и вежливости (например, соблюдение правил дипломатического этикета), с одной стороны, и международное право, с другой стороны. Принципы международной вежливости и морали могут преодолеть порог нормативности, т. е. стать юридически обязательными. Критерием перехода неправовых правил в категорию права является убеждение международного сообщества, что определенное поведение рекомендуется *правом*. 69

Основания для действия права следует отличать от *источников права*. 70 В данном контексте существуют многочисленные спорные вопросы терминологии¹⁴⁸. В то время как термин «основания для действия» обозначает причину обязательности тех правил, которые в силу такой обязательности считаются правом (например, воля государств), «источник права» является общим понятием для всех *форм проявления* права (например, обычное право)¹⁴⁹. «Источники познания» (например, судебная практика или доктрина), напротив, являются средствами, с помощью которых можно прийти к выводу о существовании и содержании нормы.

Из *правового* характера международного права следуют его первичные *функции*. Это функции права в целом: регулирование поведения и легитимации, а также ограничение и поддержание власти¹⁵⁰. Поскольку международное право является порядком, который создает, легитимирует и ограничивает власть, оно обеспечивает существование и защиту своих субъектов и разрешение конфликтов¹⁵¹. Международное право служит реализации территориальных претензий или требований о возмещении ущерба, как и признанию таких претензий и требований неправомерными¹⁵². 71

¹⁴⁷ Res. 3281 (XXIX); см. также: *Seidl-Hohenveldern*, *International Economic Soft Law*, RdC 163 (1979-II) 165ff.

¹⁴⁸ См. ниже абз. 113 и след.

¹⁴⁹ *Вердросс* и *Зимма* исследуют различия между «формальными» источниками права, источниками возникновения права, с одной стороны, и «материальными» источниками права (социальные нормы, правовые убеждения и т. д.), с другой стороны. «Материальные» источники права являются материальными обстоятельствами (*faits matériels*), воздействующими на право, его возникновение, содержание и изменение. См.: *Verdross/Simma*, *Völkerrecht*, § 515.

¹⁵⁰ См. *К. В. Нёрр*, *Die Leiden des Privatrechts*, 1994, 127.

¹⁵¹ Возможности разрешения конфликтов при помощи международного права не абсолютны, а имманентно ограничены: возможности и права «в рамках права» («*within the law*»).

¹⁵² Наряду с функцией легализации и организации социального господства, право должно также стимулировать развитие и социальное развитие в рамках гарантированных

Международное право ограничивает и создает предпосылки для действий. Кроме того, оно является правопорядком, основанном на *ценностях*¹⁵³. Так, в Декларации ООН о принципах международного права от 24 октября 1970 г.¹⁵⁴, как и в Преамбуле Устава ООН, перечисляются функции и ценности: «...поддержание и укрепление международного мира, основанного на свободе, равенстве, справедливости и уважении основных прав человека».

б) Принципы международного права

- 72 Понятия «основные правила», «принципы» или «основные принципы международного права» описывают основы правового регулирования международных отношений¹⁵⁵. Эти нормы отличаются от специальных, технических положений международного права своим материальным значением. Вердросс обозначал эти нормы понятием «*конституция мирового сообщества*»¹⁵⁶. Основные правила международного права закреплены в Уставе ООН. Они обязательны для всех. Кроме того, они, в особенности традиционные правила мирного сосуществования, включены в *Декларацию ООН о принципах международного права 2625 (XXV) (Декларация о дружественных отношениях)*. Всего насчитывается *семь* основных правил. Они способствуют пониманию сущности и действия международного права. В данном контексте достаточно краткого обзора этих правил. В обзоре будут описаны вопросы, связанные с начавшейся «конституционализацией» международного права¹⁵⁷ как «объективного» правопорядка, а не как правопорядка, основанного на взаимности (спорно) и на универсальных ценностях.

свобод.

¹⁵³ См.: Berber, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd I, 2. Aufl 1975, 33; Verdröss, Die Wertgrundlagen des Völkerrechts, AVR 4 (1953) 128ff. Впоследствии он перешел к универсалистской традиции Суареса, Витторио, Гроция и Вольфа и исходил из того, что основой международного сообщества является универсальная этика, единая для всех цивилизаций. В настоящее время существенные элементы естественного права интегрированы в позитивное международное право.

¹⁵⁴ См.: Graf zu Dohna, Die Grundprinzipien des Völkerrechts über die freundschaftlichen Beziehungen und die Zusammenarbeit zwischen den Staaten, 1973 (Text 267ff).

¹⁵⁵ См.: Tomuschat, Völkerrecht, Sp 3383ff.

¹⁵⁶ См.: Tomuschat, Zur Konstruktion des Völkerrechts, Zeitschrift für Völkerrecht 8 (1914) 329ff.

¹⁵⁷ Для такого нового, спорного развития характерны, в том числе, «иерархические» концепции обязательств *erga omnes, ius cogens* (см. ниже абз. 120, 126) и международного уголовного права, см., например, ссылки на литературу в сноске 286. Критические замечания см.: Proelß, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, in: J. Badura (Hrsg), Mondialisierungen, 2006, 233ff. Скептические замечания еще на ранней стадии развития см.: Schwarzenberger, International Jus Cogens?, Texas LR 43 (1965) 476ff. В рамках *ius cogens* нет возможности постоянных возражений. В отношении обязанностей *erga omnes* до сих пор отсутствует возможность внесения индивидуальных

Первый «основной принцип» основан на *суверенитете государств*. 73 (Частичное) добровольное подчинение государства «дирижистской» власти, например, международной организации с целью получения выгодных кредитов, в настоящее время является естественным для многих государств. Для внешнего суверенитета государства такое подчинение не представляет проблемы, пока подчинение является добровольным и международная организация¹⁵⁸ не обладает властью влиять на внутренние дела, т.е., в принципе, не ограничивает права государства на самоопределение. Постоянная Палата международного правосудия в 1923 г. отметила в деле о судне «Уимблдон»¹⁵⁹, что заключение договоров, ограничивающих свободу действий, является прямым выражением суверенного права на принятие решения¹⁶⁰. Из взаимного соблюдения суверенитета (принцип взаимности) следует также право на иммунитет от осуществления властных полномочий другими субъектами, по крайней мере, от актов государственной власти (*acta iure imperii*).

Второй основной принцип международного права, принцип *равенства государств*, является отражением первого принципа¹⁶¹. Это основное правило является формальным. Оно действует независимо от «обстоятельств». Из принципа равенства не следуют требования о получении материальных благ, например, права на получение помощи развивающимся странам, т.е. он не дает права на установление материального равенства. Принцип равенства означает только, что в одинаковой ситуации все государства обла- дают равными правами, например, равными правами на проведение научных исследований и на рыболовство в открытом море. Принцип равенства не исключает установления привилегий *на основании договоров*, например, привилегий определенных членов Совета Безопасности или установления

жалоб (*actio popularis*) (спорно). К вопросу об «оптимистичных» концепциях см.: Schellhaas, Die «internationale Gemeinschaft» im 21. Jahrhundert, in Tomuschat (Hrsg.), Weltordnungsmodelle für das 21. Jahrhundert, 2009, 25ff; Fassbender, UN Security Council Reform and the Right of Veto, 1998, 89ff («The UN Charter as a Constitution»).

¹⁵⁸ См.: Weigelt, Die Konditionalität des Internationalen Währungsfonds in ihrem Verhältnis zur Staatssouveränität und zu den Menschenrechten, 1999, 93ff, 143ff, 156ff.

¹⁵⁹ PCIJ, Ser A, No 1, 6, 25: Порядок, созданный Версальским договором 1919 г., имеет преимущественную силу перед нормами общего международного права. Аргумент немецкой доктрины, согласно которому договор не может лишить государство статуса *равного* члена международно-правового сообщества, не получил поддержки.

¹⁶⁰ См. ст. 6 Венской конвенции о праве международных договоров: «Каждое государство обладает правоспособностью заключать договоры». См. выше абз. 50.

¹⁶¹ К вопросу о «праве» на равенство в связи с принципом равноправия см., с одной стороны, Anand, Sovereign Equality of States in International Law, RdC 197 (1986-II) 1 (126ff); с другой стороны, Ladreit de Lacharrière, L'influence de l'inégalité de développement des Etats sur le droit international, RdC 139 (1973-II) 227 (253ff). К вопросу о «принципе суверенного равенства государств» см. Dohna (сноска 154) 158ff.

зависимости между количеством голосов государства и размером его взносов в международную организацию¹⁶².

75 *Запрет на применение силы*, направленной «против территориальной неприкосновенности или политической независимости любого государства» (ст. 2 (абз. 4) Устава ООН), является *третьим* основным принципом¹⁶³. Он внес существенные изменения в традиционное международное право. Согласно ст. 51 Устава ООН применение силы допускается как реакция на вооруженную агрессию (*armed attack/aggression armée*)¹⁶⁴. Самооборона как односторонняя крайняя мера может применяться только при соблюдении принципа соразмерности¹⁶⁵. Заключенные в результате применения силы договоры ничтожны (ст. 52 Венской конвенции о праве международных договоров). При разработке ст. 2 (абз. 4) Устава ООН весной 1945 г. было отклонено предложение по включению в понятие силы невоенных мер¹⁶⁶. Запрет на осуществление политического и экономического давления содержится в преамбуле Декларации ООН о принципах международного права 1970 г. и в положении о принципе невмешательства¹⁶⁷; однако декларация формально не является международным правом¹⁶⁸.

76 С принципами суверенного равенства и запрета на применение силы тесно связан четвертый основной принцип, *запрет на вмешательство*

¹⁶² К вопросу о различных подходах в отношении ядерного оружия см.: Graf Vitzthum, Welt nuklearordnung und Staatengleichheit, FS Grewe, 1981, 609ff; к вопросу о роли равенства в праве международных организаций см.: Boutros-Ghali, Le principe d'égalité des Etats et des organisations internationales, RdC 100 (1960-II) 1ff; к вопросу о количественных различиях см.: Castren, La position des grands et petits Etats dans la communauté internationale et particulièrement dans les organisations internationales, FS Schätzel, 1960, 25ff, к вопросу о принципе общей, но дифференцированной ответственности см.: Kreuter-Kirchhof, Neue Kooperationsformen im Umweltvölkerrecht, 2005, 515ff.

¹⁶³ Устав Лиги Наций содержал ограниченный запрет на ведение войны, выраженный в понятии «незаконная война» в ст. 10 и ст. 12 (абз. 1). Затем, в Пакте Бриана-Келлогга от 27.08.1928 г. стороны Пакта отказались от войны как средства политики. В ст. 2 (абз. 4) Устава ООН запрет на ведение военных действий расширен. Теперь запрещены угроза применения силы и применение силы в межгосударственных отношениях.

¹⁶⁴ Действия, предусмотренные в Главе VII Устава ООН, являются вторым исключением из запрета на применение силы. Такое коллективное применение силы допускается только при одобрении (наличии мандата) Совета Безопасности.

¹⁶⁵ Принцип соразмерности также играет важную роль при применении реторсий.

¹⁶⁶ Преамбула Устава ООН прямо указывает на «вооруженную силу» (*armed force*). Только о ней речь идет в ст. 44 Устава ООН. Таким образом, запрет на применение силы в Уставе ООН и общем международном праве касается только применения военной силы.

¹⁶⁷ Рез. ГА ООН № 2625 (XXV), декларативная часть 9: «напоминая об обязанности государств воздерживаться в своих международных отношениях от военной, политической, экономической или иной формы давления, направленного против политической независимости ... любого государства ...».

¹⁶⁸ См.: Dohna (сноска 154) 241ff. Декларация может использоваться для толкования запрета на применение силы.

во внутренние дела¹⁶⁹. Запрет на вмешательство во внутренние дела государства (*domaine réservé*) выходит за рамки запрета на применение силы. Подрывная деятельность, а также оказание существенного экономического, политического или иного давления в целях получения преимуществ запрещены. Таким образом, применение любых методов принуждения (*methods of coercion*), не достигающих уровня угрозы применения силы или применения силы, в отношении другого государства с целью его подчинения чужой воле¹⁷⁰, подпадают под запрет. Квалификация не всегда однозначна, поскольку предпосылки сформулированы абстрактно¹⁷¹. Например, является спорным, насколько ограничен запрет на вмешательство в условиях гражданской войны¹⁷². Дифференциация между допустимым оказанием политического влияния и запрещенным вмешательством подлежит дальнейшему изучению¹⁷³.

Основные принципы дополняет *обязательство по мирному разрешению международных споров* (ст. 1 (абз. 1), ст. 2 (абз. 3), ст. 33 (абз. 1) Устава ООН). Этот *пятый* основной принцип также содержится в Декларации ООН о принципах международного права 1970 г.¹⁷⁴, а также в многочисленных договорах и в Европейской конвенции о мирном урегулировании споров 1957 г.¹⁷⁵ Универсальной обязанности привлекать незаинтересованную третью сторону для разрешения споров не существует. Статья 14 Устава ООН предусматривает только основы процедуры изменения структур без применения силы¹⁷⁶.

¹⁶⁹ В отношении самой ООН см. формулировку принципа невмешательства в ст. 2 (абз. 7) Устава ООН.

¹⁷⁰ Разумеется, международно-правовой договор может касаться также «дел, входящих во внутреннюю компетенцию государств». Запрет на вмешательство во внутренние дела не нарушается, если реализуются права, предусмотренные в договоре, например, право контроля (*droit de regard*), связанное с правами человека.

¹⁷¹ «Даже прекращение поставок (эмбарго на поставку нефти 1974 г.) используется ... в качестве внешнеполитического оружия», как и разрыв дипломатических отношений (доктрина Халльштейна), см.: *Tomuschat*, «Völkerrecht», Sp 3885.

¹⁷² К вопросу о признании повстанцев см.: *Talmon*, *Recognition in International Law*, 2000, 215ff; к вопросу о запрете на вмешательство во внутренние дела государства посредством содействия вооруженной оппозиции, намеревающейся осуществить переворот, см.: ICJ Reports 1986, 14 § 254ff (*дело о Никарагуа*).

¹⁷³ Формулировка в Декларации ООН 1970 г., согласно которой любое межгосударственное вмешательство запрещено как вмешательство во внутренние дела, противоречит международному праву.

¹⁷⁴ Подробнее см.: *Neuhold*, *Internationale Konflikte*, 1977, 45ff.

¹⁷⁵ Большое значение имеет I Гагская конвенция о мирном разрешении международных споров от 18 октября 1907 г., см.: *Fontes III/1*, 558. В соответствии с главой VI Устава ООН государства-члены также обязаны добросовестно разрешать споры мирными средствами (ст. 2 (абз. 2) Устава ООН).

¹⁷⁶ Практика ООН по этому вопросу ограничена.

78 *Право народов на самоопределение является шестым принципом*¹⁷⁷. Право на самоопределение было изначально указано в ст. 1 (абз. 2) Устава ООН только в качестве цели ООН¹⁷⁸. Общее определение как права «всех народов» дается понятию самоопределения в ст. 1 Пактов ООН о правах человека 1966 г.: «В силу этого права они свободно устанавливают свой политический статус и свободно обеспечивают свое экономическое, социальное и культурное развитие». Господствующее мнение в доктрине, в принципе, отвергает право народов на одностороннее решение вопроса об отделении (сецессии) от существующего государства, т. е. право на отделение части государства¹⁷⁹. Право на самоопределение, границы и последствия которого являются спорными, следует интерпретировать в рамках системы правового регулирования как *часть* международного правопорядка¹⁸⁰. Однако частью международного права являются также территориальная неприкосновенность государств и запрет применения силы. В ст. 1 (№ 2) Устава ООН самоопределение определяется как мера «укрепления всеобщего мира». Таким образом, подчеркивается его характер как имманентно ограниченной меры по *стабилизации* мира.

79 Принцип *сотрудничества государств* (ст. 1 (абз. 3), ст. 11, 13, 55, 56 Устава ООН) является *седьмым* принципом международного права. Принцип сотрудничества, основанный на идее международной солидарности, играет важную роль, например, в международном экономическом праве, в особенности в рамках помощи развивающимся странам¹⁸¹. Государства обязаны сотрудничать независимо от их политических систем, прежде всего в целях сохранения всеобщего мира, соблюдения прав человека и имплементации мер, решение о которых приняла ООН¹⁸². Международная система является «правовым сообществом, организованным группой государств, которые

¹⁷⁷ См.: Neuhold/Simma (сноска 3) 16ff, 43ff (*Thürer*). В практике ООН право на самоопределение (см. ст. 55 Устава ООН) на протяжении десятилетий было направлено на предоставление независимости территориям, находившимся под колониальным господством западных держав. В этих случаях субъект права на самоопределение мог быть однозначно определен.

¹⁷⁸ Устав ООН и Декларация ООН 1970 г. не разъясняют ни вопрос о носителе прав, «народе», ни вопрос о процедуре при осуществлении права на самоопределение. К вопросу о практике Международного суда ООН см.: *Dörr*, *Kompendium*, 358, 536, insbes 600.

¹⁷⁹ См.: *Tomuschat*, «*Völkerrecht*», Sp 3885. О редких исключениях *Toper* пишет следующее: «Если режим виновен в грубом нарушении прав человека, направленном против народа, угрожающем его существованию или культурной идентичности, в настоящее время более не представляется возможным отрицание права этого народа на отделение как *ultima ratio* основных стандартов прав человека», см.: *Thürer* (сноска 177) 50.

¹⁸⁰ *Thürer* (сноска 177) 46ff. «Мир» нельзя было бы считать миром, если он был бы основан на отказе в предоставлении права на самоопределение, сопровождаемым применением силы.

¹⁸¹ Из принципа сотрудничества не следуют конкретные обязанности по оказанию помощи.

¹⁸² Система мира, которая является целью Устава ООН, означает больше, чем неприменение силы. Ее невозможно достичь без сотрудничества государств.

вследствие членства в правовом сообществе обязаны оказывать друг другу помощь и поддерживать друг друга»¹⁸³.

в) Единство международного права

Вопрос¹⁸⁴ о «социалистическом международном праве»¹⁸⁵ и вытекающий из него вопрос о единстве международного права¹⁸⁶ не утратил своей актуальности и после коренных политических изменений 1989–1990 гг., повлекших за собой, в частности, «международно-правовое переустройство» Европы¹⁸⁷. Это связано не только с тем, что концепции международного права, основанные на марксизме-ленинизме, еще частично применяются, но и с тем, что единство международного права ставится под сомнение другими идеологиями и под влиянием некоторых мировых религий.

В XX в. *социалистическая* теория международного права на протяжении длительного времени рассматривала *государства* в качестве исключительных субъектов международного права¹⁸⁸. Государства считались инструментами власти господствующих классов. Поэтому речь шла о «классовом характере» международного права¹⁸⁹. Действующее в отношениях между государствами

¹⁸³ См.: Tomuschat, «Völkerrecht», Sp 3886. Механизма принятия решения большинством голосов не существует, «таким образом, это не может привести к принудительному перераспределению».

¹⁸⁴ В 1920-х гг. в СССР был выдвинут тезис, согласно которому унифицированное международное право якобы распалось в результате отсутствия «идейной солидарности»; общее с «буржуазными» государствами право могло существовать лишь временно, см.: Korovin, Das Völkerrecht der Übergangszeit, 1929, 12ff. Существование особого, «социалистического» международного права, принятого между «государствами мировой социалистической системы», приводилось в качестве основания ввода войск стран Варшавского договора в Чехословакию в 1968 г., см.: Tunkin, Völkerrechtstheorie, 1972, 487 mwN.

¹⁸⁵ См.: Schweisfurth, Sozialistisches Völkerrecht?, 1979. Об угрозе единству международного права со стороны не «второго», а «третьего» мира см.: Ginther, ÖHVR I, Rn 145ff.

¹⁸⁶ «Единство международно-правового порядка» понимается при этом в культурно-историческом смысле, а не как антоним понятия «фрагментация международного права». Последний термин относится к «проблемам, возникающим в связи с диверсификацией и расширением сферы действия международного права» (заглавие главы IX Доклада комиссии международного права (КМП) на 54-й сессии, UN Doc A/57/10, Suppl No 10), т. е. к коллизии и иерархии норм (Правила толкования и изменения международно-правовых договоров; Правила *lex specialis*), а также к вопросу иерархии международно-правовых норм. См.: UN Doc A/60/10, Suppl No 10, Report of the ILC of its Fifty-seventh Session, § 442; Zimmermann/Hoffmann (Hrsg), Unity and Diversity of International Law, 2006; Thiele, Fragmentierung des Völkerrechts als Herausforderung für die Staatengemeinschaft, AVR 46 (2008) 1ff.

¹⁸⁷ См.: Neuhold/Simma (сноска 3) 14ff.

¹⁸⁸ Поэтому на протяжении нескольких десятилетий даже частичная правосубъектность международных организаций или индивидов признавалась только в ограниченном объеме. Чаще признавался правосубъектность народов и освободительных движений.

¹⁸⁹ Так называемая теорема о базисе и надстройке, применявшаяся также к праву в целом.

«социалистического лагеря» международное право должно было иметь приоритет по отношению к «общедемократическому международному праву», действующему между государствами разных общественных формаций. Из этого следовало разделение системы международного права на *три части*: «буржуазное право» (между странами «реакционных сил»), «социалистическое международное право» (между «прогрессивными» странами) и «общедемократическое международное право» (между обоими «лагерями») ¹⁹⁰. Различия между «международно-правовыми системами» были очевидными не только в понимании *прав человека* ¹⁹¹, но и принципов международного права ¹⁹², теории источников права и определения субъектов международного права.

82 Относительно вопроса о применении «общих принципов международного права . . . , служащих *национальным* интересам отдельного социалистического государства», или «принципа пролетарского *интернационализма*», который «служил основанием для подчинения социалистических государств СССР и КПСС», *Швайсфурт* ¹⁹³ пришел к выводу, что «социалистического» международного права с содержанием, основанным на его теории, никогда не существовало. Такие факторы, как безуспешность социалистического движения в странах третьего мира, падение коммунистических режимов в Европе с 1989 г. и принятие большинства стран Центральной и Восточной Европы в Совет Европы, НАТО и Европейский союз, привели к тому, что постулат «социалистического международного права» ¹⁹⁴ более не представляет угрозы для единства международного права ¹⁹⁵.

¹⁹⁰ См.: Учебник по международному праву Академии наук СССР [1957 г.], 1960 г. (перевод на немецкий), 1.

¹⁹¹ С точки зрения теории социализма, в бесклассовом обществе не существует противоречия между интересами индивидов и интересами общества. Вместо невмешательства от государства требуется оказание многочисленных услуг. Кроме того, наряду с соответствующими правами на индивидов возлагаются обязанности перед обществом.

¹⁹² См. выше абз. 72 и след.

¹⁹³ См. сноску 184: 109, 539, 560ff (юридические конструкции для обоснования гегемониального вмешательства во внутренние дела). Речь шла о вопросе, был ли ограничен суверенитет социалистических государств по отношению к друг другу в том смысле, что они не могли изменить свою политическую систему без согласия СССР. При этом «принцип социалистического интернационализма» позволял оказывать «помощь» социалистическому государству в целях сохранения достижений социализма. Примером является подавление «контрреволюций» в Будапеште в 1956 г. и в Праге в 1968 г. согласно «доктрине Брежнева».

¹⁹⁴ Среди источников права особое значение придавалось договорам. Обычное право рассматривалось в качестве *pactum tacitum*. «Общие принципы права» не признавались источниками права, см.: *Schweisfurth, The Science of Public International Law in the German Democratic Republic, GYIL 50 (2007) 149ff.*

¹⁹⁵ Кубинские, северокорейские, вьетнамские и китайские (*Kaminski, Chinesische Positionen zum Völkerrecht, 1973*) представления о международном праве не приводят к возникновению фундаментальных проблем систематики международного права, поскольку социалистической системы государств и теории международного права не существует.

Вопрос о единстве международного права в настоящее время рассматривается, в частности, в связи с *исламским* пониманием права и государства¹⁹⁶. В этом отношении вопрос о единстве приобретает религиозно-политическое измерение. С точки зрения исламской концепции, проблематичными являются ориентация международного права на *государства* и *отрицание его тождества с религиозными авторитетами*, которое было отмечено еще *Гроцием*. Исламское право основано на постулате, согласно которому божья воля, выраженная в Коране и *сунне*, подлинном священном предании и нормативной практике Пророка, является высшим законом. Таким образом, право в целом теоретически подчинено принципам, но не буквально-му толкованию *шариата*, основного источника законодательства. Любые действия оцениваются шариатом с морально-правовой точки зрения, т.е. устанавливается, какие действия считаются благими, а какие заслуживают порицания. Если право выводится из выраженной воли Бога как обладателя суверенитета, возникают проблемы с оценкой прав человека, которые не могут быть мотивированы с религиозной точки зрения, особенно если они вступают в противоречие с учением ислама, что часто зависит от интерпретации¹⁹⁷. Поэтому возникают проблемы с применением Пактов ООН о правах человека 1966 г., которые ратифицировали практически все мусульманские страны, и с представлением, что индивид как обладатель прав человека является (частичным) субъектом международного права. Несовместимость с принципами международного права следует также из роли *джихада*, религиозного принципа борьбы. Для ислама¹⁹⁸ начиная с XIX в., борьба против «неверных» *фактически* является своего рода *bellum iustum*¹⁹⁹.

¹⁹⁶ См.: *Salem*, Islam und Völkerrecht, 1984; *Pohl*, Islam und Friedensvölkerrechtsordnung, 1988; *Mikunda Franco*, Das Menschenrechtsverständnis in den islamischen Staaten, JöR (NF) 44 (1996) 205ff; *Roeder*, Traditional Islamic Approaches to International Law, ZaöRV 72 (2012) 521ff. В данном контексте следует исследовать также другие мировые религии, например, конфуцианство, см.: *Iriye*, The Principles of International Law in the Light of the Confucian Doctrine, RdC 120 (1967), и буддизм. Однако, в отличие от ислама, их влияние на единство и развитие международного права ограничено.

¹⁹⁷ В любом случае, *классическое* исламское право не проводит различия между духовными и мирскими делами. Основными предметами регулирования являются религия, религиозно-социальная жизнь мусульман и (более низкий) статус представителей других (более древних) религий, основанных на Священном писании, т.е. иудеев и христиан.

¹⁹⁸ См.: *Krämer*, Gottes Staat als Republik, 1999, 49ff; *Noth*, in: Rotter (Hrsg), Die Welten des Islam, 1993, 22ff; *Rohe*, Das islamische Recht, 2009; *van Ess*, Dschihad gestern und heute, 2012. Между основными элементами демократии и ценностями ислама не существует принципиального противоречия, однако представление о *божественном* государстве на основе Корана, в принципе, несовместимо с идеями Просвещения и, в особенности, с концепцией нерелигиозного государства.

¹⁹⁹ В соответствии со *средневековой* исламской доктриной мир разделен на две части: на территорию ислама, на которой царит мир, и на «территорию войны», заселенную «неверными».

- 84 Особенности концепции международного права в исламе связаны, в частности, с тем, что классическое исламское право, которое до сих пор является основным, ориентируется на *универсальное* сообщество, в которое с течением времени следует включить всех членов человеческого сообщества. Идеальным сообществом считается *умма*, политически-религиозное объединение всех мусульман²⁰⁰. Объектом *защиты* является общность *верующих мусульман*, т. е. политически организованная транснациональная религиозная *группа*, а не государство как юридическое лицо и не индивид. Поскольку международное право изначально является *межгосударственным* правом, любая цель «глобальной *уммы*» ведет к противоречиям между международным правом и концепцией права, в котором на первый план выходят отношения между транснациональными, религиозно однородными *негосударственными* образованиями. Ислам не был вовлечен в процесс формирования современного понятия государства во время конфессиональных гражданских войн XVI и XVII вв. в Европе. Сформировавшееся в результате этого процесса основополагающее разделение между религией и государством, государством и обществом, а также индивидом и обществом отсутствует в *традиционном* исламском мышлении. Таким образом, возникает проблема совместимости классического исламского права и современного международного права. Исламское общество как теоретическое воплощение сообщества мусульман, основанное на несовременной идее религиозного государства, с точки зрения исламского права, обладает особыми качествами, что противоречит принципу равноправия государств^{201,202}.
- 85 Исламские общества исторически поддерживали интенсивные контакты со внешним миром. Сосуществование мусульман с немусульманами регулировалось уже на ранних этапах. Возникшие в Новое время мусульманские государства принимают участие, особенно в рамках ООН, в международной дискуссии о правах человека²⁰³, а также в развитии международного права.

²⁰⁰ Об авторитете *уммы* см.: *Krämer* (сноска 198) 99ff, 116ff.

²⁰¹ Одобряются основные принципы демократического порядка, «но не либеральная исходная позиция, которая допускает также религиозный нейтралитет. Плюрализм действует только в рамках ислама». Исламское общество признает «надлежащим образом интегрированных» немусульман. Важно только, чтобы сообщество в целом было исламским.

²⁰² В соответствии с классической теорией мусульманские народы образуют единое общество. Реально существующий современный ислам следует этой теории только частично. Конституции мусульманских стран, которые содержат положения о внешнеполитической интеграции, исходят из существования независимых государств.

²⁰³ См.: Mahoney/Mahoney (Hrsg), *Human Rights in the Twenty-first Century*, 1993; *Abu-Sahlieh*, *Les Musulmans face aux droits de l'homme*, 1994 (mit Dokumentation); *A. E. Mayer*, *Islam and Human Rights*, 3. Aufl 1999; *Forstner*, *Inhalt und Begründung der Allgemeinen Islamischen Menschenrechtserklärung*, in: J. Hoffmann (Hrsg), *Begründung von Menschenrechten aus der Sicht unterschiedlicher Kulturen*, Bd I, 1991, 249ff; *Ende/Steinbach* (Hrsg), *Der Islam in der Gegenwart*, 4. Aufl 1996; *L. Müller*, *Islam und Menschenrechte*, 1996.

За исключением негосударственных групп, которые придерживаются радикальных взглядов и применяют насилие, установка исламских государств, как правило, отличается *прагматизмом*. Ислам примирился с существованием немусульманских государств, как и с существованием *отдельных* мусульманских государств. Оптимистичный тезис, в соответствии с которым процесс установления правовых отношений между исламом и «остальной частью мира» на основе *обоюдного согласия* является необратимым, представляется некоторым экспертом неубедительным²⁰⁴. Но чем меньше оговорок делает ислам в отношении правового института *государства* как современного, по возможности светского общества, тем больше появляется точек соприкосновения между исламским учением о государстве и праве и международным правом, которое до сих пор формировалось под влиянием западноевропейских и североамериканских стран²⁰⁵.

Если рассматривать теорию исламского права подробнее²⁰⁶, можно сделать те же выводы, что и в отношении теории социалистического международного права. В действительности образования, которые основываются на другой теории и идеологии, как правило, осуществляют свою деятельность *в рамках* международного права. *Признанные* идеологически или религиозно детерминированные «семьи» международного права, отличающиеся от универсального международного права в качественном отношении, *не* сформировались. Однако это не означает, что международный правопорядок не сталкивается с проблемами. Чтобы сохранить свое относительное единство, универсальное международное право должно ограничиваться минимальными требованиями, особенно в сфере прав человека, поскольку оговорки мусульманских государств, в частности в отношении прав человека, отражают их однозначную позицию по этим вопросам²⁰⁷. Постепенная интеграция динамично развивающегося исламского мира, правовым традициям которого не чужда идея универсальных прав человека, в систему защиты прав человека, возникшую преимущественно на секулярной основе,

86

²⁰⁴ См.: *Salem* (сноска 196) 141ff, 179ff; *Pohl* (сноска 196) 87ff. Следует учитывать также ограничения прав христиан, особенно в исламских государствах. Кроме того, существует конфликт между разными течениями ислама. Вопреки традиции толерантности, этот конфликт лежит в основе гражданской войны в Сирии, которая приобрела черты региональной религиозной войны.

²⁰⁵ *Отдельное* исламское государство «считается исходной точкой, но не конечной целью», см.: *Krämer* (сноска 198) 282.

²⁰⁶ Проблемы, связанные с положением женщин, статусом немусульман и исламской системой наказаний, неизбежно ведут к противоречию между международно-правовыми обязательствами по трансформации норм международного права в национальное право и действующим исламским правом.

²⁰⁷ См.: *Tomuschat*, Human Rights in a Worldwide Framework, ZaöRV 45 (1985) 547ff.; *Meyer*, Islamic Reservations to Human Rights Conventions, 1998; *Petersohn*, Islamisches Menschenrechtsverständnis unter Berücksichtigung der Vorbehalte muslimischer Staaten zu den UN-Menschenrechtsverträgen, 1999.

должна быть возможной. Это особенно важно, поскольку не только течения в исламе, но и характер мусульманских государств не являются однородными²⁰⁸. Абстрактно противопоставляемые системы международного права и исламского права²⁰⁹ прагматически согласовываются друг с другом, при этом мусульманское сообщество не теряет своей идентичности, а универсальное международное право — своей целостности²¹⁰.

- 87 Задача по формированию полноценного материального правопорядка, преследующего цель установления материальной справедливости, не может быть выполнена международным правом²¹¹. Международное право и в настоящее время, когда сжимаются время и пространство, остается *межгосударственным порядком сосуществования и сотрудничества*. Он не является гармоничным, полон диссонансов и противоречий, но составляет единое целое.

II. История международного права и международное право как наука

1. История и исторический характер международного права

- 88 Анализ понятия и сферы действия международного права позволяет сделать вывод о том, что «международное право» возникло до начала XVII в., хотя этот век был особенно важным для его истории. Исторический обзор международного права и анализ его исторического характера, основанный на работах Вильгельма Греве и Карла-Хайнца Циглера (*Wilhelm G. Grewe, Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 1988; *Karl-Heinz Ziegler, Völkerrechtsgeschichte*, 1994), включает более ранние периоды и более широкое понятие международного права. «Право», регулирующее отношения между существующими образованиями («субъектами»), в определенной степени обладающими «государственностью»²¹², право, которое определялось идеей принципиального

²⁰⁸ Это также касается «остатков» социалистического лагеря. Они не образуют единого целого. В этом случае проблема фундаментализма менее ярко выражена, чем в исламском праве, которое основано на религии, открытой людям Богом.

²⁰⁹ Исламские государства до сих пор не пытались создать *систему* исламских государств.

²¹⁰ См.: *Поль (Pohl)* (сноска 196) 155f.) высказывается по этому вопросу более сдержанно, чем, например, Кремер (*Krämer* (сноска 198)), которая подчеркивает возможность нового толкования и развития традиционных исламских представлений и норм. *Фастенрат (Fastenrath, Lücken, 132f)* считает, что самостоятельное международное исламское право не сформировалось.

²¹¹ Прагматическое *самоограничение* ведущих доктрин, вероятно, является более эффективным инструментом поддержания мира, чем поверхностное, хотя и обоснованное с систематической точки зрения требование об унификации разных правовых структур и культур. В конечном итоге государства должны прийти к выводу, что *любое* религиозное, идеологическое, национальное сообщество является частью целого, основанного на взаимозависимости.

²¹² Эти отношения развиваются под влиянием противоположных факторов, потребности в исключительном господстве над определенной территорией и экономической

равенства сил и было основано на взаимности, зародилось значительно раньше, хотя ответы на вопросы об основаниях действия, источниках и субъектах права частично существенно отличались от современных. В *ранних культурах*, например в Индии и Передней Азии, основанием для действия права являлось божественное начало. Помимо религиозных произведений и неформализованных обычаев, основными источниками права были *договоры*. Одним из наиболее ранних примеров считается договор, заключенный между месопотамскими городами-государствами Лагаш и Умма в 3100 г. до н.э.²¹³

На основании договоров создавались также (оборонительные) союзы *греческих городов-государств* и нормы международного права в Древней Греции²¹⁴. Уже тогда существовало право, регулирующее статус посланников и «проксенов», сходных с современными консулами. Действовали также третейские суды. В древнегреческой правовой доктрине, которая оказала большое влияние на развитие европейского права, возник феномен, который впоследствии повторялся в других право порядках. Право, основанное на божественном или космическом порядке (*Гомер, Анаксимандр, Гераклит*), трансформировалось в *светское право*²¹⁵, причем основания для действия права, также трансформировались. Например, софисты считали, что основанием для действия права является существование естественного правового сообщества, выходящего за рамки полиса. Эта идея привела к возникновению теорий, согласно которым существует естественное право сильнейшего и лучшего, что соответствовало учениям доплатоновских философов *Калликла* или *Фрасимаха*²¹⁶. Войны против варваров, иноземных народов, которые часто не имели даже племенного права, считались справедливыми. В доктрине анализировались основания для военных действий, договорное и обычное право.

89

необходимостью установления контактов с другими субъектами, см.: Manthe (Hrsg.), *Die Rechtskulturen der Antike*, 2003.

²¹³ Так называемая надпись Эанатума на «стеле коршунов». *Bederman*, *International Law in Antiquity*, 2001, 11ff, 16ff (к вопросу о методике), 51ff, 154ff (к вопросу о договорах между греческими городами-государствами); *Barta/Rollinger/Lang*, *Staatsverträge, Völkerrecht und Diplomatie im Alten Orient sowie in der griechisch-römischen Antike*, 2010.

²¹⁴ См.: *Preiser*, *Macht*, 115ff; Н. Н. Шмитт (Bearb.), *Die Staatsverträge des Altertums*, Bd III, 1969; *Klose*, *Die völkerrechtliche Ordnung der hellenistischen Staatenwelt in der Zeit von 280 bis 168 v Chr.*, 1972. Союзнические договоры, как правило, имели форму гегемониальной симмахии, см. *Baltrusch*, *Symmachie und Spondai*, 1994. Кроме того, заключались договоры-спондаи (договоры о перемирии); *Sheets*, *Conceptualizing International Law in Thucydides*, *AJP* 115 (1994) 51ff. К вопросу об источниках права: *Bengtson*, *Die Staatsverträge des Altertums*, Bd II, 2. Aufl 1975; *Ténékidès*, *Droit international et communautés fédérales dans le Grèce des Cités*, *RdC* 90 (1956-II) 469ff; *Baltrusch/Wendt* (Hrsg.), *Ein Besitz für immer?*, 2011.

²¹⁵ Представления о праве как несветском порядке, включая обращения к богам при заключении договора и роль гаданий, встречаются еще в учении *Платона* и школы стоиков.

²¹⁶ См.: *E. Wolf*, *Das Problem der Naturrechtslehre*, 3. Aufl 1964, 50, 119.

90 После распада империи *Александра* и войн диадохов в III в. до н.э. сформировалась правовая система эллинистических государств-преемников, у которой с усилением *Рима* возникли точки соприкосновения с «международным» римским правом²¹⁷. Рим часто играл роль третейского судьи в спорах между иностранными государствами. Из города-государства, поддерживающего обширные связи со своими соседями, во II в. до н.э. возникла средиземноморская держава, а затем мировая держава — *Римская империя*. Нормы, регулировавшие отношения с неримлянами, обозначались как *ius gentium*, выполнявшего как функции международного частного права, так и функции современного международного права. Еще во времена Республики заключение договоров, дипломатическое право и право войны были элементами формирующегося *римского международного права*. Принцип *pacta sunt servanda* применялся во внешних сношениях не всегда. Когда Рим обладал достаточной силой, он нарушал договоры²¹⁸. «Варвары», жившие за пределами сферы действия римского права, не считались равноправными субъектами *права*²¹⁹. На основании того, что *ius gentium* применялось к правоотношениям между римлянами и неримлянами и считалось общим порядком для «всех» народов, можно сделать вывод о существовании «римского международного права»²²⁰. В римском праве также существовали элементы

²¹⁷ См.: *Ziegler, Völkerrechtsgeschichte*, 1994, Rn 45ff.; *ders., Fata juris gentium*, 2008. К вопросу о спорном понятии см.: *D. Nörr, Aspekte des römischen Völkerrechts*, 1989, 15: *ius gentium* «является правом, которое согласно римским представлениям применяется всеми народами». Одновременно оно является составной частью римского правопорядка. Формирование понятия является доказательством признания так называемого наднационального правопорядка, в который входят «международные» отношения». К *ius gentium* относятся также принципы, которые относятся к международному праву в узком смысле, как, например, неприкосновенность дипломатических представителей. Эти правовые принципы были обязательными и для самих римлян, см.: *Kaser, Ius Gentium*, 1993, 6, 19f. Международное право обозначалось понятием *ius pacis et bellum*, употреблявшимся римскими юристами в эпоху классики и поздней классики.

²¹⁸ *Гроткамп (Grotkamp, Völkerrecht im Prinzipat*, 2009, 207) подчеркивает «очевидность того, что право является критерием оценки внешнеполитических действий», например, у *Ливия* и *Тацита*. *Цуглер (Ziegler, Die Beziehungen zwischen Rom und dem Partherreich*, 1964, 93) указывает на то, что римляне и парфяне, как правило, соблюдали договоры в силу осознания правового обязательства. *Непп* (сноска 217) дифференцирует: «Двойные стандарты и злоупотребление доверием несомненно часто являлись типичными для поведения римлян ... Однако ... римляне претендовали на то, что они в большей степени, чем другие народы, соблюдали *iura belli et pacis*». К вопросу о договорах о дружбе и мирных договорах см.: *Ziegler* (сноска 217 [Fata]) 93ff, 119ff.

²¹⁹ В этой связи можно установить параллели с теориями международного права XVI в., которые в соответствии с идеями античности исходили из того, что международное право действует только в отношении «цивилизованных» государств.

²²⁰ Римляне не признавали другие державы в качестве равноправных, однако на практике им пришлось отказаться от этой концепции в отношении Парфянского царства

более древних правопорядков²²¹, например, морское право Рим позаимствовал у греческого Родоса. Через школу стоиков, которая исходила из универсальности правовых принципов, римское право восприняло идеи естественного права, основой которого по-прежнему являлось божественное начало (*notos* или *pous* = [мировой] разум)²²². (Сложное) естественное право, многозначное понятие *ius gentium*, а также идея *pax romana*²²³, обеспечивающая правовые гарантии, повлияли на современное международное право.

Во время великого переселения народов Римская империя распалась. **91** *Германцы* частично приняли государственные и политико-правовые идеи Рима. *Славяне* также восприняли эти идеи через Византию (Восточную Римскую империю). Помимо некоторых естественнонаучных и философских идей, *арабы* не были подвержены влиянию римской цивилизации. В период между 400 и 800 г. н. э. сформировались первые элементы средневекового мира. Возникла международная «система» с многочисленными участниками. В то время как в раннем Средневековье преобладали державы с сухопутными территориями, в позднем Средневековье у европейских держав появились заокеанские колонии. С принятием Миланского эдикта о веротерпимости (313 г. н. э.) и слиянием христианства с императорской властью христианство стало источником универсальных правовых идей. В иудаизме и христианстве, а затем и в возникшем в VII в. исламе, т. е. в трех авраамических религиях, право имеет божественное происхождение. Христианство и ислам получили широкое распространение и стали всемирными религиями.

Уже в древнем Израиле священные книги считались источниками права **92** (например, Пятая книга Моисея, гл. 20). Основы *христианского* учения о международном праве закреплены отцами церкви, например, учение *Августина* о *bellum iustum* (на римской основе). Согласно этому учению особенно жестокие методы ведения войны являются нехристианскими. Спорное учение об оправдании «справедливой», позднее «законной» войны было разработано схоластами, а понятия были конкретизированы *Виттопей* и *Суаресом*. К основным элементам «справедливой» войны относились необходимость государственного авторитета и наличие справедливой причины (*iusta causa*)²²⁴.

и государства Сасанидов.

²²¹ К вопросу о договорах см. *Wieacker*, *Römische Rechtsgeschichte*, 1988, 349ff.

²²² Не выяснено, насколько сами римляне понимали источники права иначе, см.: *Kaser*, *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode*, 1986, 10ff.

²²³ *Ziegler*, *Das Völkerrecht der römischen Republik*, in: *Temporini* (Hrsg.), *Aufstieg und Niedergang der Römischen Welt*, Teil I, 2. Bd, 1972, 68 (108ff).

²²⁴ См.: *Ziegler*, *Völkerrechtsgeschichte*, 59ff, 83f, 89, 127f; *Grewé*, *Epochen*, 131ff, 240ff (277ff — о противоречии между интересами [испанского] государства и принципом человечности, которому должны следовать христианские правители). Комментарии к спорному подходу *Греве* см.: zu *Grewes* str Ansatz insgeamt *Fassbender*; *Stories*

- 93 Несмотря на то, что некоторые *германские* князья считали себя преемниками и хранителями римских традиций, договоры устанавливали *личные* правоотношения между князьями. Закрепленные в договорах обязательства действовали и в отношении их вассалов²²⁵. В Священной Римской империи германской нации такая персонализация сохранялась вплоть до XVII столетия. Власть олицетворял король, необходимый для существования государства²²⁶.
- 94 На протяжении столетий в иудаизме и христианстве основным источником права была Библия, а в *исламе* — Коран. Из Корана и преданий о поступках и изречениях пророка *Мухаммеда*, изложенных в сборнике *хадисов*, следует право, которое действует в рамках *шариата*²²⁷. В рамках *уммы*, исламского сообщества, государства были суверенными только *de facto*. К правоотношениям между мусульманскими образованиями применялись иные правила, чем правила, регламентировавшие отношения мусульманских образований с государствами «неверных»²²⁸. В 678 г. был заключен мирный договор с Константинополем на 30 лет. Впоследствии сформировалась господствующая доктрина, которая проводила различие между «домом ислама» (Дар аль-ислам) и «домом войны» (Дар аль-харб), т. е. немусульманской сферой. Распространение ислама было закреплено в правилах ведения войны²²⁹. Отношения с немусульманскими государствами, не связанные с военными действиями, ограничивались предоставлением платных временных «гарантий безопасности» немусульманским государствам²³⁰. На этой основе развивалось посольское право. Принцип соблюдения договоров в отношении договоров между мусульманами следует из Корана (сура 9, 4). Исламский мир впоследствии распался на независимые империи. Внутриисламские связи строились по образцу, действовавшему по отношению к немусульманским государствам. Стало возможным поддержание долгосрочных

of War and Peace, EJIL 13 (2002) 479ff. Идея сохранения мира играла важную роль в Средневековье. Из этой идеи впоследствии возник, в частности, институт третейских судов.

²²⁵ О средневековых союзах лиц см.: *Willoweit*, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 5. Aufl 2004, 56f; *Tellenbach*, *Vom Zusammenleben der abendländischen Völker im Mittelalter*, FS Ritter, 1950, 40: «Равенство народов Европы являлось особенностью европейской цивилизации». О раннем Средневековье см.: *Steiger*, *Die Ordnung der Welt*, 2010.

²²⁶ Правовая практика была гибкой, поскольку она содержала объективные элементы.

²²⁷ *Шариат* является основополагающим элементом исламского общества.

²²⁸ См.: *Kruse*, *Islamische Völkerrechtslehre*, 2. Aufl 1979, 5. Иудеи и христиане были ближе к мусульманам, чем арабы-язычники.

²²⁹ См.: *Khaddouri*, *War and Peace in the Law of Islam*, 1955.

²³⁰ Инструментом являлись часто только гипотетические *предварительные* мирные договоры. Поэтому для подобных территорий было введено выражение *Дар ас-сульх* («дом мира»).

отношений между мусульманскими и немусульманскими государствами²³¹. Несмотря на крестовые походы XI и XII вв., процветающая торговля способствовала заключению ряда договоров с «неверными» и осознанию того, что сосуществование было возможным и даже выгодным. Соответствующий вид договора назывался «капитуляцией», например, договор между Францией и Османской империей 1536 г.²³²

Синтез римских и германских традиций отразился в названии *Священная Римская империя германской нации*. С момента возрождения империи в 800 г. императорскую власть осуществляли германские династии. Хотя согласно концепции император являлся высшим правителем Западной Европы, французский король, как и правители иберийских государств, считали себя равными императору²³³, поскольку французские и испанские территории, как правило, не являлись частью империи. Согласно представлениям Средневековья полномочия по принятию решения о ведении военных действий, о заключении союзных и мирных договоров не являлись прерогативой правителя наиболее высокого уровня²³⁴. Тезис, согласно которому в пределах империи не могут существовать *международные* отношения, неубедителен в силу фактической самостоятельности многих правителей. Для юридического анализа таких правоотношений *Бартолус* и *Бальдус* проводили различие между универсальными и партикулярными правителями, однако считали, что и партикулярные правители обладают правоспособностью²³⁵. Очевидно только, что существовали различия между «межхристианским» международным правом и международным правом, регулирующим отношения с нехристианскими государствами. Тезис, согласно которому по отношению к нехристианским государствам действовали естественно-правовые принципы *comitas gentium*, следует конкретизировать. Церковная доктрина рассматривала договоры с мусульманскими правителями как «нечестивые

95

²³¹ В X–XI вв. «закрылись двери для независимого применения права», т. е. толкования, не ограниченного жесткими правилами. Это задержало дальнейшее развитие *шариата* на понятийном уровне, а также его «модернизацию» по содержанию.

²³² С точки зрения международного права, договоры регулировали подчинение немусульман и временные гарантии ненападения со стороны мусульман. Более ранние «государственные договоры» между франками и мусульманами, о которых не существует полной информации, возможно, основывались на принципе равноправия, см.: *Kamatsu, Die Türkei und das europäische Staatensystem im 16. Jahrhundert*, FS Rabe, 1996, 121 (132ff).

²³³ Со времен *Филлина Красивого* французские короли носили титул *Rex christianissimus*, и Франция считала себя «старшей дочерью церкви». Первый «испанский король» в прямом смысле слова (*Карл I*) одновременно был императором *Священной Римской империи германской нации* (*Карл V*).

²³⁴ С точки зрения «суверенитета», см.: *Ziegler, Völkerrechtsgeschichte*, 100 f.

²³⁵ Подробнее см.: *Grewe, Epochen*, 30ff. С момента избрания правитель империи, хотя и был немцем по происхождению, именовался «римским королем» (*Rex Romanorum*). Коронавание осуществлялось папой римским.

договоры», но не могла воспрепятствовать развитию такой практики. Сама империя редко брала на себя международные обязательства. Штауфены пытались повысить популярность идеи императорской власти, которая уже не находила повсеместного признания, при помощи естественно-правовых и догматических христианских аргументов, в разработке которых принимал участие Данте («De monarchia»). Господствующее представление о государстве как естественном организме в Средние века было обновлено последователями Аристотеля, что в дальнейшем позволило обосновать самостоятельность отдельных государств.

96 *Византийско-православный христианский мир* являлся отдельной правовой и общественной системой²³⁶. Во главе стоял (восточно-римский) император. Его «теократический» статус был выше, чем у «западно-римских» императоров. Однако его фактическая императорская и церковная власть не соответствовала идее универсальной императорской власти²³⁷. В отношении договоров и регулирования посольских правоотношений между Западной и Восточной Римской империей не существовало значительных различий, но в Восточной Римской империи, в отличие от Западной Римской империи, право войны практически не было ограничено. В XIV–XV вв. Византийская империя, великая держава раннего Средневековья, утратила жизнеспособность. В 1453 г. пал Константинополь, который уже на протяжении десятилетий был анклавом христианской культуры в расширяющейся Османской империи.

97 *В период позднего Средневековья* императорская власть в Западной Европе была ослаблена. Универсальность императора и Папы римского была разрушена. Это предопределило развитие идеи светского обоснования государственной власти, а также права межгосударственных отношений. Получило широкое распространение учение об интересах государства²³⁸. Поскольку курия ослабила императорскую власть и одновременно не смогла скрыть свою собственную политическую слабость, возникли образования, обладающие суверенитетом, исключительной властью на своей территории и собственным правопорядком, которые впоследствии стали национальными государствами. Принципиальное *равноправие* христианских членов

²³⁶ К вопросу о договорной политике Константинополя см.: *Schulz, Die Entwicklung römischen Völkerrechts im vierten und fünften Jahrhundert n. Chr.*, 1993, 15, 101ff, 110ff, 129f.

²³⁷ См.: *Ziegler, Deutschland und das Osmanische Reich in ihren völkerrechtlichen Beziehungen*, AVR 35 (1997) 255ff. В Венгрии и России столкнулись западная и византийская миссионерские тенденции.

²³⁸ Это основное понятие политики Нового времени, ориентированной на феодальные структуры, введено еще в 1523 г. политическим деятелем и историком *Франческо Гвиччардини*. В учении об интересах государства отражается стремление к рационализации политики. В интересах *bonum commune* правитель мог игнорировать право и мораль, см.: *Münckler, Im Namen des Staates*, 1987, 165ff.

сообщества государств не оспаривалось. Равенство и суверенитет в процессе развития были взаимозависимыми. Большое значение приобрели союзы городов, в частности, существовавшая в XIII–XVII вв. Ганза²³⁹. Кроме того, существовали такие союзы, как Тевтонский орден на Востоке, распространивший свое влияние на Прибалтику, и Орден иоаннитов на Родосе, впоследствии преобразовавшийся в Мальтийский орден на Мальте.

Испания и другие католические государства (Португалия, Франция, Италия) противостояла государствам, в которых победила Реформация. Однако западноевропейские христианские государства, несмотря на это, сохранили христианское сообщество международного права, основанное на единстве культуры²⁴⁰. **98**

Завоевание новых колоний на других континентах, древнейшая форма глобализации, привело к разделению зон господства между Португалией и Испанией, оформленному Алькасовасским (1479 г.), Тордесильским (1494 г.) и Сарагосским (1529 г.) договорами²⁴¹. По отношению к покоренному населению колоний могло бы применяться христианское право. Однако вместо этого во имя золота совершались преступления, которые почти не скрывались под предлогом миссионерства. Хотя доминиканец *Лас Касас* и некоторые правители высказывали сомнения²⁴², идея религиозной и политической самостоятельности «нецивилизованных народов» не была признана. Выдвинутое *Суаресом* требование «взаимной любви, которая должна распространяться и на другие народы»²⁴³, отразилось в представлении о том, что миссионерство является обязанностью. Только после обращения всех народов в христианство и их подчинения христианскому правителю можно было бы реализовать идею «рая всемирного сообщества» (*Витория*)²⁴⁴, основанного на международном праве. Однако в связи с существованием сильных *азиатских* государств возникла необходимость признать нехристианские государства и использовать договоры как инструмент в процессе развития секуляризации в Европе²⁴⁵. **99**

Кроме того, в Европе международное право должно было быть адаптировано в связи с возникновением новых государств, например Нидерландов, **100**

²³⁹ См.: *Reibstein*, Das Völkerrecht der deutschen Hanse, ZaöRV 17 (1956/57) 38ff. *Прайзер* считает, что «европейское международное право» сформировалось в период позднего Средневековья, см.: *Preiser*, Die Völkerrechtsgeschichte, 1964, 61f.

²⁴⁰ К вопросу об «испанской эпохе» см.: *Grewe*, Epochen, 163ff.

²⁴¹ См.: *Grewe*, Epochen, 269ff; ebd, 181 ff., к вопросу о соответствующих инструментах в следующем веке («директивы дружбы»), 181ff.

²⁴² См.: *Stadtmüller*, Geschichte des Völkerrechts, Teil 1, 1951, 99ff.

²⁴³ *Suárez*, De legibus ac de legislatore, 1612 (hrsgg v J. B. Scott, 1964) 19.

²⁴⁴ *Витория* не усматривал в уклонении от обращения в христианство причины для войны. Его учение было основано на представлении, что отдельное государство является частью всего человечества (*totius orbis*).

²⁴⁵ См.: *Grewe*, Epochen, 179f.

которые завоевали независимость в войне против испанских Габсбургов²⁴⁶. В 1648 г. был признан суверенитет Нидерландов и Швейцарии. Идеи *суверенитета* и нейтралитета, получившие развитие в период позднего Средневековья, были признаны основой «классического» международного права. Изначально идея суверенитета сформировалась на основании представления о том, что взаимоотношения между государствами сравнимы с борьбой за существование («война всех против всех»), а международное право основано на добровольном принятии на себя обязательств. Однако *Самуэль Пуфендорф* (1632–1694 гг.), развивая тезисы голландского философа *Гуго Гроция* (1583–1645), усовершенствовал концепцию естественного права, теологическое обоснование которой он критиковал²⁴⁷.

101 Мюнстерский и Оснабрюкский договоры (1648 г.), отражающие возрастающее значение договоров²⁴⁸, впервые установили позитивно-правовой мирный порядок, независимый от папского авторитета²⁴⁹. В этой системе нашли отражение идеи, изложенные *Гроцием* в монографии «*De iure belli ac pacis*» (1625 г.). Разрабатывая новую систематику международного права, *Гроций*, с одной стороны, использовал аргументы своих предшественников (в частности, *Бартолуза*, *Витторио*, *Сото*, *Бодена*), но, с другой стороны, отмежевался от теологии и развивал свои идеи нового естественного права или права разума²⁵⁰.

102 После заключения *Вестфальского мира* крупные княжества империи окончательно приобрели фактический суверенитет, а малые княжества — теоретический суверенитет. До Венского конгресса (1815 г.) Франция занимала ведущую позицию, французский стал языком дипломатии²⁵¹. Успех Франции был нивелирован в результате применения антигуманных методов ведения войны вопреки существующим правилам. Используя установление

²⁴⁶ Католики боролись за корону, протестанты — за «суверенитет» народа. К вопросу о суверенитете см.: *Bodin, Six livres de la république*, 1576 (dt Übers 2 Bde, 1981, 1986). Высшим авторитетом во внутренних отношениях считается монарх (также по отношению к аристократии), во внешних отношениях — государство, связанное естественным правом; к нему относилось также международное право. Естественное право могло быть заменено договорным правом, как пояснял Ваттель (*Vattel* [сноска 4] § 18).

²⁴⁷ Учение о естественном праве Нового времени впоследствии использовало метод рациональной дедукции. Например, *Гоббс* и *Пуфендорф* впервые рассмотрели вопрос о равенстве государств как правовой вопрос.

²⁴⁸ К вопросу о теории договоров с точки зрения естественного права см.: *Grotius, De iure belli ac pacis libri tres*. Три тома о праве войны и мира 1625 г. вместе с предисловием Кристиана Томазиуса к первому немецкому изданию книги Гроция 1707 г. Новый немецкий текст, включая введение: *Schätzel*, 1950.

²⁴⁹ Положения о мире касаются теперь «субъектов права, которые ... признаются территориальными образованиями, обладающими независимой государственной властью, т.е. субъектами международного права», см.: *Randelzhofer, Völkerrechtliche Aspekte des Heiligen Römischen Reiches nach 1648*, 1967, 61f.

²⁵⁰ См.: *Ziegler, Völkerrechtsgeschichte*, 135f.

²⁵¹ *Grewe, Epochen*, 323ff, 334ff.; *Reinhard, Geschichte der Staatsgewalt*, 1999, 370: Развитие дипломатии «протекало параллельно с развитием современного государства».

баланса сил как повод, другие европейские страны выступили против Франции, как ранее против Испании. В XVIII в. круг великих держав (Испания, Франция, Англия, Австрия) пополнился Пруссией и Россией, которая значительно увеличила свое влияние. В XIX в. к ним присоединились США. Великие державы решали существенные вопросы. Их общая воля стала основным источником международного права. Посредничество одной из этих держав заменяло третейское разбирательство. Отказ от престола императора Германии в 1806 г. ознаменовал конец Священной Римской империи германской нации (*Sacrum Romanum Imperium Nationis Germanicae*). Идея аморфной империи не отвечала требованиям эпохи национальных государств, начавшейся после того, как идея Европы в последний раз пережила подъем в результате победы над турками в Венской битве 1683 г. После заключения Утрехтского мира 1713 г. универсальность империи вдохновила аббата де Сент-Пьера на создание плана *европейского сообщества* для поддержания мира. В своем *великом проекте* гипотетически-утопического характера герцог фон *Сюлли* видел Францию во главе союза европейских государств. *Наполеон*, уделявший значительно меньше внимания соблюдению международного права, имел подобные идеи²⁵². Идея сохранения мира, которая отразилась в предложении о создании всемирной республики после промежуточной стадии создания мирного союза (*Кант*: К вечному миру. 1795 г.), основана на идеях Просвещения (*Вольтер*, *Монтеスキе*, *Руссо*). Кроме того, в эпоху Просвещения получила развитие идея народного суверенитета. После принятия Декларации о правах человека и гражданина французским Национальным собранием в 1789 г. в результате Французской революции и в соответствии с традицией английского Акта хабеас корпус 1679 г. и американской Декларации независимости 1776 г. на передний план выдвинулась идея прав человека. С тех пор эта идея стала частью политической культуры. Начиная с XVIII в., а частично еще с конца XVI в. (например, Нантский эдикт 1598 г.), права религиозных меньшинств защищались, в частности, на основании мирных договоров. Венский конгресс осудил работорговлю, а Англия первой запретила ее и использовала этот запрет в качестве инструмента укрепления британского господства на море.

После Венского конгресса 1815 г. надежды возлагались на мир и восстановление международного права. Консолидация земель и территориальный передел в результате Венского конгресса, когда многие княжества

103

²⁵² К вопросу о подобных планах мира со времен *Августина* (*Augustinus*, *De civitate Dei*, 398 г.) см.: *Schlochauer*, *Die Idee des ewigen Friedens*, 1953. См. также: Delbrück (Hrsg), *Friedensdokumente aus fünf Jahrhunderten*, 2 Teilbände, 1984. Критические замечания см.: *Schilling*, *Formung und Gestalt des internationalen Systems in der werdenden Neuzeit*, in: Krüger (Hrsg), *Kontinuität und Wandel in der Staatenordnung der Neuzeit*, 1991, 19 (25f): «В эпоху, когда духовные основы универсального христианства были разрушены, ... идея унификации стала анахронизмом и, в конечном итоге, не могла быть реализована».

вошли в состав более крупных государств, изменили географическую карту Европы. Изгнание *Наполеона* напоминает современные подходы к проведению уголовного процесса по делам военных преступников. Впоследствии после принятия Заключительного акта Венского конгресса 1815 г. был создан «Европейский концерт», состоящий из пяти великих держав, Англии, Франции, Пруссии, Австрии и России²⁵³. Этот союз, не регулируемый правовыми актами и не имеющий организационной структуры, начал распадаться после Крымской войны 1856 г. и прекратил свое существование к началу Первой мировой войны. Война 1914–1918 гг. нивелировала предпринятые на Гаагских конференциях мира 1899 и 1907 гг. усилия по мирному урегулированию международных споров. Сообщество государств, до сих пор объединявшее только христианские государства, расширилось за счет нехристианских и неевропейских государств (Османская империя, Япония, Сиам, Персия). США закрепили свои позиции на международной арене. Значение национальных государств возросло. Империалистические государства боролись за «место под солнцем» и «европеизировали» свои колонии, применяя жесткие меры. Вопреки развитию частично противоположных тенденций (доктрина Монро 1823 г.)²⁵⁴, международное право оставалось единым правовым порядком.

104 После 1815 г. были созданы первые организации-предшественники современных международных организаций (например, Германский таможенный союз в 1833–1834 гг.²⁵⁵ и Всемирный почтовый союз в 1874 г.). Право войны не следовало традициям *bellum iustum* и «права свободного ведения войны» (*ius ad bellum*)²⁵⁶. Институт нейтралитета был укреплен, а ведение войны было гуманизировано (например, на основании Женевской Конвенции 1864 г. об улучшении участи раненных на поле боя военнослужащих). Развитие международного права ускорилось в результате развития публичности политики. Международное право как наука стало разделом правоведения, а развитие мировой экономики являлось стимулом развития международного права, в особенности договоров о транснациональной торговле. Международное право стало *всемирным*. Первая мировая война разрушила иллюзии

²⁵³ Тексты учреждающих политический порядок мирных договоров см.: Fontes III/1, 1992, 3ff, 100ff; *Scupin*, History of International Law: 1815 to World War I, MPEPIL IV, 843ff, с перечнем договоров.

²⁵⁴ Fontes III/1, 212. К вопросу об империализме см.: *Kämmerer*, Das Völkerrecht des Kolonialismus, in Talmon (Hrsg), Über Grenzen, 2012, 35ff.

²⁵⁵ Fontes III/1, 512.

²⁵⁶ См.: *Grewe*, Epochen, 623ff mwN. К вопросу об эпохе 1870–1960 гг. в истории международного права см.: *Koskenniemi*, The Gentle Civilizer of Nations, 2001; *Röben*, Johann Caspar Bluntschli, Francis Lieber und das moderne Völkerrecht 1861–1881, 2003. В XIX в. позитивистские элементы международного права развивались за счет абстрактных элементов.

о «вечном мире» и спровоцировала вопрос о том, насколько международное право еще существует²⁵⁷.

Парижские мирные договоры, в особенности Версальский договор²⁵⁸, не предусматривали справедливого решения для стран, потерпевших поражение в мировой войне. Примечательно, что Устав *Лиги Наций*, принятый 10 января 1920 г., представлял собой первую часть этих договоров. Тот факт, что США не были членами Лиги Наций, умаляло ее значение. Германия и Япония вышли из нее в 1933 г., СССР был исключен в 1939 г. В результате действий этих государств, в которых, как и в Испании, Португалии, Италии и на Балканах, к власти пришли авторитарные, частично тоталитарные режимы, международный правопорядок межвоенного периода был уничтожен. Одновременно с этими событиями распалась и Лига Наций. Лига Наций не могла ни предотвратить начало Второй мировой войны, ни запретить методы ведения войны, противоречащие нормам международного права (нарушение нейтралитета, бомбардировки гражданских объектов, геноцид), или даже холокост²⁵⁹. Это актуальный пример, демонстрирующий, что правовое регулирование не достигает цели, если характер правителей и природа их власти не соответствуют основам права, а эффективной системы коллективной безопасности не существует²⁶⁰.

Организация Объединенных Наций формировалась с учетом накопленного опыта²⁶¹. Как и Лига Наций после Первой мировой войны, она образовалась из военной коалиции²⁶². Об этом свидетельствует существующая до сих пор, но устаревшая оговорка о вражеских государствах в ст. 53 и 107 Устава ООН. Сразу после Второй мировой войны возникли глубокие противоречия, которые привели к созданию альянсов и «союзов государств»: НАТО и Варшавский пакт, ЗЕС и СЭВ. В рамках ООН объединились представители этих блоков и государства-члены движения неприсоединения, возникшие, в основном, в результате деколонизации.

²⁵⁷ В монографии Цительманна 1914 г. рассматриваются следующие вопросы: «Существовало ли когда-либо международное право? И если да, то существует ли международное право *до сих пор?*».

²⁵⁸ См.: *Grewe*, *Epochen*, 677ff, 685ff; *Dokumente in: Fontes III/2*, 683ff; *Koskenniemi* (сноска 256) 210ff.; *ders*, *History of International Law, World War I to World War II*, MPEPIL IV, 925 (926): «период чрезвычайно высокой инновационной законодательной активности» („*an extraordinary active period of legal innovation*“).

²⁵⁹ Тем не менее, Лига Наций выполняла важные задачи. Следует отметить тот факт, что государства из разных регионов впервые на практике учредили универсальный союз в целях обеспечения мира.

²⁶⁰ Устав ООН наделяет Совет Безопасности полномочием на установление акта агрессии, имеющее обязательную силу для всех членов ООН, и на определение ответных мер.

²⁶¹ Устав ООН предоставляет Совету Безопасности полномочия по установлению факта вооруженной агрессии и принятию решения об ответных мерах.

²⁶² См. «Декларацию Объединенных Наций» от 1 января 1942 г. и ст. 3 Устава ООН. См.: *Koskenniemi*, *History of International Law, since World War II*, MPEPIL IV, 902ff, указал на «скоротечность момента» (922).

107 Наряду с дальнейшим развитием и кодификацией действующего права, в международном праве появились новые сферы, связанные, например, с заключением Договора об Антарктике 1959 г. Свобода морей была ограничена вследствие создания зон, на которые распространяются права прибрежных государств, в последний раз в контексте III Конференции ООН по морскому праву (1973–1982 гг.). Новые правила были закреплены в Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. Регулирование распространилось на космическое пространство: в 1967 г. впервые был заключен Договор о космосе. Соблюдение прав человека (ЕКПЧ, Пакты о правах человека 1966 г.), которые действуют параллельно с нормами гуманитарного международного права, но, как правило, имеют более широкую сферу применения, и разработка мер международной охраны окружающей среды и климата приобретали все большее значение. Смена эпох в 1989–1990 гг. предоставила Германии исторический шанс воссоединения национального государства невоенным путем. Многочисленные государства Центральной, Восточной и Юго-Восточной Европы освободились от гегемонии Советского Союза, преобразовавшегося в Россию, и были приняты в ООН, ОБСЕ, Совет Европы, НАТО и/или Европейский союз. Транснациональные исламистские государства представляют угрозу для первых успехов консолидации. Война в Ираке 2003 г. привела к кризису как ООН, так и международного права. Результаты «арабской весны» (с 2010 г.) пока неоднозначны. Возросло значение государств-членов БРИКС (Бразилия, Россия, Индия, Китай, ЮАР) в международной политике и развитии международного права. Система международных отношений стала более многообразной и многополярной.

108 *Выводы.* Несмотря на все недостатки, нарушения и кризисы, *международный правопорядок не оспаривается принципиально.* Международное право сталкивается с проблемами и часто не соблюдается, но действует. Оно переживало периоды упадка, но продолжает развиваться. Универсализация и кодификация международного права развивались успешно, хотя исполнение по-прежнему неэффективно. Международное право, тесно связанное с историей и культурой и развивавшееся на базе знаний и опыта предшествующих эпох, основано на принципе суверенного равенства государств несмотря на то, что принуждение к сотрудничеству релятивирует суверенитет отдельных государств. Европейская система государств является одной из многих подсистем международной системы. Необходимыми элементами таких систем являются государства, несущие ответственность за свои народы и за международное сообщество. Стабильность государств является аспектом поддержания мира, основной цели международного права. Создание всемирного государства не планируется. Эпоха государственности не закончилась.

2. Международное право как наука

Международное право на практике и международное право как наука оказывают *значительное влияние друг на друга*. Нормы международного права являются предметом научного анализа²⁶³. Но и наука влияет на установление содержания, развитие и кодификацию международного права. Хотя международное право как наука формально не участвует в процессе нормотворчества на международном уровне, как и государственное право как наука во внутригосударственном законодательном процессе, оно вносит свой вклад в толкование и — косвенно — в развитие международного права. Правоведение устанавливает существование правовых норм и практики государств, развивает методы толкования, описывает результаты толкования, идентифицирует повторяющиеся структуры аргументации, а также формулирует, описывает и систематизирует правовые идеи²⁶⁴. Таким образом, правоведение предоставляет судам и органам субъектов международного права, отвечающим за внешнюю политику, догматические идеи и аргументацию для обоснования. При этом в правоведении присутствуют различные подходы, методы и точки зрения, которые могут повлиять на развитие права и правоприменение по-разному. В этой связи можно упомянуть, например, философские школы позитивизма и естественного права.

Международный суд редко цитирует юристов-международников. Влияние доктрины на него незначительно. Однако судьи Гаагского суда традиционно и вплоть до сегодняшнего дня отбираются, как правило, из профессоров по международному праву. Их научные взгляды учитываются в судебной практике²⁶⁵. Практика Международного суда имеет ограниченный объем²⁶⁶ и носит казуистический характер. Ее формальное действие ограничено (ст. 59 Статута Международного суда). Однако на основании практики МС наука развивает общие правила, выходящие за рамки отдельных решений. Поскольку наука более предрасположена к восприятию новых идей, она компенсирует традиционалистские тенденции в практике МС.

Статья 38 (абз. 1 d) Статута Международного суда устанавливает, что «доктрины наиболее квалифицированных специалистов по международному

²⁶³ К вопросу о науке см.: *Kimminich*, Teaching International Law in an Interdisciplinary Context, AVR 24 (1986) 143ff.; к вопросу об истории развития науки см. *Koskenniemi* (сноска 256); к вопросу о «философских школах в международном праве» см.: *Fassbender*, BDGVR 45 (2012) 1ff.

²⁶⁴ См.: *Verdross/Simma*, Völkerrecht, § § 9ff.

²⁶⁵ См.: *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht I/1, 78f.

²⁶⁶ Ограничения юрисдикции, урегулирование споров дипломатическим путем, подсудность третейскому суду являются причинами относительной немногочисленности дел, рассматриваемых Международным судом. Об аспектах *res iudicata*-, *ratio decidendi*- и аспектах прецедентов, которые играют особую роль в МС, см.: *Bos*, A Methodology of International Law, 1984, 185ff, 193ff, 213ff. Для анализа судебной практики удобно использовать сборники решений, например, см.: *Dörr*, Compendium.

праву различных наций» должны использоваться «в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм». Соответственно, *правовая доктрина* является источником познания международного права²⁶⁷, например, для установления факта существования международного обычая. Эта вспомогательная задача науки подразделяется на теорию международного права, догматику международного права и политику международного права. Теория международного права в основном рассматривает вопросы о характере и нормативных функциях международного права (разрешение конфликтов и обоснование легитимности). Под правовой догматикой следует понимать установление содержания права, исходя из практики его применения²⁶⁸. В создании новых и совершенствовании существующих норм (задача правовой политики) также участвует наука. Она анализирует, информирует, систематизирует, но и ограничивает, критикует, развенчивает и ставит под вопрос легитимацию.

112 Значение науки международного права как *средства подтверждения существования и содержания* международно-правовых норм уменьшается. В то время как в начале Нового времени научные трактаты и монографии крупных исследователей в области международного права — *Гроция*, *Сурареса*, *Джентили*, *Витории* или *Ваттеля* — определяли состояние и развитие международного права²⁶⁹, вследствие развития кодификации и дробления международного права по сферам наука в основном ограничивается функциями анализа и критики. Ранее речь шла, в первую очередь, о создании международного права, т. е. установления процедур и форм, в рамках которых могут быть установлены нормы. В настоящее время государства создают международное право на основании их суверенной воли совместно и публично и фиксируют его содержание в документах. Кроме того, международное право более не является европейским публичным правом (*ius publicum Europaеum*). Напротив, оно развивается как мировой, *универсальный* порядок, охватывающий разные культуры и религии, нации и народы²⁷⁰. Такое широкое распространение и многообразие привели к тому,

²⁶⁷ Постоянная Палата международного правосудия использовала в решениях по делу о судне «Лотус» («Lotus») 1927 г. аргументы «доктрины всех или почти всех авторов» (PCIJ, Series A No 10, 98). В течение всего времени существования международного права предпринимались попытки его инструментализации в политических целях.

²⁶⁸ См.: *Ginther*, Systemwandel und Theoriendynamik im Völkerrecht, FS Lipstein, 1980, 31 (47f).

²⁶⁹ Труды Ваттеля (*Vattel*) (сноска 4) до XIX в. оставались авторитетным источником по вопросам международного права. Такое же значение приобрели впоследствии работы Мартенса. См.: *Martens*, Précis de droit des gens moderne de l'Europe, Bd II, 1831. О произведениях более позднего времени, анализирующих юридические аргументы, см.: *Koskenniemi* (сноска 256).

²⁷⁰ *Фассбендер и Петерс* (Fassbender/Peters (Hrsg), The History of International Law, 2012) создали концепцию «глобальной истории международного права», «преодолевающую европоцентризм» и постулирующую более плюралистическую модель. После введения о «мировой истории» (*Остерхаммель* (*Osterhammel*)) и «глобальной

что современная доктрина международного права является более разнородной, чем доктрина, существовавшая до Первой мировой войны. На смену прежней относительной однородности пришло смешение региональных и культурных разновидностей и модные течения²⁷¹. Сегодня, как никогда, актуален вывод *Вольфганга Фридмана*, согласно которому «разработка дерзких идей ... должна оставаться задачей отдельных специалистов»²⁷².

III. Источники международного права

1. Правовые источники и инструменты, перечисленные в ст. 38 Статута Международного суда ООН

а) Международные конвенции (право договоров)

Основы Международного суда (МС) по разрешению споров регулируются ст. 38 (абз. 1) Статута МС. Это положение устанавливает, что содержащиеся в перечне нормы являются источниками международного права (источниками формирования права). На первом месте стоят международные конвенции. Указанное понятие приравнено к понятию «договоры». Включение в эту категорию «односторонних правовых актов, имеющих международное значение», противоречит формулировке нормы, поскольку конвенция предполагает взаимодействие при заключении договора, «соглашение» между двумя или более субъектами международного права в сфере международного права. Отдельные авторы полагают, что в категорию договоров входит любая форма консенсуса при наличии воли, направленной на придание его содержанию правовой силы²⁷³. Они считают

113

истории» (например, *Валлерстайн (Wallerstein)*) речь идет о «рассмотрении мира» с разных точек зрения: история (правовой) культуры, (юридических) школ, (правовых) формах в экономике в отличие от «истории дипломатии», ориентированной на отдельные государства. *Фассбендер / Петерс* углубляют произведенный Грехе (*Grewe*) и *Коскенниэми (Koskeniemi)* «историографический переворот» в науке международного права. Однако большинство внеевропейских источников и традиций уже забыты и не могут быть реконструированы.

²⁷¹ К вопросу о школе, «ориентированной на политику», см.: *Vöss*, Die Schule von New Haven, 2000; к вопросу о Венской школе см.: *Simma*, Der Beitrag von Alfred Verdross zur Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft, FS Verdross, 1980, 23ff.

²⁷² (сноска 41) 149. Такой новый функционалистский (спорно) подход см., например, *Slaughter*, A New World Order, 2004 («глобальное управление посредством комплексной глобальной сети «правительственных связей» («*global governance through a complex global web of «government networks.»*)). Другие подходы относятся к категории «Право и экономика» (*Law and Economics*) и направлены в основном на международное экономическое и экологическое право или к категории «глобального конституционализма».

²⁷³ Таким образом, речь не идет о *soft law*. «Мягкое» право не считается правовым источником международного права. Дифференциация между правом и правилами, которые не являются частью права, остается основополагающей, как и проведение различия между бытием и долженствованием.

консенсус «первичным источником международного права» и относят его к конвенциям²⁷⁴. Тот факт, что перечень источников международного права в ст. 38 (абз. 1 а) Статута МС начинается с договоров, отражает особое значение договоров. Такой приоритет отвечает динамике международного права, поскольку при помощи договоров международное право может развиваться быстрее, формулировки могут быть точнее, а процедура может быть наиболее прозрачной. Из формулировки «устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами» не следует²⁷⁵, что ст. 38 (абз. 1 а) Статута МС распространяется не на *все* договоры. Кроме того, договор, имеющий декларативное содержание в связи с тем, что его содержание совпадает с содержанием международного обычая, несмотря на это является источником права²⁷⁶.

114 Право международных договоров кодифицировано в Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. (Конвенция о ПМД), в Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями от 21 марта 1986 г., в Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении договоров от 23 августа 1978 г.²⁷⁷ Поэтому краткий обзор права международных договоров основан на Венской конвенции о ПМД.

115 Международный договор состоит из взаимосвязанных и совпадающих по содержанию волеизъявлений как минимум двух субъектов международного права, направленных на обоснование, изменение или прекращение международных отношений²⁷⁸. Договоры могут быть двусторонними или многосторонними. Многосторонние договоры называют «конвенциями» или «соглашениями». Определяющим критерием для отнесения к определенной категории является не название («соглашение», «пакт», «протокол»)

²⁷⁴ См.: *Verdross/Simma*, *Völkerrecht*, § § 75, 519. Этот тезис не нашел поддержки.

²⁷⁵ См.: *Parry*, *The Sources and Evidences of International Law*, 1965, 28f.

²⁷⁶ При изменении обычая договор остается в силе, см.: *Karl*, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht*, 1983, 248ff, 265ff.

²⁷⁷ Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями, которая в значительной степени уравнивает международные организации и государства, еще не вступила в силу. Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении договоров вступила в силу в 1996 г., но ее участниками являются только около 20 государств. Ее содержание в существенной степени является спорным, например, в отношении принципа *tabula rasa* (Art 16). См.: BGBl 1985 II, 926 = Sart II, Nr 320; BGBl 1990 II, 1414; ILM 17 (1978) 1488.

²⁷⁸ Различие между правоустанавливающими и правоприменительными договорами не имеет значения. Любой договор может содержать элементы обоих видов договоров. Универсальные многосторонние договоры, особенно отраслевые международные договоры (например, Конвенция по морскому праву), действуют в качестве «законов» международного сообщества, несмотря на то что у международного сообщества нет общего законодателя.

или предмет регулирования, а *выраженная воля сторон, согласно которой договор должен быть юридически обязательным* (ст. 2 (абз. 1 б) Конвенции о ПМД), т.е. обязательность договоренности, признанная сторонами. Венская конвенция о праве договоров регулирует только договоры между государствами, заключенные *в письменной форме* (ст. 1, ст. 2 (абз. 1 а)). Если договор заключен, например, в устной форме или между государством и субъектом международного права, не являющимся государством, он может являться международным договором, однако положения Венской конвенции о праве договоров применяются к нему лишь в той мере, в которой они совпадают с международным обычным правом. В отношении «пробелов в договорах» преамбула Конвенции (декларативно) подчеркивает, что «нормы международного обычного права будут по-прежнему регулировать» вопросы, которые «не нашли решения в положениях настоящей Конвенции». Статья 5 Конвенции предусматривает, что к регулируемым ею договорам относятся также учредительные акты международных организаций. Положения Венской конвенции имеют прямое действие только в отношении государств-участников Конвенции. США, Франция и другие ведущие страны не являются сторонами Конвенции. В отношении таких государств Венская конвенция о праве договоров применяется лишь в той мере, в которой она кодифицировала обычное право или ее положения стали частью обычного права (ст. 38 Конвенции). Кроме того, действие Конвенции ограничено, поскольку она не имеет обратной силы согласно ст. 4. Конвенция применяется только к договорам, заключенным после ее вступления в силу 27 января 1980 г.

Для заключения действительного договора стороны должны обладать *правоспособностью заключать договоры*. Согласно ст. 6 Венской конвенции о ПМД такой правоспособностью обладают государства. Их правоспособность, как правило, не проверяется, однако может быть спорным вопрос, является ли сторона договора государством. Правоспособность, необходимую для заключения договора, нельзя смешивать с проблемой «открытых» или «закрытых договоров». Например, в силу политического решения членом Европейского союза может стать только европейское государство (ст. 49 Договора о ЕС). Это пример «закрытой» системы договора. В договоре об изменении положений договора могут принимать участие только первоначальные стороны договора. Поскольку государства как юридические лица не могут действовать непосредственно, требуется орган, который изъясляет волю от имени государства. Право представительства признается только при наличии *полномочия* (ст. 2 (абз. 1 с) Конвенции о ПМД) или на основании межгосударственной практики (ст. 7 (абз. 1) Конвенции о ПМД). Наличие полномочий предполагается у лиц, указанных в ст. 7 (абз. 2) в порядке иерархии. По определению ст. 8 указанной Конвенции отсутствие представительских полномочий впоследствии можно исправить.

116

117 Как правило, международные договоры заключаются в два этапа. Подготовка заключения многосторонних договоров часто проводится в органах международных организаций или на дипломатических конференциях. Предварительный результат переговоров подтверждается *парафированием*, т.е. подписанием текста договора инициалами. Хотя парафированный текст, как правило, является окончательным, договор становится обязательным после завершения второго этапа, *подписания* (ст. 10 Конвенции о ПМД). После подписания не исключено проведение дополнительных переговоров. Особенно при заключении многосторонних договоров такая возможность существует. Однако подписавшее государство, если это предусмотрено, может быть связано обязательствами по договору сразу после подписания (ст. 12 Конвенции о ПМД). В любом случае, подписавшее государство сразу после подписания на основании принципа добросовестности обязано воздерживаться от действий, которые могут лишить договор его объекта и цели до вступления в силу (запрет на злоупотребление правами, ст. 18 а Конвенции о ПМД)²⁷⁹. Непосредственное принятие обязательств по договору подтверждается, как правило, посредством *обмена документами* (ст. 13 Конвенции о ПМД, так называемая простая процедура). Однако, как правило, проводится «комбинированная» процедура, в рамках которой обмену документами предшествует внутригосударственная процедура одобрения, как правило, парламентом, которая завершается *ратификацией* (ст. 14 Конвенции о ПМД). Посредством ратификации глава государства заявляет партнеру по договору или депозитарию о согласии на обязательность международного договора для представляемого им государства (ст. 2 (абз. 1 b) Конвенции о ПМД). Когда согласие на обязательность договора выражено, государство, в принципе, не может отказаться от заключения договора²⁸⁰. При этом не имеет значения, вступил ли договор в силу. Иные способы выражения согласия на обязательность договора перечислены в ст. 11, 13 и след. Конвенции (присоединение, обмен нотами и т.д.). Международный договор может быть заключен конклюдентно путем принятия сторонами предложений третьего государства в отдельных документах. В конечном итоге решающее значение имеет выраженная воля сторон придать определенному правовому действию обязательную силу. В международных организациях²⁸¹ согласие на обязательность выражается «актом формального подтверждения» (ст. 2 Венской конвенции о праве договоров между

²⁷⁹ Это правило не применяется в том случае, если парафирование или подписание осуществляется только для удостоверения аутентичности текста.

²⁸⁰ Riesenfeld/Abbott (Hrsg), *Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties*, 1994.

²⁸¹ Учредительный договор международной организации определяет объем правоспособности заключать договоры.

государствами и международными организациями или между международными организациями).

Договор *вступает в силу* сразу после ратификации или в согласованную (обычно в самом договоре) сторонами дату (ст. 24 (абз. 1 и 2) Конвенции о ПМД). Для государств, присоединяющихся к договору после его вступления в силу, он вступает в силу в дату выражения их согласия на обязательность договора (ст. 24 (абз. 3) Конвенции о ПМД). На практике в отношении многосторонних договоров предусмотрено, что они вступают в силу после ратификации определенным количеством государств²⁸². Этот процесс может продолжаться много лет, как показывает пример Конвенции по морскому праву 1982 г., которая вступила в силу в 1994 г. Если количество участников договора позднее сократится, например, в силу расторжения договора, и число его участников станет меньше числа, необходимого для вступления в силу, это не повлечет за собой прекращения договора (ст. 55 Конвенции о ПМД). Вступивший в силу договор окончательно становится обязательным для сторон. Они должны выполнять свои обязательства по договору (ст. 26 Конвенции о ПМД; *pacta sunt servanda*)²⁸³. Ссылка на внутригосударственное право для оправдания невыполнения договора, исключена (ст. 27 Конвенции о ПМД). Однако по ст. 46 Венской конвенции о праве договоров нарушение положений внутреннего права в порядке исключения учитывается, если нарушение является очевидным и существенным (теория очевидности)²⁸⁴.

Венская конвенция о праве договоров предусматривает передачу текстов договоров и деклараций депозитарию (одному или нескольким государствам, международной организации или их главному должностному лицу администрации [Генеральный секретарь ООН]), который должен их *хранить* (ст. 76 и след. Конвенции о ПМД). Кроме того, в соответствии со ст. 102 Устава ООН (ст. 80 Конвенции о ПМД) договоры направляются в Секретариат ООН для *регистрации*. Такая публичность должна предотвратить тайную дипломатию, хотя общее международное право не запрещает тайные договоры. Несоблюдение правила о регистрации не влечет за собой недействительности договора, но в таком случае его стороны не могут ссылаться на договор в органах ООН, например в Международном суде ООН (ст. 102 (абз. 2) Устава ООН). Договор обычно публикуется в официальном издании ООН (United Nations Treaty Series — UNTS).

Если договор приобрел обязательную силу, встает вопрос о *сфере его действия*. Территориальная сфера действия договора распространяется

²⁸² См. ст. 84 Конвенции о ПМД о вступлении Конвенции в силу.

²⁸³ Если предусмотрено право на расторжение договора, денонсация договора возможна.

²⁸⁴ См.: *Verdross/Simma, Völkerrecht*, § § 689ff.

на всю государственную территорию стороны договора (ст. 29 Конвенции о ПМД). Поэтому сфера его действия изменяется в случае территориальных изменений (принцип подвижных границ (*moving frontiers*)). Договор действует с момента его вступления в силу (*ex nunc*, ст. 28 Конвенции о ПМД), если иное не установлено сторонами. Договор обязательен для его сторон. Статья 17 Конвенции допускает оговорку, согласно которой определенные нормы не действуют в отношении одной из сторон договора по согласованию со всеми сторонами договора. В отличие от национального права, государства не могут заключать договоры в интересах третьих государств (ст. 35 и след. Конвенции о ПМД). Согласно ст. 34 Конвенции заключенный между другими государствами договор не создает для третьего государства «обязательств или прав» без его на то согласия. Для третьего государства договор является *res inter alios acta*, согласованным между другими государствами документом, не имеющим обязательной силы для него. Правило *pacta tertiis* также является составной частью международного обычного права, однако в процессе развития оно было ограничено. Например, в 1970 г. Международный суд, рассмотрев различные категории международных обязательств, установил известным *obiter dictum* «необходимость различать по существу обязательства государства перед международным сообществом в целом и обязательства, возникающие перед другим государством в сфере дипломатической защиты. В силу своей природы, первая категория обязательств касается всех государств. Ввиду значимости затронутых прав, все государства могут иметь законный интерес в их защите; они являются обязательствами *erga omnes*»²⁸⁵. Вопрос о том, какие международные обязательства имеют значение *erga omnes*, т. е. являются обязательствами, которые в силу своего основополагающего значения обладают абсолютным действием, пока не выяснен окончательно (о связи с *ius cogens* см. ниже абз. 126)²⁸⁶.

²⁸⁵ Решение по делу «Барселона Трэкшн» (Barcelona Traction) (ICJ Rep 1970, 3, 32). *Dörr*, Compendium, 267.

²⁸⁶ В решении МС по делу «Барселона Трэкшн» (Barcelona Traction) в качестве примеров названы запрет агрессивной войны, запрет геноцида, а также принципы и права, относящиеся к основным правам человека, включая запрет рабства и расовой дискриминации. См. также: Решение МС по делу о Восточном Тиморе, ICJ Rep 1995, 89, 102; решение МС по делу о конвенции о геноциде, ICJ Rep 1996, 594, 616. К вопросу о праве народов на самоопределение см.: консультационное заключение МС по делу о стене, ICJ Reports 2004, 136 (§ § 155ff). Дополнительные ссылки на судебную практику и доктрину см.: *Tomuschat/Neuhold/Kropholler, Völkerrechtlicher Vertrag und Drittstaaten*, BerDGVR 28 (1988) 9ff. Помимо обязательств *erga omnes*, которые являются отклонением от принципа консенсуса, объективный, универсальный правопорядок может, в порядке исключения, быть создан также на основании договоров, заключенных ограниченным количеством сторон, например, договоров распоряжения (например, об уступке территории), в то время как в отношении договоров о статусе (например, об учреждении международной организации) этот вопрос остается спорным, см.: *E. Klein, Statusverträge im Völkerrecht*, 1980, 15f.

В любом случае, предпосылкой обязательства *erga omnes* является то, что в отдельном случае может быть действительно установлено наличие интереса «международного сообщества в целом» и, таким образом, юридически релевантной заинтересованности всех государств в его исполнении²⁸⁷. Теоретически нарушение обязательства *erga omnes* в силу связи с сообществом государств должно означать, что *любое* государство может применять санкции в случае нарушения обязательства независимо от того, затронуты ли его интересы в результате нарушения и является ли оно участником соответствующего договора²⁸⁸, хотя оно не может обратиться в Международный суд. Практика государств также является неоднозначной. В связи с возможными злоупотреблениями такие правовые последствия необходимо ограничить чрезвычайными, исключительными случаями, а дополнительной предпосылкой должно являться предварительное установление факта нарушения обязательства²⁸⁹. Как указано выше, правило *pacta tertiis* имеет значение также для международных организаций как «избранных» субъектов международного права. Поскольку международные организации учреждаются на основании договора, на третьи государства не может быть возложена обязанность признавать их существование. Исключением является ООН в связи с ее «объективной правосубъектностью», которую установил Международный суд в решении по делу Бернардот (*Bernardotte*) в 1949 г.²⁹⁰

Обязательность международного договора может быть *ограничена* даже в отношении сторон договора, например, если сторона договора выразила согласие на обязательность для нее лишь части договора и другие стороны согласились с ней или если это допускается договором (ст. 17 Конвенции о ПМД), как, например, договорами по международному частному праву²⁹¹. Для того чтобы договор был только частично обязательным, сторона

121

140ff, 191ff; *Heintschel v. Heinegg*, in: *Ipsen*, Völkerrecht, § 12 Rn 28f., *Proelß*, in *Dörr/Schalenbach* (Hrsg), Vienna Convention on the Law of Treaties, 2012, Art 34 Rn 31ff.

²⁸⁷ К вопросу о существовании таких субъектов международного права как «международное сообщество» или «сообщество государств», который является спорным, но на который, вероятно, следует дать отрицательный ответ, см.: *Paulus* (сноска 60) 9ff, 385f; *Tomuschat*, Die internationale Gemeinschaft, AVR 33 (1995) 1 (8ff).

²⁸⁸ См.: *Tomuschat*, International Law, 84; *Simma*, From Bilateralism to Community Interest in International Law, RdC 250 (1994-VI) 217 (296f). Критические замечания см.: *Ragazzi*, The Concept of International Obligations Erga Omnes, 1997, 210ff; *Talmon*, Kollektive Nichtanerkennung illegaler Staaten, 2006, 292ff mit Dokumentation der Diskussion im Rahmen der ILC.

²⁸⁹ См.: *Heintschel v. Heinegg*, in: *Ipsen*, Völkerrecht, § 15 Rn 58; *Cassese*, International Law, 2001, 210f. *Proelß*, Meeresschutz im Völker- und Europarecht, 2004, 77ff.

²⁹⁰ Однако третьи государства должны признавать международные организации, если они устанавливают тесные связи с органами международной организации.

²⁹¹ От них отличается условие *opting out* в некоторых договорах, см.: *Heintschel v. Heinegg*, in: *Ipsen*, Völkerrecht, § 13 Rn 7; *Verdross/Simma*, Völkerrecht, § 629 Fn 14 (*contracting out*).

должна сформулировать *оговорку* (ст. 19 и след. Конвенции о ПМД). Под оговоркой следует понимать выраженное *в письменной форме* (ст. 23 (абз. 1) Венской конвенции о ПМД) одностороннее заявление субъекта международного права, посредством которого он желает исключить или изменить юридическое действие определенных положений договора (ст. 2 (абз. 1 d) Конвенции о ПМД)²⁹². Оговорки следует отличать от заявлений о толковании договора²⁹³. Такие заявления о толковании, уточняющие содержание договорных обязательств, делаются часто (ст. 31 (абз. 2) Конвенции о ПМД). Для сохранения целостности договора оговорки в самом договоре иногда полностью (например, ст. 1 (абз. 1) Устава Лиги Наций) или частично (например, ст. 12 (абз. 1) Женевской конвенции о континентальном шельфе) запрещаются (ст. 19 *a*) и *b*) Конвенции о ПМД). Оговорки, несовместимые «с объектом и целями договора» (критерий совместимости), не допускаются (ст. 19 *c*) Конвенции о ПМД). Недопустимые оговорки являются ничтожными и не имеют юридической силы. В целом ст. 19 Конвенции, несмотря на ограничения, является положением, *благоприятствующим* оговоркам. Действие оговорки определяется в зависимости от того, предусмотрено ли ее *принятие* другими сторонами договора (ст. 20 (абз. 1) Конвенции о ПМД). Если оно не предусмотрено, оговорка вступает в силу *сразу* после ее заявления. Если оно предусмотрено, действие оговорки зависит от того, выразили ли другие стороны договора свое согласие с оговоркой прямо или конклюдентно (ст. 20 (абз. 2), ст. 23 (абз. 1) Конвенции о ПМД). Принятие оговорки, как правило, предполагается (согласие по умолчанию), если до конца двенадцатимесячного периода не будут высказаны возражения против оговорки (ст. 20 (абз. 5) Конвенции о ПМД)²⁹⁴.

122 Внесение оговорки, правовые последствия которой отличаются от заявления о толковании согласно ст. 31 (абз. 2 *b*), порождает *относительные* правоотношения, связанные с договором. В отношении сторон, не сделавших оговорки, договор действует в полном объеме (ст. 21 (абз. 2) Конвенции

²⁹² К вопросу о применении конвенций о правах человека, см.: *Bauer, Vorbehalte zu Menschenrechtsverträgen*, 1994; *Henkin u a, Human Rights as General Norms and a State's Right to Opt Out*, 1997; *Simma, Reservations to Human Rights Treaties*, FS Seidl-Hohenveldern, 1998, 659ff. Кроме того, см. юридически обязательное «Руководство Комиссии международного права по практике в отношении оговорок к международным договорам» (“Guide to Practice on Reservations to Treaties, adopted by the International Law Commission”), 2011 (UN Doc A/66/10/Add 1).

²⁹³ Подробнее см.: *Kühner, Vorbehalte zu multilateralen völkerrechtlichen Verträgen*, 1980, 35ff; см. *там же*: абз. 41 и след. об отграничении оговорок от других актов, например, возражений, условий, протестов и политического характера, а также об изложении различий между ст. 19 и след. Конвенции о ПМД и международным обычным правом, являющимся в этом отношении «сомнительным и неясным» (109ff). Примеры «оговорок и заявлений см. *Langenfeld* (сноска 42) 606.

²⁹⁴ Вне рамок Конвенции о ПМД вопрос о требованиях к принятию оговорки остается спорным, см.: *Kühner* (сноска 293), 104ff, 132ff.

о ПМД). В отношениях между сторонами, одна из которых сделала оговорку, а другие приняли ее или не высказали возражения против нее, договор действует в объеме, предусмотренном оговоркой (см. ст. 20 (абз. 4), ст. 21 (абз. 1) Конвенции о ПМД). Если сторона заявляет *возражение* против оговорки, договор все равно вступает в силу между государством, сделавшим оговорку, и государством, возражающим против оговорки, если соответствующее государство «определенно не заявит о противоположном намерении» (ст. 20 (абз. 4 b) Конвенции о ПМД) Положения, на которые распространяется оговорка, не применяются в соответствии с оговоркой (ст. 21 (абз. 3) Конвенции о ПМД: результат «расширенной теории относительности»). Таким образом, содержание обязательств по многосторонним договорам может быть различным для отдельных сторон. Основное положение о принятии оговорки (ст. 20 (абз. 4 a) и c) Конвенции о ПМД) основано на принципе суверенитета. Оно благоприятствует договорной политике государства, делающего оговорку, в отличие от «классической» системы, основанной на «абсолютной теории», которая устанавливала приоритет целостности договора. По крайней мере, ст. 20 (абз. 4 b) Конвенции о ПМД пока не является международным обычаем²⁹⁵.

Толкование международных договоров осуществляется согласно ст. 31 и след. Конвенции о ПМД. Ключевое положение ст. 31 (абз. 1) Конвенции, имеющее силу обычной нормы международного права²⁹⁶, гласит: «Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора». В соответствии с *объективной* теорией эта норма ориентируется (только) на аутентичный *текст*, причем учитывается «обычное» значение слов. Таким образом, ст. 31 Венской конвенции отдает приоритет *тексту*, а не тому, что стороны подразумевали при заключении договора. Кроме того, при толковании учитываются приложения, протоколы, любое последующее соглашение о толковании (*accord interprétatif*) или практика, а также иные нормы международного права, применяемые в отношениях между сторонами договора (ст. 31 (абз. 2 и 3) Конвенции о ПМД). В конечном итоге такая интерпретация основывается на *актуальном* консенсусе сторон. Подготовительные материалы к международному договору (*travaux préparatoires*) используются (только) в качестве «дополнительных средств толкования», если толкование

123

²⁹⁵ На основании ст. 19–23 Конвенции о ПМД для установления действительности оговорки проверяются допустимость, реакция сторон договора и правовые последствия. Например, ст. 20 (абз. 3) Конвенции о ПМД ограничивает возможность заявления оговорок к учредительным договорам международных организаций, см. *Walter*, in *Dörr/Schmalenbach* (сноска 285) Art 20 Rn 36ff.

²⁹⁶ К вопросу о ст. 31 Конвенции о ПМД см.: ICJ Rep 1994, 6, 21 (решение по делу о полсе Аозу); 1996, 803, 812 (решение по делу о нефтяных платформах); ICJ Rep 1999, 1045, § 18 (решение по делу Касикили (*Kasikili*) / Селуду (*Sedudu*)). Подробнее, в том числе о правовом положении, существовавшем до вступления в силу Конвенции о ПМД, см.: *Köck*, *Vertragsinterpretation und Vertragskonvention*, 1976.

по ст. 31 Конвенции о ПМД «оставляет значение двусмысленным или неясным» или «приводит к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными» (ст. 32 Конвенции о ПМД). В то время как материальные критерии толкования (систематика, цели — *effet utile* согласно ст. 33 (абз. 4) Конвенции о ПМД) не отличаются от критериев права отдельных государств, причем принцип добросовестности используется только для установления применимости критериев, в многосторонних договорах существует проблема текстов на нескольких языках. Публикуемые во втором томе Сборника федеральных законов ФРГ тексты на немецком языке являются в основном официальными переводами аутентичных текстов договоров. Текст договора считается аутентичным, если аутентичность установлена в договоре или явствует из него. Если аутентичны тексты на нескольких языках, текст на каждом языке имеет одинаковую силу (ст. 33 (абз. 1) Конвенции о ПМД)²⁹⁷, причем в ст. 33 (абз. 3) Конвенции установлено, «что термины договора имеют одинаковое значение в каждом аутентичном тексте». Если в двух равнозначных аутентичных текстах обнаруживаются расхождения, принимается значение, которое лучше всего согласовывает эти тексты (ст. 33 (абз. 4) Конвенции о ПМД).

124 Подробные *правила толкования* в текст Конвенции о ПМД не включены. Их универсальная применимость вызывает сомнения²⁹⁸. Но они могут использоваться также при объективном толковании, если имеется *соответствующая воля* сторон договора. Речь идет о следующих правилах.

- Неясные формулировки толкуются в ущерб тому, кто их предложил (*contra proferentem*)²⁹⁹.
- Следует выбрать тот вариант толкования, который в наименьшей степени ограничивает свободу действий государства-должника (*interpretatio in favorem debitoris, in dubio mitius*)³⁰⁰.
- Метод аналогии не применяется³⁰¹.
- Толкование должно соответствовать международному праву, т.е. осуществляться согласно применимым в соответствующем случае нормам международного права³⁰².
- Учредительные договоры международных организаций должны толковаться в соответствии с целями организации. Допускается расширительное толкование, в рамках которого международная

²⁹⁷ Об этой проблеме см.: *Hilf*, Die Auslegung mehrsprachlicher Verträge, 1973, 124ff, 144ff.

²⁹⁸ См.: *Verdross/Simma*, Völkerrecht, § 781; противоположная точка зрения см.: *Heintschel v. Heinegg*, in: *Ipsen*, Völkerrecht, § 11 Rn 9.

²⁹⁹ Подробнее к вопросу толкования договоров см.: *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd I/3, § 153.

³⁰⁰ В частности, *contra proferentem* и *in dubio mitius* являются только предположениями.

³⁰¹ См.: *Bleckmann*, Analogie im Völkerrecht, AVR 17 (1977/78) 161ff.

³⁰² См.: IGH, ICJ Rep 1957, 142 (*решение МС о праве прохода через территорию Индии*).

организация обладает также иными, не определенными в договоре полномочиями, если их исполнение необходимо для достижения цели договора³⁰³.

Изменение международных договоров осуществляется посредством заключения международного договора (ст. 39 и след. Конвенции о ПМД), за исключением случаев частичной отмены обычного права. Если договор изменен коренным образом, речь идет о пересмотре. Государства не обязаны одобрять поправки (ст. 40 (абз. 4) Конвенции о ПМД)³⁰⁴. Если соглашение о внесении поправок ратифицировано только некоторыми сторонами договора, договор действует в отношении ратифицировавших и не ратифицировавших поправки государств соответственно с поправками или без (относительность международных договорных отношений). Это правило также применяется в случае, если договор в прежней редакции заменяется новой редакцией (например, Женевская конвенция по морскому праву 1958 г. была заменена Конвенцией по морскому праву 1982 г.). В соответствии с общими правилами, в таких договорах более поздние положения имеют преимущество перед более ранними, а более специальные — перед более общими, но только если стороны предыдущего договора являются также сторонами последующего договора и в равном объеме (ст. 59, ст. 30 (абз. 3) Конвенции о ПМД)³⁰⁵. Такая относительность правоотношений вынуждает разделять многосторонние договоры на двусторонние правоотношения и исследовать возможности применения определенных положений договора к каждому отдельному правоотношению.

Международные договоры, как и внутригосударственные, могут быть *ничтожными* или, по меньшей мере, *оспоримыми*. В Конвенции о ПМД в обоих случаях используется понятие «недействительность». Ничтожными являются договоры, противоречащие *ius cogens* (ст. 53 Конвенции о ПМД), т. е. императивной норме международного права. Если возникает новая норма *ius cogens*, то любой договор, который вступает в противоречие с этой нормой, становится ничтожным (ст. 64 Конвенции о ПМД). Сторона, ссылающаяся

³⁰³ См.: Köck, Die «implied powers» der Europäischen Gemeinschaften als Anwendungsfeld der «implied powers» internationaler Organisationen überhaupt, FS Seidl-Hohenveldern, 1988, 279ff. В целях толкования учредительного договора международной организации, а также ее регламента может использоваться практика ее органов. Это правило применяется, в частности, при толковании Устава ООН, который имеет преимущественную силу по отношению к другим международным договорам (ст. 103 Устава ООН). Кроме того, т. 2 (абз. 6) Устава ООН ограничивает принцип *pacta tertiis* (спорно).

³⁰⁴ Договоры могут предусматривать определенную процедуру внесения изменений, однако стороны не обязаны придерживаться ее, если они приняли такое решение единогласно (доказательство от противного: ст. 54 Конвенции о ПМД).

³⁰⁵ Подробнее см.: Verdross/Simma, Völkerrecht, § 786.

на это положение, должна добросовестно сообщить об этом³⁰⁶. Соответствующий спор может быть передан на рассмотрение Международного суда или третейского суда³⁰⁷. Если договор признан ничтожным согласно ст. 53 Конвенции о ПМД, ст. 71 (абз. 1) Конвенции устанавливает обязанность по устранению последствий. Связь с обязательствами *erga omnes* (см. выше абз. 120) заключается в том, что, хотя не все нормы *erga omnes* являются императивными нормами, нормы *ius cogens*, как правило, обосновывают обязательства *erga omnes*³⁰⁸. Государства не могут воспрепятствовать обязательности нормы *ius cogens* посредством постоянных возражений (см. ниже абз. 133)³⁰⁹. Однозначно не установлено, какие нормы относятся к императивным. *Оспоримыми* являются договоры в случае отсутствия воли сторон (ошибка, обман, подкуп, принуждение представителя государства, угроза силой или ее применение против государства, ст. 48–52 Конвенции о ПМД) или компетенции (*очевидное* нарушение основополагающих норм внутригосударственного права или отсутствие уведомления об ограничении полномочия, ст. 46 и след. Конвенции о ПМД). Если действительность договора оспаривается, в случае установления его недействительности он является недействительным *ex tunc* (ст. 69 (абз. 1) Конвенции о ПМД). Действия, совершенные добросовестно, не являются незаконными лишь по причине недействительности договора. Но это правило не действует, если осуществившая действия сторона несет ответственность за создание оснований для недействительности договора (ст. 69 (абз. 2 и 3 б) Конвенции о ПМД).

127 Кроме того, Конвенция о ПМД содержит правила, которые приводят к *прекращению* договора или *выходу* из него участника «на регулярной основе» и *ex tunc* (ст. 54 и след. Конвенции о ПМД). Отграничение этого основания прекращения договора от деликтов является неоднозначным (ст. 60

³⁰⁶ См.: *Rozakis*, The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties, 1976, 109, 144. В конкретных случаях на многие вопросы не были найдены однозначные ответы. Например, по мнению некоторых юристов, не составляющих большинства, массовые насильственные изгнания нарушают *ius cogens* в той же степени, что и геноцид. Однако даже общепризнанный запрет применения пыток, являющийся основополагающим для принципа *ius cogens*, многократно нарушался в рамках «войны с террором», см.: *Maguire*, Land and War, 2010, 213f; *Oeter* (сноска 28) 517ff.

³⁰⁷ Это положение не имеет эквивалента в международном обычном праве. Также следует учесть, что принцип *ius cogens* не является общепризнанным. Например, его не признает Франция.

³⁰⁸ Обязательства государства *erga omne* существуют по отношению к международному сообществу в целом, вследствие чего все государства заинтересованы в их исполнении. Такие обязательства следуют также из международного обычного права. Для установления иерархии прав человека действие права *erga omnes* не является критерием, см.: *Schmahl* (сноска 139) 44ff; более оптимистическая точка зрения см.: *Tomuschat*, International Law — Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, 2001, 81ff; *Scheyli*, Konstitutionelle Gemeinwohlorientierung im Völkerrecht, 2008, 103ff.

³⁰⁹ *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht I/3, 62, см. ниже абз. 133.

Конвенции о ПМД). Статьи 60–62 кодифицируют действующее международное обычное право об одностороннем прекращении договора. Используемая терминология представляется недостаточно точной. Так, понятия «прекращение» (*termination*), «выход» (*withdrawal*) и «денонсация» (*denunciation*) используются параллельно. Согласно материалам к Конвенции под «денонсацией» подразумевается случай, когда право на денонсацию предусмотрено в договоре, в то время как «прекращение» связано с международным обычаем как основанием для прекращения³¹⁰. Это различие не соблюдается в ст. 54 *a*) Конвенции о ПМД, которая предусматривает прекращение договора или выход из него (но не денонсацию) «в соответствии с положениями договора». В конечном итоге в разграничении понятий нет необходимости, поскольку все способы аннулирования договора приводят к одинаковым юридическим последствиям (ст. 65, 70 Конвенции о ПМД).

Выход из договора и *денонсацию* возможно осуществить в любое время в соответствии с установленными договором положениями (ст. 54 *a*) Конвенции о ПМД). Кроме того, прекращение может последовать в любое время при согласии всех сторон договора (ст. 54 *b*) Конвенции о ПМД)³¹¹. Если договор не содержит положений о денонсации и выходе из договора и соответствующая возможность не вытекает из обстоятельств заключения договора, денонсация и выход в принципе невозможны. В то время как прекращение договора освобождает стороны договора от всякого обязательства выполнить договор в дальнейшем (ст. 70 (абз. 1 *a*) и абз. 2) Конвенции о ПМД), в случае *приостановления действия* договора такое последствие наступает лишь временно (ст. 72 (абз. 1) Конвенции о ПМД). Приостановление регулируется ст. 57 и след. Конвенции о ПМД. «Особые» основания прекращения и приостановления действия договора предусмотрены ст. 60–62 Венской конвенции о праве договоров. Статья 60 Конвенции устанавливает дифференцированное регулирование в случае *существенного* нарушения договора. Согласно ст. 60 (абз. 3) Конвенции существенное нарушение договора определяется как нарушение положения, существенного для осуществления объекта и цели договора. Таким образом, ст. 60 Конвенции устанавливает «негативные аспекты взаимности»³¹² принципа *pacta sunt servanda*, в соответствии с которым нарушение договора одной стороной освобождает другую сторону от обязательства по выполнению договора³¹³.

Если имеет место *существенное нарушение двустороннего* договора, это дает другой стороне договора право *приостановить его действие*. Таким образом, право принимать решение о правовых последствиях

³¹⁰ См.: *Heintschel v. Heinegg*, in: *Ipsen*, *Völkerrecht*, § 15 Rn 65.

³¹¹ Согласие, как правило, устанавливается на основании *actus contrarius* (договор о прекращении).

³¹² *Verdross/Simma*, *Völkerrecht*, § 824.

³¹³ В качестве примера можно привести договоры о разоружении.

предоставляется «затронутому нарушением» государству (ст. 60 (абз. 1) Конвенции о ПМД). В случае существенного нарушения *многостороннего* договора ст. 60 (абз. 2) Конвенции также устанавливает несколько правовых последствий: *приостановление действия или прекращение* договора по согласованию с другими сторонами только в отношении государства-нарушителя или приостановление действия или прекращение договора между всеми участниками (пункт *a*). Кроме того, возможны такие варианты, как приостановление действия договора в отношениях между стороной договора, «особо пострадавшей в результате нарушения» договора, и государством, нарушившим договор (пункт *b*), а также приостановление действия договора сторонами в отношении самих себя, если существенное нарушение договора другой стороной «коренным образом» меняет ее положение в отношении дальнейшего выполнения ею своих договорных обязательств (пункт *c*)³¹⁴. Прекращение и приостановление действия договора согласно ст. 60 (абз. 4) Конвенции не затрагивают положений договора, применимых в случае его нарушения (например, о возмещении ущерба или применении санкций и о соглашениях об урегулировании споров). Статья 60 (абз. 5) устанавливает, что абз. 1–3 ст. 60 Конвенции не применяются к договорам, «носящим гуманитарный характер». Целью этого ограничения является повышение эффективности защиты прав человека. Защита прав человека не должна зависеть от того, выполняет ли одна из сторон принятые на себя договорные обязательства. В отношении стороны, нарушившей договор, государства, соблюдающие договор, вправе³¹⁵ применять ответные меры³¹⁶.

130 В соответствии со ст. 61 Конвенции невозможность выполнения договора, возникшая не по вине стороны договора, предоставляет право на прекращение договора или выход из него. В ст. 62 Конвенции кодифицировано правило *clausula rebus sic stantibus*, т.е. института основы договора, фундаментальной базы для достижения консенсуса по договору. Прекращение договора или выход из него могут быть осуществлены только в случае, если непредвиденно коренным образом изменяются обстоятельства (ст. 62 (абз. 1) Конвенции о ПМД). Эти обстоятельства должны быть существенной основой для согласия сторон на обязательность для них договора (ст. 62 (абз. 1 *a*) Конвенции о ПМД). Их изменение должно «коренным образом [изменить] сферу действия обязательств, все еще подлежащих выполнению по договору» (ст. 62 (абз. 1 *b*) Конвенции о ПМД). Сторона договора, ссылающаяся на коренное изменение обстоятельств, не должна

³¹⁴ Пункт *c* применяется, если разделение на двусторонние отношения невозможно («единые» договоры).

³¹⁵ См.: Раздел 7. *Шредер*, абз. 99 и след. Ответные меры, не являющиеся основанием для расторжения договора, должны быть соразмерны ущербу.

³¹⁶ К вопросу о разграничении см.: *Yahi*, La violation d'un traité, RBDI 1993, 437ff.

нарушать обязательства по договору или иное международное обязательство (ст. 62 (абз. 2 б) Конвенции о ПМД). К договорам, устанавливающим границу, правило о коренном изменении обстоятельств не применяется (ст. 62 (абз. 2 а) Конвенции о ПМД), поскольку в отношении таких договоров приоритет имеют принципы стабильности права и предотвращения правовых конфликтов³¹⁷. Положения ст. 62 Конвенции могут применяться только при наличии узких предпосылок.

б) Международные обычаи

Международные обычаи (*coutume/custom*) как доказательство (*coutume/custom*) всеобщей³¹⁸ практики, признанной в качестве правовой нормы, указаны в ст. 38 (абз. 1 б) Статута Международного суда. Согласно *доктрине двух элементов* или дуалистической доктрине обычного права этот источник права охватывает совокупность норм поведения, которые применялись субъектами международного права во взаимоотношениях друг с другом (элемент практики) и относительно юридической силы которых существует всеобщее правовое убеждение государств (элемент правового убеждения). Статья 38 (абз. 1 б) Статута МС регулирует предпосылки международного обычного права³¹⁹. С *объективной* точки зрения, международное право основывается на повторяющейся, постоянно или систематически применяющейся³²⁰ единообразной *практике*³²¹ субъектов и органов международного права. С *субъективной* точки зрения, международное обычное право предполагает убеждение в обязательности такого поведения в силу международного права (*opinio iuris sive necessitatis*)³²². Согласно ст. 38 (абз. 1

³¹⁷ См. также ст. 11 Конвенции о ПМД.

³¹⁸ См.: *Seidl-Hohenveldern, Gewohnheitsrecht, völkerrechtliches*, in: *Lexikon Völkerrecht*, 147ff.

³¹⁹ Само обычное право является источником, а эмпирически понимаемая практика (обычай) является только доказательством ее существования.

³²⁰ См.: *Тункин* (сноска 184) 144 и след.

³²¹ Если наличествует *исключительно* элемент практики (*consuetudo*), как правило, следует исходить из правила вежливости. В *деле о Никарагуа* 1986 г. (97) МС подтвердил необходимость существования практики: «...Суд должен быть убежден, что существование правила ... подтверждено практикой». Чтобы обосновать существование нормы международного обычного права, практика не должна быть абсолютно единообразной. Достаточно, если действия государств в общем соответствуют норме обычного права, на существование которой ссылаются. О предпосылках существования международного обычного права см.: *Mendelson, The Formation of Customary International Law, RdC 272 (1998) 155ff.* Существование нормы международного обычного права устанавливается, в частности, на основании факта подготовки ее кодификации на международном уровне, а также на основании действий законодательных органов и судов на внутригосударственном уровне.

³²² Дженнингс (*Jennings, in Cheng (Hrsg), International Law, 1982, 3ff*) критиковал недостаточную определенность международного обычного права.

б) Статута МС практика государств должна быть «признанной в качестве правовой нормы» (*acceptée comme étant le droit/accepted as law*).

132 В отношении всеобщей постоянной *практики* является спорным, насколько она, в соответствии с господствующей доктриной³²³ является правообразующим условием или только подтверждает³²⁴ и отражает³²⁵ существование обычного права. Кроме того, следует различать предпосылки возникновения и доказательство существования обычного права³²⁶. По отношению к обычному праву договор, заключенный по тому же предмету, является *lex specialis*. С помощью договора противоречащее ему обычное право может быть отменено, за исключением *ius cogens*.

133 Действия *одного* государства не могут являться основанием для возникновения обычного права. Однако если «ведущие» государства или государства, которые в особенной степени затрагивает определенная проблема, не применяют правило на практике, практику нельзя считать «всеобщей», «репрезентативной». Следствием «фундаментального релятивизма» (*Poïtner*) международного права, а также принципа суверенного равенства государств является невозможность выработки норм международного обычного права в отношении «настойчиво возражающих» субъектов. Субъект международного права не может быть связан обязательствами против собственной постоянно выражаемой воли. Поведение государств может быть «активным» или «пассивным». В последнем случае речь идет о *молчаливом согласии* (*acquiescence*). В этом контексте следует рассматривать, в частности, проблему обязательности традиционных норм международного обычного права для новых государств. В принципе, в таком случае обязательность следует признать. Поскольку факт согласия по умолчанию нельзя установить без дополнительных оснований, из него можно исходить, только если иное толкование факта молчания на основании принципа добросовестности не представляется возможным.

134 Молчаливым согласием может быть обоснован *эстоппель*. В этом случае соответствующая сторона не может ссылаться на действующие в других случаях положения международного права или их отсутствие. Это правило также применяется к «признанию» (*recognition*)³²⁷.

³²³ Правовая убежденность сама по себе не порождает международное обычное право. Уже поэтому резолюции Генеральной Ассамблеи ООН согласно ст. 10 Устава ООН могут быть рекомендациями, не имеющими обязательной силы, но не обязательствами немедленного действия по обычному праву.

³²⁴ Например, представитель французской социологической школы международного права: *Scelle, Règles générales du droit de la paix, RdC 46 (1933-IV) 327 (428)*; см. также: *Wüst* (сноска 55) 198ff.

³²⁵ В отношении элемента *opinio iuris* также известны и конститутивный, и декларативный подходы.

³²⁶ Это правило действует в отношении всех источников права.

³²⁷ К вопросу о значении термина «эстоппель» см.: *Martin, L'estoppel en droit international public, 1979, 71ff.* Спорным является также значение термина «молчаливое согласие»

Некоторые авторы сводят обычное право к источнику договора, отрицая, таким образом, самостоятельность обычного права как источника права³²⁸. Наличие в Статуте МС положения ст. 38 (абз. 1 b) свидетельствует о неверности этого тезиса³²⁹. Кроме того, развитие этого тезиса приводит к парадоксу. Если в качестве обоснования *самостоятельности* международного обычного права приводится аргумент, в соответствии с которым международный правопорядок признавал его самостоятельность на протяжении столетий³³⁰, аргументация основана на порочном круге³³¹.

Обычное право, например принцип иммунитета иностранных государств, свобода судоходства или запрет вмешательства во внутренние дела государства, в принципе, является *более статичным*, чем договорное право, особенно если сравнить продолжительность существования этих источников права. Договоры могут обосновывать, модифицировать обычное право или подтверждать его существование³³². Тезис о том, что договорное право всегда имеет преимущество перед обычным правом, подлежит ограничению: если международное обычное право приобретает качество *ius cogens*, его нельзя отменить договором³³³.

В качестве примера для рассмотрения возникновения, значения и изменения норм обычного права можно привести *космическое право*³³⁴, один из новейших разделов международного права³³⁵. Естественно, что государства, не являющиеся сторонами договоров по космосу, при осуществлении деятельности в космосе должны соблюдать только нормы международного обычного

(*acquiescence*), взаимосвязь между эстоппелем и молчаливым согласием и принципом *venire*. Согласно принципу *эстоппеля* государство действует недобросовестно, когда оно своими действиями однозначно дало понять, что оно признало определенное правило, а другое государство, полагаясь на это, изменило свою собственную позицию или потерпело убытки. Ссылки на судебную практику см.: *Dörr, Kompendium*, 445, 569.

³²⁸ См.: *Tunkin* (сноска 185) 153ff, представлявший современную ему социалистическую доктрину.

³²⁹ Аналогичные дискуссии ведутся об общих правовых принципах, см. ниже абз. 142 и след.

³³⁰ Парадокса можно было бы избежать, если можно было бы сослаться на «естественное право».

³³¹ См. также критические замечания: *Ago, Science juridique et Droit international*, RdC 90 (1956-II) 851 (939). Теория *Ago* о «спонтанном праве» противоречит господствующему мнению, в соответствии с которым правовые нормы действительны, только когда их нормативное качество вытекает из других правовых норм (см. выше абз. 63).

³³² Кодификация нормы обычного права не исключает ее действия как международного обычая.

³³³ Этот вопрос дискутируется в связи с правом народов на самоопределение.

³³⁴ Обзор см.: *Doehring, Völkerrecht*, 240 ff.

³³⁵ См.: *Diederiks-Verschoor, An Introduction to Space Law*, 1993, 10ff; *Vereshchetin/Danilenko, Custom as a Source of International Law of Outer Space*, JSL 13 (1985) 22ff.

права³³⁶. Обычное право также регулирует отношения между государствами-участниками договоров и государствами, не являющимися участниками договоров. Содержание норм международного обычного права в отношении космоса, прежде всего, составляют основные принципы, изложенные в Договоре о космосе 1967 г., в частности, свобода исследования и использования космического пространства, запрет национального присвоения и сохранение государственного суверенитета в отношении объектов и лиц в космическом пространстве³³⁷. Таким образом, космическое право могло бы стать примером формирования *обычного права из договорного права* (ст. 38 Конвенции о ПМД), т.е. демонстрировать направление развития, противоположное более распространенному варианту кодификации международных обычаев в форме договора³³⁸. Однако эти основные принципы были нормами международного обычного права еще до вступления в силу Договора о космосе. Резолюции ООН о космическом пространстве 1963 г.³³⁹ являются примером того, что при возникновении обычного права сначала может сформироваться *правовое убеждение*, находящее отражение в резолюциях, официальных заявлениях, дипломатической корреспонденции или протесте, за которым — *в отношении космоса практически сразу* — следует соответствующая *практика государств*.

138

Обычное космическое право имеет значение также для государств-участников договоров о космосе в сферах, которые *не* регулируются договорами. В качестве примера можно привести проблему разграничения воздушного и космического пространства, не решенную в договоре. Эту проблему можно решить посредством проведения линии раздела (например, на высоте 100 км) или функционального разграничения³⁴⁰. Ответ на вопрос о допустимости дистанционного зондирования без предварительного согласия государства, территория которого зондируется, также дается в соответствии с обычным правом³⁴¹.

³³⁶ Кроме того, обязательства следуют из общих правовых принципов (см. ниже абз. 142 и след.).

³³⁷ См.: *Vereshchetin/Danilenko* (сноска 335) 32.

³³⁸ Примеры перехода договорных норм в категорию норм обычного права см.: *Villinger, Customary International Law and Treaties*, 2. Aufl 1997, 193ff.). См. также Раздел 5. *Прельсс*, абз. 76 и след.

³³⁹ Резолюция от 17 октября 1963 г. по вопросу о всеобщем и полном разоружении, Рез. 1884 (XVIII): запрет на размещение в космическом пространстве оружия массового уничтожения; Декларация правовых принципов, регулирующих деятельность государств по исследованию и использованию космического пространства, от 13 октября 1963 г. Рез. 1962 (XVIII).

³⁴⁰ Государства, которые сами не осуществляют или не могут осуществлять деятельность в космическом пространстве, согласились с действием новых международных обычаев (например, право перелета через воздушное пространство государства при отправлении ракет в космос).

³⁴¹ Право мирного полета как норма обычного права. См.: *Lachs*, in: Böckstiegel (Hrsg), *Environmental Aspects of Activities in Outer Space*, 1990, 188. О дистанционном зондировании см.: Принципы, касающиеся дистанционного зондирования Земли из космоса, Приложение к Рез. 41/65 от 3 декабря 1986 г.

Космонавтика нуждается в правилах, применимых к новым, неизвестным до этого момента видам деятельности. Международное обычное право не может удовлетворить эту потребность, поскольку оно формируется медленно³⁴². Объективный элемент практики, как правило, предполагает определенную *устойчивость* поведения, подлежащего регулированию, вследствие чего новые виды деятельности не могут сразу войти в категорию обычая³⁴³. Хотя Международный суд устанавливает в отношении продолжительности развития практики, что «если практика осуществлялась в течение короткого периода, этот факт как таковой не исключает возникновения нового правила международного обычного права»³⁴⁴, он полностью не отказывается от временного критерия. Поскольку любая практика нуждается в определенном количестве времени для ее становления, обычное право не может антиципировать поведение, которое ранее не наблюдалось³⁴⁵.

Проблематичным представляется также требование *единообразия и всеобщности практики*, если принять во внимание, что лишь некоторые государства имеют фактическую возможность осуществлять самостоятельную космическую деятельность. Международный суд исходит из того, что наличие «всеобщей практики» может быть признано уже в том случае, если она включает поведение всех субъектов международного права, *интересы* которых *затронуты особым образом*³⁴⁶. Всем государствам может быть потенциально причинен ущерб в результате космической деятельности другого государства. Кроме того, в отдельных проектах государств, осуществляющих космическую деятельность, принимают участие другие государства, например, в качестве пользователей коммуникационных ресурсов³⁴⁷. Государства, не занимающиеся космической деятельностью, в рамках ООН принимают участие в политических и правовых дискуссиях о космическом пространстве еще с 1960-х гг. Кроме того, примеры дистанционного зондирования, полетов через воздушное пространство иностранного государства, падения

³⁴² О «ретроградности» международного обычного права см.: *Vereshchetin/Danilenko* (сноска 335) 23.

³⁴³ О непризнании спонтанного международного обычного права (*instant customary international law*) см.: *Heintschel v. Heinegg*, in: *Ipsen, Völkerrecht*, § 16 Rn 5; *Verdross/Simma, Völkerrecht*, § § 566, 571. В пользу спонтанного обычая (*Instant custom*) высказывается Ченг, разработавший этот правовой институт, см.: *Cheng, United Nations Resolutions on Outer Space: «Instant» International Customary Law?*, *IJIL* 5 (1965) 23ff (auch in *ders, Studies in International Space Law*, 1997, 125ff).

³⁴⁴ См.: ICJ Rep 1969, 43 (дело о *континентальном шельфе Северного моря*).

³⁴⁵ Обычное право не достигает необходимой степени подробности регулирования.

³⁴⁶ См.: ICJ Rep 1969, 42 (дело о *континентальном шельфе Северного моря*). При сопоставлении особенно заинтересованных государств не может возникнуть ни международный обычай, ни приблизительный консенсус (*rough consensus*).

³⁴⁷ Споры вызывает вопрос, может ли соответствующая декларация ООН (сноска 341), являющаяся лишь «*мягким правом*», претендовать на «нормативное значение» (Международный суд ООН). См. ниже абз. 152.

объектов, наконец, использования космического пространства в военных целях показывают, что действия государств, ведущих космическую деятельность, в конечном итоге затрагивают интересы всех государств. Практика в этой сфере носит единый, всеобщий характер вследствие, по крайней мере, косвенного вовлечения в нее всех государств.

- 141 Для установления содержания всеобщего космического обычного права применяется, в частности, правовой институт *молчаливого согласия* (*acquiescence*)³⁴⁸. При отсутствии прямых возражений тот факт, что остальные государства толерируют деятельность небольшой группы государств в космическом пространстве, рассматривается как согласие остальных государств на основании принципа защиты доверия³⁴⁹. Поскольку выводы в этом случае делаются на основании предположений, эта логическая модель существенно не отличается от конструкции молчаливого согласия *pactum tacitum*.

в) Общие принципы права

- 142 Согласно ст. 38 (абз. 1 с) признанные «цивилизированными нациями» (*nations civilisées/civilized nations*) общие принципы права (*general principles of law*)³⁵⁰ служат, главным образом для восполнения пробелов и используются в качестве вспомогательного средства толкования. Они могут также фиксироваться в обычном праве или излагаться в договорах. Например, принципы ответственности³⁵¹ все чаще находят отражение в договорных нормах, хотя в некоторых договорах, например в Конвенции об ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами, действует другой принцип (ответственность владельца источника повышенной опасности), которые не связаны с общими принципами права³⁵². В Конвенции о ПМД также кодифицированы общие принципы права³⁵³. Часто универсальные принципы правовой

³⁴⁸ См.: *Diederiks-Verschoor* (сноска 335) 11.

³⁴⁹ Против существования международного обычного права, возникающего таким образом, государство может выражать несогласие в форме «настойчивых возражений», см.: *Heintschel v. Heinegg*, in: *Ipsen*, *Völkerrecht*, § 16 Rn 26f.

³⁵⁰ См.: *Ress*, *Rechtsgrundsätze, allgemeine*, in: *Lexikon Völkerrecht*, 322ff.

³⁵¹ Обязательство по уплате процентов на сумму денежного долга еще не урегулировано международным договором, но отражено во многих национальных системах частного права (за исключением исламского права, в котором действует запрет на взимание процентов). Поэтому третейский суд в 1912 г. подтвердил наличие обязанности по оплате процентов за просрочку платежа в рамках международно-правового требования о возмещении ущерба, см. спор между Россией и Турцией 1912 г., *RIAA XI*, 421.

³⁵² См.: *Harndt*, *Völkerrechtliche Haftung für die schädlichen Folgen nicht verbotenen Handelns*, 1993. К вопросу об ответственности государств см. Раздел 7. *Шредер*, абз. 6 и след.

³⁵³ См. ст. 26, 48 Конвенции о ПМД. В решении по делу о храме Преах-Вихеар (ICJ Rep 1962, 26) Международный суд рассматривал вопрос, может ли одна из сторон

логики (аналогия, правило *lex posterior* и т. д.) также относят к общим принципам права. Принципы, необходимые для функционирования правовой системы, например, добросовестность, справедливость и *pacta sunt servanda*, также являются универсальными принципами. Общие принципы права, как правило, являются *субсидиарными* по отношению к международному договорному праву и международному обычному праву. Практическое значение общих принципов права уменьшается по мере развития кодификации международного права, однако, как и прежде, возможны случаи, которые не регулируются иными источниками права. Общие принципы права включают существенные основные элементы международного правопорядка, например, принцип *эстоппеля*, право на заслушивание в суде, форс-мажорная оговорка, запрет злоупотребления правом³⁵⁴. Процессуальные аспекты международного правопорядка также регулируются общими принципами права, например, вступление судебного решения в законную силу³⁵⁵.

К общим принципам права относятся материальные, процессуально-правовые принципы или структурно-правовые принципы, которые признаны *внутригосударственным* правом «цивилизованных наций» (*recognized by civilized nations*), т. е. действуют на основании внутригосударственного права, и могут быть перенесены на уровень международного права³⁵⁶. Сравнительный анализ, как правило, ограничивается основными правовыми семьями³⁵⁷. Определение «цивилизованная (нация)» в настоящее время утратил ограничительное значение³⁵⁸. Учитывая суверенное равенство государств, все³⁵⁹ государства считаются *цивилизованными нациями*³⁶⁰. Это связано с тем, что признание права предполагает наличие цивилизации³⁶¹.

143

ссылаться на заблуждение согласно общему правовому принципу («общепризнанная норма права»).

³⁵⁴ Они имеют обязательную силу.

³⁵⁵ Значение имеют также срок давности, утрата права, приобретательная давность, необходимая оборона и оказание необходимой помощи. Например, приобретательная давность играла роль в деле о Восточной Гренландии, которое рассматривала Постоянная Палата международного правосудия в 1933 г., см.: *Dahm/Delbrück/Wolfrum* I/1, 365ff.

³⁵⁶ При этом не имеет значения, закреплены ли в национальных правопорядках нормы: в конституциях, законах, постановлениях или судебных решениях. «Универсальность» принципов права означает, что ни одно государство не может определять их в одностороннем порядке.

³⁵⁷ Подробнее см.: *Bleckmann*, *Die Aufgabe einer Methodenlehre des Völkerrechts*, 1978, 26ff.; *Schachter*, *International Law in Theory and Practice*, 1991, 50ff.

³⁵⁸ *Хайнцель фон Хайнегг (Heintschel v. Heinegg)*, in: *Ipsen*, *Völkerrecht*, § 17 Rn 2) отрицает, что это понятие исключает какие-либо государства.

³⁵⁹ С этой точки зрения, «государства-изгои» являются цивилизованными.

³⁶⁰ Барберис (*Barberis*, *Fuentes del derecho internacional*, 1973, 22), напротив, проводит различие между государствами и их внутренними правопорядками.

³⁶¹ См.: *de Lapradelle*, *Procès-verbaux (Cour Permanente de Justice Internationale, Comité consultatif de juristes)*, 1920, 335).

- 144 Прежняя советская доктрина отрицала, что общие принципы права являются самостоятельным источником международного права³⁶². Такой подход был в первую очередь связан с угрозой распространения принципов «западно-европейского и североамериканского международного права» на другие государства в результате их провозглашения «общими принципами права»³⁶³. Однако в рамках этой концепции не учитывался текст преамбулы Устава ООН («уважение к обязательствам, вытекающим из договоров и *других* источников международного права») ³⁶⁴.
- 145 Также нельзя согласиться с точкой зрения, согласно которой общие принципы права не являются самостоятельными источниками права, поскольку они одновременно являются составной частью обычного права³⁶⁵. В отличие от обычного права универсальные принципы права не требуют наличия практики. Они могут возникнуть на основании неформализованного признания сообществом государств, в том числе *ad hoc*. Кроме того, обычное право может изменяться вследствие изменения практики. Поэтому общие принципы права имеют *самостоятельное значение*. Если государства сохраняют в своих внутрисубъективных правовых порядках принципы, существование которых на международном уровне в качестве обычного права они отрицают, содержание этих принципов продолжает действовать как общий принцип международного права.
- 146 Некоторые авторы считают, что общие принципы права можно извлечь из *резолюций* международных организаций³⁶⁶. Выдвигается также тезис о том, что общие принципы права вытекают непосредственно из международных отношений³⁶⁷. С этим тезисом нельзя согласиться уже потому, что резолюции не относятся к источникам права, следовательно, необходимое признание сообществом государств также не может предполагаться³⁶⁸. Например, голосование в Генеральной Ассамблее ООН определяется не желанием создать предпосылки для наступления правовых последствий обязательного решения, а политическими и тактическими соображениями. Таким
-
- ³⁶² См.: *Tunkin* (сноска 185) 229 и след.: капиталистические и социалистические системы не могут разделять общие материальные принципы права.
- ³⁶³ Эту опасность можно преодолеть, применяя строгие правила к сравнительному правоведению.
- ³⁶⁴ Даже с учетом формулировок на официальных языках (*conformément au droit international/in accordance with international law*) обоснование спорного мнения не является обязательным.
- ³⁶⁵ Только вопрос о субсидиарности этого источника права нуждается в обсуждении.
- ³⁶⁶ См.: *Verdross/Simma*, *Völkerrecht*, § § 606, 639. Примерами являются Всеобщая декларация прав человека 1948 г. и Декларация о принципах международного права 1970 г.
- ³⁶⁷ Если следовать этому тезису, источник права нельзя однозначно определить.
- ³⁶⁸ См.: *Fastenrath*, *Lücken*, 104. Из резолюций, в которых «решительным образом» сформулировано императивное правило, вытекают правила, имеющие существенное нормативное значение (спорно).

образом, применительно к общим принципам права значение резолюций ограничивается: они либо действуют декларативно, либо представляют собой основу для развития права *в будущем*³⁶⁹.

г) Судебная практика, доктрина

В соответствии с ст. 38 (абз. 1 d) Статута МС и оговоркой ст. 59 Статута МС (обязательность решений МС для участвующих в деле сторон) судебные решения³⁷⁰ и доктрины наиболее квалифицированных специалистов различных наций по международному праву³⁷¹ считаются не источниками права, а источниками *познания*, т.е. вспомогательными средствами для определения правовых норм³⁷². В первую очередь, их задача заключается в том, чтобы доказать существование практики, имеющей обязательную силу. Значение *научной доктрины* следует из ее исторического значения. Однако международно-правовые концепции ученых различных стран и культур *в настоящее время* с трудом согласуются друг с другом. Также уменьшилось значение коллективных мнений и коллективных заявлений международных ассоциаций юристов. В этой связи прежде всего следует упомянуть Институт международного права (*Institut de Droit International*) и Ассоциацию международного права (*International Law Association*), учрежденные в 1873 г. Под *судебными решениями* подразумеваются не только решения Международного суда, Постоянной палаты международного правосудия Лиги Наций или Международного трибунала по морскому праву, решения которых, в принципе, не носят характер прецедента, учитываемого в последующих решениях в обязательном порядке (*stare decisis*), но и решения международных третейских судов, а также многочисленные решения национальных судов, затрагивающие международное право. При этом не следует преувеличивать значение решений судов собственного государства или судов государств собственной правовой семьи.

³⁶⁹ Если резолюции рассматривать как новый, самостоятельный источник права, *по этому поводу* должен быть достигнут консенсус, но пока он не достигнут.

³⁷⁰ Правотворчество является необходимой составной частью международной судебной практики. Особенно в международном праве, которое частично является прецедентным правом, анализ судебной практики является основной задачей. Поскольку не существует глобального законодателя, в международном праве, в отличие от других разделов права, большое значение имеют прецеденты.

³⁷¹ Доктрина считается авторитетной (*“the teaching of the most highly qualified publicists of the various nations”*) лишь в случае ее одновременного одобрения наиболее признанными специалистами по международному праву.

³⁷² Решения национальных судов выражают практику государства. Таким образом, суды могут внести свой вклад в развитие международного обычного права.

2. Развитие, выходящее за рамки ст. 38 Статута Международного суда

148 Аргументы в пользу тезиса о том, что перечень источников международного права, предусмотренный ст. 38 (абз. 1) Статута Международного суда является *исчерпывающим*, не следуют из нейтральной формулировки (*применяем/applique/shall apply*)³⁷³. Формулировку ст. 38 (абз. 1) Статута Постоянной палаты международного правосудия нельзя использовать в качестве аргумента, поскольку в то время было спорным, насколько перечень является обязательным не только для ППМП, но и для сторон договора³⁷⁴. Статья 38 Статута МС должна облегчить осуществление правосудия Судом. Международный суд может эффективно выполнять свои функции только в том случае, если он беспрепятственно может использовать дополнительные источники права³⁷⁵, например, специальное регулирование в рамках региона или связанное с конкретным предметом. Несмотря на то, что перечень в ст. 38 Статута МС изначально был исчерпывающим, он может быть модифицирован на основании договора или международного обычая. Государства могут совместно развивать новые, дополнительные формы правотворчества. Ни с точки зрения позитивизма, ни с точки зрения теории воли, если ограничиться только этими двумя теоретическими подходами, ничто не препятствует расширению перечня источников права. Кроме того, не существует оснований для перманентного ограничения формализованных процедур для создания новых норм теми источниками права, которые указаны в ст. 38 (абз. 1) Статута МС³⁷⁶. Такое «отсечение корней» лишило бы международное право динамики. Таким образом, абз. 1 ст. 38 Статута МС не следует рассматривать в качестве *numerus clausus источников международного права*. Иные виды источников права возможны³⁷⁷.

149 *Односторонние акты* (декларация, нотификация, протест, отказ, обещание, опровержение, отзыв и т. д.), которые часто используются в межгосударственных отношениях, *могут быть самостоятельными источниками*

³⁷³ Ст. 38 (абз. 1) Статута МС регулирует *применяемые* Судом источники права, а не вопрос об источниках права в целом.

³⁷⁴ В настоящее время это господствующая доктрина. В 1920 г., когда перечень был впервые сформулирован, он, вероятно, был полным и исчерпывающим перечнем источников международного права.

³⁷⁵ См.: *Fastenrath*, Lücken, 89.

³⁷⁶ См.: *Tomuschat*, *Verfassungsgewohnheitsrecht?*, 1972, 111f. Кроме того, необходимо исследовать вопрос о том, насколько предполагаемые «новые» источники права, которые, на первый взгляд, не предусмотрены ст. 38 (абз. 1) Статута МС, «генеалогически» тем не менее связаны с одним из упомянутых в нем источников (*genealogical link theory*). См.: *Virally*, *The Sources of International Law*, in: *Sørensen* (Hrsg), *Manual of Public International Law*, 1968, 116ff.

³⁷⁷ Это учитывает, например, ст. 293 Конвенции по морскому праву, в соответствии с которой МС применяет все «нормы международного права, не являющиеся несовместимыми» с Конвенцией по морскому праву.

права, если в действительности за ними не стоит договор или норма обычного права или если односторонние акты (например, денонсация договора, приостановление действия, признание) не являются признаком состава международно-правовой нормы³⁷⁸. Предпосылки обязательной силы односторонних международно-правовых актов, признанной в настоящее время в целом, например, в отношении признания, протеста и отказа, окончательно не установлены. Однако установлено, что обязательная сила может быть основана на *акте доверия*, например, обещания³⁷⁹. Таким образом, обязательная сила, в конечном итоге, основана на принципе *эстоппеля* или добросовестности. Согласно другому мнению обязательная сила основывается на признании в рамках обычного права³⁸⁰. Авторы, которые не считают односторонние акты *источниками права*³⁸¹, трактуют понятие «источник права» образно. Более значительные проблемы связаны с неоднородностью односторонних актов и отсутствии их универсальной классификации.

Ответ на вопрос, являются ли *резолюции международных организаций*³⁸² источниками права, зависит от того, какое значение придает этим актам учредительный договор. Особенно спорным является значение *резолюций Генеральной Ассамблеи ООН*³⁸³. В связи с отсутствием соответствующих полномочий Генеральной Ассамблеи, которая, в принципе, может принимать только рекомендации (ст. 11–14 Устава ООН), и с тем, что эти полномочия не были расширены на основании международного обычного права *не следует квалифицировать* эти решения в качестве источника позитивного

150

³⁷⁸ См.: *Dupuy*, *Droit International Public*, 4. Aufl 1998, 248ff.

³⁷⁹ Решение МС по делу *о французских ядерных испытаниях* (ICJ Rep 1974, 253, 267 und 457, 472): «Общепризнанным является факт, что заявления, сделанные в односторонних актах ... могут влиять на формирование правовых обязательств». См. также пересмотр решения по делу *о французских ядерных испытаниях* (ICJ Rep 1995, 288, 305). Речь шла о публичном обещании Франции в связи с проведением испытаний ядерного оружия в южной части Тихого океана. Из официальных заявлений, посредством которых была выражена воля по признанию правовых обязательств, МС заключил о наличии международно-правового обязательства Франции по воздержанию от проведения дальнейших испытаний. См. об этом: *Müller*, *Vertrauensschutz im Völkerrecht*, 1971; *Suy*, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, 1962.

³⁸⁰ *Heintschel v. Heinegg*, in: *Ipsen*, *Völkerrecht*, § 18 Rn 6.

³⁸¹ См.: *Bos* (сноска 265), 88. Его ограничительная аргументация представляется необубдительной.

³⁸² От них следует отличать *нормы, принятые на основе учредительных договоров*. Они рассматриваются как источники права, действующие в пределах сферы регулирования соответствующей международной организации, если предмет регулирования относится к международному праву, что, как правило, имеет место. См. также: *Bernhardt*, *Qualifikation und Anwendungsbereich des internen Rechts internationaler Organisationen*, *BerDGVR* 12 (1973) 7ff.

³⁸³ О решениях Ассамблеи и Совета Лиги Наций см.: *Schindler*, *Die Verbindlichkeit der Beschlüsse des Völkerbundes*, 1927, 7, 87.

международного права³⁸⁴. Однако следует учитывать, что многие резолюции ГА ООН вследствие длительных переговоров при высокой степени подробности формулировок, напоминающих сложные переговоры по договорам, *влият* или, по крайней мере, должны влиять на *формирование международного права будущего*. Кроме того, они могут служить вспомогательным средством для определения *opinio iuris*³⁸⁵.

151 *Договоры государств с транснациональными корпорациями* можно было бы отнести к категории «международный договор», если бы можно было признать частичную международно-правовую правосубъектность юридических лиц³⁸⁶ и договоры имели международно-правовое содержание. Однако согласно господствующему мнению в доктрине эти признаки отсутствуют. Таким образом, договоры, заключенные такими юридическими лицами с государствами, не являются особым видом источников права. Предприятие может только добровольно подчиниться правилам международного права в связи с определенным транснациональным правоотношением, например, сырьевым соглашением.

152 Источником международного права не является также «мягкое» право (*soft law*). Право является правом, если оно создается органом, обладающим законодательными полномочиями. Оно имеет юридическую силу или ее не имеет, т. е. не является правом. С точки зрения юридической логики, «сильной» и «слабой» юридической силы не существует³⁸⁷. «Мягкое» право служит *индикатором* правового убеждения, но его правовое содержание может выражаться только в рамках признанных источников права. Оно может использоваться для толкования традиционных источников права, их «производных» и концепций. Выходящее за эти рамки действие возможно на основании принципа защиты доверия. Но в этом случае действие следует *из закономерностей принципа защиты доверия*, в связи с чем не существует оснований для создания отдельной категории источников права.

153 Международно-правовые *стандарты*, например, в сфере прав человека, международного экономического права, в сфере охраны труда, здоровья

³⁸⁴ См.: *Verdross/Simma*, Völkerrecht, § 635. Однако государства-члены не должны игнорировать резолюции как не заслуживающие внимания. Они должны учитывать их *bona fide*. См.: *Консультативное заключение о ядерном оружии*, ICJ Rep 1996, 226, 254.

³⁸⁵ См.: *Schachter* (сноска 357) 87ff, в частности, с точки зрения «аутентичного толкования», см.: *Schreuer*, Recommendations and the Traditional Sources of Law, GYIL 20 (1977) 10ff.

³⁸⁶ Подробнее см.: *Stoll*, Vereinbarungen zwischen Staat und ausländischem Investor, 1982, 42ff, 51ff; *Epping*, in: *Ipsen*, Völkerrecht, § 8 Rn 14f mwN.

³⁸⁷ См.: *Thüver* (сноска 146) 429, 441ff; Shelton (Hrsg), Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System, 2000; *Hillgenberg*, Soft Law im Völkerrecht, ZEuS 1 (1998) 81ff.; *d'Aspremont*, Formalism and the Sources of International Law, 2011.

и воспитания³⁸⁸, также не являются источниками права. «Стандарты» сочетают обязательные правовые нормы с необязательными положениями декларативного характера, например, резолюциями. Если стандарты восприняты обычным правом или международным договором, т. е. традиционными источниками права, они могут приобрести правовой характер.

3. Иерархия и кодификация источников права

В международном праве не существует *иерархии* норм, обусловленной их категорией³⁸⁹. Выражение *ordre successif*, которое было изначально предусмотрено для установления иерархии норм, было исключено из окончательной версии Статута Постоянной палаты международного правосудия Лиги Наций. Из нарушения нормы *ius cogens* следует ничтожность нарушающей нормы³⁹⁰. Также допускается установление приоритета норм *на основании соглашения*. Кроме того, могут применяться несколько модифицированные принципы *lex posterior* и *lex specialis*. Поэтому последовательность источников права в перечне, предусмотренном ст. 38 Статута МС, отражает только юридическую логику. Например, договор следует рассматривать как *lex specialis* в сопоставлении с общими принципами права.

Признавая относительную самостоятельность названных в ст. 38 Статута МС источников права, надлежит ответить на вопрос, в какой степени *последовательность перечисления* отражает *нормативное* значение соответствующего источника. В прошлом наиболее важным источником было обычное право. По мере кодификации международного права и укрепления

154

155

³⁸⁸ См.: *Körner-Dammann*, Bedeutung und faktische Wirkung von ILO-Standards, 1991; *Vierheilig*, Die rechtliche Einordnung der von der Weltgesundheitsorganisation beschlossenen Regulations, 1984. *Schwarzenberger*, The Principles and Standards of International Law, RdC 117 (1966-I) 66ff.

³⁸⁹ Иное мнение отражено в первоначальном проекте Комитета юристов Лиги Наций о Постоянной палате международного правосудия (*Hudson*, The Permanent Court of International Justice 1920–1942, 1972, 194f) и в ст. 7 нератифицированной XII Гаагской конвенции о Международной призывной палате (B. Schenk Graf von Stauffenberg (Bearbeiter), Statut et règlement de la Cour permanente de Justice internationale. *Éléments d'interprétation*, 1934, 272ff). Об актуальной дискуссии см.: *Koskenniemi*, Hierarchy in International Law: A Scetch, EJIL 8 (1997) 566ff. *Paulus*, Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland, ZaöRV 67 (2007) 695ff; *Zimmermann*, Durchsetzung des Völkerrechts zwischen Fragmentierung, Multilateralisierung und Individualisierung, FS Bothe 2008, 1077ff. Кроме того, следует рассматривать не только конфликты правовых норм, но и устанавливать «трения», возникающие в результате различных оценок и целей разных концепций и «режимов» международного права. «Идеологическая» фрагментация международного права на сегодняшний день представляется более проблематичной, чем нормативно-теоретическая фрагментация.

³⁹⁰ См. ст. 53, 64 Конвенции о ПМД, которые в настоящее время представляют собой международное обычное право.

международных отношений возрастало значение договоров. Так, практическая значимость в настоящее время определяется по предметной сфере регулирования договоров. Независимо от этого, *особое положение договорного права* обосновано тем, что Международный суд должен принимать решения не только на основании права в целом, но и на основании права, действующего между сторонами³⁹¹. В случае коллизии специальное право вытесняет универсальное. Такое *относительное* право закрепляется чаще в договорном, чем в обычном праве. Если стороны передают спор на рассмотрение Международного суда в соответствии со ст. 36 (абз. 1) Статута МС, они могут также определить источник права, лежащий в основе спора, как правило, определенный договор³⁹².

156 Несмотря на большое значение³⁹³ ст. 38 Статута МС, она не может разрешить многочисленные споры догматического характера. Этого и не следовало ожидать. Статья 38 Статута МС вряд ли может составить основу для *доктрины* об источниках права. Поскольку эта статья сама содержится в договоре, т.е. одном из перечисленных в ней же источников права, она не может служить основанием для существования, по крайней мере, этого источника права³⁹⁴. Как было продемонстрировано на примере естественного права как источника права, доктрина об источниках права должна развиваться в зависимости от концепции оснований действия права.

157 Статья 38 Статута МС создает основу для осуществления судопроизводства в Международном суде, поскольку в ней содержатся источники права, которые в основном не являются спорными и могут быть признаны сторонами спора. Эта статья предоставляет сторонам гарантию того, на базе каких источников права МС примет решение. Тот факт, что перечень не совсем закрытый, не следует считать недостатком, если рассматривать его только как инструмент³⁹⁵. Перечисление традиционных и одновременно особенно важных источников в ст. 38 Статута МС создает основания для проверки, не сводится ли предполагаемый «новый» источник к одному из традиционных источников.

158 Возрастающее количество и значение норм, принятых на основании учредительных договоров международных организаций (вторичное договорное право), могло бы послужить основанием для *расширения перечня*

³⁹¹ См.: *Fitzmaurice*, Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law, *Symbolae Verzijl* (FS), 1958, 153 (174).

³⁹² См. решение МС по делу Касикили (*Kasikili*)/Седуду (*Sedudu*) (ICJ Rep 1999, 1045, § 18f).

³⁹³ Ст. 7 (абз. 2) ЕКПЧ.

³⁹⁴ Несмотря на частичные отклонения в толковании понятия, см.: *Ross*, *Lehrbuch des Völkerrechts*, 1951, 81.

³⁹⁵ См.: *Kearny*, *Sources of Law and the International Court of Justice*, в: *Gross* (Hrsg), *The Future of the International Court of Justice*, Bd II, 1976, 610 (696).

ст. 38 Статута МС. Это касается также односторонних правовых актов, гарантирующих защиту доверия. *Кодификация* и развитие всегда означают также систематизацию. Поэтому они предполагают длительный процесс «кристаллизации» того содержания, которое следует кодифицировать, или тестирование на практике тех инструментов, которые следует развивать. Кроме того, кодификация может сдерживать развитие права³⁹⁶. В периоды интенсивного развития определенной сферы представляется целесообразным не кодифицировать правовые нормы в этой сфере, по крайней мере, в правовых актах, закрепляющих *основы* правопорядка в данной сфере.

Все эти аргументы в совокупности являются достаточным основанием для отклонения предложения о расширении перечня источников права в ст. 38 Статута МС. Этот перечень по-прежнему соответствует функциям источников права с точки зрения техники кодификации, содержания и политических целей международного права. Основное положение ст. 38 Статута МС представляется достаточным и необходимым также для решения задачи, поставленной в начале этой главы, а именно описания понятия, истории и источников международного права.

159

³⁹⁶ См.: *Shearer, Starke's International Law*, 11. Aufl 1994, 31.

ВТОРОЙ РАЗДЕЛ

Международное право и внутригосударственное право

Филип Куниг

Оглавление (краткий обзор содержания по абзацам)	Абзацы
I. Введение в основы.	1– 8
II. Конституционно-правовые основы статуса Германии в международном правопорядке	9– 11
1. Признание принципа мирного сосуществования и прав человека	12– 17
2. «Открытость» и «ориентация на международное право».	18– 20
3. Ориентация на интеграцию	21– 27
III. Соотношение международного права с внутригосударственным правопорядком: основные понятия и подходы.	28– 45
1. Теории	28– 36
2. Механизмы	37– 40
3. Действие и применимость	41– 42
4. Международно-правовые последствия неимплементации	43– 45
IV. Международное право и внутригосударственное право Германии	46–174
1. Введение: соотношение международного и внутригосударственного права в соответствии с правопорядками отдельных государств	46– 61
2. Международные договоры	62–134
а) Обзор требований Основного закона	62
б) Федерация и федеральные земли в качестве сторон международных договоров в качестве участников при заключении договоров	67
в) Представительство в международных отношениях: полномочия федерального президента.	76
г) Роль федерального правительства	80
д) Обязательное участие Бундестага и Бундесрата	86
е) Форма федерального закона	104
ж) Статус и действие международных договоров в немецком праве	115

з) Договоры о Европейском союзе и договоры о Европейских сообществах в немецком праве	120
и) Передача суверенных прав в иных случаях	131
3. Международное обычное право	135–162
а) Международное обычное право и «общепризнанные нормы международного права»	137
б) Статус и действие общепризнанных норм обычного международного права в праве ФРГ	148
в) Проверка норм Федеральным конституционным судом	159
4. Общие правовые принципы	163–165
5. Право международных организаций	166–174
 V. Заключение: Международное право как критерий деятельности государственной власти в Германии	 175–187
1. Законодательная власть	176
2. Правительство и административные органы	177–184
3. Суды	185–187

Литература

- Bleckmann, Albert*, Grundgesetz und Völkerrecht, 1975
- Dahm, Georg/Delbrück, Jost/Wolfrum, Rüdiger*, Völkerrecht, Bd I/1, 2. Aufl 1989 (2. Kap)
- Doehring, Karl*, Völkerrecht, 2. Aufl 2004 (§ 13)
- Fastenrath, Ulrich*, Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt, 1986
- Geiger, Rudolf*, Grundgesetz und Völkerrecht, 4. Aufl 2009
- Geiger, Rudolf (Hrsg), Völkerrechtlicher Vertrag und staatliches Recht vor dem Hintergrund zunehmender Verdichtung der internationalen Beziehungen, 2000
- Hailbronner, Kay/Wolfrum, Rüdiger/Wildhaber, Luzius/Öhlinger, Theo*, Kontrolle der Auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56 (1997)
- Hobe, Stefan*, Einführung in das Völkerrecht, 9. Aufl 2008 (6. Kap)
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts, Bd VII, 3. Aufl 2007 [HdbStR VII]
- Rudolf, Walter*, Völkerrecht und deutsches Recht, 1967
- Seidel, Gerd*, Verhältnis von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht, 1985
- Schweisfurth, Theodor*, Völkerrecht, 2006 (5. Kap)
- Schweitzer, Michael*, Staatsrecht III. Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht, 10. Aufl 2010

Договоры

- Пересмотренная конвенция о судоходстве по Рейну (Маннгеймский акт) от 17.10.1868 в ред. от 11.3.1969 (BGBl 1969 II, 597), последние изменения в дополнительных протоколах № 2 и 3 от 17.10.1979 (BGBl 1980 II, 870, 875) [Маннгеймский акт] 132
- Устав ООН от 26.6.1945 (BGBl 1973 II, 431), последние изменения от 28.8.1980 (BGBl 1980 II, 1252) [Устав ООН] 12, 58, 85, 89, 103, 134, 171
- Статут Международного Суда ООН от 26.6.1945 (BGBl 1973 II, 505) [Статут МС] 60, 61, 66, 139, 163
- Устав Совета Европы от 5.5.1949 (BGBl 1950 II, 263), последние изменения от 18.1.2008 (BGBl 2008 II, 129) 23
- Соглашение между верховными комиссарами западных союзнических держав и высокими представителями государств-союзников по антигитлеровской коалиции и Федеральным канцлером ФРГ от 22.11.1949 (BVerfGE 1, 351) [Петерсбергское соглашение] 98
- Соглашение между ФРГ и Францией об экономическом сотрудничестве от 10.2.1950 (BAntz v 14.2.1950, Nr 31) 98
- Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4.11.1950 (BGBl 1952 II, 685, 953), новая редакция с протоколом № 11 (BGBl 2002 II, 1054), последние изменения от 22.10.2010 (BGBl 2010 II, 1198) [ЕКПЧ] 119, 186
- Договор об учреждении Европейского объединения угля и стали от 18.4.1951 (BGBl 1952 II, 447) в редакции от 7.2.1992 (BGBl 1992 II, 1053/1282), последние изменения от 26.2.2001 (BGBl 2001 II, 1667) [Договор ЕОУС] 124
- Договор между землей Баден и Автономным портом Страсбурга от 19.10.1951 (BVerfGE 2, 358) [Кельский портовый договор] 98
- Договор об образовании Европейского экономического сообщества от 25.3.1957 (BGBl 1957 II, 766), с момента вступления в силу Лиссабонского договора от 13.12.2007 (BGBl 2008 II, 1038) действует как Договор о функционировании Европейского союза (консолидированная редакция: ABl EU 2010, Nr C 83/47), последнее изменение на основании новой редакции Договора о вступлении в Европейский союз 2013 г. (ABl 2012 Nr L 112, 21) [ДФЕС] 120, 129, 130, 173, 174
- Конвенция об установлении контроля по соблюдению режима безопасности в области ядерной энергии от 20.12.1957 (BGBl 1959 II, 586) 132
- Гаагская конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам от 15.11.1965 (BGBl 1977 II, 1452), последнее изменение от 6.2.2008 (BGBl 2008 II 166) 119
- Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации от 7.3.1966 (BGBl 1969 II, 961) 184
- Венская конвенция о праве международных договоров от 23.5.1969 (BGBl 1985 II, 927) [КМПД] 63, 78, 86, 87, 109, 119, 130, 139, 157

- Договор между Федеративной Республикой Германия и Союзом Советских Социалистических Республик от 12.8.1970 (BGBl 1972 I, 354) [Московский договор 1970 г.] 95
- Договор о выдаче между Социалистической Федеративной Республикой Югославия и Федеративной Республикой Германия от 26.11.1970 (BGBl 1974 II, 1257) 117
- Договор между Федеративной Республикой Германия и Народной Республикой Польша об основах нормализации взаимных отношений от 7.12.1970 (BGBl 1972 II, 362) 95
- Соглашение между Правительствами Федеративной Республики Германия и Германской Социалистической Республики о транзите гражданских лиц и товаров между Федеративной Республикой Германия и Западным Берлином от 17.12.1971 (Beilage BAnz Nr 174 v 15.9.1972, 7) [Транзитное соглашение] 113
- Единый европейский акт от 28.2.1986 (BGBl 1986 II, 1102) 125
- Конвенция о правах ребенка от 20.11.1989 (BGBl 1992 II, 122) 184
- Конвенция о применении Шенгенского соглашения от 14.6.1985 между Правительствами государств экономического союза Бенилюкс, ФРГ и Французской Республикой о постепенной отмене проверок на общих границах от 19.6.1990 (BGBl 1993 II, 1010), последнее изменение на основании Постановления ЕС 265/2010 (ABl EU 2010, Nr L 85/1) от 25.3.2010 [Шенгенское соглашение II] 134
- Соглашение о сотрудничестве в области культуры между Федеративной Республикой Германия и Вьетнамом от 6.3.1991 (BGBl 1991 II, 1050) 68
- Договор об образовании Европейского экономического сообщества от 25.3.1957 в редакции от 7.2.1992 (BGBl 1992 II, 1253/1256), (BGBl 2003 II, 1410) в редакции Лиссабонского договора от 13.12.2007 (BGBl 2008 II, 1038) (консолидированная редакция: ABl EU 2010, Nr C 83/13) [Договор о ЕС] 24, 99, 120, 125, 129
- Соглашение по торговым аспектам прав на интеллектуальную собственность от 15.4.1994 (BGBl 1994 II, 1565 bzw 1730) [ТРИПС] 120
- Договор, устанавливающий Конституцию для Европы, от 29.10.2004 (ABl EU 2004, Nr C 310/1) 27, 120

Судебная практика

Немецкие суды

- Имперский верховный суд, решение от 2.6.1881, RGSt 4, 271 [*государственный договор между Великим герцогством Баден и Соединенными Штатами Америки*] 54
- Имперский верховный суд, решение от 26.10.1914, RGZ 85, 374 [*право на установление приоритетов*] 54

- Имперский верховный суд, решение от 9.2.1931, JW 1932, 582 [*соглашение о применимом праве в отношении увеличения стоимости требований, обеспеченных ипотекой между Германией и Польшей*] 117
- Федеральный конституционный суд, решение от 29.7.1952, BVerfGE 1, 351 [*Петерсбергское соглашение*] 67, 92, 117
- Федеральный конституционный суд, решение от 29.7.1952, BVerfGE 1, 372 [*соглашение об экономическом сотрудничестве между ФРГ и Францией*] 80, 95, 98, 102
- Федеральный конституционный суд, решение от 30.7.1952, BVerfGE 1, 396 [*Европейское оборонительное сообщество*] 116
- Федеральный конституционный суд, решение от 30.6.1953, BVerfGE 2, 347 [*Кельский портовый договор*] 67, 98
- Федеральный конституционный суд, решение от 4.5.1955, BVerfGE 4, 157 [*Саарский статут*] 119
- Федеральный конституционный суд, решение от 17.8.1956, BVerfGE 5, 85 [*запрет Коммунистической партии Германии*] 14
- Федеральный конституционный суд, решение от 26.3.1957, BVerfGE 6, 309 [*конкордат*] 67
- Федеральный конституционный суд, постановление от 30.10.1962, BVerfGE 15, 25 [*военная миссия в Югославии*] 155, 152, 160
- Федеральный конституционный суд, постановление от 30.4.1963, BVerfGE 16, 27 [*иранское посольство*] 161
- Федеральный конституционный суд, постановление от 7.4.1965, BVerfGE 18, 441 [*применение сборов на прибыль от ипотеки к иностранным гражданам I*] 135, 138
- Федеральный конституционный суд, постановление от 14.5.1968, BVerfGE 23, 288 [*применение сборов на прибыль от ипотеки к иностранным гражданам I*] 162, 160
- Федеральный административный суд, решение от 12.6.1970, BVerwGE 35, 262 [*Лондонское соглашение о реструктуризации долгов*] 116
- Федеральный конституционный суд, постановление от 9.12.1970, BVerfGE 29, 348 [*немецко-голландское мировое соглашение*] 116
- Федеральный административный суд, решение от 22.1.1971, BVerwGE 37, 116 [*запрет на парковку*] 152
- Федеральный конституционный суд, постановление от 4.5.1971, BVerfGE 31, 58 [*заклучение второго брака в Испании*] 19
- Федеральный конституционный суд, постановление от 9.6.1971, BVerfGE 31, 145 [*Люттике (Lütticke)*] 158
- Федеральный верховный суд, решение от 22.6.1972, BGHZ 59, 82 [*скульптуры из бронзы*] 184, 185
- Федеральный конституционный суд, решение от 31.7.1973, BVerfGE 36, 1 [*Договор об основах отношений между ГДР и ФРГ*] 14

- Федеральный конституционный суд, постановление от 29.5.1974, BVerfGE 37, 271 [*решение «Пока не»- I*] 133
- Федеральный конституционный суд, постановление от 25.6.1974, BVerfGE 37, 363 [*Четвертый закон о внесении изменений в Закон о пенсионном страховании*] 91
- Федеральный конституционный суд, постановление от 7.7.1975, BVerfGE 40, 141 [*договоры со странами Восточного блока*] 95
- Федеральный конституционный суд, постановление от 13.12.1977, BVerfGE 46, 342 [*банковский счет посольства Филиппин*] 135, 150, 152
- Федеральный конституционный суд, решение от 18.12.1984, BVerfGE 68, 1 [*Першинг*] 78, 80, 133, 135
- Федеральный налоговый суд, решение от 25.4.1985, BFHE 143, 383 [*Клоппенбург II*] 174
- Федеральный конституционный суд, постановление от 26.3.1987, BVerfGE 74, 358 [*частное обвинение*] 119, 186
- Федеральный конституционный суд, постановление от 31.3.1987, BVerfGE 75, 1 [*ne bis in idem*] 159, 161
- Федеральный конституционный суд, постановление от 8.4.1987, BVerfGE 75, 223 [*Клоппенбург*] 174
- Федеральный конституционный суд, постановление от 29.10.1987, BVerfGE 77, 170 [*химическое оружие*] 135
- Федеральный верховный суд, решение от 3.11.1987, BGHZ 102, 118 [*водосточный желоб (valley gutter)*] 134
- Административный суд Франкфурт, постановление от 19.7.1988, NJW 1988, 3032 [*посреднические услуги при усыновлении*] 184
- Федеральный социальный суд, решение от 26.10.1989, BSGE 66, 28 [*соглашение о социальном страховании между ФРГ и Израилем*] 119
- Федеральный административный суд, решение от 16.10.1990, BVerwGE 87, 11 [*выдача заграничных паспортов лицам без гражданства*] 116
- Федеральный административный суд, решение от 4.6.1991, BVerwGE 88, 254 [*непосредственное требование на основании Женевской конвенции о статусе беженцев*] 41, 119
- Федеральный конституционный суд, постановление от 21.2.1992, DtZ 1992, 216 [*Штоф (Stoph)*] 119
- Административный суд Франкфурта, постановление от 22.2.1993, NJW 1993, 2067 [*исключение массовых печатных изделий из рассылки по почте*] 184
- Федеральный административный суд, решение от 23.2.1993, NVwZ 1993, 782 [*предоставление гражданства лицам без гражданства*] 116
- Федеральный административный суд, решение от 8.4.1993, BVerfGE 88, 173 [*AWACS*] 81
- Федеральный конституционный суд, решение от 23.6.1993, BVerfGE 89, 38 [*миротворческая операция ООН в Сомали (UNOSOM II)*] 81

- Федеральный конституционный суд, решение от 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 [*Маастрихтский договор*] 26, 85, 129, 173
- Административный суд Франкфурт, решение от 24.11.1993, NVwZ 1994, 1137 [*Семейные связи как основание для отказа от депортации*] 184, 186
- Высший земельный суд Дюссельдорф, постановление от 9.12.1993, NJW 1994, 1486 [*Договор о выдаче между ФРГ и Югославией*] 117, 135
- Высший земельный суд Саарлуи, постановление от 25.3.1994, NVwZ 1995, 97 [*Велзен*] 1
- Федеральный конституционный суд, решение от 12.7.1994, BVerfGE 90, 286 [*Участие Бундесвера в военных действиях за рубежом*] 81, 91, 93, 95, 116
- Федеральный конституционный суд, постановление от 19.10.1994, NJW 1995, 651 [*Негласный штатный сотрудник*] 135
- Федеральный конституционный суд, постановление от 7.12.1994, BVerfGE 91, 335 [*Возмещение ущерба в гражданском праве как штрафная санкция (punitive damages)*] 119
- Федеральный конституционный суд, постановление от 15.5.1995, BVerfGE 92, 277 [*Шпионаж со стороны ГДР*] 154
- Федеральный конституционный суд, постановление от 31.5.1995, NJW 1995, 2216 [*Распределение мест в Европейском парламенте*] 26
- Федеральный верховный суд, решение от 14.11.1996, BGHZ 134, 67 [*Соглашение между ГДР и Швецией о компенсации за лишение собственности государством*] 119
- Федеральный административный суд, решение от 15.4.1997, BVerwGE 104, 265 [*Правовая защита от депортации на основании ЕКПЧ*] 119, 186
- Федеральный конституционный суд, постановление от 10.6.1997, BVerfGE 96, 68 [*Иммунитет послов*] 163
- Федеральный конституционный суд, постановление от 18.6.1997, NJW 1997, 3013 [*Правовая защита при принудительном исполнении за границей*] 1
- Высший земельный суд Баварии, постановление от 10.11.1997, RIW 1998, 322 [*Эмбарго*] 169
- Административный суд Штуттгарта, постановление от 28.11.1997, NVwZ Beilage 4/1998, 36 [*Обязательное применение Дэйтонского соглашения*] 184
- Федеральный конституционный суд, постановление от 31.3.1998, BVerfGE 97, 350 [*Валютный союз*] 26
- Федеральный административный суд, постановление от 4.6.1998, NJW 1999, 1649 [*Возобновление производства в связи с решением ЕСПЧ*] 186
- Федеральный конституционный суд, постановление от 29.10.1998, BVerfGE 99, 145 [*Похищение ребенка*] 119
- Федеральный конституционный суд, постановление от 2.2.1999, BVerfGE 100, 209 [*Совместимость ядерного оружия с международным обычным правом*] 161

- Федеральный конституционный суд, постановление от 25.3.1999, NJW 1999, 2030 [*участие в вооруженном конфликте в Косово*] 81
- Федеральный конституционный суд, решение от 14.7.1999, BVerfGE 100, 313 [*прослушивание телефонных разговоров*] 1
- Федеральный административный суд, решение от 16.12.1999, BVerwGE 110, 203 [*ЕКПЧ и контроль соответствия правовых актов нормам, находящимся на более высокой ступени иерархии, административными судами*] 186
- Федеральный конституционный суд, постановление от 7.6.2000, BVerfGE 102, 147 [*рынок бананов*] 129
- Федеральный конституционный суд, решение от 22.11.2001, BVerfGE 104, 151 [*стратегическая концепция НАТО*] 83
- Федеральный конституционный суд, постановление от 13.2.2003, DVBl 2003, 661 [*государственный долговой кризис в Аргентине*] 162
- Федеральный конституционный суд, постановление от 25.3.2003, BVerfGE 108, 34 [*AWACS – война в Ираке*] 81
- Федеральный конституционный суд, постановление от 5.11.2003, BVerfGE 109, 13 [*выдача США в связи с подозрением в оказании поддержки Аль-Каиде*] 159
- Федеральный конституционный суд, постановление от 14.10.2004, BVerfGE 111, 307 [*Гергюлю (Görgülü)*] 186
- Федеральный конституционный суд, постановление от 26.10.2004, BVerfGE 112, 1 [*лишение собственности в восточной Германии*] 158
- Высший земельный суд земли Берлин, решение от 29.10.2004, NJW 2005, 605 [*публикация фотографий спутницы личности, степень известности которой имеет историческое значение*] 186
- Федеральный административный суд, решение от 21.6.2005, BVerwGE 127, 302 [*свобода совести – солдаты*] 12
- Федеральный конституционный суд, решение от 6.7.2005, BVerfGE 113, 154 [*выдача при наличии угрозы пожизненного лишения свободы*] 1
- Федеральный конституционный суд, решение от 18.7.2005, BVerfGE 113, 273 [*европейский ордер на арест*] 1
- Федеральный конституционный суд, постановление от 19.9.2006, NJW 2007, 499 [*Конвенция о консульских сношениях*] 186
- Федеральный конституционный суд, постановление от 6.12.2006, BVerfGE 117, 141 [*аргентинские государственные облигации/иммунитет*] 161
- Федеральный конституционный суд, постановление от 12.3.2007, BVerfGE 117, 359 [*использование самолетов Торнадо в вооруженных конфликтах за границей*] 82
- Федеральный конституционный суд, постановление от 8.5.2007, BVerfGE 118, 124 [*аргентинские государственные облигации/чрезвычайное положение*] 144

- Федеральный конституционный суд, решение от 3.7.2007, BVerfGE 118, 244 [*использование самолетов Торнадо в вооруженных конфликтах за границей*] 116
- Федеральный административный суд, решение от 29.4.2009, BVerwGE 134, 1 [*повышение платы за учебу в вузах в федеральной земле Северной Рейн-Вестфалия*] 116
- Федеральный конституционный суд, решение от 7.5.2008, BVerfGE 121, 135 [*AWACS – Турция*] 81
- Федеральный конституционный суд, решение от 30.6.2009, NJW 2009, 2267 [*Лиссабон*] 26, 75, 186
- Федеральный конституционный суд, постановление от 13.10.2009, NVwZ-RR 2010, 41 [*НАТО–Косово*] 81, 82
- Федеральный конституционный суд, постановление от 6.7.2010, BVerfGE 186, 226 [*Хонивелл (Honeywell)*] 74
- Федеральный конституционный суд, постановление от 8.12.2010, EuGRZ 2011, 90 [*содержание под стражей в связи с предстоящей выдачей*] 1
- Федеральный административный суд, постановление от 13.12.2010, NVwZ 2011, 752 [*ст. 31 Основного закона*] 69
- Федеральный конституционный суд, решение от 4.5.2011, BVerfGE 128, 326 [*превентивное заключение*] 116, 186
- Федеральный конституционный суд, решение от 19.6.2012, EWS 2012, 276 [*Европейский стабилизационный механизм / Пакт «Евро плюс»*] 39

Суд Европейского союза

- Решение от 20.3.1959, EuGHE 1958/59, 89 [*Нолд (Nold)*] 173
- Решение от 15.7.1964, EuGHE 1964, 1251 [*Коста (Costa)/ENEL*] 122
- Решение от 17.12.1970, EuGHE 1970, 1213 [*Spa SACE*] 174
- Решение от 12.12.1972, EuGHE 1972, 1219 [*International Fruit Company*] 130
- Решение от 19.1.1982, EuGHE 1982, 53 [*Бекер (Becker)*] 174
- Решение от 14.7.1994, EuGHE 1994 I, 3325 [*Faccini Dori*] 174
- Решение от 16.6.1998, EuGHE 1998 I, 3603 [*Эрмес (Hermès)*] 130
- Решение от 23.11.1999, EuGHE 1999 I, 8395 [*Португалия*] 130
- Решение от 14.12.2000, EuGHE 2000 I, 11307 [*Кристиан Диор (Christian Dior)*] 130
- Решение от 16.6.2005, EuGHE 2005 I, 5285 [*Путино (Pupino)*] 173
- Решение от 22.11.2005, EuGHE 2005 I, 9981 [*Мангольд (Mangold)*] 186
- Решение от 3.9.2008, EuGRZ 2008, 480 [*Кади (Kadi)*] 186
- Решение от 21.12.2011, EuGRZ 2012, 17 [*РМОИ*] 186

Европейский суд по правам человека

- Решение от 30.6.2005, жалоба № 45036/98, EuGRZ 2007, 662 [*Босфорские авиалинии (Bosphorus Airways) против Ирландии*] 186

Решение от 12.1.2006, жалоба № № 26111/02, EuGRZ 2006, 129 [*Мицци (Mizzi) против Мальты*] 186

Решение от 8.6.2006, жалоба № 75529/01, NJW 2006, 2389 [*Сюрмели (Sürmeli) против Германии*] 186

Решение от 31.5.2007, жалобы № 71412/01 и 781566/01, EuGRZ 2007, 522 [*Бехрами (Behrami) и Сарамати (Saramati) против Франции и др.*] 186

Международный уголовный суд

МУС (Судебная палата I), решение от 14.3.2012, ICC-01/04-01/06-2842, на сайте МУС <http://www.icc-cpi.int> в меню под рубрикой «Situations and Cases» [*Лубанга (Lubanga)*] 61

Французские суды

Государственный совет, решение от 20.10.1989, № 108243, EuGRZ 1990, 99 [*Николо (Nicolo)*] 51

Государственный совет, решение от 24.9.1990, № 58657, DVBl 1991, 324 [*приоритет вторичного права ЕС*] 173

Швейцарские суды

Федеральный суд, Лозанна, решение от 22.12.1997, EuGRZ 1998, 675 [*Конвенция о правах ребенка*] 101

I. Введение в основы

- 1 Настоящий раздел посвящен исследованию вопроса о *соотношении международного и внутригосударственного права*, т.е. о соотношении международного права и национальных правопорядков. Под внутригосударственным правом подразумеваются правовые положения, которые государства принимают самостоятельно, не взаимодействуя с другими независимыми государствами или другими субъектами международного права. Части национального законодательства могут быть инициированы в связи с нормами международного права или их принятие может быть желательным с точки зрения международного права. Тем не менее, они остаются (по меньшей мере, одновременно) «национальным» правом. Часть таких положений, а именно так называемое коллизионное право, называют «международным» (например, «международное частное право»), однако, исходя из его природы, следует относить его к национальному праву, несмотря на некорректное название¹. При этом «международными» — упрощенно: в силу применимости к отношениям с иностранным элементом — уже давно являются не только положения гражданского и уголовного права, но и отдельные части административного права (с учетом, например, права охраны окружающей среды)². Основные конституционные права и свободы, т.е. конституционно-правовые нормы, могут также влиять на правовую оценку правоотношений с иностранным элементом³. Несмотря на то, что

¹ К вопросу о разграничении см. Раздел 1. *Граф Витцтум*, абз. 4 и след., 33 и след.; подробнее см.: *Neuhaus*, Der Beitrag des Völkerrechts zum Internationalen Privatrecht, GYIL 21 (1978) 60ff.

² См. пример из судебной практики в отношении оценки допустимости строительства технической установки, которая может оказывать влияние на окружающую среду сопредельных государств — OVG Saarlouis, NVwZ 1995, 97; см. также *Brandt*, Grenzüberschreitender Nachbarschutz im deutschen Umweltrecht, DVBl 1995, 779ff. К вопросу о международно-правовой классификации см.: *Kunig*, Nachbarrechtliche Staatenverpflichtungen bei Gefährdungen und Schädigungen der Umwelt, BerDGVR 32 (1992) 9, 35ff; *Rest*, International Environmental Law in German Courts, EPL 27 (1997) 409ff; *Epiney*, Nachbarrechtliche Pflichten im internationalen Wasserrecht und Implikationen von Drittstaaten, AVR 39 (2001) 1ff.

³ Ранние теоретические разработки можно найти у *Bernstein*, Ein Kollisionsrecht für die Verfassung, NJW 1965, 2273ff, которые содержат понятие «конституционное коллизионное право», демонстрирующее близость догматики к международному частному праву. Далее см., например: *Kronke*, Rechtsatsachen, kollisionsrechtliche Methodenentfaltung und Arbeitnehmerschutz im internationalen Arbeitsrecht, 1980, 228ff, и к вопросу о связи догматики с конституционными правами и свободами *Schröder*, Zur Wirkkraft der Grundrechte bei Sachverhalten mit grenzüberschreitenden Elementen, FS Schlochauer, 1981, 137ff; *Oppermann*, Transnationale Ausstrahlungen deutscher Grundrechte?, FS Grewe, 1981, 521ff; далее см.: *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg), Grundgesetzkommentar, Bd I, 6. Aufl 2012, Art 1 Rn 52ff; из судебной практики см. решение Федерального конституционного суда ФРГ: BVerfGE 100, 313, 362f.

адресатами конституционных норм об основных правах и свободах являются указанные в Основном законе, т.е. национальные внутригосударственные органы, это не означает, что эти нормы не имеют значения в связи с правовыми актами, принимаемыми государственными органами иностранных государств: правовая оценка внутригосударственного акта с точки зрения конституционных прав может зависеть от содержания правовых актов иностранных государственных органов. Этот тезис можно наглядно продемонстрировать на примере запрета на выдачу преступника, которому грозит смертная казнь⁴.

Для отграничения международного и внутригосударственного права *решающим* является вопрос о том, *кто создает правовые нормы*. Внутригосударственное право государство создает *самостоятельно*. Международное право, будучи истинно «интернациональным», создается субъектами международного права исторически и по сей день, как правило, на основании *межгосударственного взаимодействия*, т.е. совместно, или на основании одностороннего решения, принятого на основании полномочий, которые были переданы в результате предшествовавшего взаимодействия. Только некоторые международные организации из числа всех субъектов международного права уполномочены создавать нормы международного права посредством одностороннего акта. Хотя односторонние действия государств (или других субъектов международного права) оцениваются с точки зрения норм международного права и могут способствовать созданию норм международного права, их изменению или отмене, такие односторонние действия сами по себе не приводят к созданию норм международного права.

Согласно определениям общепринятой терминологии, право может обозначаться как государственное или национальное (или внутригосударственное, внутреннее), даже если право создано не «нациями». Нации могут

⁴ *Kunig*, in: v. Münch/Kunig (сноска 3), Bd III, 6. Aufl 2012, Art 102 Rn 13ff. mwN; противоположная точка зрения см.: *Vögler*, Auslieferung bei drohender Todesstrafe und Europäische Menschenrechtskonvention, GS K. Meyer, 1990, 477ff; в целом см.: *Häde*, Die Auslieferung — Rechtsinstitut zwischen Völkerrecht und Grundrechten, Der Staat 36 (1997) 1ff; к вопросу о нарушении конституционных прав и свобод см.: *Heintzen*, Das grundrechtliche Eingriffskriterium bei Sachverhalten mit Auslandsberührung, DVBl 1988, 621ff. Из судебной практики см., например, решение Федерального конституционного суда ФРГ: BVerfG, NJW 1997, 3013ff; к вопросу об угрозе пожизненного заключения при отсутствии возможности условно-досрочного освобождения см. решение Федерального конституционного суда ФРГ: BVerfGE 113, 154; к вопросу о нарушении ст. 2 (абз. 2 предл. 2) в сочетании со ст. 104 (абз. 1, 2, 3) ОЗ ФРГ вследствие недостаточно полной проверки оснований для отказа в выдаче в связи с угрозой преследования по политическим мотивам см. BVerfG, EuGRZ 2011, 90. См. в этой связи также ст. 16 (абз. 2 предл. 3) ОЗ, а также решение Федерального конституционного суда ФРГ о европейском ордере на арест: BVerfGE 113, 273; к этому вопросу см., например: *Tomuschat*, Ungereimtes — Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 über den Europäischen Haftbefehl, EuGRZ 2005, 453ff.

существовать в рамках государств как национальных, так и многонациональных, а также могут распределяться между несколькими государствами. Несмотря на это, как народы они рассматриваются также в качестве субъектов международного права, если они обладают правом на самоопределение, которое может быть направлено на образование собственного государства, а в рамках многонационального государства — на защиту их прав как национальных меньшинств. Однако нации как таковые не являются источником законодательства. Напротив, «национальным» можно называть даже право таких государств, в отношении которых может возникнуть сомнение в том, составляют ли жители государства нацию (или «только» население государства). Таким образом, речь идет о праве, созданном отдельным государством, т. е. о «внутригосударственном» праве.

- 4 Таким образом, достаточно легко определить принадлежность той или иной правовой нормы к международному или внутригосударственному праву. Принадлежность зависит от того, кто придал данной норме законную юридическую силу. Положения международного и внутригосударственного права могут иметь один предмет регулирования, причем регулирование может быть как сходным, так и различным как на уровне диспозиции, так и на уровне правовых последствий. Поскольку международное право адресовано государствам в качестве субъектов международного права и затрагивает, по крайней мере, потенциально любые их действия, в частности, их законодательскую деятельность, *необходимо раскрыть соотношение внутригосударственного права с международным правом*. Определить данное соотношение с догматической точки зрения гораздо сложнее, чем отграничить нормы международного от норм внутригосударственного права. От него, в существенной степени, зависит значение и место международного права как правопорядка. Это является очевидным, например, в рамках международно-правовой защиты прав человека, последствия которой реализуются не только на внутригосударственном уровне, но и в рамках разделов международного права, регулирующих взаимоотношения государств, как, например, посольское право (которое содержит, в частности, правила поведения и правовой защиты отдельных должностных лиц, на которые внутригосударственное право обязано реагировать). Именно в силу структурных особенностей международного правопорядка, в котором по-прежнему отсутствуют не зависящие от правовых субъектов механизмы его реализации, международное право приобретает свойства правопорядка также за счет того, что внутригосударственное право обеспечивает его применение.

- 5 Вследствие этого возникает *взаимовлияние между внутригосударственным и международным правом*. На современном этапе развития такое взаимовлияние распространилось на большинство разделов права, причем наиболее интенсивно и на наиболее раннем этапе взаимовлияние проявилось

в экономическом праве⁵, а европейский интеграционный процесс, имеющий международно-правовую основу, привел даже к (регионально ограниченной) интернационализации («европеизации») правопорядков государств-членов ЕС. Поскольку в международном праве, исходя из цели гарантирования прав и свобод человека на внутригосударственном уровне, укоренилось представление о развитии этой цели в направлении оказания более комплексного влияния на внутригосударственный порядок (например, требования к степени развития демократии, дальнейшее укрепление механизмов международной защиты прав человека), международное право также может оказывать влияние на внутригосударственное конституционное право⁶.

Можно утверждать, что международное право и внутригосударственный правопорядок образуют различные *правовые системы* и что международно-правовая и внутригосударственная системы «пересекаются». Однако эти образные выражения не исчерпывают суть явления. Очевидно, международное право и внутригосударственное право не являются независимыми друг от друга и не могут быть независимыми. Однозначным является также и то, что внутригосударственное право и международное право могут противоречить друг другу. Государство как субъект международного права связано его нормами, вследствие чего внутригосударственное нормотворчество может быть ограничено международным правом. Обратная связь заключается в том, что нормотворческий процесс в международном праве имеет значение для внутригосударственного права, если соответствующее государство участвует в этом процессе. В таком случае внутригосударственное право регулирует распределение полномочий, например, в отношении заключения международных договоров. Кроме того, с практической и теоретической точки зрения однозначно, что действие норм международного права может распространяться на отдельные субъекты внутригосударственного права,

⁵ К вопросу о систематизации «экономического права» в данном контексте см.: *Mestmäcker*, *Wirtschaftsrecht*, *RabelsZ* 54 (1990) 409ff; к вопросу о преобразовании системы международной торговли см.: *Petersmann*, *The Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization*, *EJIL* 6 (1995) 161ff; попытка всеобъемлющей оценки общего положения, возникшего в результате создания европейских и универсальных институциональных структур, предпринята *Langer*, *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung*, 1995. Далее см.: *Jackson*, *Changing Fundamentals of International Law and International Economic Law in the Face of Current Economic and Geo-Political Challenges*, *AVR* 41 (2003) 435ff; *Herrmann/Weiß/Ohler*, *Welthandelsrecht*, 2. Aufl 2007.

⁶ К этому вопросу в целом см.: *Uerpmann*, *Internationales Verfassungsrecht*, *JZ* 2001, 565ff; *Kunig*, *Das Völkerrecht als Recht der Weltbevölkerung*, *AVR* 41 (2003) 327ff; *Bryde*, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts*, *Der Staat* 42 (2003) 61ff.; *Peters*, *The Globalization of State Constitutions*, in *Nijman/Nollkaemper* (Hrsg), *New Perspectives on the Divide Between National and International Law*, 2007, 251ff; *Dursun*, *Konstitutionalisierung der Rechtsordnung Globaler Konstitutionalismus*, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 43 (2011), 75.

как правило, только опосредованно через внутригосударственное право и в рамках, установленных внутригосударственным правом.

7 Поэтому невозможно рассматривать соотношение международного и внутригосударственного права, не рассматривая регулирования соотношения с международным правом в *конкретном* внутригосударственном правовом порядке. При этом не исключается возможность того, что могут быть установлены общие принципы для разных национальных правовых порядков и (теоретически) требования международного права в отношении определенного оформления данного соотношения во внутригосударственном праве. Право международных договоров не дает исчерпывающего ответа на вопрос о том, в каком принципиальном соотношении должны находиться внутригосударственные правовые нормы с соответствующими нормами международного права. Ответ на этот вопрос может следовать только из международного обычного права, т. е. из практики государств, сформировавшейся в силу правового убеждения, развитию которой также способствует конституционно-правовое законодательство. Этот факт также позволяет *рассматривать отдельные правовые порядки дифференцированно*.

8 Настоящее учебное пособие, дающее наглядное представление об универсальном международном праве и адресованное, прежде всего, на немецкому читателю, ставит перед собой цель дать (поверхностный) обзор принципов соотношения международного и внутригосударственного права в праве некоторых государств помимо ФРГ, а затем предоставить подробный анализ соотношения международного права и права ФРГ (см. абз. 46 и след.). Анализ права ФРГ подразделяется в соответствии с отдельными источниками международного права и другими актами международного происхождения, которые могут иметь значение для немецкого права. Международное право, таким образом, будет проанализировано с точки зрения внутригосударственного права и в результате будет рассмотрено на предмет того, насколько оно может служить критерием для действий трех ветвей государственной власти (см. абз. 175 и след.). Эти разделы предваряются изложением теоретического спора по проблеме «Международное и внутригосударственное право». После этого даются разъяснения некоторых понятий, являющихся основополагающими для определения соотношения международного и внутригосударственного права, и затем кратко излагаются международно-правовые последствия неполной или неадекватной трансформации международного права во внутригосударственное право (см. абз. 28 и след.). Последствия нарушений международного права более подробно рассматриваются в разделе 7 данного учебного пособия. В начале настоящего раздела представлены положения конституционного права, определяющие статус ФРГ в международном праве и внешней политике (абз. 9 и след.). Таким образом, устанавливаются правовые рамки для рассмотрения последующих аспектов. Вопрос о соотношении международного

права и внутригосударственного права является не только вопросом технической координации. Основной закон определяет также аспекты материального права.

II. Конституционно-правовые основы статуса Германии в международном правопорядке

В международном праве государства являются, прежде всего, суверенными. Их суверенитет, в принципе, ограждает национальный правопорядок от действия других правопорядков, включая нормы международного права. Таким образом, государства изначально самостоятельно определяют, подчиняются ли они нормам международного права, в какой мере и каким образом. Данное соотношение регулируется нормами, которые относятся к *праву государственного устройства*. Такие нормы определяют значение правовых норм, не входящих во внутригосударственную правовую систему, для внутригосударственного правопорядка, согласование деятельности внутригосударственных органов при применении вышеуказанных правовых норм, а также полномочия для реализации государственных функций в области внешней политики, поскольку международные отношения не ограничиваются реакцией на международное право и его имплементацию и участием в его создании и развитии. 9

Основной закон не только определяет организационные рамки для решения проблем, которые связаны с тем, что Германия является одним из многих суверенных государств. Он *определяет место ФРГ в международном сообществе и устанавливает рамки для его деятельности в области внешней политики*. Основной закон включает в себя признание принципа мирного сосуществования (абз. 12 и след.), позиционирует ФРГ, как часто отмечается, как «открытое» государство, «ориентированное на международное право» (абз. 18 и след.) и, в результате развития и конкретизации вышеуказанных принципов, открытое для (европейской) интеграции (абз. 21 и след.). Как по существу с самого начала показали попытки отграничения системы оговорок от запрета на вмешательство и интервенцию, «внутренние» и «внешние» дела нельзя однозначно разграничить⁷. Поэтому программные установки, «связанные с внешними делами», также имеют значение для «внутригосударственного» права. 10

Такое регулирование объяснимо с исторической точки зрения. Конституционное законодательство, ориентированное на решение проблем будущего, дает также ответы на вопросы прошлого и исторических «обстоятельств» (*Герберт Крюгер*). Политика национал-социализма, основанная на неуважении к международному праву и на одобрении разрушения основ 11

⁷ См.: *Kunig*, Das Nichteinmischungsprinzip. Zur Praxis der Organisation der afrikanischen Einheit (OAU) und des afrikanischen Staatenverkehrs, 1981, 17ff, 240ff.

международного правового сообщества вследствие агрессии и геноцида, после проведения Нюрнбергского и Токийского процессов над военными преступниками стала поводом для новой ответной реакции, которой не знало довоенное международное право⁸. При реорганизации немецкого государства были предприняты попытки принятия соответствующих мер посредством конституционного права. В дальнейшем будет рассматриваться только федеральное конституционное право (Основной закон), также будут упомянуты конституции федеральных земель, в особенности традиционные, но и новые конституции, поскольку они содержат положения о месте в международном сообществе⁹.

1. Признание принципа мирного сосуществования и прав человека

- 12 Наиболее ярким примером вышесказанного является *ст. 26 Основного закона* (ОЗ). Предл. 1 абз. 1 данной статьи объявляет противоречащими Конституции подготовку к ведению агрессивной войны, а также любые действия, «способные нарушить мирное сосуществование народов и предпринимаемые с этой целью». Статья 26 (абз. 1 предл. 2) ОЗ устанавливает уголовную наказуемость таких деяний. Таким образом, ст. 26 (абз. 1) ОЗ отражает международно-правовую запрещающую норму, которая стала основным положением системы ООН задолго до признания Федеративной Республики Германия в 1973 г., а также и Германской Демократической Республики членами этой системы. Статья 2 (абз. 4) Устава ООН запрещает ведение захватнических войн и их подготовку, поскольку последняя понимается как угроза применения военной силы. Это основное определение Устава ООН не обязательно предполагает привлечение к ответственности по внутригосударственному праву¹⁰. В любом случае, эта норма запрещает умышленное нарушение принципа «мирного сосуществования народов» в том смысле, который описан в диспозиции ст. 2 (абз. 4) Устава ООН посредством других понятий. Таким образом, возникает вопрос о границах понятия нарушения принципа мирного сосуществования. Именно предусмотренное в ст. 26 ОЗ требование применения уголовной ответственности (реализованное в § 80 Уголовного уложения ФРГ) в силу систематики и закрепленного в ст. 103 (абз. 2) ОЗ принципа определенности предполагает ограничительное толкование.

⁸ См.: *Grewe*, Rückblick auf Nürnberg, FS Doehring, 1989, 229ff; *K. Ipsen*, Das «Tokyo Trial» im Licht des seinerzeit geltenden Völkerrechts, FS Oehler, 1985, 505ff.

⁹ Ср. ст. 2 (абз. 1) Конституции земли Бранденбург к вопросу о «сотрудничестве с другими народами, в особенности с польскими соседями».

¹⁰ См., например: *Doehring*, in: HdbStR VII, § 178 Rn 35; к вопросу о значении запрета на применение силы см.: *Kunig*, Das völkerrechtliche Gewaltverbot, JURA 1998, 664ff mwN.

Данное положение показывает, что ст. 26 (абз. 1 предл. 1) ОЗ не является чисто декларативным. Типичным примером в данном положении является «агрессивная война»; прочие деяния должны быть сопоставимы с ним по содержанию. Если, например, *военные действия НАТО* в бывшей Югославии в 1999 г. могут считаться соответствующими международному праву, они также соответствовали требованиям Основного закона ФРГ. В любом случае, «намерением», связанным с данной военной операцией, было предотвращение, в свою очередь, несомненно противоправного притеснения и изгнания этнической группы косовских албанцев, т. е. не нарушение принципа мирного сосуществования народов, а пресечение такого нарушения. Участие Бундесвера в войне в Ираке в 2003 г. в той форме, в которой в ней участвовали, в частности, Великобритания, Испания и Польша, противоречило бы конституционному праву ФРГ, а именно ст. 26 (абз. 1) ОЗ¹¹.

В ст. 26 (абз. 2) Основного закона также содержится необычная мера. В этой норме конституционного права предусмотрено требование предварительного получения разрешения, обычно регулируемое административным правом, на изготовление, транспортировку и распространение боевого оружия. Только детали, связанные с получением разрешения, должны регулироваться законом на более низком уровне иерархии норм. Эти задачи выполняет Закон о контроле боевого оружия¹². Однако применение данного закона всегда считалось проблематичным как с точки зрения основополагающей ориентации¹³, так и с точки зрения эффективности исполнения. Из ст. 26 (абз. 2) ОЗ следует, что согласно ст. 26 (абз. 1) ОЗ поставка боевого оружия за границу как таковая не рассматривается как деяние, реализующее признаки состава нарушения принципа «мирного сосуществования». Основной закон (и здесь) демонстрирует не пацифизм, а дифференцированный

13

¹¹ К вопросу о несовместимости военной акции против Ирака с нормами международного права о запрете на применение силы см.: *Bothe, AVR 41 (2003) 255ff; Dörr, Staats- und völkerrechtliche Aspekte des Irak-Krieges 2003, Humanitäres Völkerrecht 2003, 181ff*. См. также решение Федерального административного суда по делу солдата, который в силу своих убеждений отказался исполнять приказ, исполнение которого, по его мнению, явилось бы «неправомерным участием ФРГ в противоправном нападении на Ирак» (BVerwGE 127, 302ff); к этому решению см.: *Kotzur; Gewissensfreiheit contra Gehorsamspflicht oder: der Irak-Krieg auf dem verwaltungsgerichtlichen Prüfstand, JZ 2006, 25ff*.

¹² *KrWaffG idF v 22.11.1990, BGBl I 2506*. Подробнее см.: *Hernekamp, in: v. Münch/Kunig (сноска 3), Bd II, 6. Aufl 2012, Art 26 Rn 31ff; Epping, Grundgesetz und Kriegswaffenkontrolle, 1993*.

¹³ См.: «Принципы политики федерального правительства в сфере экспорта боевого оружия и прочего военного оборудования» от 19.1.2000 г. (<www.bafa.de>), которые основаны на Кодексе поведения Европейского союза в области экспорта вооружений от 8.6.1998 г. и принципах ОБСЕ, регулирующие передачу обычных вооружений от 25.11.1993 г., но содержат более существенные ограничения. Основным критерием для принятия решения о выдаче разрешения является оценка положения с точки зрения прав человека.

подход. Из Основного закона также не следует, что допускаются, например, поставки оружия только жертвам агрессии.

- 14 Свой конституционно-правовой вклад в стабильность и сохранение мира вносит и *преамбула* Основного закона. Формулировка преамбулы в старой редакции — «служить делу мира во всем мире в рамках объединенной Европы» в качестве «равноправного члена» — сохранилась в новой редакции 1990 г., которая была принята в связи с объединением Германии. Рамочные условия на международной арене 1949 г. коренным образом отличались от условий 1990 г., и они продолжают изменяться. Так, выражение «равноправный член» вначале носило характер претензии, требования признания. В словосочетании «объединенная Европа» также нашли свое выражение и политическое намерение, и определение цели, воля к интеграции, изначально выраженная в ст. 24 ОЗ, а с 1992 г. — в более широкой формулировке ст. 23 новой редакции ОЗ. Выражение «служить» обязывало и *обязывает к активному участию в политике мира*¹⁴. В любом случае, данное положение обосновывает необходимость введения определения конституционно-правового понятия мира, в частности, в связи с тем, что норма, предписывающая служить делу мира в качестве члена международного сообщества, как и нормативное содержание преамбулы в целом, представляет собой правовое обязательство¹⁵. Несомненно, что выполнение данного обязательства может только частично контролироваться судами, однако с догматической точки зрения, следует разграничивать правовой характер нормы, вопрос о том, к компетенции какого государственного органа относится конкретизация данной нормы, и вопрос о том, какой государственный орган уполномочен контролировать выполнение данной нормы. С одной стороны, преамбула является политическим сигналом (как в области внутренней, так и внешней политики), а с другой стороны, она содержит руководство к действию, адресованное конституционным органам, и является, кроме того, основой для толкования других положений Основного закона. Ограниченная юридическая сила преамбулы в отношении внешней политики связана с тем, что внешняя политика относится к первичной компетенции правительства, которое, в принципе, обладает свободой действий в данной сфере (см. ниже абз. 80).

- 15 Если рассматривать понятие мира, упомянутое в преамбуле, только в сочетании со ст. 26 (абз. 1) ОЗ, понятие «мира» было бы ограничено отсутствием войны¹⁶. Однако более убедительным является сформулированное вне преамбулы, а именно в ст. 1 (абз. 1) ОЗ, «признание» прав человека, которое рассматривается как «основа всякого человеческого сообщества, мира

¹⁴ Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Bd 1, 6. Aufl 2010, Präambel, Rn 44; см. прим. 3: Kunig, Präambel Rn 28.

¹⁵ См.: BVerfGE 5, 85, 127; E 36, 1, 17 — оба по преамбуле в старой редакции.

¹⁶ Doehring, in: HdbStR VII, § 178 Rn 18.

и справедливости в мире». Выявленная здесь *взаимосвязь между миром* (как состоянием неприменения силы) и *правами человека* (изначально как индивидуальными правами и свободами, но учитывая перспективы развития механизмов защиты прав человека)¹⁷ также положена в основу преамбулы. В сочетании со ст. 1 (абз. 2) ОЗ преамбула содержит целевую установку, обязывающую ФРГ к целенаправленному сотрудничеству с международным сообществом¹⁸. Это не обосновывает международно-правовые притязания других членов международного сообщества. Однако таким образом выражается поддержка в отношении норм международного права, направленных на сохранение мира и защиту прав человека, поскольку для их дальнейшего существования и развития, с нормативной точки зрения, необходимы правовые убеждения субъектов, подчиняющихся данным нормам. Таким образом, конституционное право обосновывает гарантированное *opinio iuris* ФРГ как субъекта международного права по данному вопросу.

Тот факт, что в преамбуле, с одной стороны, речь идет о «Европе», а с другой стороны, о «мире», свидетельствует не об иерархии понятий, а о ссылке на более близкое понятие. Преамбула основана на представлении о том, что, исходя из исторического опыта до середины XX в., вследствие большого потенциала для конфликтов в Европе, предотвращение конфликтов на этом континенте было необходимой предпосылкой для поддержания мира во всем мире. Однако не следует преувеличивать значение ссылки на поддержание мира, прежде всего в Европе, поскольку толкование Основного закона, из которого следовало бы, что поддержание мира в других регионах, таких как Балканы, Грузия, Афганистан или Африка, имеет второстепенное значение, является неверным. Вопрос о том, в какой форме может осуществляться участие в мероприятиях по поддержанию мира в конкретных регионах, решается на основании других положений (см. ниже абз. 81 и след.).

Наконец, в данном контексте следует учитывать, что ст. 9 (абз. 2) ОЗ содержит не только уголовно-правовую оговорку и оговорку о защите конституционного строя, но и является основанием для объявления не соответствующими Основному закону объединений, которые «направлены против идеи взаимопонимания между народами», и, таким образом, ограничивает свободу объединений. Вопреки впечатлению, которое возникает на основании текста нормы, для запрещения объединения в конкретном случае компетентным ведомством должен быть вынесен административный акт¹⁹.

¹⁷ Подробнее см.: *Kunig* (сноска 3), Art 1 Rn 45ff; *Hodenberg*, Das Bekenntnis des deutschen Volkes zu den Menschenrechten in Art 1 Abs 2 GG, 1997, 71f; *Denninger*, in: Wassermann (Hrsg), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl 1989, Art 1 II, III Rn 11; противоположное мнение см.: *Doehring*, Die undifferenzierte Berufung auf Menschenrechte, FS Bernhardt, 1995, 355 (359).

¹⁸ См.: *Stern*, Staatsrecht, Bd I, 2. Aufl 1984, 509.

¹⁹ См.: *Kunig*, Vereinsverbot, Parteiverbot, JURA 1995, 384ff mwN.

2. «Открытость» и «ориентация на международное право»

18 Рассмотренные выше конституционно-правовые нормы по содержанию связаны со ст. 25 Основного закона. Если и поскольку международное обычное право является составной частью внутригосударственного права и обладает приоритетом по отношению к законам, что будет более подробно рассмотрено ниже (см. абз. 137 и след.), это свидетельствует об особенной приверженности международному праву. В контексте положений, определяющих внешнеполитическую ориентацию в целом, но особенно с учетом ст. 25 ОЗ, такую установку обозначают как «открытость» Основного закона²⁰. Создание такого понятия прежде всего отражает характеристику, которая может использоваться, например, в общей теории государства или в сравнительном правоведении. Кроме того, данное понятие позволяет установить связь между равнозначными или схожими нормами Основного закона и, таким образом, облегчает их систематическое толкование.

19 Как и в отношении иных абстрактных принципов Основного закона, считающихся основными принципами и содержащихся, прежде всего, в ст. 20 (абз. 1) и ст. 28 (абз. 1) ОЗ, применительно к рассматриваемому принципу возникает вопрос, пригоден ли абстрактный принцип как таковой, независимо от его отдельных проявлений в более конкретных нормах, для правовой оценки в конкретных случаях²¹. Принцип международной открытости» можно понимать в качестве отказа государства от исключительности суверенной государственной власти, однако содержание этого принципа *раскрывается исключительно в отдельных нормах*, подходящих по содержанию к конкретному случаю. Этот вывод можно также сформулировать, подчеркивая «принципиальную ориентацию Основного закона на международное право»²². Однако из этого не следует, что данный принцип может использоваться для правовой оценки в конкретном случае. Кроме того, нельзя «соразмерно» ограничивать сферу действия положений Основного закона, регулирующих структуру и функции государственных органов и основные права и свободы, исходя из положений, содержащих принцип открытости. Если, например, государственные органы ФРГ в конкретном случае должны соблюдать нормы международного договора, вступившего

²⁰ В связи со ссылками на дополнительную литературу и к вопросу о разграничении понятий см.: *Tomuschat*, in: HdbStR VII, § 172 Rn 8ff; *Vogel*, Die Entscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964; *Bleckmann*, Die Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung, DÖV 1979, 309ff.

²¹ *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, 457ff.

²² См. BVerfGE 31, 58, 75ff; *Rojahn*, in: v. Münch/Kunig (сноска 12) Art 24 Rn 2 mwN; *Lovric*, A Constitution Friendly to International Law: Germany and its Völkerrechtsfreundlichkeit, AYBIL 25 (2007) 75ff; *Proelß*, Der Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, 553ff.

в силу в отношении ФРГ, из этого не может следовать ограничение основных прав и свобод²³.

Об «ориентации на международное право» речь не идет также в случае, если международные нормы не носят юридического характера. Это связано с тем, что использование возможностей внутрисударственного права не *ориентировано* на международное право, если оно следует воле международного сообщества, не выраженной в письменной форме или выраженной только в документах, не обладающих юридической силой. «Ориентация на международное право» и в остальном является неточным термином в юридическом контексте, поскольку право предполагает обязательность выполнения определенных требований или предоставляет свободу²⁴. В данном контексте не играет роли то, что эта свобода может выходить за рамки юридических обязанностей и интерпретироваться как открытость для международного права. Основной закон не содержит такого требования; такое нормотворчество оценивается с точки зрения законодательства, находящегося на более низком уровне иерархии норм, чем Основной закон (см. ниже абз. 184). 20

3. Ориентация на интеграцию

В то время как Основной закон (ст. 25) непосредственно устанавливает «открытость» правопорядка ФРГ для норм международного права, его положения о европейской интеграции (ст. 23, ст. 24 (абз. 1)) касаются не только уже существующего права, в последующем называемого «общими нормами международного права». Здесь речь идет не только о праве, но также о политике (как и в отношении признания вышеуказанных принципов — см. выше абз. 12 и след.), прежде всего, о передаче властных полномочий государственных органов ФРГ властным структурам за пределами ФРГ, т. е. о сущности суверенитета и, в конечном итоге, о сохранении национальной государственности. 21

Уже преамбула Основного закона в сочетании со «старыми» и «новыми» механизмами интеграции (ст. 23 и 24) подразумевает *правовую обязанность способствовать европейской интеграции*, однако без конкретных указаний о мерах, которые следует предпринимать в этой связи. Таким образом, цель в некоторой степени лишена определенности. Целью европейской интеграции, которую определяет и позволяет реализовать Основной закон, является 22

²³ Противоположная точка зрения см.: *Waitz v. Eschen*, Grundgesetz und internationale Zusammenarbeit, BayVBl 1991, 321 (324).

²⁴ См.: *Doehring*, in: HdbStR VII, § 178 Rn 14: «Действием, являющимся наиболее благоприятным для международного права, является такое действие, которое предписывается международными правовыми нормами».

установление в Европе порядка, основанного на мире, свободе и равенстве и обеспечивающего сохранение культурного многообразия.

- 23 Ориентация именно на «Европу» объясняется тем фактом, что определенные цели и принципы правопорядка рассматриваются в качестве «общего наследия» для европейских государств (ср. ст. 1 Устава Совета Европы²⁵). Этот принцип действует несмотря на то, что восточная часть Европы была десятилетиями изолирована и в ней существовала система, умалявшая значение общеевропейского наследия и, в особенности, правового государства. Однако и в этих европейских государствах сформировалось желание участвовать в общеевропейской интеграции на основе вышеуказанных представлений о правопорядке. Положения Основного закона ФРГ о европейской интеграции применимы и к этому новому этапу развития интеграции несмотря на то, что в 1949 г. было невозможно предвидеть такое развитие событий. При этом очевидно, что ориентация на Европу, основанная на использовании географического, исторического и идейно-исторического понятия, является произвольной. Представления о политической целесообразности правопорядка нельзя локализовать или привязать к географическим территориям. Кроме того, границы Европы не являются однозначными, например, в случае России и государств, расположенных к западу от нее, и в случае «средиземноморского пространства», выходящего за пределы Европы в географическом смысле²⁶ уже на протяжении нескольких столетий. Поэтому в контексте Основного закона «Европейский союз» или «объединенную Европу», как она именуется в ст. 23 Основного закона *следует понимать прагматически*. Конституционные концепции, следуя воле, проявленной изначально некоторыми государствами региона уже сорок лет назад (на начало XXI в.), основаны на том, что сохранение структур, считавшихся достойными сохранения, под влиянием меняющихся внутренних и внешних условий предполагает модель интеграции принципиально однородных элементов. Поскольку перечень таких элементов не является исчерпывающим, возможно стабильное и способствующее поддержанию мира сотрудничество с другими государствами с принципиально отличным правопорядком и другими союзами государств за пределами региона.

- 24 Основной закон ФРГ не устанавливает, в какой форме может, а в какой форме не может развиваться объединенная Европа, оставляя вопрос развития открытым. В Основном законе под «Союзом» не обязательно подразумевается структура, учрежденная в Маастрихте и реформированная

²⁵ BGBl 1950, 263; последнюю редакцию см.: BGBl II 2008, 129.

²⁶ К вопросу об актуальном историческом анализе см.: *Schulze*, *Wie weit reicht Europa?*, *StWiss und StPr* 1998, 305 ff; к актуальной дискуссии о вступлении Турции в Европейский союз см.: *Yenal*, *EU-Mitgliedschaft der Türkei*. Thesen zur aktuellen Debatte, *RuP* 2005, 114 ff; v. *Hippel*, *Beitritt der Türkei zur Europäischen Union?*, *RuP* 2004, 13 ff.

в Амстердаме, Ницце и Лиссабоне как конечный результат развития²⁷ («... название — лишь дым»). В Европе существуют и могут быть созданы организации в различных формах: классические международные организации, такие как Совет Европы; «межгосударственные» образования, такие как ЕЭС/Европейское сообщество, субъекты международного права с полномочиями в отношении государств-участников, являющимися необычно широкими по сравнению с полномочиями организаций, которые существовали ранее; Европейский союз, в который после вступления в силу Лиссабонского договора трансформировалось Европейское сообщество (ср. ст. 1 Договора о ЕС), — не государство²⁸, а феномен, о категоризации которого до вступления в силу Лиссабонского договора велся теоретический спор, выявивший существование разных мнений о действующем праве и политико-правовом развитии²⁹.

Согласно ст. 24 (абз. 1) Основного закона Федерация может передать свои суверенные права «межгосударственным образованиям», что можно понять как отказ от идеи формирования европейской государственности, поскольку речь не идет о передаче таких прав другому государству. Аналогична формулировка ст. 23 (абз. 1 предл. 2) ОЗ, которое является специальным положением для «осуществления объединенной Европы» (абз. 1 предл. 1)³⁰. При этом должно гарантироваться соблюдение «принципов демократического, правового, социального и федеративного государства, а также принципа субсидиарности»³¹. Также должна гарантироваться «защита ос-

25

²⁷ См.: *Everling*, Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes, DVBl 1993, 936 (944); более подробно см. *Rojahn* (сноска 22), Art 23 Rn 6.

²⁸ *Herdegen*, Die Belastbarkeit des Verfassungsgefüges auf dem Weg zur Europäischen Union, EuGRZ, 1992, 590f; *Schwarze*, Das Staatsrecht in Europa, JZ 1993, 585 (588).

²⁹ См.: *Ossenbühl*, Maastricht und das Grundgesetz — eine verfassungsrechtliche Wende, DVBl 1993, 629 (631): «наднациональная государственность»; *Di Fabio*, Der neue Art 23 des Grundgesetzes, Der Staat 32 (1993) 197: «предгосударственность»; *Murswiek*, Maastricht und der Pouvoir Constituant, Der Staat 32 (1993) 179: «близкое сходство с государством»; *Schilling*, Die deutsche Verfassung und die europäische Einigung, AöR 116 (1991) 32 (52): «квазигосударство». *V. Bogdandy/Nettesheim*, Die Verschmelzung der Europäischen Gemeinschaften in der Europäischen Union, NJW 1995, 2324ff (2327) утверждали, вопреки правовому регулированию в то время и потому неверно, что «только» Европейский союз, а не существовавшие тогда Европейские сообщества, обладает «правосубъектностью». См. также *Dörr*, Noch einmal: Die Europäische Union und die Europäischen Gemeinschaften, NJW 1995, 3162ff; *Lecheler*, Der Rechtscharakter der «Europäischen Union», FS C. Heymanns Verlag, 1995, 383ff; более актуальную литературу см.: *Wagner*, Die Rechtsnatur der EU. Anmerkungen zur einer in Deutschland stattfindenden Debatte, ZEuS 2006, 287ff.

³⁰ К вопросу о соотношении обеих норм см.: *Sommerrmann*, Staatsziel «Europäische Union», DÖV 1994, 596ff; *Geiger*, Die Mitwirkung des deutschen Gesetzgebers an der Entwicklung der Europäischen Union, JZ 1996, 1093 (1094).

³¹ К вопросу о принципе субсидиарности см.: *Lecheler*, Subsidiarität — Strukturprinzip der Europäischen Union, 1993; *Lecheler*, Einheitsbildung und Subsidiarität, in: *Nettesheim/*

новых прав, уровень которой в основном сравним с Основным законом». Данное положение является «оговоркой о соответствии»³² для установления рамок политического усмотрения внутригосударственных органов. В отличие от сферы защиты основных прав, в отношении вышеуказанных структурных принципов критерием оценки является не Основной закон³³, а общеевропейский опыт в соответствии с аспектами, указанными выше в абз. 23. Поскольку этот опыт накапливается в рамках государственных структур, но должен использоваться для межнациональных образований, остаются многочисленные неясности, особенно в отношении принципа демократии³⁴.

26 В «этих целях», а именно для упомянутого «осуществления объединенной Европы» (абз. 1 предл. 2), возможна передача суверенных прав. В этой связи также могут возникнуть сомнения, не ограничивает ли данное положение форму европейской интеграции «межгосударственным» образованием. В силу ст. 23 (абз. 1 предл. 3) ОЗ проблема перемещается на ст. 79 (абз. 3) Основного закона: означает ли установленный в этом положении минимум конституционных положений, не подлежащих изменению, который считается оптимальным с точки зрения Основного закона, что ФРГ не может войти в состав европейского государства, если она при этом лишилась бы собственной государственности? Даже в том случае, если предполагаемое, не существующее в настоящее время европейское государство удовлетворяло бы требованиям, закрепленным в ст. 23 (абз. 1 предл. 1)? Следует ли из не подлежащей изменению ст. 20 (абз. 1) Основного закона, согласно которой ФРГ является «федеративным государством», что ФРГ не может быть государством в составе другого федерального государства? В данном контексте невозможно найти исчерпывающие ответы на эти вопросы. Они обсуждались общественностью и специалистами по государственному праву, прежде всего, в ходе ратификации договоров в Маастрихте³⁵, Амстердаме,

Schiera (Hrsg), *Der integrierte Staat*, 1999, 95ff; *Estella di Noriega*, *The EU Principle of Subsidiarity and its Critique*, 2002.

³² *Breuer*, *Die Sackgasse des neuen Europaartikels (Art 23 GG)*, NVwZ 1994, 421.

³³ См. *Ossenbühl* (сноска 29), 633.

³⁴ См.: *Randelzhofer*, *Zum behaupteten Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft*, in: Hommelhoff/Kirchhof (Hrsg), *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, 1994, 39ff; см. также: *Brosius-Gersdorf*, *Die doppelte Legitimationsbasis der Europäischen Union*, EuR 1999, 133ff. *Bryde*, *Demokratisches Europa und Europäische Demokratie*, FS Zuleeg, 2005, 131. Подробнее см.: *Kluth*, *Die demokratische Legitimation der Europäischen Union*, 1995; *Tiedtke*, *Demokratie in der Europäischen Union. Eine Untersuchung der demokratischen Legitimation des europäischen Integrationsprozesses vom Vertrag von Amsterdam bis zum Entwurf einer Europäischen Verfassung*, 2005. К вопросу о применении понятий, выработанных в рамках государственных структур см.: *Wahl*, *Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union?* JZ 2005, 916ff.

³⁵ См. BVerfGE 89, 155, 181, 184, установивший содержание понятия «объединение государств»; затем BVerfG, NJW 1995, 2216; BVerfGE 97, 350ff (*валютный союз*); ранее *Kirchhof*, in HdbStR VII, § 183 Rn 50ff, Rn 69: «больше, чем ассоциация»

Ницце и Лиссабоне³⁶, однако они сохраняют свою актуальность, пока процесс интеграции сохраняет свою динамику. Федеральный конституционный суд ФРГ в своем решении по делу о Лиссабонском договоре³⁷, независимо от того, что он, в целом, признал Лиссабонский договор соответствующим Основному закону, дал ответы на вопросы, выходящие за рамки предмета судебного разбирательства, исходя из ст. 79 (абз. 3) «в сочетании со» ст. 23 (абз. 1 предл. 3) ОЗ. Суд предпринял попытку установления границ сферы, политическое регулирование которой национальным государством обязательно, причем нарушение границ данной сферы в ходе дальнейшей интеграции, с точки зрения суда, недопустимо, а контроль за сохранением этой сферы на основании критериев Основного закона отнесено к подведомственности Федерального конституционного суда. Установленная таким образом «идентичность Конституции, защищенная от интеграции», может спровоцировать задействование Федерального конституционного суда в случае, если у законодателя возникнет необходимость изменить Основной закон в связи с дальнейшей интеграцией. Процессуальная конструкция, рассчитанная на рассмотрение дел, связанных с интеграцией, на основании индивидуальных конституционных жалоб, направленных на сохранение определенных полномочий государств-членов ЕС³⁸, позволяет Федеральному конституци-

государств», требуется «конфедерация государств, основанная на единстве европейского права, устанавливающая ограниченный круг задач, которые решаются конфедерацией, и проявляющаяся на элементарном уровне как культурное сообщество. Конфедерация остается правовым сообществом, выполняющим определенный круг задач и состоящим из суверенных государств...»; см. также *ders*, Die Gewaltbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen, JZ 1998, 965ff; к вопросу о критике такой трактовки понятия см.: *Frowein*, Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, ZaöRV 54 (1994) 6f; *Schwarze*, Europapolitik unter deutschem Verfassungsrichtervorbehalt, NJ 1994, 1 (3); *Tomuschat*, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 1993, 492; *H. P. Ipsen*, Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil, EuR 1994, 8f; см. также *Walter*, Grundrechtsschutz gegen Hoheitsakte internationaler Organisationen, AöR 129 (2004) 39ff; к вопросу о дискуссии в других странах-членах ЕС см.: *Streinz*, Verfassungsvorbehalte gegen Gemeinschaftsrecht — eine deutsche Besonderheit, FS Steinberger, 2002, 1437ff; подробнее: *König*, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses, 2000.

³⁶ Противоположная точка зрения см.: *Murswiek*, Die heimliche Entwicklung des Unionsvertrages zur europäischen Oberverfassung — Zu den Konsequenzen der Auflösung der Säulenstruktur der Europäischen Union und der Erstreckung der Gerichtsbarkeit des EU-Gerichtshofs auf den EU-Vertrag, NVwZ 2009, 481ff.

³⁷ BVerfG, NJW 2009, 2267ff.

³⁸ К вопросу о критике, еще по решению Федерального конституционного суда по делу о Маастрихтском договоре см.: *Meessen*, Maastricht und Karlsruhe, NJW 1994, 549 (551): «индивидуальная конституционная жалоба о полномочиях органов власти»; см. также: *Steinberger*; Anmerkung zum Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Hommelhoff/Kirchhof (сноска 34) 25 (27); *Cremer*; Rügbarkeit demokratiewidriger Kompetenzverschiebungen im Wege der Verfassungsbeschwerde?, NJ 1995, 5ff.

онному суду оставить за собой последнее слово даже в отношении незначительных мер по развитию интеграции³⁹.

27 Независимо от этого можно прийти к выводу о том, что ст. 23, 24 (абз. 1) и преамбула Основного закона не уполномочивают носителей государственной власти ФРГ на заключение договора, ведущего к «разгосударствлению» ФРГ (*Пауль Кирххофф*). Однако, с точки зрения конституционного права, участие государственных органов в политическом процессе углубления интеграции не ограничено, хотя процесс интеграции может преследовать цель ограничения полномочий внутригосударственных органов или способствовать такому ограничению. Статья 79 (абз. 3) ОЗ, вопреки традиционному обозначению, не является «вечной гарантией»; право, в любом случае, не может зацементировать определенное представление навсегда. Мы не хотим исключать того, что единый европейский народ (если однажды он будет существовать) или европейские народы, включая всех немцев, примут конституцию. Наиболее важным является то, что Основной закон не может постоянно препятствовать подобному развитию⁴⁰. Решение дан-

³⁹ К вопросу о критике решения см., например, *Nettesheim*, Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG, NJW 2009, 2867ff; *Ruffert*, An den Grenzen des Integrationsverfassungsrechts: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts zum Vertrag von Lissabon, DVBl 2009, 1197ff; *Schönberger/Lisbon* in Karlsruhe: *Maastricht's Epigones At Sea*, GLJ 10 (2009) 1201ff; *Halberstam/Möllers*, The German Constitutional Court Says «Ja zu Deutschland!», GLJ 10 (2009) 1241ff; *Kottmann/Wohlfahrt*, Der gespaltene Wächter? Demokratie, Verfassungsidentität und Integrationsverantwortung im Lissabon-Urteil; ZaöRV 69 (2009), 443ff; в поддержку решения см., например, *Gärditz/Hillgruber*, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen — zum Lissabon-Urteil des BVerfG, JZ 2009, 872ff; *Schorkopf*, Die Europäische Union im Lot — Karlsruhes Rechtsspruch zum Vertrag von Lissabon, EuZW 2009, 718ff; *Ohler*, Herrschaft, Legitimation und Recht in der Europäischen Union — Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des BVerfG, AöR 135 (2010), 153ff.

К вопросу об ответственности Бундестага за интеграцию в связи с решением по делу о Лиссабонском договоре см.: *Hölscheidt*, Die Verantwortung des Bundestags für die europäische Integration, DÖV 2012, 105ff; *Engels*, Die Integrationsverantwortung des Deutschen Bundestags, JuS 2012, 210ff. К вопросу об обязательном согласии и участии см.: *Wollenschläger*, Völkerrechtliche Flankierung des EU-Integrationsprogramms als Herausforderung für den Europa-Artikel des Grundgesetzes (Art. 23 GG) am Beispiel von ESM-Vertrag und Fiskalpakt, NVwZ 2012, 713 ff. См. Также: BVerfG, EWS 2012, 276ff (обязанность федерального правительства предоставлять информацию).

⁴⁰ См.: *Bryde*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, 1993, 16; *Hilf*, Die Europäische Union und die Eigenstaatlichkeit ihrer Mitgliedsstaaten, in Hommelhoff/Kirchhof (сноска 34) 83; *Rojahn* (сноска 27) Rn 12; *Schwarze*, Ist das Grundgesetz ein Hindernis auf dem Weg nach Europa?, JZ 1999, 637ff; иное мнение см.: *Kirchhof*, in HdbStR VII, § 183 Rn 54; *Murswiek* (сноска 29) 175f; *Kottmann/Wohlfahrt* (Fn. 39), 450 — Den Verfahrensweg dorthin lässt das GG offen, vgl dazu Hinweise bei *Rojahn* (сноска 22) Rn 16. — Zur Deutung bereits des damaligen Gemeinschaftsrechts als «Verfassungsrecht» in der Rspr des EuGH vgl im vorliegenden Zusammenhang *Zuleeg*, Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, 545ff; *Iglesias*, Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung, NJW 1999, 1ff; *Walter*, Integrationsgrenze

ной проблемы зависит от политического развития и политических решений. В то время как положение преамбулы в старой редакции об объединении Германии предопределяло усиления по восстановлению *единой* немецкой государственности, целью положения об объединении Европы не является создание европейского *государства*. ФРГ (более) не является переходным образованием. Однако Основной закон не исключает того, что со временем ФРГ могла бы стать предварительной ступенью европейского государства⁴¹. Как уже неоднократно случалось в европейской истории, малые государства присоединялись к крупным государствам, утрачивая свою идентичность, или сохраняли автономию в рамках федеративных государств, как федеральные земли ФРГ. Договор, устанавливающий Конституцию для Европы⁴², который не был ратифицирован, даже в случае ратификации не привел бы к такому результату. На основании этого договора не было бы создано единое конституционное государство Европа. Неизвестно, насколько когда-либо существовала политическая воля для создания такого государства.

III. Соотношение международного права с внутригосударственным правом: основные понятия и подходы

1. Теории

«Теории» в юридической доктрине не являются самоцелью, а имеют вспомогательную функцию. В учебном пособии они должны рассматриваться только постольку, поскольку они способствуют решению практических проблем. Теории могут способствовать решению проблем, демонстрируя аргументы, помогающие найти ответы на отдельные вопросы. Однако нередко сложная правовая ситуация не может быть охвачена целостной и поэтому ограниченной теорией. Этим объясняется, что в юридической практике

28

Verfassungsidentität — Konzept und Kontrolle aus europäischer, deutscher und französischer Perspektive, ZaöRV 72 (2012), 177ff; критическое мнение см.: *Rupp*, Europäische «Verfassung» und demokratische Legitimation, AöR 120 (1995) 269ff.

⁴¹ См. об этом: *Schwarze*, Auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung — Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Recht, DVBl 1999, 1677ff; *Schuppert*, On the Evolution of a European State, in: J.J. Hesse/N. Johnston (Hrsg.), Constitutional Policy and Change in Europe, 1995, 329ff; *Everling*, Von den Europäischen Gemeinschaften zur Europäischen Union, FS Oppermann, 2001, 163ff; *Schwarze*, Europäische Verfassungsperspektiven nach Nizza, NJW 2002, 993ff; *Petersen*, Europäische Verfassung und europäische Integration — Ein Beitrag zum kontraktualistischen Argument in der Verfassungstheorie, ZaöRV 64 (2004) 429ff.

⁴² ABI EU 2004, Nr C 310/1. Обзор о создании и содержании Договора, устанавливающего Конституцию для Европы см.: *Strein*, Europarecht, 8. Aufl 2008, Rn 57ff; s. ferner *Mayer*, Wer soll Hüter der europäischen Verfassung sein?, AöR 129 (2004) 411ff; *Sack*, Die Staatswerdung Europas — Kaum eine Spur von Stern und Stunde, Der Staat 44 (2005) 67ff; *Geerlings*, Der Fortgang des europäischen Verfassungsprozesses, RuP 2006, 23ff.

такие теоретические дискуссии не ведутся, поскольку они, как правило, не являются необходимыми для принятия решения; кроме того, юридическая доктрина часто предлагает т. н. «компромиссное» мнение. Это относится также к теориям по проблеме соотношения международного и внутригосударственного права⁴³. Однако следует учитывать «теории» о соотношении международного права и внутригосударственного права для решения практических проблем, поскольку, несмотря на ограниченность, они указывают на проблемы и, таким образом, подготавливают их решение.

29 Изначально основы соотношения международного права и внутригосударственного права были разработаны в Англии. Лорд-канцлер *Талбот* рассматривал международное право в 1737 г. как «часть» общего права (*Common Law*)⁴⁴, включив его в общее право «непосредственно» и «естественным образом». Этот подход долгое время определял решение данной проблемы в Англии, однако в конкретных случаях подход был, в основном, прагматическим. В правоведении Германии и романских стран подход был чисто «теоретическим». Доктрина основывалась на *антагонизме между дуалистическими и монистическими учениями*, который сохранил свое значение по сей день, и претендовала на универсальное решение проблемы, т. е. решение *не только для отдельного национального правопорядка*.

30 *Дуалистическая* концепция исходит из того, что международное право и национальное право существуют независимо друг от друга⁴⁵. Из этого следует, что для трансформации нормы международного права и для ее вступления в силу необходимо принятие правового акта на внутригосударственном уровне. Такая концепция действия внегосударственного права на внутригосударственном уровне применяется также в случае противоречия между нормами внегосударственного и внутригосударственного права (коллизия норм): приоритет имеет внутригосударственное право, если внутригосударственное право готово воспользоваться приоритетом.

⁴³ См.: *Sperduti*, *Dualism and Monism: A Confrontation to be Overcome*, in: *Estudios de Derecho Internacional*, Hom. al Miaja de la Muela, Bd I, 1979, 459 ff; подробнее о содержании теоретической дискуссии см., например, *Guggenheim*, *Lehrbuch des Völkerrechts*, Bd I, 1948, 19 ff; *Shaw*, *International Law*, 6. Aufl 2008, 131 ff; подробнее о стандартных вопросах в догматической дискуссии см.: *Oppenheim/Lauterpacht*, *International Law*, Bd I, 8. Aufl 1955, Vor § 20. Подробнее см.: *Rudolf*, *Völkerrecht und deutsches Recht*, 1967, 128 ff; *Amrhein-Hofmann*, *Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren*, 2003.

⁴⁴ См.: *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, Bd I/1, 2. Aufl 1989, 107; *Mann*, *Völkerrecht im Prozeß*, SJZ 1950, 546, где говорится о «принципе, признанном большинством цивилизованных государств», согласно которому «универсальное международное право является частью внутригосударственного права, не нуждаясь при этом в какой-либо трансформации» — субъективное мнение, обусловленное временем.

⁴⁵ основополагающая монография см.: *Tripel*, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899.

Монистические теории, напротив, исходят из наличия единого правового порядка, который имеет общую основу. Международное право и внутригосударственные правовые порядки являются отдельными элементами этого общего правового порядка⁴⁶. При таком подходе не требуется внутригосударственного правового акта для вступления акта международного права в силу на внутригосударственном уровне. 31

Для решения вопроса о *коллизии норм* монистическая теория содержит два варианта. Преобладающее большинство исходит из так называемого примата (преимущества) международного права в рамках общего правового порядка, однако некоторые авторы отдают предпочтение внутригосударственному праву. Таким образом, последняя концепция основана на том, что применение международного права зависит от внутригосударственного права. Если последовательно исходить из примата международного права, внутригосударственные правовые акты, противоречащие международному праву, должны считаться противоправными. Согласно обоим вариантам монистической теории акты международного права могут применяться на внутригосударственном уровне, если они не противоречат внутригосударственному праву. Согласно дуалистическим теориям международное право, напротив, применяется, только если это предусмотрено внутригосударственным правом. 32

Вышеуказанные догматические концепции о соотношении международного и внутригосударственного права в силу их ригидности находятся в *противоречии с реальным состоянием права*⁴⁷. С одной стороны, государства не ожидают друг от друга поведения в соответствии с одной из этих теорий; они требуют друг от друга соблюдения отдельных международно-правовых норм. Они не допускают возражений о том, что соответствующий внутригосударственный правовой порядок основан на дуалистической теории или исходит из примата внутригосударственного права. Они не требуют неперменного приоритета международного права с точки зрения монизма в сочетании с приматом международного права. Они также не утверждают, что международное право «превалирует» над национальным правом⁴⁸, подобно тому, как ст. 31 Основного закона, содержа-

⁴⁶ См.: *Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920; *Verdross*, Die Einheit des Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, 1923; современная литература см.: *Pfeffer*, Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht, 2009.

⁴⁷ См. об этом: *Rousseau*, Droit International Public, Bd I, 1970, 44; *Brownlie*, Principles of Public International Law, 6. Aufl 2003, 33f; *Shearer*, Starke's International Law, 11. Aufl 1994, 77f. К вопросу о том, что теории «бессильны», в частности, при объяснении внутригосударственного значения права ЕС, см.: *Waitz v. Eschen* (сноска 23) 323.

⁴⁸ Некоторые авторы пытаются объяснить это в рамках монистических теорий «природой» международного права, см., например: *Jacot-Guillarmod*, Fondements juridiques internationaux de la primauté du droit international dans l'ordre juridique suisse, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 120 (1984) 227, 233f: «Примат как коррелят

ние которой является спорным, предусматривает приоритет федерального права над правом федеральных земель, или тому, как ранее трактовался приоритет права ЕС над правом стран-членов ЕС⁴⁹. Однако государства признают, что внутригосударственное право не освобождает от исполнения международно-правовых обязательств. Они также признают, что государства располагают свободой действия при создании такой внутригосударственной правовой структуры, которая требуется для исполнения конкретных международных обязательств. В любом случае, государства обязаны достичь определенного результата, но при этом они свободны в выборе средств его достижения.

34 Кроме того, следует учесть, что отдельные внутригосударственные правовые порядки с давних времен и до настоящего времени по-разному рассматривают императивные нормы международного права. В конституциях и законах содержатся различные прямые или косвенные ссылки на международное право. При этом в большинстве случаев проводится дифференциация между различными аспектами международного права, например, по источникам⁵⁰, по территориальной сфере действия⁵¹, а также — что прямо не указывается в тексте закона — по содержанию норм⁵². Очевидно, что в данном контексте следует учитывать, что существуют нормы международного права, которые по форме и содержанию непосредственно наделяют отдельных индивидов правами, а иногда и обязанностями, и нормы («адресованные» государствам), которые регулируют только действия государств.

35 Вследствие многообразия международно-правовых норм и механизмов их внутригосударственной трансформации не представляется возможным определить соотношения международного права и внутригосударственного права на основании единого теоретического подхода. Дуалистические теории не отрицают, что неисполнение государством норм международного права имеет правовые последствия. Монистические теории не исключают, что в определенных случаях необходима трансформация норм международного права во внутригосударственное право. Обе разновидности теорий рассматривают систему норм с различных точек зрения, этого недостаточно для того, чтобы создать основу для решения по *каждому* конкретному случаю. Поэтому следует указать на то, что правовой режим, существующий в ФРГ

природы международного права» («La primauté comme corrélat de la nature du droit international»).

⁴⁹ См.: *Grabitz*, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, 1966.

⁵⁰ Ссылки на определенные договоры см. § § 18, 19 Закона ФРГ о судебной системе.

⁵¹ См. ст. 25 Основного закона ФРГ: «общепризнанные» нормы, см. ниже абз. 137 и след.

⁵² См. ниже абз. 41 и след.

и рассматриваемый в данной главе, можно объяснить как с точки зрения дуалистических, так и с точки зрения монистических теорий⁵³.

Таким образом, значение теоретического спора в действительности невелико. На рубеже XIX и XX вв. *Трипель*⁵⁴ еще мог исходить из независимого существования международного и внутригосударственного права, что позволяло с догматической точки зрения сделать вывод о дуализме. В настоящее время правовые нормы как международного, так и национального происхождения достигли такой степени взаимопроникновения при одновременной дифференциации на внутригосударственном уровне, следующей из различий в механизме трансформации, что абстрактно-догматические теории представляются нецелесообразными. «Решение» в пользу одной из основных теорий отражает только определенную теоретическую предпосылку, а именно альтернативно представление о всеобъемлющем едином правопорядке в противоположность представлению о множестве взаимозависимых правопорядков. Если исходить из дальнейшего расширения сферы регулирования, перспективы создания единого всемирного государства и прилагать усилия к теоретическому обоснованию такой перспективы, вторая альтернатива представляется реакционной. Подтверждением монистических теорий является послевоенная реформа международного права, в частности, развитие прав человека, хотя защита прав человека нуждается в дальнейшей конкретизации⁵⁵. Монистические теории также не предоставляют полного обоснования защиты прав человека, тем более что, как уже упоминалось, даже при помощи дуалистических теорий можно объяснить, что государство, нарушающее права человека, нарушает международное право. Однако общее международное право не требует от государств признания процессуального следствия из защиты прав человека, а именно правосубъектности индивидов и права индивидов на подачу жалобы в международные инстанции.

36

2. Механизмы

Отдельные государства используют различные механизмы для трансформации международно-правовых норм во внутригосударственное право. При

37

⁵³ В ФРГ доктрина основана преимущественно на дуалистических теориях, см., например: *Berber*, *Lehrbuch des Völkerrechts*, Bd I, 2. Aufl 1975, 94ff; *Rudolf* (сноска 43) 141 ff; некоторые авторы высказываются в пользу «умеренного» монизма, см. например: *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl 1984, § § 73 f; в пользу умеренного дуализма см.: *Doehring*, *Völkerrecht*, 2. Aufl 2004, Rn 702 f. — Судебная практика колеблется, по крайней мере, в терминологии, см. ниже абз. 116. — Обобщение теоретического спора в швейцарской доктрине см.: *Thürer*, *Völkerrecht und Landesrecht. Thesen zu einer theoretischen Problemumschreibung*, SZIER 1999, 217 ff.

⁵⁴ *Triepel* (сноска 45) 245.

⁵⁵ См.: *E. Klein*, *Menschenrechte — Stille Revolution des Völkerrechts und Auswirkungen auf die innerstaatliche Rechtsanwendung*, 1997; см. также ниже абз. 186.

этом различаются три основных подхода, которые отличаются друг от друга на понятийном уровне⁵⁶. Основные понятия следует пояснить и соотнести с описанными выше теориями. Речь идет о механизмах *имплементации* международно-правовых норм во внутригосударственное право. «Теории», созданные для классификации и разграничения механизмов имплементации и возникшие под влиянием описанных в предыдущей главе монистической и дуалистической теорий, сами по себе не могут определить значение международно-правового нормативного акта на внутригосударственном уровне⁵⁷.

38 О *трансформации* (международного права во внутригосударственное право) идет речь в случае, когда внутригосударственный нормотворческий акт имплементирует требования международного права и объявляет их составной частью государственного правопорядка. Теория трансформации основана на дуалистических представлениях. Результатом трансформации является норма национального права. Международно-правовая норма, которая является причиной трансформации, сохраняет свой международно-правовой характер и юридическую силу. Соответствующая ей внутригосударственная норма является самостоятельным правовым актом. Из этого должно следовать, что для внутригосударственной нормы не имеет значение действие нормы международного права, т. е. если, например, действует закон о трансформации, который имплементирует международный договор на внутригосударственном уровне, даже если международный договор утратил силу. Из этого также можно сделать вывод о том, что внутригосударственная норма, которая соответствует содержанию международного договора, еще не вступившего в силу, обязывает соблюдать материальное содержание договора на внутригосударственном уровне до его вступления в силу на международном уровне. Однако в ФРГ такие выводы, как правило, не делаются (см. ниже абз. 117). Если во всем следовать теории трансформации, возникает вопрос, насколько следует или разрешается использовать международный договор, трансформированный в национальное право, в особенности историю его создания, текст договора на официальном языке, который может отличаться от языка национального законодательства, для толкования внутригосударственной нормы. В принципе, следовало бы ответить на этот вопрос отрицательно, если отсутствует внутригосударственное

⁵⁶ *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 44) 104ff.

⁵⁷ *Mann*, Zur Wirkung des Zustimmungsgesetzes nach Art. 59 Abs. 2 des Grundgesetzes, GYIL 18 (1975) 373; *Wildhaber/Breitenmoser*, The Relationship Between Customary International Law and Municipal Law in Western European Countries, ZaöRV 48 (1988) 163 (173): «В любом случае для ответа на вопрос, придерживается ли государство монистической или дуалистической концепции тем или иным способом, необходимо прагматически изучить его актуальную конституционную позицию, его судебную практику и доктрину».

правило толкования, которое это допускает или этого требует (см. об этом ниже абз. 119).

Об *инкорпорации*, адаптации, поглощении или рецепции (международного права) — частично различающимися в деталях⁵⁸ — идет речь, если описывается внутригосударственная императивная норма о применении международных договоров. Теоретически такая норма может распространяться на международное право в целом (и соответствовать монистической модели). Она может также содержать квалификационный фильтр для инкорпорированных норм, т. е. поставить инкорпорацию в конкретных случаях в зависимость от определенных предпосылок (и приблизиться к дуалистической идее). Инкорпорация может проследиваться в неписаном конституционном праве, вытекать из общего положения конституции или осуществляться путем принятия отдельного акта на основании конституционного права. В отличие от трансформированного права инкорпорированное право сохраняет характер международного права. 39

Теория приведения международного права в *исполнение* в меньшей степени связана с монистическими или дуалистическими представлениями⁵⁹. В рамках теории исполнения также требуется внутригосударственная норма, на основании которой международное право должно применяться на национальном уровне, однако, в отличие от трансформации, в результате не создается норма внутригосударственного права. В отличие от инкорпорации, императивная внутригосударственная норма не приводит к непосредственному действию международного права, а к применению международного права правоприменителями на внутригосударственном уровне. 40

3. Действие и применимость

Вышеуказанные теории (абз. 28 и след.) и представленные механизмы (абз. 37 и след.) касаются действия международно-правовых норм во внутригосударственном правовом пространстве. Не каждая норма международного права независимо от того, имплементирована она в форме внутригосударственного правового акта (трансформирована) или инкорпорирована в качестве нормы международного права, *применима* на внутригосударственном уровне, как это предполагает приведение международного права в «исполнение». Применимость не следует непосредственно из процесса введения в действие, но процесс введения в действие является предпосылкой применимости⁶⁰. С другой стороны, применимость не является необходимой 41

⁵⁸ См.: *Rudolf* (сноска 43) 151ff.

⁵⁹ *Partsch*, Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, BerDGVR 6 (1964) 13ff.

⁶⁰ *Bleckmann*, Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, 1970, 59ff; *Koller*, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge

предпосылкой для внутригосударственного действия нормы⁶¹, поскольку, в противном случае, невозможно объяснить обязательство законодателя соблюдать международное право, непосредственно вытекающее из конституции. Для внутригосударственной применимости *решающим* является *содержание* нормы. Чтобы норма была применимой она должна быть пригодной для применения с точки зрения содержания и структуры; в особенности, она должна иметь достаточную степень определенности (например, положения главы 1 ЕКПЧ). При этом нормы одного международного договора отличаются друг от друга с точки зрения применимости. Например, положения международного договора, регулирующие обязанности граждан, но не конкретизирующие эти обязанности, а относящие конкретизацию к компетенции национального законодателя, не являются применимыми⁶². Это не исключает возможность того, что тот же самый договор содержит положения, непосредственно применимые на внутригосударственном уровне.

- 42 Дифференциация необходима с точки зрения органов государственной власти, применяющих право. Договор, действующий на внутригосударственном уровне, может быть достаточно определенным для исполнения административными органами, например, если они используют нормы международного договора для конкретизации правовых рамок для их решений, но недостаточно определенным для применения судами⁶³. Таким образом, применимость нормы международного права, действующей на внутригосударственном уровне или трансформированной во внутригосударственное право, изначально определяется данной нормой международного права. Если норма является применимой с точки зрения международного права, в ФРГ на основании внутригосударственного права определяется, не противоречит ли внутригосударственное право ее применению (см. ниже абз. 5 и след., 179).

4. Международно-правовые последствия неимплементации

- 43 О неимплементации международного права во внутригосударственное право речь идет в случае, когда и поскольку международно-правовая норма требует реакции со стороны государственного правопорядка, в отсутствие

und des EWG-Vertrages im innerstaatlichen Bereich, 1971, 58 ff; *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 4. Aufl 2009, 143.

⁶¹ К вопросу о ст. 25 ОЗ см.: *Rojahn* (сноска 22) Art 25 Rn 17; из судебной практики см., например, BVerwGE 88, 254, 257; противоположную точку зрения см.: *Rudolf* (сноска 43) 258 ff; *Partsch* (сноска 60) 20 ff.

⁶² Часть представителей немецкой доктрины исходит из того, что такие положения не имеют силы на национальном уровне, поскольку акт о трансформации, принятый согласно ст. 59 (абз. 2) ОЗ, на них не распространяется (см. ссылку 110 и след.); см., например: *Rudolf* (сноска 43) 173 ff.

⁶³ Мнение, упомянутое в сноске 63, не объясняет такую дифференциацию.

которой соответствующее международно-правовое обязательство перед другими субъектами международного права остается полностью или частично неисполненным. Из вышесказанного следует, что невозможно обобщенно описать внутригосударственные последствия неимплементации норм международного права. Например, возможно, что внутригосударственный правопорядок разрешает своим правовым субъектам ссылаться на неадекватно имплементированную норму международного права. Кроме того, возможно, что без имплементации эта норма вообще не имеет значения на внутригосударственном уровне. Теоретически допускается предположение о том, что международное право «отменяет» противоречащее ему государственное право, как это определено в ст. 31 Основного закона о соотношении между федеральным и земельным правом. Конституционными правопорядками отдельных государств это допускается⁶⁴, однако международное право не требует этого ни в целом, ни в отдельных отраслях, даже в целях защиты прав человека⁶⁵.

Таким образом, только международно-правовые *последствия неимплементации* поддаются обобщению. Непринятие мер по имплементации, необходимой по международному праву, является нарушением международного права и влечет за собой типичные последствия нарушения права⁶⁶. Существует первичное право требования об исполнении обязанности по имплементации. Если речь идет о международных договорах, участники договора могут требовать имплементации. Если это многосторонние международные договоры, в частности, об учреждении международной организации, создаваемые договором органы могут быть уполномочены требовать соблюдения этого договора. Это также может распространяться на обязательные решения, принятые в соответствии с договором, или на нормы, которые направлены на трансформацию или требуют трансформации. Существует объективное обязательство по приведению внутригосударственного правопорядка в соответствие с международным правом, в особенности на основании международного обычного права. В качестве примера можно привести обязательство государства по предотвращению нанесения тяжкого ущерба лицам или имуществу, находящимся на территории иностранного государства вследствие загрязнения окружающей среды на своей территории, в частности, с помощью юридических механизмов⁶⁷. Этот пример наглядно демонстрирует, что предмет защиты нормы определяет субъект, имеющий право требовать ее соблюдения: не каждый субъект международного права, а только тот, который обладает территориальным верховенством над

⁶⁴ О Швейцарии см.: *Kälin*, *Der Geltungsgrund des Grundsatzes «Völkerrecht bricht Landesrecht»*, FG Schweizerischer Juristentag, 1988, 45 ff.

⁶⁵ См. выше абз. 7, 33.

⁶⁶ См.: Раздел 7. *Шрёдер*, абз. 4 и след.

⁶⁷ См.: Раздел 5. *Прельсс*, абз. 94 и след.

территорией, подвергаемой угрозе, может потребовать исполнения международно-правового обязательства.

- 45 Далее, неимплементация международного права может послужить основанием для вторичных требований, например, требований, вытекающих из ответственности за нарушения, в частности, деликтных требований, т. е. *требований по возмещению ущерба*, если другому субъекту международного права причинен ущерб в результате непринятия мер по имплементации. Это предполагает наличие всех предпосылок привлечения к ответственности.

IV. Международное право и внутригосударственное право Германии

1. Введение: соотношение международного и внутригосударственного права в соответствии с правопорядками отдельных государств

- 46 Нижеследующий обзор должен способствовать лучшему пониманию немецкого права и определению места подходов, используемых в ФРГ, в международной системе. Поэтому обзор является избирательным⁶⁸.

⁶⁸ К другим, не рассмотренным в тексте данного раздела государствам: АВСТРИЯ: Neuhold/Hummer/Schreuer (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Bd I, 4. Aufl 2004, Rn 116ff; *Loebenstein*, Die allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechts und das staatliche Verfassungsrecht, FS Kirchschläger, 1990, 143ff; *Grabenwarter*, Die Verteilung völkerrechtsbezogener Zuständigkeiten nach der österreichischen Bundesverfassung, AustrJIL 48 (1995) 79ff; *Balthasar*, «Pacta sunt servanda» — Zur innerstaatlichen Relevanz von durch Staatsverträge eingegangenen Verpflichtungen Österreichs, ZöR 50 (1996) 161ff; ШВЕЙЦАРИЯ: *Kälin/Epiney/Caroni/Künzli*, Völkerrecht, 2. Aufl 2006, 96ff; НИДЕРЛАНДЫ: *Erades*, International Law and the Netherlands Legal Order, in: van Panhuys (Hrsg), International Law in the Netherlands, Bd III, 1980, 373ff; *Alkema*, Foreign Relations in the 1983 Dutch Constitution, NILR 31 (1984) 307ff; БЕЛЬГИЯ: *Ergec*, La troisième phase de la réforme de l'Etat et les compétences internationales, Revue de droit de l'ULB 1990, 51ff; ДАНИЯ: *Gulmann*, The Position of International Law within the Danish Legal Order, NordTIR 52 (1983) 45ff; ШВЕЦИЯ: *Melander*, The Effect of Treaty Provisions in Swedish Law, NordTIR 53 (1984) 63ff; *Danelius*, The Incorporation of the European Convention on Human Rights into Swedish Law, HRLJ 1998, 301ff; ФИНЛЯНДИЯ: *Joutsamo*, The Direct Effect of Treaty Provisions in Finnish Law, NordTIR 52 (1983) 35ff; ПОЛЬША: *Czaplinski*, International Law and Polish Municipal Law: Recent Jurisprudence of the Polish Supreme Judicial Organs, ZaöRV 53 (1993) 871ff; *Barcz*, Das Verhältnis zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht in Polen nach der politischen Wende, ZöR 52 (1997) 91ff; *Kedzia*, The Place of Human Rights Treaties in the Polish Legal Order, EJIL 2 (1991) 133ff; *Hliwa/Wisniewski*, The International Covenants on Human Rights in the Decisions of the Polish Supreme Court, the Constitutional Tribunal and the Supreme Administration Court, GYIL 39 (1996) 468ff; ИСПАНИЯ: *Lopez Pina*, Die spanische Verfassung und das Völkerrecht, AVR 32 (1994) 178ff; ПОРТУГАЛИЯ: *Gomes Canotilho*, Offenheit vor dem Völkerrecht und Völkerrechtsfreundlichkeit des portugiesischen Rechts, AVR 34 (1996) 47ff; *Miranda*, La constitution portugaise et la protection internationale des droits de l'homme, AVR 34 (1996) 72ff; ИЗРАИЛЬ: *Lapidoth*, International Law within the Israel Legal System, Is LR

Соотношение национального и международного правопорядка на примере отдельных государств обычно рассматривается с точки зрения истории развития. Однако здесь будет рассматриваться, как конституционное право определяет соотношение с международным правом и с классическими источниками международного права⁶⁹ (международные договоры, международное обычное право, общие принципы права⁷⁰) с точки зрения современного права. При этом необходимо принимать во внимание, какое место в иерархии норм, установленной или предполагаемой национальным правом, отводится нормам международного права, а для федеральных государств — также их место в федеральной системе норм.

В Великобритании⁷¹ не существует конституции. Конституционное (материальное) право Великобритании предусматривает, что национальное право относится к общему праву (Common Law) или к статутному праву (Statute Law). Международное право считается, в принципе, частью общего права, что соответствует монистическому подходу, однако с оговоркой о том, что отдельные положения международного права соответствуют национальному правосознанию. Для этого суды, рассматривающие дела по общему праву, требуют акта рецепции, существование которого может предполагаться также по умолчанию. Такой механизм имеет значение только для международного *обычного права* и для общих принципов права, но и для них только частично. Согласно конституционному праву Великобритании любой парламентский акт имеет приоритет над международным правом, инкорпорированным в обычное право, поскольку в случае коллизии норм статутное право имеет приоритет над общим правом. Международные *договоры* нуждаются в трансформации посредством принятия акта парламента в случаях, если они изменяют действующее статутное право или обычное

24 (1990) 451ff; ЮЖНАЯ АФРИКА: *Dugard*, International Law and the South African Constitution, EJIL 8 (1997) 77ff; АВСТРАЛИЯ: *Kirby*, The Australian Use of International Human Rights Norms, Univ of New South Wales LJ 16 (1993) 36ff; ТАНЗАНИЯ, КЕНИЯ, УГАНДА: *Kabudi*, Human Rights Jurisprudence in East Africa, 1995, 25ff. S ferner *Viljoen*, Application of the African Charter on Human and Peoples' Rights by Domestic Courts in Africa, JAL 43 (1999) 1ff Zu weiteren Ländern s *Peters*, The Globalization of State Constitutions, in Nijman/Nollkaemper (сноска 6) 260ff mwN.

⁶⁹ Другие нормы и решения международного происхождения (императивные и неимперативные решения межгосударственных образований и международных организаций), трансформированные в немецкое право (абз. 166 и след.), здесь не рассматриваются.

⁷⁰ Но при этом об общих принципах права речь должна идти только в случае, если национальный правопорядок специфически реагирует на эту категорию правовых источников; как правило, в отношении этой категории действуют те же правила, как и в отношении международного обычного права.

⁷¹ Обзор см.: *Shearer* (сноска 47) 68 ff; *Brownlie* (сноска 47) 41 ff. Кроме того, см.: *Grote*, Die Inkorporierung der Europäischen Menschenrechtskonvention in das britische Recht durch den Human Rights Act 1998, ZaöRV 58 (1998) 309ff.

право или затрагивают права частных лиц. Несмотря на то, что международные договоры ратифицируются монархом, этого недостаточно для приведения их в действие на внутригосударственном уровне.

49 При таком подходе *определить место* норм внутригосударственного и международного права в иерархии норм несложно. Международное право действует в Великобритании в форме национальных правовых норм. Если речь идет об обычном праве, в отношении таких норм действует правило о преимуществе статутного права, т.е. парламентского права, но не правовых актов, принятых административными органами. Международное право, трансформированное посредством статутного права, приобретает ранг статутного права.

50 В конституции США⁷² прямо указаны только международные договоры. Она предусматривает участие Сената уже при их заключении, если речь не идет о так называемых исполнительных соглашениях (*executive agreements*). Дополнительного акта об инкорпорации или трансформации не требуется, но их принятие возможно. Заключенные в установленном конституцией порядке международные договоры являются частью американского права. Они приравниваются к законодательным актам американского Конгресса, что непосредственно не закреплено в конституции, но является общепризнанным. Это соответствует представлению о том, что законодательство Конгресса, с одной стороны, и осуществляемые совместно Президентом и Сенатом полномочия по заключению международных договоров, с другой стороны, находятся на одном уровне иерархии норм. Вполне логичным является то, что в случае коллизии норм применению подлежит норма, принятая позже. Конституция США не определяет значение международного *обычного права* для американского правопорядка, однако правило, согласно которому отсутствует необходимость принятия дополнительного акта об инкорпорации или трансформации, распространяется также на международное обычное право. Таким образом, оно также становится частью американского права на федеральном уровне. Независимо от того, что значение международного права определяется конституцией, международное право находится в иерархии норм на более низкой ступени, чем конституция, вследствие чего его действие зависит от его соответствия

⁷² См.: American Law Institute, Restatement of the Law: The Foreign Relations Law of the United States, Bd I, 1987, 40ff; *Henkin*, Foreign Affairs and the United States Constitution, 2. Aufl 1996; *Vagts*, International Agreements, the Senate and the Constitution, CLJTL 36 (1997) 143 ff; *Paust*, International Law as Law of the United States, 2. Aufl. 2003; *Carter/Trimble/Weiner*, International Law, 2007, 159ff; к вопросу о несоблюдении решений Международного суда со стороны США см.: *Oellers-Frahm*, Pacta sunt servanda — Gilt das auch für die USA?, EuGRZ 1999, 437 (443 ff); к вопросу о сравнительно-правовом аспекте с точки зрения немецкого права: *Bungert*, Einwirkung und Rang von Völkerrecht im innerstaatlichen Rechtsraum, DÖV 1995, 797ff. К вопросу об основах судебной практики см.: *Chae Chan Ping v. United States* 130 U.S. 581 (1889).

конституции, и, поскольку оно относится к федеральному праву, оно имеет приоритет по отношению к праву отдельных штатов. В частности, посредством принятия законодательного акта о трансформации международного договора могут быть ограничены законодательные полномочия штатов, поскольку Федерация обладает почти неограниченным правом заключать международные договоры по предметам ведения, относящимся к законодательной компетенции штатов.

Французское конституционное право считается наиболее благоприятным для международного права⁷³. В преамбуле действующей конституции 1958 г. посредством ссылки на преамбулу к Конституции 1946 г. провозглашается соблюдение общих правил международного права Французской республикой. Приверженность правам человека, связанная с развитием идеалов Французской революции, сама по себе не дает представления о соотношении международного права с французским правом. Однако из данного положения следует инкорпорация международного *обычного права*. Заключенные в надлежащем порядке и опубликованные международные договоры согласно конституции имеют приоритет по отношению к национальным законам и подзаконным правовым актам⁷⁴, но не по отношению к конституции. Согласно конституции требуется одобрение договоров, имеющих особое значение, парламентом. Международные договоры не имеют приоритета, если они не исполняются другой стороной договора⁷⁵. Это правило является проблематичным.

Конституция *Италии* 1948 г. трансформирует «общепризнанные» нормы международного права, т. е. международное *обычное* право, в итальянскую

51

52

⁷³ См., например: *Sur*, Application dans l'ordre interne, in: Combacau/Sur (Hrsg), Droit International Public, 9. Aufl 2010, 181 ff, 188 ff; *Fromont*, Das Verhältnis zwischen dem nationalen Recht und dem EG- bzw Völkerrecht in Frankreich, EuZW 1992, 46 ff; *Pfeiffer*, Zur Verfassungsmäßigkeit des Gemeinschaftsrechts in der aktuellen Rechtsprechung des französischen Conseil constitutionnel, ZaöRV 67 (2007) 469 ff. — К вопросу о значении неписаного международного права для французского административного права см.: *Teboul*, Le droit international non écrit devant le juge administratif, RGDI 95 (1991) 321 ff.

⁷⁴ См.: Государственный совет (Conseil d'Etat), EuGRZ 1990, 99 ff (*Николо — Nicolo*); подробнее см.: *Ludet/Stotz*, Die neue Rechtsprechung des französischen Conseil d'Etat zum Vorrang völkerrechtlicher Verträge, EuGRZ 1990, 93 ff; *Gundel*, Der Status des Völkerrechts in der französischen Rechtsordnung nach der neuen Rechtsprechung des Conseil d'Etat: Von der Öffnung zum Rückzug?, AVR 37 (1999) 438 ff. Даже после возбуждения производства в Конституционном суде по проверке конституционности (question prioritaire de constitutionnalité) проверка соответствия законодательства международным договорам относится к подведомственности специальных судов, см. Конституционный совет (Conseil constitutionnel), 22.7.2010, déc. n° 2010-4/17 (*э-н Алэн С. и др.*) (*M. Alain C. et autre*), cons. 11. Одно из последних решений к вопросу об условиях, при которых индивиды вправе ссылаться непосредственно на международный договор см.: Государственный совет (Conseil d'Etat), Assemblée, 11.4.2012, n° 322326, RFDA 2012, 547 (*GISTI et FAPIL*).

⁷⁵ Ср. ст. 55 конституции от 4.10.1958.

правовую систему. Спорным является, насколько из этого следует, что такие нормы находятся на уровне конституции в иерархии норм, но бесспорно, что они имеют приоритет по отношению к законам. Это было установлено, когда в 2001 г. в ст. 117 Конституции было внесено правило о «соблюдении обязанностей, вытекающих из международного права». Международные договоры вводятся в действие, как правило, на основании правовых актов законодательной или исполнительной власти. Право Италии по сравнению с другими европейскими государствами после распада социалистической государственной модели представляет собой наиболее яркий пример дуалистической концепции имплементации норм международного права⁷⁶.

53 В Греции конституция, которая была принята после восстановления демократии в 1975 г., создала особенно благоприятные условия для международного права⁷⁷. Согласно ст. 2 (абз. 2) Конституции Греция способствует поддержанию мира, справедливости и развитию дружественных отношений между народами и государствами при соблюдении общепризнанных положений международного права. «Общепризнанные положения международного права и международные договоры после их ратификации и вступления в силу на основании закона» рассматриваются как «часть внутригосударственного права Греции» и имеют приоритет по отношению к любому закону, противоречащему нормам международного права (ст 28 (абз. 1))⁷⁸. Поэтому господствующее мнение в доктрине следует монистическому подходу в отношении международного *обычного* права. Несмотря на то, что не существует единого мнения о том, насколько «ратификация» международных договоров на основании закона соответствует трансформации во внутригосударственное право, в этой связи следует исходить из ограниченного варианта дуалистической модели⁷⁹. Международное право имеет приоритет

⁷⁶ См.: *Conforti*, *Diritto internazionale*, 7. Aufl 2007, 276ff; *Tanzi*, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, 3. Aufl 2010, 28ff; *Treves*, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, 2005, 646ff.

⁷⁷ Обзор см.: *Fatouros*, *International Law in the New Greek Constitution*, *AJIL* 70 (1976), 492ff; *Roucounas*, *Grèce*, in: *Eisemann* (Hrsg.), *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique nationale/The Integration of International and European Community Law into the National Legal Order*, 1996, 287ff.

⁷⁸ В отношении иностранных граждан международное право действует на основе принципа взаимности, однако согласно господствующему мнению в доктрине это ограничение не распространяется на международные договоры по правам человека. См., например, *Briolas*, *L'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans l'ordre juridique des Etats contractants: Théorie et pratique helléniques*, in: *Liopoulos-Strangas* (Hrsg.) *Grundrechtsschutz im europäischen Raum/La protection des droits de l'homme dans le cadre européen*, 1993, 82ff. (94).

⁷⁹ *Kaboğlu/Koutatzis*, *The Reception Process in Greece and Turkey*, in: *Keller/Stone Sweet* (Hrsg.), *A Europe of Rights. The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, 2008, 451ff. (462).

по отношению к законам, но не по отношению к конституции⁸⁰. В то время как постулат толкования конституции в соответствии с международным правом признается, в судебной практике существует тенденция не признавать непосредственную применимость международных договоров⁸¹.

В Конституции *Турции* о соотношении между международным и национальным правом речь идет только в связи с международными *договорами*. Согласно ст. 90 (абз. 5 предл. 1) Конституции международные договоры, вступившие в силу в надлежащем порядке, имеют силу законов, т.е. находятся в иерархии норм на этом уровне. Однако в связи со следующим предложением данной нормы, согласно которому конституционный суд не уполномочен принимать решения о конституционности международных договоров, ведутся дискуссии о месте международных договоров в иерархии норм⁸². Согласно господствующему мнению в доктрине⁸³ международные договоры находятся на одном уровне с законами, несмотря на положение об «иммунитете» международных договоров, из чего следует, что при коллизиях норм применяются общие принципы «*lex posteriori derogat legi anteriori*» и «*lex specialis derogat legi generali*». Вследствие изменения конституции в 2004 г. завершилась дискуссия о месте международных договоров, касающихся основных прав и свобод. Согласно ст. 90 (абз. 5 предл. 3) Конституции такие международные договоры, вступившие в силу в надлежащем порядке, в случае коллизии имеют приоритет по отношению к законам. Судебная практика исходила из этой точки зрения еще до внесения изменений в конституцию, установив, что ЕКПЧ имеет приоритет над законами⁸⁴. В отношении международных договоров, не регулирующих основные права и свободы, по-прежнему существуют сомнения об их соотношении с законами⁸⁵. Различные по-

54

⁸⁰ В особенности, см.: *Iliopoulos-Strangas*, Offene Staatlichkeit: Griechenland, in: v. *Bogdandy/Cruz Villalón/Huber* (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Bd. II, 2008, § 16, Rn 48ff.

⁸¹ Например, в сфере основных социальных прав человека. Подробнее см.: *Iliopoulos-Strangas/Leventis*, Der Schutz der sozialen Grundrechte in der Rechtsordnung Griechenlands, in: *Iliopoulos-Strangas* (Hrsg.), *Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon*, 2010, 249ff. (268f.).

⁸² См.: *Gönenç/Esen*, The Problem of the Application of Less Protective. International Agreements in Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution, *European Journal of Law Reform* 8 (2006), 485 (487ff.) sowie *Tuğcu*, The Place of the European Convention on Human Rights in Turkey, <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=content&id=50&hlke>; *Rumpf*, Einführung in das türkische Recht, 2004, 79; *ders.*, Höchstrichterliche Anwendung von Menschenrechtsverträgen im türkischen Recht — Anmerkungen zur Rechtsprechung des Verfassungsgerichts, Staatsrats und Kassationshofs, *EuGRZ* 1995, 147f.

⁸³ См.: *Özbudun*, Democratization Reforms in Turkey 1993–2004, *Turkish Studies* 8 (2007), 179 (189); *Gönenç/Esin* (сноска 83) sowie АYM Е. 1996/55 К. 1997/33; *Başlar*, The Fifty Years of the Constitutional Court of Turkey (1962–2012), *Law & Justice Review* 4 (2012) 13 (42, 56).

⁸⁴ *Rumpf* (сноска 83) 79; *ders.* (сноска 83) 147 (149ff).

⁸⁵ *Gönenç/Esin* (сноска 84) 485ff.

ложения конституции регулируют отдельные аспекты относительно значения международного *обычного* права и общих принципов во внутригосударственном праве⁸⁶. Согласно судебной практике общие принципы международного права имеют приоритет по отношению к конституции⁸⁷.

55 Конституция Японии исходит из того, что следует «добросовестно соблюдать» международное *договорное* право и признанные правила международного права, под которыми подразумевается международное *обычное* право (ст. 98 (абз. 2) Конституции). Процедура введения в действие международных договоров подробно регулируется в конституции (ст. 7 (предл. 1 и 8), ст. 61, ст. 73 (предл. 3) Конституции)⁸⁸, однако не регулируется соотношение между конституционным и международным правом. Ведутся теоретические дискуссии о приоритете международного права со ссылками на доктрину ФРГ и дифференциацию монистических и дуалистических теорий⁸⁹. Господствующее мнение в доктрине исходит из того, что японская конституция не имеет приоритета по отношению к международному праву⁹⁰. В судебной практике теоретические споры учитываются редко. Например, Верховный суд в решении по делу Сунагава (1959), в котором речь шла о применении Договора о безопасности между Японией и США, не проверял конституционность данного международного договора, сославшись на то, что проверка конституционности международных договоров относится к компетенции правительства и парламента⁹¹. Поэтому «такое решение ... выходит за рамки подведомственности суда общей юрисдикции, если антиконституционность и недействительность международного договора не является очевидной»⁹².

56 Государства, государственный строй которых был основан на теории *марксизма-ленинизма*, как СССР и ГДР, не признавали общих положений о приведении международного права в исполнение на внутригосударственном уровне. Такой подход был последовательным вследствие различия социалистического и несоциалистического права. Поскольку внутригосударственное право было социалистическим и считалось, что оно должно быть

⁸⁶ Статья 15 (абз. 1) Конституции Турции (ограничения основных прав при чрезвычайном положении только в соответствии с международным правом); ст. 16 Конституции Турции (ограничения основных прав в отношении иностранных граждан только в порядке, соответствующем международному праву); ст. 92 (абз. 1) (объявление войны только в случаях, предусмотренных международным правом).

⁸⁷ АУМ Е. 1976/38, К. 1976/46; АУМ Е. 1986/18, К. 1986/24; АУМ Е. 1995/20, К. 1996/4.

⁸⁸ Dazu Miyazawa, *Verfassungsrecht*, 1986, 286.

⁸⁹ См. Miyazawa (сноска 89), 286 ff; Takano, *Einführung in das Völkerrecht*, Bd. 1, 1979, 83ff.

⁹⁰ Типичная точка зрения см. Miyazawa (сноска 89); Takano (сноска 90), S 95ff.

⁹¹ Eisenhardt/Leser u.a. (Hrsg.), *Japanische Entscheidungen zum Verfassungsrecht in deutscher Sprache*, 1998, 500ff.

⁹² Miyazawa (сноска 89) 288, усматривает в этом признание приоритета международного над национальным правом.

защищено от чуждых элементов, а международное право состояло (и состоит до сих пор) из разнородных, в том числе несоциалистических элементов, «заражение» внутригосударственного права можно было предотвратить только при помощи «фильтра». Поэтому введение в действие международного права должно зависеть от принятия внутригосударственного правового акта или должна существовать норма о трансформации, зависящей от дополнительных условий⁹³. Принятая в результате референдума Конституция *Российской Федерации* 1993 г. считается благоприятной для международного права. Уже в преамбуле говорится о российском народе как части международного сообщества. Предл. 1 ч. 4 ст. 15 Конституции РФ объявляет общее международное право составной частью российской правовой системы. Что касается места международно-правовых норм в иерархии, в предл. 2 ч. 4 ст. 15 проводится различие между международными договорами и прочим международным правом. В то время как международные *договоры*, в отношении которых необходима ратификация на основе федерального закона, в случае коллизии норм обладают гарантированным конституцией приоритетом над внутригосударственными законами, «общепризнанные принципы и нормы международного права», т. е. международное *обычное право* и общие (универсальные) принципы права, согласно господствующему мнению такого приоритета не имеют. Место в иерархии норм международно-правовых норм, закрепляющих права человека, представляется спорным. Согласно ч. 1 ст. 17 Конституции в РФ признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией. С одной точки зрения, которая, вероятно, является господствующей, в этой норме выражается преимущество соответствующих международно-правовых норм перед конституцией и ст. 17 является *lex specialis* по отношению к ч. 4 ст. 15. С другой точки зрения, ч. 1 ст. 17 носит характер политической декларации⁹⁴.

Конституция *Кутая* 1982 г. регулирует только процедуру одобрения и ратификации международных договоров, но не содержит положений

57

⁹³ Логично были сформулированы исключения из догмы о трансформации в отношении норм международного права, возникших «в рамках» т. н. социалистического общества государств, см.: *de Fiumel*, Die Gültigkeit der völkerrechtlichen Normen in der nationalen Rechtsordnung, in: Graefrath (Hrsg), Probleme des Völkerrechts, 1985, 79 mN.

⁹⁴ В целом см.: *Danilenko*, The New Russian Constitution and International Law, AJIL 88 (1994) 451 ff; *Beknazar*, Das neue Recht der völkerrechtlichen Verträge in Rußland, ZaöRV 56 (1996) 406 ff; *Lukaschtuk*, Treaties in the Legal System of Russia, GYIL 40 (1997) 141 ff. К вопросу о новых конституциях центрально- и восточноевропейских государств и отдельных постсоветских государств см.: *Vereshchetin*, New Constitutions and the Old Problem of the Relationship Between International Law and National Law, EJIL 7 (1996) 29 ff; *Schweisfurth/Alleweldt*, The Position of International Law in the Domestic Legal Orders of Central and Eastern European Countries, GYIL 40 (1997) 164 ff; *Ziemele*, The Application of International Law in the Baltic States, GYIL 40 (1997) 243 ff.

о значении международного права в рамках внутригосударственного права⁹⁵. Соотношение между международным и внутригосударственным правом является предметом теоретических споров⁹⁶, но существующие теории не интерпретируются ни как монистические, ни как дуалистические⁹⁷. На практике регулируются разные способы имплементации международных договоров, например, посредством соответствующего законодательства об инкорпорации⁹⁸ или посредством т.н. отсылочных норм, на основании которых применение международных договоров в определенных контекстах является обязательным⁹⁹. Приоритет китайской конституции над международными договорами является практически бесспорным¹⁰⁰. Кроме того, не существует общего правила о приоритете международного права над другими правовыми актами национального китайского права. Однако в случае коллизии норм устанавливается приоритет международных обязательств, которые принял на себя Китай, частично на основании отсылочных норм¹⁰¹, частично на основании толкований Верховного народного суда¹⁰². Вопрос применения международного *обычного* права в китайском праве не регулируется, однако в отдельных случаях установлено, что оно применяется, если его предмет не регулируется национальным правом¹⁰³.

58 В Конституции *Тайваня* («Конституция Китайской республики 1947 г.»), исторической части Китая, которая не связана правовой традицией современного континентального Китая, речь идет о «соблюдении международных договоров и Устава ООН» (ст. 141), но не регулируется ни имплементация

⁹⁵ См.: *Ahl*, Die Anwendung völkerrechtlicher Verträge in China, 2009, 185ff.

⁹⁶ В юридической литературе одни авторы исходят из непосредственного действия и применимости международных договоров, см.: *Ahl* (сноска 96) 279; *Li/Guo*, in: Shelton (Hrsg.), International Law and Domestic Legal Systems, 2011, 169f, а другие их отрицают, см.: *Clarke*, China's Legal System and the WTO: Prospects for Compliance, in: George Washington University Global Studies Law Review 97 (2003) 102f.

⁹⁷ *Li/Guo* (сноска 97) 170; *Xue/Jin*, International Treaties in the Chinese Legal System, in: Chinese JIL 8 (2009) 305.

⁹⁸ *Xue/Jin* (сноска 98) 306ff.

⁹⁹ Некоторые авторы рассматривают тот факт, что международные договоры применяются на основании таких норм, как модель, сходную с моделью исполнения и отличную от модели трансформации, и обозначают ее как непосредственное применение договоров, см.: *Xue/Jin* (сноска 98) 310.

¹⁰⁰ *Ahl* (сноска 96) 288ff.

¹⁰¹ Например, по гражданско-правовым делам на основании § 142 Общих принципов гражданского права и § 236 Закона о гражданском процессе см. *Li/Guo* (сноска 97) 175ff.

¹⁰² Например, по делам о защите интеллектуальной собственности на основании толкования Верховного народного суда от 24.12.1993. См.: *Xue/Jin* (сноска 98) 315. После вступления Китая в ВТО суд также огласил толкование (27.8.2002), согласно которому в международных торговых спорах толкование национального права должно соответствовать международному праву. См.: *Zou*, International Law in the Chinese Domestic Context, in: Valparaiso University Law Review 44 (2010) 941f.

¹⁰³ *Zou* (сноска 103) 939; *Li/Guo* (сноска 97) 183ff.

международных *договоров* или международного *обычного* права во внутригосударственное право, ни их место в иерархии норм. Верховный суд¹⁰⁴ дал разъяснения о том, что международные договоры обретают статус внутригосударственных законов¹⁰⁵, если парламент выразил согласие с их заключением и президент их подписал. В результате такой процедуры договор автоматически становится частью внутригосударственного права; закона об имплементации не требуется¹⁰⁶. На практике международные договоры, стороной которых Тайвань не является, и общие принципы международного права в отдельных случаях используются Конституционным судом и судами общей юрисдикции для обоснования решений, из чего можно было бы сделать вывод о непосредственном действии международного обычного права.

Последующее изложение посвящено *актуальному* правовому положению в *Германии*. Историческое развитие соотношения международного права и немецкого права не рассматривается... В праве Германской империи действовал принцип строгого дуализма. Для имплементации международных договоров требовалась трансформация, международное обычное право действовало на внутригосударственном уровне, только если и поскольку его содержание включалось в текст внутригосударственного закона. Имперские законы имели приоритет над договорным и обычным международным правом, что неоднократно отражалось в практике Имперского суда¹⁰⁷. Веймарская конституция, напротив, объявляла в ст. 4 «общепризнанные правила международного права» «составной частью» права Германской империи. Под общепризнанными правилами подразумевались только те правила, которые были признаны Германией. Непризнание правила немецким законом, а также отмена признания обесценивали ст. 4 Веймарской конституции¹⁰⁸. Договоры нуждались в обязательной трансформации, внутригосударственное действие имплементированного права могло быть отменено. Регулирование данного вопроса в конституциях ГДР было сходным с Веймарской конституцией¹⁰⁹.

59

¹⁰⁴ Толкование № 329 от 24.12.1993.

¹⁰⁵ См. исследование на тему «Практика имплементации международных договоров во внутригосударственное право», проведенное по поручению Министерства юстиции Тайваня и тайваньской Ассоциации международного права от 29.10.2009, опубликованное в интернете <http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/912310451980.pdf> (abgerufen im Juli 2012), 29f.

¹⁰⁶ См.: исследование 2009 г. (сноска 111), 28f; Chang, Wen-chen, The Convergence of Constitutions and International Human Rights: Taiwan and South Korea in Comparison, in: North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulations, 36 (2011) 600f.

¹⁰⁷ См., например: RGSt 4, 271, 274; RGZ 85, 374.

¹⁰⁸ См.: *Anschütz*, Die Verfassung des deutschen Reiches, 14. Aufl 1933, Art 4, Rn 4; *Fleischmann*, in: *Anschütz/Thoma* (Hrsg), HdbStR I, 1930, 209, 220.

¹⁰⁹ Подробная информация в монографии с подробным теоретическим обоснованием см.: *G. Seidel*, Verhältnis von Völkerrecht und innerstaatlichem Recht, 1985; далее см.: *Becker*, Die Umsetzung von Völkerrecht in innerstaatliches Recht, NJ 1985, 392ff; *de*

60 Ниже рассматриваются *различные правовые источники*, нашедшие свое отражение с точки зрения международного права, например, в ст. 38 Устава Международного суда ООН и систематизированные в разделе 1 данной книги. Однако для данного контекста необходимо углубить эту систематизацию с точки зрения немецкого права. Поскольку право ЕС имеет большое практическое значение на актуальной стадии развития международного правопорядка, его тоже следует учитывать при систематизации. Его значение для немецкого права основано на международном праве, но его уже нельзя объяснить в рамках традиционных категорий источников международного права (однако см. абз. 173 и след.).

61 Международные суды и другие организации для разрешения споров традиционно могут принимать только такие решения, которые являются обязательными для государств только на *международно-правовом* уровне. Поскольку правовая сила решения имеет характер *inter partes*, могут возникнуть международно-правовые обязательства по его исполнению (ср. ст. 59 Статута Международного суда). «Источником права» *международная судебная практика* не является, хотя она рассматривается в качестве вспомогательного средства и служит для установления содержания правовых норм международного права, отнесенных к иным источникам международного права. Решение международного суда как таковое не оказывает влияния на немецкое право. Исключения составляют уникальные с этой точки зрения Европейский суд и Европейский суд по правам человека. К таким судам можно отнести также Международный трибунал по бывшей Югославии, созданный с целью борьбы с противоправными деяниями, совершенными на ограниченной территории в ограниченный промежуток времени, а в будущем, возможно, и Международный уголовный суд, созданный на основании Римского статута, будущее значение которого пока трудно предсказать¹¹⁰. Даже особые полномочия Европейского суда и ЕСПЧ не являются достаточным основанием для изменения определения места международной

Fiumel (Fn 94) 69 ff; в отношении Советского Союза см. также: *Uibopuu*, International Law and Municipal Law in Soviet Doctrine and Practice, FS Verdross, 1980, 661 ff.

¹¹⁰ К вопросу о роли Европейского суда см., например: *Knauff*, Integration durch Richterrecht — Zur Rolle des Europäischen Gerichtshofes im europäischen Einigungsprozess, JA 2002, 719 ff; *Callies*, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts, NJW 2005, 929 ff; о ЕСПЧ и других судебных органах по защите прав человека см.: *Bernhardt*, Rechtsfortbildung durch internationale Richter, insbesondere im Bereich der Menschenrechte, FS Jur Fak zur 600-Jahr-Feier der Universität Heidelberg, 1986, 527 ff, см. также ниже абз. 186. О «Международном трибунале по Югославии» см. резолюцию ГА ООН № 827 (1993); *Bergsmo*, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: Recent Developments, HRLJ 1994, 405 ff; Закон ФРГ о трансформации BGBI 1995 II, 485; *Schmalenbach*, Die Auslieferung mutmaßlicher deutscher Kriegsverbrecher an das Jugoslawientribunal in Den Haag, AVR 36 (1998) 285 ff. О первом приговоре МУС от 14.3.2012 г. см.: *Ambos*, Das erste Urteil des Internationalen Strafgerichtshofs (Prosecutor v. Lubanga) — Eine kritische Analyse der Rechtsfragen, ZIS 2012, 313 ff.

судебной практики в системе источников международного права. Использование практики этих судов в качестве критерия внутригосударственными судами является особым случаем применения европейского или международного права (см. ниже абз. 185 и сл.). С конструктивной точки зрения, было бы целесообразным обязать национальные правительствa, административные органы и суды учитывать решения международных судов. Однако роль и состояние международной судебной практики на сегодняшний день позволяют воздержаться от рассмотрения этой проблемы в настоящем разделе¹¹¹.

2. Международные договоры

а) Обзор требований Основного закона

Международные договоры являются предметом регулирования Основного закона, в частности, в ст. 59, 32, 24 и 23 ОЗ. Эти положения определяют и обосновывают компетенцию, регулируют процесс заключения международного договора и содержат программные установки. Решающей для внутригосударственного значения международных договоров, которые были заключены не в рамках участия в интеграционных сообществах или по которым передаются суверенные права, является ст. 59 (абз. 2) ОЗ. 62

Понятие «международный договор» как конституционно-правовое понятие идентично представлению о договоре как источнике международного права, т.е. не ограничивается определением, закрепленном в Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., которая применяется только к договорам в письменной форме¹¹². Статья 59 (абз. 2) ОЗ не применяется к межгосударственным договоренностям, не имеющим характера договора¹¹³. Этот абзац определяет предпосылки действия международных договоров во внутригосударственном праве (но не их применимость) и их место во внутригосударственном правопорядке. 63

Статьи 59 и ст. 32 Основного закона имеют формальное содержание. Статьи 23 и 24 Основного закона затрагивают также материальные аспекты. Вопрос о том, насколько и в какой степени ст. 24 (абз. 1), а также более 64

¹¹¹ К вопросу о принятом 17.7.1998 г. Статуте Международного уголовного суда см., например: *Werle*, Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht, ZStW (1997) 807ff; *Fastenrath*, Der Internationale Strafgerichtshof, JuS 1999, 632ff; *Blanke/Molitor*, Der Internationale Strafgerichtshof, AVR 39 (2001) 142ff; *Ambos*, Der neue Internationale Strafgerichtshof — ein Überblick, NJW 1998, 3743ff. К вопросу о Кодексе международного уголовного права (вступил в силу 29.6.2002 г.: BGBl I 2002, 2254) см.: *Engelhart*, Der Weg zum Völkerstrafgesetzbuch — Eine kurze Geschichte des Völkerstrafrechts, JURA 2004, 734ff; подробнее см. Раздел 7. *Шрёдер*, абз. 46 и след.

¹¹² Более подробно см.: Раздел 1. *Граф Витцум*, абз. 114.

¹¹³ *Wengler*, «Nichtrechtliche» Staatenverträge in der Sicht des Völkerrechts und des Verfassungsrechts, JZ 1995, 21ff.

специальная ст. 23 ОЗ, помимо правового основания для передачи суверенных прав межгосударственным образованиям, содержат также требование к Федерации создать (внешне)политические предпосылки для реализации этого основания, т. е. его использования для создания наднациональных сообществ, уже рассматривался выше (абз. 21 и след.).

65 *Статья 24 (абз. 2) Основного закона*, предположительно, обязывает к заключению договора (определенного содержания) по обеспечению мира в системе коллективной безопасности. Содержание второй части предложения этого абзаца указывает на обязательство Федерации по ограничению определенных суверенных прав в случае, если принято решение о вступлении в такую систему коллективной безопасности для обеспечения мира, или в случае, если вступление уже произошло¹¹⁴. Однако такая интерпретация противоречила бы праву усмотрения при вступлении в такую систему согласно первой части предложения этого абзаца. В этом случае можно исходить из формальной декларации.

66 Только *ст. 24 (абз. 3) Основного закона* обязывает к заключению договоров определенного содержания, а именно о присоединении к соглашениям об (общем, а не региональном) всеобъемлющем, обязательном международном арбитраже. Это не препятствует вступлению в различные системы урегулирования споров, которые не соответствуют названным предпосылкам. До настоящего времени отсутствуют соглашения о международном арбитраже, которые отвечают требованиям ст. 24 (абз. 3) ОЗ. Даже Международный суд не имеет такой юрисдикции. Его юрисдикция является «общей» и «всеобъемлющей», но не является «обязательной». Таким образом, Основной закон не предусматривает обязанности ФРГ заявить о признании юрисдикции суда согласно ст. 36 (абз. 2) Статута Международного суда¹¹⁵. Однако такое заявление было сделано в 2008 г.¹¹⁶

б) Федерация и земли в качестве сторон международных договоров и в качестве участников при заключении договоров

67 Государства обладают способностью заключать международные договоры. Субъекты Федерации также обладают элементами государственности, независимо от отсутствия внешнего суверенитета. Конституционно-правовой порядок любого федеративного государства определяет дееспособность субъектов Федерации в области внешней политики. Основной закон предоставляет немецким *федеральным землям частичную правоспособность*

¹¹⁴ *Rojahn* (сноска 22) Rn 90 с дальнейшими ссылками о разных точках зрения.

¹¹⁵ *Randelzhofer*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Art 24 II, III Rn 18; *Mosler*, in: HdbStR VII, § 179 Rn 36.

¹¹⁶ См. Раздел 7. *Шредер*, абз. 89.

для заключения международных договоров¹¹⁷. Он относит «поддержание отношений с иностранными государствами», под которыми подразумеваются все субъекты международного права, включая международные организации и субъекты Федерации иностранных государств, наделенные международно-правовой дееспособностью¹¹⁸, к «ведению Федерации» (ст. 32 (абз. 1) ОЗ). До заключения международного договора, затрагивающего «особое положение» земли, эта земля должна быть своевременно заслушана (ст. 32 (абз. 2) ОЗ). Основной закон предоставляет землям¹¹⁹ возможность заключать международные договоры в тех областях, которые относятся к их законодательной компетенции согласно Основному закону (см. ст. 32 (абз. 3) ОЗ), т. е. по тем предметам ведения, которые Основной закон (с точки зрения законодательной техники: в порядке исключения, качественно и количественно) не относит к компетенции Федерации (ст. 70 ОЗ)¹²⁰. Речь при этом идет не (только) о таких договорах, которые непосредственно затрагивают законодательство, т. е. содержат в себе обязательства по принятию или изменению законов (ср. ст. 59 (абз. 2 альтернатива 2) ОЗ и ниже абз. 99 и след.), а о *привязке к определенным предметам ведения*. Следовательно, земли могут заключать договоры с другими субъектами международного права, если их предмет регулирования не относится к исключительной законодательной компетенции Федерации согласно ст. 73 ОЗ, другим положениям Основного закона или в соответствии с неписаным правилом, или относится к предметам конкурирующей компетенции (ст. 74 ОЗ) и не существует препятствий для осуществления конкурирующей компетенции землями согласно ст. 72 (абз. 1) ОЗ. Положения о рамочной компетенции, существовавшие в старой редакции Основного закона, были отменены в 2006 г. Из регулирования полномочий земель следует, что Основной закон не устанавливает полномочия федеральных земель в отношении заключения международных договоров единообразно, а ставит эти полномочия в зависимость от проявления

¹¹⁷ Подробнее об исторических и сравнительных аспектах см.: *Fassbender, Der offene Bundesstaat*, 2007.

¹¹⁸ См. решение Федерального конституционного суда ФРГ: BVerfGE 1, 351, 366; 2, 347, 374; *Mosler, Die Auswärtige Gewalt im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland*, FS Bilfinger, 1954, 261; к обособлению Святого престола см. решение Федерального конституционного суда ФРГ: BVerfGE 6, 309, 362; *Bernhardt*, in: *HdbStR VII*, § 174 Rn 20.

¹¹⁹ Но не муниципальным образованиям; они могут заключать публично-правовые договоры с иностранными партнерами, если правовые положения не противоречат законодательству, § 54 Закона об административной процедуре; *Beyerlin, Rechtsprobleme der lokalen grenzüberschreitenden Zusammenarbeit*, 1988. Также см.: *Gutt, Grenzüberschreitende kommunale Zusammenarbeit*, 1999.

¹²⁰ Противоположная точка зрения см.: *Fassbender, Staatliche Befugnisse und Aufgaben im Sinne von Art. 30 GG als innere und auswärtige Kompetenzen des Bundes und der Länder*, DÖV 2011, 714 ff. Он выводит первичную компетенцию земель на заключение международных договоров непосредственно из ст. 30 ОЗ.

инициативы федерацией, если речь идет о компетенции согласно ст. 74 ОЗ. Если Федерация посредством принятия закона или при параллельном заключении международного договора (см. ниже абз. 68) постфактум лишает федеральные земли права на заключение международных договоров, изначально делегированное федерацией, международные договоры, заключенные землями, утрачивают юридическую силу (*ex nunc*)¹²¹.

68 В результате в ведении земель остаются полномочия по заключению договоров, прежде всего, в области политики по муниципальным вопросам, вопросам культуры¹²², спорта и полиции. Земли обладают компетенцией по заключению договоров, что следует из исключения из правила ст. 32 (абз. 1) ОЗ, содержащегося в ст. 32 (абз. 3) ОЗ и касающегося законодательной компетенции, при условии, что речь не идет о договорах, направленных на исполнение законодательства о «политических отношениях» (см. ст. 59 (абз. 2 предл. 1) ОЗ и см. также ниже абз. 95 и след.). Вопрос о том, обладает ли Федерация наряду с землями компетенцией по заключению международных договоров по предметам, которые находятся в исключительном ведении земель, всегда являлся спорным и регулируется т.н. Линдауским соглашением¹²³, правовая природа и конституционность которого также являются спорными¹²⁴. Если в соглашениях по вопросам культуры, заключенных между федерацией и иностранными государствами, затрагиваются вопросы, которые относятся к компетенции земель, то Федерация должна учитывать интересы земель посредством включения в договор оговорок, ограничивающих международно-правовые обязательства ФРГ в соответствии с разграничением компетенций между федерацией и землями на внутригосударственном уровне¹²⁵. Федеральные земли при исполнении таких договоров обязаны соблюдать общий принцип «верности Федерации»¹²⁶.

¹²¹ *Rojahn* (сноска 22) Art 32 Rn 32; противоположная точка зрения см.: *Maunz*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg), *Grundgesetz*, Art 32 Rn 51f; *Magiera*, *Außenkompetenzen der deutschen Länder*, in: *Lüder* (Hrsg), *Staat und Verwaltung*, 1997, 97, 101.

¹²² Если она не является «внешней» политикой в области культуры, см.: *Köstlin*, *Die Kulturhoheit des Bundes*, 1989, 62 ff.

¹²³ Соглашение между федеральным правительством и государственными канцелярскими федеральных земель о праве Федерации на заключение договоров от 14.11.1957 г., текст см.: *ZaöRV* 20 (1959/60) 116 ff.

¹²⁴ См.: *Rojahn*, (сноска 122), Rn 41 ff, 49 ff mwN; см. также: *Papier*, *Abschluss völkerrechtlicher Verträge und Föderalismus — Lindauer Abkommen*, *DÖV* 2003, 265 ff; *Bücker/Köster*, *Die ständige Vertragskommission der Länder*, *JuS* 2005, 976 ff. К вопросу о юридической квалификации международных договоров в рамках ЕС см.: *Clostermeyer/Lehr*, *Ländermitwirkung bei völkervertraglichem Handeln auf EU-Ebene*, *DÖV* 1998, 148 ff.

¹²⁵ «Оговорка о приложении усилий», см., например, Соглашение о культурном сотрудничестве с Вьетнамом от 6.3.1991 г., *BGBI* 1991 II, 1050.

¹²⁶ См.: *Mosler*, *Kulturabkommen des Bundesstaats*, *ZaöRV* 16 (1955/56) 33 f; к вопросу об одобрении парламентами земель и его правовом значении см.: *Rudolf*, *Mitwirkung der Landtage bei völkerrechtlichen Verträgen und bei der EG-Rechtsetzung*, *FS Carstens*,

Для заключения договора землями, допустимого с точки зрения материального права, необходимо согласие федерального правительства; лишь такое согласие порождает международную правоспособность по заключению договора. Право федеральных земель требовать дачи согласия на заключение договора теоретически можно обосновать, исходя из общих обязанностей Федерации, вытекающих из принципов федеративности, если отказ Федерации дать согласие был бы произвольным. Однако на практике эта проблема не имеет значения. 69

Тот факт, что в ст. 32 (абз. 3) ОЗ закона речь идет исключительно об иностранных государствах (см. также выше абз. 67), не наделяет земли полномочиями по заключению договоров с другими субъектами международного права по предметам ведения, которые выходят за рамки законодательной компетенции земель. Одобрение федеральным правительством заключения землями договоров по предметам ведения Федерации не может легитимировать такой договор. Требование о согласии существует независимо от полномочия по заключению договора. Полномочие не может возникнуть по распоряжению федерального правительства — от компетенций нельзя отказаться. 70

Если земли уполномочены на заключение договора и федеральное правительство дает согласие, то дальнейшие процессуальные и материальные требования, раскрытые ниже лишь в отношении международно-правовых договоров Федерации, о действительности и юридических последствиях таких договоров для права соответствующей земли определяются согласно конституционному праву данной земли. Однако подробные правила имплементации международных договоров в конституциях земель не закреплены. 71

Преимущество Федерации при заключении международных договоров процессуально смягчено ст. 32 (абз. 2) ОЗ. В соответствии с данным положением перед заключением (федерацией) международного договора, который затрагивает особое положение земли, эта земля должна быть «своевременно заслушана». Это положение достаточно категорично. Оно указывает на заключение договора, т. е. на хронологически последний акт федеральной власти перед вступлением договора в силу с точки зрения международного права, как правило, ратификацию как заявление одной из сторон договора о том, что предпосылки для заключения и вступления договора в силу выполнены. Таким образом, (предварительное) принятие, возможно, необходимого закона об одобрении не имеет значения (см. ниже абз. 104 и след.). В контексте федерализма может и должна гарантироваться возможность заслушивания на более ранней стадии. Она не должна сводиться к чистой 72

1984, 757 ff. Если Федерация, нарушив правила о разграничении компетенции, вторглась в сферу компетенции федеральных земель, такое нарушение не может быть впоследствии устранено посредством принятия федерального закона об одобрении международного договора согласно ст. 59 (абз. 2 предл. 1) ОЗ. См.: BVerwG, NVwZ 2011, 752.

формальности (об этом свидетельствует формулировка «своевременно»). Заинтересованная земля должна получить возможность выражать свои интересы с достаточной степенью подробности и эффективно защищать их.

73 Несмотря на то, что в ст. 32 (абз. 2) ОЗ этот аспект не регулируется, заключение договора может одновременно «особенно» затрагивать интересы нескольких федеральных земель (например, северо-восточных земель, находящихся на побережье). Однако земли не могут ссылаться на «особую» заинтересованность, если интересы всех земель затронуты в одинаковой степени. В этом случае их интересы представляет Бундесрат, если и поскольку его участие в процедуре предусмотрено ст. 59 (абз. 2) ОЗ.

74 Если предметом договора, заключаемого землей, является вступление в международную организацию, такие договоры рассматриваются как особая категория уже потому, что понятие международной организации включает в себя различные структуры¹²⁷. Согласно ст. 24 (абз. 1) ОЗ Федерация вправе передавать суверенные права международным организациям, а земли таким полномочием, в принципе, не обладают, однако с 1992 г. согласно ст. 24 (абз. 1а) ОЗ для земель предусмотрено исключение в отношении «приграничных образований сопредельных государств». Это понятие имеет ярко выраженный регионально-локальный характер¹²⁸. С точки зрения как международного, так и внутреннего права согласие федерального правительства является необходимой предпосылкой для вступления в силу.

75 В то время как ст. 32 ОЗ определяет компетенцию по заключению договоров федерацией и землями таким образом, который позволяет утверждать, что вопросы внешней политики¹²⁹ находятся в основном в компетенции Федерации, причем ст. 24 (абз. 1а) не меняет содержание этого утверждения по существу, ст. 23 Основного закона в редакции 1992 г. создает новые рамки для взаимодействия Федерации и земель на внутригосударственном уровне для развития европейской интеграции, которая относится к компетенции Федерации, а не земель. Здесь речь идет о формировании воли на уровне Федерации не только относительно заключения договоров (но см. ст. 23 (абз. 1 предл. 3) ОЗ: «изменение [...] договорных основ и аналогичное регулирование»), но об «участии» ФРГ при осуществлении интеграции (см. выше абз. 21 и след.)¹³⁰. Несмотря на то, что, как неоднократно устанавливалось, изначально закрепленная в Основном законе роль земель в соотношении с федерацией постоянно ограничивается, в связи с процессом интеграции для учета

¹²⁷ См. Раздел 4 Кляйн/Шмаль, абз. 12 и след.

¹²⁸ Подробнее см.: Schwarze, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf grenznachbarschaftliche Einrichtungen im Sinne des Art 24 Abs 1a GG, FS Benda, 1995, 311 ff; Grotefels, Die Novellierung des Art 24 GG, DVBl 1994, 785 ff.

¹²⁹ К этому определению см. абз. 76.

¹³⁰ К вопросу об этом аспекте см.: Melin, Die Rolle der Bundesländer im Europäischen Rechtsetzungsverfahren nach Lissabon, EuR 2011, 655 ff.

интересов земель используется конституционный механизм, согласно которому *Бундесрат* на основании ст. 23 (абз. 2, 4 и 6) ОЗ имеет возможность при участии в интеграционном процессе влиять на волеобразование на федеральном уровне с той степенью интенсивности, с которой затрагиваются интересы земель¹³¹. Однако создатели Основного закона сформулировали данные положения, в которых содержится большое количество неопределенных юридических понятий, неконкретно и несистематично. Их роль как основы регулирования и их юстициабельность так же сомнительны, как и их соответствие праву ЕС и прочим положениям Основного закона¹³². В частности, является неоднозначной формулировка ст. 23 (абз. 6) ОЗ¹³³, согласно которой права ФРГ, связанные с членством в ЕС, осуществляются «представителем земель, назначенным Бундесратом» «при участии и по согласованию с федеральным правительством» «в рамках общегосударственной ответственности Федерации». На такого представителя земель «должно быть» возложено осуществление полномочий Федерации, если «в основном затрагиваются предметы исключительной законодательной компетенции земель».

в) Представительство в международных отношениях — полномочия федерального президента

Положение Основного закона, регулирующее предпосылки и объем внутригосударственного значения международных договоров (ст. 59 (абз. 2)), содержится в разделе о федеральном президенте, что связано с историей конституции. В монархической Германии главой государства выступал монарх, «непосредственный»¹³⁴ носитель властных полномочий в области иностранных дел¹³⁵.

76

¹³¹ См. также обязанность по регулированию в абз. 7 и Закон о сотрудничестве Федерации и земель по вопросам ЕС от 12.3.1993 г., (BGBl I, 313). См. также актуальный Закон об внесении изменений в Закон о сотрудничестве Федерации и земель по вопросам ЕС от 22.9.2009 (BGBl 2009 I, 3031), а также Закон об ответственности Бундестага и Бундесрата за интеграцию в ЕС (BGBl 2009 I, 3022), который явился реакцией на решение Федерального конституционного суда по делу о *Лиссабонском* договоре.

¹³² К вопросу о критике см. в: *Kunig*, *Mitwirkung der Länder bei der europäischen Integration*, FS C. Heymanns Verlag, 1995, 591 ff; *Hrbek*, *Der deutsche Bundesstaat in der EU. Die Mitwirkung der deutschen Länder in EU-Angelegenheiten als Gegenstand der Föderalismus-Reform*, FS Zuleeg, 2005, 256ff.

¹³³ См. также: *Kunig* (сноска 133); *Uerpmann-Witzack*, (сноска XX), Art. 23 Rn 103; *Breuer* (сноска 32) 428; *Herdegen* (сноска 28) 593; с точки зрения сравнительного правоведения см.: *Stumpf*, *Mitglieder von Regionalregierungen im EU-Ministerrat — Ein Vergleich zwischen den Rahmenbedingungen nach europäischem, deutschem und britischem Recht*, EuR 2002, 275ff.

¹³⁴ См.: *Grewe*, *Auswärtige Gewalt*, in: *HdbStR III*, § 77 Rn 40.

¹³⁵ К вопросу о термине см.: *Grewe* (сноска 102) Rn 1 ff; к вопросу о критике в отношении термина см.: *Tomuschat*, *Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen*, VVDStRL 36 (1978) 23; *Pernice*, *Aussprache und Schlussworte zum ersten Beratungsgegenstand: Kontrolle der auswärtigen Gewalt*, VVDStRL 56 (1996) 117:

Эта традиция была продолжена в Веймарской конституции, а ст. 45 Веймарской конституции послужила образцом для ст. 59 ОЗ. Роль федерального президента в Основном законе принципиально отличается от роли президента в Германской империи. Это наиболее значительное отличие между обеими конституциями, что являлось политической целью при подготовке новой конституции¹³⁶. В первую очередь, Основной закон предоставляет федеральному президенту полномочие по «представлению» Федерации в международных отношениях, заключению от ее имени договоров Федерации с иностранными государствами и, наконец, по «аккредитации и приему иностранных послов» (ст. 59 (абз. 1 предл. 1–3) ОЗ). Кроме того, в абз. 2 данной статьи установлена обязанность федеральных законодательных органов участвовать в подписании определенных договоров. Это положение следовало бы включить в другой раздел Основного закона, поскольку оно регулирует взаимоотношения между федеральным правительством и федеральным законодателем. По этой причине данная обязанность (см. ниже абз. 86 и след.), а также ее правовые последствия (см. ниже абз. 115 и след.) будут рассмотрены отдельно.

77 Полномочия в отношении представительства на международном уровне включают в себя право делать и принимать заявления от имени государства на международном уровне, т. е. по отношению к другим субъектам международного права, как и в ст. 32 ОЗ¹³⁷ не только по отношению к государствам. Если исходить из значения термина «представительство» в гражданском праве, можно сделать неправильные выводы, поскольку в гражданском праве он означает, что представитель уполномочивается осуществлять волеизъявление от чужого имени (см. § § 164 и след. Германского гражданского уложения). Федеральный президент выступает и действует как орган Федерации, которая делает и принимает заявления. Международно-правовые полномочия федерального президента по представительству охватывают все непосредственно юридически значимые заявления (таким образом, например, на речи это полномочие не распространяется¹³⁸) в международных отношениях. Только некоторые типы таких заявлений перечислены в ст. 59 (абз. 1 предл. 2, 3) ОЗ, а именно заявления в связи с заключением договоров и заявления в отношении дипломатического персонала. Таким образом, ст. 59 (абз. 1 предл. 1) не ограничивается; речь идет о примерах наиболее важных случаев применения¹³⁹.

«в принципе, устарело»; введение в тему см.: *Kunig*, *Auswärtige Gewalt*, JURA 1993, 554 ff; подробные отчеты о предмете консультации («контроль за внешней политикой»): *Hailbronner und Wolfrum*, *VVDStRL* 56 (1996) 7 ff, 38 ff.

¹³⁶ См.: *Kunig*, *Der Bundespräsident*, JURA 1994, 217 ff.

¹³⁷ См. абз. 67, 70.

¹³⁸ Например, *Fastenrath*, *Kompetenzverteilung im Bereich der Auswärtigen Gewalt*, 1986, 202 ff; противоположная точка зрения см.: *Maunz* (сноска 122) Art 59 Rn 5.

¹³⁹ *D. Seidel*, *Der Bundespräsident als Träger der auswärtigen Gewalt*, 1972, 63.

Любое международное представительство ФРГ должно быть связано с федеральным президентом, что, однако, не означает, что он должен всегда совершать такие действия лично. Напротив, он уполномочен *делегировать обязанности*. Согласно господствующему мнению¹⁴⁰, федеральный президент может делегировать полномочия конклюдентно или (не бесспорно) на основании генеральной доверенности. Практика по этому вопросу неоднозначна. Например, о признании иностранных государств¹⁴¹ федеральные президенты иногда делали заявления сами, а иногда уполномочивали федеральное правительство в конкретном случае. Вызывает сомнения, насколько существует необходимость в институте конклюдентного уполномочивания. Еще более сомнительным представляется, целесообразно ли в этом случае использовать спорную категорию конституционного обычного права. С другой стороны, в практике международных отношений делаются многочисленные юридически релевантные заявления на международном уровне, вследствие чего вполне естественно, что предпринимаются попытки догматически обосновать существующую практику¹⁴².

Статья 59 (абз. 1) ОЗ не предоставляет федеральному президенту, не несущему ответственности перед парламентом, полномочий по определению или участию в определении внешней политики. Общие принципы (ст. 65 предл. 1, 2, ст. 58 предл. 1 ОЗ — необходимость *контрасигнатуры*), с точки зрения государственного права, значительно ограничивают свободу его действий. Федеральный президент не обладает «материальной внешнеполитической властью»¹⁴³. Он не обладает «политическим правом вето» в сфере применения ст. 59 (абз. 1) ОЗ¹⁴⁴. Право на проведение проверки он имеет лишь постольку, поскольку он обязан реагировать на явные нарушения конституции¹⁴⁵ и международного права¹⁴⁶.

г) Роль федерального правительства

Основной закон не описывает задачи федерального правительства. Выводы о части этих задач можно сделать на основании конституционных положений об организации государственной власти. Несмотря на то, что федеральное правительство достаточно редко упоминается в положениях

¹⁴⁰ См., например, BVerfGE 68, 1, 82.

¹⁴¹ К вопросу о признании государств см. Раздел 3. *Хайльброннер/Кай*; абз. 175 и след.

¹⁴² См.: *Kimminich*, Das Staatsoberhaupt im Völkerrecht, AVR 26 (1988) 153 ff; автор справедливо указывает на то, что ст. 59 (абз. 1) ОЗ должен рассматриваться в контексте ст. 7 (абз. 2а), ст. 46 Венской конвенции о праве международных договоров.

¹⁴³ *Mosler* (сноска 119) 250; *Grewe* (сноска 135) § 77 Rn 40 mit Fn 37.

¹⁴⁴ *Schlaich*, in: HdbStR III § 49 Rn 49; см. ранее иное мнение: *Mosler* (сноска 119) 281 f.

¹⁴⁵ К содержанию спора со ссылками на литературу: *Kunig* (сноска 137) 219 ff.

¹⁴⁶ Подробнее см.: *Grewe* (сноска 135) Rn 40; см. также: *Schlaich* (сноска 145) Rn 50: обязанность ратифицировать «после правовой проверки».

об организации государственной власти в связи с компетенцией в области иностранных дел (за исключением новой ст. 23 ОЗ), распространено мнение о том, что *основная компетенция в связи с иностранными делами принадлежит федеральному правительству*¹⁴⁷. Однако не существует единого мнения о том, противоречит ли этому одновременное предположение об исключительности описанных в ст. 65 ОЗ полномочий федерального канцлера и федерального правительства, которое опровержимо на основе позитивного конституционного права¹⁴⁸.

81 Этот вопрос, который в течение длительного времени обсуждался в основном в теории¹⁴⁹, приобрел актуальность с 1993 г. в связи с политическими спорами об участии Бундесвера в военных действиях за рубежом¹⁵⁰, а также был предметом решения Федерального конституционного суда от 12.7.1994 г.¹⁵¹ об участии Бундесвера в военных операциях НАТО, Западноевропейского союза и ООН. Суд справедливо установил, что акты

¹⁴⁷ Так, *Фастенрат* говорит о «сводной функции», см.: *Fastenrath* (сноска 139) 215 ff; см. также: *Menzel*, Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik in der Deutung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 79 (1953/54) 349 ff; «комбинированная» власть; *Вольфрум* говорит о широко распространенной с этого момента «тенденции парламентаризации в области иностранных дел», см.: *Wolfrum* (Fn 136) 62 ff.

¹⁴⁸ Согласно судебной практике с момента вынесения решения Федерального конституционного суда Германии: BVerfGE 1, 372, 394; далее см. решение 68, 1, 87; критический обзор начавшихся в 50-е годы дискуссий в доктрине о том, соответствует ли это основополагающему принципу демократии, см. в сноске 135: *Grewe*, Rn 41 ff.

¹⁴⁹ Сравнительный анализ см. доклады на чикагском симпозиуме: Chicago-Kent LR 67 (1991) 293 ff (Symposium on Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties).

¹⁵⁰ К вопросу о федеральной полиции см. в: § 8 Закона о федеральной полиции (BPolG), BGBl 1994 I, 2978, zuletzt geändert 21.6.2005, BGBl 2005 I, 1818. См. также: *Pudlas*, Der Schutz deutsche Staatsbürger im Ausland als verfassungsrechtliche Aufgabe der Streitkräfte im Rahmen der Personalverteidigung, JURA 2012, 426 ff.

¹⁵¹ BVerfGE 90, 286 ff; к этому решению см., например, *Stein/Kröniger*, Bundeswehreininsatz im Rahmen von NATO-, WEU- bzw UN-Militäraktionen, JURA 1995, 254 ff; *N. K. Riedel*, Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Bundeswehreininsatz im Rahmen von NATO-, WEU- bzw. UN-Militäraktionen, DÖV 1995, 135 ff; *Depenheuer*, Der verfassungsrechtliche Verteidigungsauftrag der Bundeswehr, DVBl 1997, 685 ff; *Limpert*, Auslandseinsatz der Bundeswehr, 2002, 20 ff, 45 ff. — Ранее (ускоренное производство): BVerfGE 88, 173; 89, 38; *Sachs*, JuS 1994, 75 f. Später: BVerfGE 100, 266 (участие в военных действиях в Косово); *Sachs*, JuS 2000, 86 f; BVerfGE 108, 34 (AWACS — война в Ираке); *Krajewski*, Das «Parlamentsheer» als Kollateralschaden des Irak-Krieges, AVR 41 (2003) 419 ff; наряду с конституционно-правовыми рассматриваются также международно-правовые аспекты: *Dreist*, AWACS-Einsatz ohne Parlamentsbeschluss? Aktuelle Fragestellungen zur Zulässigkeit von Einsätzen bewaffneter Streitkräfte unter besonderer Berücksichtigung der NATO-AWACS-Einsätze in den USA 2001 und der Türkei 2003, ZaöRV 64 (2004) 1001 ff.; BVerfGE 121, 135 (AWACS — Турция); *Sachs*, Auslandseinsätze der Bundeswehr und Parlamentsvorbehalt, JuS 2008, 829 ff; BVerfGE 121, 135 (AWACS-Турция); BVerfGE 124, 267 (НАТО-Косово); *Fischbach*, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Bundesregierung bei der Ausübung der Auswärtigen Gewalt, 2011.

в сфере внешней политики согласно модели, описанной в ст. 20 (абз. 2) Основного закона, относятся к компетенции правительства, если другими положениями конституции не установлено иное, как, например, в отношении «политических договоров» согласно ст. 59 (абз. 2 предл. 1) ОЗ. Другие международные договоры и другие внешнеполитические акты (даже те, которые регулируют «политические отношения») входят в компетенцию федерального правительства¹⁵². Статья 59 (абз. 2 предл. 1) ОЗ не содержит *требования о форме международного договора*. Это положение регулирует только новые договоры, в том числе, изменения существующих договоров, включая конклюдентные изменения, если это допустимо с точки зрения международного договорного права. Необходимость получения согласия парламента следует не из общих положений о соотношении международного и немецкого права, а из положений, которые независимо от этого содержат парламентскую оговорку, например, при рассмотрении основных прав, в бюджетном праве, а также при передаче суверенных прав согласно ст. 24 (абз. 1) ОЗ. В остальном парламент ограничивается политическим контролем.

В противоположность этому, мнение, согласно которому следует реагировать расширением обязанности согласования с парламентом на «размытую» границу между изменением содержания права международных договоров на основании практики государств, в особенности феноменом, обозначаемым как «аутентичное» толкование¹⁵³, с одной стороны, и формальным изменением договора, с другой стороны, является непрacticable и не может быть обосновано толкованием положений Основного закона¹⁵⁴. Согласие парламента распространяется на «дальнейшее развитие договора», не достигающее уровня формальных изменений. Только таким способом возможно четкое разграничение. Если выяснится, что развитие международного права происходит по мере материальных изменений обязательств «в пределах» действующих международных договоров, которые в определенный момент в прошлом частично обесценивают акт согласия, это

82

¹⁵² BVerfGE 90, 286, 358.

¹⁵³ К вопросу о толковании международных договоров см. Раздел 1. *Граф Витцтум*, абз. 123 и след.

¹⁵⁴ Согласно мнению четырех судей в решении Федерального конституционного суда Германии (см. BVerfGE 90, 286, 372ff), которые на основе этой точки зрения сочли действия федерального правительства в боснийском конфликте противоречащими конституции. В поддержку этой точки зрения см. в: *Rojahn* (сноска 22) Art 59 Rn 44; одобрительно и, в целом, против рестриктивного толкования ст. 59 (абз. 1 предл. 1) ОЗ высказывается: *Zivier*, *Demontage einer Verfassungsvorschrift?* Art 59 Abs 2 S 1 GG in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, RuP 2003, 20ff. См. также: *Fastenrath*, *Inhaltsänderung völkerrechtlicher Verträge ohne Beteiligung des Gesetzgebers*, in: Geiger (Hrsg), *Völkerrechtlicher Vertrag und staatliches Recht vor dem Hintergrund zunehmender Verdichtung der internationalen Beziehungen*, 2000, 187ff 93ff.

было бы в первую очередь результатом политико-правового анализа. Статья 59 (абз. 2) ОЗ в актуальной редакции не предохраняет от этого парламент¹⁵⁵.

83 Диспозиция ст. 59 (абз. 2) ОЗ затрагивает также «ограничения» суверенных прав, которые связаны со вступлением в систему коллективной безопасности согласно ст. 24 (абз. 2) ОЗ. Подобные «ограничения» прав следует отличать от их «передачи» согласно ст. 24 (абз. 1), ст. 23 ОЗ (ср. также выше абз. 25 и след. и ниже абз. 125). К таким системам относятся как системы по сохранению мира между государствами-участниками, так и союзы коллективной самообороны, т. е. одновременно, несмотря на различия в целях и структуре, например, НАТО и ООН. Из полномочий, предусмотренных в ст. 24 (абз. 2) ОЗ, которую одновременно следует рассматривать в качестве основания для исполнения задач, типичным образом связанных с принадлежностью к системе, следует также допустимость участия Бундесвера в военных операциях за границей в рамках соответствующих систем¹⁵⁶. Статья 87а ОЗ согласно справедливому мнению не является препятствием для участия Бундесвера в военных операциях за границей как в рамках систем¹⁵⁷, так и независимо от членства в системах¹⁵⁸.

84 Федеральный конституционный суд ФРГ, кроме того, уже в 1994 г. на основании общего обзора различных, частично отмененных (ст. 59а ОЗ¹⁵⁹), частично не применимых в данной связи (ст. 45b ОЗ о назначении уполномоченного по обороне) положений, принципов и постулатов установил наличие *парламентской оговорки* относительно решения об участии Бундесвера в военных действиях за границей в конкретных случаях¹⁶⁰. Из этого следует, что в принципе (исключения возможны только в случае угрозы

¹⁵⁵ BVerfGE 104, 151, 206 ff (*стратегическая концепция НАТО*); Rux, Zur Beteiligung des Bundestages bei der Fortentwicklung eines Systems gegenseitiger kollektiver Sicherheit, JA 2002, 461 ff; Sauer, Die NATO und das Verfassungsrecht, ZaöRV 62 (2002) 317 ff. В виду своей неопределенности представленная в качестве дифференцирующей формула (см. Wolfrum (сноска 136) 55), согласно которой все зависит от того, прослеживается ли при заключении договора общая линия дальнейшего развития, не является прогрессивной; критика см., например: Tomuschat, ebd, 114f. См. также BVerfGE 117, 359 и E 118, 244 (*использование самолетов типа Торнадо*) и BVerfGE 124, 267 ff (*НАТО–Косово*).

¹⁵⁶ К вопросу об актуальном содержании дискуссии см. BVerfGE 90, 286, 345 ff; Randelzhofer, in: Maunz/Dürig (сноска 116) Art 24 II Rn 11; Wolfrum, in: HdbStR VII, § 176 Rn 17; см. также: Wild, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen für Auslandseinsätze der Bundeswehr nach dem Kosovo-Krieg, DÖV 2000, 622 ff.

¹⁵⁷ BVerfGE 90, 286, 355 ff.

¹⁵⁸ Противоположная точка зрения см.: Randelzhofer (сноска 116) Rn 43 ff mwN; Brenner/Hahn Bundeswehr und Auslandseinsätze, JuS 2001, 729 ff; Limpert (сноска 152); Bähr, Verfassungsmäßigkeit des Einsatzes der Bundeswehr im Rahmen der Vereinten Nationen, 1994.

¹⁵⁹ См. редакцию от 19.3.1956: BGBl I, 111, отменена законом от 24.6.1968: BGBl 1968 I, 709.

¹⁶⁰ BVerfGE 90, 286, 381 ff.

промедления) для участия вооруженных сил в военных операциях за границей, включая любые формы миротворческих сил ООН¹⁶¹, требуется предварительное согласие парламента не в форме закона, а в форме т.н. обычного парламентского решения¹⁶². Однако в этом случае не предусмотрено право инициативы¹⁶³.

Как и в решении Федерального конституционного суда по делу о Маастрихтском договоре¹⁶⁴, в данном решении отражено, как суд, частично выходя за рамки своей процессуальной компетенции, предоставленной ему законом, но и ограниченной законом, догматически сложным путем пытался найти баланс между внешнеполитическими ожиданиями ФРГ в контексте воссоединения Германии и внутривнутриполитическими тенденциями, связанными со скептицизмом по отношению, в данном случае, к военной интеграции. Можно считать результат судебного решения «оправданным в порядке исключения»¹⁶⁵. Однако в данном случае Федеральный конституционный суд преступил границы конституционного права. В этом подразделе подчеркивалось преимущество федерального правительства перед парламентом в сфере международных отношений, но в такой же степени это преимущество правительства, которое соответствует замыслу конституции, действует в отношении Федерального конституционного суда¹⁶⁶.

Однако, приняв федеральный Закон о парламентском участии при принятии решения по вопросу об участии вооруженных сил в военных действиях за границей (Закон о парламентском участии)¹⁶⁷, вступивший в силу 24.3.2005 г., законодатель последовал указанию суда о том, что после установления судом минимальных требований и границ парламентской оговорки об участии вооруженных сил в военных действиях за границей задачей законодателя является конкретизация формы и объема парламентского участия¹⁶⁸, и создал соответствующую этой судебной практике законодательную основу¹⁶⁹. Время покажет, насколько закон оправдает себя и, в особенности, будет ли он способствовать решению вопросов, до сих пор оставшихся

¹⁶¹ См. Раздел 4. *Кляйн/Шмаль*, абз. 205.

¹⁶² v. *Münch/Mager*, Staatsrecht I, 7. Aufl 2009, 144f.

¹⁶³ См. также BVerfGE 121, 135ff; E 124, 267ff. *Fischbach*, Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Bundesregierung bei der Ausübung der Auswärtigen Gewalt, 2011.

¹⁶⁴ См. выше абз. 26.

¹⁶⁵ См.: *Nolte*, Bundeswehreinräte in kollektiven Sicherheitssystemen, ZaöRV 54 (1994) 652 (683f).

¹⁶⁶ См. в этой связи в качестве примера сдержанности суда относительно США: *Franck/Glendon*, Foreign Relations and National Security Law, 2. Aufl 1993.

¹⁶⁷ BGBl 2005 I, 775f.

¹⁶⁸ BVerfGE 90, 286, 381ff.

¹⁶⁹ *Rau*, Auslandseinsatz der Bundeswehr: Was bringt das Parlamentsbeteiligungsgesetz?, AVR 44 (2006) 93ff; *Schröder*, Das neue Parlamentsbeteiligungsgesetz, NJW 2005, 1401ff; к вопросу о фактической основе и законодательном процессе см.: *Burkiczak*, Ein Entsendegesetz für die Bundeswehr?, ZRP 2003, 82ff.

спорными. В Законе не рассматривается вопрос о том, какие возможности имеет Бундестаг в случае, если ФРГ решила бы заключить с ООН договор согласно ст. 43 Устава ООН¹⁷⁰. Согласно убедительному мнению наложение запрета на участие в такого рода военных действиях *in concreto* было бы невозможным¹⁷¹.

д) Обязательное участие Бундестага и Бундесрата

86 В международных отношениях федеральный президент и федеральное правительство могут заключать договоры от имени ФРГ, даже если это противоречит воле парламента и независимо от вопроса, противоречит ли выполнение договорных обязательств внутригосударственному праву, даже конституционному праву. Согласно общему международному праву внутригосударственное право не может являться основанием для возражений против требования по выполнению договора или вторичных последствий, наступающих вследствие нарушения договора (см. ст. 27 Венской конвенции о праве международных договоров). Нарушение положений внутригосударственного права, касающихся компетенции заключать договоры, служат оправданием только в случае «очевидности» и также только тогда, когда речь идет о норме «особо важного значения» (ст. 46 Венской конвенции о праве международных договоров)¹⁷².

87 *Статья 59 (абз. 2) Основного закона* необходимо также рассматривать в данном контексте. Он предусматривает участие конституционных органов, в частности и, в первую очередь, Бундестага как парламента, и, при необходимости, Бундесрата как федерального органа, представляющего интересы земель. Это участие осуществляется не при заключении договора (как в некоторых других государствах), а является предпосылкой для вступления в силу закона о соответствующем договоре и, таким образом, действия имплементированного содержания договора на внутригосударственном уровне. Это побуждает федеральное правительство к поиску согласия (консенсуса) с парламентом и предотвращает возникновение коллизии внутригосударственных норм, но не может полностью исключить возникновения глубокого противоречия между международными обязательствами и внутригосударственными ограничениями и даже способствует возникновению таких противоречий, если при заключении договора не принимаются меры для

¹⁷⁰ К вопросу о контексте см.: *Kunig, Völkerrecht als Öffentliches Recht*, GS Grabitz, 1995, 325 ff.

¹⁷¹ Аналогичная оценка см.: *Hailbronner* (сноска 136) 33f. См. в этой связи цитату из решения Федерального конституционного суда ФРГ (BVerfGE 90, 286, 388): «Конечно, Бундестаг при принятии решения ограничен содержанием постановления об участии вооруженных сил в военных действиях, на которое он дал свое согласие».

¹⁷² См.: раздел 1, *Граф Витцтум*, абз. 126.

предотвращения вступления международного договора в силу без выполнения предпосылок ст. 59 (абз. 2) ОЗ. Такие меры, а именно согласование необходимости ратификации, регулярно принимаются относительно договоров, которые относятся к сфере применения ст. 59 (абз. 2) ОЗ. Ратификация означает при этом заявление о том, что со стороны государства выполнены все внутригосударственные предпосылки об участии государственных органов в принятии решения, которое одновременно является заявлением о согласии ФРГ принять на себя договорные обязательства. Согласно ст. 59 (абз. 1 предл. 1, 2) ОЗ, это заявление делает, как правило, федеральный президент. Из этого следует, что Бундестаг не ратифицирует, а скорее создает условия или одно из условий для ратификации. Однако на практике этот процесс недостаточно точно именуется «законом о ратификации». Поскольку многие государства, а, в действительности, практически все те, которые считают необходимым законодательно закрепить участие государственных органов в процедуре заключения международных договоров вследствие понимания государством демократии или принципов федеративного государства, предусматривают право на участие, *ратификация* обычно является *необходимой предпосылкой* заключения важных международных договоров. Универсальное международное право, как это установлено Венской конвенцией о праве международных договоров, также это учитывает (см. ст. 14 Венской конвенции о праве международных договоров)¹⁷³.

В ст. 59 (абз. 2) ОЗ речь идет о «договорах» и, таким образом, в совокупности со ст. 59 (абз. 1 предл. 2) ОЗ, ее действие распространяется на «договоры с иностранными государствами», под которыми подразумеваются договоры с другими субъектами международного права, если такие договоры не квалифицируются как частноправовые. Несмотря на то, что нивелирование ограниченной формулировки «договоры с *иностранными государствами*», обусловленной систематикой, посредством распространения этого узкого понятия на «*все субъекты международного права*» кажется обоснованным, оно является императивным с телеологической точки зрения. На момент принятия конституции мировой правопорядок признавал только государства в качестве носителей прав и обязанностей и, таким образом, в качестве потенциальных сторон договора. Расширение круга субъектов международного права за прошедшее время (в частности, причисление к ним международных организаций, а также, например, т. н. освободительных движений) предполагает распространение сферы действия ст. 59 (абз. 2) ОЗ также на заключение международных договоров с такими субъектами¹⁷⁴.

88

¹⁷³ См. *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 44) 123, где в этой связи говорится о «рецепции» конституционного права международным правом.

¹⁷⁴ См. выше абз. 67 в сочетании с ст. 32 (абз. 1) ОЗ.

89 Участие требуется только при заключении договора, следовательно, в соответствии с однозначной формулировкой, оно не требуется при одностороннем заявлении из которого следуют международные обязательства, например, международно-правовой декларации. Однако *односторонние заявления* могут быть направлены на присоединение к (многостороннему) договору, в частности, на вступление в международную организацию. В этом случае (повторного) заключения договора между участниками этой организации со вступившим государством не требуется, а организация может установить, что прием в члены осуществляется на основании принятия решения самой организацией. Например, согласно ст. 4 (абз. 2) Устава ООН решения Генеральной Ассамблеи и Совета Безопасности по заявлению государства о вступлении ведут к возникновению договорных обязательств в отношении всех государств-участников, а не только в отношениях между организацией и новым членом. Заявление о вступлении, таким образом, заменяет «ратификацию» как международно-правовой акт и, с точки зрения конституционного права, равнозначно заключению договора в соответствии с ст. 59 (абз. 2) ОЗ¹⁷⁵.

90 Участие не требуется для заявления об *оговорках* к договору, а также для *денонсации* или, например, одностороннего принятия на себя особых обязательств в рамках уже заключенного договора (например, по передаче спора для урегулирования созданному на основании договора органу). Для этого достаточно согласия в отношении основного договора. Однако если вступивший в силу договор предусматривает заключение дальнейших договоров, участие законодательных органов необходимо. Особенно относительно оговорок и расторжения договора, которые по своим последствиям могут быть равносильны возникновению нового правоотношения при заключении договора, необязательность участия законодательных органов критикуется с точки зрения правовой политики¹⁷⁶, однако участие прямо не предусмотрено ст. 59 (абз. 2) ОЗ. В этом положении отражаются немецкие конституционные традиции, которые отличаются от правового положения в некоторых других государствах. Лежащая в их основе внешнеполитическая свобода действий федерального правительства не может быть устранена посредством толкования конституции¹⁷⁷.

¹⁷⁵ См., например: *Bernhardt*, Bundesverfassungsgericht und völkerrechtliche Verträge, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, FG BVerfG, Bd II, 1976, 154 (163); в пользу применения ст. 59 (абз. 2) ОЗ по аналогии см.: *Zuleeg*, in: Wassermann (сноска 17) Art 59 Rn 45.

¹⁷⁶ См.: *Kokott*, Art 59 Abs 2 GG und einseitige völkerrechtliche Akte, FS Doehring, 1989, 512ff; *Schweisfurth*, Vorbehalte und Erklärungen beim Abschluß völkerrechtlicher Verträge, in: Geiger (сноска 155) 71 ff. Об ограничении от «развития договора» см. выше абз. 78.

¹⁷⁷ Противоположная точка зрения см.: *Wolfrum*, (сноска 136) 50.

Как и заключение, формальное *изменение* договоров, согласование которых обязательно, требует участия законодательных органов¹⁷⁸. В отношении положений договора об изменении, согласование которых обязательно, это естественно, но это правило действует также в отношении изменений, которые по своему содержанию не нуждаются в согласовании или изменяют договорные положения, которые не должны были согласовываться, когда они принимались в изначальной редакции договора. Такой подход аналогичен подходу, используемому при внесении изменений в федеральные законы, для принятия которых необходимо согласие Бундесрата¹⁷⁹. В этом случае проводится дифференциация на основании различных критериев, как и при изменении международных договоров. Например, играет роль критерий, приобретают ли косвенно измененные положения «существенно отличное значение и правовые последствия»¹⁸⁰. Однако подобные формулировки являются неточными и при применении в конкретном случае не удовлетворяют требованиям законности. Закон о договоре может наиболее эффективно выполнять контрольную функцию, если законодательные органы сами обладают возможностью принятия решения о том, насколько запланированное изменение изменяет договор до такой степени, что изначальное согласие с заключением договора должно быть пересмотрено. С другой стороны, необходимо учитывать, что в этом случае изначальное одобрение договоров часто, при каждом малозначительном изменении, которое стороны договора считают необходимым, подлежат контролю парламента, но с этим следует смириться. Федеральное правительство или стороны договора в таком случае были бы вынуждены отклонять даже непроблематичные изменения или ссылаться на необходимость согласования из «тактических» соображений, если договор является политически спорным на внутригосударственном уровне.

Все международные договоры ФРГ с субъектами международного права должны заключаться при участии парламента. *Ограничение* вытекает из самой ст. 59 (абз. 1 предл. 1) ОЗ. Данное положение применяется только к договорам, «регулирующим политические отношения Федерации или относящимся к предметам федерального законодательства». Таким образом, речь идет в основном о двух типах международных договоров. Разграничение данных типов зависит от трактовки осуществления властных полномочий во внешней политике, уже рассматривавшейся выше (абз. 76). Согласно мнению, которое ранее являлось господствующим, участие парламента в заключении международных договоров считалось исключением. Исходя из распространенного, но чрезмерно обобщающего и потому неубедительного аргумента, согласно которому «исключения» должны толковаться

¹⁷⁸ BVerfGE 90, 286, 361; Rudolf (сноска 43) 211.

¹⁷⁹ См.: решение ФКС Германии: BVerfGE 37, 363, 382.

¹⁸⁰ Fastenrath (Fn 106) 236 f; Bleckmann, Grundgesetz und Völkerrecht, 1975, 225.

«ограничительно», делался вывод о том, что понятие должно быть узким, т.е. участие парламента, которое необходимо только при наличии особого обоснования, является исключением. Данный аргумент основан на трактовании властных полномочий во внешней политике как функции государства, относящейся к первичной компетенции исполнительной власти, несмотря на то что она должна рассматриваться отдельно от других функций исполнительной власти. Законодательство является первичной функцией законодательной власти, в то время как исполнение законов и государственное управление является функцией исполнительной власти, а осуществление властных полномочий во внешней политике относится к сфере государственного управления. С этой точки зрения, ст. 59 (абз. 2) ОЗ представляется «нарушением» системы разделения властей¹⁸¹.

93 Справедливым является представление о верховенстве исполнительной власти в области иностранных дел, которое следует из конституционной концепции, основанной на исторической традиции, согласно которой монарх обладал исключительным правом по определению внешней политики, в том числе посредством заключения международных договоров. Однако Основной закон не следует данной традиции, что было продемонстрировано выше на примере роли федерального президента и федерального правительства в связи с международными отношениями (см. выше абз. 76). Если рассматривать данный вопрос с точки зрения систематики, участие парламента в осуществлении полномочий в сфере международных отношений фигурирует не только в ст. 59 (абз. 2), но и в ст. 24 (абз. 1), а также (с момента введения конституционных положений, действующих при чрезвычайных обстоятельствах) в ст. 115а и след. ОЗ. Даже если отнести внешнюю политику к сфере «руководства государством», которая находится в компетенции как правительства, так и парламента, из этого нельзя сделать вывод о толковании ст. 59 (абз. 2) ОЗ, основанного на «закономерности». Для определения обоих типов договоров, для заключения которых требуется согласие парламента, следует учитывать принципы демократической легитимации и парламентского контроля, не сводя роль правительства к функции помощника, выполняющего волю парламента.

94 Все международные договоры ФРГ *за пределами сферы* применения ст. 59 (абз. 2 предл. 1) ОЗ согласовываются и выполняются на основании положений о федеральном управлении. В этом заключается смысл неудачно сформулированного предл. 2 абз. 2 ст. 59 ОЗ. Наряду с «политическими» договорами и договорами, касающимися предметов федерального

¹⁸¹ См. BVerfGE 1, 351, 369: «Ст. 59 (абз. 2) Основного закона разрушает систему разделения властей, поскольку в этой области органы законодательной власти вторгаются в сферу компетенции органов исполнительной власти»; это решение цитируется в решении BVerfGE 90, 286, 357.

законодательства, в данном положении речь идет о *соглашениях административного характера* в качестве третьей категории, и, таким образом, возникает впечатление, что существует еще одна (четвертая) категория международных договоров. Однако этот вывод абсурден, поскольку механизм имплементации таких договоров отсутствует¹⁸². Таким образом, правовым регулированием охвачены все договоры, которые не подпадают под действие ст. 59 (абз. 2 предл. 1) ОЗ.

Категория *договора, который регулирует «политические отношения»*, не является традиционной в германском конституционном праве. У данного понятия нет аналога и на международно-правовом уровне, который мог бы облегчить понимание. Федеральный конституционный суд давно установил, что недостаточно, чтобы предметом договора являлись «публичные дела, всеобщее благо или государственные дела»¹⁸³. Общее понятие «политика» является недостаточно конкретным. Целью ст. 59 (абз. 2) ОЗ, несомненно, не является обязательность участия парламента в заключении любых международных договоров. Однако при слишком узком толковании понятия, например, исходя из «высокополитического» характера определенных актов¹⁸⁴, существует угроза неадекватного ограничения роли парламента. Поэтому практически невозможно сформулировать конкретное определение политического договора, которое могло бы действовать неограниченно. Напротив, решение должно приниматься в каждом конкретном случае с учетом всех обстоятельств. Основным критерием при этом являются *объективные интересы ФРГ*, а не другой стороны договора, поскольку требование об участии парламента в заключении международных договоров введено в связи с внутригосударственными, а не наднациональными интересами, независимо от того, что немецкое конституционное право в целом ориентируется также на наднациональные интересы (см. выше абз. 12 и след.). В качестве подобных интересов Федеральный конституционный суд указал «существование государства, его территориальную целостность, его независимость, его статус», а также «его значительный вес в мировой политике»¹⁸⁵. Суд установил, выбрав для этого несколько несовременную формулировку, что договор носит «политический» характер, если он направлен на «утверждение, укрепление или расширение позиций ФРГ по отношению к другим

95

¹⁸² *Härle*, Die völkerrechtlichen Verwaltungsabkommen der Bundesrepublik, JIR 12 (1965) 63, 95. Актуальную литературу к проблематике соглашений административного характера см.: *Fastenrath*, Der Schutz des Weltkulturerbes in Deutschland — Zur Wirkung von völkerrechtlichen Verträgen ohne Vertragsgesetz (Verwaltungsabkommen i.S.d. Art. 59 Abs. 2 Satz 2 GG), DÖV 2006 1017ff.

¹⁸³ BVerfGE 1, 372, 381.

¹⁸⁴ BVerfGE 40, 141, 164, по международным договорам ФРГ с Советским Союзом и Польшей 1970 гг.

¹⁸⁵ BVerfGE 1, 372, 380.

государствам»¹⁸⁶. Поэтому становится очевидным, что элемент диспозиции ст. 59 (абз. 2) ОЗ («договор ... регулирует...») предоставляет основу для толкования: целью договора должно являться оказание непосредственного, а не (потенциального) косвенного влияния на такие интересы. Косвенное влияние может быть оказано посредством любого международного договора с субъектами международного права.

96 В целях классификации часто отмечается, что мирные договоры, договоры военного характера и договоры о (существенном) изменении государственных границ, в любом случае, носят политический характер¹⁸⁷. ФРГ заключила незначительное количество таких договоров. Договоры об установлении границ, о неприменении силы или о дружественных отношениях, такие как договоры, заключенные изначально в связи с новой восточноевропейской политикой ФРГ в начале 1970-х гг., а затем возобновленные или заключенные с новыми государствами после объединения Германии в начале 1990-х гг., несомненно носят «политический» характер. Они оформили правовые отношения между ФРГ и определенными государствами, несмотря на то что они в существенной степени имеют декларативное содержание. В особенности, обязанность не применять силу в отношении других государств следует из общего международного права, из Устава ООН и, независимо от этого, из международного обычного права¹⁸⁸.

97 Соглашения о поставке вооружений, что является парадоксальным, как правило, не носят «политического» характера, поскольку они недостаточно значимы для интересов ФРГ. Однако практика показала, что действия государства, выступающего в качестве экспортера вооружений, в первую очередь затрагивают интересы иностранного государства и отражаются непосредственно на собственном политическом статусе, если эти вооружения предназначены для применения против других субъектов международного права (в межгосударственных конфликтах или против стороны *de facto* в гражданской войне). С этой точки зрения, такие договоры имеют большое политическое значение, однако они не содержат другой элемент диспозиции, а именно не регулируют международные отношения ФРГ с субъектами международного права.

98 В сфере экономических отношений и оказания помощи развивающимся странам договоры могут ограничиваться регулированием, например,

¹⁸⁶ BVerfGE 1, 372, 380f; цитируется в менее категоричной форме в решении: BVerfGE 90, 286, 359.

¹⁸⁷ См., например: *Maunz* (Fn 139) Rn 15; *Geck*, *Die völkerrechtlichen Wirkungen verfassungswidriger Verträge*, 1963, 122ff.— О «заключении мира» см. ст. 115I (абз. 3) ОЗ. В качестве примера договора об изменении границ, считающегося «политическим», см. Договор между ФРГ и Нидерландами от 20.10.1992 г., VTDrucks 13/1936, 7ff.

¹⁸⁸ См.: Раздел 8. *Bote*, абз. 3 и след.

товарообмена и носить чисто административно-технический характер. Но обычно они оформляют правовые отношения сторон договора более комплексно и, таким образом, приобретают значение, достаточное для того, чтобы они были признаны политическими согласно ст. 59 (абз. 2) ОЗ. Это правило действует также в отношении договоров в области прав человека и в области защиты прав меньшинств, а также относительно учреждения международных организаций и вступления в международные организации, если предмет таких договоров не является ограниченным и чисто техническим. Федеральный конституционный суд ФРГ до сих пор не признал политическую природу договоров только в трех случаях в начале 1950-х гг.¹⁸⁹

Еще одной категорией договоров, в заключении которых должны принимать участие законодательные органы, согласно ст. 59 (абз. 2) ОЗ являются *договоры, которые «относятся к вопросам федерального законодательства»*. Категории «политических» договоров и договоров по предметам федерального законодательства могут пересекаться, т. е. один договор может относиться к обеим категориям, как, например, Маастрихтский договор, хотя необходимость участия законодательных органов в его заключении следовала из более специального положения ст. 23 (абз. 1 предл. 3) ОЗ. Основным критерием для ст. 59 (абз. 2 предл. 1, альтернатива 2) ОЗ является сфера применения общей оговорки об участии парламента¹⁹⁰. Смысл данного положения состоит в том, чтобы для обоснования международно-правовых обязательств перед другими субъектами международного права законодательные органы осуществляли предварительный контроль, если участие этих органов необходимо для выполнения договора. Таким образом, федеральный президент и федеральное правительство не могут принять международно-правовые обязательства, которые они на основании своего статуса не могут выполнить самостоятельно. Поэтому *понятием, противоположным понятию «федеральное законодательство»*, является понятие «федеральные органы исполнительной власти», а не понятие «законодательство федеральных земель».

В отношении договоров, которые касаются предметов законодательства земель, согласно ст. 59 (абз. 2) ОЗ требуется участие законодательных органов Федерации, только если эти договоры одновременно являются «политическими» договорами. Компетенцию Федерации по заключению подобных договоров предусматривает ст. 32 (абз. 3) ОЗ. Статья 32 (абз. 2) ОЗ может

¹⁸⁹ См. BVerfGE 1, 351 (*Петерсбергское соглашение*); BVerfGE 1, 372 (*соглашение между ФРГ и Францией об экономическом сотрудничестве*); BVerfGE 2, 347 (*Кельский портовый договор*).

¹⁹⁰ См.: Geiger (сноска 61) 135; Проблемы международных договоров, которые требуют изменения конституции, рассматривает Vogel, Gesetzesvorbehalt, Parlamentsvorbehalt und völkerrechtliche Verträge, FS Lerche, 1993, 95 ff. Пример: ст. 16 (абз. 2 предл. 2) ОЗ как реакция на статут Международного уголовного суда.

служить основанием для права федеральных земель на заслушивание. Разграничение компетенции Федерации и федеральных земель согласно ст. 70 и след. ОЗ не играют роли для применения ст. 59 (абз. 2 альтернатива 2) ОЗ.

101 Типичным примером договоров, которые «касаются законодательства», являются договоры, обязывающие ФРГ принимать определенное законодательство в определенной сфере или направленные на создание определенной фактической или правовой ситуации, для которой необходимо принятие или изменение законодательства. Это правило действует также в отношении договоров, которые недостаточно конкретны для внутригосударственного применения и поэтому должны быть конкретизированы внутригосударственным законодательством, как, например, договоры об охране окружающей среды, а также в отношении договоров, которые могут применяться непосредственно, например, договоры по защите прав человека¹⁹¹.

102 Для требования о согласовании не имеет значения, являются ли предметом договора обязательства, которые должны быть выполнены в момент заключения договора посредством создания внутригосударственного законодательства. Утверждение Федерального конституционного суда о том, что обязательность участия законодательных органов зависит от того, требуется ли «в конкретном случае акт исполнения»¹⁹², неудачно сформулировано. Во-первых, в отдельном случае не сразу может быть установлено, насколько внутригосударственное право полностью соответствует международному договору. Во-вторых, вследствие ограничения свободы законодателя при принятии решений о внутригосударственной имплементации международных договоров требуется осуществление *превентивного контроля законодательными органами*. В противном случае, при принятии изменений к законодательству законодательные органы столкнулись бы с ограничениями, которые могли бы быть преодолены на внутригосударственном уровне, но только ценой нарушения международного права со стороны ФРГ. Наконец, следует учитывать, что применение параллельных норм в международном праве и во внутригосударственном праве может отличаться, например, вследствие толкования компетентными органами, которое может быть императивным в силу его аутентичности. Примером является различное толкование идентичных формулировок о защите индивидуальных прав

¹⁹¹ См., например: *Meng*, Anwendung völkerrechtlicher Konventionen über Kinderrechte im Deutschen Recht, in: Koeppl (Hrsg), Kindschaftsrecht und Völkerrecht im europäischen Kontext, 1996, 5ff; *Tomuschat*, Verwirrung über die Kinderrechte-Konvention der Vereinten Nationen, FS Zacher 1998, 1143 ff; Верховный суд Швейцарии, Лозанна, решение от 22.12.1997, EuGRZ 1998, 675 f. К вопросу о соблюдении и применении Конвенции о правах ребенка см., например, BGH, NJW 2001, 2472 ff; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2012, 705 ff; а также монографию *Cremer*, Die UN-Kinderrechtskonvention: Geltung und Anwendbarkeit in Deutschland nach der Rücknahme der Vorbehalte, 2011.

¹⁹² См.: BVerfGE 1, 372, 388.

внутригосударственными судами и органом, созданным международным сообществом. Этот коллизийный потенциал также говорит в пользу привлечения законодательных органов к процессу заключения договоров¹⁹³.

Если для заключения международного договора необходимо согласие парламента, согласно ст. 59 (абз. 2) ОЗ запрещено заключение тайных договоров. Независимо от ст. 102 Устава ООН, ст. 59 (абз. 2) ОЗ содержит *запрет* на заключение *тайных договоров*. 103

е) Форма федерального закона

Требование принять закон о ратификации направлено на обеспечение *парламентского контроля при заключении договора*. Контролю парламента подлежит федеральное правительство, но не федеральный президент, обладающий правом международного представительства (см. выше абз. 76 и след.), даже если закон о ратификации договора наделяет его полномочием по (окончательному) завершению процесса заключения договора. 104

Парламентский контроль преследует две цели. Если речь идет о договорах по вопросам законодательства, требование парламентского контроля сохраняет законодательную монополию парламента, даже если, с формальной точки зрения, участие парламента не является необходимым. Если международный договор уже вступил в силу с точки зрения международного права, законодательные органы на внутригосударственном уровне не ограничены внутригосударственным правом при создании законодательства. Однако при принятии законодательства, не соответствующего международному договору, пришлось бы смириться с правовыми последствиями нарушения международного права (см. выше абз. 44 и след.), что фактически существенно ограничило бы законодательную монополию парламента. 105

Договоры, имплементация которых во внутригосударственное право не является необходимой или возможной, подлежат *превентивному правительственному контролю*. Считается, что в этом контексте правительство обладает широким правом усмотрения при регулировании международных отношений, в частности, в форме договора. Однако применение института усмотрения в данном контексте можно интерпретировать неверно. По общим правилам понятие усмотрения предполагает свободу действий того, кому предоставляется право усмотрения. Решение, принятое на основании усмотрения, не может быть «заменено» другим решением; ошибка в усмотрении признается только при наличии определенных предпосылок. Однако усмотрение законодательных органов в отношении договоров, предоставленных федеральным правительством, не ограничено. Они могут

¹⁹³ Например, *Rudolf* (сноска 43) 218; *Fastenrath* (сноска 139) 222f; противоположная точка зрения см.: *Maunz* (сноска 139) Rn 44.

принимать решения, отличные от представления правительства. Даже если законодательные органы не обладают достаточными специальными знаниями и опытом, их решение не может быть оспорено с точки зрения конституционного права. Правительство должно в соответствии со своей обязанностью по представлению договора убедить законодательные органы, чтобы они выразили свое согласие. «Усмотрение» в сфере внешней политики ограничивает судебный, а не парламентский контроль.

106 Для заключения договоров, в отношении которых применяется ст. 59 (абз. 2) Основного закона, требуется «согласие или участие органов, к компетенции которых относится федеральное законодательство, в форме федерального закона». Таким образом, *участие* регулируется положениями о законодательном процессе, ст. 76 и след. ОЗ. Понятия «согласие» и «участие» определяются этими положениями. Эти понятия применяются, поскольку в законодательном процессе согласие Бундесрата требуется не всегда: с точки зрения систематики, только в исключительных случаях, на практике — до вступления в силу результатов реформы федеративных отношений приблизительно для половины законопроектов. Согласия Бундесрата не требуется в отношении т.н. законов, подлежащих опротестованию. К ним относится понятие «участие». Без «согласия» Бундестага не может быть принят ни один закон.

107 Такие альтернативные формы участия, очевидно, имеют смысл в отношении договоров, касающихся предметов ведения федерального законодательства. Неоднозначно, имеют ли альтернативные формы значение также в отношении договоров, которые регулируют политические отношения Федерации. В доктрине данный вопрос является спорным. В то время как некоторые авторы считают, что в отношении подобного рода договоров Бундесрат может лишь заявить протест, который может быть отклонен Бундестагом в порядке, предусмотренном ст. 77 (абз. 2–4) ОЗ¹⁹⁴), другие авторы исходят из того, что для заключения политических договоров всегда требуется согласие Бундесрата¹⁹⁵, чтобы создать противовес ограничению внешнеполитической компетенции федеральных земель, в остальном преобладающему в Основном законе (см. выше абз. 67 и след.). Формулировка ст. 59 (абз. 2) ОЗ, а также систематика Основного закона, согласно которой согласие Бундесрата требуется, только если это прямо указано в Основном законе, подтверждают первое мнение. В связи с указанной в абз. 106 «дилеммой», связанной с формулировкой ст. 59 (абз. 2) ОЗ, нельзя сделать вывод, подтверждающий это высказывание.

108 Право на совместное участие Бундестага и Бундесрата касается полного утвержденного текста. Внутригосударственные органы могут его одобрить

¹⁹⁴ *Kewenig*, Bundesrat und Auswärtige Gewalt, ZRP 1971, 238.

¹⁹⁵ *Maunz* (сноска 139) Rn 20.

или отклонить. Они не имеют права вносить изменения, изменяющие смысл. Поэтому заявления о внесении изменений в уже согласованный текст договора не имеют смысла и являются недопустимыми согласно § 82 Регламента Бундестага. Однако Бундестаг и Бундесрат могут заявить, например, о своем несогласии с договором в представленной редакции и впоследствии принять решение о том, с каким содержанием договора они были бы согласны¹⁹⁶. В особенности Бундестаг нередко усматривал в этом повод для участия во внешней политике и комментировал содержание одобренных им международных договоров. С точки зрения международного права, такие решения не играют роли, поскольку толкование договора не может быть обязательным, если оно установлено в одностороннем порядке¹⁹⁷.

Бундестаг и Бундесрат могут дифференцированно выразить свое мнение о результате переговоров, представленном федеральным правительством, если речь идет о заявлении *оговорок* к международным договорам. Оговорка является односторонним волеизъявлением, с помощью которого сторона договора модифицирует, конкретизирует или, как правило, ограничивает свои договорные обязательства¹⁹⁸. В отличие от процедуры установления содержания договора по согласованию между сторонами, стороны договора принимают решение о заявлении оговорок самостоятельно и в одностороннем порядке. Однако стороны могут совместно установить, насколько, в каком объеме и с каким содержанием могут быть заявлены оговорки к конкретному договору. Если они не договорятся об этом, то применяются правила общего международного права о допустимости оговорок в международном праве (см. кодификацию правил в ст. 19 Венской конвенции о праве международных договоров). В данном контексте право на участие согласно ст. 59 (абз. 2 предл. 1) ОЗ может осуществляться таким образом, что ратификация может быть одобрена, если ФРГ внесет определенную оговорку. Если впоследствии это условие не выполняется федеральным правительством и договор ратифицируется, то это не препятствует вступлению международного договора в силу, если только закрепленный в ст. 46 Венской конвенции о праве международных договоров общий принцип не предусматривает исключения. Однако на внутригосударственном уровне договор не имплементируется. Это правило применяется также, если международное право вообще не допускает возможность заявления оговорки, независимо от того, была ли недопустимость известна компетентным органам при принятии решения об одобрении договора при условии внесения оговорки.

109

¹⁹⁶ Подробнее см.: *Grupp*, Die parlamentarische Kontrolle der auswärtigen Gewalt in Form von Entschliefungen, 1975.

¹⁹⁷ См.: *Fastenrath* (сноска 139) 237f.— К спору об обязательности на внутригосударственном уровне, в котором автор также отклоняет тезис об обязательности, см.: *Rojahn* (сноска 155) Rn 77.

¹⁹⁸ См. Раздел 1, *Граф Витцтум*, абз. 121 и след.

110 Законами в материальном смысле также являются постановления, которые принимаются правительством или органом, которому правительство делегировало свои полномочия, в соответствии с законом, принятым парламентом, и в порядке, предусмотренном ст. 80 ОЗ. В этой связи возникает вопрос, могут ли законодательные органы уполномочить правительство (или министра) заключить международный договор и ввести его в действие посредством принятия постановления или привести его в исполнение. В пользу этой точки зрения говорят такие мотивы как упрощение процедуры и экономия времени, например, в отношении договоров в области экономики и торговли, которые, нередко являясь идентичными по содержанию, заключаются с различными государствами. Однако ст. 59 (абз. 2) ОЗ, являющаяся контрольным механизмом, не допускает такой возможности. Согласно этому положению требуется осуществление контроля в каждом конкретном случае, поскольку ст. 80 (абз. 1 предл. 2) ОЗ обеспечивает контроль в недостаточной степени. Таким образом, порядок в отношении международных договоров отличается от остального законодательства. Участие законодательных органов согласно ст. 59 (абз. 2) ОЗ предусматривает не только принятие закона, но и принятие правительственного акта. Передача полномочий означала бы предоставление контроля контролируемому лицу¹⁹⁹.

111 Закон о ратификации договора должен быть принят, но не обязательно должен вступить в силу на национальном уровне до завершения процесса заключения договора ратификацией. Кроме того, как показывает практика, даже парафированные тексты договоров могут быть существенным фактическим стимулом для одобрения договора законодательными органами. Конституционное право от этого защитить не может. Органы законодательной власти должны приложить все усилия для принятия целесообразного решения даже в подобных ситуациях.

112 Международные договоры, которые не подпадают под действие ст. 59 (абз. 2 предл. 1) ОЗ, согласно ст. 59 (абз. 2 предл. 2) должны рассматриваться в соответствии с положениями о *федеральном управлении* (см. выше абз. 94). Такие международные договоры действуют на внутригосударственном уровне и без акта о приведении в исполнение и применимы, если они для этого пригодны. В остальных случаях они вводятся в действие посредством принятия акта (органа исполнительной власти) о приведении в исполнение, будь то постановление, распоряжение или индивидуальный акт. С точки зрения международного права, органы исполнительной власти считаются уполномоченными федеральным президентом на заключение соответствующего

¹⁹⁹ См. BVerfGE 1, 372, 395; Jarass, Die Erklärung von Vorbehalten zu völkerrechtlichen Verträgen, DÖV 1975, 117 ff; о «предвосхищении» одобрения уполномочивающим законом см.: Geiger (сноска 61) 119; см.: Treviranus, Inkraftsetzen völkerrechtlicher Vereinbarungen durch Rechtsverordnungen, NJW 1983, 1948 ff.

договора²⁰⁰. На внутригосударственном уровне дополнительные контрольные механизмы и предпосылки для вступления в действие не требуются, если административные органы не превышают своих полномочий. Тот факт, что они от имени ФРГ вступают в отношении с иностранными органами исполнительной власти, не затрагивает внутригосударственное право.

На квалификацию договора не влияет ни его обозначение, ни оценка органа, заключающего договор. Так, *соглашение о транзите* между ФРГ и ГДР от 17.12.1971 г., не прошедшее процедуру парламентского согласования, несмотря на в высшей степени «политический» характер, хотя предмет регулирования был техническим, в действительности не имело юридической силы в ФРГ. Однако это не противоречило его императивности на международно-правовом уровне²⁰¹.

Административные соглашения, заключаемые федерацией, являются правительственными соглашениями или соглашениями отдельных министерств, если предмет соглашения согласно ст. 65 (предл. 2) ОЗ входит в компетенцию министерства. Если в соглашениях подобного рода в качестве стороны договора указан государственный орган, в действительности стороной договора является государство.

ж) Статус и действие международных договоров в немецком праве

Законы о ратификации договоров согласно ст. 59 (абз. 2) ОЗ являются результатом акта контроля. Как правило, они закрепляют предпосылки наступления международно-правовых последствий вступления договора в силу посредством ратификации (см. выше абз. 87), которая придает договору обязательную силу во внешних сношениях. В отношении договоров по вопросам законодательства законы о ратификации обосновывают их нормативное действие на внутригосударственном уровне. Основой действия этих договоров является непосредственно ст. 59 (абз. 2), а не ст. 77 и след. ОЗ. Догматическое обоснование действия договоров является предметом теоретических дискуссий.

Теоретическая дискуссия о соотношении международного и внутригосударственного права уже была рассмотрена выше (см. абз. 28 и след.). Этот теоретический спор продолжился и после вступления в силу Основного закона. Очевидно, что механизм, предусмотренный в Основном законе для имплементации международных договоров, основан не на монистической, а на дуалистической модели, в рамках которой для введения в действие

²⁰⁰ *Magis*, Die Mitwirkungsrechte des Bundespräsidenten im Bereich der auswärtigen Gewalt, 1978, 160 ff; *Rojahn* (сноска 155) Rn 80; кроме того, см. выше абз. 73.

²⁰¹ *Regehr*, Die völkerrechtliche Vertragspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, 1974, 217.

договора на внутригосударственном уровне необходим внутригосударственный акт. Согласно господствующему мнению, этот акт, выступающий в качестве закона о ратификации, обладает трансформирующим действием²⁰², т. е. преобразует договор в источник внутригосударственного права, иными словами, он придает договору новое дополнительное качество, наряду с тем, что он является источником международного права. Однако также существует мнение, что закон о ратификации договора приводит (можно сказать, только) к «исполнению» договора²⁰³, т. е. придает международно-правовой норме внутригосударственное действие, *не создавая* «одновременно» источник внутригосударственного права. Выше (абз. 41 и след.) уже было обосновано, почему качество непосредственной применимости договора или части договора не является решающим для вопроса о действии договора. Оба объяснения способа, посредством которого ст. 59 (абз. 2) ОЗ придает внутригосударственное действие международному договору, т. е. тезис о трансформации и тезис об исполнении, совместимы с содержанием данного положения. Необходимо учитывать их только в случае, если по отдельным вопросам они приводят к различным правовым оценкам. В некоторых случаях это возможно.

117 Согласно обеим теориям международный договор действует на внутригосударственном уровне с момента вступления его в силу на международно-правовом уровне, поскольку действие договора не зависит от правовой природы нормы, введенной во внутригосударственную правовую систему. Даже если закон о ратификации оставляет открытым вопрос о моменте начала его действия, из его смысла следует, что он приобретает нормотворческое значение не раньше, чем международно-правовое положение обеспечивает действие²⁰⁴. Это правило действует и в обратном случае: если международно-правовые договорные отношения прекращаются в связи с истечением срока договора, расторжением²⁰⁵ или прекращением существования стороны договора²⁰⁶, внутригосударственный акт имплементации лишается основы.

²⁰² См.: *Rudolf* (сноска 43) 205 ff; см. также судебную практику: BVerfGE 1, 396, 410; 29, 348, 360; BVerwGE 35, 262, 265; 87, 11 ff; NVwZ 1993, 782f; о «положении о применении права» — нейтрально по отношению к теоретическому спору — говорится в решении ФКС Германии: BVerfGE 90, 286, 364; см. также: *Geiger* (сноска 60) 172f.

²⁰³ *Partsch* (сноска 59) 19 ff.

²⁰⁴ RG, JW 1932, 582; противоположная точка зрения см.: *Burghart*, Wann treten unmittelbar anwendbare völkerrechtliche Vertragsregeln innerstaatlich in Kraft?, DÖV 1993, 1038 ff.

²⁰⁵ Которое не нуждается в согласии законодательных органов, см. выше абз. 90.

²⁰⁶ Неоднозначное судебное решение по данному вопросу см. OLG Düsseldorf, NJW 1994, 1486 (о действии Соглашения о взаимной выдаче преступников между ФРГ и Сербией/Черногорией): сохранение юридической силы не зависит от правопреемства, поскольку договор не был расторгнут.

По крайней мере, потенциально теории приводят к различным результатам по вопросу о месте норм договора во внутригосударственной иерархии норм. Согласно теории трансформации, статус трансформированного права соответствует статусу права государства, трансформирующего договор. Таким образом, к соотношению между нормами на одном или разных уровнях иерархии применяются общие правила внутригосударственной иерархии норм. К договорам применяются, в особенности, правила о преимуществе специальных норм перед общими и норм, принятых позже, перед нормами, принятыми ранее. Согласно теории исполнения, которая не предполагает создания внутригосударственных норм, статус международного права, исполнение которого на внутригосударственном уровне разрешено законом о ратификации или иным правовым актом о согласии, должен определяться особым образом. Таким образом, создается возможность квалификации нормы по существу, например, установление более высокого статуса прав человека, установленных международным правом, по сравнению со статусом законов или даже конституционного права, хотя последнее противоречит ст. 79 (абз. 3) ОЗ. Квалификация по содержанию могла бы также привести к модификации коллизионных правил, например, к приоритету договора, подлежащего исполнению и непосредственно применимого на внутригосударственном уровне, перед законами, принятыми позже. Таким образом, можно было бы предотвратить нарушение норм международного права. Но законодатель был бы также вправе отменить действие договора на внутригосударственном уровне посредством *actus contrarius*.

Однако такие выводы не делаются даже на основании теории исполнения²⁰⁷. В соответствии с содержанием ст. 59 (абз. 2) ОЗ и в интересах правовой стабильности целесообразно рассматривать международные договоры как объект трансформации, а закон о ратификации или иной внутригосударственный правовой акт, имплементирующий договор, как основание для возникновения договора как внутригосударственного правового акта, в отношении которого действуют общие правила немецкого законодательства²⁰⁸. Это не является препятствием для использования правил о толковании международных договоров для необходимого при применении договора

²⁰⁷ К вопросу о попытках обосновать преимущество закрепленных в ЕКПЧ основных прав перед законами см.: *Kleeberger*, Die Stellung der Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention in der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, 1992; *Bleckmann*, Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?, *EuGRZ* 1994, 149 ff; к вопросу о введении ЕКПЧ в качестве (простого) федерального закона см.: *BVerfGE* 74, 358, 370; к вопросу в целом см.: *Uerpman*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1993, 71 ff; см. также ниже абз. 186.

²⁰⁸ См., например: *BVerwG*, *DVB1* 1992, 290f; *BVerwG*, *DVB1* 1997, 1384ff; *Buß*, Grenzen der dynamischen Vertragsauslegung im Rahmen der EMRK, *DÖV* 1998, 323 ff. Актуальный информативный анализ см.: *Rojahn*, Die Auslegung völkerrechtlicher

толкования²⁰⁹, в частности, ст. 31 и след. Венской конвенции о праве международных договоров²¹⁰. В этой форме договор входит в «конституционный порядок» согласно ст. 2 (абз. 1) ОЗ и становится его частью²¹¹.

з) Договор о Европейском союзе и договоры о Европейских сообществах в немецком праве

120 Право Европейских сообществ берет начало в международном праве. Как изначальные договоры о Европейских сообществах, так и так называемый Маастрихтский договор 1992 г., преобразовавший эти сообщества в Европейский союз, и последующие договоры, в частности Амстердамский договор 1997 г., Ниццкий договор 2001 г. и Лиссабонский договор 2007 г. являются *международными договорами*, как и Договор о Конституции для Европы, который после отклонения был заменен Лиссабонским договором. Европейское сообщество заключает в рамках своей компетенции в области иностранных дел (ст. 218 Договора о функционировании Европейского союза) договоры с другими субъектами международного права, часто в качестве т.н. смешанных соглашений с участием государств-членов, в связи с чем возникают комплексные вопросы относительно действия и статуса таких договоров в праве ЕС и в праве государств-членов (см. ниже абз. 130). Право Европейского союза, которое следует рассматривать, поскольку Европейский союз заменил Европейские сообщества и стал их правопреемником на основании Лиссабонского договора от 1.12.2009 г. (см. ст. 1 Договора о Европейском союзе), состоит из «первичного» права, к которому относятся договоры о Европейском союзе, а также неписаное первичное право, состоящее из обычного права Европейского союза и универсальных правовых принципов, в частности, защиты индивидуальных прав, и «вторичного» права в различных формах, например, в форме постановлений и директив. Право Европейского союза принципиально отличается от традиционного международного права. Поэтому необходимо отдельно рассмотреть соотношение между правом ЕС и правом ФРГ. Поскольку учебник посвящен международному праву, эта тема не будет рассматриваться

Verträge in der Entscheidungspraxis des Bundesverwaltungsgerichts, in: Geiger (сноска 155) 123 ff.

²⁰⁹ См. BVerfGE 4, 157, 168; BSGE 66, 28 f; BGH, DtZ 1997, 56; Mann (сноска 58) 378 f; Steinberger, Entwicklungslinien in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu völkerrechtlichen Fragen, ZaöRV 48 (1988) 4f.

²¹⁰ См. Раздел 1. *Граф Вутцтум*, абз. 123 и след.

²¹¹ В качестве примера связанного с этим конституционно-судебного контроля см. BVerfGE 91, 335, 338 ff о Конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам от 15.11.1965 г., BGBl 1977 II, 1452; см. также, например: BVerfG, DtZ 1992, 216 и: BVerfGE 99, 145 ff.

подробно. Будут представлены только существующие различия и учтено сохранившееся сходство.

При этом следует отметить, что право Европейских сообществ в соответствии с его происхождением рассматривалось в рамках международного права, однако вскоре оно стало самостоятельным разделом права. Право, обозначаемое на сегодняшний день как право Европейского союза, является основанием для регулярных существенных изменений внутригосударственного права практически во всех областях, но выделение европейского права как самостоятельного раздела права вызывает сомнения по другой причине. Сходство международного права и права ЕС с точки зрения внутригосударственного права заключается в том, что они содержат императивные указания, которые влекут за собой изменения национального права, хотя они частично используют разные правовые техники. Для внутригосударственного применения международное право и право ЕС являются более близкими по содержанию, чем международное право, регулирующее взаимоотношения государств, и иное право. Положение усложняется тем, что право ЕС также регулирует межгосударственные отношения. В этой связи в будущем части права ЕС, а также международного права могут рассматриваться систематически (и даже в теории) вместе («интегрированно») с областями права, которые регулируют основы и механизмы действия права ЕС как аспектов общей теории источников права и правоприменения²¹², а впоследствии международное право и право ЕС могут быть объединены и рассматриваться как межгосударственное право (или в будущем даже единое конституционное право, см. выше абз. 27).

²¹² См.: *Schoch*, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 1995, 109ff; *Kahl*, Hat die EG die Kompetenz zur Regelung des Allgemeinen Verwaltungsrechts?, NVwZ 1996, 865ff; v. *Danwitz*, Die Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten für die Durchführung von Gemeinschaftsrecht, DVBl 1998, 421ff; *Schwarze*, Die Entwicklung der französischen Verwaltungsgerichtsbarkeit aus deutscher Sicht, DVBl 1999, 261ff; основополагающие статьи и статьи на специальные темы см.: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999.— В качестве примера разделов права, содержание которых в существенной степени определяется европейским правом, следует указать (административное) экологическое право, см.: *Scherer*, Grenzen und Schwächen der legislatorischen Rechtsvereinheitlichung im europäischen Umweltrecht, KritV 78 (1995) 187ff, и «международное» частное право (о терминологии см. выше абз. 1), см.: *Brödermann/Iversen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Internationales Privatrecht, 1994; *Martens*, Ein Europa, ein Privatrecht — Die Bestrebungen zur Vereinheitlichung des Europäischen Privatrechts, EuZW 2010, 527ff — К вопросу об уголовном праве см.: *Dannecker*, Strafrecht in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 1996, 869ff; *Calliess*, Auf dem Weg zu einem einheitlichen europäischen Strafrecht, ZEuS 2008, 3 ff. — К вопросу о коммунальном праве: *Schmahl*, Europäisierung der kommunalen Selbstverwaltung, DÖV 1999, 852ff. — К вопросу об административно-процессуальном праве: *Dünchheim*, Verwaltungsprozessrecht unter europäischem Einfluss, 2003; *Gärditz*, Europäisches Verwaltungsprozessrecht, JuS 2009, 385 ff.

122 Уникальность права ЕС по сравнению с традиционным международным правом, от которого оно происходит, конечно, стала основанием для введения различных понятий. Так, право ЕС называли «над»национальным правом, а также правом, «по сути приближенным к национальному праву»²¹³. Следующей этой концепции, первичное право обозначалось как «конституционное право», а вторичное право — как «законодательство». Несмотря на то, что такое сравнение представляется таким же наглядным, как и новый термин «сообщество государств»²¹⁴, из таких понятий нельзя сделать конкретных выводов о правовом статусе. Например, это проявляется в том, что представления и механизмы внутригосударственного права, регулирующие, например, взаимоотношения между федерацией и федеральными землями в немецком конституционном праве, практически невозможно использовать применительно к негосударственным интегрированным структурам²¹⁵. Особенности права ЕС могут быть определены только имманентно в соответствии с актуальным уровнем развития, основанного на динамике инициатив государств-членов и органов ЕС. Этот правопорядок является «автономным»²¹⁶ также в силу наличия автономных структур.

123 С точки зрения международного права, представленной здесь и подчеркивающей различия, необходимо начать с того, что первичное и вторичное право относятся к разным категориям международного права, независимо от того, что и первичное, и вторичное право имеют приоритет перед правом государств-членов ЕС. В то время как вторичное право создается органами ЕС и является производным, первичное право непосредственно создается государствами-членами ЕС в форме договоров или, если речь идет о неписаном первичном праве, становится частью права ЕС вследствие договоров. Поэтому вторичное право будет рассматриваться лишь в случаях, в которых затрагивается международно-правовое значение решений (традиционных) международных организаций для немецкого права (см. ниже абз. 166 и след.). Первичное право связано с правом договоров.

124 Как уже упоминалось, Европейские сообщества и Европейский союз учреждены и развивались на основе международных договоров (или изменений к этим договорам). Пока подобное развитие происходило в связи с деятельностью органов, в частности, Европейского суда²¹⁷, такое развитие осуществлялось в рамках договоров, независимо от того, что толкование договоров осуществлялось не только в традиционных для международных судов рамках, если международные суды действуют на основании

²¹³ См.: *Oppermann*, *Europarecht*, 3. Aufl 2005, § 6 Rn 5.

²¹⁴ См. выше абз. 26.

²¹⁵ См. в этой связи: *Grabitz* (сноска 49).

²¹⁶ См. *EuGHE* 1964, 1251, 1269.

²¹⁷ Об этом см., например: *Zuleeg* (сноска 40) 545 ff.

международного права, Полномочие суда самостоятельно развивать интеграцию вытекает из договорной основы.

Особенности требований внутригосударственного права для заключения договоров Европейских сообществ и Европейского союза были рассмотрены выше в связи с прототипом международного договора (см. выше абз. 74 и след.). Они связаны с особыми правовыми последствиями заключения таких договоров во внутригосударственном праве. Помимо того, что договоры создают основу для вторичного права (см. ниже абз. 173 и след.), они ограничивают свободу действий государств-членов в отношениях друг с другом и с другими субъектами международного права, а также приобретают особый статус во внутригосударственном праве или изменяют внутригосударственное право. **125**

Право ЕС имеет определенный (не всеобъемлющий) приоритет перед правом государств-членов ЕС. Немецкое право его, в основном, признает²¹⁸. При этом существуют различные обоснования признания, а также различные представления о правовых последствиях²¹⁹. Проблематичным является то, что понятие «приоритет» приводит к упрощенному пониманию: рассматривать вопрос приоритета имеет смысл только в случае противоречия, коллизии норм. Сомнения о наличии коллизии всегда возникают в случае, если общие, принципиальные положения противоречат друг другу. Вопрос «кто решает» может быть важнее вопроса, «какое право действует». **126**

Из создания Европейских сообществ и Европейского союза на основании международного права, в любом случае, следует, что принцип приоритета права ЕС может противоречить национальным конституциям, т. е. возникает дисбаланс между требованиями международного права и обязанностью отдельных государств удовлетворять такие требования в рамках конституционного права. С другой стороны, право ЕС может только содержать требования, но не может создать предпосылки для выполнения этих требований. Оно не изменяет конституционное право государств-членов ЕС и поэтому не может непосредственно создать предпосылки для приоритета в действии, в результате которого противоречащее ему национальное право становилось бы недействительным. Нельзя сделать такие выводы на основании догмы о якобы ограниченном суверенитете государств-членов или о «материальном» толковании акта о передаче суверенных прав при учреждении или вступлении в организацию. **127**

Реализация права на приоритет ЕС согласно убедительному мнению изначально направлена не на приоритет в действии, а на приоритет **128**

²¹⁸ См.: *Jarass/Beljin*, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, 1ff; о правовой ситуации в других государствах-членах ЕС см.: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 5. Aufl 2011, § 10 Rn 28ff.

²¹⁹ Введение в тематику см.: *Streinz* (сноска 42) Rn 203ff.

в применении права в каждом отдельном случае. Это связано с тем, что основная причина приоритета, обеспечение эффективного и полного достижения целей интеграции, по логике вещей, не может распространяться на объявление недействительным внутригосударственного права, противоречащего праву ЕС, если отсутствует связь с ЕС, например, как правило, при регулировании внутригосударственным правом отношений с третьими странами. Право ЕС может достичь приоритета в применении только с помощью внутригосударственного права. Неоказание законодательной поддержки государствами-членами является противоправным невыполнением обязательств, следующих из членства в ЕС. Немецкое право не удовлетворяет этим требованиям, в частности, в отношении первичного права на основании закона о согласии законодательных органов и законов о его изменении, принятых на основании ст. 59 (абз. 2) ОЗ, поскольку из этого не следует приоритет над Основным законом, и закон о согласии законодательных органов, действующий только в отношении положений договоров, пригодных для непосредственного применения, находится на уровне иерархии обычных законов (см. выше абз. 115 и след.).

129 Однако в этой связи следует учитывать *ст. 24 (абз. 1) и ст. 23 Основного закона*. Они предоставляют полномочия по передаче суверенных прав ЕС или дают право ЕС участвовать в осуществлении этих прав. Во всяком случае, в формулировке ст. 23 ОЗ объективно можно усмотреть конституционно-правовое полномочие по признанию приоритета применения права ЕС перед внутригосударственным правом, следующего из договоров на момент одобрения (ст. 23 (абз. 1) в сочетании со ст. 59 (абз. 2) ОЗ). Это одобрение соответствовало Основному закону, как подтвердил Федеральный конституционный суд²²⁰. Впоследствии одобрение не может быть объявлено неконституционным, например, если право ЕС без внесения изменений в договор в будущем приобрело бы такую направленность, которая, с точки зрения немецкого права, противоречила бы указанным в ст. 23 (абз. 1) ОЗ структурным принципам. От этого случая необходимо отличать случай, в котором органы ЕС сами нарушают договоры. Правовую защиту в таком случае предусматривает сам Европейский союз. В случае необходимости существует возможность выхода государства из ЕС²²¹. Роль контролирующе-

²²⁰ См. BVerfGE 89, 155 ff и ссылки, указанные в абз. 26 и след.; к вопросу реализации договора о валютном союзе см.: *Hölscheidt/Schotten*, Zur Rolle des Deutschen Bundestags beim Eintritt in die dritte Stufe der Währungsunion, ZRP 1997, 479 ff; *Puttler*, Das BVerfG und das Recht des Deutschen Bundestages bei der Einführung des Euro, ZRP 1998, 168 ff.

²²¹ BVerfGE 89, 155, 190, 205; выход из ЕС теперь прямо предусмотрен в ст. 50 Договора о ЕС; к проблеме, существовавшей, когда Договор о ЕС и договоры о Европейских сообществах не содержали таких положений см.: *Doehring*, Einseitiger Austritt aus der EG, FS Schiedermaier, 2001, 695 ff; *Streinz*, (сноска 42) Rn 105f.

шей инстанции в отношении *будущего* права ЕС, обладающего приоритетом при применении, которую закрепил за собой Федеральный конституционный суд ФРГ, является сомнительной²²². К ней можно будет вернуться позже, когда речь пойдет о взаимодействии этого суда с международными судами в связи с обеспечением защиты прав человека (ниже абз. 186).

Договоры ЕС обосновывают также полномочия по участию ЕС в международно-правовых отношениях, включая компетенцию по заключению международных договоров. Ввиду особенно тесной связи между правом ЕС и государств-членов возникает вопрос о статусе и действии этих договоров во внутригосударственном правовом порядке, а также об их соотношении с соглашениями, которые заключены государством-членом с другими субъектами международного права²²³. Если такие соглашения вступили в силу до учреждения Европейских сообществ, они остаются в силе и в отношении с третьими сторонами (ст. 26, ст. 30 (абз. 4 b) Венской конвенции о праве международных договоров; см. также ст. 351 (абз. 1) ДФЕС). С точки зрения права ЕС, государства-члены обязаны устранять несоответствия между такими соглашениями и правом ЕС (ст. 351 (абз. 2) ДФЕС). Если ЕС заключает соглашения с государствами, не являющимися его членами (соглашения ЕС), такие соглашения являются обязательными и для государств-членов (ст. 216 (абз. 2) ДФЕС), но эта обязанность действует только в отношениях с ЕС, а не с третьим государством. Таким образом, третье государство не приобретает (дополнительного) требования в отношении государства-члена ЕС о соблюдении соглашения, заключенного с ЕС. В отношении прав индивидов, которые иногда непосредственно следуют из таких соглашений, в принципе, действуют общие правила²²⁴. В рамках системы права ЕС такие соглашения находятся на уровне иерархии между первичным и вторичным (производным) правом ЕС²²⁵. Вопросы возникают в отношении т. н. смешанных соглашений, сторонами которых, помимо ЕС, являются государства-члены, в рамках которых обязанности государств-членов основаны не только на праве ЕС, но и на международном праве²²⁶. В этой

130

²²² Об этом см.: *Schwarze* (сноска 35) 1 ff.

²²³ *Thym*, Die völkerrechtlichen Verträge der Europäischen Union, ZaöRV 66 (2006) 863 (900 ff).

²²⁴ См. выше абз. 41 и след., абз. 152 и след. и абз. 174; см., кроме того: v. *Bogdandy*, Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit und Subsidiarität im transnationalen Wirtschaftsrecht, EuZW 2001, 357 ff; *Uerpman-Witzack*, Völkerrechtliche Nebenverfassungen, in v. *Bogdandy* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl 2009, 177 ff.

²²⁵ См. судебную практику, начиная с EuGH, Slg 1972, 1219, 1227 — *International Fruit Co*; *Krajewski*, Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation (WTO), 2001, 71.

²²⁶ См.: EuGH, Slg 2000, I-11307, Rn 35, 37 f — Кристиан Диор (*Christian Dior*); Slg 1998, I-3603, Rn 32 — Эрмес Интернациональ (*Hermes International*). Подробнее: *Wünschmann*, Geltung und gerichtliche Geltendmachung völkerrechtlicher Verträge im

связи возможны различные точки зрения о том, насколько ст. 216 (абз. 2) ДФЕС распространяется и на части соглашения, относящиеся к компетенции государств-членов согласно правилам разграничения компетенции в праве ЕС. Однако представляется однозначным, что следует определять внутригосударственное значение таких частей соглашения исключительно на основании внутригосударственного (конституционного) права, т. е. в ФРГ согласно ст. 59 (абз. 2) ОЗ.

и) Передача суверенных прав в иных случаях

131 Как упоминалось выше, ст. 24 (абз. 1) ОЗ, который является правовым основанием для передачи суверенных прав межгосударственным образованиям, с одной стороны, дает общее представление о концепции Основного закона относительно места ФРГ в международном правопорядке (см. выше абз. 21 и след.), а с другой стороны, является специальным положением, обосновывающим участие ФРГ в (достигнутой на данный момент) европейской интеграции. В результате создания Европейского союза появилась более специальная норма ст. 23 ОЗ. Таким образом, практическое значение ст. 24 (абз. 1) ОЗ уменьшилось. Однако это значение сохранилось применительно к отношениям ФРГ с другими межгосударственными образованиями.

132 Понятие межгосударственного образования включает в себя международные организации²²⁷, а также международно-правовые органы²²⁸, если ФРГ является их членом. Межгосударственные образования могут учреждаться государствами или международными организациями²²⁹. Невозможна передача суверенных прав негосударственным (неправительственным) международным организациям²³⁰ или другим государствам.

Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2003, 80ff. Обзор см.: *Oppermann* (сноска 219) § 38 Rn 20, 27ff. См.: EuGH, NJW 1999, 2103ff к вопросу о толковании Соглашения ТРИПС, а также: EuGH, EuZW 2000, 276ff о действии Соглашения о ВТО в праве Европейских сообществ, см.: *v. Bogdandy*, Die Überlagerung der ZPO durch WTO-Recht, NJW 1999, 2088ff; *Geiger*, External Competences of the European Union and the Treaty Making Power of its Member States, AJICL 14 (1997) 319ff; *C. Weber*, Wirtschaftsabkommen im System der Europäischen Gemeinschaft, AVR 35 (1997) 295 ff.

²²⁷ К определению см. Раздел 4, *Кляйн/Шмаль*, абз. 12 и след.

²²⁸ Как, например, Европейское агентство по ядерной энергии, которое согласно ст. 3 и след. Конвенции об установлении контроля по соблюдению режима безопасности в области ядерной энергии от 20.12.1957 г. (BGBl 1959 II, 586) уполномочено осуществлять контроль по соблюдению режима безопасности по отношению ко всем учреждениям и предприятиям, которые используют расщепляемые материалы; Центральная комиссия судоходства по Рейну на основе Пересмотренной конвенции о судоходстве по Рейну от 17.10.1869 г. (т.н. Маннгеймский акт), см.: BGBl 1969 II, 597.

²²⁹ *Randelzhofer* (сноска 116) Art 24 Abs I Rn 44.

²³⁰ См.: *Müller-Terpitz* Beteiligungs- und Handlungsmöglichkeiten nichtstaatlicher Organisationen im aktuellen Völker- und Gemeinschaftsrecht, AVR 43 (2005) 466ff.

Относительно «суверенных прав» в данной связи определяющим является то, что они предоставляют получателям суверенных прав возможность «вторгаться в сферу властных полномочий государства», т.е. приобретать полномочия в отношении субъектов внутригосударственного права, а также внутригосударственных органов, применяющих право²³¹. Такие права могут передаваться по отдельности, а не в совокупности, т.е. как полная «государственная власть». «Образование» вправе осуществлять суверенные права, если помимо соответствующего международного соглашения на внутригосударственном уровне принимается закон о передаче полномочий²³².

На сегодняшний день суверенные права согласно ст. 24 (абз. 1) ОЗ были переданы, например, Евроконтролю²³³ и Европейской патентной организации²³⁴, но не ООН в отношении полномочий согласно ст. 25, ст. 41 Устава ООН²³⁵. Спорным в этом отношении являются правовые отношения ФРГ и НАТО²³⁶.

3. Международное обычное право

Международное обычное право как источник права находится на одном уровне иерархии с международным договорным правом. Немецкое право подходит к этим двум источникам по-разному. Международное обычное право состоит из неписаных норм, которые сформировались в международных отношениях благодаря отвечающему определенным требованиям взаимодействию субъектов международного права (т.н. «практика государств»)²³⁷. Основной закон объявляет международное обычное право, если речь идет об «общих правилах международного права», в ст. 25 (предл. 2) ОЗ «составной частью федерального права», но использует иную технику регулирования, чем для международных договоров согласно ст. 59 (абз. 2) ОЗ. Эти общие правила «имеют приоритет перед законами» и «непосредственно

²³¹ См.: BVerfGE 37, 271, 280; Mosler, in: HdbStR VII, § 175 Rn 19 ff; см. также расширительное толкование в решении BVerfGE 68, 1, 84; Bryde, Sicherheitspolitik zwischen Regierung und Parlament, JURA 1986, 368 ff.

²³² См.: H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 60.

²³³ Подробнее и со ссылками на многочисленные спорные вопросы см.: *Rojahn* (сноска 22) Rn 43, ключевое слово: «евроконтроль».

²³⁴ BGHZ 102, 118, 122.

²³⁵ См.: абз. 169; к вопросу о «наднациональных» полномочиях Международного органа по морскому дну см. Раздел 5. *Граф Витцтум*, абз. 67 и след.

²³⁶ См.: BVerfGE 68, 1, 93 ff; E 77, 170, 232; Обзор см.: *Rojahn* (сноска 22) Rn 36, ключевое слово: «НАТО».

²³⁷ См. BVerfGE 46, 342, 367; BVerfG, NJW 1995, 651; подробнее см. Раздел 1. *Граф Витцтум*, абз. 131 и след. — Неоднозначным представляется решение Высшего земельного суда в Дюссельдорфе (NJW 1994, 1486f), в котором упоминаются «принципы, признанные всеми правовыми государствами» («признании» в этой связи см. ниже абз. 146).

порождают права и обязанности для проживающих на территории ФРГ лиц» (ст. 25 (предл. 2) ОЗ). Это не означает ссылку на нормы международного права, существовавшие на момент принятия конституции. Статья 25 постоянно адаптируется: она отсылает к международному обычному праву, актуальному на данный момент. Таким образом учитываются прекращение действия и модификация существующего права, а также создание новых норм²³⁸.

- 136 Статью 25 ОЗ можно объяснить как с точки зрения дуалистической, так и с точки зрения монистической теории²³⁹ о соотношении международного и внутригосударственного права; таким образом нет необходимости делать выбор между ними. С точки зрения монистической теории, ст. 25 является декларативной. Как и ст. 59 (абз. 2) ОЗ, формулировку ст. 25 ОЗ можно толковать согласно теории трансформации (в этом случае считается, что общие правила международного права закрепляются в национальном праве государства в виде параллельных, неписаных норм национального права), а также согласно теории исполнения (в этом случае они считаются нормами международного права, действующими на внутригосударственном уровне).

а) Международное обычное право и «общепризнанные нормы международного права»

- 137 Понятие «общепризнанные правила международного права» не совсем вписывается в систему источников международного права. Безусловно, оно не распространяется на международные договоры как таковые. Относительно двусторонних, а также большинства многосторонних договоров это само собой разумеется, поскольку они не могут возвести содержащиеся в них положения в ранг «всеобщих». Даже к договорам, к которым присоединились все или подавляющее большинство государств, в немецком праве применяется не ст. 25 ОЗ, а ст. 59 (абз. 2) ОЗ как более специальное положение²⁴⁰. Однако следует учитывать, что международное договорное право и международное обычное право пересекаются и оказывают влияние друг на друга. Положение договора, которое отражает действующее общее правило, не приводит к тому, что к общему правилу не применяется ст. 25. Материальное содержание договора (уже) является «составной частью федерального права», для его действия не нужен закон о ратификации. Принятие такого закона создает дополнительное основание для действия договора и придает ему силу закона (см. выше абз. 110 и след.). Таким образом, в иерархии норм договор находится «ниже», чем общие правила

²³⁸ См. BVerfGE 18, 441, 448; Mosler, Das Völkerrecht in der Praxis der deutschen Gerichte, 1957, 40.

²³⁹ См. выше абз. 37 и след.

²⁴⁰ См.: Papadimitriou, Die Stellung der allgemeinen Regeln des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, 1972, 79ff.

международного права на основании ст. 25 ОЗ. Если из международной практики заключения договоров возникает международное обычное право в форме общепризнанных правил²⁴¹, на внутригосударственном уровне, если по таким договорам принят закон о ратификации, это также приводит к созданию дополнительного основания для действия, но в данном случае оно сопряжено с повышением уровня в иерархии: правовые акты, имевшие статус закона, приобретают приоритет перед законами.

Нередко государства устанавливают в договоре, что в отношениях между договаривающимися сторонами определенная норма международного обычного права не должна применяться или должна применяться в модифицированной форме²⁴². Таким образом, они не могут ограничить действие обычно-правовой нормы, но могут отклонить ее применение в данном правоотношении, что вполне допускается международным обычным правом, за исключением императивного права, являющегося в принципе и в конечном итоге спорным²⁴³. После принятия закона о ратификации договор вводится в действие согласно ст. 59 (абз. 2) ОЗ, в то время как ст. 25 ОЗ устанавливает (поскольку статус обычного права при этом не изменяется), что соответствующее правило имеет приоритет перед «законами», следовательно, и перед законом о ратификации, и, таким образом, исключало бы применимость договора. Очевидно, что одновременное применение ст. 25 и ст. 59 (абз. 2) ОЗ не должно приводить к такому нелогичному результату. Конституционный законодатель разработал обе нормы конституции с учетом того, что государства могут оформлять свои отношения в договоре, отклоняясь от общих норм международного права. Поэтому сфера применения ст. 25 имманентно ограничена возможностью такого договорного регулирования, т.е. подлежит ограничительному толкованию по телеологическим причинам. Следовательно, закон о ратификации имеет приоритет и на внутригосударственном уровне. В соответствии с международно-правовым регулированием на внутригосударственном уровне нормы обычного права могут также применяться для дополнения, заполнения пробелов и толкования. К отношениям с субъектами международного права, которые не являются сторонами подобного договора, международное обычное право применяется без ограничений.

Если материальная норма содержится в международном обычном праве и одновременно действует в качестве общего принципа права в соответствии со ст. 38 (абз. 1 с) *Статута Международного суда* или содержится в международном договоре, как принцип о добросовестном толковании

²⁴¹ См.: Раздел 1. *Граф Витцтум*, абз. 136 и след.

²⁴² См.: BVerfGE 18, 441, 448.

²⁴³ См.: *Verdross*, Jus dispositivum and jus cogens in International Law, AJIL 60 (1966) 5ff; подробнее: *Kadelbach*, Zwingendes Völkerrecht, 1993.

договоров, действующий согласно ст. 31 (абз. 1) Венской конвенции о праве международных договоров, это не противоречит распространению на них сферы действия ст. 25 ОЗ. Общие принципы права должны быть рассмотрены отдельно (см. ниже абз. 163 и след.) согласно представленной здесь классификации, целью которой является демонстрация реакции внутригосударственного права на различные источники международного права.

140 Составной частью федерального права согласно ст. 25 ОЗ являются не все нормы международного обычного права, а только его «общие правила». Интерпретация этого ограничения вызывает определенные трудности. Недопустимо толкование, согласно которому определение «общего» (характера) следует соотносить с содержанием рассматриваемой нормы. В действительности, речь идет о противопоставлении «общего» и особенного (партикулярного) международного обычного права, т.е. о проблематике круга субъектов международного права, принявших обязательства в соответствии с этой нормой. Не все нормы международного обычного права, даже если они составляют подавляющую часть международного обычного права, действуют в отношении всех государств.

141 В настоящее время является бесспорным, что отдельные государства, в особенности группа государств отдельного региона, могут создавать для регулирования своих правоотношений особенное (региональное) обычное право²⁴⁴. Такое право не имеет «территориального» действия в том смысле, что территориальная принадлежность государства к определенному пространству (например, к континенту, к морю, к которому государства прилегают) являлась бы основанием для возложения международных обязательств. Оно сводится к участию в соответствующей практике государств, для существования которой региональная принадлежность может являться поводом или ориентиром. По меньшей мере, теоретически возможно закрепление обычая лишь двух сопредельных государств, например, при использовании водоемов или вод, на которые частично распространяется территориальный суверенитет обоих государств, или при предоставлении права прохода к какой-либо территории, в качестве неписаного права, в отсутствие сравнимой с ним общей нормы для регулирования соответствующих интересов других государств.

²⁴⁴ Об этом см.: *Schindler*, *Regional International Law*, EPIL IV (2000) 161ff. Может возникнуть предположение, что можно интерпретировать (европейское) обычное право как региональное обычное международное право. Однако европейское обычное право является первичным правом ЕС. Его возникновение изначально связано с международным правом, но на современной стадии развития европейское обычное право по своим качественным характеристикам выходит за рамки международного права. Поэтому его внутригосударственное значение основано на правилах о соотношении права ЕС и права государств-участников, см. выше абз. 120 и след.

Определение общих норм международного обычного права вызывает определенные трудности, которые необходимо учитывать для правильного понимания ст. 25 ОЗ. Прежде всего, это связано с тем, что не все государства регулярно участвовали в практике, сформировавшей международное обычное право. Не все государства имеют повод для принятия решения о том, хотят ли они следовать определенной практике, в форме фактических действий или бездействия или правовой аргументации. Например, лишь незначительное число государств занималось судоходством, когда возникло международное обычное морское право, не все государства используют космическое пространство в настоящее время или стремятся к использованию морского дна. Кроме того, отдельные государства настойчиво возражали против признания обычно-правовых правил, которые применяются другими государствами. В отдельных сферах имеются противоречивые позиции государств с фундаментальными расхождениями, как, например, по вопросу о размере компенсации в случае лишения собственности за границей. Оценка таких ситуаций зависит от решения основных проблем возникновения и введения в действие международного обычного права, которые обострились в период деколонизации в 1960-е гг., когда новые государства вступали в уже существующий, сформированный другими государствами международный правопорядок²⁴⁵, однако эти проблемы не имели большого значения при возникновении большого количества новых государств в Европе и Азии в начале 1990-х гг. Согласно убедительному мнению, каждое государство, как и при заключении договора, решает изначально самостоятельно и «свободно», является ли норма международного обычного права обязательной для него. Однако для принятия на себя обязательств участие государства в процессе возникновения нормы не является необходимым. Обязательство может возникнуть как в силу молчаливого согласия, так и в результате выражения общего согласия со всеми нормами международного обычного права, существующими на момент выражения согласия. Протест должен быть закреплен в документе в надлежащем порядке и при необходимости настойчиво. Нарушение государствами отдельных правил общего международного права еще не дает повода для сомнений в действительности таких правил. При этом необходимо учитывать субъективный фактор. Если государства оспаривают «только» осуществление действия или ссылаются на исключения, это может свидетельствовать о правовом убеждении, подтверждающем норму.

Государство самостоятельно принимает решение о потенциальном принятии на себя обязательств, но обязано обеспечить, чтобы его

²⁴⁵ Об этом см.: *Kunig* (сноска 6) 209 ff; *Schweitzer*, *Das Völkergewohnheitsrecht und seine Geltung für neu entstehende Staaten*, 1969; *Bokor-Szegö*, *New States and International Law*, 1970; *Kunig*, *Völkerrecht und Übersee*, VRÜ 30 (1997) 465 (468 ff).

незаинтересованность в достигнутом или заключенном консенсусе не подвергалась сомнению. Это правило действует в отношении «новых» государств, причем заявления о признании норм международного права при объявлении независимости или вступлении в ООН могут интерпретироваться как указание на то, что действие преимущественного большинства норм общего международного права признается. Впоследствии такое признание не может быть отменено ни беспричинно, ни в связи со спором по конкретному вопросу. Таким образом, существует универсальное международное обычное право, нормы которого обязательны только для значительной части международного сообщества, которому не хватает совсем немногого для достижения полной универсальности.

144 Согласно ст. 25 (предл. 1) ОЗ для действия в качестве составной части международного обычного права не требуется *универсальность*, но *региональности*, не говоря уже о *билатеральности*, для этого недостаточно²⁴⁶. Кроме того, можно утверждать, что в качестве «общепризнанных» должны рассматриваться только такие правила, действие которых ФРГ признает обязательным для себя. В судебной практике и доктрине подчеркивается, что ФРГ не обязана признавать норму международного права, а ее органы власти и суды не должны применять ее, пока она не войдет в качестве *общей* нормы в федеральное право на основании ст. 25 ОЗ²⁴⁷. Это следует из сравнения со ст. 4 Веймарской конституции, в которой речь идет об «общепризнанных правилах международного права», и подтверждается историей возникновения²⁴⁸.

145 Таким образом, внутригосударственный правопорядок принимает международное обычное право, не требуя при этом участия немецких органов государственной власти для его введения в действие. Изначально такая позиция была безусловно связана с усилиями, которые прилагались ФРГ для возвращения в мировое сообщество после диктатуры как неправового государства и нашли свое отражение в концепции нового Основного закона, в частности, в большей открытости ФРГ по сравнению с Первой республикой для международного права (см. выше абз. 10 и след.). Однако ст. 25 ОЗ была создана в более поздний период, когда для обязательности норм международного обычного права не требовался консенсус, а решающую

²⁴⁶ См.: BVerfGE 75, 1, 26: «необходимая степень распространения в мире»; см.: *Rojahn* (сноска 22) Art 25 Rn 9; *Geck*, Das Bundesverfassungsgericht und die allgemeinen Regeln des Völkerrechts, FG BVerfG II, 1976, 126, 128; *Rudolf* (сноска 43) 240; *Pernice*, in: *Dreier GG*, Bd 2, 1998, Art 25 Rn 20; *Streinz*, in: *Sachs (Hrsg), GG*, 6. Aufl 2011, Art 25 Rn 26 — эти авторы пытаются по различным основаниям включить региональное право в сферу действия ст. 25 ОЗ.

²⁴⁷ См., например: BVerfGE 15, 24f; *Herdegen*, in: *Maunz/Dürig* (сноска 91) Art 25 Rn 24; *Papadimitriou* (сноска 241) 79 ff.

²⁴⁸ См.: JöR nF 1 (1951) 232 ff.

роль играл постулат о представительском характере. Для наложения на государство обязательств по международному обычному праву не предусматривалось не только его индивидуальное участие в формировании практики государства по созданию нормы, но и заявление о согласии, за исключением квалифицированного бездействия. Этот подход сохранился до настоящего времени, и он определяет особенности применения ст. 25 ОЗ²⁴⁹.

Согласно представленному здесь мнению не требуется какого бы то ни было акта о «признания» нормы ФРГ или ее предварительного внутригосударственного применения, чтобы обосновать международно-правовое обязательство по ее соблюдению. С другой стороны, необходимо, чтобы ФРГ не отклонила в допустимой международным правом форме обязательность новой нормы или нормы, применяемой только некоторыми государствами, даже если таких государств абсолютное большинство. Статья 25 ОЗ все же не предусматривает применение подобной нормы на внутригосударственном уровне. В этом смысле общими правилами международного права являются только правила, являющиеся обязательными для ФРГ в международных отношениях. Судя по всему, на основании этого правила из сферы действия ст. 25 ОЗ не исключаются действующие общие правила международного права, из универсального признания которых можно небезосновательно исходить. Несмотря на это, важно подчеркнуть, что *ст. 25 Основного закона не предусматривает автоматизма*, вследствие которого будущее международное право, которое будет признано большой группой государств, выходящей за рамки региона, но официально не признано ФРГ, могло бы внедриться во внутригосударственное право и приобрести приоритет перед законами. Эта «оговорка» теоретически может сохраниться, поскольку она не приводит к изоляции немецкого права от международно-правового развития. Прежде всего, она связана со структурой международного обычного права и уравнивает действие права на внутригосударственном и международном уровне.

Особенное международное обычное право в собственном смысле слова, т. е. региональное или билатеральное международное обычное право, не относится к сфере применения ст. 25 (абз. 1) ОЗ. Это положение также не применяется по аналогии²⁵⁰. Неубедительным представляется тезис о неписаном конституционно-правовом указании о применении норм, признанный в доконституционный период имперскими судами и считающийся сохранившим силу после принятия Основного закона, несмотря на ограничения на основании ст. 4 Венской конвенции о праве международных договоров

²⁴⁹ См., например: *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 44) 118; см. также: *Heintschel v. Heinegg*, in: *Ipsen, Völkerrecht*, 5. Aufl 2004, § 16 Rn 11.

²⁵⁰ См.: *Rudolf* (сноска 43) 276f со ссылками на авторов, представляющих другие точки зрения.

и ст. 25 ОЗ²⁵¹. Статья 25 ОЗ регулирует соотношение немецкого права с международным обычным правом окончательно. Если бы законодатель видел необходимость в дополнительном регулировании для приведения внутригосударственного правового положения в соответствие с международным обычным правом, не являющимся общим, ничто не препятствовало бы ему в принятии соответствующих законов. Для этого не требовалось бы предварительного заключения соответствующих договоров.

б) Статус и действие общепризнанных норм обычного международного права в праве ФРГ

- 148** Статья 25 ОЗ в двух предложениях определяет значение общих норм международного права для федерального права. Они должны быть его «составной частью» (первое предложение) и далее: «имеют приоритет перед законами и непосредственно порождают права и обязанности для проживающих на территории ФРГ лиц» (второе предложение). Статья 25 (предл. 1) ОЗ содержит более общее правило, оно является основанием для введения в действие международного обычного права на внутригосударственном уровне. Первая часть предложения 2 определяет *приоритет «перед законами»*, вторая часть устанавливает, что общими нормами международного права на субъекты внутригосударственного права могут быть возложены обязанности и предоставлены права.
- 149** Понятие «лица, проживающие на территории ФРГ» является достаточно неопределенным. При помощи этого понятия подчеркивается, что определяющей является не связь на основании гражданства (см. ст. 116 ОЗ), а территориальное действие немецкого права. Выполнение требований регистрации на территории ФРГ не имеет значения. Поэтому под определение понятия «лица, проживающие на территории ФРГ» подпадают также граждане иностранных государств, проезжающие транзитом (и лица, подавшие ходатайство о предоставлении убежища), а также юридические лица, если на них распространяется действие норм немецкого права, т. е. не только физические лица. Статья 25 (предл. 2) ОЗ, как и предл. 1, применяется не только к событиям, происходящим на территории Германии. Критерием является применимость немецкого права в конкретном случае²⁵².
- 150** Международное право в своем первоначальном значении рассматривается как межгосударственный правопорядок. Оно содержит в себе такие правовые нормы, которые могут исполнить и использовать только традиционные субъекты международного права, а именно государства, и частично

²⁵¹ Rudolf (сноска 43) 277 ff.

²⁵² Этот вопрос решается на основании «коллизийного права», определение понятия см. выше в абз. 1.

международные организации, в любом случае, субъекты права, которые имеют территориальное верховенство на определенной территории или являются объединением субъектов, обладающих территориальным верховенством. Международно-правовые нормы, содержание которых направлено не на отдельных лиц («лица, проживающие на территории ФРГ», ст. 25 (предл. 2) ОЗ), а на государство (например, нормы о совершении действий суверенной власти за границей), не создают права и обязанности для отдельных лиц. Для таких норм имеет значение только ст. 25 (предл. 1) ОЗ: поскольку они являются составной частью федерального права, они должны соблюдаться государственными органами, которые на внутригосударственном уровне имеют компетенцию в определенной сфере деятельности (например, суд относительно соблюдения всеобщих правил международного права по вопросам иммунитета). Общее международное право, адресованное государствам, может также учитываться для решения предварительного вопроса и, таким образом, приобрести значения для отдельных лиц (например, если для имущественного спора имеет значение, насколько экспроприация произведена в соответствии с нормами международного права). Поэтому на подобные адресованные *государствам* нормы международного права можно ссылаться на внутригосударственном уровне, даже если из них не следуют *субъективные права*²⁵³.

Если исходить из того, что ст. 25 (предл. 2, вторая часть) ОЗ не имеет значения для адресованных государству общих норм международного права, поскольку они не влекут за собой правовых последствий, предусмотренных конституционно-правовой нормой, данное положение не играет роли, а точнее, носит декларативный характер для другой категории общих норм, так как они непосредственно порождают права и обязанности для отдельных лиц на основании ст. 25 (абз. 1) ОЗ. На основании этих норм индивид еще на международно-правовом уровне становится носителем прав или объектом обязанностей. К этой категории относятся, с одной стороны, общепризнанные всеобщие права человека, что не имеет большого значения на внутригосударственном уровне, поскольку защита прав человека в рамках Основного закона является эффективной. Также следует учитывать, что гарантия договорных инструментов по защите прав человека, которые обязательны для исполнения в ФРГ, действуют на внутригосударственном уровне в силу закона о ратификации договора и имеют силу закона, см. выше абз. 115 и след., а составы совершаемых индивидами преступлений, закрепленных в универсальном международном праве (например, пиратство,

151

²⁵³ См. BVerfGE 46, 342, 363: «Частное лицо как и иностранное государство, находясь под юрисдикцией ФРГ, может в рамках соответствующего процессуального права ссылаться также на общие нормы международного права и на иное объективное право, хотя они должны соблюдаться органами власти по официальной инициативе и без такой ссылки».

торговля людьми, возможно, также угон воздушного судна) имплементированы в национальное уголовное право. В отношении последней категории следует отметить, что регулирование правового последствия преступлений («наказания») в международном праве не позволяет применять наказание только на основании осуществления состава, предусмотренного международным правом и действующего на внутригосударственном уровне согласно ст. 25 (предл. 1) ОЗ. Размер наказания зависит согласно международному праву от национального законодателя, что соответствует требованиям ст. 103 (абз. 2) ОЗ на внутригосударственном уровне. Вопрос о том, что законодательное бездействие в этой сфере может противоречить международному праву, является отдельной темой. Международное право само по себе не предусматривает и не требует закрепления наказания на внутригосударственном уровне.

152 «Правило о порождении прав и обязанностей» согласно ст. 25 (предл. 2, вторая часть предложения) Основного закона имеет значение для адресованных государствам норм, которые по их содержанию являются пригодными для применения индивидами, но не предоставляют индивидам прав непосредственно на основании международного права, например, права «мирного» прохода, «не нарушающего мир, добрый порядок или безопасность прибрежного государства», через территориальное море иностранного прибрежного государства. Спорным является вопрос о том, насколько ст. 25 (предл. 2, вторая часть предложения) ОЗ имеет чисто декларативное значение для таких прав в контексте ст. 25 (предл. 1) ОЗ²⁵⁴. Если согласиться с этим утверждением, то на вопрос о том, насколько часть общих правил международного права, адресованных государствам и имеющих подходящее содержание для применения к индивидам, имеет статус индивидуального права на внутригосударственном уровне, нельзя ответить на основании ст. 25 (предл. 2, вторая часть предложения) ОЗ²⁵⁵.

153 Предположение о том, что ст. 25 (предл. 2, вторая часть предложения) ОЗ служит исключительно для уточнения, лишило бы эту норму самостоятельного значения. Несмотря на то, что Основной закон действительно содержит некоторые нормы чисто декларативного характера, норма является декларативной, только если существенные основания, в особенности, являющиеся результатом телеологического и систематического толкования, не допускают иной интерпретации, совместимой с формулировкой нормы. Однако в данном случае такое толкование невозможно. Согласно убедительному мнению в доктрине ст. 25 (предл. 2, вторая часть предложения)

²⁵⁴ BVerfGE 15, 25, 33f; BVerwGE 37, 116, 126; см. также *Hillgruber* in *HdbStR* II, 3. Auflage 2004, § 32 Rn 119.

²⁵⁵ Последовательное решение, оставляющее поставленный в тексте вопрос открытым, см.: BVerfGE 46, 342, 362f.

ОЗ предусматривает для немецкого права *смену адресата и содержания* общих правил международного права, которые пригодны для этого, исходя из их целевой установки, но сами непосредственно не адресованы индивидам. На основании ст. 25 (предл. 1) ОЗ эти общие правила приобретают объективное действие, а на основании ст. 25 (предл. 2, вторая часть предложения) ОЗ — субъективное действие²⁵⁶. Преимущество такой трактовки заключается в том, что каждое положение ст. 25 ОЗ приобретает собственный смысл. Дополнительный аргумент в пользу такого толкования, основанный на том, что толкование, ориентированное на международное право, должно иметь преимущество перед другими вариантами толкования, вероятно, не является состоятельным, поскольку ориентация Основного закона на международное право не является общим требованием, а конкретизируется в отдельных положениях.

Следует установить, каким критериям должна соответствовать норма международного права, чтобы из нее на основании ст. 25 (предл. 2) ОЗ следовали *субъективные права* (или обязанности) для индивида. Это может зависеть от цели регулирования, т. е. от того, должна ли общая норма служить также интересам индивидов. Цель регулирования сложно установить, поскольку нормы международного обычного права, адресованные государствам и изначально не влияющие на правовой статус индивидов, создаются в результате взаимодействия государств при согласовании соответствующих интересов. Они не имеют «текста» и истории возникновения, необходимой для рассмотрения вопроса о «цели защиты» (чтобы назвать критерии, которые могут быть использованы во внутригосударственном праве для решения подобных проблем). Абстрактной пригодности общих норм должно быть, в принципе, достаточно, чтобы сохранить значение ст. 25 (предл. 2, вторая часть предложения) ОЗ, если непосредственно из международного права не следует, что общая норма должна применяться исключительно в отношении государств. В последнем случае расширения сферы действия общей нормы на основании ст. 25 (предл. 2, вторая часть предложения) ОЗ не происходит, что является обязательным с телеологической точки зрения. Целью ст. 25 (предл. 2, вторая часть предложения) ОЗ является создание рамок для международного права, а не создание на внутригосударственном уровне правового положения, противоречащего целям международного права. Таким образом, право мирного прохода через территориальное море, приведенное в качестве примера, с точки зрения немецкого права, является индивидуальным правом. Право на применение репрессалий, напротив, является правом, которое предоставляется исключительно государствам, несмотря на то что

154

²⁵⁶ основополагающая монография по этому вопросу см.: *Doehring*, Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts, 1963, 54ff; ссылки на дискуссию в литературе см. также *Rojahn* (сноска 247) Rn 31ff.

такое право, исходя из его содержания, может эффективно использоваться частными субъектами, например, торговыми предприятиями. Тот факт, что шпионаж по общему международному праву считается «допустимым», т. е. в связи с ним не возникают правовые последствия на международно-правовом уровне, не означает, что шпион на внутригосударственном уровне может ссылаться на международное право как на основание для исключения противоправности деяния²⁵⁷.

155 Следует напомнить о том, что действие и юридическая сила общих норм международного права согласно ст. 25 (предл. 1), а также ст. 25 (предл. 2, вторая часть предложения) ОЗ (см. выше абз. 41 и след.) не означает применимость на внутригосударственном уровне. Критерии применимости в существенной степени зависят от роли государственного органа, к компетенции которого относится применение конкретной нормы, в системе органов власти национального государства. Несмотря на действие нормы на внутригосударственном уровне согласно ст. 25 ОЗ и возможное распространение нормы на права (или обязанности) индивидов, норма не может прямо применяться, если это противоречило иным положениям Основного закона. Статья 25 ОЗ в этом контексте не имеет приоритета перед другими конституционными нормами, а взаимосвязана с ними. При этом принципиально, как ст. 25 (предл. 2, первая часть предложения) ОЗ регулирует иерархию внутригосударственных норм. Основной закон как конституционное право устанавливает преимущество своих норм перед прочими нормами права (ст. 20 (абз. 3) ОЗ). Во главе иерархии норм, подчиняющихся конституционному праву, стоят в первую очередь законы в формальном смысле. Однако согласно ст. 25 (предл. 2) ОЗ международное право, которое подпадает под действие данного положения, находится на уровне иерархии над законами. Из этого не следует, что международное право находится на одном уровне с конституционным правом.

156 Статья 25 (предл. 2) ОЗ однозначно не устанавливает, что общие правила международного права находятся *на уровне «между» Конституцией и законами*, поскольку под «законами» могут подразумеваться все законы, включая Основной закон. Однако не существует оснований для предположения, что Основной закон ставит свое применение в зависимость от отсутствия коллизии с международным правом. Несмотря на то, что возможность коллизий между Основным законом и международным правом на данный момент является чисто теоретической, поскольку положения Основного закона не противоречат международному праву²⁵⁸, в будущем ситуация мо-

²⁵⁷ BVerfGE 92, 277, 328 ff.; *Doehring*, Zur Ratio der Spionenbestrafung — Völkerrecht und nationales Recht, ZRP 1995, 293 ff.

²⁵⁸ В преамбуле старой редакции ОЗ это было учтено: не упускать из виду цель объединения Германии, как уже ранее утверждалось относительно ст. 116 ОЗ, в той мере, в какой она распространялась на граждан ГДР.

жет измениться, поскольку развитие международного права и, в особенности, интерпретация неписаного международного права, непредсказуемы. Очевидно, что содержание Основного закона не должно зависеть от такого развития, тем более что согласно ст. 79 (абз. 1) ОЗ для изменения конституции требуется изменение ее текста. Вопрос о том, насколько полное или частичное изменение ст. 25 ОЗ исключено, следует рассматривать отдельно и дать на него отрицательный ответ.

В отношении уровня иерархии общих правил международного права не должна проводиться дифференциация. В рамках международного права традиционно считается, что все нормы международного права находятся на одном уровне иерархии. Согласно распространенной на сегодняшний день точке зрения, которая кодифицирована, например, в ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров, в международном праве существует особая категория т. н. *императивного права* (*jus cogens*). Если бы такое право имело преимущество перед другими нормами международного права в случае коллизии или исключало бы создание противоречащих ему новых норм, на внутригосударственном уровне также можно было бы провести дифференциацию. Из этого можно было бы сделать вывод, что императивные нормы международного права во внутригосударственном праве должны находиться на уровне конституции. Это представляется сомнительным, поскольку дифференциация категорий и материальных положений международного права не должна непосредственно переноситься на внутригосударственное право. Предл. 2 ст. 25 ОЗ является обобщающим. Во внутригосударственном праве императивные нормы международного права могут подняться до конституционного уровня не посредством толкования, а только на основании внесения изменений.

Тот факт, что индивидуальные права, возникшие на основании ст. 25 (абз. 2) ОЗ, находятся в иерархии выше уровня законов, не может непосредственно, т. е. независимо от возможной «императивности» международно-правового основания, использоваться для обоснования конституционной жалобы, поскольку эти права не являются ни «основными правами», ни правами, приравненными к основным правам, согласно ст. 93 (абз. 1 № 4a) ОЗ. Несмотря на это, сохраняется возможность проверить внутригосударственные нормы, ограничивающие основные права, на предмет соответствия международному праву, введенному в действие согласно ст. 25 ОЗ²⁵⁹.

²⁵⁹ См., например, BVerfGE 23, 288, 300; E 31, 145, 177; в отношении судебных решений, ограничивающих основные права, см. BVerfGE 112, 1: «Судебное решение, ограничивающее права отдельного лица, которое основывается на противоречащем общим нормам международного права положению внутригосударственного права или на несовместимом с международным правом толковании и применении положения внутригосударственного права, может являться нарушением гарантированного ст. 2 (абз. 1) права на свободное развитие личности»; *Schweisfurth, Die*

в) Проверка норм Федеральным конституционным судом

159 Способ, посредством которого ст. 25 ОЗ «открывает» немецкое право для международного обычного права, интерпретируется как выражение «доверия»²⁶⁰. Статья 100 (абз. 2) ОЗ создает противовес в форме контроля Федерального конституционного суда за тем, насколько правило международного права является частью федерального права и насколько из него следуют права и обязанности для индивидов, если вопрос является «предметом правового спора». Таким образом, возникает монополия на принятие решения в случае возникновения «сомнений» на основании ст. 25 ОЗ в рамках судебного процесса в специализированном суде. Если специализированный суд не передает такой вопрос на рассмотрение в Федеральный конституционный суд, нарушается право на рассмотрение дела судьей, которому дело подсудно по закону, равносильное основному праву (ст. 101 (абз. 1 предл. 2) ОЗ), что является основанием для подачи конституционной жалобы. При подаче такой жалобы Федеральный конституционный суд проверяет, как правило, в рамках процесса согласно § 90 и след. Закона о Федеральном конституционном суде, существует ли общая норма международного права, чтобы установить, насколько обжалованное решение специализированного суда основано на нарушении ст. 101 (абз. 2) ОЗ, § 83, 84 Закона о Федеральном конституционном суде, поскольку специализированный суд не передал вопрос о применении международного права для рассмотрения в Федеральный конституционный суд²⁶¹. Формальные предпосылки передачи вопроса для рассмотрения предусмотрены в ст. 100 (абз. 2) ОЗ, § 83, 84 закона о Федеральном конституционном суде. При этом речь идет не о проверке норм, а об установлении факта существования и содержания норм. «Правовым спором» согласно ст. 100 (абз. 2) ОЗ является любой судебный процесс²⁶². Необходимо установить содержание и состав, а также, является ли норма «общей». Как правило, эти вопросы неотделимы друг от друга. Однако существуют случаи, когда сомнения существуют только в отношении содержания нормы.

160 «Сомнения» в данном контексте должны быть «объективными»²⁶³. Согласно судебной практике сомнения также должны быть «существенными»

verfassungsrechtlich eingetübte Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, NVwZ 2005, 1261ff.

²⁶⁰ См.: *Pestalozza*, Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl 1991, § 14 Rn 1; *Geck* (сноска 247), 142ff; *Ruffert*, Der Entscheidungsmaßstab im Normenverifikationsverfahren nach Art. 100 II GG, JZ 2001, 633ff.

²⁶¹ См. ситуацию, рассмотренную в решении BVerfGE 109, 13; к этому решению см.: *Dickersbach*, Auslieferung eines durch List aus seinem Heimatstaat Gelockten, StV 2004, 435.

²⁶² См. BVerfGE 75, 1, 11.

²⁶³ См. BVerfGE 15, 25, 33.

с той точки зрения, что «существует возможность отклонения суда от мнения конституционного органа или от содержания решений иностранных или международных судов или от мнения признанных правозащитных международных органов»²⁶⁴. Таким образом, не является необходимым, чтобы суд, который рассматривает дело, сомневался, насколько к спорной норме применяется ст. 25 ОЗ. Это следует из сравнения норм ст. 100 (абз. 2) ОЗ со ст. 100 (абз. 1) ОЗ (контроль конкретных норм), а также соответствует смыслу процедуры верификации норм, который заключается в достижении единообразия судебной практики. Однако если только специализированный суд, рассматривающий дело, имеет сомнения, он также должен представить вопрос для рассмотрения Федеральным конституционным судом²⁶⁵.

Представление вопроса для рассмотрения Федеральным конституционным судом допустимо, только если сомнения могут повлиять на результат процесса, т. е. если решение специализированного суда действительно зависит от решения вопроса, который должен быть представлен для рассмотрения. Необходимость разрешения вопроса для принятия судебного решения должна быть обоснована специализированным судом (см. § 84 в сочетании с § 80 (абз. 2) Закона о ФКС). Федеральный конституционный суд проверяет, насколько убедительным является обоснование²⁶⁶.

Содержание решения основывается на § 83 (абз. 1) Закона о ФКС. Решение является обязательным, вступает в законную силу и поэтому должно быть опубликовано в собрании федеральных законов (*Bundesgesetzblatt*), § 31 (абз. 1, абз. 2 предл. 1, предл. 4), Закона о ФКС. Ходатайство о «принуждении» специализированного суда после принятия дела судом к производству к представлению вопроса для верификации нормы Федеральному конституционному суду, поданное в рамках ускоренного производства (§ 32 Закона о ФКС), не принимается к производству²⁶⁷.

4. Общие правовые принципы

В рамках международно-правовой доктрины в качестве источников права, помимо международных договоров и международного обычного права, фигурируют «общие правовые принципы». Эти принципы подпадают под определение «общеизвестные нормы» ст. 25 ОЗ (и ст. 100 (абз. 2) ОЗ),

²⁶⁴ См.: BVerfGE 23, 288, 319.

²⁶⁵ См. также: *Pestalozza* (сноска 261), § 14 Rn 11.

²⁶⁶ См. также: BVerfGE 16, 27, 32; 75, 1, 12 ff; 100, 209 ff.— Необходимость толкования и уточнения вопроса о передаче спора на основании обоснования постановления о передаче не противоречит допустимости передачи; см.: BVerfG, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ms20061206_2bvm000903.html>, Rn 18 ff (*отказ от иммунитета*).

²⁶⁷ См.: BVerfG, DVBl 2003, 661, 662 (*государственный долговой кризис в Аргентине*).

что непринципиально, поскольку они, так или иначе, являются частью немецкого права²⁶⁸. Однако за счет их международно-правового статуса они поднимаются на более высокий уровень иерархии (см. выше абз. 151 и след.). В ст. 38 (абз. 1 с) Статута Международного суда они характеризуются как «*признанные цивилизованными нациями*», что не только вызывает ассоциации с разграничением между цивилизованными и «другими» народами, не соответствующим современному уровню развития международного сообщества, но и неудачно сформулировано с догматической точки зрения. «Признание» в этом контексте не может подразумевать односторонний международно-правовой акт, т. е. заявление в международных отношениях, а указывает на возможность доказательства существования нормы в правовых порядках государств. Поэтому установление существования общего правового принципа, как правило, будет очень трудоемким, если серьезно относиться к обязанности установления его существования в отдельных государствах и если принцип должен быть достаточно конкретным и пригодным для применения.

164 Кроме того, к общим правовым принципам могут относиться неписанные принципы, лежащие в основе правового порядка, созданного на основании международных договоров и международного обычного права. Существует несколько таких принципов²⁶⁹. Хотя они часто одновременно становятся частью международного обычного права на основании практики государств и, таким образом, становятся «общими правилами» согласно ст. 25 (предл. 1) ОЗ, факт их существования установить проще, чем в случае необходимости анализа практики отдельных государств.

165 Практически нет необходимости упоминать, что общие правовые принципы европейского (интеграционного) права не относятся к данной категории. Поскольку они являются частью первичного права ЕС, их внутригосударственное значение определяется в соответствии с рассмотренными выше принципами (абз. 126 и след.).

5. Право международных организаций

166 Международные организации могут быть наделены полномочиями принимать решения, обязательные для государств-членов. Эти полномочия могут распространяться на решения только в конкретных случаях или на «абстрактное» нормотворчество. С точки зрения международного права, различаются международные организации классического типа, которые могут иметь полномочия возлагать на государства-члены международно-правовые

²⁶⁸ См. BVerfGE 96, 68, 86; см. также: *Rojahn* (сноска 247) Rn 13; *Doehring* (сноска 53) Rn 739 f; *Weiß*, Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts, AVR 39 (2001) 394 ff.

²⁶⁹ См.: Раздел 1. *Граф Витцтум*, абз. 142; подробнее см.: *Weiss* (сноска 269), 394 ff.

обязательства, и организации, которые уполномочены принимать правовые акты, приобретающие юридическую силу без дополнительных действий со стороны государств-членов на их территории. По немецкому праву оба типа организаций подпадают под действие ст. 59 (абз. 2) ОЗ, поскольку предпосылкой возникновения обязательства ФРГ перед международной организацией является основывающееся на договоре членство или, если ФРГ не является членом международной организации, заключение иного договора. Организации второго типа являются, кроме того, предметом регулирования ст. 23, ст. 24 (абз. 1) ОЗ.

Создание обязательных норм не является типичной функцией «классических» международных организаций. Тем не менее ее органы могут быть уполномочены на основании учредительных документов вносить изменения в договор. Измененное таким способом содержание договора не является предметом регулирования закона о ратификации договора, принятие которого необходимо при вступлении в международную организацию: такой закон не содержит, например, динамическую ссылку на соответствующий договор с актуальным содержанием (см. выше абз. 91). Поскольку отмена одного из договорных обязательств на международно-правовом уровне одновременно приводит к отмене юридической силы на внутригосударственном уровне, возникшей на основании ст. 59 (абз. 2) ОЗ, для внесенного организацией изменения требуется повторное принятие акта о согласии. Однако, в отличие от общих случаев изменения международных договоров, в этом случае действия федерального правительства не являются нарушением конституции, если оно соглашается с изменением международного права, прежде чем принять акт о согласии. Компетенция законодательных органов не ограничивается, если они выразили свое согласие с изначальным договором и в договоре была предусмотрена возможность принятия изменений. (Повторное) выражение согласия законодательных органов имеет значение только для действия изменения на внутригосударственном уровне.

Если органы международной организации уполномочены *конкретизировать* положения устава посредством одностороннего заявления о *конкретизации* или возложения обязанности конкретизации на государства-члены, которые не вносят возражений против этого, (повторное) выражение согласия или участие законодательных органов не требуется, если конкретизация не выходит за рамки уже установленных международно-правовых обязательств (см. выше абз. 82). Поэтому такие положения приобретают юридическую силу на внутригосударственном уровне без дополнительных актов. Если они пригодны для непосредственного применения, правоприменители обязаны применять подобные нормативные акты на внутригосударственном уровне, если внутригосударственные правовые акты, находящиеся на том же уровне иерархии, не исключают их применения.

167

168

169 *Решения* международных организаций часто изначально не могут быть имплементированы на внутригосударственном уровне в силу их содержания, но в этом и нет необходимости. Они не могут являться непосредственным основанием для возникновения прав и обязанностей индивидов. Если исполнение таких решений предусмотрено международным правом, как, например, исполнение обязательных решений Совета Безопасности ООН по обеспечению мира, также принимаемые как абстрактно-универсальные нормы²⁷⁰, имплементация (например, гарантия соблюдения бойкота) происходит в рамках применения действующих законов, при необходимости подлежащих изменению. Вопрос о том, насколько такие законы являются достаточными для имплементации норм или имплементация ограничена конституционными рамками, следует рассматривать независимо от международного права. В отличие от вторичной, императивной конкретизации норм компетентными органами посредством нормотворчества, решения органов международной организации, даже если они основываются на толковании договора, не могут *войти во внутригосударственное право*. Конкретизация может только создать основания для внутригосударственного нормотворчества. Конкретизация имеет значение для толкования внутригосударственных норм, для принятия которых конкретизация являлась основанием.

170 *Правовые нормы и правила, не считающиеся частью права*, однозначно *разграничиваются* на основании определений. Дискуссии о «мягком праве»²⁷¹, какой бы интерес ни представляли поводы и содержание таких дискуссий, не меняют сути разграничения. Скепсис по отношению к понятию «мягкое право» не означает оспаривание или отрицание феномена, заключающегося в том, что субъекты международного права исходят из существования определенных норм и требуют их соблюдения, однако их несоблюдение не рассматривается в качестве нарушения международного *права*. Очевидно также, что границы между действиями государства, которые подтверждают правовой характер нормы, и действиями, из которых можно сделать вывод о неправомерном характере нормы, иногда являются размытыми. Однако это не должно служить поводом для размытия догматического понимания.

171 Международно-правовые правила поведения, не носящие правовой характер, могут возникать на основании фактического поведения, заявлений отдельных субъектов, которые находят поддержку или, по крайней мере, учитываются на международном уровне, как, например, т. н. доктрины

²⁷⁰ См. соответствующее резолюции толкование немецкого внешнеэкономического права: BayObLG, RIW 1998, 322 ff.; Biehler, Individuelle Sanktionen der Vereinten Nationen und Grundrechte, AVR 2003, 1 ff.

²⁷¹ См. Раздел 1. *Граф Вунцтум*, абз. 14, 68, 152; Hilgenberg, Soft Law im Völkerrecht, ZEuS 1998, 81 ff.

XIX в.²⁷², или на основании результатов международных конференций. Все чаще они находят свое выражение в «рекомендациях» международных организаций (и конференций). Они представляют интерес и с точки зрения международного права, несмотря на их необязательный характер. Здесь не будет рассматриваться вопрос, при каких обстоятельствах рекомендации приобретают нормативный характер и, в особенности, способствуют формированию международного обычного права, поскольку этот вопрос является ключевым вопросом теории источников права²⁷³. Предметом права международных организаций, а точнее, уставного права соответствующей организации, является вопрос, какой орган международной организации уполномочен давать рекомендации по каким предметам ведения и в какой форме. Превышение этого полномочия, в частности, нарушение коллизии положения уставного права (например, запрета на вмешательство во внутренние дела государств-участников, см. п. 7 ст. 2 Устава ООН) или нарушение прав субъектов международного права, не являющихся членами организации, могут представлять собой нарушение международного права.

Для внутригосударственного права рекомендации абстрактно-нормативного или конкретного содержания, не имеющие обязательного характера, представляют интерес в другом контексте. Немецкое конституционное право их не учитывает, а законы — только в единичных случаях (см. § 15 (абз. 2) Кодекса ФРГ о продуктах питания и кормах). О юридической силе рекомендаций, не имеющих обязательного характера, на внутригосударственном уровне не может быть и речи. Однако они могут приобрести значение на внутригосударственном уровне, но, в отличие от международных договоров, международного обычного права, общих правовых принципов и обязательных нормативных решений международных организаций, не в связи с внутригосударственным обязательством по соблюдению, если обратное прямо не предусмотрено законом, как в приведенном примере, а в связи с возможностью, т. е. пригодностью для использования государственными органами ФРГ в качестве критерия при принятии решений²⁷⁴.

172

²⁷² См., например: *Krakau*, Lateinamerikanische Doktrinen zur Realisierung staatlicher Unabhängigkeit und Integrität, VRÜ 8 (1975) 17ff.

²⁷³ См. Раздел 1. *Граф Вунтум*, абз. 146, в связи с общими правовыми принципами; см. также: *Wehser*, Die Bindungswirkung der Empfehlungen der Vollversammlung der Vereinten Nationen, Thesaurus Acroasium 2 (1976) 69ff; v. *Grüningen*, Die Resolutionen der Generalversammlung der Vereinten Nationen und ihr Einfluß auf die Fortbildung des Völkerrechts, FS Bindschedler, 1980, 187ff.

²⁷⁴ *Kunig*, Deutsches Verwaltungshandeln und Empfehlungen internationaler Organisationen, FS Doebling, 1989, 529ff; *Dieckert*, Die Bedeutung unverbindlicher Entschlüsse internationaler Organisationen für das innerstaatliche Recht der Bundesrepublik Deutschland, Diss Hamburg, 1993; *Doebling* (сноска 53) Rn 744. К вопросу о влиянии транснациональных ведомственных сетей на национальное административное

173 Совершенно иначе обстоит дело со *вторичным правом ЕС*. Выше (абз. 120 и след.) было изложено, как Основной закон закрепляет приоритет применения первичного права ЕС и какие предпосылки для этого были созданы на внутригосударственном уровне. Из этого следует установка на приоритет применения вторичного права ЕС²⁷⁵. Приоритет вторичного права устанавливается на основании постановлений Европейского Совета (при необходимости принятых совместно с Европейским парламентом) и Европейской Комиссии согласно ст. 288 (абз. 2) ДФЕС, которые вытесняют противоречащее немецкое право и не позволяют себя вытеснить нормам немецкого права, принятым позже²⁷⁶.

174 Директивы Европейской Комиссии и Европейского Совета (ст. 288 (абз. 3) ДФЕС) адресованы всем (или отдельным) государствам-членам, однако им предоставлено право выбирать форму и средства достижения цели регулирования, характер которого является обязательным. Судебной практикой Суда ЕС установлены случаи «*непосредственного*» действия директив²⁷⁷, что, в конечном итоге, может привести к уполномочиванию, но не

право см.: *Ladeur*, Globales Verwaltungsrecht und seine Verknüpfung mit innerstaatlichem Recht. DÖV 2012, 369ff.

²⁷⁵ См.: BVerfGE 89, 155, 175; *Hirsch*, Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht — Kooperation oder Konfrontation, NJW 1996, 2457 (2458ff); к вопросу о соотношении права ЕС с национальным правом см.: *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht., 8. Aufl 2012, Rn 178ff; к вопросу о действии европейских рамочных решений в национальном праве см.: EuGH, EuZW 2005, 433ff m Anm *Herrmann*, ebd, 436ff. *Gärditz/Gusy* Zur Wirkung europäischer Rahmenbeschlüsse im innerstaatlichen Recht. Zugleich Besprechung von EuGH, Urteil vom 16.6.2005, GA 153 (2006) 193ff; *Fetzer/Groß*, Die Pupino-Entscheidung des EuGH — Abkehr vom intergouvernementalen Charakter der EU? — Erwiderung auf Herrmann, EuZW 2005, 550; *Adam*, Die Wirkung von Eu-Rahmenbeschlüssen im mitgliedstaatlichen Recht, ebd, 558ff; *Egger*, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die Grundrechte in der III. Säule, ebd 652; к вопросу о действии рамочных решений по Лиссабонскому договору: *Wohlfahrt*, Veränderungen des Lissabon-Vertrages im Hinblick auf die Doktrin der unmittelbaren Wirkung, ZaöRV 2010, 523, 527f.

²⁷⁶ См.: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (сноска 219) § 9 Rn 78; о Франции см. Conseil d'Etat, DVBl 1991, 324 mit Anm *Streinz*, 325ff.

²⁷⁷ См.: EuGH, Slg 1970, 1213ff; EuGH, Slg 1982, 53ff; см. также: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (сноска 219) § 9 Rn 100. К вопросу о «горизонтальном действии» (предоставление права частному лицу при одновременном возложении обязательств на другое частное лицо) см.: EuGH, Slg 1986, 732; EuGH, Slg 1994, I-3325, 3355; *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn 219) § 9 Rn 112; *Gundel*, Neue Grenzlinien für die Direktwirkung nicht umgesetzter EG-Richtlinien unter Privaten, EuZW 2001, 143ff; *Steinbarth*, Unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien und richtlinienkonforme Auslegung des innerstaatlichen Rechts in der Rechtsprechung des EuGH, JURA 2005, 607ff; Обзор см.: *Veelken*, Die Bedeutung des EG-Rechts für die nationale Rechtsanwendung, JuS 1993, 265ff; *Jarass*, Konflikte zwischen EG-Recht und nationalem Recht vor den Gerichten der Mitgliedstaaten, DVBl 1995, 954ff; *Streinz* (сноска 42) Rn 443ff. *Säcker*, Die Einwirkungen europäischen Rechts auf das nationale Privatrecht — Methode und Prinzipien, FS Scholz, 2007, 150ff. В особенности, «зона пересечения» (*Wahl*,

возложено обязательств на отдельные правовые субъекты на основании директивы²⁷⁸. Если директива имплементирована надлежащим образом, она блокирует принятие противоречащего немецкого права. Оно рассматривается как нарушение договорных обязательств, хотя законодательные и исполнительные органы не вправе не применять противоречащее директиве право. В противном случае нивелировалось бы различие между постановлением и директивой²⁷⁹.

V. Заключение: Международное право как критерий деятельности государственной власти в Германии

Выше рассматривалось соотношение международного права и немецкого права и параллельно исследовались способы определения места международно-правовых норм (а также норм международного права, не носящих обязательного характера) в иерархии норм внутригосударственного права в свете категорий международного права, ниже речь пойдет о соотношении международного и национального права с точки зрения органов государственной власти, подчиненных праву. 175

1. Законодательная власть

Законодательство, которое принимается парламентом, должно соответствовать конституционному праву, но в остальном оно не ограничено. В качестве предпосылки для действия норм международного права на внутригосударственном уровне Основной закон предусматривает принятие закона о ратификации и имплементацию норм обычного права и общих норм права при помощи механизма ст. 25 ОЗ, в отношении права ЕС — имплементацию на основании ст. 23 и ст. 24 (абз. 1) ОЗ, а в отношении иных правовых актов — имплементацию на основании делегированных полномочий. Имплементированные таким образом нормы права никогда не поднимаются в иерархии до уровня конституционных норм, но международное обычное 176

Materiell-integrative Anforderungen an die Vorhabenzulassung — Anwendung und Umsetzung der IVU-Richtlinie, NVwZ 2000, 502 [508]) положений директивы, представляющих права и возлагающих обязанности, является спорной.

²⁷⁸ Признано: BVerfGE 75, 223 ff; подтверждено: BVerfGE 186, 226ff (Honeywell); противоположная точка зрения, например: BFHE 143, 383 ff; к вопросу о догматической классификации проблемы см.: *Magiera*, Die Rechtsakte der EG-Organе, JURA 1995, 595 ff.

²⁷⁹ О многочисленных спорных вопросах см.: *E. Klein*, Objektive Wirkungen von Richtlinien, FS Everling, 1995, 641 ff mwN; *Himmelmann*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für die Umsetzung von EG-Recht, DÖV 1996, 145 ff.; к вопросу о правовой защите см.: *Heck*, Rechtsschutz gegen durch EG-Richtlinien determiniertes Gesetzesrecht, NVwZ 2008, 523 ff.

право, как и универсальные правовые принципы, находятся на более высоком уровне иерархии, чем законы, а нормы, принятые на основании делегированных полномочий, в определенных случаях имеют приоритет при применении. Из этого следует, что, несмотря на международное право и предусмотренные в случае нарушения правовые последствия, с точки зрения федерального конституционного права, не существует препятствий для (федерального) законодателя в принятии федеральных законов, которые противоречат международно-правовым договорам, если такие договоры не воспроизводят нормы международного обычного права²⁸⁰. Законодатели земель не имеют на это права, если трансформированное международное договорное право, что является правилом, трансформировано федеральным законом. Подобного рода законы земель были бы ничтожными на основании ст. 31 ОЗ. Согласно немецкому праву законодатель уполномочен отклоняться от общих правил международного права. В таких случаях нарушение конституции следует из самой ст. 25 (предл. 2, первая часть предложения) ОЗ. Внутригосударственное право, противоречащее праву ЕС, не считается ничтожным, но, как правило, не применяется.

2. Правительство и административные органы

177 Правительство в организационном смысле является высшим органом в иерархии исполнительной власти. В системе разделения властей оно не отделено от административных органов горизонтально, а возглавляет ее в рамках вертикали. Административные органы исполняют законы и конкретизируют рамки применения законов согласно предписаниям правительства. Таким образом, действия правительства и административных органов в связи с действием и применением международного права могут рассматриваться совместно. Однако необходимо различать действия во внешних отношениях, например, в отношении иностранных государств, и осуществление государственного управления на внутригосударственном уровне. Промежуточное положение занимают действия дипломатических и консульских представительств за границей. Они могут носить как внешнеполитический, так и чисто административный характер. На сегодняшний день действия административного характера преобладают.

178 В этой связи следует напомнить, что понятие «внешнеполитическая власть» не соответствует «четвертой» ветви государственной власти, а обозначает полномочия по принятию решений во внешнеполитической сфере.

²⁸⁰ Господствующее мнение см., например: *Nettesheim* in Maunz/Dürig (Fn 122) Art 59 Rn 181ff; *Rojahn* (Fn 123) Rn 44; противоположная точка зрения см.: *Becker* Völkerrechtliche Verträge und parlamentarische Gesetzgebungskompetenz, NVwZ 2005, 289ff; дифференцированное мнение см.: *Lehner*, Treaty Override im Anwendungsbereich des § 50d EStG, IStR 2012, 389, 402.

Она осуществляется совместно органами исполнительной и законодательной власти, что подробно изложено выше при рассмотрении вопроса о соотношении международного договорного права и немецкого права (абз. 76, 80 и след.). Здесь речь пойдет не о нормотворчестве, а о соблюдении существующих норм. Поэтому осуществление компетенции в области иностранных дел, в любом случае руководящая деятельность, отнесено к функциям правительства. С другой стороны, деятельность правительства может также осуществляться в рамках «административных действий по исполнению» на внутригосударственном уровне, если, например, согласно внешнеэкономическому праву или праву в области контроля за поставками вооружений принимается решение министерства по внутригосударственному административному правоотношению.

В области иностранных дел правительство и административные органы действуют в соответствии с нормами конституции и законов. За исключением вопросов компетенции, это правило с материально-правовой точки зрения затрагивает также систему норм об основных правах. Статья 1 (абз. 3) ОЗ обязывает органы, осуществляющие «внешнеполитическую власть», соблюдать нормы об основных правах. С соблюдением основных прав может также быть связано требование учитывать последствия действий или бездействия государственных органов ФРГ на территории иностранных государств (см. выше абз. 1)²⁸¹.

Нормы международного права адресованы его субъектам, а следовательно, и ФРГ. Международное право предполагает его соблюдение государственными органами, но прямо этот вопрос не регулируется. Поэтому внутригосударственное право должно создать необходимые предпосылки для того, чтобы обязать органы, в данном случае исполнительной власти, соблюдать нормы международного права при осуществлении своих полномочий в области иностранных дел. Статья 25 ОЗ подразумевает требование соблюдения общих правил международного права. Статья 59 (абз. 2) ОЗ предусматривает возможность наложения подобного обязательства путем принятия закона о ратификации международного договора. Поэтому орган власти действует, с точки зрения внутригосударственного права, неправомерно, если его действия входят в противоречие с принятыми международно-правовыми обязательствами. Если он не соблюдает иные нормы международного права, например, региональное международное обычное право, не ратифицированные международные договоры, предварительное исполнение которых согласовано на международно-правовом уровне²⁸², то, с точки

²⁸¹ К вопросу о действии основных прав при участии в военных действиях за границей см.: Zimmermann, Grundrechtseingriffe durch deutsche Streitkräfte im Ausland und das Grundgesetz, ZRP 2012, 116ff.

²⁸² Статья 25 Венской конвенции о праве международных договоров; Montag, Völkerrechtliche Verträge mit vorläufigen Wirkungen, 1986.

внутригосударственного права, против этого нечего возразить. Однако национальное право не препятствует соблюдению таких норм международного права, если это не противоречит, например, нормам немецкого права. Это правило действует также в отношении исполнения решений международных организаций, обязательных с точки зрения международного права, но не имплементированных на внутригосударственном уровне или непосредственно действующих и не носящих обязательный характер, если они не относятся к интеграционному праву или к сфере действия ст. 24 (абз. 1) ОЗ.

181 Вопрос о применимости (см. выше абз. 41 и след.) международно-правовой нормы не имеет значения для исполнения во внешних отношениях. Он может иметь значение только на внутригосударственном уровне, поскольку только на этом уровне могут возникать коллизии между международным и национальным правом. Если норма международного права не исполняет предпосылок для применения, она не имеет регулирующего характера, и поэтому ее несоблюдение не может иметь правовых последствий.

182 При приведении в исполнение на внутригосударственном уровне, т.е. при осуществлении административных действий, которые направлены на обеспечение правовых или фактических последствий во внутригосударственном правовом пространстве и на собственной государственной территории, даже если они не адресованы находящимся на этой территории лицам, общие правила международного права согласно ст. 25 ОЗ имеют приоритет над законами, а международное договорное право находится в иерархии норм на уровне законов. В этой связи возникает *вопрос о применимости*. Если исходить из применимости, применение является обязательным. Если исходить из того, что нормы не являются применимыми, нормы не применяются, что не влияет на формальное действие нормы и ее место в иерархии и не делает имплементацию договора бессмысленной, поскольку возможность соблюдения сохраняется (см. выше абз. 180). Законодатель может также конкретизировать подобные нормы и, таким образом, создать применимое право, основанное на международном праве.

183 При рассмотрении вопроса о применимости имплементированной международно-правовой нормы административными органами необходимо исследовать сначала саму норму, т.е. установить, должна ли она применяться непосредственно. Пригодность нормы для непосредственного применения ограничена конституционно-правовыми требованиями, предъявляемыми к действиям административных органов, в частности, принципом прерогативы закона. Однако действие этого принципа распространяется не на любые действия административных органов. В данной связи первым ориентиром является разграничение между действиями административных органов по предоставлению благ и услуг и действиями административных органов, ограничивающих права. Любое ограничение прав, которое является ограничением общей свободы действий, закрепленной в ст. 2 (абз. 1) ОЗ, может

осуществляться только на основании правового акта, наделяющего орган исполнительной власти соответствующими полномочиями²⁸³. В отношении действий административных органов по предоставлению благ и услуг это правило действует не всегда, но в определенных случаях также необходимо наделение административного органа полномочиями посредством специальной нормы. Значение решения административного органа для осуществления основных прав может служить основанием для предъявления особых, повышенных требований к качеству нормы, наделяющей административный орган полномочиями (парламентская оговорка). От того, о каком основном праве идет речь, зависит также требование о степени определенности такой нормы. Эти конституционно-правовые требования являются фильтром для международного права, вошедшего в систему немецкого права. Поскольку все эти требования основаны на конституционном праве, а принятое международное право никогда не достигает уровня конституции в иерархии норм, такой результат не подлежит сомнению.

Вопрос о применимости *решений международных организаций, не имеющих обязательного характера*, стоит иначе. В то время как при применении трансформированного международного права речь идет о том, препятствует ли конституционное право применимости трансформированного права, несмотря на его внутригосударственное действие, относительно решений международных организаций, не являющихся обязательными для исполнения, возникает вопрос, возможно ли их применение, если они не имеют юридической силы на внутригосударственном уровне. Отсутствие нормы о наделении юридической силой само по себе этого не исключает. Хотя административные органы применяют право, а не правила, не являющиеся частью права, при применении они также учитывают факты. Рекомендация международной организации является таким фактом. Следовательно, такая рекомендация, в принципе, может учитываться, что может выражаться и в соблюдении правила, если любое кодифицированное право не содержит запрета на применение. Поэтому учет таких рекомендаций возможен в сферах деятельности административных органов, в которых законодательное регулирование отсутствует или оно наличествует, но для принятия решений необходимо конкретизировать неопределенные правовые понятия или определить критерии для осуществления права усмотрения²⁸⁴. Такой подход применяется также, если, например, международный договор еще не вступил

184

²⁸³ См.: *Kunig* (сноска 3) Art 2 Rn 9ff, 22ff.

²⁸⁴ Подробнее см.: *Kunig* (сноска 275).— Пример из судебной практики: BGHZ 59, 82, 85ff; VG Frankfurt, NJW 1988, 3032; критическое мнение по этому вопросу см.: *Heusel*, *Resolutionen der Generalversammlung als Auslegungsmaßstab im deutschen Polizeirecht*, NJW 1989, 2174f; нейтральную точку зрения см.: VG Stuttgart, NVwZ Beilage 4/1998, 36f.

в силу или не имплементирован или этот международный договор закрепляет только обязательства государств, а не индивидуальные права²⁸⁵.

3. Суды

- 185** Немецкие суды, как и органы исполнительной власти, действуют на основании «закона и права» (ст. 20 (абз. 3) ОЗ), вправе и обязаны применять нормы международного права, которые действуют на внутригосударственном уровне и пригодны для применения (см. выше абз. 41 и след., 115 и след., 150 и след.). В то время как разъяснение содержания норм международного договорного права относится к подведомственности специализированных судов, наличие юридической силы и направленность универсальных норм международного права при наличии «сомнений» должны быть установлены Федеральным конституционным судом по представлению специализированных судов (см. выше абз. 159 и след.). Международное право, регулирующее права человека, а также регулирующее не правовой статус индивидов, а отражающее исключительно государственные интересы (например, дипломатическое право) или регулирующее статус субъекта международного права (например, наличие признаков государства), может применяться непосредственно. Если суд должен дать разъяснения по вопросам международного права, он, естественно, применяет международно-правовые правила толкования. Суд может учитывать международные правила, не являющиеся обязательными, в тех рамках, которые описаны выше в связи с их применением административными органами (абз. 177 и след.)²⁸⁶.
- 186** В связи с тем, что одновременно существуют механизмы защиты индивидуальных прав (основных прав, прав человека) на внутригосударственном уровне (конституционная жалоба, ст. 93 (абз. 1 № 4а) ОЗ), на межгосударственном европейском уровне (ЕКПЧ, Совет Европы)²⁸⁷ и развивающиеся

²⁸⁵ Например, VG Frankfurt, NVwZ 1994, 1137f, в котором Конвенция о правах ребенка от 20.11.1989 г. (BGBl 1992 II, 121) использовалась для толкования § 30, 53 Закона ФРГ об иностранцах; VG Frankfurt, NJW 1993, 2067ff: о § 8 Закона ФРГ о почте с учетом Конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации от 7.3.1966 г. (BGBl 1969 II, 961).

²⁸⁶ См. например: BGHZ 59, 83ff; *Bleckmann*, Sittenwidrigkeit wegen Verstoßes gegen den ordre public international, ZaöRV 34 (1974) 112ff.

²⁸⁷ См. *Schlette*, Das neue Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZaöRV 56 (1996) 705ff; далее см.: *Egli*, Zur Reform des Rechtsschutzsystems der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZaöRV 64 (2004) 759ff. К вопросу о соотношении между ЕСПЧ и Судом ЕС см. EGMR, EuGRZ 2007, 662ff (*Босфор*); к вопросу о возрастающем влиянии санкций Совета Безопасности на индивидуальные права и (практически несуществующей) правовой защите на уровне ООН см. EuGH, EuGRZ 2008, 480ff (*Kadu (Kadi)*); *Fremuth*, Ein Prozess..., DÖV 2012, 81ff; *Germelmann*, Konstitutionalisierung des Prozessrechts innerhalb der Europäischen Union, Annales des la Faculté des Droit d'Istanbul 43 (2011), 55ff; *Sauer*, Rechtsschutz gegen

в материальном отношении, но пока без аналогичной процессуальной основы механизмы защиты в рамках европейской интеграции²⁸⁸, возникают проблемы, связанные с конкуренцией юрисдикций. В отношении ЕКПЧ и судебной практики органов, созданных на основании ЕКПЧ, немецкие суды, если данные правовые акты не применяются непосредственно, должны решить вопрос об их косвенном значении вплоть до использования решений ЕСПЧ в качестве критерия для толкования при применении внутригосударственного права²⁸⁹. В особенности, перед Федеральным конституционным судом встает вопрос о влиянии прав человека по ЕКПЧ на интерпретацию основных прав и свобод по внутригосударственному праву²⁹⁰, независимо от того, что конституционная жалоба не может основываться непосредственно на утверждении о нарушении ЕКПЧ, поскольку ЕКПЧ не регулирует «права, равносильные основным правам» согласно § 90 (абз. 1) Закона ФРГ о Федеральном конституционном суде. Для оценки соотношения субъективных прав по праву ЕС и по внутригосударственным нормам об основных

völkerrechtsdeterminiertes Gemeinschaftsrecht, NJW 2008, 3685ff. Подтверждение см. Суд ЕС (Большая палата), Rs C-27/09 P (PMOI), EuGRZ 2012, 17ff. ЕСПЧ отрицает возможность проверки нарушений ЕКПЧ, совершенных ООН, EuGRZ 2007, 522ff (*Бехраму (Behrami) и Сарамату (Saramati)*).

²⁸⁸ О правовых вопросах, связанных с принятой Европейским Советом 7.12.2000 г. Хартией ЕС об основных правах (EuGRZ 2000, 554ff) см.: *Magiera*, Die Grundrechtcharta der EU, DÖV 2000, 1017ff; *Mahlmann*, Die Grundrechtcharta der EU, ZEuS 2000, 419ff; *Schmitz*, Die Grundrechtcharta als Teil der Verfassung der Europäischen Union, EuR 2004, 691ff; *Calliess*, Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte — Divergenzen in der aktuellen Rechtsprechung von EuGH und BVerfG?, JZ 2009, 113ff; О вступлении в силу Хартии ЕС об основных правах см.: *Ludwig*, Zum Verhältnis zwischen Grundrechtcharta und allgemeinen Grundsätzen. Die Binnenstruktur des Art. 6 EUV nF, EuR 2011, 715ff.

²⁸⁹ Подробнее см.: *Uerpmann* (сноска 208), 217ff; актуальная публикация см.: *Weiss*, The Impact of the European Convention on Human Rights on German Jurisprudence, in: Ötücü (Hrsg), Judicial Comparativism in Human Rights Cases, 2003; судебная практика: BVerwGE 104, 265ff: толкование ЕСПЧ не является обязательным; противоположная точка зрения BVerwGE 110, 203ff к вопросу о значении ст. 6 (абз. 1 предл. 1) ЕКПЧ для административного процесса по контролю норм. См. также: BVerwG, NJW 1999, 1649ff; однако следует учитывать новый § 359 (№ 6) Уголовно-процессуального кодекса ФРГ; см. *Maur*, Verletzung der EMRK als neuer Wiederaufnahmegrund im Strafverfahren, NJW 2000, 338; *Pache/Bielitz*, Verwaltungprozessuale Wiederaufnahmepflicht kraft Völker- oder Gemeinschaftsrecht?, DVBl 2006, 325ff; *Selbmann*, Anpassungsbedarf der Regelungen zur Wiederaufnahme des Verfahrens an die Vorgaben der EMRK, ZRP 2006, 124ff. S auch *Gundel*, Neue Ausgestaltung des nationalen Rechtsschutzsystems, DVBl 2004, 17ff sowie in diesem Zusammenhang das Urteil des EGMR v 8.6.2006 (*Sürmeli gegen Deutschland*), NJW 2006, 2389; BVerfGE 128, 326 (Sicherungsverwahrung); Bspr: *Payandeh/Sauer*, Jura 2012, 289ff; *Windoffer*, Die Maßregel der Sicherheitsverwahrung im Spannungsfeld von Europäischer Menschenrechtskonvention und Grundgesetz, DÖV 2011, 590, 595ff.

²⁹⁰ См.: BVerfGE 74, 358, 370; *Ress* Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Straßburger Konventionsorgane, EuGRZ 1996, 350ff.

правах необходимо учитывать, что Федеральный конституционный суд считает себя «резервным органом»²⁹¹, т.е. исходит из того, что он может принимать решения, если сочтет, что Суд ЕС недостаточно эффективно защищает права или выходит за рамки своей компетенции²⁹². Такая «оговорка» противоречит догматической системе интеграционного процесса²⁹³. Согласно Федеральному конституционному суду²⁹⁴ немецкие суды не могут отклоняться от национальных норм о разграничении подведомственности и отказаться исполнять обязанность следовать закону и праву (ст. 20 (абз. 3) ОЗ), ссылаясь на решения ЕСПЧ. Однако к обязанности соблюдать закон и право относится также соблюдение гарантий ЕКПЧ и решений ЕСПЧ в рамках методически допустимого толкования. Поэтому решения ЕСПЧ должны «учитываться, т.е. суды должны тематизировать решение в мотивировочной части и при необходимости убедительно обосновать, почему они не следуют мнению ЕСПЧ»²⁹⁵. Следовательно, отклонения возможны, если это допускается конституционным правом²⁹⁶. Таким образом, решения немецких специализированных судов становятся непредсказуемыми. Следует признать, что трудно обосновать конституционно-правовую обязанность немецких судов по интерпретации основных прав и свобод по немецкому

²⁹¹ См.: BVerfGE 89, 155, 175 и 188; актуальное решение см. BVerfG, NJW 2009, 2267ff.

²⁹² К вопросу о критике в отношении решения Суда ЕС EuGH 2005 I, 9981 (*Мангольд* (*Mangold*)) см. Steiner, Das Spannungsfeld zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und deutschem Verfassungsrecht, EuZA 2009, 140; BVerfGE 186, 226ff (Honeywell).

²⁹³ См.: Gersdorf, Das Kooperationsverhältnis zwischen deutscher Gerichtsbarkeit und EuGH, DVBl 1994, 674ff; Horn, «Grundrechtsschutz in Deutschland», DVBl 1995, 89ff; Zuck/Lenz, Verfassungsrechtlicher Rechtsschutz gegen Europa, NJW 1997, 1193ff; T. Stein, «Bananen-Split»? EuZW 1998, 261 ff; Hirsch, Kompetenzverteilung zwischen EuGH und internationaler Gerichtsbarkeit, NVwZ 1998, 907ff; Kirchhof, Grundrechtsschutz durch europäische und deutsche Gerichte, NJW 2011, 3681ff.

²⁹⁴ См.: BVerfGE 111, 307ff (Гергюлю (*Görgülü*)); к этому решению см., например: Meyer-Ladewig/Petzold, Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR — Neues aus Straßburg und Karlsruhe, NJW 2005, 15ff; Kadelbach, Der Status der Europäischen Menschenrechtskonvention im deutschen Recht. Anmerkungen zur neuesten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JURA 2005, 480ff; Sauer, Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur. Zur Bindung deutscher Gerichte an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZaöRV 65 (2005) 35ff; Mückl, Kooperation oder Konfrontation — Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, Der Staat 44 (2005) 403ff; Bergmann, Diener dreier Herren? — Der Instanzrichter zwischen BVerfG, EuGH und EGMR, EuR 2006, 101ff.

²⁹⁵ BVerfGE 111, 307 (324). К вопросу об учете решений МС см.: BVerfG, NJW 2007, 499ff (*Конвенция о консульских сношениях*); Payandeh, Die verfassungsrechtliche Stärkung der internationalen Gerichtsbarkeit: Zur Bindung deutscher Gerichte an Entscheidungen des Internationalen Gerichtshofs, AVR 45 (2007) 244ff; Proelß (сноска 22) 564ff.

²⁹⁶ BVerfGE 111, 307 (329): «[...], если исполнение решения суда, например, в случае изменения обстоятельств дела нарушает однозначно противоречащий закон или положения конституции ФРГ, в особенности основные права третьих лиц».

праву в соответствии с основными гарантиями, разработанными ЕСПЧ по аналогичным правам ЕКПЧ. С другой стороны, ЕКПЧ претендует на то, чтобы ее гарантии учитывались на внутригосударственном уровне в интерпретации ЕСПЧ. Насколько в конкретных случаях из этого может последовать несовместимость с основными правами по немецкому праву, должен решать Федеральный конституционный суд, а не специализированные суды. Такая оценка будет действовать только на внутригосударственном уровне. Федеральному конституционному суду следует проявлять осмотрительность при принятии решений²⁹⁷.

На все три вышеуказанных вопроса можно было бы дать удовлетворительные ответы, если бы в будущем отпали основания для сомнений в отношении ответов. Это произойдет, когда частично отличающиеся представления о защите основных прав в общеевропейском пространстве будут сведены воедино на основании, по крайней мере, частично общего европейского наследия, а именно идей правового государства и просвещения. В этом случае можно было бы свести проблему противоречий между решениями различных судов, применяющих частично идентичные и частично пересекающиеся критерии, к проблеме разграничения компетенций, как в настоящее время в федеративном государстве²⁹⁸. Вполне естественно, что соотношение между международным и государственным правом, которое рассматривалось в данном разделе, предстанет в ином свете, если государства приложат усилия к интеграции или, по крайней мере, будут следовать общим ориентирам в отдельных разделах национального права.

187

²⁹⁷ См.: *Kunig*, Die Medien und das Persönlichkeitsrecht — einige Gedanken aus europäischer Veranlassung, FS Raue, 2006, 191 (200f). Высший суд земли Берлин (NJW 2005, 605 ff.) частично последовал судебной практике ЕСПЧ, а частично отклонился от нее. См. также решение ЕСПЧ, EuGRZ 2006, 129ff (*Мицци (Mizzi) против Мальты*), которое содержит существенные сомнения в соответствии судебной практики Федерального верховного суда ФРГ по сопоставлению отцовства с нормами ЕКПЧ. См. также: *Brosius-Gersdorf*, Vaterschaftsanfechtung und Europäische Menschenrechtskonvention. Zum Jurisdiktionskonflikt zwischen Bundesgerichtshof und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, EuGRZ 2006, 123ff.

²⁹⁸ Сравнительная перспектива см.: *Kunig* Verfassungsrecht und einfaches Recht. Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61 (2002) 34 (56ff); о соотношении юрисдикции Федерального конституционного суда и конституционных судов земель см.: *Kunig*, Die rechtsprechende Gewalt in den Ländern und die Grundrechte des Landesverfassungsrechts, NJW 1994, 687ff; *Jaeger/Broß*, Die Beziehungen zwischen dem Bundesverfassungsgericht und den übrigen einzelstaatlichen Rechtsprechungsorganen — einschließlich der diesbezüglichen Interferenz des Handelns der europäischen Rechtsprechungsorgane, EuGRZ 2004, 1 ff.

ТРЕТИЙ РАЗДЕЛ

Государство и индивид как субъекты международного права

Марсель Кау

Оглавление (краткий обзор содержания по абзацам) Абзацы

I. Носители прав в международном праве и их органы и нормы, регулирующие межгосударственные отношения	1–75
1. Носители прав и иные участники международных отношений	1–42
а) История вопроса	4
б) Классификация субъектов международного права	7
в) Международные организации	12
г) Индивид	14
д) Народы	32
е) Национальные меньшинства	34
ж) Иные участники международных отношений	37
2. Органы субъектов международного права; нормы, регулирующие межгосударственные отношения	43– 75
а) Центральные органы	44
б) Дипломатические представительства	51
в) Консульские учреждения	65
г) Послы по особым поручениям	70
д) Представительства при международных организациях	73
е) Дипломатическое убежище	74
II. Государство как основной субъект международного права	76–228
1. Государство	76– 99
а) Элементы государства	76
б) Государственный суверенитет	83
в) Равенство государств	87
2. Население государства	100–130
а) Гражданство	101
б) Дипломатическая защита	117
в) Право народов на самоопределение	125
3. Территория государства	131–153

а) Территориальный суверенитет и территориальное верховенство	131
б) Приобретение и утрата государственной территории	136
в) Размер государственной территории	146
4. Государственная власть	154–170
а) Объем государственной власти и нейтралитет	154
б) Субъекты международного права, подобные государствам	160
5. Возникновение и исчезновение государств	171–187
а) Возникновение и исчезновение государств	171
б) Международно-правовое признание	178
в) Новые государства Центральной и Восточной Европы	183
6. Правопреемство государств	188–206
а) Понятие и правовая основа	188
б) Правопреемство в отношении международно-правовых договоров	191
в) Правопреемство в отношении государственного имущества, государственных архивов и государственных долгов	196
г) Правопреемство государств и гражданство	204
7. Правовой статус Германии в прошлом и настоящем	207–228
а) Разделение Германии	208
б) Объединение Германии	216
в) Правила о преемственности государств	223
III. Индивид в международном праве	229–338
1. Защита прав человека на универсальном уровне	229–247
а) Введение	229
б) Всеобщая декларация прав человека	234
в) Пакты о правах человека от 19 декабря 1966 г.	236
г) Специальные конвенции о защите прав человека	242
2. Защита прав человека на региональном уровне	248–279
а) Совет Европы	248
б) Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод	250
в) Европейская социальная хартия	267
г) Права человека в рамках СБСЕ/ОБСЕ	270
д) Защита прав человека в Америке	273
е) Права человека в Африке	277
ж) Права человека в Лиге арабских государств	279
3. Нормы международного права о статусе иностранцев	280–296
а) Введение	280

б) Въезд иностранцев	284
в) Правовой статус иностранцев	287
г) Депортация иностранцев	291
4. Право убежища	297–319
а) Понятие беженца	298
б) Право убежища	301
в) Принцип невыдворения (<i>Non-Refoulement</i>)	304
г) Меры в рамках Совета Европы	307
д) Беженцы в государствах-членах ЕС	309
5. Выдача	320–329
а) Введение	320
б) Основные положения договоров о выдаче	323
в) Исключение для преследуемых по политическим мотивам (<i>political offence exception</i>)	327
г) Выдача и Европейская конвенция о защите прав человека	328
д) Принудительная доставка в государство суда	329
6. Международно-правовая защита меньшинств	330–341
а) Введение	330
б) Защита меньшинств на универсальном уровне	334
в) Защита меньшинств на региональном уровне	335

Литература

- Bernhardt, Rudolf*, Reform of the Control Machinery under the European Convention on Human Rights: Protocol No 11, AJIL 89 (1995) 146ff
- ders*, Der völkerrechtliche Schutz der Menschenrechte, FS Delbrück, 2005, 37ff
- Bothe, Michael*, Die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in bewaffneten Konflikten – eine Überforderung?, ZaöRV 65 (2005) 615ff
- Crawford, James*, The Creation of States in International Law, 2. Aufl 2006
- Cremer, Wolfram*, Entschädigungsklagen wegen schwerer Menschenrechtsverletzungen und Staatenimmunität vor nationaler Zivilgerichtsbarkeit, AVR 41 (2003) 137ff
- Dahm, Georg/Delbrück, Jost/Wolfrum, Rüdiger*, Völkerrecht, Bd I/1, 2. Aufl 1989; Bd I/2, 2. Aufl 2002
- Delbrück, Jost*, Safeguarding Internationally Protected Human Rights in National Emergencies, FS Ress, 2005, 35ff
- Doehring, Karl*, Völkerrecht, 2. Aufl 2004
- Dörr, Oliver*, Staatliche Immunität auf dem Rückzug?, AVR 41 (2003) 201ff
- Everling, Ulrich*, Europäische Union, Europäische Menschenrechtskonvention und Verfassungsstaat, EuR 2005, 411ff
- Fox, Hazel*, The Law of State Immunity, 2. Aufl 2008 [Fox, State Immunity]
- Frowein, Jochen Abr.*, Die traurigen Missverständnisse – Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrecht, FS Delbrück, 2005, 279ff

- ders/Hofmann, Rainer/Oeter, Stefan*, Das Minderheitenrecht europäischer Staaten, Teil I, 1993; Teil II, 1994
- Goodwin-Gill, Guy*, The Refugee in International Law, 2. Aufl 1996
- Grzeszick, Bernd*, Rechte des Einzelnen im Völkerrecht, AVR 43 (2005) 312ff
- Hailbronner, Kay*, Asylrecht und Völkerrecht, in Beitz, Wolfgang G./Wollenschläger, Michael (Hrsg), Handbuch des Asylrechts, Bd I, 1980, 69ff [*Hailbronner, Asylrecht*]
- ders*, Der Schutz der Minderheiten im Völkerrecht, FS Schindler, 1989, 75ff [*Hailbronner, Minderheiten*]
- ders*, Die Rechtsstellung der De-facto-Flüchtlinge in den EG-Staaten. Rechtsvergleichung und Harmonisierung, 1992 [*Hailbronner, De-facto-Flüchtlinge*]
- ders*, Refoulement-Verbote und Drittstaatenregelung (Art 33 GK und Art 3 EMRK), FS Bernhardt, 1995, 365ff [*Hailbronner, Refoulement*]
- ders* (Hrsg), Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts, Bilanz und Ausblick an der Jahrtausendwende, 2000 [*Hailbronner, Fremdenrecht*]
- ders/Renner/Maaßen, Günter*, Staatsangehörigkeitsrecht, 5. Aufl 2010 [*Hailbronner/Renner/Maaßen*]
- Hansen, Randall/Weil, Patrick (Hrsg), Towards a European Nationality – Citizenship, Immigration and Nationality Law in the European Union, 2001 [*Hansen/Weil, European Nationality*]
- dies* (Hrsg), Dual Nationality, Social Rights and Federal Citizenship, 2002 [*Hansen/Weil, Dual Nationality*]
- Herdegen, Matthias*, The Abuse of Diplomatic Privileges and Countermeasures not Covered by the Vienna Convention on Diplomatic Relations, ZaöRV 46 (1986) 734ff
- Hess, Burkhard*, Staatenimmunität und ius cogens im geltenden Völkerrecht, IPRax 2012, 201ff
- Hobe, Stephan/Griebel, Jörn*, Zur Pfändung von Gebührenforderungen der Russischen Föderation aus der Gewährung öffentlicher Luftrechte, ZLR 55 (2006) 225ff
- Hofmann, Rainer*, Die Ausreisefreiheit nach Völkerrecht und staatlichem Recht, 1988
- ders*, Non-state Actors as New Subjects of International Law, 1999
- Institut de Droit International (Hrsg), La succession d'Etats en matière de biens et de dettes, Septième Commission, Rapporteur: *Georg Ress*, Résolution adoptée lors de la Session de Vancouver, Août 2001, AVR 40 (2002) 355ff
- Kahn, Paul W.*, The Question of Sovereignty, Stanford JIL 40 (2004) 259ff
- Kimminich, Otto*, Der Aufenthalt von Ausländern in der Bundesrepublik Deutschland, 1980 [*Kimminich, Aufenthalt*]
- Klein, Eckart*, Überlegungen zum Schutz von Minderheiten und Volksgruppen im Rahmen der Europäischen Union, FS Bernhardt, 1995, 1211ff
- ders*, Menschenrechte und ius cogens, FS Ress, 2005, 151ff

- Kokott, Juliane*, Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte, 1986
- dies*, Bundesverwaltungsgericht und Völkerrecht, FG Bundesverwaltungsgericht, 2003, 411ff
- Kugelmann, Dieter*, Minderheitenschutz und Menschenrechtsschutz, AVR 39 (2001) 233ff
- Martin, David A./Hailbronner, Kay (Hrsg), Rights and Duties of Dual Nationals – Evolution and Prospects, 2003 [*Martin/Hailbronner*, Dual Nationals]
- Mosler, Hermann*, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, ZaöRV 22 (1962) 1ff
- Nolte, Georg* (Hrsg), Der Mensch und seine Rechte, 2004
- Oellers-Frahm, Karin*, Das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs zur Verfolgung von Kriegsverbrechern im ehemaligen Jugoslawien, ZaöRV 54 (1994) 416ff
- Oeter, Stefan*, Selbstbestimmungsrecht im Wandel, ZaöRV 52 (1992) 741ff
- Payandeh, Mehrdad*, Staatenimmunität und Menschenrechte, JZ 2012, 949ff
- Ress, Georg*, Supranationaler Menschenrechtsschutz und der Wandel der Staatlichkeit, ZaöRV 64 (2004) 621ff
- ders/Stein, Torsten* (Hrsg), Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht, 1996
- Rudolf, Walter*, Der Staat als Völkerrechtssubjekt zwischen Globalisierung und Partikularismus, Staatsrecht und Politik, 2009, 407ff
- Ruffert, Matthias*, Probleme der Staatensukzession im Hinblick auf Vermögen und Schulden, NJW 2001, 2235ff
- Schultz, Nikolaus*, Ist Lotus verblüht? Anmerkung zum Urteil des IGH v 14.2.2002 im Fall betreffend den Haftbefehl v 11.4.2000 (Demokratische Republik Kongo gegen Belgien), ZaöRV 62 (2002) 703ff
- Schweisfurth, Theodor*, Ausgewählte Fragen der Staatensukzession im Kontext der Auflösung der UdSSR, AVR 32 (1994) 99ff
- Schweitzer, Michael/Weber, Albrecht*, Handbuch der Völkerrechtspraxis der Bundesrepublik Deutschland 2004
- Simma, Bruno* (Hrsg), Charta der Vereinten Nationen, Kommentar, 1991 [Charta VN]; engl Ausg 1994
- Steinberg, Richard H.*, Who is Sovereign?, Stanford JIL 40 (2004) 329ff
- Steinberger, Helmut*, Die Europäische Union im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, FS Bernhardt, 1995, 1313ff
- Thürer, Daniel*, Grundrechtsschutz in Europa – Globale Perspektive, ZSchwR 124 (2005) 51ff
- Tomuschat, Christian*, Jurisdictional Immunities of States and their Property, FS Seidl-Hohenveldern, 1988, 603ff
- ders* (Hrsg), Modern Law of Self-Determination, 1993

- Uerpmann-Witzak, Robert*, Immunität vor internationalen Strafgerichten, AVR 44 (2006) 33ff
- Wolfrum, Rüdiger*, Das Verbot der Diskriminierung gemäß den internationalen Menschenrechtsabkommen, FS Zuleeg, 2005, 385ff
- ders (Hrsg)*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 10 Bde, 2012 [MPEPIL]
- Zimmermann, Andreas*, Staatennachfolge in völkerrechtlichen Verträgen: zugleich ein Beitrag zu den Möglichkeiten und Grenzen völkerrechtlicher Kodifikation, 2000 [*Zimmermann, Staatennachfolge*]

Договоры и резолюции

- Гагская конвенция, регулирующая некоторые вопросы, связанные с коллизией законов о гражданстве от 12.4.1930 (179 LNTS 89) 102, 109, 113
- Конвенция о правах и обязанностях государств от 26.12.1933 (165 LNTS 19) 76
- Всеобщая декларация прав человека от 10.12.1948 (GAOR, 3rd Sess, 1st Part [Doc A/810] 71) 234, 235, 259, 285, 301
- Устав Совета Европы от 5.5.1949 (87 UNTS 103; BGBl 1950, 263; 1953 II, 558; 1968 II, 1926) 248
- III-я Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях от 12.8.1949 (BGBl 1954 II, 783) 14
- III-я Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море от 12.8.1949 (BGBl 1954 II, 813) 14
- III-я Женевская конвенция об обращении с военнопленными от 12.8.1949 (BGBl 1954 II, 838) 14
- IV-я Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны от 12.8.1949 (BGBl 1954 II, 917) [I–IV: Женевские конвенции Красного Креста] 14
- Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4.11.1950 (213 UNTS 221; BGBl 1952 II, 685, 953) [EMRK] 17, 19, 103, 235, 250
- Конвенция о статусе беженцев от 28.7.1951 (BGBl 1953 II, 560) [Женевская конвенция о беженцах] и Протокол о статусе беженцев от 31.1.1967 (BGBl 1969 II, 1294) 18, 298
- Договор об отношениях между ГДР и СССР от 20.9.1955 (GBI DDR 1955 II, 918) 211
- Европейская конвенция о месте постоянного проживания от 13.12.1955 (BGBl 1959 II, 998) 282
- Конвенция о гражданстве замужней женщины от 20.2.1957 (BGBl 1973 II, 1249) 109

- Договор об образовании Европейского экономического сообщества от 25.3.1957 (BGBl 1957 II, 766), с момента вступления в силу Лиссабонского договора от 13.12.2007 (BGBl 2008 II, 1038) действует как Договор о функционировании Европейского союза (консолидированная редакция: ABl EU 2010, Nr C 83/47) [ДФЕС] 11, 103, 122
- Европейская конвенция о выдаче от 13.12.1957 (BGBl 1964 II, 1369) и Второй дополнительный протокол от 17.3.1978 (BGBl 1990 II, 118) 320, 321, 323, 325, 326
- Декларация о предоставлении независимости колониальным странам и народам от 14.12.1960 (A/RES/1514 [XV]; UNYB 1960, 49) 125
- Венская конвенция о дипломатических сношениях от 18.4.1961 (BGBl 1964 II, 959) [КДС] 51
- Европейская социальная хартия от 18.10.1961 (BGBl 1964 II, 1262) 267
- Венская конвенция о консульских сношениях от 24.4.1963 (BGBl 1969 II, 1585) [ККС] 65
- Договор о дружбе, взаимопомощи и сотрудничестве между ГДР и СССР от 12.6.1964 (GBI DDR 1964 II, 132) 208
- Международный пакт о гражданских и политических правах от 19.12.1966 (BGBl 1973 II, 1534) [МПГПП] и Первый факультативный протокол от 19.12.1966 (BGBl 1992 II, 1247) 35, 240
- Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах от 19.12.1966 (BGBl 1973 II, 1570) [МПЭСК] 236, 238, 239
- Венская конвенция о праве международных договоров от 23.5.1969 (1155 UNTS 331; BGBl 1985 II, 927) [ВКПМД] 44
- Американская конвенция о правах человека от 22.11.1969 (ILM 9 [1970] 99) 20
- Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН от 24.10.1970 (GA Res 2625 [XXV]) [Декларация о дружественных отношениях] 125, 127
- Договор о дружбе, сотрудничестве и взаимопомощи между ГДР и СССР от 7.10.1975 (GBI DDR 1975 II, 238) 211
- Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении договоров Wiener Übereinkommen über die Staatennachfolge in Verträge от 22.8.1978 (ILM 17 [1978] 1488) 188 и след.
- Конвенция ООН по морскому праву от 10.12.1982 (BGBl 1994 II, 1799) [КМП] 150 и след.
- Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов от 8.4.1983 (ILM 22 [1983] 306) 188 и след., 196 и след.
- Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 10.12.1984 (BGBl 1990 II, 246) [Конвенция ООН против пыток] 243

- Европейская конвенция по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания от 26.11.1987 (BGBl 1989 II, 946) 255
- Конвенция о правах ребенка от 20.11.1989 (BGBl 1992 II, 122) 245
- Договор между ФРГ и ГДР о восстановлении единства Германии от 31.8.1990 (BGBl 1990 II, 889) [Договор об объединении] 207, 217, 222, 224, 227
- Договор об окончательном урегулировании в отношении Германии от 12.9.1990 (BGBl 1990 II, 1318) [Договор «Два плюс четыре»] 145, 218
- Договор о Европейском союзе от 7.2.1992 (BGBl 1992 II, 1253) в редакции Лиссабонского договора от 13.12.2007 (BGBl 2008 II, 1038) (консолидированная редакция: AB1 EU 2010, Nr C 83/13) [Договор о ЕС] 321
- Рамочная конвенция о защите национальных меньшинств от 10.11.1994 (EuGRZ 1995, 269) 36, 335
- Конвенция ООН об юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности от 17.1.2005 <http://untreaty.un.org/English/notpubl/English_3_13.pdf> 92

Судебная практика

Постоянная палата международного правосудия

- Консультативное заключение о декретах о гражданстве, изданных 8 ноября 1921 г. в Тунисе и Марокко (французская зона), от 7.2.1923, PCIJ, Series B, No 4, 7 [*дело о декретах о гражданстве*] 102
- Решение по делу о палестинских концессиях Мавромматиса (*Mavrommatis*) (Греция против Великобритании) от 30.8.1924, PCIJ, Series A, No 2, 12 [*дело о концессиях Мавромматиса*] 117, 118
- Решение по делу о фабрике в Хожуве (Chorzów) (Германия против Польши) от 25.5.1926, PCIJ, Series A, No 7 [*дело о фабрике в Хожуве*] 142
- Решение по делу о судне «Лотус» («Lotus») (Франция против Турции) от 7.9.1927, PCIJ, Series A, No 10 [*дело о судне «Лотус»*] 4
- Решение по делу о правовом статусе Восточной Гренландии (Дания против Норвегии) от 5.4.1933, PCIJ, Series A/B, No 53 [*дело о Восточной Гренландии*] 139
- Решение по делу о железной дороге между Паневежисом и Салдутискисом (Эстония против Литвы) от 28.2.1939, PCIJ, Series A/B, No 76 [*дело о железной дороге между Паневежисом и Салдутискисом*] 117

Международный суд

- Консультативное заключение по делу о возмещении за увечья, понесенные на службе ООН, от 11.4.1949, ICJ Reports 1949, 174 [*Бернадот (Bernadotte)*] 9, 12, 120
- Решение по делу об убежище (Колумбия против Перу) от 20.11.1950, ICJ Reports 1950, 266 [*дело об убежище*] 74

- Консультативное заключение по делу об оговорках к Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него от 28.5.1951, ICJ Rep 1951, 23 [*дело об оговорках к Конвенции о геноциде*] 24
- Решение по делу Ноттебома (*Nottebohm*) (Лихтенштейн против Гватемалы) от 6.4.1955, ICJ Rep 1955, 4 [*дело Ноттебома*] 101, 107, 117, 119
- Решения по делам о континентальном шельфе Северного моря (ФРГ против Дании; ФРГ против Нидерландов) от 20.2.1969, ICJ Reports 1969, 3 [*дело о континентальном шельфе Северного моря*] 152, 153
- Решение по делу о компании «Барселона Трэкшн, Лайт энд Пауэр Лимитед» (*Barcelona Traction, Light and Power Co, Ltd*) (вторая стадия) (Бельгия против Испании) от 5.2.1970, ICJ Reports 1970, 3 [*дело Барселона Трэкшн*] 49, 116, 123, 124
- Консультативное заключение о юридических последствиях для государств, вызываемых продолжающимся присутствием Южной Африки в Намибии (Юго-Западная Африка) вопреки резолюции 276 (1970) Совета Безопасности от 21.6.1971, ICJ Rep 1971, 16 [*дело о Намибии*] 125
- Консультативное заключение по делу о Западной Сахаре от 16.10.1975, ICJ Rep 1975, 12 [*дело о Западной Сахаре*] 125
- Решение по делу, касающемуся дипломатического и консульского персонала США в Тегеране (США против Ирана), от 24.5.1980, ICJ Reports 1980, 3 [*дело о тегеранских заложниках*] 53, 56
- Консультативное заключение по делу о толковании Соглашения от 25 марта 1951 г. между ВОЗ и Египтом от 20.12.1980, ICJ Rep 1980, 73 [*дело о Соглашении между ВОЗ и Египтом*] 12
- Решение по делу о военных действиях и действиях военного характера в Никарагуа и против Никарагуа (существо спора) (Никарагуа против США) от 27.6.1986, ICJ Reports 1986, 14 [*дело о Никарагуа*] 125
- Консультативное заключение о применимости обязательства приступать к процедуре арбитража в соответствии с разделом 21 Соглашения от 26 июня 1947 г. по вопросу о месторасположении центральных учреждений ООН от 26.4.1988, ICJ Rep 1988, 12 [*дело о соглашении о месторасположении центральных учреждений ООН*] 13
- Решение по делу компании Элеттроника Сикваль (*Elettronica Sicual S.p.A*) (США против Италии) от 20.7.1989, ICJ Rep 1989, 15 [*дело ELSI*] 124
- Постановление по делу, касающемуся применения Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, (Босния-Герцеговина против Югославии) от 8.4.1993, ICJ Reports 1993, 3 [*первое решение по делу о конвенции о геноциде*] 184
- Решение по делу о Восточном Тиморе (Португалия против Австралии) от 30.6.1995, ICJ Reports 1995, 89 [*дело о Восточном Тиморе*] 125
- Решение по делу Лаграндов (ФРГ против США) от 27.6.2001, ICJ Rep 2001, 466 [*дело Лаграндов*] 16

- Решение по делу об ордере на арест от 11 апреля 2000 г. (Конго против Бельгии) от 14.2.2002, ICJ Rep 2002, 11 [*дело об ордере на арест*] 48, 50, 63
- Решение по делу о вооруженных действиях на территории Конго (Конго против Уганды) от 19.12.2005, ICJ Rep 2005, 168 [*дело о военных действиях*] 56
- Решение по делу, касающемуся применения Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказания за него (Босния-Герцеговина против Сербии и Черногории) от 26.2.2007, ICJ Reports 2007, 43 [*второе дело о Конвенции о геноциде*] 184
- Решение по делу Амаду Садио Диалло (Ahmadou Sadio Diallo) [предварительные возражения] (Гвинея против Конго) от 24.5.2007, ICJ Rep 2007, 582 [*дело Диалло (Diallo)*] 124
- Решение по делу, касающемуся юрисдикционных иммунитетов государств (ФРГ против Италии), от 3.2.2012, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>> [*дело о юрисдикционном иммунитете государств*] 98, 99
- Решение по делу о вопросах, касающихся обязательства осуществлять судебное преследование или выдавать (Бельгия против Сенегала) от 20.7.2012, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>> [*дело Бельгия против Сенегала*] 50

Постоянная палата третейского суда

- Арбитражное решение по делу острова Пальмас (Нидерланды против США) от 4.4.1928, RIAA II, 829 [*дело острова Пальмас*] 131, 138

Международный арбитраж

- Арбитражное решение Британско-Американской комиссии по спорам (Роберт Э. Браун (Robert E. Brown) (США) против Великобритании) от 23.11.1923, RIAA VI, 120 203
- Арбитражное решение Британско-Американской комиссии по спорам (Ф. Х. Редуорд (F.H. Redward) и другие (Великобритания) против США) от 10.11.1925, RIAA VI, 157 [*дело о гавайских исках*] 203
- Арбитражное решение Британско-Мексиканской комиссии по спорам от 8.11.1929, RIAA V, 17 [*Линч (Lynch) против Мексики*] 101

Международный трибунал по бывшей Югославии

- Решение апелляционной инстанции от 15.7.1999, ILM 38 (1999) 1518 [*Прокурор против Таджича (Tadić)*] 23

Европейский суд по правам человека

- Решение от 26.4.1979, Nr 6538/74, [1979] ECHR I; EuGRZ 1979, 386 [*«Сандей таймс» («Sunday Times») против Великобритании*] 259
- Решение от 1.7.1985, Nr 11278/84, DR 43 (1985) 216 [*K and W против Нидерландов*] 260

- Решение от 7.7.1989, Nr 1/1989/161/217, Ser A, Nr 161; EuGRZ 1989, 314; NJW 1990, 2183 [*Серинг (Soering) против Великобритании*] 325
- Решение от 18.2.1991, Nr 12313/86, EHRR 13 (1991) 802; EuGRZ 1991, 149 [*Мустаким (Moustaquim) против Бельгии*] 294, 295
- Решение от 20.3.1991, Nr 46/1990/237/307, Ser A, Nr 201 [*Крус Варас (Cruz Varas) против Швеции*] 328
- Решение от 30.10.1991, Nr 13163/87, Ser A, Nr 215; NVwZ 1992, 869 [*Вилвараджа (Vilvarajah) и другие против Великобритании*] 306
- Решение от 26.11.1991, Nr 13585/88, [1991] ECHR 49 [*«Обсервер» («Observer») и другие против Великобритании*] 259
- Решение от 22.9.1994, Nr 23/1993/418/497, Ser A, Nr 296; EuGRZ 1996, 593 [*Хентрих (Hentrich) против Франции*] 258
- Решение от 27.4.1995, Nr 5/1994/452/531-532, Ser A, Nr 314; InfAuslR 1996, 45 [*Пьермон (Piermont) против Франции*] 290
- Решение от 8.2.1996, Nr 60/1995/566/652, ECHR 1996-I; EuGRZ 1996, 692 [*А. и другие против Дании*] 257
- Решение от 19.2.1996, Nr 23218/94, ECHR 1996-I, 160 [*Гюль (Gül) против Швейцарии*] 286
- Решение от 25.6.1996, Nr 19776/92, ECHR 1996-III [*Амуур (Amuur) против Франции*] 256
- Решение от 16.9.1996, Nr 57/1995/563/649, ECHR 1996-IV; EuGRZ 1996, 514 [*Зюссманн (Süßmann) против ФРГ*] 257
- Решение от 15.11.1996, Nr 45/1995/551/637, ECHR 1996-V; EuGRZ 1999, 193 [*Кантони (Cantoni) против Франции*] 252
- Решение от 15.11.1996, Nr 22414/93, ECHR 1996-V; NVwZ 1997, 1093 [*Чахал (Chahal) против Великобритании*] 256
- Решение от 18.12.1996, Nr 15318/89, EuGRZ 1997, 555 [*Лоузиду (Loizidou) против Турции*] 252а
- Решение от 9.6.1998, Nr 44/1997/828/1034, ECHR 1998-IV [*Теixeира де Кастро (Teixeira de Castro) против Португалии*] 257
- Решение от 12.1.1999, Nr 31314/96, ECHR 1999-II; InfAuslR 1999, 321 [*Карасев против Финляндии*] 260
- Решение от 19.1.1999, Nr 44911/98, EuGRZ 2002, 144 [*Аллауи (Allaoui) и другие против ФРГ*] 262
- Решение от 18.2.1999, Nr 33158/96, ECHR 1999-I; EuGRZ 1999, 215 [*Лаино (Laino) против Италии*] 257
- Решение от 18.2.1999, Nr 24833/94, EuGRZ 1999, 200 [*Мэттьюс (Matthews) против Великобритании*] 252
- Решение от 25.3.1999, Nr 25444/94, ECHR 1999-II [*Пелиссье (Pélissier) и Сасси (Sassi) против Франции*] 257
- Решение от 25.3.1999, Nr 31107/96, ECHR 2000-XI [*Иатридис (Iatridis) против Греции*] 258

- Решение от 28.10.1999, № 28396/95, ECHR 1999-VII; EuGRZ 2001, 475 [*Вилле (Wille) против Лихтенштейна*] 258
- Решение от 20.1.2000, № 44770/98 [*Мекия Шкельцен (Mekjah Shkelzen) против Германии*] 328
- Решение от 5.4.2000, № 34382/97, EuGRZ 2000, 619 [*Дания против Турции*] 262
- Решение от 11.7.2000, № 29192/95, ECHR 2000-VIII; InfAuslR 2000, 473 [*Силиз (Ciliz) против Нидерландов*] 258
- Решение от 15.2.2001, № 42393/98, ECHR 2001-V; EuGRZ 2003, 595 [*Далаб (Dahlab) против Швейцарии*] 258
- Решение от 31.5.2001, № 37591/97, ECHR 2001; EuGRZ 2001, 299 [*Метцгер (Metzger) против ФРГ*] 257
- Решение от 13.9.2001, № 48967/99, EuGRZ 2001, 580 [*Гюлер (Güler) против ФРГ*] 255
- Решение от 4.10.2001, № 43359/98, NJW 2003, 2595 [*Адам (Adam) против Германии*] 255, 258
- Решение от 11.10.2001, № 51342/99, ECHR 2001-X; EuGRZ 2001, 576 [*Калантари (Kalantari) против ФРГ*] 255
- Решение от 11.10.2001, № 30943/96, EuGRZ 2002, 25 [*Захин (Sahin) против ФРГ*] 258
- Решение от 11.10.2001, № 31871/96, EuGRZ 2001, 588 [*Зоммерфельд (Sommerfeld) против ФРГ*] 258
- Решение от 21.11.2001, № 35763/97, HRLJ 23 (2002) 39; AVR 40 (2002) 365 [*Аль-Адсани (Al-Adsani) против Великобритании*] 96
- Решение от 12.12.2001, № 52207/99, NJW 2003, 413; EuGRZ 2002, 133 [*Банкович (Banković)*] 252а
- Решение от 21.12.2001, № 31465/96, EHRR 36 (2003) 7; InfAuslR 2002, 334 [*Сен (Sen) против Нидерландов*] 258, 286
- Решение от 5.2.2002, № 51564/99, ECHR 2002-I [*Чонка (Çonka) против Бельгии*] 292
- Решение от 26.2.2002, № 46544/99, ECHR 2001-I; EuGRZ 2002, 244 [*Кутцнер (Kutzner) против ФРГ*] 258
- Решение от 26.2.2004, № 74969/01, ECHR 2004-VI; EuGRZ 2004, 700 [*Гёргюлю (Görgülü)*] 257
- Решение от 7.10.2004, № 33743/03, NVwZ 2005, 1043 [*Драган (Dragan) против ФРГ*] 266
- Решение от 12.5.2005, № 46221/99, EuGRZ 2005, 463 [*Оджалан (Öcalan) против Турции*] 252а, 257
- Решение от 16.6.2005, № 60654/00, InfAuslR 2005, 349 [*Сысоева против Латвии*] 295
- Решение от 30.6.2005, № 45036/98, NJW 2006, 197 [*Босфорус (Bosphorus) против Ирландии*] 252

- Решение от 17.1.2006, Nr 51431/99, InfAusIR 2006, 29 [*Аристимуно Менди-забаль (Aristimuno Mendizabal) против Франции*] 295
- Решение от 2.12.2008, Nr 32733/08, NVwZ 2009, 965 [*К. Р. С. (K.R.S.) против Великобритании*] 312
- Решение от 2.3.2010, Nr 61498/08 [*Аль-Саадун (Al Saadoon) и Муфди (Mufdhi) против Великобритании*] 252а
- Решение от 21.1.2011, Nr 30696/09 – juris [*М. С. С. (M.S.S.) против Греции и Бельгии*] 312
- Решение от 7.7.2011, Nr 55721/07, NJW 2012, 283 [*Аль-Скеини (Al-Skeini) и другие против Великобритании*] 252а
- Решение от 7.7.2011, Nr 27021/08 – juris [*Аль-Джедда (Al-Jedda) против Великобритании*] 252а
- Решение от 23.2.2012, Nr 27765/09, NVwZ 2012, 809 [*Хирси Джамаа (Hirsi Jamaa) и другие против Италии*] 252а, 319

Суд ЕС

- Решение от 19.1.1988, Rs 292/86, Slg 1988, 111 [*Гуллунг (Gullung)*] 101
- Решение от 7.7.1992, Rs 369/90, Slg 1992, I-4239 [*Мишелетти (Micheletti)*] 101
- Консультативное заключение от 28.3.1996, Slg 1996, I-1759 [*заключение 2/94*] 249
- Решение от 9.3.1999, Rs C-212/97, Slg 1999, I-1484 [*Сентрос (Centros)*] 113
- Решение от 20.9.2001, Rs C-184/99, Slg 2001, I-6193 [*Гржелчык (Grzelczyk)*] 103
- Решение от 11.7.2002, Rs C-60/00, Slg 2002, I-6279 [*Карпенгер (Carpenter)*] 252
- Решение от 17.9.2002, Rs C-413/99, Slg 2002, I-07091 [*Баумбаст (Baumbast)*] 103
- Решение от 5.11.2002, Rs C-208/00, Slg 2002, I-9919 [*Уберзееринг (Überseering)*] 116
- Решение от 26.11.2002, Rs C-100/01, Slg 2002, I-10981 [*Оласабаль (Olazabal)*] 284
- Решение от 12.6.2003, Rs C-112/00, Slg 2003, I-5659 [*Шмидбергер (Schmidberger)/блокирование перевала Бреннер экологами*] 252
- Решение от 30.9.2003, Rs C-167/01, Slg 2003, I-10155 [*Inspire Art*] 116
- Решение от 13.12.2005, Rs C-411/03, Slg. 2005, I-10805 [*SEVIC*] 116
- Решение от 15.2.2007, Rs C-292/05, Slg 2007, I-1519 [*Лехуриту (Lechouritou) и другие*] 96
- Решение от 16.12.2008, Rs C-210/06, Slg 2008, I-9641 [*Картезио (Cartesio)*] 116
- Решение от 2.3.2010, Rs C-135/08, Slg 2010, I-1449 [*Роттманн (Rottmann)*] 105

Решение от 21.12.2011, Rs C-411/10 и C-493/10, NVwZ 2012, 417 [*N.S. и другие*] 312

Немецкие суды

Решение Федерального верховного суда от 4.10.1951, BGHZ 3, 178 [*гражданство ФРГ/Австрия*] 204

Постановление Федерального конституционного суда от 28.5.1952, BVerfGE 1, 322 [*принудительное предоставление гражданства ФРГ*] 102

Решение Федерального административного суда от 30.10.1954, BVerwGE 1, 206 [*гражданство ФРГ для урожденных австрийцев*] 204

Постановление Федерального верховного суда от 18.1.1956, BGHSt 9, 53 [*Кольхаузер (Kohlhauser)*] 204

Решение Федерального верховного суда от 11.7.1957, BGHZ 25, 134 [*лишение собственности юридического лица, принадлежавшего судебским немцам*] 116

Постановление Высшего земельного суда Баварии от 20.2.1963, AVR 12 (1964/65) 218 [*acta iure gestionis*] 148

Постановление Федерального конституционного суда от 30.4.1963, BVerfGE 16, 27 [*посольство Ирана*] 91

Решение Федерального верховного суда от 30.1.1970, BGHZ 53, 181 [*признание хозяйственного общества из Лихтенштейна в ФРГ*] 116

Решение Федерального конституционного суда от 31.7.1973, BVerfGE 36, 1 [*договор об основах отношений между ГДР и ФРГ*] 10, 178, 215

Постановление Федерального конституционного суда от 21.5.1974, BVerfGE 37, 217 [*гражданство детей, рожденных в браке*] 101, 113

Постановление Федерального конституционного суда от 13.12.1977, BVerfGE 46, 342 [*банковский счет посольства Филиппин*] 93

Постановление Федерального конституционного суда от 12.4.1983, BVerfGE 64, 1 [*Национальная иранская нефтяная компания*] 95

Решение Федерального верховного суда от 27.2.1984, BGHSt 32, 275 [*Табатабай (Tabatabai)*] 72

Постановление Федерального конституционного суда от 21.10.1987, BVerfGE 77, 137 [*Teco (Teso)*] 216

Решение Федерального конституционного суда от 31.10.1990, BVerfGE 83, 37 [*избирательное право иностранцев*] 101

Решение Федерального конституционного суда от 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 [*Маастрихт*] 102

Постановление Федерального конституционного суда от 10.6.1997, BVerfGE 96, 68 [*иммунитет послов*] 60, 61, 64

Решение Федерального административного суда от 3.6.2003, BVerwGE 118, 216 [*предотвращение возникновения лиц без гражданства*] 114

- Решение Федерального верховного суда от 26.6.2003, BGHZ 155, 279 [*Дистомо (Distomo)*] 91, 96
- Решение Федерального конституционного суда от 14.10.2004, BVerfGE 111, 307 [*Гёргюлю (Görgülü)*] 252, 266
- Решение Федерального конституционного суда от 18.7.2005, BVerfGE 113, 273 [*европейский ордер на арест*] 103, 321
- Постановление Федерального верховного суда от 5.10.2005, NJW-RR 2006, 198 [*государственный иммунитет при принудительном исполнении решений*] 93
- Постановление Федерального конституционного суда от 15.2.2006, BVerfGK 7, 303 [*Дистомо (Distomo)*] 96
- Постановление Федерального конституционного суда от 24.5.2006, NVwZ 2006, 807 [*отмена решения о натурализации при предоставлении неверных сведений*] 110, 114
- Постановление Федерального конституционного суда от 19.9.2006, BVerfGK 9, 174 [*конвенция о консульских сношениях*] 16, 66
- Постановление Федерального конституционного суда от 6.12.2006, BVerfGE 117, 141 [*иммунитет банковских счетов посольств*] 94
- Постановление Федерального верховного суда от 6.11.2008, WM 2008, 2302 [*обращение взыскания на земельный участок*] 95
- Постановление Федерального конституционного суда от 15.12.2008, 2 BvR 2495/08 – juris 95
- Решение Федерального конституционного суда от 30.6.2009, NJW 2009, 2267 [*Лиссабонский договор*] 170
- Постановление Федерального конституционного суда от 13.10.2009, NVwZ-RR 2010, 41 [*участие бундесвера в военной миссии в Косово*] 80
- Постановление Федерального верховного суда от 25.11.2010, NJW-RR 2011, 647 93

Британские суды

- Королева против Боу Стрит Метрополитен Стипендиари Меджистрейт (Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate), в отсутствие Пиночета Угарте (Pinochet Ugarte), Палата лордов, решения от 25.11.1998 и 24.3.1999, [1998] 3 WLR 1456, [1999] 2 WLR 827 [*дело Пиночета*] 50
- Решение Апелляционного суда от 12.3.1996, Аль-Адсани (Al-Adsani) против правительства Кувейта и других, ILR 107, 536 [*Аль-Адсани (Al-Adsani)*] 96
- Решение Палаты лордов от 14.6.2006, Джонс (Jones) против Министерства внутренних дел Королевства Саудовская Аравия, 2 WLR 1424 [*Джонс (Jones)*] 96

Итальянские суды

- Решение Верховного кассационного суда от 6.11.2003, Луиджи Феррини (Luigi Ferrini) против ФРГ, RivDI 87 (2004) 539 [*Феррини (Ferrini)*] 97
- Постановления Верховного кассационного суда от 6.5.2008, Луиджи Феррини (Luigi Ferrini) против ФРГ 97
- Решение Верховного кассационного суда от 29.5.2008, NVwZ 2008, 1100 [*Дистомо (Distomo)*] 97
- Решение Верховного кассационного суда от 21.10.2008, RivDI 92 (2009) 618 [*Мильде (Milde)*] 97
- Решение Апелляционного суда Флоренции от 21.10.2008 97

Суды США и Канады

- Решение окружного суда южного округа штата Флорида от 8.6.1990, США против Норвеги (Noriega), 746 F.Supp. 1506 [*США против Норвеги (Noriega)*] 45
- Решение апелляционного суда Онтарио от 30.6.2004, Бузари (Bouzari) против Ирана, Docket C38295 [*Бузари (Bouzari)*] 96

I. Носители прав в международном праве и их органы и нормы, регулирующие межгосударственные отношения¹

1. Носители прав и иные участники международных отношений

- 1 Обозначение международного права понятием международное публичное право (*droit international public* или *public international law*), принятым в других правовых системах, представляется более адекватным, чем немецкий термин «право народов» (*Völkerrecht*), поскольку международное право действует не только в отношении народов или государств. Возрастают количество иных участников международных отношений, таких как транснациональные корпорации, международные организации, национально-освободительные движения и индивиды, к которым применяется международное право. Однако осуществление транснациональной деятельности не является единственным критерием, на основании которого субъект деятельности можно отнести к субъектам международного права.
- 2 *Субъектом международного права является только носитель международных прав и/или обязанностей, действия которого непосредственно регулируются международным правом*². Вид и объем международной правосубъектности определяются природой каждого отдельного носителя прав и его статусом в рамках международного правопорядка. Так, объем международных прав и обязанностей международных организаций определяется их задачами и функциями в соответствии с учредительными договорами.
- 3 К отличительным признакам международной правосубъектности относятся установление дипломатических отношений, заключение международных договоров и возможность отстаивания своих интересов посредством подачи жалобы или иска в международный комитет или суд³.

а) История вопроса

- 4 Вплоть до начала XX в. международное право по сути трактовалось как межгосударственное право, хотя уже в то время существовали негосударственные субъекты международного права, такие как Святейший Престол. С момента учреждения Лиги Наций и ООН с ее специализированными организациями (МОТ, ЮНЕСКО, ВОЗ, МВФ и др.) международные организации

¹ Концепция данного раздела была разработана Каем Хайльброннером (*Kay Hailbronner*). До 4-го издания он один являлся автором раздела, в 5-м издании его соавтором стал Марсель Кау. Полное изменение концепции раздела планируется в будущих изданиях.

² *Verdross/Simma, Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl 1984, 22.

³ *Brownlie, Principles of Public International Law*, 7. Aufl 2008, 59; *Starke, Introduction to International Law*, 10. Aufl 1989, 58 mwN.

приобрели международно-правовое значение⁴. Однако международные суды не сразу признали их международную правосубъектность. Более того, Постоянная палата международного правосудия в 1927 г. в решении по *делу о судне «Лотус»* отметила, что международное право по своей природе является *правом, регулирующим отношения между государствами*⁵.

Однако в международном праве со временем получил распространение функциональный подход, который распространяет действие международного права также на международные организации, индивидов и группы. Из международного права развилось *право международных отношений*⁶. Развитие было направлено на постепенную передачу функций международным организациям и ограничение государственного суверенитета обязательствами по соблюдению прав человека. Таким образом, одновременно зародилась идея международного правопорядка, основанного не исключительно на действиях отдельных государств, а на благосостоянии всего человечества и неотъемлемых правах человека⁷.

Расширение круга субъектов международного права в течение XX в. изменило сложившуюся структуру международного права. Государства остаются важнейшими субъектами международного правопорядка (см. абз. 76 и след.), а международное право сохраняет межгосударственный характер⁸. Предложение включить в круг участников международных отношений другие субъекты, в частности индивида (см. абз. 226 и след.), и, таким образом, приравнять их к государствам, не учитывает, что стабильность международного правопорядка основывается на государственном суверенитете. Поэтому попытки предоставить национальным меньшинствам международно-правовой статус до сих пор не увенчались успехом.

б) Классификация субъектов международного права

По виду и объему международных прав и обязанностей различаются неограниченные и ограниченные или частичные субъекты международного права.

Неограниченной международной правосубъектностью наделяются только *государства*, поскольку только они являются носителями всех международно-правовых прав и обязанностей. Их также называют *первичными* или

⁴ См.: Раздел 4. *Кляй /Шмаль*, абз. 1 и след., 8 и след.

⁵ PCIJ, Series A, No 10, 18.

⁶ См.: Раздел I. *Граф Витцтум*, абз. 18 и след., 30 и след.

⁷ См.: *Mosler*, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, ZaöRV 22 (1962) 1ff; подробнее об этом см.: *Graf Vitzthum*, Der Staat der Staatengemeinschaft, 2006.

⁸ Актуальная литература см.: *Rudolf*, Der Staat als Völkerrechtssubjekt zwischen Globalisierung und Partikularismus, Staatsrecht und Politik, 2009, 407ff; *Hillgruber*, Der Staat im Völkerrecht, ZRph 5 (2007) 9ff; *Reinhard*, Aufstieg und Niedergang des modernen Staates, Zeitschr f Staats- u Europawissenschaften 5 (2007) 8ff.

оригинальными субъектами международного права, поскольку как объединение, обладающее внутренней политической организацией, они являются участниками международно-правовых отношений⁹.

- 9 К производным или вторичным принадлежат субъекты международного права, правосубъектность которых вытекает из полномочия, установленного государствами, как правило, в форме учредительного договора. Эти участники международных отношений называются также частичными или *ограниченными* субъектами международного права, поскольку им предоставляются только определенные права и обязанности¹⁰. В зависимости от круга задач и вида делегированных полномочий определяется правовой статус ограниченно правоспособных субъектов международного права. Такой подход позволяет включить в эту категорию настолько различных участников, как, например, признанных в качестве стороны военного конфликта повстанцев, земли, входящие в состав федеративного государства, и Всемирный почтовый союз.
- 10 От международной правосубъектности следует отличать *дееспособность*, несмотря на то что эти элементы обычно совмещаются. Например, Германская империя распалась не в результате перехода высшей государственной власти к союзникам по антигитлеровской коалиции в соответствии с Декларацией от 5 июня 1945 г.¹¹ Объем дееспособности соответствует объему правоспособности. Действие, осуществленное за пределами полномочий (*ultra vires*), не может повлечь за собой международно-правовые обязательства.
- 11 Кроме того, право- и дееспособность по международному праву следует отличать от право- и дееспособности по внутригосударственному праву. Так, согласно ст. 104 Устава ООН на территории любого государства-члена Организация Объединенных Наций обладает право- и дееспособностью, необходимой для выполнения ее целей и задач. Статья 335 ДФЕС предусматривает, что ЕС «...обладает в каждом государстве-члене ЕС наиболее широкой право- и дееспособностью, которую внутригосударственное право признает в отношении юридических лиц; он, в частности, вправе приобретать и отчуждать движимое и недвижимое имущество и обладает активной и пассивной легитимацией в суде».

⁹ Epping, in: Ipsen, Völkerrecht, 5. Aufl 2004, § 5 Rn 1ff.

¹⁰ Об ограниченной международной правосубъектности международных организаций, в частности ООН, см.: Консультативное заключение МС ООН *по делу Бернадотте* (Bernadotte), ICJ Rep 1949, 174, 180.

¹¹ BVerfGE 36, 1; см. также Gornig, Der völkerrechtliche Status Deutschlands zwischen 1945 und 1990, 2007, 19ff.

в) Международные организации

Среди ограниченных субъектов международного права особое значение имеют международные межправительственные организации¹². Международный суд ООН признал их международной правосубъектностью в Консультативном заключении *по делу Бернадот (Bernadotte)* 1949 г.¹³ Международная организация создается, если на основании международно-правового договора государства объединяются на постоянной основе или на определенный срок¹⁴ для достижения совместной цели и поручают органам такой организации самостоятельно выполнять установленные в договоре задачи¹⁵. Сфера деятельности может изменяться и выходить за рамки, изначально установленные учредительным договором, если это вытекает из динамичного толкования цели и смысла договора (*effet utile*). С этим связано расширение полномочий органов международной организации (*implied powers*). Как правило, международные организации имеют три органа: ассамблею, орган, состоящий из представителей отдельных государств и наделенный исполнительными полномочиями, и секретариат, выполняющий административные задачи (см. абз. 157 и след.).

Особое положение среди международных организаций занимает ООН.¹³ Ее основной целью является поддержание мира и безопасности, а также защита прав человека. Для достижения этих целей ООН заключила соглашения в различных сферах деятельности, от *операций по поддержанию мира (peace-keeping operations)* и специальных конференций до Соглашения о штаб-квартирах в Женеве и Нью-Йорке. По *Соглашению о штаб-квартире (Headquarters Agreement)*, заключенному между ООН и США 26 июня 1947 г.¹⁶, ООН были предоставлены дипломатические привилегии и иммунитет.

г) Индивид

Все больше прав предоставляется не только международным организациям, но и индивидам, как правило, на основании *конвенций о правах человека*. Ранее на основании классической доктрины, основанной на теории

¹² См.: Раздел 4. *Кляйн / Шмаль*, абз. 32 и след.

¹³ ICJ Rep 1949, 174, 178 (решение по делу Бернадот (*Bernadotte*)). См. также ICJ Rep 1980, 73, 89 (решение по делу о соглашении между ВОЗ и Египтом). См. также: *Schmalenbach*, International Organizations, General Aspects, MPEPIL V, 1126ff; *Breuer*, Die Völkerrechtspersönlichkeit Internationaler Organisationen, AVR 49 (2011) 4ff.

¹⁴ См. ст. 97 Договора об учреждении Европейского объединения угля и стали.

¹⁵ См.: *Epping* (сноска 9) § 6 Rn 6f.

¹⁶ 11 UNTS 11.

объекта, правосубъектность индивида отвергалась¹⁷. На международном уровне интересы индивида должно было представлять государство его гражданства (опосредованность). Правосубъектность индивидов изначально была установлена в международных конвенциях, регулирующих статус и защиту индивидов в особых ситуациях, например, (III) Женевская конвенция об обращении с военнопленными и (IV) Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны (1949 г.). В этих конвенциях были предусмотрены определенные права индивидов.

- 15 Независимо от этих новейших тенденций, *в сфере дипломатической защиты интересы индивида по-прежнему представляет государство*¹⁸. Нарушение международных правил, касающихся минимального стандарта прав иностранцев, государством, в котором пребывает иностранец, *уполномочивает страну гражданства иностранца осуществлять собственные (межгосударственные) права по отношению к государству пребывания* в порядке дипломатической защиты. Межгосударственный характер возникающих прав и обязанностей проявляется в том, что отказ иностранца от дипломатической защиты или установление запрета на дипломатическую защиту во внутригосударственном праве государства пребывания, как, например, в т.н. доктрине *Кальво*, не признается, в то время как страна гражданства вправе отказаться от своего права на дипломатическую защиту в ущерб своему гражданину¹⁹.
- 16 Защиту граждан в принимающем государстве предусматривают также положения ст. 36 и 37 *Венской конвенции о консульских сношениях*. В них содержатся права, которые позволяют должностным лицам консульства вступить в контакт с собственными гражданами. В случае лишения свободы лицо, взятое под стражу, может потребовать поставить в известность консульское учреждение своей страны. Это дополняется обязанностью принимающей страны сообщить пострадавшему лицу о его правах. Государство гражданина, права которого нарушены, может воспользоваться своими правами против государства-нарушителя²⁰.
- 17 Характер защиты индивидов изменяется, если речь идет о собственных международных правах индивида, в особенности о *правах человека*. В этом случае индивид является *носителем материальных прав* и имеет возможность защищать свои права в международном суде, например, право

¹⁷ См.: Mosler (сноска 7) 30; Grzeszick, Rechte des Einzelnen im Völkerrecht, AVR 43 (2005) 312ff.

¹⁸ К вопросу о дипломатической защите см.: Dugard, Diplomatic Protection, MPEPIL III, 114ff; Doehring, Völkerrecht, 2.Aufl 2004, Rn 868 ff.

¹⁹ Orrego Vicuña, ILA, London Conference 2000, Interim Report on «The Changing Law of Nationality of Claims», Committee on Diplomatic Protection of Persons and Property, 30f.

²⁰ См. решение Международного суда по делу Лаграндов (*LaGrand*). EuGRZ 2001, 287. См. также: BVerfG, NStZ 2007, 159 [*Венская конвенция о консульских сношениях*].

на подачу индивидуальной жалобы в соответствии с ЕКПЧ (см. абз. 247 и след.). Но даже если индивид лишен прямого доступа к международным инстанциям, развитие международного права предполагает, что страна его гражданства все в большем объеме осуществляет не только свои собственные права, но и, представляя своих граждан, предъявляет претензии в защиту прав граждан. Кроме того, исключение из *правила*, в соответствии с которым государство уполномочено защищать только своих собственных граждан, действует при нарушении элементарных прав человека, соблюдать которые обязан каждый (*erga omnes*).

Другой пример расширения прав индивида связан с *правом о статусе беженцев* (см. абз. 293 и след.). Лица, покинувшие свою родину, ранее не попадали ни под защиту государства своего гражданства, ни под защиту иного субъекта международного права. Они также не обладали собственным международно-правовым статусом. Изначально для их защиты была учреждена должность Верховного комиссара по делам беженцев. Одновременно была основана Международная организация по делам беженцев (МОБ). В 1951 г. на смену этим институтам пришел Верховный комиссар ООН по делам беженцев. *Женевская конвенция о беженцах 1951 г.*, действие которой изначально ограничивалась территориально (Европа) и по времени (последствия Второй мировой войны), на основании Нью-Йоркского Дополнительного протокола от 31 января 1967 г. распространяется на всех беженцев²¹. Несмотря на то, что Конвенция предоставляла беженцам определенные права, из нее не следовало признание беженцев субъектами международного права.

Европейская Конвенция о защите прав человека (ЕКПЧ) от 4 ноября 1950 г. на региональном уровне признает частичную международную правосубъектность индивида, поскольку впервые за всю историю развития международного права ему была предоставлена возможность согласно ст. 34 указанной Конвенции отстаивать свои права в международном процессе против государства-участника ЕКПЧ в действовавшей в то время Комиссии по правам человека. Существовавшее ранее разделение между Судом и Комиссией было отменено Дополнительным протоколом № 11 к ЕКПЧ²².

Разработанная по образцу ЕКПЧ *Американская конвенция о правах человека* от 22 ноября 1969 г. в ст. 44 также предусматривает подачу индивидуальной жалобы и распространяет это правило на группы лиц и частные организации при условии, что страна их гражданства признала юрисдикцию суда.

²¹ *Kimminich, Der Internationale Rechtsstatus des Flüchtlings*, 285ff. Zimmermann (Hrsg), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol, 2011.

²² Подробнее в актуальной литературе см.: *Karpenstein/Mayer*, EMRK, 2012; *Meyer-Ladewig*, EMRK, 3. Aufl 2011.

21 В глобальном масштабе возможности защиты прав существенно ограничены по сравнению с конвенциями о правах человека, действующими на региональном уровне. Во Всеобщей декларации прав человека, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г., механизм реализации не определен. Дополнительный протокол к *Международному пакту о гражданских и политических правах* от 19 декабря 1966 г. предусматривает подачу индивидуальной жалобы в Комитет по правам человека только против государства, признавшего юрисдикцию этого Комитета. Комитет может запросить объяснения соответствующего государства, однако не может вынести обязательного для исполнения решения. Тем не менее заключение, выработанное на основании данных, в письменной форме представленного физическим лицом и соответствующим государством-участником, имеет существенное политическое значение, поскольку оно принуждает государство-участника, которое признано Комитетом в качестве нарушителя договора, оправдывать свои действия на международном уровне, а иногда и на внутригосударственном уровне.

22 Международно-правовые *обязанности индивида* в настоящее время могут быть установлены лишь в определенных случаях. Как правило, деяния, являющиеся уголовно наказуемыми в соответствии с международным правом²³, рассматриваются *национальными* уголовными судами. Это связано с тем, что прямое применение международного права к деяниям должностных лиц, которые, как правило, и являются предметом рассмотрения с точки зрения международного уголовного права, может трактоваться как нарушение государственного суверенитета. Впервые индивиды были привлечены к уголовной ответственности непосредственно на основании международного права в рамках Международного военного трибунала (впоследствии — Нюрнбергского трибунала) в соответствии с Лондонским соглашением четырех держав²⁴. В *Нюрнбергском процессе над военными преступниками* были осуждены физические лица за совершение преступлений против человечности и против мира, таких как ведение захватнической войны или участие в ней, а также за международные правонарушения. В то время как преступления против человечности согласно национальным законам уже считались уголовно наказуемыми, преследование за преступления против мира явилось новшеством²⁵. Попытки кодификации принципов, выработанных в ходе Нюрнбергского процесса, а также Токийского трибунала²⁶, сначала не увенчались успехом.

²³ См.: Раздел 7. *Шрёдер*, абз. 38 и след.

²⁴ AJIL Suppl 39 (1945) 357; *Jescheck*, Nuremberg Trials, EPIL III (1997) 747f.

²⁵ См.: решение Международного военного трибунала. AJIL 41 (1947) 172.

²⁶ AJIL 39 (1945), Suppl, 264.

Только после событий в бывшей Югославии Совет Безопасности учредил на основании главы VII Устава ООН суд²⁷, к подведомственности которого относилось преследование грубых нарушений прав человека, совершенных с 1991 г. на территории бывшей Югославии²⁸. Еще один международный трибунал был создан на основании Резолюции Совета Безопасности по Руанде²⁹.

Подведомственность трибуналов по Югославии и по Руанде была ограничена рассмотрением конкретных событий. Поэтому трибуналы были временными. Несмотря на это, они сыграли важную роль в создании постоянного международного уголовного трибунала. Еще в ст. VI Конвенции ГА ООН о геноциде от 9.12.1948 г. было установлено, что деяния лиц, обвиняемых в геноциде, должны рассматриваться национальными судами по месту совершения преступления или международным судом. В 1994 г. КМП представила проект Статута Международного уголовного суда, который был принят в Риме 17.7.1998 г.³⁰ Статут вступил в силу 1.7.2002 г.³¹

²⁷ S/RES/808 (1993), VN 1993, 71ff.

²⁸ О военных преступлениях и Международном уголовном суде см.: *Meron*, War Crimes in Yugoslavia and the Development of International Law, AJIL 88 (1994) 78ff; *Oellers-Frahm*, Das Statut des Internationalen Strafgerichtshofs zur Verfolgung von Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien, ZaöRV 54 (1994) 416ff; *Oeter*, Kriegsverbrechen in den Konflikten um das Erbe Jugoslawiens, ZaöRV 53 (1993) 1ff; *Shraga/Zacklin*, The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, EJIL 5 (1994) 360ff; *Thürer*, Vom Nürnberger Tribunal zum Jugoslawien-Tribunal und weiter zu einem Weltstrafgerichtshof?, SZIER 3 (1993) 491ff; *Tomuschat*, Ein Internationaler Strafgerichtshof als Element einer Weltfriedensordnung, EA 49 (1994) 61ff. О судебной практике Трибунала по бывшей Югославии см.: *Rakate*, The Characterisation of Conflicts in International Law: Applying Tadic to the Kosovo Crises, Stellenbosch LR 11 (2000) 277ff. О коллизии между государственным суверенитетом и международной уголовной подсудностью см.: *Cryer*, International Criminal Law vs State Sovereignty — Another Round?, EJIL 16 (2005) 979; *Nagan/Hammer*, The Changing Character of Sovereignty in International Law and International Relations, Colum J Transnat'l L 43 (2004) 141ff; *Akande*, International Law Immunities and the International Criminal Court, AJIL 98 (2004) 407ff; *Uerpmann-Witzak*, Immunität vor internationalen Strafgerichten, AVR 44 (2006) 33ff.

²⁹ О создании Международного уголовного трибунала по Руанде см.: Резолюция Совета Безопасности № 955 (1994) от 8 ноября 1994 г.

³⁰ Римский статут Международного уголовного суда (BGBl 2000 II, 1394; к вопросу об адаптации немецкого права и изменении ст. 16 (абз. 2) Основного закона ФРГ см. Вводный закон к Римскому статуту от 21.6.2002 [BGBl 2002 I, 2254]); см. также *Kinkel*, Der Internationale Strafgerichtshof, NJW 1998, 2650ff; *Roggemann*, Die Internationalen Strafgerichtshöfe, Ergänzungsband, 2. Aufl 1998; *Benzing*, Sovereignty and the Responsibility to Protect International Criminal Law, in International Law Today, 2008, 17ff; *Malone*, International Criminal Justice on the Move, J Int'l Inst 50 (2008) 569ff; eingehend Trifflerer (Hrsg), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2. Aufl 2008.

³¹ См.: *Werle*, Völkerstrafrecht und deutsches Völkerstrafgesetzbuch, JZ 2012, 373ff; *Meyer*, Der Internationale Strafgerichtshof und das deutsche Völkerstrafrecht, DRiZ 2011, 19ff.

- 25 Юрисдикция Международного уголовного суда (далее — МУС) распространяется на четыре вида нарушений норм международного права, а именно геноцид, преступления против человечности, военные преступления и агрессию (ст. 5 Статута МУС), причем определен состав лишь первых трех названных преступлений (ст. ст. 6–9 Статута МУС), а определение преступления агрессии пока отсутствует. Статьи 11 и 24 Статута исключают обратную силу. Принципы *nullum crimen sine lege* (ст. 22 Статута МУС) и *nulla poena sine lege* (ст. 23 Статута МУС) применяются так же, как и презумпция невиновности (ст. 66 Статута МУС).
- 26 Согласно ст. 12 (абз. 1) Статута юрисдикция МУС зависит от присоединения государств к Статуту. Юрисдикция Суда распространяется только на преступления, совершенные после вступления Статута в силу. МУС подсудны деяния, совершенные на территории государства-участника или гражданином государства-участника (ст. 12 (абз. 2) Статута). Согласно ст. 12 (абз. 2 и 2) в сочетании со ст. 13 Статута в определенных случаях юрисдикция МУС может распространяться на государства, не являющиеся участниками Статута. Совет Безопасности может запретить МУС проведение процесса (ст. 16 Статута). Юрисдикция Суда распространяется на физических лиц (ст. 25 Статута), достигших 18-летнего возраста в момент совершения преступления (ст. 26 Статута).
- 27 *Применимое право* определяется не только Статутом, элементами преступлений и правилами процедуры и доказывания (ст. 21 (абз. 1 а) Статута). Наряду с перечисленными положениями могут применяться международные договоры, правовые принципы и нормы, включая общепризнанные принципы международного права вооруженных конфликтов (ст. 21 (абз. 1 б) Статута). Если этих источников права недостаточно для вынесения решения по существу, применяются общие принципы права, которые определяются МУС на основании сравнительного анализа принципов национального уголовного права и соответствуют Статуту и международному праву (ст. 21 (абз. 1 с) Статута).
- 28 Процесс состоит из предварительного производства, судебного разбирательства и апелляционного производства (ст. 81 Статута). Судебное разбирательство проводится в присутствии обвиняемого (ст. 63 (абз. 1) Статута). В случае вынесения обвинительного приговора назначается мера наказания в виде лишения свободы на срок до 30 лет или пожизненного лишения свободы. Кроме того, может быть назначен денежный штраф и конфискация имущества, приобретенного в результате совершения преступления (ст. 77 Статута).
- 29 Государства-участники Статута МУС обязуются всесторонне сотрудничать с Судом (ст. 86)³². Часть 9 Статута содержит правила ведения

³² См.: *With/Harder*, Die Anpassung des deutschen Rechts an das Römische Statut des Internationalen Strafgerichtshofs aus Sicht deutscher Nichtregierungsorganisationen, ZRP 2000, 144ff.

производства в случае коллидирующих просьб о преследовании Международным уголовным судом и национальными органами уголовного преследования. Юрисдикция МУС только дополняет национальную юрисдикцию. Если производство возбуждено национальным органом уголовного преследования, одновременно не может быть начато судебное разбирательство в МУС, за исключением случаев, когда государство не желает или не способно вести уголовное преследование надлежащим образом (ст. 17 Статута).

Статья 27 Статута предусматривает, что совершение деяния при исполнении должностных обязанностей не освобождает лицо от уголовной ответственности и не является основанием для смягчения приговора. Это правило также действует в отношении деяний, совершенных главой государства или правительства, членами правительства или парламента. 30

В отношении индивидов предусмотрена международно-правовая ответственность за определенные *грубые нарушения прав человека*, в частности, связанные с пытками, похищениями лиц и незаконным лишением жизни, которые часто используются при диктаторских режимах³³. В международных договорах закреплена обязанность по привлечению к уголовной ответственности за геноцид³⁴ и пытки³⁵. В иных случаях уголовная ответственность предусмотрена в связи с нарушением права вооруженных конфликтов³⁶ или в отношении преступлений, как правило, совершаемых не должностными лицами (например, пиратство)³⁷. Следует исходить из того, что не предусмотрена уголовная ответственность за грубые нарушения прав человека, выходящая за рамки вышеуказанных положений и принципов. 31

д) Народы

Несмотря на то, что, в особенности, уголовная наказуемость преступлений против человечности и геноцида могла бы являться основанием для предоставления народам субъективных прав, они, *как правило, не обладают международной правосубъектностью*. Право народов на самоопределение было 32

³³ См.: *Ambos*, Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen, AVR 37 (1999) 318.

³⁴ В ст. IV Конвенции о предотвращении преступления геноцида и наказании за него (78 UNTS 277; BGBl 1954 II, 730) закреплена наказуемость действий лиц, совершающих геноцид, «независимо от того, являются ли они ...правителями».

³⁵ Ст. 4 Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения от 10 декабря 1984 г. (BGBl II 1990, 246).

³⁶ Ст. 49 Женевской конвенции (ЖК) I, ст. 50 ЖК II, ст. 129 ЖК III и ст. 146 ЖК IV (BGBl 1954 II, 783, 813, 838, 917; BGBl 1956 II, 1586).

³⁷ *Schmahl*, Die Bekämpfung der Seepiraterie im Spiegel des Völkerrechts, des Europarechts und der deutschen Rechtsordnung, AöR 136 (2011) 44ff; *Neuhold*, The Return of Piracy, FS Wolfrum, Bd 2, 2011, 1239ff; *Khan*, Sailing in the Wine-Dark Sea, FS Simma, 2011, 1207ff.

включено в Устав ООН после Второй мировой войны. Оно было упомянуто в Пактах о правах человека от 19 декабря 1966 г. и признано в резолюциях Генеральной Ассамблеи.

- 33 В литературе по международному праву остается спорным вопрос, насколько следует понимать право на самоопределение как политический принцип в силу недостаточно конкретной формулировки, только частично поддающейся юридической проверке, или, по крайней мере, частично как международно-правовое требование, например, требования автономии или отделения, которое народы могут предъявлять государствам и при определенных условиях реализовывать в установленном порядке³⁸. Однако из этого не следует, что народы автоматически обладают собственной международной правоспособностью³⁹. В силу многих аргументов, с точки зрения немецкой терминологии, следует рассматривать право на самоопределение как правовой статус, из которого не следуют субъективные права (*Rechtsstellung ohne subjektive Rechte*). Согласно практике ООН при определенных условиях признается право организаций, действующих как освободительные движения, осуществлять права в рамках Генеральной Ассамблеи и в органах ООН, а также право на участие в переговорах по заключению международных договоров, например, в переговорах в Женеве 1977 г. по вопросу дальнейшего развития гуманитарного права применительно к вооруженным конфликтам, до приобретения независимости.

е) Национальные меньшинства

- 34 Вследствие того, что право на самоопределение принадлежит только народам, вскоре пришлось предоставить права отдельным группам, которые в силу их малочисленности не обладали правом на самоопределение. Однако это не привело к приобретению национальными меньшинствами международной правосубъектности⁴⁰.
- 35 В соответствии с распространенным в Европе мнением *понятие* национального меньшинства предполагает, что речь идет о гражданах соответствующего государства. В силу неопределенной формулировки ст. 27 Международного пакта о гражданских и политических правах (далее — МПГПП) в межгосударственной практике иностранцы не подлежат защите как представители национальных меньшинств (см. ниже абз. 328 и след.). Комитет ООН по правам человека придерживается иной позиции

³⁸ См.: *Brownlie* (сноска 3) 579f.

³⁹ См.: *Kimminich*, Aufenthalt, 139.

⁴⁰ См.: *Brühl-Moser*, Die Entwicklung des Selbstbestimmungsrechts der Völker unter Berücksichtigung seines innerstaatlich-demokratischen Aspekts und seiner Bedeutung für den Minderheitenschutz, 1994; *Haedrich*, Integration durch völkerrechtlichen Minderheitenschutz?, ZAR 2012, 225ff.

и требует предоставить права национальных меньшинств всем проживающим на территории соответствующего государства меньшинствам независимо от гражданства⁴¹.

Европейская Рамочная конвенция о защите национальных меньшинств от 1 февраля 1995 г.⁴² закрепляет права и обязанности по их защите, например, право лиц, принадлежащих к этническому, религиозному или языковому меньшинству, развивать собственную культуру, исповедовать свою религию и исполнять ее обряды, а также пользоваться родным языком. Понятие национального меньшинства остается неопределенным. Конвенция, принимаемая во внимание различные позиции государств-участников, не содержит определения. Поэтому многие государства-участники своими декларациями установили, к каким группам, с их точки зрения, применяется Конвенция. В своей декларации федеральное правительство ФРГ признало национальными меньшинствами *датчан и лужицких сорбов*, имеющих гражданство ФРГ. Фризы, синти и рома, имеющие гражданство ФРГ, не признаны национальными меньшинствами, однако согласно декларации ФРГ Конвенция к ним применяется⁴³. Национальными меньшинствами в контексте Конвенции, как правило, не признаются мигранты, объединенные по этническим или религиозным признакам и получившие гражданство. К ним, как правило, применяются особые требования об интеграции. Поэтому признание статуса национального меньшинства считается контрпродуктивным. Таким образом, национальными меньшинствами с точки зрения международного права признаются только «коренные» меньшинства.

36

ж) Иные участники международных отношений

Иные участники международных отношений, которые могут рассматриваться в качестве субъектов международного права, различаются по своей природе. *Повстанцы*⁴⁴, как правило, не обладают международно-правовым статусом. Лишь после укрепления их позиции, позволяющей осуществлять эффективную власть на части государственной территории, они приобретают международно-правовой статус. Третьи государства могут предоставить защиту своим гражданам, находящимся на указанной территории, только если они устанавливают связь с повстанцами и признают их в качестве воюющей стороны. Исходя из этого, к конфликту применяются международно-правовые

37

⁴¹ Observations Générales 23 (Article 27), HRI/GEN/1/Rev1 v 29.7.1994.

⁴² BGBl 1997 II, 1408; R. Hofmann, Menschenrechte und der Schutz nationaler Minderheiten, ZaöRV 65 (2005) 587ff.

⁴³ BGBl 1997 II, 1408 (1418).

⁴⁴ К вопросу о повстанцах см.: Stein/von Buttlar, Völkerrecht, 11. Aufl 2005, Rn 488ff.; La Rosa/Wuerzner, Armed Groups, Sanctions and the Implementations of International Humanitarian Law, Int Committee of the Red Cross 90 (2008) 327ff.

нормы о вооруженных конфликтах и международное гуманитарное право, касающееся раненых и военнопленных⁴⁵. Третьи государства, до сих пор поддерживавшие законное правительство, приобретают нейтральный статус и могут предоставлять только гуманитарную помощь.

38 Создание собственного государства, как правило, также является целью *освободительных движений*. Генеральная Ассамблея ООН предоставляет им статус наблюдателя, если они отвечают минимальному стандарту эффективности и организации и признаны региональными организациями или ООН в качестве законных представителей народа. В таком случае они могут принимать участие в конференциях ООН без права голоса или в деятельности органов ООН.

39 К традиционным субъектам международного права относится *Святейший Престол*⁴⁶, международная правосубъектность которого была признана еще в Средневековье. После аннексии Папской области Италией в 1870 г. международная правосубъектность Святейшего Престола (Ватикана) продолжала существовать, несмотря на утрату территориального суверенитета. Это было подтверждено Латеранским договором 1929 г. между Италией и Святейшим Престолом. Договор обеспечил государство Ватикан во главе с Папой Римским территорией⁴⁷. В Ватикане, территория которого составляет 0,44 кв. км, существует собственная конституция и гражданство. Однако они связаны с целью государства — обеспечением независимости католической церкви, и прекращаются, если органы Ватикана откажутся от своих полномочий и покинут территорию Ватикана⁴⁸. Святейший Престол выполняет в рамках международного права, прежде всего, гуманитарные задачи и поддерживает дипломатические отношения со многими государствами через папских послов (нунциев). Святейший Престол связан с многочисленными государствами договорами, регулирующими отношения между государством и церковью (конкордат).

40 *Суверенный Мальтийский рыцарский орден*⁴⁹ является историческим субъектом международного права⁵⁰. Орден был создан в Святой земле и пе-

⁴⁵ См.: Раздел 8. *Bome*, абз. 66 и след., 77 и след.

⁴⁶ См.: *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht* Bd I/2, 2. Aufl 2002, § 113; *Germelmann*, *Heiliger Stuhl und Vatikanstaat in der internationalen Gemeinschaft*, AVR 47 (2009) 147ff; *Martinez Junior*, *Sovereign Impunity*, Texas ILJ 44 (2008) 123ff; *Candrian*, *Quelques réflexions sur les relations diplomatiques de la Suisse avec le Saint-Siège*, in *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law*, 2007, 1057ff.

⁴⁷ См.: *Köck*, *ÖHVR*, Bd I, 2. Aufl 1991, 403.

⁴⁸ К вопросу об утрате гражданства Германии в результате приобретения ватиканского гражданства Папой Бенедиктом XVI см.: *Renner*, *Ist Papst Benedikt XVI. Deutscher geblieben?*, ZAR 2005, 282ff.

⁴⁹ Официальное название: Суверенный Мальтийский рыцарский орден: Орден Госпитальеров Святого Иоанна Иерусалимского, Родосский и Мальтийский.

⁵⁰ См.: *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 46) § 114.

ренес свою резиденцию в Рим в 1834 г. Он окончательно вернулся к своим благотворительным задачам, но до сих пор поддерживает дипломатические отношения с некоторыми государствами.

Особым субъектом международного права является *Международный Комитет Красного Креста* (МККК)⁵¹. В соответствии с Женевской конвенцией 1949 г. он выполняет задачи, связанные с осуществлением перевозок Красного Креста, посещением военнопленных и оказанием гуманитарной помощи в военное время и в случаях стихийных бедствий. От МККК следует отличать объединение национальных обществ Красного Креста с Лигой обществ Красного Креста и Красного Полумесяца и Международную Конференцию Красного Креста. Задача Лиги заключается в координации деятельности национальных обществ Красного Креста, в то время как Международная Конференция в качестве высшего консультативного органа состоит из представителей национальных обществ Красного Креста, МККК, Лиги и государств-участников Женевских конвенций. Международная Конференция принимает решения в форме резолюций, не обладающих обязательной юридической силой. 41

Значение *транснациональных корпораций*⁵², т.е. предприятий, главное управление которых находится в одном государстве, а представительства находятся в других государствах и подчиняются центральному управлению, контролируются им и следуют единой стратегии, растет с развитием глобализации. Хотя они часто выступают фактически равноправной стороной по отношению к государствам при заключении концессионных и инвестиционных договоров или при участии в арбитражном процессе, они *не обладают международной правосубъектностью*. Проблемы мульти- или транснациональных корпораций связаны с тем, что им легче уклоняться от регулирования, чем предприятиям, подпадающим под национальный контроль. В своих действиях они нередко используют экономическую власть и международные формы деятельности. Принятие всеобщего кодекса поведения⁵³ для подобных предприятий пока не нашло поддержки в практике государств. Международно-правовые аспекты глобализации пока недостаточно изучены⁵⁴. 42

⁵¹ См.: *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 46) § 115.

⁵² См.: *Herdegen*, *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2007, § 13.

⁵³ ILM 22 (1983) 177ff; ILM 23 (1984) 627ff; *Hailbronner*, *Völkerrechtliche und staatsrechtliche Überlegungen zu Verhaltenskodizes für transnationale Unternehmen*, FS Schlochauer, 1981, 329ff; *Shaw*, *International Law*, 6. Aufl 2008, 249f.

⁵⁴ См.: *Walzer*, *Toward a Global Civil Society*, 1995, 23ff; *Thüerer*, *The Emergence of Non-governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State*, в: Hofmann (Hrsg), *Non-state Actors as New Subjects of International Law*, 1999, 37 u 53f; *Mosler*, *The International Society as a Legal Community*, RdC 140 (1974-IV) 17; *Tomuschat*, *Obligations Arising for States Without or Against Their Will*, RdC 241 (1993-IV) 216; *Frowein*, *Reactions by Not Directly Affected*

2. Органы субъектов международного права; нормы, регулирующие межгосударственные отношения

43 Юридические лица действуют на международной арене через свои органы. Различаются центральные и децентрализованные органы.

а) Центральные органы

44 К центральным органам в межгосударственных отношениях относятся *глава государства, глава правительства и министр иностранных дел*. В отличие от других министров они уполномочены представлять интересы государства, согласно ст. 7 (абз. 2 а) Венской конвенции о праве международных договоров от 23 мая 1969 г. Глава государства представляет государство, и на него не может распространяться юрисдикция или власть другого государства в случае действий, осуществленных им при исполнении служебных обязанностей.

45 Иначе складывалась ситуация в деле *Норьеги*, когда он после доставки из Панамы в США был обвинен в торговле наркотиками, вымогательстве и участии в похищении и убийстве панамского оппозиционера. Решением от 8 июня 1990 г. генерал *Норьега* был лишен иммунитета главы государства со ссылкой на то, что глава государства должен быть признанным. Утверждалось, что *Норьега* не является главой государства по конституции Панамы, его статус не был подтвержден президентскими выборами и США его не признали (о признании см. абз. 175 и след.)⁵⁵.

46 В связи с вопросом иммунитета следует проводить различия между *действующими и бывшими главами государств*. Следует исходить из того, что каждое государство в силу своего суверенитета вправе определять представителей органов власти. В соответствии с международным правом представители органов власти обладают иммунитетом⁵⁶. Объем иммунитета бывших глав государств неоднократно рассматривался судами. В 1995 г. Апелляционный суд Амстердама подтвердил решение прокуратуры, которая, ссылаясь на действующий иммунитет, отказала в возбуждении уголовного дела в отношении бывшего чилийского президента и пожизненного сенатора *Пиночета*⁵⁷.

States to Breaches of Public International Law, RdC 248 (1994-IV) 355; *Simma*, From Bilateralism to Community Interest in International Law, RdC 250 (1994-VI) 256.

⁵⁵ См.: *США против Норьеги (Noriega)*, 746 F. Supp. 1506, 1519; *Talmon*, Recognition of Governments in International Law, 1998, 259.

⁵⁶ *Van Alebeek*, The Immunity of States and their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law, 2008, 103ff.

⁵⁷ NYIL 28 (1997) 363ff; *Sears*, Confronting the «Culture of Impunity»: Immunity of Heads of State from Nuremberg to *ex parte* Pinochet, GYIL 42 (1999) 125ff.

Однако *Палата лордов* в ходе разбирательства по делу о его выдаче, проведенном в Испании, частично отклонила возражение об иммунитете.

В отличие от иммунитета дипломатов, иммунитет глав государств, правительств и министров иностранных дел прямо не регулируется нормами международного права. В соответствии с английским правом, применимым к испанскому запросу о выдаче (ст. 20 (абз. 1) *Акта о государственном иммунитете* 1978 г. в сочетании с *Актом о дипломатических привилегиях* 1964 г.), главы государств обладают тем же иммунитетом, что и главы дипломатических представительств по Венской конвенции о дипломатических сношениях. Это правило можно рассматривать в качестве нормы универсального международного обычного права. В соответствии с международным обычным правом на действующего главу государства, находящегося за границей, распространяется иммунитет государства, интересы которого он представляет⁵⁸. При этом иммунитет защищает главу государства как участника международных отношений. Такой иммунитет называют иммунитетом *ratione personae*.

Традиционно иммунитет *ratione personae* действовал без исключений⁵⁹. Исключения из этого принципа появились недавно. В деле *Пиночета* их невозможно было применить. Статья 27 Статута Международного уголовного суда исключает оговорку об иммунитете в связи с предусмотренными Римским статутом преступлениями против международного права. Однако из этого нельзя сделать вывод о действующей в силу правового обычая юрисдикции национальных судов, выходящей за рамки юрисдикции МУС. В деле *Конго против Бельгии* Международный суд признал выдачу бельгийскими органами власти международного ордера на арест министра иностранных дел Конго за совершение преступлений против человечности, противоречащей международному праву, и установил, что в настоящее время в международном обычном праве не признаны исключения из принципа абсолютного иммунитета действующих членов правительства⁶⁰. По мнению суда, это правило действует также в случае совершения тяжких военных преступлений или преступлений против человечности. Уголовная юрисдикция международных судов при этом не ограничивается⁶¹.

⁵⁸ К вопросу о соотношении между государственным иммунитетом и иммунитетом главы государства см.: *Bröhmer*, State Immunity and the Violation of Human Rights, 1997, 29ff.

⁵⁹ См.: *Doehring* (сноска 18) Rn 671.

⁶⁰ ICJ Rep 2002, 11; *Summers*, Diplomatic Immunity Ratione Personae, JIL 16 (2007) 459ff; *Morris*, Constitutional Solutions to the Problem of Diplomatic Crime and Immunity, Hofstra LRev 36 (2007) 601ff.

⁶¹ См.: решение французского кассационного суда по делу Каддафи о совершении теракта на самолете французской авиалинии в 1989 г.; см. также: *Zappalà*, Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi-Case before the French Cour de Cassation, EJIL 12 (2001) 595ff.

49 После прекращения должностных полномочий иммунитет продолжает действовать в отношении служебных действий. Он действует в силу *ratione materiae*. На бывшего главу государства как такового защита иммунитета более не распространяется: он уже не представляет свое государство в международных отношениях и, следовательно, не нуждается в защите. Иммунитет *ratione materiae* распространяется на все действия, совершенные при исполнении должностных обязанностей. Какие действия главы государства осуществляются при исполнении должностных обязанностей, устанавливается национальной конституцией. Если речь идет о государственных актах, на них распространяется иммунитет. Иммунитет не распространяется на криминальные действия, совершенные только в целях получения личной выгоды или удовольствия бывшим главой государства. В последнее время ведутся дискуссии о том, распространяется ли иммунитет *ratione materiae*⁶² на преступления или соучастие в преступлениях против человечности или иным образом нарушающих международное право⁶³. Основные права человека защищаются нормами *ius cogens*⁶⁴. Запрет пыток также является императивной нормой международного права⁶⁵.

50 В решениях по делу *Пиночета Палата лордов* рассмотрела вопрос, в каком объеме бывший глава государства может воспользоваться иммунитетом против обвинений в грубом нарушении прав человека, ссылаясь на то, что у него сохраняется иммунитет, основывающийся на его прежнем статусе. В первом решении, отмененном по причине предвзятости одного из судей⁶⁶, довод о действии иммунитета был отклонен. Второе решение судьи обосновали тем, что государства-участники Конвенции ООН против пыток после вступления Конвенции в силу не могут ссылаться на то, что признанный международным правом иммунитет глав государств-участников после их отставки распространяется на пытки, которые применялись до отставки или до прекращения полномочий главы государства на основании его приказа или с его одобрения⁶⁷. Исходя из этого, большинство судей решило, что сенатор *Пиночет* может быть выдан Испании за пытки, совершенные

⁶² См.: *Doehring* (сноска 18) Rn 672; *Van Alebeek* (Fn 56) 301ff; исторические примеры см.: *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 46), Bd I/1, 2. Aufl 1989, 255f.

⁶³ К вопросу о терминологии см. Раздел 7. *Шредер*, абз. 37 и след.

⁶⁴ Решение МС по делу *Барселона Трэкин* (ICJ Rep 1970, 4, 32).

⁶⁵ См.: *Bröhmer* (сноска 58) 147.

⁶⁶ Решение Палаты лордов от 25 ноября 1998 г., отмененное решением от 17 декабря 1998 г. (ILM 37 [1998] 1302).

⁶⁷ Палата лордов, решение от 24 февраля 1999 г. (ILM 38 [1999] 581). Подробнее о деле *Пиночета* см.: Ahlbrecht u a (Hrsg), *Der Fall Pinochet(s): Auslieferung wegen staatsverstärkter Kriminalität?*, 1999; Woodhouse (Hrsg), *The Pinochet Case: A Legal and Constitutional Analysis*, 2000; *Handl*, *The Pinochet Case, Foreign State Immunity and the Changing Constitution of the International Community*, FS Ginther, 1999, 59ff; *Paulus*, *Triumph und Tragik des Völkerstrafrechts*, NJW 1999, 2644ff.

после вступления Конвенции ООН против пыток в силу 8 декабря 1988 г. для Англии, Испании и Чили. Хотя выдача не состоялась вследствие процессуальной недееспособности *Пиночета*, компетентные чилийские органы власти открыли уголовное дело. В процессе против бывшего либерийского президента *Тейлора* специальный трибунал, созданный на основании резолюции Совета Безопасности по Сьерра-Леоне, отказал в признании иммунитета *Тейлора* в отношении военных преступлений и преступлений против человечности, совершенных во время его пребывания в должности⁶⁸. Международный суд ООН также исходил из существенно ограниченного иммунитета *ratione materiae* бывшего главы государства в актуальном решении по делу *Бельгия против Сенегала*⁶⁹. С точки зрения МС, Сенегал, присоединившийся к Конвенции ООН против пыток в 1987 г., был обязан открыть уголовное дело против бывшего президента Республики Чад *Иссена Абре (Hissène Habré)* или выдать его для осуществления уголовного преследования (*aut dedere aut judicare*), а также мог провести расследование в отношении деяний, совершенных ранее, и предъявить обвинения. Таким образом, МС отклонил аргументы, связанные с обратным действием норм о санкциях на основании международного обычного права и подтверждением такого действия Конвенцией ООН о пытках⁷⁰. МС подтвердил этим решением тенденцию, согласно которой действующие главы государств по-прежнему обладают абсолютным иммунитетом⁷¹, а *бывшие* главы государств утрачивают иммунитет *ratione materiae* при нарушении Конвенции ООН против пыток и иных подобных основополагающих конвенций, например, Конвенции о геноциде⁷².

б) Дипломатические представительства

До принятия Венской конвенции о дипломатических сношениях от 18 апреля 1961 г. (далее — ВКД)⁷³ дипломатические отношения основывались на международном обычном праве, которое согласно преамбуле Конвенции

⁶⁸ См.: *Jalloh*, Immunity from Prosecution for International Crimes — The Case of Charles Taylor at the Special Court for Sierra Leone, ASIL Insights, October 2004; *Stein/von Butlar* (сноска 44) Rn 1187f.; к вопросу об иммунитете см.: *Singerman*, It's Still Good to be the King, Emory ILRev 21 (2007) 413ff; *Alderton*, Immunity for Heads of State Acting in their Private Capacity, ICLQ 58 (2009) 702ff; ILC Rep 2008, Chapter X ("Immunity of State Officials from Foreign Criminal Justice"); ILC Rep 2006, Annex A (Preliminary Report of Roman A. Kolodkin).

⁶⁹ <<http://www.icj-cij.org/docket/files/144/17064.pdf>>.

⁷⁰ Там же, абз. 99f.

⁷¹ См. решение по делу *об ордере на арест*, ICJ Rep 2002, 11.

⁷² См. решение по делу *Бельгия против Сенегала* (сноска 69) Rn 122.

⁷³ ВGBI 1964 II, 958.

продолжает применяться субсидиарно⁷⁴. В ст. 14 (абз. 1) ВКД закреплено традиционное подразделение глав дипломатических представительств на три класса. Принято различать послов или нунциев и других глав представительств эквивалентного ранга (ст. 14 (абз. 1 а) ВКД), посланников, министров и интернунциев, относящихся ко второму классу (ст. 14 (абз. 1 b) ВКД) и поверенных в делах, относящихся к третьему классу (ст. 14 (абз. 1 с) ВКД). Первые два класса должны быть аккредитованы при главах принимающих государств, а третий — при министрах иностранных дел. Поверенные в делах временно выполняют функции главы дипломатического представительства (ст. 19 ВКД).

52 В принципе, главы и члены представительства назначаются аккредитуящим государством по своему усмотрению. Однако в соответствии со ст. 4 ВКД аккредитуящее государство должно запросить *агремен* на главу представительства, в выдаче которого государство пребывания может отказать, не указывая причин такого отказа (ст. 4 (абз. 2) ВКД). На членов представительства распространяются ограничения, предусмотренные ст. 5, 7, 8, 9 и 11 ВКД. В отношении военных, морских и авиационных атташе государства пребывания обладают широкими правами. Так, их назначение может зависеть от согласия государства пребывания (ст. 7 (предл. 1) ВКД).

53 Государство пребывания может также оказывать влияние на членов представительства после их направления. Согласно ст. 43 ВКД функции дипломатов прекращаются не только в случае прекращения их функций аккредитуящим государством или распада аккредитуящего государства, но и если государство пребывания объявит дипломата *persona non grata* (ст. 9 (абз. 1) ВКД). Такое решение не требует обоснования. Иными возможностями применения санкций в дипломатическом праве государство пребывания не располагает. Речь идет о *закрытой системе*, которая не только регулирует обязательства государства пребывания в отношении привилегий и иммунитета дипломатических представительств, но и предусматривает меры, с помощью которых государство пребывания может противостоять возможному злоупотреблению привилегиями⁷⁵. Из этого следует, что государства правомочны реагировать на нарушения международного права другими государствами. Допускаются только санкции, предусмотренные непосредственно дипломатическим правом.

54 Численность персонала представительства определяет аккредитуящее государство. При отсутствии конкретного соглашения о численности

⁷⁴ О дипломатическом праве см.: *Blum*, *Diplomatic Agents and Missions*, EPIL I (1992) 1034; *Dembinski*, *The Modern Law of Diplomacy*, 1988; *Denza*, *Diplomatic Agents and Missions, Privileges and Immunities*, EPIL I (1992) 1040; *Jara Roncati*, *Diplomacy*, MPEPIL III, 97ff; *Ress/Stein (Hrsg)*, *Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht*, 1996.

⁷⁵ См.: решение МС по делу о *тегеранских заложниках* (ICJ Rep 1980, 3, 40).

персонала представительства государство пребывания может предложить, чтобы численность персонала представительства была ограничена рамками, которые оно считает разумными и нормальными, принимая во внимание обстоятельства и условия, существующие в государстве пребывания, и потребности конкретного представительства (ст. 11 (абз. 1) ВКД). Резиденция представительства, как правило, находится в населенном пункте, в котором находится резиденция правительства государства пребывания. Поскольку представительства, которые не располагаются в столице или имеют несколько филиалов, осложняют контроль со стороны государства пребывания, государство пребывания должно дать согласие на учреждение таких представительств (ст. 12 ВКД).

Функции дипломатического представительства перечислены в ст. 3 ВКД. Оно должно представлять аккредитуемое государство в государстве пребывания, защищать интересы представляемого государства и его граждан в пределах, допустимых международным правом, вести переговоры с правительством государства пребывания, выяснять всеми законными средствами обстоятельства и события в государстве пребывания и сообщать о них правительству аккредитуемого государства, а также поощрять дружественные отношения между аккредитуемым государством и государством пребывания и развивать их взаимоотношения в области экономики, культуры и науки.

Для надлежащего выполнения этих функций дипломаты должны работать свободно и независимо от влияния государства пребывания и беспрепятственно общаться с аккредитуемым государством. В этих целях уже в XVI–XVII вв. сформировались *привилегии и иммунитеты* дипломатических представительств. К ним относится неприкосновенность представительств (ст. 22 ВКД). Это означает, что представители государства пребывания могут входить в помещения представительства только с согласия главы представительства. Это правило действует также при вооруженных конфликтах или в случае разрыва дипломатических отношений, если вмешательство не преследует цели предотвращения опасности⁷⁶. Неприкосновенность представительства предполагает обязанность государства пребывания принять все необходимые меры для защиты помещений представительства от любого вторжения или нанесения ущерба, для предотвращения любого нарушения спокойствия представительства или оскорбления достоинства (ст. 22 (абз. 2) ВКД). Объем предоставляемой защиты определяется

⁷⁶ См.: решение по делу о военных действиях, ICJ Rep 2005, 168; *Herdegen*, The Abuse of Diplomatic Privileges and Countermeasures not Covered by the Vienna Convention on Diplomatic Relations, ZaöRV 46 (1986) 734ff; *Mann*, Inviolability and other Problems of the Vienna Convention on Diplomatic Relations, FS Doebling, 1984, 553ff.

в каждом отдельном случае⁷⁷. Из этого следует, что государство пребывания на основании международного права обязано при необходимости обеспечить безопасность иностранных дипломатических представительств силами полиции и вооруженных сил⁷⁸. Нападения на иностранные посольства в Иране в 1979 г. и в Судане, Йемене и Египте в 2012 г. должны были отражать органы безопасности государств пребывания. После отзыва представительства всеобъемлющая защита прекращается по истечении разумного срока и сокращается до обязанности по уважению и охране помещений представительства, его имущества и архивов (ст. 45 а ВКД).

57 Статья 27 Венской конвенции гарантирует *право на свободное общение* в служебных целях. Дипломатические представительства могут в любой форме вступать в контакт с другими представительствами или консульскими учреждениями аккредитующего государства или правительством аккредитующего государства. Только для использования радиопередатчика требуется согласие государства пребывания (ст. 27 (абз. 1) ВКД). Наряду с неприкосновенностью служебной корреспонденции ст. 27 (абз. 3) ВКД предусматривает, что дипломатическая почта не подлежит ни вскрытию, ни задержанию. Несмотря на то, что положение о просвечивании не включено в текст ст. 27 (абз. 3) ВКД, многие государства воздерживаются от таких действий. Статья 28 принятого в 1989 г. проекта Комиссии международного права о статусе дипломатического курьера и дипломатической почты, не сопровождаемой дипломатическим курьером, содержит положение о неприкосновенности⁷⁹. В то время как Конвенция о дипломатических сношениях не предусматривает исключений из принципа, согласно которому дипломатическая почта не подлежит вскрытию или задержанию (ст. 27 (абз. 3)), в проекте предусмотрено исключение в отношении дипломатической почты при возникновении подозрения в злоупотреблении (ст. 35 (абз. 3)).

58 Согласно ст. 23 ВКД дипломат освобождается от уплаты налогов в государстве пребывания, кроме случаев вознаграждения за оказание конкретных услуг. В соответствии со ст. 34 ВКД он освобождается от уплаты налогов во всех случаях, кроме предусмотренных в данной статье исключений. В государстве пребывания он обладает свободой передвижения (ст. 26 ВКД) и привилегиями (ст. 33 и след. ВКД). Личность дипломатов неприкосновенна (ст. 29 ВКД).

⁷⁷ К вопросу о дипломатическом иммунитете банковских счетов посольства см.: BVerfG, DVBl 2007, 242.

⁷⁸ Решение МС по делу о *тегеранских заложниках*, ICJ Rep 1980, 2, 86ff; Fox, State Immunity, 700f.

⁷⁹ Документ ООН: A/44/10 (1989). См. также: *D'Aspremont*, Diplomatic Courier and Bag, MPEPIL III, 110 (113).

Согласно ст. 31 (абз. 1) ВКД дипломат пользуется *иммунитетом* от уголовной юрисдикции государства пребывания. Иммунитет также распространяется на гражданскую и административную юрисдикцию, кроме случаев, предусмотренных ст. 31 (абз. 1 а-с) ВКД. Если дело, тем не менее, будет возбуждено, решение по делу может быть принято, только если аккредитуемое государство заявит определенно выраженный отказ от иммунитета (ст. 32 ВКД). Отказ может заявить также глава представительства. В соответствии со ст. 39 ВКД иммунитет возникает с момента въезда дипломата на территорию государства пребывания при следовании для занятия своего поста или, если он уже находится на этой территории, с того момента, когда о его назначении сообщается министерству иностранных дел или другому министерству, в отношении которого существует договоренность. Иммунитет прекращается по истечении разумного срока после выезда из страны (ст. 39 (абз. 2) ВКД).

Служебными являются действия, которые дипломат совершает от имени аккредитуемого государства в качестве его исполнительного органа и которые считаются действиями государства, независимо от того, нарушает ли это действие национальное право государства пребывания или иные нормы уголовного права⁸⁰. Это следует из смысла дипломатического иммунитета, который действует лишь в случае, когда дипломат предположительно или в действительности нарушает право государства пребывания. По мнению Федерального конституционного суда ФРГ⁸¹, *исключений из дипломатического иммунитета даже в случае совершения тяжких преступлений, таких как содействие совершению террористических актов, не существует*. Дипломат может быть лишь объявлен *persona non grata*⁸². В противном случае были бы нарушены принципы дипломатических отношений⁸³.

Нормы дипломатического права представляют собой *самодостаточный порядок*, который содержит *закрытый* перечень возможных видов реакции на злоупотребление дипломатическими привилегиями и иммунитетом⁸⁴. В судебной практике и литературе предположение относительно того, что государство пребывания может принять меры против грубейшего злоупотребления дипломатическим статусом, относится только к превентивным мерам⁸⁵. Однако государство пребывания не должно мириться с очевидным

⁸⁰ BVerfGE 96, 68, 80 со ссылкой на: Salmon, Manuel de droit diplomatique, 1994, 466; BGHSt 36, 396, 401; см. также: *Folz/Soppe*, Zur Frage der Völkerrechtsmäßigkeit von Haftbefehlen gegen Regierungsmitglieder anderer Staaten, NStZ 1996, 576 (578).

⁸¹ Там же.

⁸² См.: *Denza*, Diplomatic Law, 3. Aufl 2008, 1043.

⁸³ См.: *Higgins*, The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience, AJIL 79 (1985) 641ff.; *Fox*, State Immunity, 707 («immunity *ratione personae* and *materiae*»).

⁸⁴ BVerfGE 96, 110.

⁸⁵ См.: *Kokott*, Missbrauch und Verwirkung von Souveränitätsrechten bei gravierenden Völkerrechtsverstößen, FS Bernhardt, 1995, 136; *Higgins* (сноска 85) 646f.

злоупотреблением дипломатическими привилегиями, если использование дипломатических привилегий влечет за собой прямую угрозу общественной безопасности или фундаментальным правовым благам (жизни, физической неприкосновенности)⁸⁶. В Лондоне был похищен бывший нигерийский министр, которого должны были доставить в Нигерию в ящике (дело *Дикко*). Несмотря на дипломатические привилегии сопровождающего дипломата, ящик был вскрыт в аэропорту Стэнстед⁸⁷. Британское Министерство иностранных дел заявило, что «первостепенная обязанность по сохранению и защите жизни человека» является приоритетной по сравнению с принципом неприкосновенности дипломатического груза⁸⁸. Кроме того, груз не был опечатан посольством и поэтому не мог рассматриваться как дипломатический груз, несмотря на утверждения представителей посольства.

62 В последнее время возникли новые проблемы в отношении защиты дипломатических грузов, связанные с применением современного *оборудования для просвечивания*, которое позволяет получить полную информацию о содержании груза, не вскрывая его. Несмотря на то, что некоторые государства, например Великобритания, считают применение такого оборудования к дипломатическим грузам допустимым, большинство государств придерживается противоположной точки зрения, поскольку это несовместимо с общим принципом защиты дипломатических грузов⁸⁹.

63 Спорным является вопрос, могут ли распространяться на дипломатов исключения из правил об иммунитете, допускаемые в новейшей практике государств⁹⁰ в случае совершения военных преступлений и преступлений против человечности. По мнению Федерального конституционного суда ФРГ, нельзя делать выводов о дипломатическом иммунитете непосредственно на основании принципов иммунитета государств, поскольку в основе дипломатического иммунитета лежит субъективный элемент. Дипломатический иммунитет защищает не аккредитуемое государство, а лично дипломатов как действующие органы государства. В литературе о государственном иммунитете также были установлены различия между иммунитетом государств и дипломатическим иммунитетом⁹¹. Поэтому исключения касаются только государственного иммунитета и непосредственно

⁸⁶ См.: *Herdegen* (сноска 76) 734f, 752f; *Kokott* (сноска 87) 135f.

⁸⁷ См.: *Shaw* (сноска 53) 759f.

⁸⁸ См.: *Shaw* aaO; о мерах, непосредственно необходимых для обеспечения безопасности и порядка, см.: *Tölle/Pallek*, *Polizeiliche Gefahrenabwehr im Bereich diplomatischer oder konsularischer Vorrechte*, DÖV 2001, 547f.

⁸⁹ *Legal Adviser*, FCO, Foreign Affairs Committee, Report, 23; *Shaw* (сноска 53) 760; *Denza* (сноска 84) 238ff.

⁹⁰ См.: ст. 7 (абз. 2) Статута Международного трибунала по бывшей Югославии; ст. 6 (абз. 2) Статута Международного трибунала по Руанде.

⁹¹ *Fox*, *State Immunity*, 703.

вытекающего из него иммунитета государственных органов, в частности, членов правительства, но не дипломатического иммунитета⁹².

Дипломатический иммунитет действует только в государстве пребывания. Исключение предусмотрено только для дипломатов, следующих через территорию третьих государств (ст. 40 ВКД). Таким образом, закрепленные в дипломатическом праве принципы защиты и ответной реакции не распространяются на отношения между дипломатами и третьими государствами. Дипломатический иммунитет *не* действует по отношению к третьим государствам (*erga omnes*)⁹³. Поэтому в международном праве отсутствуют общие положения, в соответствии с которыми ФРГ была обязана соблюдать иммунитет ливийского посла, который был аккредитован в ГДР, от уголовного преследования. Однако в литературе представлена противоположная точка зрения, основанная на том, что согласно ст. 39 (абз. 2 предл. 2) ВКД иммунитет должен продолжать действовать в отношении третьих государств, чтобы гарантировать эффективную защиту. С точки зрения доктрины, ст. 40 (абз. 1) ВКД является специальным положением о всеобъемлющем иммунитете дипломатов, проезжающих по территории третьего государства, но не позволяет сделать вывод о том, что иммунитет не должен признаваться третьими государствами, если речь идет о совершении официальных действий⁹⁴.

64

в) Консульские учреждения

Правовой основой консульских отношений является Венская конвенция о консульских сношениях 1963 г. (далее — ВКК), вступившая в силу в 1967 г.⁹⁵ По структуре и содержанию она схожа с Конвенцией о дипломатических сношениях.

65

В соответствии со ст. 5 ВКК консульские учреждения обязаны защищать интересы представляемого государства и его граждан (ст. 5 а ВКК) и содействовать развитию коммерческих, экономических, культурных и научных связей между государствами (ст. 5 b ВКК). Кроме того, к их функциям относится исполнение обязанностей нотариуса, регистратора актов гражданского состояния и иных административных функций, таких как выдача паспортов, заграничных паспортов и виз (ст. 5 f, g ВКК). Поскольку регулирование консульских функций не является подробным, некоторые государства заключают двусторонние соглашения. Многосторонних соглашений по данному

66

⁹² См. также: ICJ Rep 2002, 11.

⁹³ BVerfGE 96, 114.

⁹⁴ См.: *Doehring/Ress*, *Diplomatische Immunität und Drittstaaten*, AVR 37 (1999) 68ff; *Bardo*, *Zum Umfang diplomatischer Immunität in Drittstaaten*, NStZ 1998, 144ff.

⁹⁵ О консульском праве см.: *Economidès*, *Consular Relations*, EPIL I (1992) 765f; *Lee*, *Consular Law and Practice*, 2. Aufl 1991.

вопросу пока не существует. Нарушение обязанности принимающего государства по информированию представляемого государства в случае ареста его гражданина было предметом разбирательства в Международном суде по делу граждан ФРГ братьев *Лагранд*. Несмотря на решение Международного суда о предварительных мерах защиты по делу *Вальтера Лагранда*, органы власти США привели в исполнение смертный приговор в отношении *Карла и Вальтера Лаграндов* со ссылкой на разграничение полномочий между Федерацией и штатами. Международный суд осудил США за нарушение положения ст. 36 (абз. 1) ВКК⁹⁶. В решении по делу *Авены (Avena)*⁹⁷ Международный суд подтвердил принципы, связанные с обязанностью уведомления консульского учреждения согласно ст. 36 ВКК, однако отнес установление ущерба, причиненного в результате неисполнения обязанности, и адекватной санкции за причинение ущерба к подсудности национальных судов⁹⁸.

67 Как и ст. 14 ВКД, ст. 9 ВКК выделяет три класса: генеральные консулы, вице-консулы и консульские агенты. До назначения на должность необходимо получить согласие принимающего государства, *эжэкуатуру*. В получении эжэкуатуры, как и в случае с *агреманом*, может быть отказано без указания причин. Статья 23 ВКК предусматривает возможность объявления консульского должностного лица *persona non grata*. Помещения консульских учреждений являются неприкосновенными (ст. 31 ВКК). Это правило также действует в отношении консульских архивов и документов (ст. 33 ВКК). В отличие от дипломатической почты консульская вализа может быть вскрыта при наличии серьезных оснований и возвращена в место отправления в случае отказа консульских должностных лиц от вскрытия почты (ст. 35 (абз. 3) ВКК).

68 Статус консульского должностного лица ниже статуса персонала дипломатического представительства. Так, должностное лицо консульства *не обладает абсолютным иммунитетом*. Согласно ст. 43 (абз. 1) ВКК судебное производство не может быть осуществлено только в отношении действий, совершенных им при выполнении консульских функций. В отличие

⁹⁶ Решение Международного суда по делу *Лаграндов (LaGrand)*, ICJ Rep 2001, 466. См. также: *Oellers-Frahm*, Die Entscheidung des IGH im Fall LaGrand — Eine Stärkung der internationalen Gerichtsbarkeit und der Rolle des Individuums im Völkerrecht, EuGRZ 2001, 265f.; *Karl*, Das Besuchsrecht des Konsuls nach Art. 36 des Wiener Konsularrechtsübereinkommens, in Rechtschutz gestern — heute — morgen, 2008, 565ff. К вопросу о последствиях нарушения ст. 36 ВКК в соответствии с конституционным правом см.: BVerfG, NStZ 2007, 159 (*Конвенция о консульских сношениях*).

⁹⁷ ICJ Rep 2004, 12 [*Авена (Avena)*].

⁹⁸ *Esser*, Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Belehrungspflicht aus Artikel 36 WÜK, JR 2008, 271ff; *Hoppe*, The Implementation of Consular Rights a Decade After *LaGrand*, FS Simma, 2011, 944ff; *Sepúlveda-Amor*, Diplomatic and Consular Protection, FS Simma, 2011, 1097ff.

от дипломата консульское должностное лицо может быть вызвано в суд в качестве свидетеля (ст. 44 ВКК). Федеральный конституционный суд ФРГ подтвердил, что ст. 43 ВКК, в отличие от соответствующих положений ВКД, не распространяется на членов семьи консульского работника⁹⁹.

Помимо штатных консулов, существуют почетные консулы. Они не являются должностными лицами представляемого государства и являются гражданами принимающего государства или третьей страны; консульские функции они выполняют на общественных началах¹⁰⁰. Правила в отношении почетных консулов установлены в главе III ВКК.

г) Послы по особым поручениям

Правовой основой решения о направлении послов *ad hoc* или послов по особым поручениям является Конвенция о специальных миссиях 1961 г.¹⁰¹, вступившая в силу в 1985 г., но до сих пор не ратифицированная ФРГ. По содержанию она базируется на Венской конвенции о консульских сношениях и предусматривает юрисдикцию Международного суда при возникновении споров о толковании и применении Конвенции согласно ст. 1 Факультативного протокола об обязательном разрешении споров. Статья 1а Конвенции определяет специальную миссию как «временную миссию по представительству государства, направленную одним государством в другое с согласия последнего для совместного рассмотрения определенных вопросов или для выполнения определенной задачи».

В сферу применения Конвенции входит, в частности, направление дипломатов для подготовки и проведения переговоров, конференций и конгрессов. До их направления принимающее государство должно получить информацию о длительности и объеме миссии и запрос о его согласии (ст. 2).

В отношении государств, не ратифицировавших Конвенцию, правовой статус специальных миссий регулируется в соответствии с международным обычным правом. В решении по делу *Табатабай (Tabatabai)* Федеральный верховный суд ФРГ¹⁰² рассмотрел вопрос, возможно ли наделять специально уполномоченных лиц правами также на основании последующего соглашения. В ходе предварительного расследования в ФРГ по делу о незаконном ввозе наркотических средств иранец Табатабай ссылаясь на свой иммунитет посла по особым поручениям, который, однако, первоначально не был подтвержден ни Министерством иностранных дел, ни представляемым государством Иран. После предъявления обвинения Иран сообщил

⁹⁹ BVerfGK 10, 195ff.

¹⁰⁰ *Bolewski/Pierlings*, Honorarkonsul — Beruf oder Berufung?, AVR 44 (2006) 429ff.

¹⁰¹ О послах по особым поручениям см.: *Przetacznik*, *Diplomacy by Special Missions*, 1981.

¹⁰² BGH, NJW 1984, 2048.

о специальной миссии. Федеральный верховный суд ФРГ вынес решение, что согласно существующей норме международного обычного права, предоставляемое государство по специальному соглашению с принимающим государством может предоставить послу *ad hoc*, выполняющему политические задачи, иммунитет для осуществления указанной миссии. Послы, на которых возложена специальная миссия, приравняются к постоянным представителям государства и поэтому вправе ссылаться на иммунитет¹⁰³.

д) Представительства при международных организациях

- 73 Деятельность представительств при международных организациях регулируется Конвенцией о представительстве государств в их отношениях с международными организациями 1975 г.¹⁰⁴ Согласно ст. 2 (абз. 1) Конвенции сфера ее применения распространяется на представительства при международных организациях и конференциях под их руководством и патронатом. Постоянные наблюдатели также подпадают под ее действие. При разногласиях между двумя или более государствами ст. 84 предусматривает особую процедуру разрешения споров. Конвенция до сих пор *не вступила в силу*. Государства, в которых находятся штаб-квартиры международных организаций, отказались от ратификации, поскольку о назначении представителей государств сообщается организации, после чего принимающее государство лишь уведомляется об этом (ст. 15, абз. 1 и 3).

е) Дипломатическое убежище

- 74 Лица, которые подвергались преследованиям по уголовным или политическим мотивам в государстве их гражданства и/или которые были вынуждены выехать из страны, нередко обращались в дипломатические представительства в поисках защиты¹⁰⁵. На сегодняшний день признано, что дипломатические представительства не экстерриториальны, а являются частью национальной территории принимающего государства. Когда латиноамериканские страны предоставляют дипломатическое убежище, отвергается этот принцип международного обычного права. Этот принцип кодифицирован в Конвенции Организации американских государств о дипломатическом убежище 1954 г. (см. также абз. 294). Международный суд ООН вынес решение о дипломатическом убежище в связи с делом *Айя де ла Торре (Haya de la Torre)*, который 3 января 1949 г. подал ходатайство о предоставлении

¹⁰³ Там же, 2049 и след.

¹⁰⁴ AJIL 69 (1975) 730.

¹⁰⁵ См.: *Hofmann*, *Völkerrechtliche Aspekte der Übersiedlung von Bürgern der Deutschen Demokratischen Republik über Drittländer in die Bundesrepublik Deutschland*, ZaöRV 50 (1990) 1ff.; *Klepper*, *Diplomatisches Asyl — Zulässigkeit und Grenzen*, 2009.

дипломатического убежища в колумбийском посольстве в Лиме, где он как предводитель военного путча в Перу хотел скрыться от преследования¹⁰⁶. Международный суд установил, что *права* на предоставление дипломатического убежища *в силу обычного права не существует*, но одновременно указал на то, что здание посольства остается неприкосновенным даже в случае, если дипломатическое убежище было предоставлено в нарушение суверенных прав страны пребывания. При этом возникает вопрос, следует ли по-прежнему рассматривать решение по делу *Айя де ла Торре* как основополагающий прецедент для установления международного обычая, несмотря на изменение практики государств. В многочисленных случаях прямой угрозы политического преследования или бесчеловечного обращения государства предоставляли преследуемым лицам убежище в здании посольства, не задумываясь о наличии соответствующего полномочия. Несмотря на то, что запрет на *выдачу*, установленный Женевской конвенцией о беженцах и Конвенцией ООН против пыток, в таких случаях не применяется, поскольку он действует только в отношении территориального убежища, практика государств дает возможность найти основания для *формирования полномочий согласно обычному праву* по предоставлению временной защиты от преследования в зданиях посольства, по меньшей мере, в состоянии крайней необходимости¹⁰⁷.

По соответствующему соглашению латиноамериканских стран дипломатическое убежище может быть предоставлено, только если речь идет о преследовании по *политическим* мотивам. Гарантируя дипломатическое убежище, представляемое государство не вправе вмешиваться в процесс внутригосударственного уголовного преследования и лишать государство доступа к лицу, преследуемому за совершение неполитического преступления¹⁰⁸. Однако сфера действия дипломатического убежища расширяется, если жизни и здоровью лица, ищущего защиту, угрожает непосредственная опасность¹⁰⁹. Оценка опасности для преследуемого лица и квалификация его деяния как политического или неполитического производится государством, предоставляющим убежище. Если государство территориальной юрисдикции не признает этой практики, оно может отказать лицу, ищущему убежище, в выезде и обеспечении сопровождения, вследствие чего лицо, получившее убежище, вынуждено оставаться на территории дипломатического представительства на неопределенное время. Попытки кодификации

75

¹⁰⁶ См.: ICJ Rep 1950, 266; *Hailbronner/Pohlmann*, Haya de la Torre Cases, MPEPIL IV, 725.

¹⁰⁷ См.: *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 46) § 38 III.3; *Noll*, Seeking Asylum at Embassies, IJRL 17 (2005) 542ff.; *Said*, Political Asylum and Torture, in *International Law and the Third World*, 2008, 167ff.

¹⁰⁸ См.: *Barberis*, Diplomatic Asylum, EPIL I (1992) 282.

¹⁰⁹ См.: *Res des Institut de Droit International v 11.9.1950 г.*, AnnIDI 43-II (1950) 388.

дипломатической защиты пока не увенчались успехом¹¹⁰. Ситуация с Джулианом Ассанжем (*Julian Assange*), находящимся в посольстве Эквадора в Лондоне с 2012 г., на первый взгляд, не относится к категории дел о дипломатическом убежище, поскольку речь шла только о выдаче Швеции, где против него было возбуждено уголовное дело. Однако после завершения уголовного производства в Швеции не исключена выдача США и считается, что существуют основания для предположения о политических мотивах преследования и опасности для жизни и здоровья. Таким образом, могут наличествовать предпосылки предоставления дипломатического убежища. Эквадор как государство, предоставляющее убежище, вправе самостоятельно установить наличие предпосылок, поскольку в настоящее время неизвестно, насколько органы уголовного преследования США открыли производство и какие деяния вменяются ему в вину. Независимо от того, как будет решен вопрос о наличии предпосылок дипломатического убежища, следует исходить из неприкосновенности представительства Эквадора в Лондоне (см. ст. 22 ВКД). Если очевидно, что руководитель представительства не даст своего согласия на доступ представителей государства пребывания на территорию представительства, то окружение и «осада» представительства силами безопасности государства пребывания с целью запугивания противоречит нормам международного права о дипломатических представительствах.

II. Государство как основной субъект международного права

1. Государство

а) Элементы государства

76 Согласно господствующей теории *Георга Еллинека* (*Georg Jellinek*) о трех элементах следует исходить из существования государства, если *население* на определенной *государственной территории* создало эффективную государственную власть¹¹¹.

77 *Население государства* определяется наличием *гражданства*. Население государства не должно состоять из представителей одной национальности, а может состоять из различных этнических, языковых или религиозных групп, причем государство может по своему усмотрению регламентировать условия приобретения и утраты гражданства в международно-правовых рамках. Законодательство о гражданстве может быть основано на принципе

¹¹⁰ См.: ILA (Hrsg), Report of the 55th Conference, 1972, 199.

¹¹¹ См.: *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl 1914, 396. См. также: ст. 1 Конвенции о правах и обязанностях государств от 26 декабря 1933 г. (165 LNTS 19). См. также: Раздел 5. *Прельсс*, абз. 15 и след.

происхождения, согласно которому гражданство определяется происхождением, на территориальном принципе, согласно которому лица, родившиеся на государственной территории, автоматически получают соответствующее гражданство, или на комбинации обоих принципов, согласно которой гражданство приобретает на основании происхождения или на основании рождения на определенной территории, если выполнены дополнительные условия. Как свидетельствует пример Науру, где проживает менее 10000 жителей, показатель «минимум населения» не имеет значения при определении понятия населения¹¹².

Для существования государства необходима *территория*, на которой народ осуществляет свое господство. При осуществлении территориального верховенства государство может принимать любые правовые и фактические меры, в то время как акты государственной власти на территории других государств не допускаются и подлежат пресечению. Акты верховной власти иностранных государств могут быть признаны, если они не нарушают внутренний публичный порядок (оговорка *ordre public*). Однако международно-правовой обязанности по признанию актов верховной власти иностранных государств на территории других государств (например, конфискации) не существует. Иностранные граждане и лица без гражданства подчиняются правовому порядку государства пребывания. Государственная территория включает в себя не только участок поверхности земли, но и расположенные под ним недра и находящееся над ним воздушное пространство. Административный суд Кельна не признал государством «княжество Силэнд (*Sealand*)», расположенное в восьми милях от британского берега на бывшей платформе ВМС, на основании того, что территория размером 1.300 кв.м. образована не естественным путем, а расположена на опорах, соединенных с морским дном¹¹³.

Территории государств разделяют *границы*. Они могут быть основаны на договоре, исторической традиции, признании другими государствами или на международном обычном праве. Хотя по международному праву установление точных границ является желательным во избежание конфликтов, это не является необходимой предпосылкой для создания государства. Достаточно того, чтобы границы государственной территории были установлены в основном¹¹⁴. Эта предпосылка не была выполнена, когда 15 ноября 1988 г. было образовано государство Палестина со столицей в Восточном Иерусалиме, хотя сектор Газа и Западный берег реки Иордан еще находились под

¹¹² *Kempen/Hillgruber, Völkerrecht*, 2. Aufl 2012, § 5 Rn 4.

¹¹³ DVBl 1978, 510 (511).

¹¹⁴ См.: решение германо-польского арбитражного суда, ZaöRV 2 (1930–32) 23; ICJ Rep 1969, 3, 32 (*континентальный шельф Северного моря*).

израильской оккупацией, вследствие чего палестинцы не могли осуществлять суверенные полномочия¹¹⁵.

80 Третьим элементом государства является *государственная власть*. Она должна осуществляться эффективно, т.е. государство должно быть в состоянии поддерживать правопорядок на внутригосударственном уровне и выполнять свои международно-правовые обязательства на международном уровне (принцип эффективности), поскольку только стабильный порядок обеспечивает выполнение международно-правовых обязательств¹¹⁶. Кроме того, государству необходима определенная стабильность и перспективы существования, наличие которых определяется *ex ante*. Такие государства как Федерация Мали и Британское Сомали (*British Somaliland*) просуществовали только пять дней. Несмотря на признание многочисленными государствами, Косово в настоящее время не может считаться государством в силу отсутствия эффективной государственной власти. С 1999 г. государственные властные полномочия на основании резолюции 1244 осуществляла ООН через Миссию по делам временной администрации ЮНМИК под руководством специального представителя Генерального Секретаря ООН, а впоследствии организованная ЕС Миссия в области верховенства закона и правопорядка (EULEX Косово) была наделена полномочиями по уголовному преследованию и поддержанию общественного порядка и безопасности¹¹⁷ на основании плана Ахтисаари (*Ahtisaari*)¹¹⁸. Федеральный конституционный суд ФРГ в своем решении от 13.10.2009 г. исходит из того, что полномочия созданной на основании резолюции 1244 (1999) Миссии ЮНМИК до сих пор не прекратились¹¹⁹. При этом не исключено, что в будущем, когда основные

¹¹⁵ *Бойл* считает, что государство Палестина было создано в соответствии с международным правом (*Boyle, The Creation of the State of Palestine, EJIL 1 (1990) 301ff*); противоположного мнения придерживается *Кроуфорд* (*Crawford, The Creation of the State of Palestine: Too Much Too Soon?, EJIL 1 (1990) 307ff*).

¹¹⁶ См.: *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 63) 129; *Aust, Handbook of International Law, 2005, 136f*.

¹¹⁷ Подробнее см.: *de Wet, The Governance of Kosovo, AJIL 103 (2009) 83ff*; *Vidmar, International Legal Responses to Kosovo's Declaration of Independence, Vand J Trans'l L 42 (2009) 779 (820f)*; *Schaller, Die Sezession des Kosovo und der völkerrechtliche Status der internationalen Präsenz, AVR 46 (2008) 131ff*; *Parameswaran, Der Rechtsstatus des Kosovo im Lichte der aktuellen Entwicklung, AVR 46 (2008) 172 (192ff)*; *Warbrick, Kosovo, ICLQ 57 (2008) 675ff*; *Jia, The Independence of Kosovo, Chinese JIL 8 (2009) 27ff*; *Fleiner, Prosperous and Vital Autonomy for Kosovo-Metohija or Empty Sovereignty for Kosova?, Rev Int Affairs 58 (2007) 5ff*; *Dukanovic/Gajic, Determining the Status of Kosovo Within the Post Yugoslav Context, Rev Int Affairs 58 (2007) 21ff*; *Weller, Kosovo's Final Status, Int Affairs 84 (2008) 1223ff*; *Fierstein, Kosovo's Declaration of Independence, BUIJL 26 (2008) 417ff*.

¹¹⁸ UN Doc S/2007/168/Add 1, Report of the Special Envoy of the Secretary-General on Kosovo's Future Status; hierzu *Woodward, Does Kosovo's Status Matter?, Südosteuropa 55 (2007) 1ff*.

¹¹⁹ BVerfG, NVwZ-RR 2010, 41; *Frowein, Kosovo and Lotus, FS Simma, 2011, 923ff*.

правительственные и административные полномочия будут переданы государственным органам Косово, этот недостаток будет ликвидирован и возникнет эффективная государственная власть.

От признания государств следует отличать *признание правительств*¹²⁰. 81 Попытки заменить принцип эффективности принципом легитимности (доктрина *Тобара*) не увенчались успехом. По предложению министра иностранных дел Эквадора *Тобара* государства Центральной Америки в Вашингтонском договоре 1907 г. приняли на себя обязательство не признавать правительства, пришедшие к власти в результате переворота или революции, пока оно не будет утверждено в должности в результате демократических процедур. Мексиканский министр иностранных дел *Эстрада* усмотрел в такой позиции вмешательство во внутренние дела государства и заявил в 1930 г., что Мексика в будущем воздержится от любого признания правительств, поскольку такая практика признания является оскорбительной (см. ниже абз. 175 и след.).

Помимо признаков государства, предусмотренных в доктрине о трех 82 элементах, в последнее время выдвигались предложения об установлении *дополнительных признаков государства* (например, демократический конституционный порядок, обеспечивающий участие всех групп населения в демократических процедурах, отсутствие дискриминации меньшинств, отсутствие противозаконного применения силы со стороны государства), однако эти предложения до сих пор не нашли поддержки¹²¹. Тем не менее, эти предложения свидетельствуют о тенденции, в соответствии с которой квалификация образования как государства в будущем не будет ограничиваться тремя основными элементами (государственная территория, население государства и государственная власть), а могут быть предъявлены дополнительные требования к внутренней организации, по крайней мере, в отношении новых государств. Время покажет, насколько такие повышенные требования могут быть признаны на практике в период масштабных кризисов.

б) Государственный суверенитет

Основой межгосударственных отношений является суверенитет государств. 83 Суверенитет означает подчинение *государств* только международному праву, иными словами, *прямое подчинение международному праву*. Кроме того, существует обязанность уважать государственную власть и независимость других государств. Наконец, действует *запрет на вмешательство*

¹²⁰ См.: *Talmon* (сноска 55).

¹²¹ См.: *Crawford*, *Creation of States in International Law*, 2. Aufl 2006, 107ff; *Brownlie* (сноска 3) 75ff («степень стабильности», «готовность соблюдать международное право», «определенная степень цивилизованности»); *Franck*, *The Emerging Right to Democratic Government*, *AJIL* 86 (1992) 212ff; *Vidmar* (сноска 120) 822f.

во внутренние дела государства, обязанность по уважению территориального суверенитета и поддержанию мира. Международно-правовой суверенитет может быть ограничен международно-правовыми договорами, например, если суверенные права делегированы наднациональной или международной организации.

84 Расширение сотрудничества на международном уровне, которое становится все более необходимым в связи с нарастанием глобальных проблем, таких как загрязнение окружающей среды или глобальное потепление, могло бы стать основанием для предположения, что идея государственного суверенитета себя изжила. Однако из необходимости углубления сотрудничества нельзя сделать вывод об утрате суверенитетом своих функций, поскольку иные суверенные права продолжают осуществляться на государственном уровне¹²².

85 Проблемы возникают, когда суверенные государства в принципе или временно не в состоянии осуществлять свои права и выполнять обязанности (т.н. несостоятельные государства *failed/failing states*)¹²³. Как показали события в Сомали, Боснии или Либерии, причины распада могут быть разными¹²⁴. К недееспособности и распаду правительства могут привести стихийные бедствия, бедность или гражданская война. В таких случаях ООН пытается обеспечить восстановление стабильности в соответствии с концепцией *постконфликтного миростроительства* (*post-conflict peace-building*), сформулированной в «Повестке дня для мира». Это означает, что ООН, как, например, в Камбодже, предоставляет поддержку при установлении гражданской администрации или наблюдает за проведением выборов, а также поддерживает возвращение беженцев или предлагает возможности финансирования и программы помощи для восстановления. Другие вопросы создания или восстановления государств рассматриваются в литературе по теме «государственное строительство» (*nation-building*)¹²⁵.

¹²² О значении государственного суверенитета см.: Декларации о провозглашении независимости и суверенитета новых государств Восточной Европы; см. также: Hensel (Hrsg), *Sovereignty of the Global Community*, 2004; *Sassen, The State and Globalization*, Michigan JIL 25 (2004) 1141ff.

¹²³ Об этом см.: *Barkin/Cronin, The State and the Nation: Changing Norms and the Rules of Sovereignty in International Relations*, I O 48 (1994) 107ff; *Helman/Ratner, Saving Failed States*, ForPol 1993, 3ff и *Herdegen, Der Wegfall der effektiven Staatsgewalt im Völkerrecht: «The Failed State»*, BerDGVR 34 (1996) 49ff; *Geiß, Failed States*, GYIL 47 (2004) 457ff; *Krasner/Pascual, Addressing State Failure*, Foreign Affairs 84 (2005) 153; *Risse, Governance in Räumen begrenzter Staatlichkeit*, Int Pol 60 (2005) 6; *Zürcher, Gewollte Schwäche*, Int Pol 60 (2005) 13; *Herdegen, Souveränität heute*, in FS Herzog, 2009, 117 (125ff).

¹²⁴ *Poore, Somaliland — Shackled to a Failed State*, Stanford JIL 45 (2009) 117ff; *Eggers, When is a State a State?*, BCICLR 30 (2007) 211ff.

¹²⁵ Например, *Berman, Volunteer Lawyers and Nation-Building*, Maine LRev 60 (2008) 533ff; *Buchheit/Gulati, Odious Debts and Nation-Building*, ebd, 477ff; *Norchi, The Legal*

Проблематичной остается совместимость таких мер со ст. 2 (абз. 2) Устава ООН. Это положение основывается на принципе суверенности государств и однозначно устанавливает, что за исключением полномочия, предусмотренного в главе VII Устава ООН, у Организации Объединенных Наций нет права на вмешательство «в дела, по существу входящие во внутреннюю компетенцию любого государства»¹²⁶. Практика государств не подтверждает, что традиционная система межгосударственных отношений, в частности, преобладающее значение государства как элемента международного порядка, устарела¹²⁷. Даже в случае несостоятельности государств, например Сомали или Восточного Тимора, их границы и правосубъектность не подвергаются сомнению. Их членство в международных организациях и действие международно-правовых договоров не прекращаются¹²⁸. Однако развитие проявляется в том, что международное сообщество принимает на себя большую ответственность при установлении переходных режимов управления, а требования к выполнению предпосылок ст. 39 и ст. 2 (абз. 7) Устава ООН были снижены. Так, *вмешательство Совета Безопасности* во внутренние дела государства с согласия международного сообщества, в принципе, считается правомерным в случае грубых систематических нарушений прав человека или демократических принципов¹²⁹.

в) Равенство государств

Принцип суверенного равенства государств закреплен в ст. 2 (абз. 7) Устава ООН, согласно которой организация основана на принципе суверенного равенства всех ее членов. Этот принцип обеспечивает всем членам сообщества государств, прежде всего, *правовое равенство*. Правовое равенство

Architecture of Nation-Building, ebd, 281ff; *Reisman*, Development and Nation-Building, ebd, 309ff; *Wallace/Quiroz*, Refugees and Internally Displaced, ebd, 409ff.

¹²⁶ Вопрос о значении суверенитета в настоящее время рассматривают, например, *Herdegen* (сноска 125) 117ff; *Boehme-Neßler*; Das Ende des Staates, ZöR 64 (2009) 145ff; *Harrington*, Policing against the State, San Diego ILJ 10 (2008/2009) 155ff; *Lienau*, Who is the «Sovereign» in Sovereign Debt?, Yale JIL 33 (2008) 63ff; *Howse/Nicolaidis*, Democracy without Sovereignty, in *Shifting Allocation of Authority in International Law*, 2008, 163ff; *Bartelson*, The Concept of Sovereignty Revisited, EJIL 17 (2006) 463ff; *Steinberg*, Who is Sovereign?, Stanford JIL 40 (2004) 329ff; *Kahn*, The Question of Sovereignty, Stanford JIL 40 (2004) 259ff; *Kuhn Bleimaier*; The Future of Sovereignty in the 21st Century, HYBIL 6 (1993) 17ff; *Schreuer*; The Waning of the Sovereign State, EJIL 4 (1993) 447ff.

¹²⁷ См.: *Schreuer* (сноска 128) 447ff.

¹²⁸ См.: *Thürer*, Der «zerfallene Staat» und das Völkerrecht, Friedenswarte 74 (1999) 275 (298).

¹²⁹ См.: *Thürer* (сноска 130) 298f.; *Cotton*, Timor-Leste and the Discourse of State Failure, AJA 61 (2007) 455ff; *Kaye*, Australia and East Timor During the Howard Years, Aus YBIL 27 (2008) 69ff.

не исключает неодинаковых подходов к отдельным государствам в связи с осуществлением ими прав, непосредственно не вытекающих из суверенитета. Однако на практике сложно однозначно отграничить равенство в правах от фактического равноправия государств¹³⁰.

88 Равенство государств означает *формальное* равенство правового статуса. В международных организациях каждое государство, в принципе, обладают одинаковыми правами при голосовании и участии в работе организации. Однако в финансовых организациях (например, МВФ) и в наднациональных организациях (например, ЕС), как правило, используется пропорциональная система подсчета голосов. Из принципа равенства государств следует, что решения должны приниматься единогласно, если не было достигнуто иного соглашения. Особым случаем являются решения Совета Безопасности: ст. 27 (абз. 3) Устава ООН устанавливает, что решения по вопросам, не связанным с процедурой, принимаются только при согласии всех пяти постоянных членов Совета Безопасности (так называемое право вето).

89 Равенство государств ведет к тому, что ни одно государство не имеет юрисдикции в отношении другого государства (*par in parem non habet iurisdictionem*). Государство обладает иммунитетом в отношении судов других государств¹³¹. Принцип иммунитета, запрещающий ведение национального судебного производства против другого государства в качестве ответчика, следует отличать от доктрины государственного акта (*act of state*), разработанной в США. В соответствии с этой доктриной акты правительства одного государства не могут проверяться органами другого государства, в том числе судами. Акты другого государства должны признаваться действительными. В отличие от принципа иммунитета государств эта доктрина не является составной частью международного обычного права¹³².

90 Вплоть до конца XIX в. действовал принцип абсолютного иммунитета, означавший недопустимость судебного процесса против иностранного государства, поскольку вся государственная деятельность была тесно связана с суверенными задачами государства. Но когда государства стали развивать активную деятельность в сфере частного управления экономикой, такие привилегии в отношении экономической деятельности оказались неуместными. Поэтому в континентальной Европе получила развитие *теория ограниченного иммунитета*, которая легла в основу *Акта об иммунитетах иностранных государств (Foreign Sovereign Immunities Act)* США

¹³⁰ См.: Постоянная палата международного правосудия (PCIJ, Series A/B, No 64, 19); *Kokott*, Souveräne Gleichheit und Demokratie im Völkerrecht, ZaöRV 64 (2004) 517ff.

¹³¹ См.: v. *Schönfeld*, Staatenimmunität im amerikanischen und englischen Recht, 1983; *Schreuer*, State Immunity, Some Recent Developments, 1988.

¹³² См.: *Kimminich*, Aufenthalt, 317; *Pearsall*, Means/Ends Reciprocity in the Act of State Doctrine, Colum J Transnat'l L 43 (2005) 999; *Stern*, Immunités et doctrine de l'Act of State, JDI 133 (2006) 63.

1976 г.¹³³ и *Акта о государственном иммунитете (State Immunity Act)* Великобритании 1978 г.¹³⁴ Теория ограниченного иммунитета проводит различия между суверенными актами государства (*acta iure imperii*), на которые распространяется иммунитет, и частноправовыми действиями государства (*acta iure gestionis*)¹³⁵. Несмотря на некоторые сомнения по поводу международно-правовой допустимости квалификации государственных действий по месту нахождения (*lex fori*) суда, из-за отсутствия международных правил отграничение суверенных от частноправовых актов государства осуществляется национальными судами.

Федеральный конституционный суд ФРГ признает суверенными публично-правовые акты государства. При этом недостаточно, чтобы действие государства было тесно связано с осуществлением суверенных задач¹³⁶. Судебная практика и доктрина исходят из того, что для квалификации действия государства не имеет значения национальное право государства-ответчика. Суды, как правило, основывают свои решения на праве государства суда в той степени, в которой оно не противоречит общепризнанным нормам международного обычного права о государственном иммунитете. В практике государств англосаксонской системы права иммунитет не предоставляется ни в отношении коммерческих актов, ни в отношении актов, которые связаны с коммерческой деятельностью. Таким образом, иммунитет не действует в случаях, если государство воздействует посредством суверенных актов на коммерческую деятельность или если товары, услуги или денежные средства, полученные в результате коммерческих сделок, используются в публичных целях¹³⁷. Хотя теория ограниченного иммунитета развивалась в связи с коммерческой деятельностью государств, она не ограничена правами, вытекающими из договорных отношений. В соответствии со ст. 12 Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности договаривающееся государство не может ссылаться

91

¹³³ См.: ILM 15 (1976) 1388ff; *Lang/Bales*, The Immunity of Foreign Subsidiaries under the Foreign Sovereign Immunity Act, MJGT 13 (2004) 353.

¹³⁴ См.: ILM 17 (1978) 1123ff; *Delaume*, The State Immunity Act of the United Kingdom, AJIL 73 (1979) 185ff; *Mann*, The State Immunity Act 1978, BYBIL 50 (1979) 43ff.

¹³⁵ *Van Alebeek* (сноска 56) 12ff.

¹³⁶ Решение федерального Конституционного суда (16, 27, 61 и след): «Решающим для различия между актами *iure imperii* и *iure gestionis* может выступать лишь природа государственного действия или возникшего правоотношения, но не мотив или цель государственной деятельности. Это зависит от того, действует иностранное государство, осуществляя принадлежащую ему суверенную власть, т.е. согласно публичному праву, или в качестве субъекта частного права, т.е. в рамках частного права». Сомнение по поводу квалификации по месту проведения судебного процесса (*lex fori*) высказывают: *Schauman*, Die Immunität ausländischer Staaten nach Völkerrecht, BerDGVR 8 (1968) 5 (21ff); *Ress*, Entwicklungstendenzen der Immunität ausländischer Staaten, ZaöRV 40 (1980) 217 (258ff).

¹³⁷ См.: American Law Institute, Third Restatement of the Law, Bd I, 1987, § 453.

на иммунитет в суде другого договаривающегося государства, если судебный процесс касается возмещения вреда, причиненного лицу, или нанесенного материального ущерба, при условии, что ущерб причинен в государстве суда и причинитель в момент совершения действия находился в этом государстве. Однако из этой формулировки нельзя сделать вывод о том, что иммунитет не распространяется на любые действия по нанесению ущерба, произведенные в государстве суда, независимо от того, насколько действие является *acta iure imperii* или *acta iure gestionis*. В этом положении речь идет только о действиях, совершенных при исполнении служебных обязанностей и причинивших ущерб, например, ДТП¹³⁸. В любом случае, речь не идет о международном обычном праве.

92 Унификация принципов государственного иммунитета является целью как на европейском уровне, так и в рамках Комиссии международного права (далее — КМП). 16 мая 1972 г. в Совете Европы разработана Европейская конвенция о государственном иммунитете, основанная на теории ограниченного иммунитета¹³⁹. Проект КМП о судебном иммунитете государств и их собственности также следует теории ограниченного иммунитета. Проект КМП после некоторых изменений осенью 1991 г. был передан Генеральной Ассамблее ООН и принят 2.12.2004 г. (*Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности*)¹⁴⁰. Принцип иммунитета государства установлен ст. 5 Конвенции. Согласно ст. 10 и след. иммунитет не распространяется на *коммерческие сделки, трудовые договоры*, а также на ущерб личности и ущерб собственности. Конвенция должна вступить в силу после сдачи на хранение ратификационной грамоты тридцатым государством, подписавшим Конвенцию. Поскольку до сих пор только 28 государств подписали конвенцию и только несколько государств ее ратифицировали, перспективы конвенции неоднозначны. ФРГ не подписала и не ратифицировала конвенцию¹⁴¹.

93 Из принципа иммунитета иностранного государства перед национальными судами вытекает *запрет на обращение взыскания на имущество*

¹³⁸ См.: BGHZ 155, 279, 280f.

¹³⁹ BGBl 1990 II, 34ff.

¹⁴⁰ YBILC 1986-II, 8ff, bzw ILM 30 (1991) 1563ff; *Greig*, Forum State Jurisdiction and Sovereign Immunity under the International Law Commission's Draft Articles, ICLQ 38 (1989) 243 (260ff); *Heß*, The International Law Commission's Draft Convention on the Jurisdictional Immunities of States and Their Property, EJIL 4 (1993) 269ff; *Tomuschat*, Jurisdictional Immunities of States and Their Property, FS Seidl-Hohenveldern, 1988, 603ff.

¹⁴¹ *Stewart*, The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property, AJIL 99 (2005) 194; *Hall*, UN Convention on State Immunity, ICLQ 55 (2006) 411ff; *Gardiner*, UN Convention on State Immunity, ICLQ 55 (2006) 407ff; *Denza*, The 2005 UN Convention on State Immunity in Perspective, ICLQ 55 (2006) 395ff; *Dickinson*, Status of Forces under the UN Convention on State Immunity, ICLQ 55 (2006) 427ff.

иностранного государства, если оно используется в *суверенных* целях. Федеральный конституционный суд ФРГ рассмотрел этот вопрос в деле о *банковском счете посольства Филиппин*¹⁴². Арендодатель офисных помещений посольства Республики Филиппины обратился в суд для взыскания арендной платы и стоимости ремонтных работ. Суд установил, что иммунитет не препятствует вынесению решения, обязывающего Филиппины к оплате, поскольку дело касается гражданско-правовой сделки, однако признал обращение взыскания на банковские счета посольства недопустимым. С точки зрения суда, не существует общей нормы международного права, в соответствии с которой не допускается обращение взыскания на имущество иностранного государства. Однако имущество, на которое обращается взыскание, используется для выполнения суверенных задач. Этот принцип, вытекающий из принципа государственного иммунитета, Федеральный верховный суд Германии вновь подтвердил своим постановлением от 5.10.2005 г. по исполнению решения в отношении права воздушно-транспортного сообщения иностранного государства¹⁴³.

Как установил Федеральный конституционный суд ФРГ в решении по делу о *счетах аргентинского посольства*, как правило, недостаточно паушального отказа от иммунитета для того, чтобы отменить защиту, основанную на иммунитете, в отношении имущества, которое необходимо для функционирования дипломатического представительства. В частности, не существует общего правила международного права (ст. 25 Основного закона ФРГ), которое ограничивало бы признанный в международных отношениях высокий уровень защиты дипломатической деятельности¹⁴⁴. Таким образом, Федеральный конституционный суд подтвердил, что иммунитет государств и дипломатический иммунитет являются самостоятельными институтами международного права, которые должны рассматриваться в соответствии с разными принципами¹⁴⁵.

Статус иностранных государственных предприятий был предметом судебного производства по делу *Национальной иранской нефтяной компании*. При наложении ареста на счета этого предприятия, находящиеся в ФРГ, Федеральный конституционный суд ФРГ должен был установить, следует ли рассматривать государство, которому принадлежит предприятие,

¹⁴² BVergGE 46, 342ff; *Schreuer*, Zur Zulässigkeit von Vollstreckungsmaßnahmen in Bankkonten ausländischer Staaten, FS Neumayer, 1985, 521ff; *Steinberger*, Immunity Case (German Federal Constitutional Court, 1977), EPIL II (1995) 943ff; *Ostrander*, The Last Bastion of Sovereign Immunity, BJIL 22 (2004) 541ff.

¹⁴³ NJW-RR 2006, 198ff. Vgl auch BGH, NJW-RR 2003, 1218f; *Hobe/Griebel*, Zur Pfändung von Gebührenforderungen der Russischen Föderation aus der Gewährung öffentlicher Luftrechte, ZLR 55 (2006) 225ff; *Hailbronner*, WuB VI D, § 828 ZPO 1.06, 677ff (Anm).

¹⁴⁴ BVerfGE 117, 141ff.

¹⁴⁵ BVerfGE 117, 141 (152); BVerfGE 96, 68 (85); *Kleinlein*, Anforderungen an den Verzicht auf diplomatische Immunität, NJW 2007, 2591 (2593).

в качестве владельца требований по счетам. Ответ суда на этот вопрос был отрицательным: «Государство суда может рассматривать соответствующее предприятие в качестве кредитора и обратиться взыскание на соответствующее имущество должника на основании постановления суда об обращении взыскания в отношении этого предприятия, вынесенного в рамках судебного производства о предварительной защите в связи с действиями предприятия, не носящими суверенного характера»¹⁴⁶. Федеральный конституционный суд подтвердил эти принципы в актуальном решении об обращении взыскания на земельный участок Российской Федерации, которое он считал правомерным на основании того, что принцип государственного иммунитета не распространяется на имущество, которое не используется для осуществления суверенных функций¹⁴⁷. При этом суд считал, что для распространения государственного иммунитета на имущество недостаточно, что имущество, которое не используется для осуществления суверенных функций, в соответствии с национальным правом подлежит управлению государственными органами. В противном случае государство могло бы в одностороннем порядке посредством принятия правовых актов о государственном управлении имуществом защитить все свое имущество от наложения взыскания¹⁴⁸.

96 Предпринимаемые в последнее время попытки ограничить действие принципа государственного иммунитета и не применять его при нарушении обязательных норм международного права¹⁴⁹ до сих пор не получили распространения в практике государств¹⁵⁰. Греческие суды выносили решения

¹⁴⁶ BVerfGE 64, 1, 22; *Stein*, Zur Immunität fremder Staaten und ihrer im Ausland unterhaltenen Bankkonten, IPrax 1984, 179ff; *Fischer/v. Hofmann*, Staatsunternehmen im Völkerrecht und im Internationalen Privatrecht, BerDGVR 25 (1984) 1ff.

¹⁴⁷ BVerfG, 2 BvR 2495/08 — juris, Rn 17; BGH, WM 2008, 2302.

¹⁴⁸ BVerfG, 2 BvR 2495/08 — juris, Rn 19; *Bungenberg*, Vollstreckungsimmunität für ausländische Staatsunternehmen?, IPRax 2011, 356ff.

¹⁴⁹ См.: *Wirth*, Staatenimmunität und völkerrechtliche Verbrechen — Das zweite Pinochet-Urteil des House of Lords, JURA 2000, 70; *Ambos*, Der Fall Pinochet und das anwendbare Recht, JZ 1999, 16 (21ff); *Fox*, State Immunity and the International Crime of Torture, HRLR 6 (2006) 142ff; *MacGregor*, State Immunity and Jus Cogens, ICLQ 55 (2006) 437ff; *Gattini*, War Crimes and State Immunity in the Ferrini Decision, JICJ 3 (2005) 224ff; *De Sena/De Vittor*, State Immunity and Human Rights — The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case, EJIL 16 (2005) 89ff. *Parlett*, Immunity in Civil Proceedings for Torture — The Emerging Exception, HRLR 6 (2006) 49ff.

¹⁵⁰ Апелляционный суд Онтарио, Бузари (*Bouzari*) против Ирана от 30.06.2004, Docket 338295 (Бузари (*Bouzari*)); Палата лордов, Джонс (*Jones*) против Министерства внутренних дел Королевства Саудовская Аравия от 14.06.2006, UKHL 26 (2006) 2 WLR, 1424 (Джонс (*Jones*)); *Humes-Schulz*, Limiting Sovereign Immunity in the Age of Human Rights, Harvard HRJ 21 (2008), 105ff; BGHZ 155, 279ff; *Kämmerer*, Kriegsrepressalie oder Kriegsverbrechen?, AVR 37 (1999) 283 (307); *Epping* (сноска 9) § 26 Rn 16ff; *Rensmann*, Staatenimmunität und völkerrechtswidrige Hoheitsakte, IPrax 1998, 44 (47); *Hess*, Staatenimmunität bei Menschenrechtsverletzungen, FS Schütze, 1999, 269 (280); *Appelbaum*, Einschränkungen der Staatenimmunität in Fällen

против ФРГ о возмещении ущерба гражданам Греции, причиненного в результате совершения военных преступлений армией Германии во время Второй мировой войны. Однако Федеральный верховный суд ФРГ в соответствии с решением Федерального верховного суда Греции установил, что признание таких решений противоречит международному праву¹⁵¹. Федеральный конституционный суд ФРГ вынес постановление о непринятии жалобы к производству и установил, что из Основного закона ФРГ не следует обязанность ФРГ возмещать ущерб и выплачивать компенсацию¹⁵², поскольку согласно действующему международному праву государство обладает иммунитетом от юрисдикции судов другого государства только в отношении действий суверенного характера (*acta iure imperii*)¹⁵³. Впоследствии Суд ЕС¹⁵⁴ и ЕСПЧ¹⁵⁵ подтвердили эти решения. Они отклонили жалобы об отказе от принудительного исполнения иностранных судебных решений, поскольку, с их точки зрения, не было доказано, что в действующем международном праве является общепризнанным, что государственный иммунитет не действует в отношении исков о возмещении ущерба, причиненного в результате совершения преступлений против человечности.

Дискуссия об объеме государственного иммунитета получила развитие в актуальных решениях итальянских судов. Первое решение по этому вопросу принял Верховный кассационный суд Италии (*Corte Suprema di Cassazione*) по делу итальянца Луиджи Феррини (*Luigi Ferrini*), привлеченного к принудительным работам в Германии во время Второй мировой войны. Он установил, что ФРГ не вправе ссылаться на государственный

97

schwerer Menschenrechtsverletzung, 2007, 92ff; vgl aber *Kokott* (Fn 87) 148f; *Paech*, Staatenimmunität und Kriegsverbrechen, AVR 47 (2009) 36ff.

¹⁵¹ BGHZ 155, 279. О решении по делу Ареопага см.: *Dolzer*, Der Areopag im Abseits, NJW 2001, 3525ff; *Hobe*, Durchbrechung der Staatenimmunität bei schweren Menschenrechtsverletzungen — NS-Delikte vor dem Areopag, IPRax 2001, 368ff; *Schminck-Gustavus*, Nemesis. Anmerkungen zum Urteil des Areopag zur Entschädigung griechischer Opfer von NS-Kriegsverbrechen, KJ 2001, 111ff; *Appelbaum*, Der Fall Distomo — Die Staatenimmunität Deutschlands gegenüber Klagen wegen Wehrmachtsverbrechen in Griechenland, HV-I 17 (2004) 190ff; *Beys*, Die Zwangsvollstreckung gegen einen ausländischen Staat im hellenischen Recht, FS Schlosser, 2005, 37ff.

¹⁵² BVerfG, BVerfGK 7, 303ff [*Дистомо (Distomo)*].

¹⁵³ BVerfG, BVerfGK 7, 303 (307) [*Дистомо (Distomo)*] со ссылкой на решения BVerfGE 16, 27 (36ff) и EGMR, Nr 35763/97, AVR 40 (2002) 365ff [*Аль-Адсани (Al-Adsani) против Великобритании*].

¹⁵⁴ EuGH, Rs C-292/05, Slg 2007, I-1519 [*Лехурити (Lechouritou) и другие*].

¹⁵⁵ EGMR, Reports of Judgements and Decisions 2002-X, 41, 428ff [*Калогеропулу (Kalogeropoulou)*]; *Maierhöfer*, Der EGMR als «Modernisierer» des Völkerrechts?, EuGRZ 2002, 391ff; *Tams*, Schwierigkeiten mit dem Jus Cogens, AVR 40 (2002) 331ff; *Cremer*, Entschädigungsklagen wegen schwerer Menschenrechtsverletzungen und Staatenimmunität vor nationaler Zivilgerichtsbarkeit, AVR 41 (2003) 137ff.

иммунитет, если речь идет о тяжких военных преступлениях¹⁵⁶. Кроме того, Верховный кассационный суд и Высший апелляционный суд Флоренции (*Corte d'Appello di Firenze*) признали и приняли к исполнению решения греческих судов первой инстанции по делу Дистомо (*Distomo*), в результате чего на имущество ФРГ в Италии было обращено взыскание¹⁵⁷. Такая практика итальянских судов привела к тому, что ФРГ подала жалобу в Международный суд ООН о нарушении государственного иммунитета и отсутствии достаточных правовых оснований для признания¹⁵⁸.

98 Международный суд в решении от 3.2.2012 г. установил, что Италия посредством решений итальянских судов нарушила международно-правовой принцип государственного иммунитета¹⁵⁹. При этом МС признал, что, в принципе, существуют исключения из принципа государственного иммунитета. Однако в конкретном случае исключения, на которые ссылались итальянские суды, не являются общепризнанными с точки зрения международного права, вследствие чего аргументы, основанные на этих исключениях, не представляются убедительными. МС отклонил аргументы о том, что деяния, являющиеся предметом спора, были совершены на территории государства суда («деликты на территории государства суда» или «foreign tort exception») и что нарушения прав армией Германии являются особо тяжкими и поэтому являются нарушениями *ius cogens*. Несмотря на распространенное в литературе мнение об ограничении государственного иммунитета *ius cogens*¹⁶⁰, МС сослался на то, что аргументы, связанные с *ius cogens*, касаются материальной обоснованности жалобы, тогда как государственный иммунитет является вопросом процессуальной обоснованности

¹⁵⁶ Верховный кассационный суд Италии, Луиджи Феррини (*Luigi Ferrini*) против ФРГ, решение № 5055–04 от 6.11.2003, опубликовано 30.5.2004, Az 11130/02; подтверждено постановлениями № 14200–14208 от 6.5.2008 и решением № 1072/2008 от 13.1.2009 [*Мильде (Milde)*]; *Orakhelashvili*, State Immunity and International Public Order Revisited, GYIL 49 (2006) 327 (331); *De Sena/De Vittor*, State Immunity and Human Rights, EJIL 16 (2005) 89ff; *Biachi*, Case-note on *Ferrini*, AJIL 99 (2005) 242ff; *Stürner*, Staatenimmunität und Brüssel I–Verordnung, IPRax 2008, 197 (2011); *Cannizzaro/Bonafé*, Of Rights and Remedies, FS Simma, 2011, 825ff; *Oellers-Frahm*, Judicial Redress of War-related Claims by Individuals, ebd, 1055ff; обзор см.: *Payandeh*, Staatenimmunität und Menschenrechte, JZ 2012, 949 (950).

¹⁵⁷ Верховный кассационный суд, решение № 14199–08 от 29.5.2008, Az 24290/07; Высший апелляционный суд Флоренции, решение № 1696/2008 от 21.10.2008. Взыскание уже было обращено на виллу Вигони на озере Комо, *Focarelli*, AJIL 103 (2009) 122 (123); *Stürner* (сноска 158) 197ff.

¹⁵⁸ МС, пресс-релиз № 2008/44 от 23.12.2008.

¹⁵⁹ Решение по делу о юрисдикционных иммунитетах (ФРГ против Италии), <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>>.

¹⁶⁰ Обзор см.: *Payandeh* (сноска 158) 952; *Fischer-Lescano/Gericke*, Der IGH und das transnationale Recht, KJ 2010, 78ff; *Thiele*, Das Verhältnis zwischen Staatenverantwortlichkeit und Menschenrechten, AVR 49 (2011) 343ff.

и принятия дела к производству¹⁶¹. Поэтому государства могут ссылаться на государственный иммунитет и в случае серьезных нарушений гуманитарного международного права¹⁶². Аргумент о том, что иски являются последней возможностью для истцов получить возмещение за причиненный ущерб, с точки зрения суда, также не является основанием для признания исключения из иммунитета. Однако МС указал на то, что (процессуальное) признание иммунитета, в принципе, не исключает международно-правовой ответственности государства-ответчика. Таким образом, не исключается решение спора посредством межгосударственных репараций¹⁶³.

Принцип государственного иммунитета был подтвержден и подробно обоснован в решении МС¹⁶⁴. МС и многие национальные суды в настоящее время следуют теории ограниченного государственного иммунитета, которая основана на отграничении суверенных актов государства (*acta iuris imperii*) от актов государства, не носящих суверенного характера (*acta iure gestionis*). Поскольку государственный иммунитет носит процессуальный характер, признание материально-правовых исключений из этого принципа и в будущем маловероятно, если государства не заключат международных соглашений по этому вопросу.

99

2. Население государства

Отграничение персонального верховенства разных государств основано на признаке гражданства¹⁶⁵. В ФРГ понятие «немцы» определяется в ст. 116 Основного закона. Правила о порядке приобретения и утраты гражданства установлены в *Законе о гражданстве*¹⁶⁶. По указанному Закону с 1 января 2000 г. действуют новые правила о порядке приобретения германского

100

¹⁶¹ См. также *Kreicker*; Die Entscheidung des IGH zur Staatenimmunität, ZIS 2012, 107 (113); *Hess*, Staatenimmunität und ius cogens im geltenden Völkerrecht, IPRax 2012, 201 (204).

¹⁶² См.: *Stürner*; Staatenimmunität bei Entschädigungsklagen wegen Kriegsverbrechen, IPRax 2011, 600ff.

¹⁶³ См.: *Hess* (сноска 163) 204

¹⁶⁴ *Payandeh* (сноска 158) 958.

¹⁶⁵ О правовых нормах, регулирующих вопросы гражданства, и о личном верховенстве см.: *Dörr*; Nationality, MPEPIL VII, 496ff; *Bleckmann*, Die Personalhoheit im Völkerrecht, GS Geck, 1989, 79ff; *Henkin*, «Nationality» at the Turn of the Century, FS Bernhardt, 1995, 89ff; zum deutschen Staatsangehörigkeitsrecht: *Hailbronner/Renner/Maaßen*, Staatsangehörigkeitsrecht, 5. Aufl 2010; *Makarov/v. Mangoldt*, Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht, Loseblatt; *Weideler/Ehmann/Stark*, Deutsches Staatsangehörigkeitsrecht, 7. Aufl 2005; *Aldez Corral*, Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft vor den Herausforderungen des demokratischen Verfassungsstaates, Der Staat 46 (2007) 349ff; *Appiah*, Global Citizenship, Fordham LRev 75 (2007) 2375ff.

¹⁶⁶ См.: Закон о реформе права о гражданстве от 15.07.1999 г. (StAG, BGBl 1999 I, 1618), последние изменения внесены Законом от 21.08.2002 г. (BGBl 2002 I, 3322).

гражданства в силу рождения и посредством натурализации. Так, с момента вступления закона в силу дети родителей-иностранцев, рожденные на территории ФРГ, могут приобрести гражданство по месту рождения, если один из родителей правомерно и постоянно проживал на территории ФРГ в течение восьми лет и имеет постоянный вид на жительство ФРГ или ЕС. Дети иностранных граждан не старше 10 лет могли до 2000 г. предъявить требование о натурализации, если они родились на территории ФРГ. Правом на натурализацию обладают также иностранцы, если они правомерно и постоянно проживают в Германии не менее восьми лет и выполняют дополнительные предпосылки¹⁶⁷.

а) Гражданство

- 101** С точки зрения международного права, гражданство устанавливает правовую связь лица с его родиной. О *понятии и правовой природе* гражданства существуют разные мнения¹⁶⁸. Некоторые авторы рассматривают гражданство как правоотношение с взаимными правами и обязанностями, т.е. публично-правовое правоотношение между индивидом и государством¹⁶⁹. Представление о *правовой связи* отражено в решении Международного суда по делу *Ноттебома (Nottebohm)*: «...гражданство считается правовой связью, основу которой составляет социальный факт принадлежности, естественная связь существования, интересов и отношений в сочетании с существованием взаимных прав и обязанностей. Это может быть использовано для юридической формулировки того факта, что индивид в конкретном случае, непосредственно по закону или в результате акта органов власти, в действительности имеет более тесную связь с населением государства, представляющего гражданство, чем с населением любого другого государства»¹⁷⁰. Другие авторы рассматривают гражданство как *фактическое*

¹⁶⁷ См.: *Hailbronner/Renner* (сноска 167) Grundlagen B Rn 4ff; *Göbel-Zimmermann/Masuch*, Die Neuregelung des Staatsangehörigkeitsrechts, DÖV 2000, 95ff; *Hailbronner*, Die Reform des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts, NVwZ 1999, 1273ff; *Zimmermann*, Staats- und völkerrechtliche Fragen der Reform des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts, IPrax 2000, 180ff; zu den Auswirkungen der Reform *Hailbronner/Renner/Maaßen* (Fn 167) Grundlagen B Rn 36ff; *Göbel-Zimmermann*, Erfahrungen mit dem neuen Staatsangehörigkeitsrecht, ZAR 2003, 65ff; *Hailbronner*, Das neue deutsche Staatsangehörigkeitsrecht, NVwZ 2001, 1329ff; *Renner*, Erfahrungen mit dem neuen deutschen Staatsangehörigkeitsrecht, ZAR 2002, 265ff.

¹⁶⁸ *Hailbronner/Renner* (сноска 167) Einl C Rn 1 ff.

¹⁶⁹ *Berber*, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd I, 2. Aufl 1975, 374; *Hatschek*, Das Preußische Staatsrecht, 2. Aufl 1930, 194; *Isay*, Die Staatsangehörigkeit der juristischen Personen, 1907, 30; *Kokott*, in: Sachs (Hrsg), Grundgesetz, 3. Aufl 2003, Art 16 Rn 10.

¹⁷⁰ ICJ Rep 1955, 4, 23. Это определение закреплено также в ст. 2а Европейской конвенции о гражданстве. См. также решение Британско-мексиканской комиссии по рассмотрению споров от 8 ноября 1929 г. по делу *Роберт Джон Линч (Robert John*

*отношение*¹⁷¹, имеющее правовое значение и, как правило, юридически оформленное. Согласно господствующему мнению гражданство является качеством, подтверждающим принадлежность к территориальному сообществу (так называемая теория статуса)¹⁷². Федеральный конституционный суд ФРГ в своем решении 1974 г.¹⁷³ также исходил из *статуса*. Эта концепция также была основанием для законодательного закрепления права определенных категорий иностранцев участвовать в муниципальных выборах¹⁷⁴. Позиция, объединяющая все представленные концепции, заключается в том, что гражданство является *правоотношением* между государством и его гражданами, регулирование которого основано на отождествлении характеристики лица как субъекта этого правоотношения и его правового статуса¹⁷⁵.

Права и обязанности, вытекающие из этого взаимоотношения, возникают непосредственно (дипломатическая защита) или на основании внутригосударственного права (например, воинская обязанность, участие в выборах и референдумах). Каждое государство может устанавливать условия предоставления и утраты гражданства *по своему усмотрению*, соблюдая при этом ограничения, предусмотренные международным договорным правом и международным обычным правом¹⁷⁶. Европейская конвенция о гражданстве от 6 ноября 1997 г., вступившая в силу 1 марта 2000 г., в принципе,

102

Lynch) против Мексиканских Соединенных Штатов: «Гражданство индивида является непрерывной правовой связью между суверенным государством, с одной стороны, и гражданином, с другой стороны» (RIAA V, 17, 18).

¹⁷¹ См.: *Riege*, Die Staatsbürgerschaft der DDR, 2. Aufl 1986, 18.

¹⁷² См.: *Badura*, Staatsrecht, 3. Aufl 2003, 860; *Hailbronner*, Deutsche Staatsangehörigkeit und DDR Staatsbürgerschaft, JuS 1981, 712; *G. Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl 1919, 117f; *von Keller/Trautmann*, Kommentar zum RuStAG, 1914, 32; *von Keller/Trautmann*, Kommentar zum RuStAG, 1914, 32; *Kämmerer*, in Bonner Kommentar, Loseblatt, Art 16 Rn 3; *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs, 5. Aufl 1911, 140; *Makarov/v. Mangoldt* (сноска 167) Einl I Rn 2.

¹⁷³ BVerfGE 37, 217, 239.

¹⁷⁴ BVerfGE 83, 37, 51: «Принадлежность к населению государства, как правило, опосредована гражданством. Гражданство является правовой предпосылкой для равного гражданского статуса, которая обосновывает, с одной стороны, равные обязанности, с другой стороны, также права, осуществление которых отражает легитимность государственной власти в демократическом обществе ...».

¹⁷⁵ *de Groot*, Staatsangehörigkeitsrecht im Wandel, 1989, 12; *Randelzhofer*, in: Maunz/Dürig (Hrsg), GG-Kommentar, Loseblatt, Art 16 Rn 8; См. также сноски в: *Hailbronner/Renner* (примеч. 130 в наст. разд.) Einl C Rn 2.

¹⁷⁶ Ст. 1 Гаагского соглашения о некоторых вопросах, относящихся к коллизии законов о гражданстве от 12.04.1930 г. / (179 LNTS 89); ст. 3 Европейской конвенции о гражданстве (ETS № 166). См. также: заключение ППМП о законах о гражданстве в Тунисе и Марокко (PCIJ, Series B, No 4, 24ff), а также решение МС, ICJ Rep 1955, 4, 20 (Ноттебом (*Nottebohm*)) и решение Федерального конституционного суда ФРГ (BVerfGE 1, 322, 328). Обзор договоров см.: *Hailbronner/Renner/Maaßen* (сноска 167) Einl E Rn 8 ff.; *Boll*, Nationality and Obligations of Loyalty in International and Municipal Law, AYBIL 24 (2005) 37ff; *Tan* (Hrsg), Challenging Citizenship, 2005.

предоставляет любому государству право на установление гражданства по своим собственным законам¹⁷⁷. Однако регулирование вопросов гражданства участниками Конвенции должно основываться на следующих *принципах*: каждый имеет право на гражданство, безгражданства следует избегать; никто не может быть произвольно лишен своего гражданства; ни брак, ни расторжение брака между гражданином государства-участника Конвенции и иностранцем, ни смена гражданства супругом/супругой в период брака не затрагивает гражданство другого супруга/супруги автоматически.

103 Введение *гражданства ЕС* согласно ст. 20–25 ДФЕС не означает установление гражданства ЕС с точки зрения международного и государственного права¹⁷⁸. Предложения по установлению автономного статуса гражданства ЕС, который должен заключаться в неограниченном признании и обеспечении прав человека и основных свобод, предусмотренных ЕКПЧ, и самостоятельном правовом режиме, до сих пор не нашли поддержки¹⁷⁹. Гражданство ЕС связано с гражданством государства-члена ЕС. Посредством гражданства ЕС «между гражданами государств-членов создается стабильная правовая связь, которая не отличается такой интенсивностью, как совместная принадлежность к одному государству, но является юридическим отражением общности на актуальной стадии развития»¹⁸⁰. Статья 20 (абз. 1 предл. 2) ДФЕС прямо устанавливает, что гражданство ЕС дополняет национальное гражданство, но не заменяет его. Вывод об ограничении национальных полномочий по регулированию вопросов гражданства в результате введения гражданства ЕС противоречит практике Суда ЕС. В решении по делу *Гуллунга (Gullung)* Суд ЕС установил, что государства-члены

¹⁷⁷ ETS Nr 166; немецкий перевод см.: *Hailbronner/Renner* (сноска 167) прил. А II.7. Конвенция вступила в силу 1.3.2000 г. в отношении Австрии, Молдавии и Словакии, а также в отношении Нидерландов (1.7.2001), Швеции (1.10.2001), Португалии (1.2.2002), Венгрии (1.3.2002), Дании (1.11.2002), Исландии (1.7.2003) и Македонии (1.10.2003). Она подписана Албанией, Болгарией, Финляндией, Францией, Грецией, Италией, Латвией, Мальтой, Норвегией, Польшей, Румынией, Россией, Чешской Республикой, Украиной, а 4.02.2002 г. также ФРГ, см. Закон об одобрении Конвенции вступил в силу 19 мая 2004 г. О Конвенции см.: *Kreuzer*, *Der Entwurf eines Übereinkommens des Europarats zu Fragen der Staatsangehörigkeit*, StAZ 1997, 126ff; о праве на гражданство см. также: *Chan*, *The Right to a Nationality as a Human Right*, HRLJ 12 (1991) 1ff.

¹⁷⁸ К вопросу о Договоре о ЕС см.: BVerfGE 89, 155, 188; подробнее *Hailbronner/Renner/Maaßen* (сноска 167) *Grundlagen I* Rn 14ff; *Jiménez Lobeira*, *EU Citizenship and Political Identity: The Demos and the Telos*, ELJ 18 (2012) 504ff.

¹⁷⁹ К вопросу о предложениях по гармонизации см.: *Evans*, in: *Rosas/Antola* (Hrsg), *A Citizens' Europe*, 1995, 85 (102f); *Hilf*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg), *Kommentar zur Europäischen Union*, Loseblatt, Art 8 EG Rn 68 mwN; *Castro Oliveira*, in: *La Torre* (Hrsg), *European Citizenship*, 1998, 185ff; о долгосрочном развитии концепции «гражданства» для граждан третьих стран см.: КОМ (2000) 757, от 22.11.2000 г. (21f).

¹⁸⁰ BVerfGE 89, 155, 184 противоположная точка зрения см.: *Bleckmann*, *Der Vertrag über die Europäische Union*, DVBl 1992, 335 (336).

обладают полномочиями по регулированию вопросов гражданства, но не вправе ограничивать закрепленные в Договоре о ЕС свободы при осуществлении этих полномочий¹⁸¹. В решении по делу *Miuseletti (Micheletti)* Суд ЕС разъяснил, что государство-член, помимо гражданства государства-члена, не может устанавливать дополнительные требования для осуществления прав граждан ЕС: «В соответствии с международным правом определение условий приобретения и утраты гражданства находится в ведении отдельных государств-членов; данная компетенция должна осуществляться с соблюдением права Сообществ...»¹⁸². В решении о европейском ордере на арест¹⁸³ Федеральный конституционный суд ФРГ подчеркнул, что гражданство ЕС является производным и дополняющим гражданство государства-члена статусом (ст. 20 (абз. 1 предл. 2 и 3) ДФЕС). Исходя из этого, законодатель мог в рамках европейского сотрудничества в сфере уголовного права обойти запрет на выдачу граждан Германии, предусмотренный ст. 16 (абз. 2 предл. 2) Основного закона, однако он должен соблюдать основанное на гражданстве ФРГ базовое доверие к собственному правопорядку, если лежащее в основе запроса о выдаче действие имеет тесную связь с ФРГ.

С точки зрения Федерального административного суда ФРГ, ограничения со стороны ЕС в отношении правовых последствий утраты гражданства ЕС для гражданства государства-члена возможны, если правомерное по законодательству ФРГ лишение гражданства ФРГ, полученного в результате натурализации, основанной на предоставлении ложных данных, в сочетании с правом о гражданстве другого государства-члена ЕС приводит к безгражданству¹⁸⁴. При этом Федеральный административный суд выражает сомнения, насколько оговорка об ограничении национального права о гражданстве ранее действовавшим правом ЕС, на которую сослался Суд ЕС, распространяется на случаи, в которых государство-член ЕС приняло или применило положение о регулировании исключительно национального гражданства, если это автоматически повлекло за собой утрату гражданства ЕС вследствие утраты гражданства другого государства-члена ЕС.

104

¹⁸¹ EuGH, Rs 292/86, Slg 1988, 111 (Гуллунг (*Gullung*)).

¹⁸² EuGH, Rs C-369/90, Slg 1992, I-4239ff (Мишелетти (*Micheletti*)). О дискуссии по этому решению см.: *de Groot*, Auf dem Weg zu einer europäischen Staatsangehörigkeit, FS Bleckmann, 1993, 87 (100ff); *Castro Oliveira*, in La Torre (сноска 181) 115 (126f); о вопросах лишения гражданства см.: *Hall*, The European Convention on Nationality and the Right to Have Rights, ELR 24 (1999) 586 (589). О правах, связанных со статусом гражданина ЕС, см.: EuGH, Rs C-184/99 (Гжельчик (*Grzelczyk*)) und Rs C-413/99 (Баумбаст (*Baumbast*)).

¹⁸³ BVerfGE 113, 273ff.

¹⁸⁴ Постановление Федерального административного суда ФРГ об обращении с запросом в Суд ЕС, BVerwG, NVwZ 2008, 686; eingehend *Hailbronner/Renner/Maaßen* (сноска 167) Grundlagen I Rn 25.

- 105** В решении по делу Роттманна (*Rottmann*) Суд ЕС пришел к выводу, что право ЕС не может предотвратить утрату гражданства ЕС, даже если лишение гражданства, полученного в результате натурализации, основанной на предоставлении ложных данных, приводит к безгражданству вследствие того, что бывшее гражданство лишенного гражданства ФРГ лица в другом государстве-члене ЕС не может быть восстановлено. Суд ЕС в этой связи подчеркнул, что установление предпосылок для приобретения и утраты гражданства относится к компетенции государств-членов¹⁸⁵. Это правило действует при условии, что аннулирование решения о натурализации не противоречит ни осуществлению прав и свобод согласно договорам ЕС, ни другим принципам ЕС. В особенности, должен соблюдаться принцип соразмерности¹⁸⁶.
- 106** Следует подчеркнуть, что Суд ЕС в своем решении по делу Роттмана (*Rottmann*) учел соответствующие положения Конвенции о предотвращении состояния безгражданства (ст. 8 (абз. 2)) и Европейской конвенции о гражданстве (ст. 7 (абз. 1 и 3))¹⁸⁷.
- 107** Согласно международному обычному праву при предоставлении дипломатической защиты иностранное гражданство следует принимать во внимание только в том случае, если у соответствующего лица имеется *определенная связь* с родиной (подлинная связь)¹⁸⁸.
- 108** В практике государств первоначальное законное *приобретение* гражданства, как правило, основано на происхождении (*ius sanguinis*), рождении в стране (*ius soli*) или на комбинации обоих принципов. В соответствии с принципом *ius sanguinis* ребенок приобретает гражданство своих родителей; место рождения не имеет значения. Принцип *ius soli* действует в классических миграционных странах, таких как США. Здесь ребенок приобретает гражданство страны рождения без учета гражданства родителей. Однако в англосаксонских странах гражданство приобретается также в силу происхождения. Комбинация обоих принципов с учетом интеграции иностранцев, длительное время пребывающих в стране, все чаще практикуется также в классических странах *ius sanguinis*. Так, Законом о реформировании права гражданства от 15 июля 1999 г. в § 4 Закона о гражданстве ФРГ были внесены два абзаца, в соответствии с которыми ребенок иностранных

¹⁸⁵ EuGH, Rs C-369/90, Slg 1992, I-4239ff [*Miuselemmu (Micheletti)*]; EuGH, Rs C-179/98, Slg 1999, I-7955 [*Месхаб (Meshab)*]; EuGH, Rs C-200/02, Slg 2004, I-9925 [*Жу (Zhu) и Чен (Chen)*]; см. также заключение ППМП о декретах о гражданстве в Тунисе и в Марокко, PCJ, Ser B, No 4, 24ff; см. 3 (абз. 1) Европейской конвенции о гражданстве.

¹⁸⁶ EuGH, Rs C-135/08, Slg 2010, I-1449, Rn 44ff u 55ff [*Роттманн (Rottmann)*].

¹⁸⁷ Там же, Rn 52.

¹⁸⁸ См.: ICJ Rep 1955, 423ff (Ноттебом (*Nottebohm*)) mit Anm Makarov, ZaRV 16 (1955/56) 407ff; актуальная литература см.: *Sloane*, Breaking the Genuine Link, Harvard ILJ 50 (2009) 1ff.

родителей получает гражданство ФРГ в силу рождения в стране, если один из родителей правомерно и постоянно проживал в ФРГ более восьми лет и обладает постоянным видом на жительство¹⁸⁹. Одновременно в § 29 (абз. 2) было внесено положение об обязанности выбора между двумя гражданствами при достижении совершеннолетия¹⁹⁰.

После рождения гражданство приобретается на основании натурализации, усыновления или узаконения. Автоматическая смена гражданства при заключении брака в настоящее время не применяется¹⁹¹. Чаще всего встречается приобретение гражданства посредством *натурализации по заявлению* при выполнении дополнительных условий, например, знание языка или длительное пребывание в стране будущего гражданства. Собственность на недвижимое имущество или краткое пребывание в стране, как правило, не являются основаниями для натурализации¹⁹². Практика государств допускает облегчение условий натурализации при наличии особого общественного интереса. Так, в случае натурализации согласно § 8 Закона о гражданстве и п. 8.1.3.5 абз. 2 Временной инструкции по применению Закона о гражданстве¹⁹³ предполагается наличие особого общественного интереса, если деятельность заявителя при натурализации служит или послужит в будущем интересам Германии, в частности, в области науки, научно-исследовательской деятельности, экономики, искусства, культуры, СМИ, спорта¹⁹⁴ или государственной службы.

Основаниями прекращения гражданства с точки зрения международного права является заявление индивида об отказе, приобретение гражданства другого государства, прохождение государственной или военной службы в иностранном государстве, брак с иностранцем, узаконение внебрачного

109

110

¹⁸⁹ О приобретении гражданства в силу рождения в соответствии с § 4 (абз. 3) Закона ФРГ о гражданстве см. более поздние: *Sloane*, *Breaking the Genuine Link*, Harvard ILJ 50 (2009) 1ff; *Krömer*, *Der Ius-Soli-Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit und die Aufgaben des Standesbeamten*, StAZ 2000, 363.

¹⁹⁰ Об обязанности выбора гражданства см. комментарий к § 29 Закона ФРГ о гражданстве: *Hailbronner/Renner/Maaßen* (сноска 167); *Dornis*, *Ungelöste Probleme des Staatsangehörigkeitsrechts*, ZRP 2001, 547ff; *Martenczuk*, *Das Territorialitätsprinzip, die Mehrstaatigkeit und der Gleichheitssatz*, KritV 2000, 194ff.

¹⁹¹ См. ст. 10 Гаагского соглашения от 12.04.1930 г. (179 LNTS 89) и ст. 1 Конвенции о гражданстве замужней женщины от 20.02.1957 г. (BGBl 1973 II, 1249ff); см. также ст. 4 d Европейской Конвенции о гражданстве 1997 г., в соответствии с которой ни заключение, ни расторжение брака между гражданином договаривающегося государства и иностранцем, ни смена гражданства супруга в браке не затрагивает гражданство другого супруга автоматически.

¹⁹² См. ст. 2 проекта Конвенции о гражданстве Гарвардской школы права от 1.04.1929 г. (AJIL 23 [1929], Spec Suppl, 13).

¹⁹³ Временная инструкция Министерства внутренних дел ФРГ о применении Закона ФРГ о гражданстве от 13.12.2000 г. (BAnz 2001, 1418).

¹⁹⁴ *de Groot*, *Sports and Unfair Competition via Nationality Law*, MJECIL 13 (2006) 161ff.

ребенка иностранцем или отсутствие регистрации в случае длительного пребывания за границей¹⁹⁵.

111 *Принудительное лишение гражданства* в настоящее время запрещено различными конвенциями и правовыми механизмами по защите прав человека. Так, в ст. 15 (абз. 2) Всеобщей декларации прав человека от 10 декабря 1948 г. Генеральная Ассамблея ООН предусмотрела положение, направленное против произвольного лишения гражданства. Ст. 5 d Конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации от 7 марта 1966 г. гарантирует право каждого индивида на гражданство. Наконец, ст. 9 Конвенции о сокращении числа лиц без гражданства от 30 августа 1961 г. запрещает договаривающимся государствам лишать гражданства по расистским, этническим, религиозным или политическим основаниям¹⁹⁶. Таким образом, можно сделать вывод о наличии в обычном праве запрета на произвольное лишение гражданства.

112 Из контекста *права человека на гражданство*, установленного ст. 7 Конвенции о правах ребенка от 20 ноября 1989 г. и ст. 4 а Европейской конвенции о гражданстве (ЕКГ), можно сделать вывод о существовании субъективного права каждого на гражданство государства постоянного пребывания. Тем не менее, юристы-международники до сих пор проявляют сдержанность в этом вопросе. Прежде всего, они учитывают *межгосударственный аспект* и обязанности по недопущению состояния безгражданства. Помимо случаев правопреемства государств, сложно определить, какому государству должно быть адресовано требование о предоставлении гражданства¹⁹⁷.

113 Одновременное применение принципов *ius sanguinis* и *ius soli* может привести к безгражданству или множественному гражданству. Приобретение гражданства нескольких государств возможно в случае, когда страна гражданства родителя следует принципу *ius sanguinis*, а местом рождения ребенка является страна, следующая принципу *ius soli*. В обратном случае возникает безгражданство. Множественное гражданство, как правило, считается нежелательным¹⁹⁸, так как оно может привести к коллизии прав и обязанностей (воинская обязанность, дипломатическая защита). Эти вопросы регулируются в Гагской конвенции от 12 апреля 1930 г.¹⁹⁹ и Протоколе

¹⁹⁵ BVerfG, NVwZ 2006, 807ff; *Becker*, Rückwirkender Wegfall der deutschen Staatsangehörigkeit, NVwZ 2006, 304ff; *Nettesheim*, Rücknahme und Widerruf von Einbürgerungen, DVBl 2004, 1144ff; *Ronner*, Denaturalization and Death — What it means to preclude the Exercise of Judicial Discretion, *Geo IJL* 20 (2005) 101 ff.

¹⁹⁶ *Gelazis*, An Evaluation of International Instruments that Address the Condition of Statelessness in International Migration Law, 2007, 291ff.

¹⁹⁷ Документ ООН (A/CN.4/474, 28f.); см. также п. 23 и 32 Пояснительного Доклада по проекту Конвенции Совета Европы о гражданстве.

¹⁹⁸ BVerfGE 37, 217, 254; см.: *Boll*, Multiple Nationality — The Context and Significance of State Practice in International Law, 2003.

¹⁹⁹ 179 LNTS 89.

о воинской обязанности²⁰⁰, а также в Конвенции Совета Европы (которую ФРГ денонсировала 20 декабря 2001 г.²⁰¹) о сокращении множественного гражданства и об исполнении воинской обязанности при наличии множественного гражданства от 6 мая 1963 г.²⁰², дополненной Вторым протоколом, который до настоящего времени ратифицирован только Францией, Италией и Нидерландами²⁰³. Целью указанных документов является предоставление иностранцам, родившимся в стране, возможности приобретения гражданства государства пребывания при определенных условиях. Европейская конвенция о гражданстве предусматривает множественное гражданство в случаях, когда ребенок автоматически приобретает гражданство нескольких государств при рождении, поскольку родители имеют гражданство различных государств. Кроме того, супруг, автоматически приобретающий гражданство другого супруга при заключении брака, должен иметь право на сохранение своего прежнего гражданства. В иных случаях государства-члены конвенции вправе решать по своему усмотрению, хотят ли они следовать принципу предотвращения множественного гражданства в случаях приобретения их гражданами гражданства иностранного государства или в случае приобретения гражданства государства иностранными гражданами²⁰⁴. Несмотря на то, что принцип предотвращения множественного гражданства закреплен в законодательстве многих стран, существует *тенденция признания двойного гражданства*. В связи с этим возникает проблема толкования вопросов о воинской обязанности, избирательных правах и применимого права в международном семейном праве²⁰⁵.

Проблемы возникают также при *безгражданстве*, поскольку лица без гражданства несут все публично-правовые обязанности в государстве пребывания, но не приравнены ни к гражданам, ни к иностранцам. Следовательно,

114

²⁰⁰ Гагский протокол от 12.04.1930 г. о воинской обязанности в некоторых случаях двойного гражданства (LoN Doc C.25.M.14.1931.V).

²⁰¹ Не действует в отношении ФРГ с 21 декабря 2002 г. (BGBl 2002 II, 171) *de Groot/Schneider*, Die zunehmende Akzeptanz von Fällen mehrfacher Staatsangehörigkeit in West-Europa, FS Yamauchi, 2006, 65ff.

²⁰² BGBl 1969 II, 1953ff.

²⁰³ Второй дополнительный протокол к Конвенции о сокращении случаев многогражданства и об исполнении воинской обязанности в случаях многогражданства от 2.11.1993 г. (ETS Nr 149); *Donner*, Dual Nationality in International Law, Acta Juridica Hungarica 47 (2006) 15ff.

²⁰⁴ ETS Nr 166; к вопросу о конвенциях см.: *Kreuzer* (сноска 179) 126ff. ФРГ подписала Конвенцию 4.02.2002 г. Закон об одобрении Конвенции вступил в силу 19.5.2004 г. (BGBl 2004 III, 578).

²⁰⁵ Подробнее о наличии гражданства нескольких государств см.: *Martin/Hailbronner* (Hrsg), Rights and Duties of Dual Nationals, 2003; *Hansen/Weil* (Hrsg), Dual Nationality, 2002; *Mole/Fransman*, Multiple Nationality and the European Convention on Human Rights, in: Second European Conference on Nationality, Report Nr 6; *Rudko*, Regulation of Multiple Citizenship by Bilateral and Multilateral Agreements, in: ebd, Report Nr 5; из актуальной литературы см.: *Kochenov*, Double Nationality in the EU, ELJ 17 (2011) 323ff.

состояние безгражданства является нежелательным. Проводится различие между *фактическим* отсутствием гражданства, при котором государство происхождения не желает или не в состоянии предоставить дипломатическую защиту, и *юридическим* отсутствием гражданства, возникающим тогда, когда индивид не может рассматриваться гражданином какого-либо государства. Федеральный административный суд ФРГ сделал из ст. 16 (абз. 1 предл. 2) Основного закона вывод о том, что должны приниматься меры по предотвращению безгражданства. Это решение, которое отразилось также на ратификации Конвенции о сокращении случаев безгражданства от 30 августа 1961 г., следует учитывать при вынесении решений об аннулировании решений о натурализации²⁰⁶.

115 Поэтому предпринимаются усилия с целью предотвращения безгражданства и *повышения правового статуса лиц без гражданства на основании международных договоров*. Статья 15 (абз. 2) Всеобщей декларации прав человека направлен против произвольного лишения гражданства. Конвенция о сокращении безгражданства от 30 августа 1961 г.²⁰⁷ предусматривает, что лица, которые в противном случае оказались бы лицами без гражданства, приобретают гражданство государства пребывания по рождению или посредством натурализации. Право ребенка на гражданство закреплено в ст. 7 (абз. 1) Конвенции о правах ребенка от 20 ноября 1989 г. Правовой статус лиц без гражданства регулируется ст. 7 (абз. 1) Конвенции от 28 сентября 1954 г.²⁰⁸ Конвенция устанавливает для лиц без гражданства, в принципе, такие же права в сфере частного и публичного права, как для иностранцев, в особенности при осуществлении трудовой деятельности. Резолюцией 3174 (XXIX) от 10 декабря 1974 г. Генеральная Ассамблея ООН на основании ст. 11 Конвенции о сокращении безгражданства постановила, что Верховный комиссар ООН по делам беженцев является органом, в который могут обращаться лица без гражданства для осуществления своих прав, чтобы таким образом повысить уровень защиты лиц без гражданства.

116 Принадлежность *юридических лиц* к определенному государству также регулируется внутригосударственным законодательством. В англосаксонских странах преобладает *теория учреждения*, т.е. юридическое лицо относится к государству, по праву которого оно было учреждено. Страны континентальной Европы, напротив, обычно исходят из *фактического местонахождения* предприятия (*siège social*)²⁰⁹. Так, в ФРГ право, применимое к юридическому лицу, определяется местонахождением юридического

²⁰⁶ BVerfG, NVwZ 2006, 807ff.; см. также: Weissbrodt/Collins, The Human Rights of Stateless Persons, HRQ 28 (2006) 245ff.

²⁰⁷ BGBl 1977 II, 597ff.

²⁰⁸ BGBl 1976 II, 473ff.

²⁰⁹ К вопросу о теории местонахождения см.: Ferid, Internationales Privatrecht, 3. Aufl 1986, 181 mwN.

лица. Местонахождением считается место, в котором исполняются основные решения руководства предприятия по оперативному ведению бизнеса²¹⁰. В ст. 54 (абз. 1) ДФЕС комбинируются доктрина учреждения и доктрина фактического местонахождения²¹¹. *Теория контроля*, исходящая из гражданства руководства и/или собственников компании, в европейском праве не применяется. В решении от 5 февраля 1970 г. по делу компании «Барселона Трэкшн» (Barcelona Traction) Международный суд отметил, что теория контроля *не является общей нормой международного права*²¹².

б) Дипломатическая защита

Дипломатическая защита включает, с одной стороны, возможность оказания помощи гражданину, находящемуся за границей, через дипломатические и консульские учреждения (ст. 3 абз. 1 b Венской конвенции о дипломатических сношениях, ст. 5 а, е Венской конвенции о консульских сношениях), а с другой стороны — *право государства* на предъявление претензий к иностранному государству в пользу гражданина за нарушение международно-правовых норм об обращении с иностранными гражданами. В этом случае согласно традиционной теории государство гражданства действует не в качестве представителя индивида, а в качестве самостоятельного носителя права²¹³. 117

Поэтому индивид не может отказаться от дипломатической защиты. *Оговорки Кальво* в соглашениях между латиноамериканскими государствами и иностранцами, в соответствии с которыми иностранцы отказывались от дипломатической защиты, чтобы не обладать привилегиями по сравнению с местными гражданами, не соответствуют международному праву²¹⁴. 118

²¹⁰ BGHZ 25, 134, 144; BGHZ 53, 181, 183; BGHZ 97, 269, 271 mwN. О несоответствии теории места нахождения европейскому праву см.: *Schümann*, Die Vereinbarkeit der Sitztheorie mit dem europäischen Recht, EuZW 1994, 269ff.

²¹¹ См.: *Hailbronner*, in: *Hailbronner/Wilms* (Hrsg), *Recht der Europäischen Union*, Loseblatt, Art 43 EG Rn 61; *Hailbronner/Kau*, in ebd, Art 48 Rn 32ff; EuGH, Rs C-212/97, Slg 1999, I-1459 [*Сентрос (Centros)*]; EuGH, Rs C-208/00, Slg 2002, I-9919 [*Уберзееринг (Überseering)*]; EuGH, Rs C-167/01, Slg 2003, I-10155 [*Inspire Art*]; EuGH, Rs C-411/03, Slg 2005, I-10805 [*SEVIC*]; EuGH, Rs C-210/06, Slg 2008, I-9641 [*Картезио (Cartesio)*].

²¹² ICJ Rep 1970, 4ff (*Барселона Трэкшн (Barcelona Traction)*); частные мнения см. Бустаманте-и-Риверо (*Bustamante y Rivero*) (55ff), Фицморис (*Fitzmaurice*) (64ff), Танака (*Tanaka*) (114ff), Джессап (*Jessup*) (161ff), Морелли (*Morelli*) (222ff), Падилья Нерво (*Padilla Nervo*) (243ff), Грос (*Gros*) (267ff), Аммуна (*Ammun*) (286ff); противоположная точка зрения: Рифаген (*Riphagen*) (334ff).

²¹³ PCIJ, Series A, No 2, 12 [концессии Мавромматиса (*Mavrommatis*)]; PCIJ, Series A/B, No 76, 16 [железная дорога Паневежис–Салдутискис]; ICJ Rep 1955, 4, 24 [Ноттебом (*Nottebohm*)].

²¹⁴ *Juillard*, *Calvo Doctrine/Calvo Clause*, MPEPIL I, 1086ff.

Предполагается, что индивид может отказаться от права, осуществление которого привело бы к нарушению международного права. Прежде чем государство гражданства будет в состоянии осуществить дипломатическую защиту, индивид должен исчерпать все имеющиеся в соответствующем иностранном государстве средства правовой защиты (*local remedies rule*)²¹⁵.

119 Третье государство обязано допустить осуществление дипломатической защиты только в том случае, если индивид связан с государством, предоставляющим дипломатическую защиту, эффективным гражданством (*подлинная связь, genuine link*). Этот принцип международного обычного права, установленный ст. 5 Гагской конвенции от 12 апреля 1930 г., подтвержден решением Международного суда по делу *Ноттебома (Nottebohm)*²¹⁶. Международный суд отклонил жалобу Лихтенштейна против Гватемалы о возмещении ущерба, так как пострадавший не доказал наличие достаточно тесной связи с государством, предоставившим ему гражданство. Ему было предоставлено гражданство за уплату денежной суммы, а также в нарушение требования трехгодичного пребывания в стране. Кроме краткосрочных посещений брата в Вадуце, он не имел связи с Лихтенштейном. Напротив, 34 года он проживал в Гватемале, занимался там экономической деятельностью и после принятия гражданства Лихтенштейна вновь вернулся туда²¹⁷. Сомнение вызывает вопрос, применяется ли такое толкование Международного суда в отношении *тесной связи* в практике государств. Практика государств исходит из того, что государство правомочно предоставить свое гражданство лицам, с которыми существует слабая связь. Мнение Международного суда, основанное на отсутствии связи между предоставлением гражданства и вытекающим из этого правом на осуществление дипломатической защиты, в международной практике оборачивается нежелательным «ущербным» гражданством, из которого не следует такой же уровень защиты, как для «настоящих» граждан.

120 Традиционные правила о дипломатической защите *лиц, имеющих двойное гражданство*, отражены в ст. 4 и 5 Гагской конвенции о некоторых вопросах, относящихся к коллизии законов о гражданстве от 12 апреля 1930 г.²¹⁸ По этим правилам государство не может воспользоваться правом на дипломатическую защиту гражданина, если последний одновременно обладает гражданством государства, в отношении которого осуществляется право. В случае, когда право реализуется в пользу гражданина, который одновременно обладает гражданством третьего государства, только это третье государство уполномочено осуществлять право на защиту, если

²¹⁵ См.: PCIJ, Series A, No 2, 12 (концессии Мавромматиса (*Mavrommatis*)).

²¹⁶ ICJ Rep 1955, 4, 23 (Ноттебом (*Nottebohm*)).

²¹⁷ ICJ Rep 1955, 4, 25 (Ноттебом (*Nottebohm*)).

²¹⁸ Гагская конвенция о некоторых вопросах, относящихся к коллизии законов о гражданстве (1930), текст на немецком языке см.: *Hecker, Mehrseitige völkerrechtliche Verträge zum Staatsangehörigkeitsrecht*, 13ff; *Geck* (сноска 18) 1046.

оно имеет более тесную связь с гражданином. Хотя эти правила получили широкое распространение²¹⁹, новейшая практика государств предполагает *более гибкий подход* и наличие исключений²²⁰. Поскольку гражданство как основание привязки утратило первостепенное значение, на практике в некоторых случаях дипломатическая защита предоставляется также лицам, обладающим двойным гражданством, и гражданам иностранных государств, имеющим постоянное место пребывания на территории государства, предоставляющего защиту²²¹. По правилам Компенсационной комиссии ООН правительство государства правомочно осуществлять права как в пользу своих граждан, так и в пользу лиц, проживающих на его территории²²². Правило, в соответствии с которым дипломатическая защита лица, имеющего двойное гражданство, не может быть осуществлена в отношении государства его второго гражданства, применяется на практике не всегда. В деле *Канеvaro (Canevaro)*²²³ и позднее в деле *Мерже (Mergé)*²²⁴ международный арбитраж подтвердил принцип, позволяющий родному государству предоставить дипломатическую защиту своему гражданину по отношению к другому государству, которое также считает это лицо своим гражданином, если правовая связь с государством, предоставившим защиту, может быть признана более эффективной. Принцип *Канеvaro*²²⁵ применяется в практике государств в качестве подтверждения принципа эффективного гражданства. Так, Проект КМП о дипломатической защите, в принципе, предусматривает, что государства не правомочны осуществлять дипломатическую защиту лиц с двойным гражданством в отношении государств второго гражданства (ст. 7 Проекта КМП). Однако этот принцип не применяется, если приоритет гражданства одного из государств очевиден²²⁶. Следовательно, в случае двойного гражданства надлежит проверять, с каким государством лицо, обладающее двойным гражданством, имеет более *тесную связь* с учетом места обычного пребывания, центра жизнедеятельности и частных, экономических и политических интересов²²⁷.

²¹⁹ См.: Мнение Международного суда, в соответствии с которым речь идет об «обычной практике» (см. ICJ Rep 1949, 174, 186 [Бернадот (*Bernadotte*)]).

²²⁰ См.: *Orrego Vicuña* (сноска 19) 28, 38f; *Forcese*, *The Capacity to Protect — Diplomatic Protection of Dual Nationals in the «War on Terror»*, EJIL 17 (2006) 369ff.

²²¹ См., например, решение американо-чилийской комиссии об ответственности Чили за смерть чилийских граждан и лиц, имеющих гражданство Чили и США; *Orrego Vicuña* (сноска 19) 33 и ILM 31 (1992) 17f.

²²² Компенсационная Комиссия ООН, Временные Правила процедуры рассмотрения жалоб, 1992. Ст. 5, 1a, цит. по: *Orrego Vicuña* (сноска 19) 34.

²²³ RIAA XI, 405; см. также *Benedek*, *Canevaro Claim Arbitration*, EPIL I (1992) 527f.

²²⁴ RIAA XIV, 236.

²²⁵ См.: *O'Connell*, *International Law*, 2. Aufl 1970, 685.

²²⁶ ILC Rep 2006, 43ff (Commentary on Art 7 of the ILC Draft on Diplomatic Protection).

²²⁷ См.: *Hailbronner*, *Diplomatischer Schutz bei mehrfacher Staatsangehörigkeit*, в: *Ress/Stein* (сноска 74) 27 (32f).

121 *Вторую норму обычного права* о дипломатической защите в традиционном международном праве составляет правило, в соответствии с которым индивиду может быть предоставлена дипломатическая защита, только если он является гражданином государства, предоставляющего защиту, как в момент нарушения его прав, так и в момент предоставления защиты (*nationality rule*). Таким образом, гражданство должно существовать также в момент принятия решения о предоставлении защиты. Однако с развитием международного права, в особенности с *признанием права потерпевшего на возмещение ущерба*, эта норма все чаще подвергается сомнению. Если исходить из того, что речь идет о нарушении собственных прав потерпевшего, которые реализуются посредством дипломатической защиты, можно было бы сделать вывод, что правовое положение не должно измениться только потому, что изменилось гражданство потерпевшего²²⁸. Однако, с точки зрения правовой стабильности, существуют аргументы в пользу сохранения традиционного принципа. *De lege ferenda* возможное решение вопроса может заключаться в том, что потерпевший вправе выбирать, кто предоставит ему дипломатическую защиту — государство его прежнего или нынешнего гражданства. Новый проект Конвенции, предложенный американскими специалистами международного права, предусматривает возможность предоставления дипломатической защиты лицам, недавно ставшим его гражданами, независимо от того, имели ли они гражданство США в момент совершения нарушения. Соответственно, *закон Хелмса-Бертонна (Helms-Burton Act) 1996 г.* предусматривает, что США может предоставлять дипломатическую защиту американским гражданам, лишенным имущества на Кубе, даже если в момент лишения имущества были кубинскими гражданами²²⁹. Согласно Проекту КМП потерпевший, в принципе, должен иметь гражданство соответствующего государства на долгосрочной основе в период между нанесением ущерба и осуществлением права на дипломатическую защиту (ст. 5 № 1). В порядке исключения допускается, что потерпевший является гражданином государства, предоставляющего дипломатическую защиту, только в момент осуществления защиты (ст. 5 № 2). Однако это исключение не применяется, если дипломатическая защита направлена против государства прежнего гражданства (ст. 5 № 3) или если потерпевший впоследствии приобрел гражданство государства, причинившего ущерб (ст. 5 № 4)²³⁰. В исключительных случаях также допускается предоставление дипломатической защиты лицам, которые никогда не обладали гражданством предоставляющего защиту государства, если

²²⁸ См.: *Orrego Vicuña* (сноска 19) 36.

²²⁹ См.: *Orrego Vicuña* (сноска 19) 36.

²³⁰ ILC Rep 2006, 17 (Art 5 Nr 1 bis 4 des ILC Draft on Diplomatic Protection).

речь идет о нарушении фундаментальных прав человека²³¹. В целях защиты беженцев и лиц без гражданства в проекте КМП о дипломатической защите оговаривается отказ от требования о наличии гражданства в пользу постоянного места жительства²³². Некоторые авторы рассматривают размывание традиционных критериев осуществления дипломатической защиты как признак того, что правовой институт дипломатической защиты в современном международном праве утратил свое значение²³³. Но такой вывод не находит своего подтверждения в международной практике, даже с учетом того, что развитие международных механизмов защиты прав человека влечет за собой ослабление института дипломатической защиты.

Кроме того, ст. 23 ДФЕС предусматривает исключение из правила о применении права государства гражданства²³⁴ в отношении граждан ЕС, находящихся в третьем государстве, в котором государство их гражданства не имеет дипломатического представительства. Эти граждане обладают правом на дипломатическую и консульскую защиту на тех же условиях, что и граждане запрашиваемого государства, если третье государство признает это. На практике сотрудничество осуществляется на основе Решения представителей государств-членов (95/553/EG от 19 декабря 1995 г.) о защите граждан Европейского союза дипломатическими и консульскими представительствами²³⁵ и Решения о практических мерах, применяемых консульскими работниками²³⁶. Оба решения обладают обязательной юридической силой после их трансформации в национальную правовую систему всех государств-членов²³⁷.

В отношении дипломатической защиты предприятий в литературе пока не сформировалось единое мнение о предпосылках эффективной связи между предприятием и государством, предоставляющим дипломатическую

122

123

²³¹ См.: *Kokott*, Zum Spannungsverhältnis zwischen nationality rule und Menschenrechtsschutz bei der Ausübung diplomatischer Protektion, in: *Ress/Stein* (сноска 74) 45ff; *Thierry*, L'évolution du droit international public, *RdC* 222 (1990-III) 9 (105ff).

²³² *ILC Rep* 2006, 17f (ст. 3 № 2 и ст. 8 Проекта статей о дипломатической защите); *Künzli*, Exercising Diplomatic Protection, *ZaöRV* 66 (2006) 321 (342f). В решении Верховного суда Англии и Уэльса по делу Аль-Раби (*Al Rawi*) и *другие против Министра иностранных дел Великобритании*, [2006] *EWHC* 972 (Admin) 63 положение ст. 8 Проекта КМП рассматривается только как «lex ferenda».

²³³ См.: *Pergantis*, Towards a «Humanization» of Diplomatic Protection?, *ZaöRV* 66 (2006) 351f.

²³⁴ См.: *Doehring*, Staat und Verfassung in einem zusammenwachsenden Europa, *ZRP* 1993, 98 (101); *Stein*, Die Regelung des diplomatischen Schutzes im Vertrag über die Europäische Union, in: *Ress/Stein* (сноска 74) 97 (103f); *Cot*, La protection consulaire européenne, in *La France, l'Europe, le monde*, 2008, 281ff.

²³⁵ *ABI EG* 1995, Nr L 314/73.

²³⁶ *КОМ(97)* 230. О документах для возвращения (ETD/Emergency Travel Document) см. также Решение 96/409/GASP, *ABI EG* 1996, Nr L 168.

²³⁷ Четвертый Доклад Комиссии о гражданстве Европейского союза от 26.10.2004 г. (*КОМ(2004)* 695 endg).

защиту²³⁸. МС ООН в решении по делу о компании «Барселона Трэкшн» (*Barcelona Traction*) установил, что необходима «постоянная и тесная связь» между предприятием и соответствующим государством, которая, как правило, существует между предприятием и государством регистрации²³⁹. Этому правилу следует Проект статей КМП о дипломатической защите, согласно которому государство, по праву которого предприятие было учреждено, отвечает за дипломатическую защиту²⁴⁰. Однако это правило не действует, если компания контролируется гражданами другого государства, не осуществляет экономическую деятельность в государстве регистрации в существенном объеме и если менеджмент и собственники компании базируются на территории другого государства. Если все эти предпосылки имеют место, компания относится к государству, в котором пребывают менеджмент и собственники компании²⁴¹. Если хотя бы одна из указанных предпосылок не выполнена, компания остается под защитой государства регистрации. Как и в отношении физических лиц, государство, к сфере которого изначально относили предприятие, утрачивает право на дипломатическую защиту, если в результате смены принадлежности предприятие относится к сфере государства, против которого направлена дипломатическая защита (ст. 10 № 2 Проекта). В этом положении отражены принципы, разработанные ИКСИД в решении по делу *Лэйвен Груп Инкорпорейтед (Loewen Group Inc) против США*²⁴². Если компания прекратила свое существование по праву государства регистрации в связи с нарушением его прав, не исключается предъявление требований в связи с данным нарушением (ст. 10 № 3 Проекта). Несмотря на то, что этот вопрос не рассматривался в актуальной судебной практике, обсуждался вопрос, какие правовые последствия в отношении дипломатической защиты может иметь прекращение существования компании вследствие действий государства²⁴³. Решение этой проблемы в ст. 10 Проекта считается прагматичным и основано на рассмотрении конкретных случаев, но оно пока не может претендовать на признание международным обычным правом.

124 Помимо вопроса защиты компаний, возникает вопрос о *дипломатической защите собственников*. В соответствии с решением МС ООН по делу компании «Барселона Трэкшн» (*Barcelona Traction*) в отношении собственников

²³⁸ *Brownlie* (сноска 3) 483.

²³⁹ ICJ Rep 1970, 4ff [*Барселона Трэкшн (Barcelona Traction)*], 42 (para 71); *Shaw* (сноска 53) 815 («осязаемая связь» («tangible link»)).

²⁴⁰ ICJ Rep 1970, 4ff [*Барселона Трэкшн (Barcelona Traction)*], 42 (para 70).

²⁴¹ ILC Rep 2006, 54 (Комментарий к ст. 9 Проекта статей КМП о дипломатической защите, абз. 5).

²⁴² ICSID Rep 7 (2005) 442 (para 220); ILC Rep 2006, 57 (Комментарий к ст. 10 ILC Проекта статей КМП о дипломатической защите, абз. 5).

²⁴³ ILC Rep 2006, 57 (Комментарий к ст. 10 Проекта статей КМП о дипломатической защите, абз. 6).

действует принцип, согласно которому государство гражданства собственников, как правило, не имеет права на дипломатическую защиту, поскольку определяющим является государство регистрации компании²⁴⁴. Таким образом, собственники должны пользоваться дипломатической защитой, которая предоставляется компании²⁴⁵. Согласно положениям Проекта статей КМП это правило не действует, только если (а) компания прекратила свое существование по праву государства регистрации или (б) компания была вынуждена обладать принадлежностью к государству, которое нанесло компании ущерб, в момент нанесения ущерба, чтобы осуществлять в этом государстве экономическую деятельность (ст. 11 Проекта статей КМП). Эти исключения могут привести к тому, что несколько государств, гражданами которых являются собственники, будут претендовать на осуществление дипломатической защиты. С точки зрения КМП, в таких случаях государства гражданства должны координировать свои действия и обеспечить, чтобы государство гражданства собственников, представляющих большинство или, по меньшей мере, значительную часть капитала, участвовало в осуществлении дипломатической защиты²⁴⁶. Кроме того, государство гражданства собственников имеет право на дипломатическую защиту, если в результате деликта непосредственно нарушаются права собственников, которые не являются идентичными с правами компании²⁴⁷. МС ООН установил, что к непосредственным правам собственников относятся полномочия, связанные с организацией, контролем и ведением дел компании, право участия в работе органов компании и в голосовании и индивидуальные требования о выплате доли в случае ликвидации²⁴⁸. Несмотря на то, что этот перечень не является исчерпывающим, формулировка ст. 12 Проекта статей КМП указывает на то, что права должны существовать независимо от требований компании. В будущем суды, вероятно, будут применять ограничительное толкование таких прав²⁴⁹. Эта тенденция проявилась в решении МС ООН по делу Диалло (*Diallo*), в котором МС подтвердил принципы, разработанные в решениях по делам «Барселона Трэкшн» (*Barcelona Traction*) и *ELSI*, но одновременно подчеркнул, что дипломатическую защиту собственников следует рассматривать как исключение из общего правового режима, только

²⁴⁴ ICJ Rep 1970, 4ff [*Барселона Трэкшн (Barcelona Traction)*], 34 (para 40).

²⁴⁵ *Brownlie* (сноска 3) 486.

²⁴⁶ ILC Rep 2006, 59f (Комментарий к ст. 11 Проекта статей КМП о дипломатической защите, абз. 3).

²⁴⁷ ILC Rep 2006, 59 (Комментарий к ст. 11 Проекта статей КМП о дипломатической защите, абз. 2); см. также ICJ Rep 1970, 4, 36 [*Барселона Трэкшн (Barcelona Traction)*].

²⁴⁸ ICJ Rep 1989, 15 [*ELSI*]; *Kubiatowski*, The Case of Elettronica Sicula SpA, Colum J Transnat'l L 29 (1991) 215ff; *Murphy*, The ELSI Case, Yale JIL 16 (1991) 391ff.

²⁴⁹ ILC Rep 2006, 67 (Комментарий к ст. 12 Проекта статей КМП о дипломатической защите, абз. 3).

если речь идет о правах, которыми собственник обладает непосредственно и независимо от компании²⁵⁰.

в) Право народов на самоопределение

125 Право народов на самоопределение²⁵¹ в настоящее время признано частью действующего обычного права²⁵². Оно упоминается в ст. 1 (абз. 1) и ст. 55 Устава ООН и служит согласно Резолюции 1514 (XV) Генеральной Ассамблеи от 14 декабря 1960 г. *основой для процесса деколонизации*. В ст. 1 Пактов о правах человека 1966 г. право народов на самоопределение указано перед правами человека. Содержание права на самоопределение изложено в *Декларации* Генеральной Ассамблеи ООН о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами, от 14 октября 1970 г. (Резолюция 2625 [XXV])²⁵³.

126 Помимо процесса деколонизации, различие проводится между внутренним и внешним (наступательным) правом на самоопределение. В силу *внутреннего права на самоопределение* население государства может свободно и без вмешательства извне решать вопрос о своем политическом статусе и свободно определять свое экономическое, социальное и культурное развитие. Внутреннее право на самоопределение является проявлением демократии, поскольку оно включает в себя право народа на сохранение и поддержание своей самобытности. Эти права аналогичны правам меньшинств (см. абз. 324 и след.). Меньшинство является народом, если оно проживает на единой территории, которая является традиционной территорией его проживания, и представляет на своей территории абсолютное или, по крайней мере, значительное большинство, численность которого достаточна для образования государства²⁵⁴.

²⁵⁰ ICJ Rep 2007, para 64; *Knight/O'Brien*, Ahmadou Sadio Diallo Republic of Guinea v Democratic Republic of The Congo, Melb JIL 9 (2008) 151ff.

²⁵¹ О праве на самоопределение см.: Tomuschat (Hrsg), *Modern Law of Self-Determination*, 1993.

²⁵² IGH, ICJ Rep 1975, 12, 31ff (Западная Сахара); ICJ Rep 1971, 16, 31 (*Намибия*); ICJ Rep 1986, 14, 100f (*Никарагуа [существо дела]*); ICJ Rep 1995, 89, 102 (*Восточный Тимор*); *Shaw*, *Self-Determination, Human Rights, and the Attribution of Territory*, FS Simma, 2011, 590ff; *Clark*, *Taking Self-Determination Seriously*, Chinese JIL 5 (2005) 737ff; *Mett*, *Das Konzept des Selbstbestimmungsrechts der Völker*, 2004; *Franz*, *Osttimor und das Recht auf Selbstbestimmung*, 2005; *Lagerspetz*, *National Self-Determination and Ethnic Minorities*, Michigan JIL 25 (2005) 1299ff; *Summers*, *The Status of Self-Determination in International Law*, FYIL 14 (2003) 271ff.

²⁵³ *von Arnould*, *Souveränität und responsibility to protect*, *Friedens-Warte* 84 (2009) 11ff.

²⁵⁴ *Murswiek*, *Die Problematik eines Rechts auf Sezession — neu betrachtet*, AVR 31 (1993) 307 (328). На встрече экспертов ЮНЕСКО в 1989 г. для понятия «народ» была предложена следующая формулировка: «[...] группа людей, обладающая некоторыми или всеми следующими характерными чертами: (а) общими историческими традициями,

В процессе деколонизации право народов на самоопределение считалось равнозначным праву на собственный политический статус, т. е. праву на отделение от колониального государства. *Внешнее* право колонизированных народов на самоопределение в значительной степени ограничивалось обязанностью по соблюдению существующих границ (принцип *uti possidetis*)²⁵⁵. Когда право на самоопределение распространилось на все народы, возник вопрос, обладают ли все народы правом на отделение²⁵⁶. Можно было бы сделать вывод о существовании такого права на отделение на основании *Декларации о принципах международного права*. Тем не менее, *право на отделение не признается* и допускается только в исключительных случаях, когда, например, существованию народа в пределах государства угрожает опасность²⁵⁷.

Из актуальной практики государств Центральной и Восточной Европы нельзя сделать вывод об универсальном праве на отделение. Это объясняется тем, что даже ставшие независимыми государства вынуждены бороться с проблемами дезинтеграции из-за стремления меньшинств к отделению²⁵⁸. Это впечатление подчеркивается отношением к декларации независимости Косово от 17.2.2008 г.²⁵⁹ За истекший период Косово было признано более

(b) расовой или этнической идентичностью, (c) культурной однородностью, (d) языковым единством, (e) религиозным или идеологическим сходством, (f) территориальным объединением, (g) общей экономической жизнью» (SHS-89/CONF.602.7, para 23); см. также *Alvstad*, The Quebec Secession Issue, Temple ICLJ 18 (2004) 89ff; *Malloy*, National Minority Rights in Europe, 2005; *Clark* (сн. 197) 737ff; *Klabbers*, The Right to be Taken Seriously — Self-Determination in International Law, HRQ 28 (2006) 186ff; *Park*, Integration of Peoples and Minorities, IJMGR 13 (2006) 69ff; *Moore*, Sub-state Nationalism and International Law, Michigan JIL 25 (2004) 1319ff.

²⁵⁵ GA Res 390 V, UN Doc 1 A/1775 (1950); ICJ Rep 1986, 554, 566; *Luker*, On the Borders of Justice, in Progress in International Law, 2008, 151ff; *Abi-Saab*, Le principe de l'uti possidetis, in Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law, 2007, 657ff; *Abraham*, Lines upon Maps, Afr J Int'l & Comp L 15 (2007) 61ff; *Ditchev*, Grenzfälle, Osteuropa 59 (2009) 291ff.

²⁵⁶ См.: v. *Münch*, Das Recht auf Sezession, in: Furkes/Schlarp (Hrsg), Jugoslawien: Ein Staat zerfällt, 1991, 133; *Murswiek* (сноска 256) 307ff.; *Fleiner*, The Unilateral Secession of Kosovo as a Precedent in International Law, FS Simma, 2011, 877ff.

²⁵⁷ *Groarke*, Dividing the State — Legitimacy, Secession and the Doctrine of Oppression, 2004; *Thürer/Burri*, Secession, MPEPIL IX, 53 (55, 57); *Schaller* (сноска 120) 131 (139); *Mancini*, Rethinking the Boundaries of Democratic Secession, IJCL 6 (2008) 553ff; *Conti*, The Referendum for Self-Determination, African J Int & Comp L 16 (2008) 178ff. Aus der Praxis des UN-Sicherheitsrates: SR-Res 169 v 24.11.1961 (отклонение отделения Катанги); SR-Res 215 v 12.11.1965 (отклонение отделения Южной Родезии); SR-Res 541 v 18.11.1983 (отклонение отделения Северного Кипра); SR-Res 402 v 22.12.1976 (отклонение отделения Транскея).

²⁵⁸ *Murswiek* (сноска 256) 323; *Fleiner* (сноска 258) 877ff.

²⁵⁹ Подробнее см.: *Vidmar* (сноска 120) 779ff; *Schaller* (сноска 120) 131ff; *Wirth*, Kosovo am Vorabend der Statusentscheidung, ZaöRV 67 (2007) 1065ff; *Warbrick* (сноска 120) 675ff; *de Wet*, The Governance of Kosovo, AJIL 103 (2009) 83ff; *Jia* (сноска 120) 27ff; *Orakhelashvili*, Statehood, Recognition and the United Nations System, MPYUNL 12 (2008) 1ff; *ibid*, The Kosovo UDI between Agreed Law and Subjective Perception,

129

чем 90 государствами, однако при этом государства намеренно избегали ссылки на возможное право на отделение как основание для независимости²⁶⁰. Однако распад государств в силу разделения или отделения (сецессии, см. абз. 168 и след.) признается в любом случае, если это происходит мирным путем, как при распаде ЧСФР 1 октября 1993 г. Более сложной представляется ситуация, в которой достижение независимости на основании права на самоопределение совершается насильственным путем, как в Нагорном Карабахе, в Абхазии или Чечне²⁶¹. Во избежание таких конфликтов должен быть установлен баланс между территориальной целостностью существующих государств и правом народов на самоопределение. Своевременно предоставленная автономия поможет избежать стремления к выходу из состава государства²⁶². В условиях применения единых стандартов прав человека и совершенствования защиты меньшинств такая возможность существует, в особенности на европейском пространстве. Лишь в случае масштабной дискриминации и грубых нарушений прав человека внутреннее право на самоопределение может трансформироваться во *внешнее право на самоопределение*²⁶³. 17 июня 1992 г. Генеральный Секретарь ООН представил Совету Безопасности *Повестку дня о мире*, которая для предотвращения конфликтов предлагает средства превентивной дипломатии²⁶⁴. Несмотря на сформулированное на основе колониального опыта определение агрессии, характеризующее борьбу народа за право на самоопределение как

Chinese JIL (2009) 285ff; *Hilpold*, The Kosovo Case and International Law, Chinese JIL (2009) 27ff; *Müllerson*, Precedents in the Mountains, Chinese JIL (2009) 2ff; *Dalahuntz/Perez*, The Kosovo Crisis, *Vanderbilt J Transnat'l L* 42 (2009) 15ff.

²⁶⁰ *Warbrick* (сноска 120) 679; *Jia* (Fn 120) 35f; *Schaller* (сноска 120) 139; *Watson*, When in the Course of Human Events, *TJICL* 17 (2008/2009) 267ff.

²⁶¹ К вопросу о грузино-абхазском конфликте и о конфликте в Чечне см.: *Osteuropa-Archiv* 1993, A 316ff mit Einleitung von Gerber zu Berg-Karabach; *Asenbauer*, Zum Selbstbestimmungsrecht des armenischen Volkes von Berg-Karabach, 1992; *Hasani*, Self-Determination under the Terms of the 2002 Union Agreement between Serbia and Montenegro, *Chicago-Kent LR* 80 (2005) 305ff; *Sauer/Wagner*, Der Tschetschenien-Konflikt und das Völkerrecht, *AVR* 45 (2007) 53ff.

²⁶² См.: *Murswiek* (сноска 256) 330 и 332; *ders.*, The Issue of a Right of Secession — Reconsidered, в: *Tomuschat* (сноска 253) 21 (38f); *Epps*, Resolution of Claims to Self-Determination, *ILSA JICL* 10 (2004) 377ff.

²⁶³ См.: *Oeter*, Selbstbestimmungsrecht im Wandel, *ZaöRV* 52 (1992) 741 (772f); *Doehring*, Self-Determination, in *Simma* (Hrsg.), *The Charter of the United Nations*, Bd 1, 2. Aufl 2002, Rn 37ff; *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 46) § 83; *Murswiek* (сноска 256) 307 (328); *Herdegen* (сноска 52) § 36 Rn 6; *Heintze*, Selbstbestimmungsrecht und Minderheiten im Völkerrecht, 1994, 87ff; *Brandt Ahrens*, Chechnya and the Right of Self-Determination, *Colum J Transnat'l L* 42 (2004) 575 (584ff); Верховный суд Канады, отделение Квебека [1998] 2 SCR 217, 126 (Can) («право внешнего самоопределения... возникает только в исключительных случаях и даже тогда только при определенных обстоятельствах») («a right to external self-determination [...] arises in only the most extreme cases and even then, under carefully defined circumstances»).

²⁶⁴ Документ ООН A/47/277-S/24111 (1992).

исключение из запрета использования силы, вмешательство третьих государств в национально-освободительные войны, которые ведутся под лозунгом борьбы народа за самоопределение, в практике государств рассматривается как нарушение запрета на использование силы²⁶⁵.

Как показывает пример Косово, обоснование *внешнего права на самоопределение* масштабной дискриминацией или грубыми нарушениями прав человека связано с дополнительными проблемами. Так, существуют сомнения, насколько декларация независимости Косово от 17.2.2008 г. может быть обоснована нарушениями прав человека сербской стороной, совершенными в 1999 г. и ранее²⁶⁶. Другие авторы исходят из того, что, несмотря на истекшее время, следует учитывать применение силы в прошлом и утрату прав на территорию вследствие злоупотребления суверенитетом, в результате чего для народа может оказаться невозможным остаться в составе государства²⁶⁷. Однако акты Совета Безопасности ООН, такие как резолюция 1944 и учреждение Миссии по делам временной администрации ЮНМИК в случае Косово, имеют приоритет по отношению к односторонним актам осуществления внешнего самоопределения²⁶⁸.

130

3. Территория государства

а) Территориальный суверенитет и территориальное верховенство

Вопреки традиционному мнению, государственная территория²⁶⁹ более не рассматривается в качестве собственности государства. Государственная территория является пространством, в котором государство исполняет исключительно территориальные полномочия (теория компетенции)²⁷⁰. В деле *об острове Пальмас* третейский судья *Макс Хубер (Max Huber)* определил территориальный суверенитет как «исключительную компетенцию государства относительно его собственной территории, которая является основой для разрешения большинства вопросов международных отношений»²⁷¹.

131

Подобно дифференциации собственности и владения в гражданском праве, проводится различие между территориальным суверенитетом и территориальным верховенством²⁷². Под территориальным верховенством

132

²⁶⁵ См.: *Stein/von Buttlar* (сноска 44) Rn 688.

²⁶⁶ *Schaller* (сноска 120) 139; *Vidmar* (сноска 120) 817f; *Weber*, Das Sezessionsrecht der Kosovo-Albaner und seine Durchsetzbarkeit, AVR 43 (2005) 494ff.

²⁶⁷ *Wirth* (сноска 261) 1072ff; *Vidmar* (сноска 120) 815ff; ограничение права на внешнее самоопределение годами 1998/1999 см.: *Schaller* (сноска 120) 139.

²⁶⁸ *von Carlowitz*, UNMIK Lawmaking Between Effective Peace Support and International Self-Determination, AVR 41 (2003) 336 (365f); *Wirth* (сноска 261) 1074.

²⁶⁹ См: Раздел 5. *Прельссм*, абз. 15 и след.

²⁷⁰ О различных теориях см.: *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 63) 317.

²⁷¹ RIAA II, 829, 838; 4 ILR 103, 104.

²⁷² См.: *Brownlie* (сноска 3) 105f; *Verdross/Simma* (сноска 2) 655.

государства подразумевается фактическое господство, в то время как территориальный суверенитет, помимо территориального верховенства, включает также право государства на территорию, на которой оно осуществляет власть.

133 Территориальный суверенитет и территориальное верховенство могут существовать раздельно в случае, если государство предоставляет другому государству права на свою территорию или ее часть, не утрачивая своего права распоряжаться территорией. При этом различаются сервитут и уступка административных прав. На основании *сервитута* государство приобретает отдельные права на территорию иностранного государства. Сервитут является вещным правом, связан с соответствующей территорией и действует в отношении третьих государств²⁷³. К сервитутам относятся приграничные таможенные службы и приграничные вокзалы. На основании *уступки административных прав* государство может осуществлять управление на соответствующей территории, причем государство, передающее права, не утрачивает своего территориального суверенитета.

134 Примером уступки административных прав является *договор Хей-Варильи*, заключенный между США и Панамой 18 ноября 1903 г. по управлению Панамским каналом. Несмотря на уступку административных прав, территориальный суверенитет Панамы сохранился, что было подтверждено новым договором 1974 г.²⁷⁴ 7 сентября 1977 г. соглашение 1903 г. было изменено таким образом, что вплоть до 31 декабря 1999 г. США принадлежали только отдельные права.

135 Если несколько государств совместно осуществляют территориальный суверенитет, речь идет о *кондоминиуме*. Такой кондоминиум существовал между Австрией и Пруссией с 1864 по 1866 г. в отношении Шлезвиг-Гольштейна. Совместная суверенная территория была создана на основании договора от 19 декабря 1984 г. между ФРГ и Герцогством Люксембург о совместной границе по рекам Мозель, Зауэр и Ур²⁷⁵. Распространение территориального верховенства нескольких государств на одну территорию именуется *коимпериум*.

б) Приобретение и утрата государственной территории

136 При приобретении и утрате государственной территории существующих государств международное право также ориентируется на гражданско-правовые категории. Различие проводится между оккупацией, завоеванием, уступкой, приобретением по давности или приращением и присуждением по решению суда. Эти виды приобретения подразделяются на виды *первичного*

²⁷³ *Marchisio*, Servitudes, MPEPIL IX, 158ff.

²⁷⁴ AJIL 68 (1974) 516ff.

²⁷⁵ BGBl 1988 II, 414ff.

и производного приобретения. В конкретном случае может быть сложно однозначно отнести приобретение к одной из категорий, поскольку, например, приобретение территории на основании мирного договора может также содержать элементы завоевания или уступки. Попытки введения новых категорий пока не увенчались успехом²⁷⁶.

Если неясно, кто является сувереном на определенной территории, на практике следует установить, какое государство *эффективно* осуществляет власть на этой территории после приобретения (принцип эффективности). Нормы, подлежащие применению, определяются в каждом отдельном случае. Например, учитывается, насколько территория является легко доступной и заселенной или труднодоступной. **137**

Принцип эффективности был предметом правового спора по делу об *острове Пальмас*, в котором США и Нидерланды придерживались разных точек зрения о принадлежности острова в Филиппинском архипелаге. США обосновывали свое право тем, что острова были обнаружены Испанией, а в 1898 г. Испания уступила Филиппины США. Эта уступка распространяется также на остров Пальмас вследствие его близости к Филиппинскому архипелагу. Нидерланды указывали, что именно они, а не США, осуществляли фактическую власть на протяжении длительного периода. Третейский судья *Макс Хубер* установил, «что продолжительное и мирное осуществление территориального суверенитета (мирного по отношению к другим государствам) имеет такую же юридическую силу как первичное или приобретенное право»²⁷⁷. **138**

Приобретение государственной территории посредством *оккупации* предполагает захват территории и намерение оккупирующего государства осуществлять эффективную власть («цель и намерение выступать в качестве правителя и фактическое осуществление власти или демонстрация такой власти») ²⁷⁸. Приобретение территории осуществляется, если соответствующая территория была оставлена предшествующим владельцем или если ни одно государство не реализовало в отношении этой территории своего территориального суверенитета (*terra nullius*). Приобретение территории посредством оккупации невозможно, если территория, например космическое пространство или открытое море, как *res communis* не подлежат приобретению. **139**

Наряду с оккупацией приобретение территории ранее было возможно также посредством *аннексии* государства. Под аннексией подразумевается односторонний акт государства, посредством которого оно присваивает **140**

²⁷⁶ Обзор концепций Дюпюи, Ройтера и Руссо см.: *Torres Bernandez, Territory, Aquisition, EPIL 10 (1987) 496 (497)*.

²⁷⁷ RIAA II, 829, 839.

²⁷⁸ PCIJ, Series A/B, No 53, 45f (*Восточная Гренландия*).

территорию другого государства против воли этого государства. В настоящее время аннексия противоречит запрету применения силы, предусмотренному ст. 2 № 4 Устава ООН²⁷⁹. На этом основании было подвергнуто осуждению, например, вторжение Ирака в Кувейт²⁸⁰. Вначале Совет Безопасности ООН призвал Ирак вывести свои войска из Кувейта и в августе 1990 г. признал аннексию недействительной²⁸¹. Одновременно он призвал государства не признавать аннексию и воздержаться от действий, которые могли бы быть истолкованы как ее признание.

141 Кроме того, приобретательная давность (прескрипция) или *приращение территории* (например, путем намыва грунта или берега) могут служить основанием для приобретения территории. В первом случае предполагается волеизъявление по приобретению территории и фактическое осуществление территориального верховенства на протяжении длительного времени²⁸². Кроме того, условием является добросовестность приобретающего государства и отсутствие возражений прежнего владельца. Великобритания основывала свои территориальные притязания в Фолклендском конфликте давностью владения, хотя Аргентина формально не отказывалась от своих территориальных притязаний²⁸³.

142 Государственная территория может быть приобретена также в результате *уступки*. Она может основываться на договоре купли-продажи, на обмене территориями или дарении. Часто уступка служит урегулированию границ. Спорным является вопрос, с какого момента территория переходит к правопреемнику. Возможными моментами являются момент ратификации договора, лежащего в основе уступки, или фактическое вступление правопреемника во владение²⁸⁴.

143 Приобретение территории возможно также *по решению* международного органа, а именно международного суда, третейского суда или конференции государств²⁸⁵.

²⁷⁹ См.: Раздел 1. *Граф Витцтум*, абз. 52и след., 75.

²⁸⁰ К вопросу об иракско-кувейтском конфликте см.: *Fink*, Der Konflikt zwischen dem Irak und Kuwait und die internationale Friedensordnung, AVR 29 (1991) 452ff; *Heintze*, Die vorherige Nichtbefolgung des Völkerrechts als förderndes Moment für die irakische Aggression gegen Kuwait am 2.8.1990, AVR 29 (1991) 436ff; *Klein*, Völkerrechtliche Aspekte des Golfkonfliktes 1990/91, AVR 29 (1991) 421ff.

²⁸¹ S/RES/662 (1990) v 9.8.1990. Резолюции Совета Безопасности по кувейтскому вопросу, принятые со 2 августа 1990 г. до 2 марта 1991 г. (AVR 28 (1990) 503ff).

²⁸² *Lesaffer*, Argument from Roman Law in Current International Law — Occupation and Acquisitive Prescription, EJIL 16 (2005) 25ff.

²⁸³ Документы о Фолклендском конфликте (EA 37 (1982) D 473); о конфликте см. также: *Dolzer*, Der völkerrechtliche Status der Falkland-Inseln (Malvinas) im Wandel der Zeit, 1986.

²⁸⁴ См.: PCIJ, Series A, No 7, 29, 37 (*Хожув (Chorzow)*).

²⁸⁵ См.: *Summer*, Territorial Disputes at the International Court of Justice, Duke LJ 53 (2004) 1779ff.

Утрата государственной территории возможна в результате *ее оставления* (*дереликция*). Территория как *terra nullius* может быть занята другим государством или приобретена в результате оккупации. Однако вещные обременения, такие как сервитут, сохраняются и переходят к территориальному правопреемнику. Территория может также перейти к правопреемнику на основании отказа. Так, на заседании АСЕАН в 1977 г. президент Филиппин *Маркос* отказался от Республики Сабах (в настоящее время часть Малайзии). 144

Варшавский договор от 7 декабря 1970 г. между ФРГ и Польшей не содержит отказа от территории. Хотя в ст. 1 граница между договаривающимися государствами была закреплена по линии Одер–Нейсе, об отказе от территории могла заявить только объединенная Германия²⁸⁶. Окончательное урегулирование вопроса о границах было достигнуто после воссоединения ФРГ и ГДР на основании Договора «два плюс четыре» от 12 сентября 1990 г., Закона от 11 октября 1990 г. о ратификации Договора «два плюс четыре» и Советско-германского и Германо-польского соглашений²⁸⁷. 145

в) Размер государственной территории

Государственная территория²⁸⁸ включает часть земной поверхности, а также внутренние водоемы, такие как реки и озера. Кроме того, в состав государственной территории входят недра вплоть до ядра Земли и воздушное пространство над земной поверхностью. Территории различных государств разделяются границами. За исключением внешних границ территориальных вод, ни одно государство не вправе устанавливать границы в одностороннем порядке без признания соседним государством. 146

В большинстве случаев сухопутные *государственные границы* устанавливаются на основании договоров о границах, но они также могут быть установлены на основании отсутствия возражений в течение длительного периода. Если не существует ни письменного *соглашения*, ни договоренности по умолчанию, в соответствии с принципом эффективности следует установить, могло ли государство провести границы в результате фактического осуществления власти на этой территории в течение длительного периода, против которого не предъявлялись возражения, на основании бесспорного владения. Карты как доказательство установления границ имеют значение только в том случае, если они признаются обоими государствами. Если существуют сомнения, следует, исходя из международного обычного права, проводить границы по естественным геологическим рубежам, например, 147

²⁸⁶ См.: Договор между ФРГ и Республикой Польша о закреплении существующей между ними границы (BGBl 1991 II, 1329ff).

²⁸⁷ См.: Stern/Schmidt-Bleibtreu (Hrsg), Zwei-plus-Vier-Vertrag, 1991.

²⁸⁸ См.: Раздел 5. *Прельсс*, абз. 15 и след.

по горным цепям или водоразделам. На несудоходных реках граница проходит по средней линии. На судоходных реках граница обычно проводится по тальвегу, т. е. по воображаемой линии, проходящей вдоль главного фарватера. На приграничных озерах делимитация, как правило, проводится по средней линии, или по тальвегу²⁸⁹.

148 Особым случаем является разграничение территорий на Боденском озере²⁹⁰. Озеро Уберлингер (*Überlinger See*) является государственной территорией ФРГ. Залив Констанцер Трихтер (*Konstanzer Trichter*) по договору между ФРГ и Швейцарией разделен по средней линии. В 1854 г. договором была также установлена граница по Нижнему озеру (*Untersee*). Проблема сохраняется в отношении делимитации *Верхнего озера* (*Obersee*). Швейцария придерживается раздела по средней линии и отвергает предложенную Австрией теорию кондоминиума²⁹¹, в соответствии с которой к государственной территории сопредельного государства относится лишь склон до линии 25-метровой глубины, совладельцами остальной территории выступают ФРГ и Австрия. ФРГ пока не обозначила свою позицию²⁹². Соглашения, например Соглашение о судоходстве по Боденскому озеру от 1 июня 1973 г.²⁹³, были достигнуты лишь в отношении отдельных прав пользования. Сходный территориальный спор возник в связи с проведением границ по *Каспийскому морю*, который является более острым, поскольку в Каспийском море находятся многочисленные газовые и нефтяные месторождения²⁹⁴.

149 Наряду с *внутренними водоемами*, такими как внутренние озера, реки и каналы, к государственной территории прибрежных стран принадлежат также *внутренние воды*. Внутренними водами считается все морское пространство, расположенное между береговой линией и исходной линией

²⁸⁹ Границы по Женевскому озеру были проведены по естественным рубежам. См.: Convention du 25 février 1953 sur la détermination de la frontière dans le lac Léman (RGDIP 64 [1960] 442ff) и *Pondaven*, Le statut international du Lac Léman, RGDIP 78 (1974) 60ff.

²⁹⁰ К вопросу о Боденском озере, см.: *Schweiger*, Staatsgrenzen im Bodensee und IGH-Statut, BayVBl 1995, 65ff; *Strätz*, Der Bodensee als Rechtsobjekt, DRiZ 1981, 54ff; ders, Bodensee und Juristen, JuS 1991, 900ff; *Veiter*, Die Rechtsverhältnisse auf dem Bodensee — Eine völkerrechtliche Untersuchung, AVR 28 (1990) 458ff.

²⁹¹ Федеральный суд Швейцарии, решение от 17.06.1975 г. (BGE 101 I a, 269).

²⁹² См.: BayVGH, AVR 12 (1964/65) 218ff.

²⁹³ BGBl 1975 II, 405ff.

²⁹⁴ См., например, *Kembayev*, Die Rechtslage des Kaspischen Meeres, ZaöRV 68 (2008) 1027ff; *Hobér*, Ownership of Oil and Gas Resources in the Caspian Sea, JEL 1 (2008) 67ff; *Kvitsinskaia*, Tehran Convention, EPL 37 (2007) 494ff; *Klein*, The Law of the Lakes, Mich SLR 5 (2006) 1259ff; *Gramola*, State Succession and the Delimitation of the Caspian Sea, ItYIL 14 (2004) 237ff; *Dash*, Caspian Debate and Route Options for Energy Transportation, Ind Q 59 (2003) 73ff; *De Lucca*, Vers la définition du statute juridique de la Mer Caspienne, in Protection of the Environment for the New Millennium, 2002, 437ff; *Cherniavskii*, Azerbaijan: The Caspian Sea Negotiations, Int Affairs 47 (2001) 129ff.

расчета ширины территориального моря, например, бухты, заливы, а также устья и дельты рек²⁹⁵.

Наконец, суверенитет распространяется на прилегающее к берегу территориальное море²⁹⁶. Обычное право предусматривало право мирного прохода судов третьих государств через территориальное море (*innocent passage*)²⁹⁷. Согласно обычному праву корабли, следующие из одного государства в другое через территориальное море третьего государства, не заходя в его порт, вправе проходить через территориальное море без специального разрешения. Право мирного прохода не распространяется на воздушное пространство над территориальным морем. Традиционно территориальное море включает в себя зону шириной в три морские мили (мм). Согласно ст. 3 КМП возможно расширение зоны до 12 мм.

Прибрежные государства могут заявить право на *прилежащую зону* до 24 мм, определяемую от исходной линии. В этой прилегающей к прибрежному морю зоне, которая не входит в государственную территорию, согласно ст. 33 КМП прибрежное государство может осуществлять контроль с целью предотвращения и преследования нарушений его таможенного и финансового законодательства, законов о порядке въезда и положений о здравоохранении, а также иных правил, действующих на его суверенной территории или его прибрежном море. Проводимый контроль предполагает применение соответствующих санкций при нарушении законов. Прибрежные государства обладают правом на проведение исследований, использование, сохранение и обработку живых и неживых природных ресурсов морского дна и его недр, а также суверенными правами в пределах исключительной экономической зоны (*exclusive economic zone*), которая распространяется на максимальную ширину в 200 мм от исходной линии²⁹⁸.

Интерес для прибрежных государств может представлять *континентальный шельф* с связи с исключительным правом на разработку месторождений нефти, газа и угля, залегающих в недрах морского дна, которое примыкает к берегу. Нормы о континентальном шельфе содержатся в части VI КМП. Статья 76 (абз. 1) КМП определяет понятие континентального шельфа. Континентальный шельф не входит в государственную территорию, однако прибрежное государство вправе осуществлять суверенные права в целях разведки и разработки природных ресурсов. В прошлом делимитация

²⁹⁵ Degan, Consolidation of Legal Principles on Maritime Delimitation, Chinese JIL 6 (2007) 601ff; Paik, The Roles of Proportionality in Maritime Delimitation, FS Wolfrum, 2011, Bd 1, 199ff; Pawlak, Some Reflections on Factors Exerting Influence on Maritime Boundary Delimitations, ebd, 223ff.

²⁹⁶ Определение приводится в ст. 2 (абз. 1) КМП. Подробнее см.: Раздел 5. *Прельсс*, абз. 45 и след.

²⁹⁷ См. также: ст. 17 КМП.

²⁹⁸ См.: ст. 56 КМП.

континентального шельфа между государствами с противоположным или смежным побережьем приводила к спорам. Согласно ст. 83 КМП делимитация должна осуществляться на основании соглашения в соответствии с международным правом, как установлено в ст. 38 Статута МС ООН, чтобы достичь справедливого решения.

- 153 Проблематичной остается делимитация континентального шельфа в Северном море, поскольку море почти полностью покрывает европейский континентальный шельф²⁹⁹. Спор возник о применимости в этом случае принципа равноудаленности от ближайших точек исходных линий, указанного в ст. 6 Конвенции о континентальном шельфе 1958 г., в качестве части международного обычного права. Для ФРГ это означало бы ущемление ее интересов, поскольку ее берег, в отличие от других прибрежных государств, изогнут внутрь. 20 февраля 1969 г.³⁰⁰ МС ООН вынес решение о том, что принцип равноудаленности от ближайших точек исходных линий не является императивной нормой. Он дал сторонам указание, что разграничение должно проводиться в соответствии с принципами справедливости и учетом всех существенных обстоятельств таким образом, чтобы каждая из сторон, по возможности, получила часть континентального шельфа, которая является *естественным продолжением их государственной территории на море или по дну моря*, если это возможно без ущерба для естественного продолжения государственной территории другой стороны. В конечном итоге, 28 января 1991 г. ФРГ заключила соглашение с Данией, Великобританией и Нидерландами о разделе континентального шельфа³⁰¹.

4. Государственная власть

а) Объем государственной власти и нейтралитет

- 154 Государственная власть включает в себя *территориальное и личное верховенство*. На суверенной территории государства другие государства не правомочны осуществлять акты государственной власти без его согласия. Даже если государство на основании своего личного верховенства принимает законодательные правила в отношении дел за пределами его национальной территории, оно не может настаивать на соблюдении указанных правил. Если дело содержит иностранный элемент, государство может принять в отношении него внутренние законодательные акты лишь тогда, когда существует достаточно тесная связь дела с данной страной. Коллизии двух правопорядков, возникающая при одновременном применении принципа личного и территориального верховенства, регулируются международным

²⁹⁹ См.: *Wilke*, *Abgrenzung des Festlandssockels in der Nordsee*, 1980.

³⁰⁰ ICJ Rep 1969, 39 (*континентальный шельф Северного моря*).

³⁰¹ BGBl 1972 II, 881ff.

уголовным правом, международным частным правом и международным административным правом, в том числе международным налоговым правом.

Основой *международного уголовного права* является территориальное верховенство, активное и пассивное личное верховенство, защита важных государственных интересов, а также принцип универсальности. Активное личное верховенство предоставляет государствам право применять законодательные нормы в отношении своих граждан, находящихся за границей. На основании пассивного личного верховенства государство может распространить свою подсудность на действия иностранцев (*юрисдикция*), если гражданину государства, находящегося за границей, причинен вред (§ 7 (предл. 1 d) Уголовного уложения ФРГ). Территориальный принцип как результат территориального верховенства позволяет наказывать за деяния, совершенные на территории страны, и за деяния, последствия которых наступают в этой стране³⁰². По принципу защиты государство вправе подвергать наказанию за преступные деяния, совершенные иностранными лицами за границей, если они затрагивают внутригосударственные правовые блага. Расширение сферы действия принципа защиты закреплено в антимонопольном праве. В антимонопольном праве юрисдикция распространяется на случаи, в которых сговор между иностранными лицами за границей оказывает влияние на конкуренцию на внутреннем рынке³⁰³. Кроме того, государства устанавливают уголовную ответственность за деликты, которые подлежат уголовному преследованию в большинстве государств (*delicta iuris gentium*). В эту категорию входят, например, подделка иностранной валюты, сбыт наркотических средств и торговля людьми (см. § 6 Уголовного уложения ФРГ), а также преступления против человечности и грубые нарушения норм гуманитарного права (см. Дополнительный протокол к Женевской конвенции от 8 июня 1977 г.). Принцип универсального уголовного преследования позволяет возбуждать уголовное производство в отношении уголовных деяний, совершенных иностранным гражданином за границей, если преступник арестован на территории данного государства и оно не готово удовлетворить требование о выдаче, заявленное государством, в котором было совершено преступление³⁰⁴.

На основании института *нейтралитета* в международном обычном праве³⁰⁵ государства, не желающие быть замешанными в войне, могут объявить себя нейтральными³⁰⁶. Можно выделить три вида нейтралитета. «Обычным

³⁰² К вопросу о принципе универсальности см. также § 9 (абз. 1) Уголовного уложения ФРГ.

³⁰³ См., например, ст. 101 ДФЕС.

³⁰⁴ См.: § 7 (абз. 2 № 2) Уголовного уложения ФРГ.

³⁰⁵ См.: Раздел 8. *Ботэ*, абз. 104 и след.

³⁰⁶ К вопросу о нейтралитете см.: Neuhold (Hrsg), *The European Neutrals in the 1990s: New Challenges and Opportunities*, 1991; *Rotter, Die dauernde Neutralität*, 1981.

нейтралитетом» называют правовой статус государства, которое не участвует в конкретной войне между другими государствами. Если речь идет о «длительном» или «постоянном» нейтралитете, государство обязуется быть нейтральным также во всех будущих войнах. «Фактически длительный» нейтралитет является принципом международной политики, с которым не связаны международно-правовые обязательства.

157 Положения о нейтралитете предусмотрены V и XIII Гаагскими конвенциями 1907 г. о нейтралитете в сухопутной и морской войне, а для американских государств — Гаванской конвенцией о морском нейтралитете 1928 г.

158 Нейтральное государство обязано воздерживаться от любого вмешательства в военные действия и от военной поддержки сторон. Этот запрет не распространяется на действия частных лиц. Военные действия воюющих сторон не могут проводиться на государственной территории нейтральной страны.

159 К нейтральным государствам относятся, например, Ватикан, Мальта, Швейцария и Лаос. *Нейтралитет Австрии* основывается на федеральном конституционном законе от 26 октября 1955 г.³⁰⁷ Нейтралитет признан государствами, с которыми Австрия имеет дипломатические отношения³⁰⁸. Со временем понятие австрийского нейтралитета изменилось. Вначале Австрия вела себя пассивно, но в 1970-х гг. внешняя политика изменилась. Так, в 1973–1974 гг. Австрия была членом Совета Безопасности ООН, а с 1995 г. стала членом ЕС.

б) Субъекты международного права, подобные государствам

160 К субъектам международного права, подобным государствам, относятся разнообразные *объединения государств*³⁰⁹, например, протектораты³¹⁰ или бывшие подопечные или подмандатные территории³¹¹. Объединение государств основано на длительном правоотношении между двумя или более государствами, которое, как правило, предполагает наличие определенной степени организации и определенной институциональной структуры, такой как в федеративном государстве или союзе государств.

³⁰⁷ ÖBGBl 1955, 211ff.

³⁰⁸ 7 декабря 1955 г. ФРГ сделала соответствующее заявление.

³⁰⁹ К вопросу об объединениях государств см.: *Morrison, Confederations of States, MPEPIL II*, 601ff; *von der Heyde, Großmächte und Staatenverbindungen in dem sich wandelnden Völkerrecht unserer Zeit*, FS Verdross, 1980, 445ff.

³¹⁰ Один из таких протекторатов существует до сих пор в отношении Княжества Монако, которое в силу Договора от 17 июля 1918 г. не может заключать международные договоры без предварительного согласия Франции («*entente préalable*»), см.: RGDIP 27 [1920] 217ff. См. также: *Gallois, Le régime de Monaco*, 1964.

³¹¹ Все эти территории уже обрели независимость.

*Федеративное государство*³¹² является публично-правовым объединением государств, в котором Федерация в качестве субъекта международного права участвует в международных правоотношениях. Члены Федерации, которые в США называются штатами, в Швейцарии — кантонами, а в Германии — землями, не обладают *международно-правовым* статусом государства. Они только потенциально обладают частичной международной правосубъектностью. Объем правосубъектности зависит от того, насколько конституция федеративного государства позволяет им предпринимать независимые действия на международно-правовом уровне. 161

Единообразной, а тем более общепризнанной модели федеративного государства не существует. Как показывает пример США, функции Федерации и субъектов Федерации могут быть однозначно разграничены. Возможно также пересечение полномочий Федерации и субъектов, как в ФРГ. Согласно ст. 83 Основного закона ФРГ земли, как правило, исполняют законы Федерации как свои собственные, а суды земель применяют федеральное законодательство. 162

Основы федерализма закреплены в ст. 20 (абз. 1) Основного закона. Согласно ст. 32 (абз. 1) Основного закона поддержание отношений с иностранными государствами находится в ведении Федерации. В соответствии со ст. 32 (абз. 3) Основного закона земли могут с согласия федерального правительства заключать договоры с иностранными государствами на территории, на которой они обладают законодательными полномочиями. Примером такого договора служит Соглашение от 27 октября 1969 г. о защите Боденского озера от загрязнения, сторонами которого выступают земли Баден-Вюртемберг и Бавария. 163

Если федеральное правительство намерено заключить международно-правовой договор по предметам ведения, которые относятся к компетенции земель, оно должно получить согласие земель в соответствии с *соглашением, заключенным в Линдау* 14 ноября 1957 г.³¹³ 164

Союзом государств является объединение государств на основании *международного* договора. Его члены сохраняют свою международную правосубъектность; их отношения регулируются международным правом³¹⁴. В союзе государств, в отличие от федеративного государства, центрального 165

³¹² См.: *Rudolf*, Bundesstaat und Völkerrecht, AVR 27 (1989) 1ff.

³¹³ ЗабRV 20 (1959) 116ff. Подобная норма существует с момента изменения федерального конституционного закона 1988 г. также в отношении федеральных земель Австрии, которые могут заключать государственные договоры с сопредельными с Австрией государствами или их субъектами по вопросам, входящим в их компетенцию (ÖBGBl 1990, 445). См.: *Hammer*, Länderstaatsverträge, 1992; *Rack*, Österreichs Länder und das Völkerrecht, AVR 27 (1989) 31ff.

³¹⁴ К вопросу о союзе государств см.: *Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 9. Aufl 2008, 121f.

правительства не существует, тем не менее союз государств, который является субъектом международного права, имеет собственные органы для исполнения совместных задач, указанных в союзном договоре. Примером союза государств является Германский союз (1815–1866 гг.). *Содружество Наций (Commonwealth of Nations)* союзом государств не является³¹⁵.

166 *Межгосударственная международная организация*³¹⁶ основана на соглашении двух или более государств в форме международно-правового учредительного договора. Этим договором международная организация уполномочена на самостоятельное осуществление функций. Кроме прямо установленных функций, организации предоставляются полномочия, необходимые для исполнения договорных задач (*implied powers*). Международная организация должна иметь, по меньшей мере, один уполномоченный орган.

167 Международная правосубъектность государств-членов сохраняется; однако международная дееспособность может быть ограничена, если задачи и функции, которые обычно исполняются государствами-членами, переходят к международной организации. Из принципа равенства государств следует, что государства-члены международной организации имеют, как правило, одинаковое количество голосов. Особое место среди международных организаций занимает ООН в связи с ее широкими полномочиями³¹⁷.

168 К международным организациям не относятся *многосторонние дипломатические конференции*. Однако постепенно они могут трансформироваться в организацию, как свидетельствует пример ОБСЕ. Создание организации отражено в Будапештском документе от 5–6 декабря 1994 г.³¹⁸, придавшем СБСЕ новую динамику³¹⁹. Действующая с 1 января 1995 г. ОБСЕ³²⁰ является главным инструментом своевременного предупреждения и предотвращения конфликтов и урегулирования кризисов в регионе. Помимо изначально учрежденных органов СБСЕ, как секретариат в Праге³²¹ и Верховный комиссар по делам меньшинств, был создан третейский суд в Женеве, учредительное заседание которого состоялось 29 мая 1995 г.³²²

169 *Наднациональные организации*, такие как ЕС, имеют более высокую степень интеграции, чем другие международные организации. Они обладают более широкими полномочиями, например, полномочием по принятию

³¹⁵ См.: Green, British Commonwealth, EPIL II (1992) 495 (498).

³¹⁶ См.: Раздел 4. *Кляйн / Шмаль*, абз. 12 и след.

³¹⁷ См.: Hüfner, Die Vereinten Nationen und ihre Sonderorganisationen, 1986.

³¹⁸ Int Pol 1995, 73ff.

³¹⁹ О преобразовании СБСЕ в ОБСЕ см.: Schweisfurth, Die juristische Mutation der KSZE — Eine internationale Organisation in statu nascendi, FS Bernhardt, 1995, 213ff; Tretter, Von der KSZE zur OSZE, EuGRZ 1995, 296ff.

³²⁰ Согласно главе 1 № 2 Документа все предшествующие ссылки на СБСЕ считаются ссылками на ОБСЕ.

³²¹ Кроме того, существующие органы были переименованы.

³²² EuGRZ 1995, 345ff.

решений, обязательных для государств-членов даже вопреки воле отдельных государств-членов. Решения имеют прямое действие в государствах-членах, не требуют принятия внутригосударственных актов для их трансформации и могут эффективно исполняться, например, на основании решений национальных судов или судов наднациональных организаций. Существуют также независимые (квази)парламентские органы и судебные органы, обладающие обязательной юрисдикцией.

В развитие Единого Европейского Акта от 1 июля 1987 г.³²³ 7 февраля 1992 г. в Маастрихте был подписан Договор о *Европейском союзе*, модифицированный Амстердамским договором от 2 октября 1997 г.³²⁴ и Ниццким договором от 26 февраля 2001 г.³²⁵ Относительно правовой природы ЕС Федеральный конституционный суд ФРГ установил, что с помощью союзного договора был образован союз государств для создания сплоченного союза народов Европы, проживающих на территории европейских государств (ср. ст. 1 (абз. 2) Договора о ЕС в старой редакции), но не государство, основывающееся на населении европейских государств³²⁶. После того как был отклонен Договор, устанавливающий Конституцию для Европы (2004), 13 декабря 2007 г. был подписан Лиссабонский договор, который вступил в силу 1 декабря 2009 г.³²⁷ Несмотря на последующее развитие ЕС, Федеральный конституционный суд ФРГ по-прежнему рассматривает ЕС как объединение

170

³²³ BGBl 1986 II, 1102ff.

³²⁴ *Karpenstein*, Der Vertrag von Amsterdam im Lichte der Maastricht-Entscheidung des BVerfG, DVBl 1998, 942ff; Kluth (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Amsterdamer Vertrag, 2000; *Rossi*, Entwicklung der europäischen Verfassung, DVBl 1999, 529ff.

³²⁵ *Borchmann*, Der Vertrag von Nizza, EuZW 2001, 170ff; *Epiney/Freiermuth/Mosters*, Der Vertrag von Nizza, DVBl 2001, 941ff; *Fischer*, Der Vertrag von Nizza, 2001; *Hatje*, Reform der Europäischen Union — Der Vertrag von Nizza auf dem Prüfstand, EuR 2001, 143ff; *Oppermann*, Vom Nizza-Vertrag 2001 zum Europäischen Verfassungskonvent 2002/2003, DVBl 2003, 1ff; *Pache/Schorkopf*, Der Vertrag von Nizza, NJW 2001, 1377ff; *Wiedmann*, Der Vertrag von Nizza — Genesis einer Reform, EuR 2001, 185ff.

³²⁶ Договор о ЕС: BGBl 1992 II, 1251ff. О договоре и о решении Федерального конституционного суда ФРГ по Маастрихтскому договору см.: *Oppermann/Classen*, Die EG vor der Europäischen Union, NJW 1993, 5ff; *Ress*, Die Europäische Union und die neue juristische Qualität der Beziehungen zu den Europäischen Gemeinschaften, JuS 1992, 985ff; *Steinberger*, Die Europäische Union im Lichte der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, FS Bernhardt, 1995, 1313ff.

³²⁷ BGBl 2008 II, 1038; *Oppermann*, Die Europäische Union von Lissabon, DVBl 2008, 473ff; *Murswiek*, Die heimliche Entwicklung des Unionsvertrages zur europäischen Oberverfassung, NVwZ 2009, 481ff; *Weber*, Vom Verfassungsvertrag zum Vertrag von Lissabon, EuZW 2008, 7ff; *Steiner*, Deutschland und der Reformvertrag von Lissabon, DVP 2008, 485ff; *Streinz*, Die «Verfassung» der Europäischen Union nach dem Scheitern des Verfassungsvertrags und dem Vertrag von Lissabon, ZG 2008, 105ff; *Hatje/Kindt*, Der Vertrag von Lissabon, NJW 2008, 1761ff; *Pache/Rösch*, Der Vertrag von Lissabon, NVwZ 2008, 473ff; *Bergmann*, Bericht aus Europa, DÖV 2008, 305ff.

государств, полномочия которого «для осуществления общих целей» включены в закрытый перечень в договоре (ст. 1 (абз. 1) Договора о ЕС)³²⁸.

5. Возникновение и исчезновение государств

а) Возникновение и исчезновение государств

171 Исторически государства образовывались на незанятых территориях, которые согласно бытовавшим представлениям населяли нецивилизованные народы³²⁹. В настоящее время государства возникают в результате изменений системы существующих государств. Эти изменения могут произойти против воли государства или с его согласия, как, например, присоединение бывшей ГДР к ФРГ (см. абз. 213 и след.).

172 Возникновение и прекращение существования государств признается при выполнении высоких требований, *что должно* гарантировать максимально возможную стабильность на международно-правовом уровне. Территориальные изменения сами по себе не влияют на функционирование государства, что подтверждается принципом подвижных границ (см. абз. 188 и след.). Конституционные изменения, революции или смена правительства также не влияют на существование или идентичность государства. Необходимым условием прекращения существования государства является полная утрата его государственной территории или населения на длительный период³³⁰.

173 К особой категории относятся государства, насильственно поглощаемые другими государствами в результате аннексии. Если по прошествии нескольких лет такие государства вновь обретают независимость и суверенитет, эти *восстановленные государства*³³¹ рассматриваются с точки зрения юридической фикции как идентичные существовавшим ранее государствам. К восстановленным государствам относятся Австрия и прибалтийские государства. Убеждение, что независимость была достигнута не в результате отделения от бывшего СССР, а в силу восстановления ранее насильственно присоединенных государств, отражается в законодательстве этих стран о гражданстве.

174 Возникновение и исчезновение государств сопровождается процессами *интеграции и дезинтеграции*.

³²⁸ BVerfGE 123, 267ff [*Лиссабонский договор*], 1. Leitsatz, Rn 229 u Rn 294.

³²⁹ Например, образование государства буров, государств Конго и Либерия. К вопросу о возникновении государств см.: Crawford, *The Creation of States in International Law*, 1979.

³³⁰ Schiedermaier, *Der Untergang von Staaten und das Problem der Staatennachfolge*, ZöR 59 (2004) 135ff.

³³¹ См.: Dahm/Delbrück/Wolfrum (сноска 63) 138 und 144 mwN.

Интеграция может произойти посредством слияния или инкорпорации. **175**
Слияние имеет место в случае, если два или несколько государств, бывших независимыми, объединяются в федеративное или унитарное государство на принципах равноправия. Таким способом возник Северогерманский союз и Германская империя в 1870 г. В случае *инкорпорации* государство вступает в действующий союз государств. О принятии в союз государств американских Соединенных Штатов в 1845 и 1898 гг. ходатайствовали Техас и Гавайи.

Распад существующих государств происходит посредством отделения **176**
 (сецессии) или разделения (о новых государствах Центральной и Восточной Европы см. абз. 180 и след.). *Разделение* имеет место в случае, если государство распадается на два или несколько государств-правопреемников, а государство-предшественник полностью прекращает свое существование³³². Известное в истории разделение государства произошло при распаде Священной Римской империи германской нации в 1806 г., если считать Священную Римскую империю германской нации государством, и Великой Колумбии в 1832 г., на месте которой образовалось три государства: Новая Гренада, Венесуэла и Эквадор. В случае *сецессии* часть территории отделяется от существующего государства, чтобы присоединиться к другому государству или образовать независимое и суверенное государство³³³.

При сецессии государство-предшественник продолжает существовать **177**
 на уменьшенной территории с новым правовым статусом. И хотя отделение было закреплено в ст. 72 Конституции СССР от 7 октября 1977 г. и в преамбуле Конституции Югославии от 21 февраля 1974 г.³³⁴, всеобщего права на отделение, вытекающего из права народов на самоопределение, не существует (см. выше абз. 122 и след.). Известно множество примеров отделения, например, при возникновении государств Азии и Африки. Предпосылкой к созданию государства посредством нового образования является фактическая независимость. Это означает, что *власть* должна обладать *достаточной стабильностью и эффективностью*.

б) Международно-правовое признание

Значение признания новых государств в процессе исторического развития **178**
 претерпело ряд изменений. Если ранее предполагалось, что признание необходимо для того, чтобы новое образование могло рассматриваться в качестве государства (*правообразующая* теория), то в настоящее время преобладает мнение, что существование государства от этого не зависит (*декларативная*

³³² К вопросу о разделении см.: *Tancredi*, Dismemberment of States, MEPIL III, 2012, 159ff.

³³³ К вопросу о сецессии см.: *Thürer/Burri*, Secession, MPEPIL IX, 53ff.

³³⁴ Конституции опубликованы: *Brunner/Meissner*, Verfassungen der kommunistischen Staaten, 1980, 374ff, 398ff.

теория). Такой позиции придерживался также Федеральный конституционный суд ФРГ. Он установил, что ГДР является государством по смыслу международного права и в этом качестве также субъектом международного права, независимо от признания ФРГ³³⁵. Принятие государства в состав ООН, как правило, является проявлением авторитета и имеет конститутивное значение для признания государства, поскольку согласно ст. 4 Устава ООН в члены ООН принимаются только государства.

179 Под признанием понимается заявление или волеизъявление государства, подтверждающее, что оно признает существующим или правомерным определенный факт, определенное правовое положение или определенное право³³⁶. Признание является односторонним волеизъявлением, которое должно быть доведено до сведения государства-адресата и может быть выражено в специальном документе или посредством совершения конклюдентного действия, например, установления дипломатических отношений или заключения международно-правового договора.

180 По содержанию и юридической силе различают признание *de iure* и признание *de facto*. В то время как первое является полным и окончательным, второе носит предварительный характер, и в случае изменения политических отношений его можно отозвать³³⁷. В англо-американской доктрине существует также *признание правительств*. Оно означает формальное подтверждение, что определенный режим является эффективным правительством государства, и включает в себя обязанность по рассмотрению режима в качестве правительства государства. Из признания правительства автоматически следует признание того образования, которое представляет правительство, в качестве государства. В международном праве отсутствует обязанность признания режима в качестве правительства другого государства в случае, если власть была приобретена силой, применение которой противоречит международному праву. Кроме того, международное право различает признание правительств и установление дипломатических отношений³³⁸.

181 Практика признания изменилась с момента *возникновения новых юго-восточных государств* в Европе. Когда отдельные республики (части государств) начали заявлять о своей независимости и суверенитете³³⁹, Совет Министров ЕС 16 декабря 1991 г. установил условия, которые вновь возникшие

³³⁵ BVerfGE 36, 1, 22. К вопросу о признании см.: *Talmon* (сноска 55).

³³⁶ К вопросу об определении см.: *Bindschedler*, *Die Anerkennung im Völkerrecht*, BerDGVR 4 (1961) 1ff; см. также резолюцию Института международного права 1936 г. (AJIL 30 (1936), Suppl, 185).

³³⁷ К вопросу о признании см. также: *Hobe* (сноска 317) 76ff; *Talmon* (сноска 55) 21ff.

³³⁸ См.: American Law Institute (118) § 203; *Talmon*, *Luftverkehr mit nicht anerkannten Staaten — Der Fall Nordzypern*, AVR 43 (2005) 1ff.

³³⁹ Первыми заявили о своем выходе из СФРЮ Словения и Хорватия — 25 июня 1991 г., а 10 октября 1991 г. они заявили о своей независимости (EA 46 [1991] D 528).

государства должны были выполнить для их признания³⁴⁰. Принятые директивы о признании по содержанию выходят за рамки существовавшей на тот момент международной практики. Так, признание государства ставится в зависимость от соблюдения положений Устава ООН, Заключительного Хельсинкского акта и Парижской хартии, включая обязательства по соблюдению прав человека и принципов демократии и правового государства. Кроме того, к условиям признания относится также соблюдение неприкосновенности границ и обязанность регулировать все вопросы, возникающие в связи с правопреемством, используя примирительные процедуры. При разработке и установлении такого широкого перечня требований предполагалось, что речь идет не о критериях признания, а о политических предпосылках для установления дипломатических отношений³⁴¹.

Решение о соответствии новых государств названным критериям было принято третьей комиссией (т.н. комиссией *Бадинтера*), созданной в рамках Гаагской конференции по Югославии в результате Европейского политического сотрудничества. В то время как признание Словении получило неограниченную поддержку³⁴², Комиссия вначале выразила сомнения в отношении признания Хорватии, посчитав, что защита сербского меньшинства в Краине обеспечена недостаточно. Президент *Туджман* сумел, однако, своим заявлением рассеять высказанные сомнения. Несмотря на начавшиеся в 1992 г. военные действия и сомнения Комиссии³⁴³, Босния и Герцеговина была признана и 22 мая 1992 г. принята в ООН. Несмотря на одобрение Комиссии, Македония сначала не была признана, поскольку Греция опасалась территориальных притязаний на греческую часть Македонии. В ответ на это Македония дополнила свою конституцию положением об отказе от предъявления территориальных претензий к соседним государствам, а также о невмешательстве в их внутренние дела и суверенные права. В итоге 8 апреля 1993 г. Македония была принята в ООН в качестве

182

³⁴⁰ EA 47 (1992) D 120ff = ILM 31 (1992) 1486ff. О новой практике признания см. также: *Rich*, Recognition of States: The Collapse of Yugoslavia and the Soviet Union, EJIL 4 (1993) 36ff; *Türk*, Recognition of States — A Comment, EJIL 4 (1993) 66 (68f).

³⁴¹ *Hummer*, Probleme der Staatennachfolge am Beispiel Jugoslawien, SZIER 3 (1993) 425 (440). См. также: *Weller*, The International Response to the Dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, AJIL 86 (1992) 569 (588): «Такой закрытый перечень критериев, являющийся намного шире традиционных стандартов для признания государства, подтверждает, что сообщество не применяло общее международное право при определении своей позиции».

³⁴² ILM 31 (1992) 1512.

³⁴³ Комиссия *Бадинтера* констатировала, «(...) что воля народа Боснии и Герцеговины по созданию Социалистической Республики Босния и Герцеговина (СРБГ) в качестве суверенного и независимого государства не может считаться полностью установленной».

«бывшей югославской республики Македония»³⁴⁴. После заявления Косово о независимости 17 февраля 2008 г. возник открытый конфликт. В то время как более чем 90 государств, включая США, Великобританию, Францию и ФРГ, признали Косово, Китай, Индонезия и Вьетнам выступили с критическими заявлениями. Сербия и Россия осудили заявление о независимости и исходят из нарушения действующего международного права³⁴⁵.

в) Новые государства Центральной и Восточной Европы

183 В ходе развития событий в Центральной и Восточной Европе возник вопрос о правовой оценке распада федеративных государств. В то время как разделение *Чехословакии* 1 января 1993 г. привело к тому, что ЧСФР прекратила свое существование³⁴⁶, в связи с процессами в бывшей Югославии и СССР требовалось установить, насколько новые государства возникли на основании отделения или разделения.

184 В бывшей *Югославии*, на первый взгляд, на основании последовавших друг за другом заявлений о независимости имело место отделение частей республики (сецессия). Этому мнению придерживалась в особенности Федеративная Республика Югославия, которая после своего преобразования претендовала на право выступать от имени всей Югославии и заявила Генеральному Секретарю ООН о готовности принять на себя и обеспечить все права и выполнять все обязанности Югославии³⁴⁷. Комиссия *Бадинтера*, напротив, приняла решение в пользу прекращения существования Югославии путем *разделения*. Это решение, в основном, поддержало сообщество государств. 15 мая 1992 г. Совет Безопасности ООН впервые применил выражение «бывшая Социалистическая Федеративная Республика Югославия» и отказал в удовлетворении просьбы оставшейся части государства об автоматическом продолжении членства в организации³⁴⁸. Резолюцией 777 (1992) Совет Безопасности ООН установил, «что государство, ранее известное как Социалистическая Федеративная Республика Югославия,

³⁴⁴ Восемь лет спустя, с ноября 2000 г., ФР Югославия вновь стала полноправным членом ООН без права голоса и права на выступления (решение Генеральной Ассамблеи ООН от 1 ноября 2000 г., Res A/RES/55/12); 4 февраля 2003 г. произошло переименование в «Сербию и Черногорию». После объявления Черногории независимым государством по результатам референдума 21 мая 2006 г., официальное наименование звучит «Республика Сербия».

³⁴⁵ Schaller (сноска 120) 131 ff.

³⁴⁶ См.: *Hosková*, Die Selbstauflösung der CSFR, ZaöRV 53 (1993) 689 ff.

³⁴⁷ В поддержку преемственности ФПЮ, в частности, высказывается *Blum*, UN Membership of the «New» Yugoslavia: Continuity or Break?, AJIL 86 (1992) 830 (833); *Hummer*, Probleme der Staatennachfolge am Beispiel Jugoslawien, SZIER 3 (1993) 425 (436).

³⁴⁸ S/RES/752 (1992), VN 1992, 109; также см. S/RES/757, VN 1992, 110.

прекратило свое существование»³⁴⁹. В процессе по делу Босния и Герцеговина против Югославии Международный Суд не высказал своего мнения по данному вопросу³⁵⁰. В отношении Косово были приложены усилия для того, чтобы не официально не высказывать позицию, хотя в юридической литературе, как правило, без приведения оснований авторы исходили из сессии Косово от Сербии³⁵¹.

События, происходившие в бывшем СССР, дают основания как для утверждения, что Российская Федерация является преемником Советского Союза, так и для утверждения о прекращении существования СССР в силу разделения³⁵².

После заявления прибалтийских республик в феврале и марте 1990 г. о восстановлении их независимости и суверенитета 8 декабря 1991 г. три славянских государства, Россия, Белоруссия и Украина, подписали в Минске Соглашение, в преамбуле которого было указано, что СССР как геополитический субъект прекратил свое существование. Однако в тот момент распад не последовал, поскольку отсутствовало согласие других республик СССР³⁵³. Согласно ст. 13 (абз. 2) Минского соглашения для других республик открывалась возможность присоединиться к Соглашению. Эта возможность была реализована на основании Алма-Атинской декларации от 21 декабря 1991 г. Лишь после этого Союзный договор от 30 декабря 1922 г. был отменен на основании *actus contrarius*³⁵⁴.

Вопреки тому, что такое разделение должно было привести к равноправному правопреемству всех новых государств, *Российская Федерация как государство-правопреемник* приняла на себя права и обязанности бывшего СССР на международном уровне. Это однозначно подтверждает,

³⁴⁹ Аргументы в пользу прекращения существования см.: *Kristan*, *Verfassungsentwicklung und Verfassungsordnung Sloweniens*, *ZaöRV* 53 (1992) 322 (329).

³⁵⁰ ICJ Rep 1993, 3, 12 (*Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него I*) с примечаниями *Oellers-Frahm*, *ZaöRV* 53 (1993) 638ff; см. также: решение МС ООН по существу дела (*Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него II*), ICJ Rep 2007, 43ff.

³⁵¹ *ZB Schaller* (Fn 120) 131ff; *Warbrick* (Fn 120) 675ff.

³⁵² Аргументы в пользу прекращения существования см.: *Blum*, *Russia Takes over the Soviet Union's Seat at the United Nations*, *EJIL* 3 (1992) 354 (359); *Schweisfurth*, *Ausgewählte Fragen der Staatensukzession im Kontext der Auflösung der UdSSR*, *AVR* 32 (1994) 99 (102f); *Seiffert*, *Von der Sowjetunion (UdSSR) zur Gemeinschaft Unabhängiger Staaten (GUS)*, *Osteuroparecht* 38 (1992) 79 (87f); *Bothe/Schmidt*, *Sur quelques questions de succession posées par la dissolution de l'URSS et celle de la Yougoslavie*, *RGDIP* 96 (1992) 811 (824); *Weyer*, *Die Mitgliedschaftsrechte der ehemaligen Sowjetunion in den Vereinten Nationen*, *ROW* 36 (1992) 167 (177).

³⁵³ Также считает *Schweisfurth*, *Vom Einheitsstaat (UdSSR) zum Staatenbund (GUS)*, *ZaöRV* 52 (1992) 541 (637) и *Weyer* (сноска 356) 169.

³⁵⁴ В Алма-Атинской декларации закреплено: «С образованием Содружества Независимых Государств Союз Советских Социалистических Республик прекращает свое существование» (ILM 31 [1992] 149).

в частности, продолжение членства России (бывшего СССР) в Совете Безопасности³⁵⁵. Основой указанной замены бывшего СССР Российской Федерацией явилось *признание* России в качестве «продолжателя» бывшего СССР³⁵⁶, что нашло свое отражение также в соответствующем Заявлении государств СНГ³⁵⁷.

6. Правопреемство государств

а) Понятие и правовая основа

- 188 При возникновении или прекращении существования государств возникает вопрос, какие международно-правовые договоры должны действовать в отношении государства-правопреемника и в какие имущественные права государство-преемник может вступить. Общие нормы международного права в этой области разработаны лишь частично. Первая попытка кодификации была предпринята в *Венской конвенции* от 23 августа 1978 г. *о правопреемстве государств в отношении договоров* и *Венской конвенции* от 8 апреля 1983 г. *о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных долгов и государственных архивов* (до сих пор не вступила в силу). Сторонами первой Конвенции являются многочисленные государства Центральной и Восточной Европы, которые сами являлись правопреемниками, например, Чехия, Словакия, Словения, Хорватия, Сербия, Черногория, Босния-Герцеговина, Молдавия.
- 189 Обе Венские конвенции содержат *определение* правопреемства государств: «Правопреемство государств означает смену одного государства другим в несении ответственности за международные отношения какой-либо территории»³⁵⁸.

³⁵⁵ См.: Заявление российского министра иностранных дел от 26 декабря 1991 г.: «... участие Союза Советских Социалистических Республик ... во всех конвенциях, соглашениях и иных правовых актах, заключенных в рамках Объединенных Наций, продолжается Российской Федерацией, и в связи с этим в Объединенных Нациях должно использоваться наименование *Российская Федерация* вместо наименования *Союз Советских Социалистических Республик*».

³⁵⁶ Решение о том, что все государства-участники СНГ являются преемниками прав бывшего СССР, было принято Советом глав государств на встрече в Киеве 20 марта 1992 г. после проверки вопросов правопреемства в отношении договоров, связанных со взаимными интересами, и в отношении государственной собственности, активов и долгов бывшего СССР.

³⁵⁷ «Государства Содружества поддерживают Россию в том, чтобы она продолжила членство Союза Советских Социалистических Республик в ООН, включая постоянное членство в Совете Безопасности и других международных организациях» (ILM 31 [1992] 151).

³⁵⁸ См. ст. 2 (абз. 1) Венской конвенции 1978 г. и соответствующее положение Конвенции 1983 г.; *Richardson, Breaking Up Doesn't Have to Be So Hard*, Chicago JIL 9 (2009) 685ff; *Pippan/Karl, Selbstbestimmungsrecht, Sezession und Anerkennung*, EJML

Таким образом, вопрос о переходе прав и обязанностей встает лишь в том случае, если произошла фактическая смена и речь идет не только о внутригосударственных процессах, таких как изменение состава правительства. В отличие от гражданского права, расматривая правопреемство государств, надлежит исходить из принципа *специальной преемственности*, а не из положений о том, что государство-правопреемник вступает во все права и обязанности государства-предшественника. 190

б) Правопреемство в отношении международно-правовых договоров

Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении международно-правовых договоров 1978 г.³⁵⁹ исходит из принципа *преемственности договорных обязательств*. Исключения составляют *новые независимые государства*, которые, невзирая на договоры, заключенные колониальным государством, начинают свое существование *с чистого листа (tabula rasa)*. В то же время ст. 17 открывает перед ними возможность присоединиться к многосторонним договорам (*доктрина свободы выбора (free choice doctrine)*)³⁶⁰. 191

На случай уступки ст. 15 содержит *принцип подвижных границ договора (moving treaty frontiers)* согласно общему международному праву. В соответствии с этим принципом договоры, заключенные приобретателем территории, автоматически распространяются на новую территорию, а договоры, заключенные государством-предшественником, более не действуют. Правопреемство государств не затрагивает договоры о границах, договоры о пограничном режиме и т. н. *приграничные договоры*, в частности договоры о правах транзита³⁶¹. 192

Принцип преемственности договорных обязательств отражен в ст. 153 конституционного закона № 4 Национального Совета Чехии о мерах, связанных с распадом *ЧСФР*, а также в соответствующих положениях Конституции Словакии. 193

В ст. 12 Минского соглашения об учреждении СНГ государства-преемники бывшего *Советского Союза* гарантировали выполнение международных обязательств. Это было включено в Алма-Атинскую декларацию с дополнением 194

1 (2008) 211ff; Craven, *The Decolonisation of International Law*, 2007; Dumberry, *State Succession to International Responsibility*, 2007.

³⁵⁹ О Венской конвенции см.: Menon, *Vienna Convention of 1978 on Succession of States in Respect of Treaties*, RDI 59 (1981) 1ff; Treviranus, *Die Konvention der Vereinten Nationen über Staatensukzession bei Verträgen*, ZaöRV 39 (1979) 259ff; Zemanek, *Die Wiener Konvention über die Staatennachfolge in Verträge*, FS Verdross, 1980, 719ff.

³⁶⁰ Подробнее см.: Zimmermann, *Staatennachfolge*.

³⁶¹ Zimmermann, *Staatennachfolge*; ders, *Europäischer Gerichtshof und Staatennachfolge in völkerrechtliche Verträge*, FS Ress, 2005, 357ff; Alimi, *Die Staatensukzession in völkerrechtlichen Verträgen und die Einigung Deutschlands*, 2004.

«в соответствии с их конституционными процедурами». 6 июля 1992 г. государства СНГ договорились о том, что при заключении международных договоров, представляющих общие интересы, совместные решения не должны приниматься, но каждое государство СНГ может самостоятельно решать вопрос о продолжении их действия. В отношении двусторонних договоров, которые представляют интерес, по меньшей мере, для двух государств, должно быть достигнуто согласие государств. Специальные договоренности получили распространение по договорам о контроле над вооружениями и о разоружении.

- 195 *Правопреемство в отношении членства в международных организациях* не происходит автоматически. Напротив, новые государства должны ходатайствовать о принятии их в члены организации³⁶². Так, после отделения Пакистана от Индии в 1947 г. и отделения Бангладеш от Пакистана в 1971 г. государство-предшественник сохранило свои членские права, в то время как отделившиеся государства должны были ходатайствовать о принятии в организации. После распада СССР Российская Федерация продолжила членство СССР в органах ООН, в частности в Совете Безопасности³⁶³, в то время как новые государства СНГ, за исключением Украины и Белоруссии, уже состоявших членами, были приняты в ООН в качестве новых членов.

в) Правопреемство в отношении государственного имущества, государственных архивов и государственных долгов

- 196 Правопреемство в отношении государственного имущества, государственных архивов и государственных долгов регулируется Венской конвенцией от 8 марта 1983 г.³⁶⁴ Ее структура соответствует Конвенции 1978 г. Дополнительно проведено различие между имуществом, архивами и долгами.
- 197 В ст. 8 Конвенции *государственное имущество* государства-предшественника определяется как имущество, права и интересы, которые на момент правопреемства государств принадлежали этому государству в соответствии с национальным правом государства-предшественника. Конвенция не проводит различия между имуществом, принадлежащим административным органам, и финансовым имуществом, которое непосредственно не является необходимым для осуществления суверенных полномочий.
- 198 Как правило, государству-преемнику переходит все имущество, если не достигнуто иное соглашение. В случае уступки или отделения все

³⁶² См.: Документ ООН A/CN.4/140, 8; см. также: Раздел 4. *Кляйн / Шмаль*, абз. 71.

³⁶³ Швайсфурт (Schweisfurth) (сноска 356) усматривает в этом «новую практику в будущем» в случае разделения постоянного члена Совета Безопасности.

³⁶⁴ См.: Institut de Droit International, *La succession d'Etats en matière de biens et de dettes*, Septième Commission, Rapporteur: *M. Georg Ress*, Résolution adoptée lors de la Session de Vancouver, Août 2001, AVR 40 (2002) 355; см. также *Ruffert, Probleme der Staatensukzession im Hinblick auf Vermögen und Schulden*, NJW 2001, 2235.

недвижимое имущество, находящееся на соответствующей территории, переходит государству-преемнику. Это правило применяется и в отношении движимого имущества, связанного с деятельностью государства-предшественника на уступленной или отделенной территории.

Государственные архивы, необходимые для управления соответствующей территорией, переходят государству-преемнику вне зависимости от вида и способа перехода территории (т.н. принцип относимости). Этот принцип применяется также к части государственных архивов, исключительно или в основном имеющих отношение к территории государства-преемника³⁶⁵. **199**

Согласно ст. 33 Конвенции к *государственным долгам* относятся возникшие в соответствии с международным правом финансовые обязательства. Переход государственных долгов, как правило, приводит к тому, что обязательства государства-предшественника прекращаются, а у государства-преемника возникают обязательства³⁶⁶. Относительно объема долгов в ст. 37 (в случае уступки) и ст. 40 (в случае разделения) устанавливается, что переход межгосударственных долгов осуществляется соразмерно. **200**

При распаде *Чехословакии* уже 13 ноября 1992 г., до принятия закона о распаде, был принят конституционный закон о разделе имущества между Чешской Республикой и Словацкой Республикой и его переходе обеим республикам. В соответствии с этим законом недвижимое и движимое имущество, состоящее в явной связи с целевым назначением недвижимого имущества, перешло тем республикам, в которых оно находилось. В отношении иного имущества раздел проводился в соответствии с долей населения. **201**

Государство-правопреемник не обязано принимать на себя долги, принятия которых от него требовать нельзя, поскольку такие долги противоречат его существенным интересам, например, военные займы государства-предшественника на подавление восстания (т.н. одиозные долги (*dettes odieuses, odious debts*))³⁶⁷. Таким международно-противоправным долгам присущи следующие признаки: (1) долги взял на себя диктаторский режим (2) в целях, противоречащих принципу общественного блага и интересам населения, и (3) кредитор знал об этих обстоятельствах³⁶⁸. Например, правитель- **202**

³⁶⁵ *Fitschen*, Das rechtliche Schicksal von staatlichen Akten und Archiven bei einem Wechsel der Herrschaft über das Staatsgebiet, 2004.

³⁶⁶ *Reina*, Iraq's Delictual and Contractual Liabilities, BJIL 22 (2004) 583ff; *Anderson*, International Law and State Succession — A Solution to the Iraqi Debt Crisis? Utah LRev 2005, 401ff.

³⁶⁷ *Verdross/Simma* (сноска 2) 629f; *Reinisch*, A History of the Doctrine of Odious Debts: Serving Individual/Bilateral or Community Interest, FS Simma, 2011, 1225ff.

³⁶⁸ *Adams*, Odious Debts, 1991; *Buchheit/Gulati/Thompson*, The Dilemma of Odious Debts, Duke LJ 56 (2007) 1201ff; *Stephan*, The Institutional Implications of an Odious Debt Doctrine, Law & Contemp Probs 70 (2007) 213ff; *Dickerson*, Insolvency Principles and the Odious Debt Doctrine, Law & Contemp Probs 70 (2007) 53ff; *Feinerman*, Odious Debt,

ство США после оккупации Ирака придерживалось точки зрения, что новое иракское государство на основании доктрины «*одиозных долгов*» не должно отвечать по долгам, возникшим во время правления Саддама Хуссейна (1979–2003)³⁶⁹. Однако приведенные признаки вызывают сомнения. Например, решение о том, насколько финансовые средства использовались «в ущерб интересам», является оценочным. Кроме того, не установлено, какие требования должны предъявляться к доказательствам знания кредитора об отягчающих обстоятельствах и использования кредита в ущерб интересам. Таким образом, практическое применение доктрины «одиозных долгов» является проблематичным, вследствие чего до сих пор ни одна судебная жалоба, основанная на этой доктрине, не была разрешена в пользу истца³⁷⁰.

203 Особенно сложные юридические вопросы в связи с правопреемством государств возникают в отношении *требований о возмещении ущерба*, причиненного в результате международного деликта (*obligations arising from an internationally wrongful act*), которые третьи государства приобрели в отношении государства-предшественника. Согласно докладу КМП этот вопрос остается спорным, что подтверждается актуальной практикой государств³⁷¹. При этом существует три варианта юридического решения: (1) Обязательства прекращаются с прекращением существования государства-предшественника, вследствие чего государство-правопреемник не обязано отвечать по обязательствам (доктрина чистого листа (*clean slate/tabula rasa*)), (2) Обязательства, возникшие на основании деликта, полностью переходят к государству-правопреемнику (*универсальное правопреемство (universal succession)*), и ему могут быть предъявлены требования или (3) Обязательства переходят к государству-правопреемнику только частично (*частичное правопреемство (partial succession)*)³⁷². В то время как на основании судебной практики начала XX в. международно-правовая доктрина долгое время следовала в основном теории чистого листа³⁷³, распад СССР, Югославии

Old and New, ebd, 193ff. Krit Choi/Posner, A Critique of the Odious Debt Doctrine, ebd, 33ff; Kleinlein, Rechtsfragen staatlicher Auslandsanleihen, AVR 44 (2006) 405 (406ff).

³⁶⁹ Cheng, Renegotiating the Odious Debt Doctrine, Law & Contemp Probs 70 (2007) 7ff; см. также Закон США об освобождении Ирака от долгов (Iraqi Freedom from Debt Act), не принятый Конгрессом, HR 2482, 108th Cong, § 3 (2003).

³⁷⁰ ZB *Jackson v People's Republic of China*, 794 F2d 1490, 1495; *Gelpern*, Odious, Not Debt, Law & Contemp Probs 70 (2007) 81ff; *Reinisch* (сноска 371). Примеры государств, которые, возможно, могут сослаться на это после смены режима см.: *Cheng* (сноска 373) 9; более ранние примеры см.: *Ginsburg/Ulen*, Odious Debt, Odious Credit, Economic Development, and Democratization, Law & Contemp Probs 70 (2007) 115ff.

³⁷¹ ILC Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, GAOR, 56th Sess, Suppl 10, 59 (119 Ziff 3), Stellungnahme des Special Rapporteur *James Crawford*.

³⁷² *Carter/Trimble/Weiner*, International Law, 5. Aufl 2007, 478; *Shaw* (сноска 53) 1003f; *Brownlie* (сноска 3) 660; *Schachter*, State Succession, VJIL 33 (1993) 253ff.

³⁷³ Например, *Verdross/Simma* (сноска 2) 633 (требования о компенсации); *Hurst*, State Succession in Matters of Torts, BYIL 5 (1924) 163ff; арбитражное решение

и Чехословакии привел к дифференцированным подходам³⁷⁴. При этом важными критериями являются правовая природа обязательств, особенности процесса правопреемства и сопровождающих обстоятельств. В отношении правопреемства бывшей СФРЮ Сербия и Черногория (до 2006 г.), Хорватия, Словения и Босния-Герцеговина заключили международное соглашение (2001)³⁷⁵. В соглашении было установлено, что Совместный комитет сторон соглашения будет «учитывать» требования третьих лиц о возмещении ущерба. Несмотря на то, что удовлетворение отдельных требований не гарантируется, соглашение отражает отклонение от доктрины чистого листа³⁷⁶.

г) Правопреемство государств и гражданство

Вопросы о том, насколько существуют правила общего международного права об изменении гражданства *в случае перехода территории* и если да, то какие, является *спорным*. Согласно распространенной после Второй мировой войны точке зрения гражданство населения изменяется со сменой территориального суверенитета. Иными словами, население территории, которая переходит из под власти одного государства под власть другого, автоматически теряет свое прежнее гражданство и приобретает гражданство нового государства³⁷⁷. Однако господствующее в литературе и судебной практике мнение обоснованно опровергает такой подход³⁷⁸. Практика государств последнего времени является неоднородной, вследствие чего международное обычай не сформировались³⁷⁹. Практика республик бывшего СССР, Чехословакии и распада Югославии позволяют заключить, что большинство государств следует принципу, в соответствии с которым изменение суверена на территории влечет за собой также смену

204

Британо-Американской комиссии по спорам Роберт Э. Браун (Robert E. Brown) (США) против Великобритании от 23.11.1923, RIAA VI, 120; арбитражное решение Британо-Американской комиссии по спорам Ф. Х. Редуорд (F. H. Redward) и другие (Великобритания) против США от 10.11.1925, RIAA VI, 157 (дело о гавайских исках).
³⁷⁴ Например, *Dumberry*, State Succession to Rights and Obligations Arising from the Commission of Internationally Wrongful Acts in International Law, 2007; *Dumbury*, The Controversial Issue of State Succession to International Responsibility Revisited in Light of Recent State Practice, GYIL 49 (2006) 413ff; *Vokovitsch*, Righting Wrongs, CLRev 92 (1992) 2162ff; ранее *Monnier*, La succession d'Etats en matière de responsabilité internationale, AFDI 8 (1962) 65ff.

³⁷⁵ Соглашение о вопросах правопреемства от 29.6.2001; *Stahn*, The Agreement on Succession Issues of the Former Socialist Federal Republik of Yugoslavia, AJIL 29 (2002) 379ff; *Piotrowicz*, Status of Yugoslavia: Agreement at Last, ALJ 77 (2001) 95ff.; *Oeter*; The Dismemberment of Yugoslavia, GYIL 50 (2007) 457ff.

³⁷⁶ *Dumbury* (сноска 378) 431.

³⁷⁷ v. *Münch*, Staatsangehörigkeit und Gebietswechsel, FS Scupin, 1983, 441 (447ff).

³⁷⁸ BVerwGE 1, 206; BGHZ 3, 178, 186; BGHSt 9, 53, 57; *Weis*, Nationality and Statelessness in International Law, 1979, 135, 137ff; *Randelzhofer*, in: Maunz/Dürig (сноска 177) Art 16 Abs 1 GG Rn 29 mwN.

³⁷⁹ Подробнее см.: *Hailbronner/Renner/Maaßen* (сноска 167) Grundlagen E Rn 44ff.

гражданства лиц, проживающих на этой территории, хотя в некоторых государствах в качестве условия выдвигалось требование о наличии гражданства государства-предшественника или определенного срока проживания на государственной территории. При определенных предпосылках гражданства предоставлялось также лицам, находящимся за границей, если они могли доказать определенную связь со страной, например, рождение одного из родителей на суверенной территории нового государства, или принудительное лишение гражданства. Во многих новых государствах учитывалась воля индивида, однако единой практики предоставления права на выбор гражданства не сложилось.

205 Как проект КМП³⁸⁰, так и *проект Декларации о влиянии правопреемства государств на гражданство физических лиц* от 14 сентября 1996 г.³⁸¹, подготовленный Европейской комиссией за демократию через право при Совете Европы, в принципе, подтверждают практику государств³⁸². Статья 1 проекта устанавливает *право индивида на гражданство*³⁸³. В ст. 5 презюмируется, что лица, постоянно пребывающие на территории, перешедшей к государству-правопреемнику, приобретают гражданство государства-правопреемника с момента перехода территории. Статья 11 предусматривает учет воли индивида. Другие положения регламентируют единство семьи, гражданство детей и статус лиц, имеющих постоянное место пребывания на территории, переходящей государству-преемнику. Положения Декларации касаются, например, единого режима для семей и гражданства детей. Статья 15 устанавливает принцип запрета на дискриминации. Статья 16 запрещает вынесение произвольных решений, а в ст. 17 регулируют процедуру. Вторая часть проекта КМП ориентируется на Венские конвенции 1978 и 1983 гг. и определяет различия между вариантами правопреемства государств³⁸⁴.

206 В ст. 18 (абз. 1) Европейской конвенции о гражданстве отмечено, что в вопросах гражданства при правопреемстве государств, в частности во избежание состояния безгражданства, государства обязаны соблюдать принципы верховенства права, нормы, касающиеся прав человека, и принципы, содержащиеся в ст. 4, 5 и в ст. 18 (абз. 2) Конвенции, к которым относятся фактическая связь индивида с государством, место постоянного пребывания индивида на момент правопреемства государств, воля индивида и территориальное происхождение индивида.

³⁸⁰ См.: Документ ООН A/CN.4/4/474: «Проект статей о гражданстве физических лиц в связи с правопреемством государств».

³⁸¹ CDL-NAT (96) 7; см.: Report der Venice Commission, European Commission for Democracy through Law, Consequences of State Succession for Nationality, 1998; Citizenship and State Succession, Proceedings, 1998.

³⁸² Подробнее см.: *Hailbronner/Renner/Maaßen* (сноска 167) Grundlagen E Rn 64ff.

³⁸³ См. также: *Zimmermann*, State Succession and the Nationality of Natural Persons — Facts and Possible Codification, в: *Eisemann/Koskenniemi* (Hrsg), State Succession: Codification Tested against the Facts, 2000, 611 (643ff).

³⁸⁴ См: *Hailbronner/Renner/Maaßen* (Fn 167) Grundlagen E Rn 70ff.

7. Правовой статус Германии в прошлом и настоящем

С момента подписания договора между ФРГ и ГДР о восстановлении единства Германии (Договор об объединении — ДО) и связанных с ним международно-правовых договоров правовой статус Германии изменился³⁸⁵. **207**

а) Разделение Германии

После капитуляции Верховного командования вооруженных сил Германии 8/9 мая 1945 г. и роспуска последнего германского правительства четыре державы-победительницы вынесли решение (Берлинское заявление от 5 июня 1945 г.) *принять на себя всю полноту власти в Германии*, включая полномочия германского правительства, Верховного командования вооруженных сил, а также правительств и администрации земель, городов и общин³⁸⁶. В границах, установленных на 31 декабря 1937 г., Германия была поделена на четыре оккупационные зоны, в то время как Большой Берлин управлялся межсоюзнической военной комендатурой, созданной четырьмя державами-победительницами, а бывшие восточные территории Германии перешли под управление Советского Союза и Польши. Как субъект международного права Германия на этот момент была представлена Контрольным советом, в то время как высшую правительственную власть в соответствующих оккупационных зонах осуществляли главнокомандующие вооруженных сил³⁸⁷. Потсдамским соглашением от 2 августа 1945 г. было решено создать Совет министров иностранных дел для целей подготовки мирного урегулирования. **208**

После того как в оккупационных зонах западных держав к июлю 1947 г. были назначены правительства, а на Лондонской конференции 1947 г. не удалось достигнуть согласия держав-победительниц по вопросу о будущем Германии, западные державы приняли решение о создании западногерманской части государства. 8 мая 1949 г. Парламентский совет принял *Основной закон*, который после одобрения его оккупационными властями вступил в силу 24 мая 1949 г. Оккупационный режим западных союзников на территории ФРГ прекратил свое существование на основании Парижских договоров от 23 октября 1954 г.³⁸⁸ **209**

Хотя положениями ст. 1 (абз. 2) *Германского или Общего договора*³⁸⁹ ФРГ были предоставлены полномочия суверенного государства **210**

³⁸⁵ К вопросу об исторических событиях см.: Раздел 1. *Граф Виттум*, абз. 95 и след.

³⁸⁶ ABl des Kontrollrates, *Ergänzungsblatt* Nr 1, 7.

³⁸⁷ Прокламация № 2 Контрольного совета от 20 сентября 1945 г., ABl des Kontrollrates Nr 1, 180f.

³⁸⁸ BGBl 1955 II, 215ff; 1955 II, 253ff; 1955 II, 305ff; 1955 II, 321ff; 1955 II, 381ff; 1955 II, 405ff; 1955 II, 469ff.

³⁸⁹ BGBl 1955 II, 305 ff.

по внутренним и внешним вопросам, однако Договор содержал оговорки союзников в отношении Берлина и *Германии как единого целого*. Союзники оставили за собой право совместного решения вопросов об объединении Германии и согласовали вопросы сотрудничества в отношении свободной демократической Германии и заключительного мирного урегулирования. Осуществление прав в экстренных ситуациях до принятия дополнений к Основному закону в 1968/1969 г. ставилось в зависимость от согласия союзников.

211 Развитие на территории бывшей ГДР, с формальной точки зрения, протекало аналогично. После того, как в 1945 г. была утверждена центральная администрация Германии, в декабре 1947 г. был создан *Немецкий народный конгресс за единство и справедливый мир*. Конгресс избрал Народный Совет, который 19 марта 1949 г. принял Конституцию ГДР. 25 марта 1954 г. последовало заявление СССР о суверенитете ГДР³⁹⁰. В соответствии с заявлением ГДР предоставлялась свобода по своему усмотрению решать вопросы, касающиеся внутренних и внешних дел, включая вопрос об отношениях с Западной Германией. Пунктом 2 было, однако, установлено, что СССР сохраняет в ГДР функции, связанные с обеспечением безопасности и вытекающие из обязательств СССР, возникших на основании соглашения четырех держав. Отношения ГДР с Советским Союзом регулировались тремя дополнительными договорами³⁹¹.

212 В свете такого развития возник вопрос, прекратила ли Германская империя свое существование вследствие капитуляции или вследствие возникновения двух германских государств³⁹². И теория прекращения, и теория продолжения существования нашли сторонников.

213 Тезис о *распаде Германской империи* был представлен *теорией прекращения существования государства-предшественника вследствие поражения в войне*, в соответствии с которой Германская империя прекратила свое существование после капитуляции 8 мая 1945 г., но не позднее принятия Берлинской Декларации от 5 июня 1945 г. Согласно *теории разделения* Германская империя прекратила свое существование вследствие распада на два германских государства.

³⁹⁰ Dokumente zur Außenpolitik der Regierung der Deutschen Demokratischen Republik, Bd I, 1954, 303ff.

³⁹¹ Договор об отношениях между ГДР и Союзом Советских Социалистических Республик от 20 сентября 1955 г. (GBI DDR 1955 II, 918ff); Договор о дружбе, сотрудничестве и взаимной помощи между ГДР и Союзом Советских Социалистических Республик от 12 июня 1964 г. (GBI DDR 1964 II, 132ff); Договор о дружбе, сотрудничестве и взаимной помощи между ГДР и Союзом Советских Социалистических Республик от 7 октября 1975 г. (GBI DDR 1975 II, 238ff).

³⁹² О правовом статусе Германии см.: Blumenwitz, Was ist Deutschland?, 1982; ders/Meissner (Hrsg), Die deutsche Frage, 1984; v. Münch, Deutschland: gestern–heute–morgen, NJW 1991, 865ff.

Теориям прекращения существования была противопоставлена *теория продолжения существования*, согласно которой Германия не прекратила своего существования ни с момента капитуляции, ни с более позднего момента, а продолжила существовать в качестве недееспособного субъекта международного права. В соответствии с *теорией ядра государства*, ФРГ была идентична Германской империи, но не в части конституционной сферы Основного закона и государственной территории в границах на 31 декабря 1937 г. ГДР рассматривалась как местный режим *de facto*, территория которого находится в состоянии военной оккупации иностранного государства. Напротив, сторонники *остаточной территории государства* считали, что государственная территория Германии была уменьшена до территории ФРГ, а на территории ГДР возникло новое государство в результате отделения. Теория рассматривала Германскую империю недееспособной, но тем не менее признавала ФРГ и ГДР частичными правопорядками под общей крышей.

В ГДР первоначально исходили из теории продолжения существования Германской империи³⁹³, однако позднее поддержку получила теория оккупации³⁹⁴. ФРГ вначале основывалась на положении о том, что она является *единственным представителем* всей Германии (теория ядра государства). В *решении об Общем договоре* от 21 декабря 1976 г.³⁹⁵ Федеральный конституционный суд сослался на теорию головного государства, что было подтверждено Решением по делу *Tesco*³⁹⁶.

б) Объединение Германии

Мирная революция 1989 г. привела к воссоединению страны 3 октября 1990 г. В процессе воссоединения было принято решение о присоединении ГДР к ФРГ в соответствии со ст. 23 (предл. 2) Основного закона (в старой редакции). Присоединение было подготовлено Договором о создании валютного, экономического и социального союза от 18 мая 1990 г.³⁹⁷, вступившего в силу 1 июля 1990 г.

Вслед за решением Народной палаты ГДР о присоединении ГДР к сфере применения Основного закона ФРГ, принятым 23 августа 1990 г., 31 августа 1990 г. был подписан *Договор об объединении* (ДО), который вступил в силу 29 сентября 1990 г.³⁹⁸

³⁹³ См. первую Конституцию от 7 октября 1949 г.

³⁹⁴ См.: *Hecker*, *Der Rechtsstatus Deutschlands aus der Sicht der DDR*, 1974, 137, 154.

³⁹⁵ BVerfGE 36, 1ff.

³⁹⁶ BVerfGE 77, 137, 155, 160.

³⁹⁷ BGBl 1990 II, 537ff.

³⁹⁸ Договор об объединении Германии был дополнен Соглашением от 18 сентября 1990 г. о реализации и толковании ДО, BGBl 1990 II, 1239ff.

- 218 При рассмотрении вопроса о присоединения бывшей ГДР было необходимо учитывать ответственность четырех держав за Германию как единое целое. После согласования в Оттаве 13 февраля 1990 г. так называемой формулы «два плюс четыре» 12 сентября 1990 г. был заключен *Договор об окончательном урегулировании вопроса в отношении Германии* (Договор «два плюс четыре») ³⁹⁹. Сторонами договора были четыре державы-победительницы и два германских государства.
- 219 Согласно ст. 1 (абз. 1 предл. 1) Договора предметом регулирования является объединение германских государств на территории ФРГ, ГДР и Берлина. Статья 1 (абз. 2 и 3) предусматривает *незыблемость границы с Польшей и отказ Германии от территориальных претензий к другим государствам*. В ст. 7 (абз. 1) державы-победительницы заявляют о прекращении их ответственности за Берлин и Германию в целом. Таким образом, объединенная Германия обладает полным суверенитетом во внутренних и внешних делах (ст. 7 (абз. 2)). Правила о выводе войск содержатся в ст. 4 Договора.
- 220 14 ноября 1990 г. Германия и Польша заключили *Договор о подтверждении существующих между ними границ*. Договор закрепляет границу по линии Одер–Нейсе ⁴⁰⁰. Таким образом, ФРГ окончательно отказалась от территориального суверенитета по другую сторону установленной границы. Наряду с Договором о границах с Польшей, был заключен Договор о добрососедстве (17 июня 1991 г.), содержащий в ст. 20 и след. права меньшинств немецкоязычного населения Польши ⁴⁰¹.
- 221 Вывод советских войск является предметом Договора от 12 октября 1990 г. между ФРГ и Советским Союзом об условиях временного пребывания и планомерного вывода советских войск с территории ФРГ ⁴⁰². Вывод войск осуществлен своевременно до конца 1994 г.
- 222 Договор об объединении и последующие международно-правовые договоры базируются на положении о том, что с присоединением к ФРГ ГДР прекратила свое существование как субъект международного права, а ФРГ продолжает существовать на расширенной территории ⁴⁰³.

³⁹⁹ BGBl 1990 II, 1318ff.; *Albrecht*, Die Abwicklung der DDR: Die Zwei-plus-Vier-Verhandlungen, 1992; *Blumenwitz*, Der Vertrag vom 12.9.1990 über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland, NJW 1990, 3041ff.; *Fiedler*, Die Wiedererlangung der Souveränität Deutschlands und die Einigung Europas, JZ 1991, 685ff.; *Rauschning*, Die Beendigung der Nachkriegszeit mit dem Vertrag über die abschließende Regelung in bezug auf Deutschland, DVBl 1990, 1275 (1280ff.); *Stern*, Der Zwei-plus-Vier-Vertrag, BayVBl 1991, 523ff.

⁴⁰⁰ См.: *Czaplinski*, The New Polish-German Treaties and the Changing Political Structure of Europe, AJIL 86 (1992) 163ff.; *Zuck*, Die polnische Westgrenze, MDR 1990, 406ff.

⁴⁰¹ BGBl 1991 II, 1315ff.

⁴⁰² BGBl 1991 II, 256ff.

⁴⁰³ См.: *Degenhart*, Verfassungsfragen der Deutschen Einheit, DVBl 1990, 973 (981); *Frowein*, Die Verfassungslage Deutschlands im Rahmen des Völkerrechts, VVDStRL 49

в) Правила о преемственности государств

При воссоединении Германии прежде всего возник вопрос, какие правила о правопреемстве подлежат применению в отношении международно-правовых *договоров*⁴⁰⁴. Поскольку в Венской конвенции 1978 г. о правопреемстве в отношении договоров инкорпорация не упоминается, могут применяться ст. 15 о регулировании перехода части территории и ст. 31 о продолжении действия договоров в случае объединения на всей территории. 223

Практически этот вопрос решен ст. 11 и 12 ДО. Эти положения предусматривают, что объединенная Германия определяет свою позицию о продолжении действия международно-правовых договоров. Согласие сторон международно-правовых договоров было достигнуто путем нотификации положений ДО всеми государствами, с которыми Германия поддерживает дипломатические отношения, и всеми международными организациями, членом которых является Германия, причем партнеры по договорам не высказали возражений⁴⁰⁵. 224

Заключенные *Федеративной Республикой Германия* договоры продолжают действовать на всей территории объединенной Германии согласно ст. 11 ДО, за исключением Соглашения о размещении и пребывании иностранных войск на территории ФРГ⁴⁰⁶. Это правило по принципу подвижных договорных границ действует также по отношению к праву ЕС⁴⁰⁷, хотя в новых землях предусмотрены исключения и переходные сроки для права, не соответствующего праву ЕС⁴⁰⁸. 225

Обязательства по многосторонним договорам, стороной которых выступала только *ГДР*, но не ФРГ, прекращаются согласно ст. 12 (абз. 3) ДО. Присоединение ФРГ к этим договорам по инициативе правительства ФРГ 226

(1990) 8 (25); *Isensee*, Verfassungsrechtliche Wege zur Deutschen Einheit, ZParl 1990, 309ff; *Streinz*, Die völkerrechtliche Situation der DDR vor und nach der Wiedervereinigung, EWS 1990, 171 (174).

⁴⁰⁴ См.: *Blumenwitz*, Staatennachfolge und die Einigung Deutschlands, 1992; *Fastenrath*, Der deutsche Einigungsvertrag im Lichte des Rechts der Staatennachfolge, ÖZöRV 44 (1993) 1ff; *Gornig*, Staatennachfolge und Einigung Deutschlands, Teil II, 1992; *Grabitz/v. Bogdandy*, Deutsche Einheit und europäische Integration, NJW 1990, 1073ff; *Hailbronner*, Legal Aspects of the Unification of the Two German States, EJIL 2 (1991) 18ff; *ders*, Das Vereinte Deutschland in der Europäischen Gemeinschaft, DtZ 1991, 321ff; *Randelzhofer*, Deutsche Einheit und Europäische Integration, VVDStRL 49 (1990) 102ff; *Tomuschat*, A United Germany within the European Community, CMLR 27 (1990) 415ff; *Wittkowski*, Die Staatensukzession in völkerrechtliche Verträge unter besonderer Berücksichtigung der Herstellung der staatlichen Einheit Deutschlands, 1992.

⁴⁰⁵ *Fastenrath*, Die Regelungen über die Staatennachfolge bei der Vereinigung der beiden deutschen Staaten, VRÜ 25 (1992) 72ff.

⁴⁰⁶ Об исключениях см.: Приложение I к ДО.

⁴⁰⁷ *Hailbronner* (сноска 408) 455.

⁴⁰⁸ См.: решение Совета от 4 декабря 1990 г. (ABl EG 1990, Nr L 353) и Постановление ЕС о переходе прав от 28 сентября 1990 г. (BGBl 1990 I, 2117).

с согласия соответствующих сторон договора и ЕС допускается, хотя это не следует из положений общего международного права, признающего лишь продолжение и прекращение действия договора. Договоры о границах были исключены из сферы регулирования ст. 12 ДО.

227 Положения ДО о *государственной собственности* и правопреемственности в отношении *обязательств* соответствуют международному обычному праву, но по некоторым вопросам выходят за его пределы (например, в отношении долгов местных кредиторов не исключается переход «одиозных долгов»).

228 Переход *имущества ГДР*, включая финансовое имущество, к Федерации, землям и общинам или иным носителям административных полномочий является предметом регулирования ст. 21 и след. ДО. Проведение приватизации возлагалось на Ведомство по управлению государственной собственностью (ст. 25 (абз. 1) ДО)⁴⁰⁹. *Административные и финансовые долги* ГДР были включены в неспособное обособленное имущество ФРГ согласно ст. 23 ДО.

III. Индивид в международном праве

1. Защита прав человека на универсальном уровне

а) Введение

229 С тех пор как сообщество государств в 1948 г. торжественно признало в Декларации Генеральной Ассамблеи ООН свою ответственность за соблюдение прав человека, права человека являются существенной частью международного правопорядка. В многочисленных декларациях, резолюциях, договорах и заявлениях права человека были закреплены для разных сфер деятельности, однако не удалось принять всеобъемлющую, юридически обязательную хартию прав человека и создать универсально действующую эффективную международную систему контроля и исполнения. Причиной невозможности конкретизации и реализации прав человека часто являются не только различия в представлениях о правах человека в разных национальных правопорядках, но и устаревшие *представления о суверенитете*. Например, результаты применения норм международного права о запрете пыток являются негативными. Несмотря на то, что в последние десятилетия был достигнут существенный прогресс в области защиты прав человека⁴¹⁰,

⁴⁰⁹ По окончании полномочий этого ведомства оставшиеся задачи выполняло Федеральное ведомство по особым задачам, связанным с объединением Германии (ФВОЗ).

⁴¹⁰ См.: E. Klein, *Menschenrechte, Stille Revolution des Völkerrechts und Auswirkungen auf die innerstaatliche Rechtsanwendung*, 1997; ders, *Menschenrechte im Spiegel der Globalisierung*, MRM 10 (2005) 125ff; Nolte (Hrsg), *Der Mensch und seine Rechte*, 2004; Freeman/Ert, *International Human Rights Law*, 2004; Delbrück, *Safeguarding Internationally Protected Human Rights in National Emergencies: New Challenges in*

они были нивелированы «войной против террора»⁴¹¹, в частности, ограничение запрета пыток⁴¹² и зависимость защиты прав человека от религиозных и культурных представлений потерпевших, нуждающихся в защите⁴¹³.

Международная защита прав человека оказала существенное влияние на развитие международного права. В то время как в традиционном понимании международного права только государства и, иногда, международные организации могли осуществлять свои права на международном уровне, впервые было признано право индивидов на обращение в международные инстанции и суды в случае нарушения их прав, в том числе против *государства гражданства*. Таким образом, была ограничена концепция посредничества, согласно которой индивид может быть субъектом международных прав и обязанностей только через государство гражданства. Теперь в связи с обращением с собственными гражданами государство не может ссылаться на принцип невмешательства во внутренние дела, если оно нарушает права человека. Международное сообщество через ООН или региональные организации приобрело *право на гуманитарную интервенцию* в целях борьбы с массовыми нарушениями прав человека государством на его территории.

Расширяется влияние прав человека на государственные полномочия, которые традиционно рассматривались как типичное следствие государственного суверенитета, например, право принимать решение о въезде

230

231

View of Global Terrorism, FS Ress, 2005, 35ff; *Bernhardt*, Der völkerrechtliche Schutz der Menschenrechte: Texte, Institutionen, Realitäten, FS Delbrück, 2005, 37ff; *Brems*, Reconciling Universality and Diversity in International Human Rights, HRR 5 (2004) 5ff; *Evans*, International Human Rights Law as power/knowledge, HRQ 27 (2005) 1046ff.

⁴¹¹ См.: *Stein*, European and German Security Policy, especially Border Controls, with Regard to International Terrorism, IYHR 35 (2005) 231ff; *Arnold*, Human Rights in the Times of Terror, ZaöRV 66 (2006) 297ff; *Hoffman*, Human Rights and Terrorism, HRQ 26 (2004) 932ff; *Gearty*, Human Rights in an Age of Counter-Terrorism, Current Legal Problems 58 (2005) 25ff; *он же*, Terrorism and Human Rights, EHRLR 2005, 1ff; *Olivier*, Human Rights Law and the International Fight against Terrorism, NordJIL 73 (2004) 399ff; *Roth*, Human Rights as a Response to Terrorism, ORIL 6 (2004) 37ff; *Stewart*, Human Rights, Terrorism and International Law, Villanova LR 50 (2005) 685ff.

⁴¹² *Thienel*, The Admissibility of Evidence Obtained by Torture und International Law, EJIL 17 (2006) 349ff; *Assheha*, Islamic Concepts of Human Rights, 2004; *Baderin*, Human Rights and Islamic Law, EHRLR 2005, 165ff; *Baehr/Castermans-Holleman*, The Role of Human Rights in Foreign Policy, 2004; *Carle*, Revealing and Concealing — Islamist Discourse on Human Rights, HRR 6 (2005) 122ff.

⁴¹³ *Gebauer*, Zur Grundlage des absoluten Folterverbots, NVwZ 2004, 1405ff; *Schmahl/Steiger*, Völkerrechtliche Implikationen des Falls Daschner, AVR 43 (2005) 358ff; *Bielefeldt*, Die Absolutheit des Folterverbots, Jahrbuch Menschenrechte 2006, 49ff; *Jahn*, Gute Folter — schlechte Folter, KritV 87 (2004) 24ff; *Ramsay*, Can the Torture of Terrorist Suspects be Justified?, IJHR 10 (2006) 103ff; *Rodley/Pollard*, Criminalisation of Torture, EHRLR 2006, 115ff; *Decker*, Is the United States bound by the Customary International Law of Torture?, Chinese JIL 6 (2006) 803ff; *Cassese*, Are International Human Rights Treaties and Customary Rules on Torture Binding upon US Troops in Iraq?, JICJ 2 (2004) 872ff; *Evans*, Torture, EHRLR 2006, 101ff.

и пребывании иностранных граждан и о предоставлении им гражданства. Предоставление государством дипломатической защиты, которое ранее толковалось лишь как предъявление претензий государства, дистанцируется от своего первоначального значения как обычного средства урегулирования межгосударственных конфликтов и используется в качестве инструмента репрезентативного осуществления индивидуальных прав в пользу собственных граждан и иных лиц, проживающих на государственной территории. В результате развития прав индивида в рамках международного права он также стал *непосредственным носителем обязанностей на международно-правовом уровне* и за грубые нарушения прав человека может быть привлечен к ответственности международными уголовными судами на основании норм международного уголовного права.

232 В настоящее время защита прав человека регулируется многочисленными международно-правовыми договорами, декларациями и резолюциями Генеральной Ассамблеи ООН и ее специализированных организаций. Несмотря на то, что *договоры о правах человека*, особенно если они были подготовлены под эгидой ООН, основаны на общей модели, они значительно отличаются друг от друга материальным содержанием защиты и механизмами защиты прав.

233 Международно-правовые договоры о защите прав человека можно разделить на универсальные договоры, такие как Пакты о правах человека 1966 г., и региональные договоры, такие как ЕКПЧ. Кроме того, некоторые договоры содержат подробный перечень прав человека, в то время как другие ограничиваются отдельными вопросами, например, о запрещении геноцида, пыток или различных форм дискриминации. Наконец, следует отметить отличия по характеру и направленности отдельных прав. В этом случае в одну группу можно объединить *свободы и права на самозащиту*, например, право на жизнь или на личную свободу. В другую группу входят *экономические, социальные и культурные права*, например, право на труд. В третью группу объединены такие права, как *право на развитие, на здоровую окружающую среду, на мир, солидарность и разоружение, на участие в общем наследии человечества, а также право распоряжаться природными ресурсами*⁴¹⁴. Различия также имеют место в отношении реализации прав и контроля. Как правило, предусматриваются процедуры предоставления отчетов государств, в рамках которых независимые комиссии экспертов проверяют периодически отчеты. Кроме того, существуют процедуры рассмотрения межгосударственных и индивидуальных жалоб, по результатам которых может быть составлен доклад, не обязывающий к исполнению, или вынесено судебное решение.

⁴¹⁴ См.: Riedel, Menschenrechte der dritten Dimension, EuGRZ 1989, 9ff.; см. также Раздел 5. Прельсс, абз. 118 и след.

б) Всеобщая декларация прав человека

Всеобщая декларация прав человека (ВДПЧ), принятая Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г., содержит перечень *гражданских и политических прав*: право на жизнь, свободу от рабства и пыток, право на равную защиту со стороны закона, право на судебную защиту и справедливое судебное разбирательство, свободу мнения и собраний, право на собственность, а также экономические и культурные права. Однако в Декларации также указаны ограничения, в соответствии с которыми при осуществлении своих прав и свобод каждый может подвергнуться только тем ограничениям, которые предусматривает закон исключительно в целях обеспечения прав и свобод других лиц и удовлетворения справедливых требований морали, общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе⁴¹⁵.

Политический и моральный авторитет Декларации не подвергается сомнению. В то же время отсутствует единство взглядов в оценке юридической силы документа. Представлен широкий диапазон мнений от необязательности с точки зрения международного права и приравнивания к международному обычному праву до утверждения, что ВДПЧ является *ius cogens*⁴¹⁶. Изначально Декларация не носила характер международно-правового обязательства, поскольку была принята в форме резолюции, не имевшей обязательной силы. Впоследствии ВДПЧ признали как источник определения и толкования прав, соблюдение которых ООН и ее государства-члены намеревались поощрять в соответствии со ст. 55 и 56 Устава ООН⁴¹⁷. Многочисленные декларации и решения отсылают к ВДПЧ. Декларация указана, например, в преамбуле ЕКПЧ и в Межамериканской декларации от 7 апреля 1951 г. и прямо или косвенно цитируется в текстах национальных конституций. Однако из этого нельзя сделать вывод о юридической обязательности

⁴¹⁵ См.: Alfredsson/Eide (Hrsg), *The Universal Declaration of Human Rights. A Common Standard of Achievement*, 1999; *Kotzur*; 60 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte, MRM 13 (2008) 184ff; *von Bernstorff*, *The Changing Fortunes of the Universal Declaration of Human Rights*, EJIL 19 (2008) 903ff; *Cheng*, *The Universal Declaration of Human Rights at Sixty*, Cornell Int'l LJ 41 (2008) 251ff; *Rinceanu*, *Norm- und Systementwicklung zum Schutz der Menschenrechte, Humanitäres Völkerrecht* 21 (2008) 220ff; *Wesckel*, *La justice internationale et le soixantième anniversaire de la Déclaration universelle des droits de l'homme*, RGDIP 113 (2009) 5ff.

⁴¹⁶ Юридическую силу отрицают: *Epping* (сноска 9) § 7 Rn 9; *Humphrey*, *The Universal Declaration of Human Rights. Its History, Impact and Judicial Character*, в: Ramcharan (Hrsg), *Human Rights: Thirty Years after the Universal Declaration*, 1979, 29ff; противоположного мнения придерживается *Gros Espiell*, *The Evolving Concept of Human Rights: Western, Socialist and Third World Approaches*, in: ebd, 46ff; признание всех прав, содержащихся в ВДПЧ, частью международного обычного права см. *Hobe* (сноска 317) 424f.

⁴¹⁷ *Kokott/Doehring/Buergenthal*, *Grundzüge des Völkerrechts*, 3. Aufl 2003, Rn 251.

Декларации в целом. Тем не менее *некоторые положения* Декларации, например о запрещении рабства, могут считаться *международно-правовым обычаем*. ВДПЧ устанавливает стандарт для оценки результатов, достигнутых в сфере защиты прав человека⁴¹⁸. Комиссия по правам человека, образованная на основании Резолюции Генеральной Ассамблеи 1503 (1970), была упразднена Резолюцией Генеральной Ассамблеи от 15 марта 2006 г. и заменена Советом по правам человека. На основании сообщений о систематических и значительных нарушениях прав человека Комиссия по правам человека должна была проводить расследования против государств, составлять по итогам расследования доклады для Экономического и Социального Совета и давать рекомендации. Но поскольку Комиссия в значительной части состояла из государств, в которых происходили систематические нарушения прав человека, часть государств признала ее деятельность неэффективной. Действующий в настоящее время Совет по правам человека состоит из 47 членов, которые избираются Генеральной Ассамблеей абсолютным большинством голосов всех государств-членов. Совет по правам человека заседает несколько раз в год и должен действовать также в превентивном порядке. Эффективность его работы оценивается неоднозначно, поскольку и в этот орган были избраны представители государств, обвиняемых в систематических нарушениях прав человека.

в) Пакты о правах человека от 19 декабря 1966 г.

236 В 1966 г. Генеральная Ассамблея ООН приняла Международный пакт о гражданских и политических правах (далее — МПГПП)⁴¹⁹ и Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (далее — МП-ЭСКП)⁴²⁰. Эти международно-правовые договоры вступили в силу в 1976 г. после необходимой ратификации государствами. Германия ратифицировала оба пакта⁴²¹.

237 МПГПП закрепляет в ст. 1 право народов на самоопределение. Фундаментальные права и свободы закреплены в Части III МПГПП, в том числе,

⁴¹⁸ *Partsch*, in: Charta VN, Art 55 Rn 33; к вопросу о значении ВДПЧ см. также: *Klein*, *Universeller Menschenrechtsschutz — Realität oder Utopie?*, EuGRZ 1999, 109ff.

⁴¹⁹ BGBl 1973 II, 1534.

⁴²⁰ BGBl 1973 II, 1570.

⁴²¹ См.: *Sun*, *The Understanding and Interpretation of the ICCPR in the Context of China's possible Ratification*, Chinese JIL 6 (2007) 17ff; *Jihong*, *Two Approaches towards the Ratification of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Chinese YHR 4 (2006) 103ff; *Ando*, *The Development of the Human Rights Committee's Procedure to Consider States Parties' Reports under Article 40 of the ICCPR*, in *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law*, 2007, 17ff; *Simmons*, *Civil Rights in International Law*, Indiana JGLS 16 (2009) 437ff; *Ghandhi*, *The Human Rights Committee of the ICCPR*, IJIL 48 (2008) 208ff.

право на жизнь, свободу от пыток и рабства, право на личную свободу и безопасность, право на справедливый судебный процесс и запрет обратной силы законов и наказаний, Также гарантируются право на вступление в брак и создание семьи, права детей и право на участие в формировании воли государства, но не право собственности. Сфера защиты Пакта была расширена Вторым факультативным протоколом об отмене смертной казни от 15 декабря 1989 г., который вступил в силу для ФРГ в 1992 г.⁴²² Действие указанных прав может быть приостановлено при наличии предпосылок, указанных в ст. 4.

МПЭСКП не содержит прямых обязанностей по обеспечению прав, а ставит его в зависимость от наличия средств. Это следует, в частности, из ст. 2 (абз. 1), согласно которой государства-участники в индивидуальном порядке и в порядке международной помощи и сотрудничества обязаны принимать меры для постепенного обеспечения реализации установленных МПЭСКП прав в полном объеме и всеми подходящими способами⁴²³. **238**

Для обеспечения *реализации* перечисленных в Пактах прав используется система составления периодических и обязательных отчетов (ст. 40 (абз. 1) МПГПП и ст. 16 (абз. 1) МПЭСКП). Отчеты по осуществлению МПЭСКП проверяет состоящий из восемнадцати независимых экспертов Комитет по экономическим и культурным правам, который согласно ст. 68 Устава ООН был создан Советом Безопасности в 1985 г. в качестве вспомогательного органа Экономического и Социального Совета. Отчеты по осуществлению МПГПП проверяет Комитет ООН по правам человека. Он также состоит из восемнадцати независимых членов и после окончания проверки представляет *общие комментарии* к отдельным положениям с целью обеспечения единообразного применения Пакта⁴²⁴. **239**

Статья 41 МПГПП предусматривает подачу межгосударственной жалобы теми государствами, которые заявили о признании компетенции Комитета по правам человека, в части принятия и проверки сообщений, в которых государство-участник заявляет, что другое государство-участник не исполняет своих обязательств по Пакту. После закрытого совещания Комитет по правам человека в течение 12 месяцев составляет доклад, который затем передается заинтересованным государствам. В Докладе излагаются обстоятельства дела, содержится письменное заключение, а также протокол устных объяснений участвующих в разбирательстве государств-участников. Вопрос, **240**

⁴²² BGBl 1992 II, 391.

⁴²³ К вопросу о реализации прав см.: *Türk*, The United Nations and the Realization of Economic, Social and Cultural Rights, в: Matscher (Hrsg), Die Durchsetzung wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte, 1991, 95ff; *Simma* (сноска 54) 75ff.

⁴²⁴ См.: *Wense*, Der UN-Menschenrechtsausschuß und sein Beitrag zum universellen Schutz der Menschenrechte, 1999.

существует ли нарушение Пакта, не ставится. ФРГ продлила срок признания процедуры межгосударственных жалоб 22 октября 1997 г. на пять лет⁴²⁵.

- 241 *Индивидуальную жалобу* предусматривает Факультативный протокол к МПГПП от 19 декабря 1966 г.⁴²⁶, который требует особой процедуры подписания и ратификации. Факультативный протокол предоставляет индивидам право на подачу в Комитет сообщения о нарушении их прав по МПГПП для проверки (ст. 2). Как и при рассмотрении межгосударственной жалобы, Комитет по правам человека совещается в закрытом заседании без привлечения стороны. Результат сообщается соответствующему государству-участнику и заявителю.

г) Специальные конвенции о защите прав человека

- 242 Специальные конвенции на универсальном уровне касаются, в частности, запрета пыток, рабства и принудительных работ, предупреждения и наказания за геноцид, торговлю женщинами и детьми, запрета расовой дискриминации и апартеида, а также дискриминации женщин⁴²⁷.

- 243 *Конвенция ООН против пыток* и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания от 10 декабря 1984 г.⁴²⁸ вступила в силу в 1987 г.⁴²⁹ Статья 1 (абз. 1) содержит определение понятия «пытка». Статья 2 обязывает государства-участников предпринимать эффективные законодательные, административные, судебные и иные меры для предупреждения пыток на любой территории под их юрисдикцией. Исключительные обстоятельства, такие как состояние войны или угроза войны, внутренняя политическая нестабильность или любое другое чрезвычайное положение, не могут служить оправданием пыток. Кроме того, государства-участники обязуются преследовать в уголовном порядке лиц, подозреваемых в применении пыток. Конвенция также устанавливает запрет на высылку в случае, если в государстве высылки существует угроза применения пыток и действует договор о межгосударственной правовой помощи и высылке.

- 244 Инструментами реализации Конвенции являются общая обязанность по составлению отчета, конфиденциальная процедура проверки, факультативная межгосударственная жалоба, а также факультативная индивидуальная

⁴²⁵ BGBI 1997 II, 1355.

⁴²⁶ BGBI 1992 II, 1247.

⁴²⁷ Обзор различных конвенций см.: *Ipsen*, in: ders (сноска 9) § 48 Rn 1ff и в VN 1994, 118ff.

⁴²⁸ BGBI 1990 II, 247.

⁴²⁹ См.: *Hailbronner/Randelzhofer*, Zur Zeichnung der UN-Folterkonvention durch die Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1986, 641; *Edwards*, The Optional Protocol to the Convention against Torture and the Detention of Refugees, ICLQ 57 (2008) 789ff.

жалоба, которые проверяются Комитетом против пыток, состоящим из десяти независимых экспертов. Комитет не может устанавливать нарушение Конвенции. Его компетенция ограничена сообщением соответствующему государству о своем мнении по данному делу. Кроме того, запланировано введение системы превентивных посещений.

Конвенция о правах ребенка от 20 ноября 1989 г. вступила в силу в 1990 г. и действует в отношении ФРГ с 1992 г.⁴³⁰ Конвенция подлежит применению в отношении любого лица, не достигшего 18-летнего возраста, если по национальному законодательству, применимому к данному ребенку, он не достиг совершеннолетия ранее. Конвенция обязывает государства-участников, в частности, гарантировать права, установленные Конвенцией, без дискриминации, независимо от расы, цвета кожи, пола или статуса ребенка, его родителей или законных опекунов. Интересы ребенка и его благополучие являются приоритетом при принятии любых государственных мер. Права и обязанности родителей и других лиц, несущих за него ответственность по закону, следует уважать. В Конвенцию включены также особые права, такие как право на жизнь, на имя или гражданство, на защиту от причинения физического и морального вреда, сексуальных домогательств и эксплуатации. **245**

При ратификации Конвенции ФРГ сделала заявления о толковании некоторых ее положений и подтвердила мнение о том, что Конвенция обосновывает международно-правовые обязанности по адаптации национального права, но такие положения, как о родительских правах, не подлежат непосредственному применению на национальном уровне. Кроме того, ни одно положение Конвенции не может быть истолковано таким образом, чтобы допустить нелегальный въезд или нелегальное пребывание иностранного гражданина⁴³¹. В 2010 г. федеральное правительство ФРГ отозвало оговорку к ст. 3 Конвенции, вследствие чего на сегодняшний день благополучие и интересы ребенка имеют приоритет также в рамках права о статусе беженцев и предоставлении убежища, например, при вынесении решения о взятии под стражу с целью депортации⁴³². **246**

⁴³⁰ См.: *Alen*, The UN Children's Rights Convention, 2007; *Shmueli*, The Influence of the United Nations Convention on the Rights of the Child on Corporal Punishment, ORIL 10 (2008) 189ff; *Baer*, Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes, NJW 1993, 2209ff; *Dorsch*, Konvention über die Rechte des Kindes, 1994; *Finger*, Das Übereinkommen über die Rechte des Kindes und sein Einfluß auf das deutsche Kindschafts- und Familienrecht, JR 1992, 177ff.

⁴³¹ См.: VG Frankfurt, NVwZ 1994, 1137ff; см. также *Tomuschat*, Verwirrung über die Kinderrechte-Konvention der Vereinten Nationen. Zur innerstaatlichen Geltungskraft völkerrechtlicher Verträge, FS Zacher, 1998, 1143ff.

⁴³² См.: *Krieger*, Die UN-Kinderrechtskonvention und die Handlungsfähigkeit unbegleiteter Minderjähriger im deutschen Asyl- und Ausländerrecht, RdJB 2012, 206ff; *Löhr*, Kinderrechtskonvention, RdJB 2012, 191ff.

247 Инструментом реализации Конвенции является *процедура предоставления отчетов* (ст. 44). Оценка результатов, достигнутых государством-участником при исполнении взятых на себя обязательств, осуществляется Комитетом по правам ребенка, состоящим из десяти экспертов⁴³³.

2. Защита прав человека на региональном уровне

а) Совет Европы

248 Устав Совета Европы был подписан 5 мая 1949 г. десятью западно-европейскими государствами. 13 сентября 1950 г. ФРГ присоединилась в качестве ассоциированного члена, а со 2 мая 1951 г. — полноправного члена. В Совет Европы впоследствии вступили также государства Центральной и Восточной Европы.

249 В задачи Совета Европы входит установление тесной связи между государствами в целях защиты и развития идеальных принципов и содействия экономическому и социальному развитию. Вопросы национальной обороны исключены из сферы его деятельности. Наиболее эффективным инструментом в рамках Совета Европы является разработка международно-правовых договоров, к которым могут присоединяться члены международной организации, а к некоторым договорам — также и государства, не являющиеся членами.

б) Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод

250 Основным международно-правовым соглашением в рамках Совета Европы, гарантирующим индивидам права посредством предоставления прав человека и обеспечения их реализации, является Конвенция о защите прав человека и основных свобод (далее — ЕКПЧ) с дополнительными протоколами. Конвенция подписана 4 ноября 1950 г. в Риме и вступила в силу 3 сентября 1953 г.⁴³⁴ ФРГ ратифицировала ЕКПЧ 5 декабря 1952 г. ЕКПЧ была первой региональной кодификацией прав человека, обязательной

⁴³³ О 6-м и 7-м заседаниях Комитета см.: *Rudolf*, VN 1995, 72ff.

⁴³⁴ См.: *Frowein/Peukert*, EMRK, 2. Aufl 2009; *Karpenstein/Mayer* (сноска 22); *Meyer-Ladewig* (сноска 22); *Karl* (Hrsg), Internationaler Kommentar zur EMRK, Loseblatt; *Jacobs/White/Ovey*, The European Convention on Human Rights, 5. Aufl 2010; *Peters/Alt-wicker*, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl 2010; *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl 2009; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl 2010; *Wolfrum*, Aspekte des Schutzes von Minderheiten unter dem Europäischen Menschenrechtssystem, FS Ress, 2005, 1109ff; *Thürer*, Grundrechtsschutz in Europa — Globale Perspektive, ZSchR 124 (2005) 51ff; *Ress*, Menschenbild — Staatsbild: Gedanken zur Konzeption des Staates und zur Stellung des Menschen in der Europäischen Menschenrechtskonvention, GS Burmeister, 2004, 309ff;

для исполнения. Соблюдение прав человека согласно ЕКПЧ обеспечивает *Европейский суд по правам человека* (далее — ЕСПЧ), расположенный в Страсбурге, в который могут обращаться индивиды и государства (см. ниже абз. 258 и след.).

ЕКПЧ занимает особое место в иерархии норм на внутригосударственном уровне⁴³⁵. В ФРГ ЕКПЧ была трансформирована в национальное право в форме закона об одобрении. Если после принятия закона об одобрении принимаются правовые акты, противоречащие ЕКПЧ, они должны толковаться ограничительно и не применяться в части, противоречащей Конвенции, поскольку следует исходить из того, что немецкий законодатель заинтересован в соблюдении международного права⁴³⁶. 251

Кроме того, ЕКПЧ оказывает влияние на право ЕС. С одной стороны, ст. 6 (абз. 2) Договора о ЕС ссылается на основные права, установленные в ЕКПЧ, с другой стороны, Суд ЕС учитывает в своей практике основные права, действующие в рамках ЕС, которые он выводит, в частности, из ЕКПЧ⁴³⁷. Кроме того, Хартия ЕС об основных правах⁴³⁸, подлежащая непосредственному применению на основании Лиссабонского договора⁴³⁹, тесно связана с правами, закрепленными в ЕКПЧ. Под юрисдикцию ЕСПЧ подпадают действия государств-участников, но не органов ЕС⁴⁴⁰. Но и в случае 252

Bothe, Die Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention in bewaffneten Konflikten, ZaöRV 65 (2005) 615ff.

⁴³⁵ См.: *Peters/Altwicker* (сноска 438) § 1 II.

⁴³⁶ BVerfGE 111, 307ff mit Anm von *E. Klein*, JZ 2004, 1176ff; *Tettinger*, Steine aus dem Glashaus, JZ 2004, 1144ff; *Papier*, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa, ZSchR 2005, 113ff.; *Ruffert*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und innerstaatliches Recht, EuGRZ 2007, 245ff.

⁴³⁷ EuGH, Rs C-112/00, Slg 2003, I-5659, Rn 71ff (*Шмидбергер (Schmidberger)*); Rs C-60/00, Slg 2002, I-6279 (*Карпеннер (Carpenter)*); Gutachten 2/94, EuGRZ 1996, 197 (206, Rn 33).

⁴³⁸ Торжественно провозглашена Европейским Советом 7 декабря 2000 г. в Ницце (ABl EG 2000, Nr C 364/1).

⁴³⁹ *Klein*, Dogmatische und methodische Überlegungen zur Einordnung der Europäischen Menschenrechtskonvention in den Grundrechtsfundus der Europäischen Union, in Rechtsstaatliche Ordnung Europas, 2007, 257ff; *Pache/Rösch*, Europäischer Grundrechtsschutz nach Lissabon, EuZW 2008, 519ff; *Lindner*, Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenensystem, Jura 2008, 401ff; *Brunner*, Konkurrenz um Menschenrechte in Europa, Integration 31 (2008) 65ff; *Britz*, Europäisierung des grundrechtlichen Datenschutzes?, EuGRZ 2009, 1ff.

⁴⁴⁰ ЕСПЧ. См.: EuGRZ 1999, 2000 (Мэтьюс (*Matthews против Великобритании*)); см. также: *Hailbronner/Lochum*, Europarecht I, 2005, Rn 62f.; *Hailbronner/Lochum*, Europarecht I, 2005, Rn 62f; *Ress*, Konkordanz in der Interpretation von Kompetenzbegriffen durch EuGH und EGMR, FS Hirsch, 2008, 155ff; *Petersmann*, Human Rights, International Economic Law and «Constitutional Justice», EJIL 19 (2008) 769ff; *Berka*, Europäischer Grundrechtsschutz zwischen Konflikt, Kooperation und Koordination, in Rechtsschutz gestern—heute—morgen, 2008, 505ff; *De Schutter*, The Two Europes of Human Rights, Colum JEL 14 (2008) 509ff; *Baier*, Der Schutz der Menschenrechte durch Strafpflichten auf der Basis der Europäischen Menschenrechtskonvention, Iustitia et pax, 2008,

применения права ЕС государства-участники связаны положениями Конвенции⁴⁴¹. Это правило действует, даже если действия государства-участника предприняты в целях выполнения международных обязательств, вытекающих из резолюций Совета Безопасности ООН. В этом случае презюмируется, что при исполнении своих международных обязательств государство-участник Конвенции не нарушило ее, если международная система обеспечивает защиту основных прав, сходную, но не идентичную механизмам защиты ЕКПЧ⁴⁴².

252а

ЕСПЧ определяет понятие «юрисдикция» ст. 1 ЕКПЧ как *властные полномочия, ограниченные территорией государства*⁴⁴³. Поэтому жалоба, поданная на действия государств-участников договора, осуществивших воздушные бомбардировки во время войны в Югославии, не принимается к производству. Лишь в исключительных случаях экстратерриториальное действие государства-участника может обосновать его юрисдикцию в соответствии с ЕКПЧ, если государство осуществляет контроль над территорией, расположенной за пределами его границ, в силу оккупации или согласия, просьбы или одобрения правительства этой территории. По мнению ЕСПЧ, господство НАТО в воздушном пространстве над Югославией не обосновывает суверенную власть такого рода⁴⁴⁴. Из фактического контроля над территорией за пределами собственной государственной территории ЕСПЧ исходил при оккупации Ирака вооруженными силами Великобритании⁴⁴⁵. В решениях по делам *Аль-Скеини (Al-Skeini)* и *другие против Великобритании* и *Аль-Джедда (Al-Jedda) против Великобритании* ЕСПЧ установил, что ЕКПЧ применима в связи с убийствами гражданских лиц в Ираке и интернированием иракских граждан в то время, когда Великобритания осуществляла контроль над территорией Ирака⁴⁴⁶. Аргумент, приведенный Великобританией в процессе по делу *Аль-Джедды (Al-Jedda)*, о том, что фактический контроль после принятия резолюции Совета Безопасности ООН в то время

293ff; *Daiber*, Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts durch den EGMR?, EuR 2007, 406ff; *Greer/Williams*, Human Rights in the Council of Europe and the EU, ELJ 15 (2009) 462ff; *Karl*, Die Rolle des Staatsverhaltens bei der Auslegung und Anwendung der Europäischen Menschenrechtskonvention, in Human Rights, Democracy and the Rule of Law, 2007, 379ff.

⁴⁴¹ ЕСПЧ. См.: EuGRZ 1999, 193 (*Кантони (Cantoni) против Франции*); *Hailbronner/Jochum* (сноска 444) Rn 62.

⁴⁴² ЕСПЧ. См.: NJW 2006, 197 (*Босфорус (Bosphorus)*); *Hailbronner*, Immunity of International Organizations from National Jurisdiction with Particular Reference to Germany, in: de Cooker (Hrsg), International Administration, 2005, III.3.

⁴⁴³ *Johann*, in Karpenstein/Mayer, EMRK, Art 1 Rn 20 («презумпция против экстратерриториального действия»).

⁴⁴⁴ ЕСПЧ. См.: NJW 2003, 413 (*Банкович (Banković)*).

⁴⁴⁵ ЕСПЧ от 2.3.2010, № 61498/08 [*Аль-Саадун (Al Saadoon) и Муфди (Mufdhi)*].

⁴⁴⁶ ЕСПЧ, NJW 2012, 283 [*Аль-Скеини (Al-Skeini) и другие против Великобритании*]; *juris [Аль-Джедда (Al-Jedda) против Великобритании]*.

осуществляла ООН, был отклонен ЕСПЧ, поскольку он считал, что контроль Совета Безопасности не являлся эффективным. В связи с этим решением возник вопрос, насколько принцип территориального ограничения юрисдикции, установленный в решении по делу *Банковича (Banković)*, был изменен⁴⁴⁷. Кроме того, высказывались критические замечания в связи с тем, что ЕСПЧ ставит обеспечение прав человека в зависимости от территориальных вопросов⁴⁴⁸. Однако ЕСПЧ не исключал экстерриториальное применение ЕКПЧ и в прошлом, но связывал его с разными формами контроля над территорией. Поэтому на основании актуальной судебной практики ЕСПЧ следует исходить из того, что государства-члены ЕКПЧ не могут отказаться от защиты прав человека при осуществлении эффективной государственной власти. Если речь идет об осуществлении суверенных прав на территории посольства⁴⁴⁹, похищении лиц носителями властных полномочий за границей⁴⁵⁰, оккупации чужой территории⁴⁵¹ или контроле нейтральных вод национальными органами⁴⁵², ЕСПЧ применяется. Однако осуществление властных полномочий в этих случаях не должно быть локальным, краткосрочным или случайным.

ЕСПЧ установил в решении по делу Аль-Скеини (*Al-Skeini*), что степень обеспечения прав человека зависит от объема и эффективности контроля над территорией⁴⁵³. Это очень проблематичный подход, поскольку такое применение ЕКПЧ приведет к нивелированию стандартов, которое было намеренно исключено в решении ЕСПЧ по делу Банковича (*Banković*). Но, несмотря на то, что ЕСПЧ в решении по делу Аль-Скеини (*Al-Skeini*) учел обстоятельства конкретного дела, вследствие чего стала, в принципе, возможна градация степени обеспечения прав человека, требования в отношении действий Великобритании на основании ст. 2 ЕКПЧ не были занижены. Таким образом, ЕСПЧ не исключил возможность снижения требований к обеспечению прав человека, но не воспользовался этой возможностью в отношении оккупационных властей Великобритании. В долгосрочной

⁴⁴⁷ См.: *Jankowska-Gilberg*, Das Al-Skeini-Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, AVR 50 (2012) 61ff; *Johann*, in Karpenstein/Mayer, EMRK, Art 1 Rn 30.

⁴⁴⁸ См., например, *von Arnould*, Völkerrecht, 2012, Rn 634.

⁴⁴⁹ Постановление Европейской комиссии по правам человека от 14.10.1992 [*W.M. против Дании*].

⁴⁵⁰ ЕСПЧ, EuGRZ 2005, 463 [*Оджалан (Öcalan) против Турции*]; постановление Европейской комиссии по правам человека от 24.6.1996, DR 86, 162 [*Ильич Рамирес Санчес (Ilich Ramirez Sanchez) против Франции*].

⁴⁵¹ ЕСПЧ, EuGRZ 1997, 555 [*Лоизиду (Loizidou) против Турции*]; ЕСПЧ, NJW 2012, 283 [*Аль-Скеини (Al-Skeini) и другие против Великобритании*]; ЕСПЧ, juris [*Аль-Джедда (Al-Jedda) против Великобритании*].

⁴⁵² ЕСПЧ, NVwZ 2012, 809ff [*Хирси Джамаа (Hirsi Jamaa) и другие против Италии*].

⁴⁵³ EGMR, NJW 2012, 283 (сноска 137).

перспективе представляется нецелесообразным, применяя ЕКПЧ только формально, ограничивать и, в конечном итоге, снижать стандарты защиты прав человека⁴⁵⁴. Предпочтительнее было бы снизить требования к эффективному контролю государства-члена над лицами и территориями⁴⁵⁵.

253 ЕКПЧ содержит перечень гражданских и политических прав, расширенный дополнительными протоколами⁴⁵⁶. ЕСПЧ, используя динамическое толкование, установил содержание и допустимые основания ограничения этих прав⁴⁵⁷.

254 В разделе I ЕКПЧ закреплены основополагающие права и свободы, такие как право на жизнь или запрет пыток (см. ниже абз. 322 о применении ЕКПЧ в случае выдачи). Смертная казнь в качестве меры наказания, закрепленной в законе и назначенной судом, исключена из сферы применения Конвенции. Этот пробел восполнен 6-м Дополнительным протоколом⁴⁵⁸.

255 Запрет пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания, предусмотренный ст. 3 ЕКПЧ⁴⁵⁹, дополняется Европейской конвенцией по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания от 26 ноября 1987 г.⁴⁶⁰ В отличие от Конвенции ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения или наказания от 10 декабря 1984 г.⁴⁶¹, она предусматривает реализацию *превентивной системы посещения*. Независимый комитет⁴⁶² проверяет, подвергаются ли заключенные тюрем и других учреждений государств-участников бесчеловечному обращению. Протокол, предложенный для подписания 4 ноября 1993 г.⁴⁶³, указывает

⁴⁵⁴ Противоположная точка зрения см.: *Jankowska-Gilberg* (сноска 451) 64f u 67.

⁴⁵⁵ См.: *Johann*, in *Karpenstein/Mayer*, EMRK, Art 1 Rn 30f; к вопросу о критерии «эффективного контроля» см.: *Jankowska-Gilberg* (сноска 451) 68ff.

⁴⁵⁶ См.: *Ehlers*, Die Europäische Menschenrechtskonvention, JURA 2000, 372 ff.

⁴⁵⁷ См.: *Herdegen* (сноска 52) § 49 Rn 4; *Hoppe*, Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zur Aufenthaltsbeendigung, ZAR 2008, 251ff; *Deibel*, Die Ausweisung von Ausländern unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZAR 2009, 121ff; *Caroni*, Die Praxis des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Bereich des Ausländer- und Asylrechts, JMR 2007/2008, 265ff.

⁴⁵⁸ Протокол № 6 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод об отмене смертной казни от 28 апреля 1983 г.

⁴⁵⁹ ЕСПЧ. См.: EuGRZ 2001, 576ff (*Калантари (Kalantari) против ФРГ*); ЕСПЧ. См.: EuGRZ 2001, 580ff (*Гюлер (Güler) против ФРГ*); ЕСПЧ. См.: EuGRZ 2001, 582ff (*Адам (Adam) против ФРГ*); ЕСПЧ. См.: NVwZ 1997, 1093 (*Чахал (Chahal) против Великобритании*); см. также: *Hailbronner*, Art. 3 EMRK — ein neues europäisches Konzept der Schutzgewährung?, DÖV 1999, 617ff.

⁴⁶⁰ BGBl 1989 II, 946.

⁴⁶¹ BGBl 1990 II, 247.

⁴⁶² См.: Правила процедуры Европейского Комитета по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания от 16 ноября 1989 г.

⁴⁶³ ETS Nr 151; Протокол № 2 имеет технический характер (ETS Nr 152).

на возможность его ратификации не только государствами-членами Совета Европы, но и другими странами.

Статьи 4 и 5 ЕКПЧ устанавливают право на свободу и безопасность и запрет на принудительные работы и рабство⁴⁶⁴. Защита свободы передвижения гарантирована положениями ст. 2 Дополнительного протокола № 4⁴⁶⁵. 256

Как правило, чаще всего подаются жалобы о нарушении закрепленного в ст. 6 ЕКПЧ права на справедливое судебное разбирательство. Статья 6 гарантирует индивиду ряд процессуальных прав в качестве институциональных гарантий⁴⁶⁶, например, вынесение решения независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона, и доступ к суду. Процесс должен проводиться публично и в пределах разумного срока. В случае затягивания срока проведения процесса правительство не может ссылаться на то, что оно не в состоянии повлиять на независимые суды, поскольку оно может решить проблему, например, посредством создания дополнительных рабочих мест⁴⁶⁷. Статья 7 ЕКПЧ устанавливает запрет наказания в отсутствие закона, предусматривающего наказуемость (*nulla poena sine lege*). 257

Статьи 8–12 ЕКПЧ содержат особые основные права и свободы, включая уважение личной жизни, право на уважение семейной жизни⁴⁶⁸, свободу мысли, совести и религии⁴⁶⁹, право на свободное выражение мнения⁴⁷⁰, а также свободу собраний и объединений. Право родителей на воспитание детей в соответствии с их религиозными взглядами и мировоззрением закреплено в ст. 2 Дополнительного протокола № 1⁴⁷¹. Право собственности гарантировано ст. 1 Дополнительного протокола № 1⁴⁷². 258

⁴⁶⁴ ЕСПЧ. См.: ECHR 1996-III (*Амуур (Amuur) против Франции*).

⁴⁶⁵ Протокол № 4 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, гарантирующий определенные права и свободы, которые не охватывались Конвенцией и предыдущими Дополнительными протоколами, от 16 сентября 1963 г.

⁴⁶⁶ ЕСПЧ. См.: EuGRZ 2003, 472ff (*Оджалан (Ocalan) против Турции*); EuGRZ 1999, 323 (*Пелисье (Pelissier) и Сасси (Sassi) против Франции*); EuGRZ 1999, 660 (*Теixeira de Castro (Teixeira de Castro) против Португалии*).

⁴⁶⁷ ЕСПЧ. См.: EuGRZ 2001, 299ff (*Метцгер (Metzger) против ФРГ*); EuGRZ 1999, 323 (*Пелисье (Pelissier) и Сасси (Sassi) против Франции*); EuGRZ 1999, 215 (*Лаино (Laino) против Италии*); EuGRZ 1996, 192 (*А. и другие против Дании*); EuGRZ 1996, 514 (*Зюссманн (Süßmann) против ФРГ*).

⁴⁶⁸ ЕСПЧ. См.: EuGRZ 2002, 244ff (*Кутцнер (Kutzner) против ФРГ*); InfAusLR 2002, 334 (*Сен (Sen) против Нидерландов*); EuGRZ 2002, 25ff (*Захин (Sahin) против ФРГ*); EuGRZ 2001, 588ff (*Зоммерфельд (Sommerfeld) против ФРГ*); NJW 2003, 2595f (*Адам (Adam) против ФРГ*); InfAusLR 2000, 474ff (*Силуз (Ciliz) против Нидерландов*).

⁴⁶⁹ ЕСПЧ. См.: EuGRZ 2003, 595ff (*Далаб (Dahlab) против Швейцарии*).

⁴⁷⁰ ЕСПЧ. См.: EuGRZ 2001, 475ff (*Вилле (Wille) против Лихтенштейна*).

⁴⁷¹ Дополнительный протокол к Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 20.03.1952 г.

⁴⁷² ЕСПЧ. См.: EuGRZ 1999, 316 (*Иатридис (Iatridis) против Греции*); EuGRZ 1996, 593 (*Хентрих (Hentrich) против Франции*); Fiedler, Die Europäische Menschenkonvention und der Schutz des Eigentums, EuGRZ 1996, 354ff.

259 Ст. 14 ЕКПЧ, основанная на ст. 2 (абз. 1) Всеобщей декларации прав человека, содержит определение запрещения дискриминации. На основании формулировки изначально предполагалось, что нарушение ст. 14 возможно только в сочетании с другими материальными правами, закрепленными в ЕКПЧ. ЕСПЧ подтвердил, что ст. 14 не имеет самостоятельного значения, независимого от других нормативных положений Конвенции, однако из этого не следует, что она применяется только при нарушении соответствующих гарантий, предусмотренных ЕКПЧ. Тем не менее мера, сама по себе соответствующая требованиям определенной нормы Конвенции, может нарушить это конвенционное право в сочетании со ст. 14, поскольку в целом она является дискриминационной⁴⁷³. На практике ст. 14 следует понимать как составную часть других конвенционных прав и свобод⁴⁷⁴. Общее запрещение дискриминации в отношении любого права, *установленного законом*, содержится в Дополнительном протоколе № 12⁴⁷⁵.

260 Право на гражданство не закреплено в ЕКПЧ⁴⁷⁶. Тем не менее ЕСПЧ⁴⁷⁷ отмечает, что произвольный отказ от предоставления гражданства может являться нарушением ст. 8 ЕКПЧ вследствие воздействия на частную жизнь индивида при определенных обстоятельствах. Однако в этом случае возникает вопрос об объеме контрольных полномочий⁴⁷⁸.

261 В соответствии с Дополнительным протоколом № 11⁴⁷⁹ реализация прав, указанных в ЕКПЧ, возложена на ЕСПЧ⁴⁸⁰. Этот Протокол упразднил двухфазовую процедуру рассмотрения дела в Комиссии и Суде. Исполнение

⁴⁷³ ЕСПЧ. См.: HRLJ 1992, 7 (*газета «Observer» и другие против Великобритании*); EuGRZ 1979, 386 (*газета «Sunday Times» и другие против Великобритании*).

⁴⁷⁴ *Frowein/Peukert*, EMRK, Art 14, Rn 2.

⁴⁷⁵ Протокол № 12 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 2000 г. (ETS № 177); см.: *Wolfrum*, Das Verbot der Diskriminierung gemäß den internationalen Menschenrechtsabkommen, FS Zuleeg, 2005, 385ff.

⁴⁷⁶ ЕСПЧ. См.: DR 43 (1985) 216 (*K. и W. против Нидерландов*).

⁴⁷⁷ ЕСПЧ. См.: NVwZ 2000, 301 (*Карасев против Финляндии*).

⁴⁷⁸ См.: *Ress*, Die Rechtsstellung des Fremden im Rahmen der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, в: Hailbronner (Hrsg), Die allgemeinen Regeln des völkerrechtlichen Fremdenrechts, 2000, 105 (113ff).

⁴⁷⁹ Протокол № 11 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод в отношении реорганизации контрольного механизма, от 11 мая 1994 г. (ETS № 155).

⁴⁸⁰ См.: *Tomuschat*, Individueller Rechtsschutz: Das Herzstück des «ordre public europeen» nach der EMRK, EuGRZ 2003, 95ff; *Siess-Scherz*, Der EGMR nach der Erweiterung des Europarates, EuGRZ 2003, 100ff; *Engel*, Status, Ausstattung und Personalhoheit des Inter-Amerikanischen Gerichtshofs und des EGMR, EuGRZ 2003, 122ff; *Schokkenbroeck*, Die Arbeit des Europarates betreffend die Reform des Gerichtshofes, EuGRZ 2003, 134ff; *Stoltenberg*, Neuere Vorschläge zur Reform des EGMR aus dem Kreise der Mitgliedstaaten, EuGRZ 2003, 139ff; *Ohms*, Bewertung des Diskussionsstandes über die Entlastung des EGMR, EuGRZ 2003, 141ff; *Peukert*, Zur Reform des Europäischen Systems des Menschenrechtsschutzes, NJW 2000, 49ff; *Wildhaber*, Der vollamtliche Europäische Gerichtshof für Menschenrechte nach seinem ersten Jahr, ZSR 119 (2000) 123ff.

решений продолжает контролировать Комитет министров. Поскольку с момента вступления ЕКПЧ в силу количество государств-участников увеличилось в три раза, потребовалось провести реформу. Кроме того, многие государства Центральной и Восточной Европы присоединились к Совету Европы, став государствами-участниками ЕКПЧ.

После создания ЕСПЧ виды производства не изменились. Так, в соответствии со ст. 34 Конвенции о ЕКПЧ любое физическое лицо, неправительственная организация или группа лиц может подать индивидуальную жалобу⁴⁸¹ на нарушение государством-участником Конвенции одного из его прав, признанных в ЕКПЧ или в Протоколах к ней. Специального заявления государства-участника о признании юрисдикции ЕКПЧ не требуется. Для формальной обоснованности индивидуальной жалобы в соответствии со ст. 35 ЕКПЧ необходимо исчерпать все внутригосударственные возможности правовой защиты⁴⁸². Подача межгосударственной жалобы⁴⁸³ возможна в соответствии со ст. 33 Конвенции⁴⁸⁴. **262**

Решения ЕСПЧ принимаются комитетом в составе трех судей, Палатой в составе семи судей или Большой Палатой в составе семнадцати судей. Функция фильтрации, которая ранее осуществлялась Комиссией, возложена в настоящее время на комитеты, которые могут признать формальную необоснованность индивидуальной жалобы или изъять ее из списка. **263**

В соответствии с правилом 39 Регламента ЕСПЧ могут быть приняты предварительные судебные меры. Предварительные меры назначаются, в частности, в случае угрозы нарушения ст. 3 Конвенции о ЕКПЧ⁴⁸⁵. **264**

В случае если дело, находящееся на рассмотрении Палаты, касается вопроса основополагающего характера о толковании положений ЕКПЧ или протоколов к ней или если решение Палаты может отклониться от прежней практики ЕСПЧ, дело в любое время может быть передано Палатой на рассмотрение Большой Палаты, при условии, что ни одна из сторон не возражает против этого. Второй инстанции не существует. В исключительных случаях в течение трех месяцев после оглашения решения Палаты сторона может ходатайствовать о передаче дела в Большую Палату на основании ст. 43 ЕКПЧ. Однако для этого необходимо, чтобы дело касалось основополагающего вопроса о толковании или применении ЕКПЧ или протоколов к ней или вопроса общего значения. Если Большая Палата принимает дело к производству, она выносит решение. Тем не менее такую форму судебного оспаривания нельзя считать настоящей апелляцией, поскольку **265**

⁴⁸¹ См.: *Peters/Altwickler* (сноска 438) § 35.

⁴⁸² ЕСПЧ. См.: EuGRZ 2002, 144ff (Аллауи) и *другие против ФРГ*.

⁴⁸³ См.: *Peters/Altwickler* (сноска 438) § 36.

⁴⁸⁴ См., например, ЕСПЧ. См.: EuGRZ 2000, 619 (*Дания против Турции*).

⁴⁸⁵ См.: *Peters/Altwickler* (сноска 438), § 35 II. 2. lit a.

некоторые судьи Большой Палаты являются судьями Палаты, ранее принявшей решение⁴⁸⁶.

266

Статья 46 (абз. 1) ЕКПЧ обязывает стороны признать окончательное решение ЕСПЧ. В случае нарушения ЕКПЧ ЕСПЧ вправе вынести решение о *возмещении ущерба*. Надзор за исполнением решения осуществляет Комитет министров (ст. 46 (абз. 2) ЕКПЧ)⁴⁸⁷. В соответствии со ст. 47–49 ЕКПЧ ЕСПЧ может составить заключение. В решении по делу *Гёргиюлю*⁴⁸⁸ Федеральный конституционный суд ФРГ на основании ст. 41 ЕКПЧ постановил, что сторона договора, против которой вынесено решение, обязана, по возможности, восстановить положение, существовавшее до выявленного нарушения ЕКПЧ. Однако из международно-правовой обязанности исполнять решения ЕСПЧ не вытекает абсолютное обязательство по его исполнению судами и органами власти без учета внутрисударственных полномочий и связи с законом и правом. Требования соблюдения закона и права подразумевают соблюдение ЕКПЧ и исполнение решений ЕСПЧ в рамках методически допустимого толкования, однако из этого нельзя сделать вывод об автоматическом принудительном исполнении решения ЕСПЧ. При исполнении решения должны учитываться конституционно-правовые аспекты. Поэтому суд должен взвешенно подходить к вынесенному Европейским судом по правам человека решению, если исполнение решения затрагивает конституционно-правовые вопросы. Результатом оценки может оказаться невозможность исполнения решения ЕСПЧ на основании конституционного права. Федеральный конституционный суд ФРГ исходит из того, что особенно при «многополярных» правоотношениях, связанных с правами человека, исполнение решения ЕСПЧ может быть связано с ограничением прав. Так, ЕСПЧ квалифицировал отказ в праве отца на общение с ребенком как нарушение ст. 8 ЕКПЧ, даже не заслушав мать в судебном процессе⁴⁸⁹. Однако национальные суды должны учитывать обязательство по исполнению решений ЕСПЧ при интерпретации национального конституционного права. Постановление Верховного суда земли, который, отказывая в праве на общение с ребенком, посчитал решение ЕСПЧ не обязательным для исполнения, было отменено, поскольку суд не рассмотрел подробно решение ЕСПЧ и не привел убедительных аргументов против нарушения ст. 8 ЕСПЧ. Это решение вызвало острую дискуссию об обязательности решений ЕСПЧ⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ См.: *Peters/Altwickler* (сноска 438), § 35 II. 2.lit b.

⁴⁸⁷ См.: *Okressek*, Die Umsetzung der EGMR-Urteile und ihre Überwachung, EuGRZ 2003, 168 ff.

⁴⁸⁸ BVerfGE 111, 307 (*Гергиюлю (Görgülü)*).

⁴⁸⁹ ЕСПЧ. См.: EuGRZ 2004, 700 (*Гергиюлю (Görgülü)*).

⁴⁹⁰ См.: *Bergmann*, Diener dreier Herren? Die Instanzgerichte zwischen Bundesverfassungsgericht, EuGH und EGMR, EuR 2006, 101f; *Mückel*, Kooperation oder Konfrontation — Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, Der Staat 44 (2005) 403ff; *Buschle*, Ein neues Solange? Die Rechtsprechung aus Karlsruhe im Konflikt, VBIBW 2005, 293f; *Papier*, Umsetzung und Wirkung

в) Европейская социальная хартия

Конвенция о защите прав человека дополнена подписанной 18 октября 1961 г. Европейской социальной хартией (ЕСХ)⁴⁹¹, вступившей в силу в 1965 г.⁴⁹² Дополнительный протокол к Социальной хартии от 5 мая 1988 г.⁴⁹³ предусматривает гарантии еще по четырем экономическим и социальным правам. Дополнительный протокол от 21 октября 1991 г.⁴⁹⁴ направлен на совершенствование механизмов контроля. В соответствии с Дополнительным протоколом 1995 г.⁴⁹⁵ жалобу могут подать также международные организации наемных работников и профсоюзы или иные международные неправительственные организации и репрезентативные национальные организации работодателей и профсоюзов. *Переработанная Социальная хартия*⁴⁹⁶ от 1 июля 1996 г. вступила в силу 1 июля 1999 г.⁴⁹⁷ Она закрепляет не только права, провозглашенные в предыдущей ЕСХ и в протоколах к ней, но и включает новые права: право на защиту от бедности и социального отторжения, право

der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte aus der Perspektive der nationalen deutschen Gerichte, EuGRZ 2006, 1f; *Alber/Widmaier*, Mögliche Konflikte und Divergenzen im europäischen Grundrechtsschutz, EuGRZ 2006, 113ff; *Sauer*, Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur — Zur Bindung deutscher Gerichte an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZaöRV 65 (2005) 35ff; *Frowein*, Die traurigen Missverständnisse — BVerfG und EuGHMR, FS Delbrück, 2005, 279ff; *Meyer-Ladewig/Petzold*, Die Bindung deutscher Gerichte an Urteil des EGMR, NJW 2005, 15ff; *Schaffarzik*, Europäische Menschenrechte unter der Ägide des BVerfG, DÖV 2005, 860ff; *Pache/Bielitz*, Verwaltungprozessuale Wiederaufnahmepflicht kraft Völker- und Gemeinschaftsrecht?, DVBl 2006, 325ff.

⁴⁹¹ ETS № 35.

⁴⁹² *Eichenhofer*, Menschenrechte auf soziale Sicherheit, Vjschr f SozR 2007, 87ff; *Fortunato*, Internationaler Schutz der Familie am Beispiel der Europäischen Sozialcharta, EuR 2008, 27ff; *Akandji-Kombé*, Actualité de la Charte sociale européenne, RTDH 19 (2008) 507ff; *Öhlinger*, Die Europäische Sozialcharta, FS Ermacora, 1988, 213ff; *Becker*, European Social Charter, MPEPIL III, 969ff; *Samuel*, Fundamental Social Rights, 1997.

⁴⁹³ ETS № 128.

⁴⁹⁴ ETS № 142.

⁴⁹⁵ Дополнительный Протокол к Европейской социальной хартии, предусматривающий систему коллективных жалоб от 9 ноября 1995 г. (ETS № 158).

⁴⁹⁶ ETS № 163.

⁴⁹⁷ В то время как Европейская социальная хартия 1961 г. ратифицирована Бельгией, Данией, Германией, Финляндией, Францией, Грецией, Ирландией, Исландией, Италией, Хорватией, Латвией, Люксембургом, Мальтой, Македонией, Нидерландами, Норвегией, Австрией, Польшей, Португалией, Швецией, Словакией, Словенией, Чехией, Турцией, Венгрией, Великобританией и Кипром, переработанная Хартия действует лишь в отношении Албании, Андоры, Армении, Азербайджана, Бельгии, Болгарии, Эстонии, Финляндии, Франции, Грузии, Ирландии, Италии, Литвы, Мальты, Молдавии, Нидерландов, Норвегии, Португалии, Румынии, Швеции, Словении и Кипра; подписана она была, однако, Боснией и Герцеговиной, Данией, Грецией, Исландией, Люксембургом, Монако, Австрией, Польшей, Россией, Сан-Марино, Сербией, Словакией, Испанией, Чехией, Турцией, Великобританией и Украиной.

на жилье, право на защиту при прекращении трудовых отношений, право на защиту от сексуального и других форм домогательства на рабочем месте, право на равные возможности и равенство работающих лиц в отношении семейных обязанностей, а также права представителей наемных работников на предприятиях. Наряду с этим в Хартию были внесены также изменения в отношении действующих прав, например, положения об усилении принципа запрета дискриминации, равенства полов, охраны материнства, а также об улучшении положения работающих детей и инвалидов.

268 В части I Европейской социальной хартии 1961 г., ссылка на которую содержится в ст. 151 (абз. 1) ДФЕС⁴⁹⁸, государства-участники выражают свою волю по целенаправленному созданию всеми пригодными средствами национального и межгосударственного характера надлежащих условий для обеспечения фактической реализации сформулированных в части II девятнадцати прав и целей. Не все указанные права обладают обязательной силой. Обязывающий характер действует лишь в отношении семи основополагающих прав, закрепленных в ст. 1, 5, 6, 12, 13, 16 и 19. Кроме того, в соответствии со ст. 20 (абз. 1 с) каждое государство-участник должно признать обязательными для исполнения не менее десяти статей или 45 абзацев. ФРГ признала статьи 2, 3, 4 (без абз. 4), 7 (без абз. 1), 8 (без абз. 2 и 4), 10 (без абз. 4), 11, 14, 15, 17 и 18⁴⁹⁹. Подобную процедуру предусматривает Дополнительный протокол 1988 г., устанавливающий четыре дополнительных права: право на информацию и на заслушивание на предприятии, а также права пожилых людей.

269 Для контроля Социальная хартия предусматривает *процедуру представления докладов*. Статья 21 ЕСХ устанавливает, что договаривающиеся стороны один раз в два года составляют доклад о применении принятых положений части II Хартии. Через определенные промежутки времени должны представляться доклады относительно не принятых положений части II Хартии. Оба доклада направляются национальным организациям работодателей и профсоюзам, которые могут предложить свои замечания к этим докладам. Доклады и замечания к ним передаются для проверки в Комиссию экспертов, в заседаниях которой принимает участие представитель МОТ с правом совещательного голоса. В заключение результаты консультаций Комиссии экспертов вместе с докладами договаривающихся сторон передаются для проверки в подкомитет Межправительственного социального комитета Совета Европы. Последний в свою очередь составляет доклад и направляет его вместе с докладом Комиссии экспертов Комитету министров. Результаты рассмотрения Комиссией экспертов передаются в Консультативную ассамблею, которая сообщает Комитету министров свое мнение. На последней

⁴⁹⁸ См.: *Steinmeyer*, Der Vertrag von Amsterdam und seine Bedeutung für das Arbeits- und Sozialrecht, RdA 2001, 10 (12).

⁴⁹⁹ BGBl 1965 II, 1122.

стадии Комитет министров может принять решение большинством в две трети голосов о предоставлении договаривающейся стороне необходимых рекомендаций. Дополнительный механизм контроля предусмотрен Протоколом к Европейской социальной хартии о *процедуре рассмотрения коллективных жалоб*. В соответствии со ст. 1 указанного Протокола международные организации наемных работников и работодателей могут подать жалобу на применение ЕСХ в ненадлежащем объеме. Вначале жалобу рассматривает Комиссия независимых экспертов (ст. 5 и след.). На основании ее доклада Комитет министров принимает решение по жалобе, в котором высказывает свои рекомендации соответствующему государству-участнику (ст. 8 и след.).

г) Права человека в рамках СБСЕ/ОБСЕ

Одной из целей Совещания / Организации по безопасности и сотрудничеству в Европе (СБСЕ/ОБСЕ) является защита прав человека. Еще в *Хельсинкском заключительном акте* от 1 августа 1975 г. соблюдение прав человека было закреплено в качестве самостоятельного принципа, а «третья корзина» включила в себя соглашения в сфере «человеческого измерения». В заключительном документе Венской встречи СБСЕ⁵⁰⁰ были закреплены, например, принцип равноправия мужчины и женщины, формирование свободы религии и защита меньшинств, а также отражены вопросы о беженцах, смертной казни и пытках.

Принципам демократии и правового государства, а также защиты прав человека и основных свобод особое внимание уделено в документе, принятом 29 июня 1990 г. в Копенгагене⁵⁰¹. В части I нашли свое отражение принципы правового государства и демократии, а также принцип свободных выборов, разделения государства и партии и принцип законности. Кроме того, были провозглашены принципы правосудия, в частности, независимость судей, эффективная правовая защита от решений исполнительной власти и гарантии справедливого процесса. В часть II вошли такие права человека, как свобода слова, свобода собраний и объединений, включая право на забастовку, свободу мысли, совести и религии и свободу передвижения. Экономические, социальные и культурные права здесь не упомянуты. Признание прав человека подтверждает *Парижская хартия*⁵⁰².

Кроме того, в Документе о последующем развитии институтов и структур ОБСЕ от 30 января 1992 г., принятом в Праге⁵⁰³, были указаны меры

⁵⁰⁰ EuGRZ 1989, 85.

⁵⁰¹ Документ Копенгагенской конференции по человеческому измерению СБСЕ. См.: EuGRZ 1990, 239ff.

⁵⁰² Заявление, принятое на Парижской встрече СБСЕ глав государств и правительств от 21 ноября 1990 г. («Парижская хартия для новой Европы»).

⁵⁰³ EuGRZ 1992, 124ff.

по усилению *механизмов контроля*, пока недостаточно разработанных. Наряду с расширением сотрудничества между государствами-участниками в сфере «человеческого измерения», на бюро по демократическим институтам и правам человека были возложены дополнительные функции. В случаях очевидного грубого нарушения обязательств в рамках ОБСЕ Комиссия высших должностных лиц или Совет при необходимости может принять меры даже без согласия соответствующего государства. В Будапештском документе⁵⁰⁴ установлено, что несмотря на «значительный прогресс» произошло «серьезное ухудшение» в определенных областях.

д) Защита прав человека в Америке

- 273 Защита прав человека в рамках Организации американских государств (ОАГ), в которую входят 35 американских государств, регулируется двумя базовыми документами⁵⁰⁵. Первым документом является *Устав ОАГ* от 30 апреля 1948 г.⁵⁰⁶, вторым — *Американская конвенция о правах человека* от 22 ноября 1969 г.⁵⁰⁷ Устав содержит некоторые всеобщие положения о защите прав человека. На основании этих положений в 1960 г. была учреждена *Межамериканская комиссия по правам человека*⁵⁰⁸. Комиссии поручено заниматься вопросами содействия соблюдению прав человека⁵⁰⁹, провозглашенных в Американской декларации о правах и обязанностях человека⁵¹⁰. Эта Декларация была принята в 1948 г. как не имеющее обязательной силы решение Конференции ОАГ. После внесения в 1970 г. изменений в Устав ОАГ Комиссия стала органом ОАГ⁵¹¹ и была уполномочена исполнять функции, предусмотренные Уставом⁵¹². Принятые изменения позволили усилить статус и расширить полномочия Комиссии. Это, в свою очередь, привело

⁵⁰⁴ Решения, принятые на встрече на высшем уровне СБСЕ 6 декабря 1994 г. в Будапеште, IPol 1995, D 73.

⁵⁰⁵ См.: *Glendon*, *The Forgotten Crucible*, HarvHRJ 16 (2006) 27ff; *Buergenthal*, *Menschenrechtsschutz im inter-amerikanischen System*, EuGRZ 1984, 169ff; *Neuman*, *American Convention on Human Rights (1969)*, MPEPIL I, 327; *Kokott*, *Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte*, 1986; *Farer*, *The Rise of the Inter-American Human Rights Regime*, HRQ 19 (1997) 510ff; *Harris/Livingstone* (Hrsg.), *The Inter-American System of Human Rights*, 1998.

⁵⁰⁶ OAS Treaty Series № 1-C и 61.

⁵⁰⁷ OAS Treaty Series № 36.

⁵⁰⁸ *Buergenthal* (сноска 509 174ff, 182; *Gravdal*, *The Inter-American Commission on Human Rights' Quixotic and Unjustified Expansion of its Authority*, *Southwestern JLTA* 11 (2005) 257ff.

⁵⁰⁹ *Kokott/Doehring/Buergenthal* (сноска 421), Rn 270.

⁵¹⁰ Принята на 9-й Международной конференции американских государств (Богота, Колумбия, 1948 г.).

⁵¹¹ *Buergenthal* (сноска 509) 184.

⁵¹² См.: Статут Межамериканской комиссии по правам человека, принятый резолюцией № 447 Генеральной ассамблеи ОАГ (Ла Пас, Боливия, октябрь 1979 г.).

к тому, что на государства-члены ОАГ, не связанные Конвенцией о правах человека, также были возложены обязанности, проистекающие из Устава ОАГ. К ним относятся права человека, провозглашенные в Американской декларации о правах и обязанностях человека⁵¹³. Комиссия одновременно выполняет задачи на основании Конвенции и на основании Хартии⁵¹⁴.

Американская конвенция о правах человека⁵¹⁵ вступила в силу в 1978 г. До настоящего времени она ратифицирована 25 американскими государствами. К наиболее крупным странам Америки, в отношении которых Конвенция не применяется, относятся США, не ратифицировавшие ее, и Канада, не подписавшая Конвенцию. Указанная Конвенция предусматривает учреждение Межамериканской комиссии по правам человека и Межамериканского суда по правам человека⁵¹⁶. Каждый из указанных органов состоит из семи членов. Члены Комиссии избираются Генеральной ассамблеей ОАГ (ст. 36 Конвенции), члены Суда — государствами-членами (ст. 53 Конвенции).

Американская конвенция о правах человека закрепляет гражданские и политические права. Социальные, экономические и культурные права включены Дополнительным протоколом 1988 г.⁵¹⁷, для исполнения которого ст. 19 предусмотрено составление периодических докладов для Генерального секретаря ОАГ.

Для реализации прав в рамках Конвенции используются факультативная межгосударственная жалоба и обязательная индивидуальная жалоба. Последняя также может быть подана группой лиц или лицами, не являющимися потерпевшими в результате нарушения Конвенции. Решение по жалобе относится к компетенции Межамериканской комиссии по правам человека и Межамериканского суда по правам человека; в настоящее время обсуждается вопрос о слиянии этих органов⁵¹⁸.

е) Права человека в Африке

В Африке государства-члены Организации африканского единства (ОАЕ) в 1981 г. приняли *Африканскую хартию прав человека и народов*,

⁵¹³ *Kokott/Doehring/Buergenthal* (сноска 421), Rn 271f.

⁵¹⁴ *Buergenthal* (сноска 509) 184.

⁵¹⁵ EuGRZ 1980, 435.

⁵¹⁶ *Stirling-Zanda*, Obtaining Judicial Enforcement of Individual Convention Rights, AVR 42 (2004) 184ff; *Alam*, Enforcement of International Human Rights Law by Domestic Courts of the US, ASICL 10 (2004) 27ff; *Lyon*, The Inter-American Court of Human Rights Defines Unauthorized Migrant Workers' Rights for the Hemisphere, NYURev LSC 28 (2004) 547ff.

⁵¹⁷ ILM 28 (1989) 156ff.

⁵¹⁸ *Medina*, The Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights: Reflections on a Joint Venture, HRQ 12 (1990) 439ff.

вступившую в силу в 1986 г.⁵¹⁹ Все государства-члены ОАЕ ратифицировали Хартию. В части I Хартии, посвященной материальным правам, содержатся право на свободу передвижения, право на убежище и защиту от депортации, а также право на здоровье, создание семьи и равенство. Кроме индивидуальных прав, Хартия включает и коллективные права: право на самоопределение народов, суверенитет природных богатств, право народов на собственное развитие, право на мир и право на благоприятную окружающую среду⁵²⁰.

278 Реализация Хартии возложена на *Африканскую комиссию по правам человека и народов*⁵²¹, состоящую из 11 членов. Местонахождение Комиссии — Банжул (Гамбия). Комиссия принимает к проверке сообщения государств, отдельных лиц и публичных или частных учреждений. Доклады публикуются после одобрения Ассамблеи глав государств и правительств. Комиссия может лишь обратить внимание Генеральной ассамблеи ОАЕ на наличие ряда грубых или массовых нарушений прав человека и народов (ст. 58 (абз. 1) Хартии). В то же время Комиссия может давать толкование к любым положениям Хартии по запросу государства-участника (ст. 45 (абз. 3) Хартии). В июне 2004 г. на основании Дополнительного протокола к Хартии был учрежден *Африканский суд по правам человека и народов*, первое заседание которого состоялось в июле 2006 г. в Аруше (Танзания)⁵²². Как и Комиссия, он состоит из одиннадцати членов.

ж) Права человека в Лиге арабских государств

279 С 1994 г. в рамках Лиги арабских государств действует Арабская хартия прав человека⁵²³. Она была принята резолюцией Совета Лиги арабских государств.

⁵¹⁹ См.: *Udombana*, Between Promise and Performance, Stanford JIL 40 (2004) 105ff; *Stefiszyn*, The African Union: Challenges and Opportunities for Women, AHRLJ 5 (2005) 358ff; *Nmehielle*, The African Human Rights System, 2001; *Benedek*, Gerichtsbarkeit und Menschenrechte in Afrika, EuGRZ 1990, 339ff; *Benedek*, Durchsetzung von Rechten des Menschen und der Völker in Afrika auf regionaler und nationaler Ebene, ZaöRV 54 (1994) 150ff; *Nguéma*, Perspektiven der Menschenrechte in Afrika, EuGRZ 1990, 301ff; *Seck*, Plädoyer für eine Erziehung auf dem Gebiet der Menschenrechte in Afrika, EuGRZ 1990, 311ff; *Tonndorf*, Menschenrechte in Afrika. Konzeption, Verletzung und Rechtsschutz im Rahmen der OAU, 1997.

⁵²⁰ См.: *Wittinger*, Die drei regionalen Menschenrechtssysteme, JURA 1999, 405.

⁵²¹ См.: *Odinkalu/Christensen*, The African Commission on Human and Peoples' Rights, HRQ 20 (1998) 235ff.

⁵²² См.: *Magliveras/Naldi*, The African Court of Justice, ZaöRV 66 (2006) 187ff; *Viljoen*, A Human Rights Court for Africa and Africans, Brooklyn JIL 30 (2004) 1ff; zur den Vorarbeiten *Krisch*, The Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, ZaöRV 58 (1998) 713ff.

⁵²³ Публикацию перевода на английский яз. см.: HRLJ 18 (1997) 151.

3. Нормы международного права о статусе иностранцев

а) Введение

Под нормами международного права об иностранцах подразумеваются правила, регламентирующие правовое положение иностранцев⁵²⁴, т.е. лиц, не обладающих гражданством страны пребывания. В принципе, каждое государство правомочно самостоятельно определять содержание своего иммиграционного законодательства. Однако следует соблюдать ограничения, предусмотренные межгосударственными договорами, например, договорами о дружбе, торговле и о морских перевозках и международным обычным правом, согласно которому государство обязано предоставить иностранцам *права в соответствии с минимальным стандартом*. 280

Особые правила действуют на межгосударственном уровне для *работников-мигрантов*⁵²⁵. Наряду с рекомендациями Комиссии международного права для подписания была представлена Международная конвенция о защите прав трудящихся-мигрантов от 18 декабря 1990 г.⁵²⁶, предусматривающая достойные человека условия труда и минимальный стандарт трудового права. С 1 июля 2003 г. вступила в силу Конвенция ООН о защите прав трудящихся мигрантов. На октябрь 2012 г. к ней присоединились 46 государств, в основном государства происхождения трудящихся-мигрантов и небольшое количество государств, в которых работают мигранты. ФРГ до сих пор не подписала и не ратифицировала Конвенцию. 281

На европейском пространстве соблюдению подлежат Европейская конвенция о месте постоянного проживания 1955 г.⁵²⁷, Конвенция о защите прав человека и Европейская социальная хартия. Положения о дополнительной защите работников-мигрантов были выработаны в 1977 г. и закреплены в Европейской конвенции о правовом статусе трудящихся-мигрантов, вступившей в силу в 1983 г.⁵²⁸ Кроме того, правила о свободном передвижении и свободном выборе местожительства предусмотрены ст. 45 и след. и 49 и след. ДФЕС⁵²⁹. 282

Правовое положение *лиц без гражданства* является предметом Конвенции от 28 сентября 1954 г., которое Германия ратифицировала в 1976 г. 283

⁵²⁴ См.: *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 46) § 95ff.

⁵²⁵ Важнейшие документы см.: *Plender*, Basic Documents on International Migration, 1988. См. также: *Sohn/Buergenthal*, The Movement of Persons Across Borders, 1992; *Tardu*, Migrant Workers, EPIL III (1997) 363ff; *Cholewinski*, Migrant Workers, MPEPIL VII, 139ff; *Trebilcock*, Migrant Workers: An Overview of International Standards, в: Frowein/Stein (Hrsg), Rechtsstellung von Ausländern, Bd II, 1987, 1827ff.

⁵²⁶ VN 1991, 175; *Hildner*, Die Vereinten Nationen und die Rechte der Ausländer, VN 1990, 47ff; *ders*, Sozialfragen und Menschenrechte, VN 1991, 173ff.

⁵²⁷ BGBl 1959 II, 997.

⁵²⁸ ETS № 93.

⁵²⁹ *Moranchek Hussain*, Enforcing the Treaty Rights of Aliens, Yale LJ 117 (2008) 681ff.

Статья 7 Конвенции обязывает каждое государство-участника обеспечить лицам без гражданства тот же статус, что и другим иностранцам. Статья 31 ограничивает полномочия государства пребывания на высылку из страны.

б) Въезд иностранцев

284 Международно-правовой обязанности государства разрешать иностранцам въезд на его суверенную территорию не существует. Это правило действует независимо от того, насколько речь идет о пребывании на государственной территории в течение ограниченного или неограниченного срока или о транзитном проезде⁵³⁰. Не существует единого мнения по вопросу, в какой мере право страны пребывания на ограничение или прекращение пребывания после въезда иностранца может быть ограничено международным правом⁵³¹. Полномочие на территориальное ограничение пребывания иностранца Суд ЕС признал даже в отношении граждан ЕС по соображениям общественной безопасности и порядка, если в противном случае допускалась бы высылка с целью предотвращения угрозы⁵³². Также признано, что пребывание иностранца может быть ограничено по основаниям общественного порядка, национальной безопасности, общественного здоровья и морали.

285 В международном праве признается *право* гражданина на *выезд из своей страны*⁵³³. Оно закреплено в ст. 13 Всеобщей декларации прав человека 1948 г., в ст. 2 (абз. 2) Дополнительного протокола № 4 к Европейской конвенции о защите прав человека, в ст. 18 (абз. 4) Европейской социальной хартии, в Страсбургской декларации о праве на свободный выезд и возврат в страну от 26 ноября 1986 г.⁵³⁴, а также в ст. 4 (абз. 1) Европейской конвенции о правовом статусе трудящихся-мигрантов. В п. 9.5 Копенгагенского Заключительного документа очередной встречи ОБСЕ 29 июня 1990 г. также установлено, что ограничения выезда из страны допускаются только в исключительных случаях и могут считаться необходимыми, только если они служат обеспечению общественных интересов и достижению легитимных целей.

286 Предусмотренная многочисленными договорами *защита семьи* не гарантирует супругам или другим членам семьи общего права на воссоединение.

⁵³⁰ См.: Higgins, Open Borders and the Right to Immigration, HRRev 9 (2008) 525ff.

⁵³¹ См., например, Sutter, Mixed-Status Families and Broken Homes — The Clash between the US Hardship Standard in Cancellation of Removal Proceedings and International Law, TLCP 15 (2006) 783ff; Miluso, Family «De-Unification» in the United States, GWILR 36 (2004) 915ff; Trinh, The Impact of New Policies adopted after September 11 on Lawful Permanent Residents Facing Deportation under the AEDOA and IIRIRA, Georgia JICL 33 (2005) 543ff.

⁵³² EuGH, Rs C-100/01, Slg 2002, I-10981 (Оласабаль (Olazabal)).

⁵³³ См.: Hofmann, Die Ausreisefreiheit nach Völkerrecht und staatlichem Recht, 1980, 80.

⁵³⁴ EuGRZ 1987, 64ff.

При переезде членов семьи Европейский суд по правам человека до сих пор исходил из того, что ст. 8 ЕКПЧ не распространяется на право на въезд супругов и несовершеннолетних детей, живущих за границей, если имеется возможность восстановления семьи в ином государстве⁵³⁵. Тем не менее ЕСПЧ подтвердил право на въезд несовершеннолетних детей при определенных условиях, если возвращение семьи является субъективно невозможным и въезд малолетнего ребенка, оставленного в стране гражданства, необходим для восстановления семьи⁵³⁶.

в) Правовой статус иностранцев

На иностранцев, находящихся на суверенной территории другого государства, распространяется действующее там право в полном объеме, если речь не идет о дипломатах, главах государств или военнослужащих иностранного государства (см. выше абз. 43 и след.) **287**

Международное обычное право гарантирует иностранцам международный минимальный стандарт прав, если договором (например, ст. 18 ДФЕС) не предоставлен более обширный объем прав. Теория уравнивания положения иностранцев с положением граждан, развитая в странах Латинской Америки, с тем чтобы исключить привилегированное обращение с иностранными гражданами, не нашла применения в общем международном праве. **288**

Международный минимальный правовой стандарт включает в себя основные права, которые любое цивилизованное государство должно признавать за индивидом. К ним относятся правоспособность и правосубъектность, право на участие в экономической жизни, право на жизнь, право на физическую неприкосновенность и безопасность лица, на равенство перед законом и судом, а также право на справедливое судебное разбирательство⁵³⁷. Право на свободу передвижения после законного въезда на государственную **289**

⁵³⁵ ЕСПЧ. См.: ECHR 1996-I, 160 (*Гюль (Gül) против Швейцарии*); *Hoppe*, Verwurzelungen von Ausländern ohne Aufenthaltstiteln — Wann kann Art. 8 EMRK zu einem Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis nach § 25 V AufenthG verhelfen?, ZAR 2006, 125ff.

⁵³⁶ ЕСПЧ. См.: EHRR 36 (2003) 7 (*Сен (Sen) против Нидерландов*). *Hailbronner*, Die Richtlinie zur Familienzusammenführung, FamRZ 2005, 1ff; *Langenfeld/Mohsen*, Die neue EG-Richtlinie zum Familiennachzug und ihre Einordnung in das Völkerrecht, ZAR 2003, 398ff; *Hillgruber*, Mindestalter und Integrationsvorleistungen, ZAR 2006, 304ff; *Markard/Truchseß*, Neuregelung des Ehegattennachzug im Aufenthaltsgesetz, NVwZ 2007, 1025ff; *Kingreen*, Verfassungsfragen des Ehegatten- und Familiennachzugs im Aufenthaltsrecht, ZAR 2007, 13ff; *Thiele*, Das Integrationserfordernis für Drittstaatenangehörige nach dem Zuwanderungsgesetz, DÖV 2007, 58ff; *Epiney*, Von Akrich über Jia bis Metock, EuR 2008, 840ff; *Hailbronner*, Die Neuregelung des Ehegattennachzugs im Kreuzfeuer des Verfassungs- und Europarechts, FamRZ 2008, 1583ff; *Weber/Walter*, Der gemeinschaftsrechtliche Schutz der Familie für Flüchtlinge, WAR Bull 45 (2007) 196ff.

⁵³⁷ См.: *Motomura*, The Rule of Law in Immigration Law, Tulsa J Comp & Int'l L 15 (2007/2008) 139ff; *Davy*, Aufenthaltssicherheit, ZAR 2007, 169ff u 233ff.

территорию страны пребывания не является общепризнанным, несмотря на то, что оно предусмотрено некоторыми договорами, например, ст. 12 Международного пакта о гражданских и политических правах или ст. 20 Европейской конвенции о защите прав человека. Хотя по-прежнему не существует единого мнения о фактическом объеме прав, которые должны предоставляться нелегально находящимся в стране иностранцам, не оспаривается, что нелегалы, несмотря на отсутствие легального статуса, обладают минимальными индивидуальными правами⁵³⁸.

290 В целом иностранцы также обладают правом свободно выражать свое мнение, участвовать в собраниях и создавать объединения. Однако при осуществлении этих прав политическая деятельность иностранцев может быть ограничена (см. ст. 16 ЕКПЧ). Иностранцы не обладают правом на участие в формировании политической воли в той же мере, что и граждане страны, поскольку они не принадлежат к политическому государственному объединению. На практике национальное законодательство, ограничивающее политическую деятельность иностранцев, играет незначительную роль. Для граждан ЕС на основании обладания гражданством ЕС, подобные ограничения отпадают в любой сфере, в которой формирование внутренней политической воли не закреплено лишь за гражданами государства⁵³⁹.

г) Депортация иностранцев

291 Государство может потребовать от иностранца покинуть его территорию в рамках действующего законодательства. Требование о выезде из страны может быть связано с предупреждением о принудительной высылке в случае необходимости⁵⁴⁰.

292 *Ограничений депортации* международным обычным правом не существует, за исключением коллективной депортации (см. ст. 4 Дополнительного протокола № 4 к ЕКПЧ)⁵⁴¹. ЕСПЧ определяет коллективную депортацию как меру органа власти, посредством которой группу иностранцев принуждают к групповому выезду из страны, если эта мера не основана на соразмерной и объективной проверке каждого конкретного случая и депортации осуществляются неодновременно. При одновременной высылке группы лиц,

⁵³⁸ Например, *Langenfeld*, Menschenrecht auf Aufenthalt?, FS Herzog, 2009, 247ff; *Ivakhnyuk*, New Answers to Irregular Migration Challenges in Russia, ZAR 2008, 12ff; *Bergmann*, Aufenthaltserlaubnis auf Grund von Verwurzelung, ZAR 2007, 128ff.

⁵³⁹ К вопросу об участии депутата Европейского парламента см.: EGMR, Ser A, 314, 24 (*Пьемонт (Piemont) против Франции*).

⁵⁴⁰ См.: *Palmer*, AIDS, Expulsion and Article 3 of the European Convention on Human Rights, EHRLR 2005, 533ff; *Czapla*, Removal of Judicial Review under the Illegal Immigration Reform and Immigration Responsibility Act, Suff ULR 38 (2005) 603ff; *Homicz*, Private Enforcement of Immigration Law, Suff ULR 38 (2005) 621ff.

⁵⁴¹ См.: *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl 2002, 309ff.

принадлежащих к этнической группе рома, бельгийским ведомством по делам иностранцев ЕСПЧ признал, что, несмотря на принятие решения о высылке по каждому индивидуальному случаю, было допущено нарушение ст. 4 Дополнительного протокола № 4, поскольку речь шла о типовых процедурах на основании групповой принадлежности⁵⁴².

Конвенция ООН о трудящихся-мигрантах 1990 г. содержит формальное требование принимать решение о высылке в соответствии с законодательством. Решение должно быть обоснованным, вынесенным на одном из языков, понятных для лица, интересы которого оно затрагивает, и предоставлено ему по его требованию в письменной форме. Кроме того, должна существовать возможность пересмотра решения, в связи с ходатайством о котором может быть подано ходатайство об отсрочке исполнения решения о высылке из страны. **293**

На территории ЕС согласно ст. 1 и ст. 2 Европейского соглашения об отмене виз от 13 декабря 1957 г. граждане государства-участника могут въезжать в другое государство и оставаться там на срок до шести месяцев без необходимости в получении заграничного паспорта или визы. В соответствии со ст. 1 (абз. 3) это положение также применяется к лицам, желающим осуществлять трудовую деятельность на срок до трех месяцев. Кроме того, в Конвенции о правовом статусе трудящихся-мигрантов предусмотрено, что разрешение на пребывание в стране должно быть продлено на срок действия разрешения на работу, в случае неограниченного разрешения на работу — минимум на один год. Ограничения права на депортацию были разработаны ЕСПЧ на основании ст. 3 и ст. 8 ЕКПЧ. Суд постановил⁵⁴³, что государство-участник договора не имело права на высылку молодого иностранца, проживающего в стране пребывания вместе со своей семьей и прошедшего здесь большую часть своей юности, даже в случае совершения многочисленных преступных деяний. **294**

В соответствии с практикой ЕСПЧ защита личной жизни и семьи, гарантированная ст. 8 Конвенции о защите прав человека, не обеспечивает абсолютного права на переселение членов семьи к гражданину, проживающему в иностранном государстве. Статья 8 не гарантирует права на выбор места, наиболее подходящего для семейной жизни и не обязывает государство-участника принимать во внимание сделанный супругом выбор общего места жительства и разрешать пребывание иностранным супружеским парам. Статья 8 ЕКПЧ также нельзя интерпретировать как всеобщий запрет высылки иностранного гражданина, находящегося на суверенной территории государства-участника в течение продолжительного времени⁵⁴⁴. Лишь **295**

⁵⁴² ЕСПЧ. См.: ECHR 2002-I (Чонка (Conka) против Бельгии).

⁵⁴³ ЕСПЧ. См.: EuGRZ 1991, 149 (Мустахим (Moustaquim) против Бельгии).

⁵⁴⁴ ЕСПЧ. См.: NVwZ 2005, 1043 (Драган (Dragan) против ФРГ).

в исключительных случаях допустимое в течение длительного времени пребывание без предоставления гарантированного права на пребывание может привести к тому, что отказ в предоставлении разрешения на пребывание нарушит ст. 8⁵⁴⁵. Однако ст. 8 Конвенции может быть нарушена в случае применения мер, направленных на прекращение пребывания, которые разделяют семью, легально пребывающую на территории (выдача, выдворение, высылка, непродление права на пребывание). В этом случае право государства на принятие решения о въезде и пребывании иностранцев ограничено положениями о защите семьи. Следовательно, меры, направленные на прекращение пребывания, должны основываться на справедливом балансе между публичными интересами, требующими прекращения пребывания (например, в целях предотвращения преступлений, защиты общественного порядка), и личными интересами, связанными с ведением семейной жизни. На практике ЕСПЧ исходит из того, что высылка, выдача или выдворение иностранцев, которые выросли или родились в стране пребывания и более не имеют связей со страной их происхождения, допустимы лишь при определенных условиях⁵⁴⁶. Соответственно, ст. 8 ЕКПЧ может быть нарушена даже в случае высылки из страны по причине совершения многочисленных уголовных преступлений, если иностранец второго или третьего поколения не владеет языком страны происхождения и не имеет там родственников⁵⁴⁷.

296

В 2012 г. КМП представила для первого чтения Проект статей о высылке иностранцев, который содержит основы общего регулирования высылки⁵⁴⁸. В ст. 3 Проекта признается право государств на высылку, однако также перечислены обстоятельства, при которых депортация запрещается. Например, высылка беженцев, находящихся в стране на законных основаниях, разрешается только на основании угрозы для национальной безопасности (ст. 6 (абз. 1) Проекта), а высылка беженцев, находящихся в стране незаконно и подавших ходатайство о признании статуса беженца, запрещается на время рассмотрения ходатайства (ст. 6 (абз. 2) Проекта). Кроме того, запрещена высылка в случае существования опасности для жизни и свободы на основании расы, религии, гражданства, принадлежности к определенной общественной или социальной группе или политических убеждений (ст. 6 (абз. 3) Проекта). Однако эти ограничения не действуют, если лицо,

⁵⁴⁵ ЕСПЧ. См.: InfAusIR 2006, 29 (*Аристимуну Мендисабаль (Aristimuno Mendizabal) против Франции*) *Bergmann* (сноска 542) 128ff; подробнее *Sander*, Der Schutz des Aufenthalts durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2008.

⁵⁴⁶ См.: *Frowein*, Der Europäische Grundrechtsschutz und die deutsche Rechtsprechung, NVwZ 2002, 29ff.

⁵⁴⁷ ЕСПЧ. См.: EuGRZ 1991, 149 (*Мустахим (Moustaquim) против Бельгии*); InfAusIR 2005, 349 (*Сысоева против Латвии*).

⁵⁴⁸ UN Doc A/67/10, Text of the Draft Articles on the Expulsion of Aliens Adopted by the Commission on First Reading, ILC Rep 2012, 11.

подлежащее высылке, представляет опасность для национальной безопасности или осуждено за особо тяжкое преступление и является общественно опасным. Апатриды, законно находящиеся на территории государства, могут высылаться только на основании угрозы для национальной безопасности или публичного порядка (ст. 7 Проекта). Также запрещены коллективная высылка, замаскированная высылка и высылка для целей конфискации имущества (ст. 10 и след. Проекта). Кроме того, Проект статей устанавливает общие обязательства (ст. 14–16 Проекта), а также обязательства высылающего государства и государства назначения (ст. 17–20, 21–25 Проекта). Следует также отметить подробные положения о содержании под стражей подлежащих высылке иностранцев (ст. 19 Проекта), в которых подчеркивается, что содержание под стражей с целью высылки не носит уголовно-правовой характер. Проект также содержит процессуальные гарантии, включая приостанавливающее действие обжалования решения о высылке (ст. 27 Проекта). При разработке Проекта КМП, очевидно, использовала, в частности, правовые акты ЕС, например Директиву 2008/115 и, таким образом, свела воедино многочисленные нормы права о статусе беженцев. Однако неизвестно, насколько государства согласятся принять на себя обязательства, которые выходят за рамки действующих норм международного права, и кодифицировать их в форме конвенции.

4. Право убежища

Правовое положение индивида отражено также в *праве о статусе беженцев*. Благодаря новым правовым актам в этой сфере достигнуто расширение прав беженцев и их институционализация. **297**

а) Понятие беженца

Понятие «беженцы» определено для целей применения конвенций о беженцах⁵⁴⁹. К важнейшим международно-правовым соглашениям по вопросам беженцев относятся Женевская конвенция о беженцах (ЖКБ)⁵⁵⁰, Африканская **298**

⁵⁴⁹ *Hathaway*, *The Law of Refugee Status*, 1991, 19; *ders*, *Why Refugee Law Still Matters*, *Mebourne JIL* 8 (2007) 89ff; *Goodwin-Gill*, *Non-Refoulement and the New Asylum Seekers*, *VJIL* 26 (1985/86) 897ff; *Handbuch des UNHCR über Verfahren und Kriterien der Flüchtlingseigenschaft gemäß dem Abkommen von 1951 und dem Protokoll von 1967 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge*, 1979; *Hailbronner*, *Der Flüchtlingsbegriff der Genfer Flüchtlingskonvention und die Rechtsstellung von De-Facto-Flüchtlingen*, *ZAR* 1993, 3ff; *Kälin*, *Refugees and Civil War*, *IJRL* 3 (1991) 445ff; *Martin*, *Asylum Seekers in the Western Democracies*, in *Kälin* (Hrsg), *Droit des réfugiés*, 1991, 11 (13ff).

⁵⁵⁰ Конвенция о статусе беженцев от 28 июля 1951 г. (189 UNTS 150) и Протокол, касающийся статуса беженцев, от 31 января 1967 г. (606 UNTS 267); см.: *Dem*, *The Coming of a «Blank Cheque» — Europe, the 1951 Convention, and the 1967 Protocol*, *IJRL* 16

конвенция о беженцах⁵⁵¹, конвенции, принятые в рамках Организации американских государств о дипломатическом убежище⁵⁵² и территориальном убежище⁵⁵³ (обе конвенции от 23 марта 1954 г.) и Соглашение о морях-беженцах⁵⁵⁴. Эти конвенции содержат определение понятия, которые частично отличаются друг от друга. Согласно ст. 1 Женевской конвенции беженцем является любое лицо, которое «в силу вполне обоснованных опасений стать жертвой преследований по признаку расы, вероисповедания, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений находится вне страны своей гражданской принадлежности и не может или не желает пользоваться защитой этой страны вследствие таких опасений...» (ст. 1 ЖКБ). В сферу действия ЖКБ включены все *политические беженцы*, но не лица, ищущие убежища от опасностей гражданской войны, стихийных бедствий и экономических кризисов⁵⁵⁵. Африканская конвенция о беженцах повторяет дефиницию Женевской конвенции (ст. 1 (абз. 1)), включая, однако, в понятие «беженцы» (п. 2 ст. 1) лиц, которые «вследствие внешней агрессии, оккупации, иностранного господства или событий, существенно нарушающих общественный порядок в части страны или во всей стране его происхождения или гражданской принадлежности, вынуждено покинуть место своего обычного проживания...». Для этого широкого определения причина преследования не имеет первостепенного значения.

299

В практике государств защита выходит за пределы сферы действия ЖКБ и часто предоставляется также лицам, которые *de facto* являются беженцами⁵⁵⁶. Это беженцы, ищущие убежища от насилия, а также лица, субсидиарно нуждающиеся в защите, т.е. спасающиеся бегством от войны или последствий войны, например, голода и насилия по этническому признаку⁵⁵⁷.

(2004) 609ff; *Hathaway/Hicks*, Is there a Subjective Element in the Refugee Convention's Requirement of «Well-Founded Fear»? *Michigan JIL* 26 (2005) 505ff.

⁵⁵¹ Конвенция о специфических аспектах проблем беженцев в Африке от 10 сентября 1969 г. (1001 UNTS 45).

⁵⁵² Конвенция о дипломатическом убежище (OAS Treaty Series No 18).

⁵⁵³ Конвенция о территориальном убежище (OAS Treaty Series No 19).

⁵⁵⁴ Соглашение о морях-беженцах от 23 ноября 1957 г. (BGBl 1961 II, 828, обнародована 28 октября 1982 г./ [BGBl 1982 II, 975], см.: *Hailbronner*, *Ausländerrecht*, В 6).

⁵⁵⁵ См.: *Boswell/Crisp*, Poverty, International Migration and Asylum, 2004; *Benhabib*, The Law of Peoples, Distributive Justice, and Migrations, *Fordham LR* 72 (2004) 1761ff; *Gabor/Rosenquest*, The Unsettled Status of Economic Refugees from the American and International Legal Perspectives, *Texas ILJ* 41 (2006) 275ff.

⁵⁵⁶ См., например, Закон ФРГ о мерах в отношении беженцев, принятых в рамках оказания гуманитарной помощи, от 22 июля 1980 г. (BGBl 1980 I, 1057), в последней редакции Закона от 29 октября 1997 г. (BGBl 1997 I, 2584); о положениях Закона о праве на проживание см.: *Göbel-Zimmermann*, Die Erteilung eines Aufenthaltstitels aus humanitären Gründen nach § 25 IV und V AufenthG, *ZAR* 2005, 275ff.

⁵⁵⁷ См.: *Hailbronner*, Rechtsfragen der Aufnahme von «Gewaltflüchtlingen» in Westeuropa — am Beispiel Jugoslawien, *SZIER* 3 (1993) 517ff; *Bugnion*, Refugees, Internally Displaced Persons, and International Humanitarian Law, *Fordham ILJ* 28 (2005) 1397ff; *Hulme*,

С согласия государств-участников договора мандат Верховного комиссара ООН по делам беженцев (ВКДБ) был расширен и распространен на иных лиц, признанных нуждающимися в защите. Так, компетенция Верховного комиссара ООН распространяется отныне на любого беженца, покинувшего свою страну в результате беспорядков, вооруженных конфликтов или грубых систематических нарушений прав человека (*перемещенные лица, находящиеся в положении, схожем с положением беженцев*). С 1985 г. в эту категорию входят также «лица, вынужденные покинуть свою страну из-за бедствий, вызванных человеком, например, вооруженных конфликтов или иных политических и социальных беспорядков».

Расширение компетенции Верховного комиссара ООН, однако, не привело к закреплению *обязанности по приему беженцев* как нормы международного обычного права⁵⁵⁸. Напротив, в практике государств сформировались условия оказания помощи, которую государство может поставить в зависимость от особых требований или от таких условий, как финансовая поддержка третьих государств или заявление о приеме. Такие ограничения также действуют в отношении концепции временного приема (*временная защита*) в целях защиты лиц, ищущих убежища от насилия.

300

б) Право убежища

Несмотря на положение ст. 14 (абз. 1) Всеобщей декларации прав человека, устанавливающее, что каждый человек имеет право искать убежища от преследования в других странах и пользоваться этим убежищем, международное право не предусматривает ни права индивида на убежище, ни обязанности государств по принятию беженцев. Речь идет о *межгосударственном праве на предоставление убежища*, основанном на международных договорах⁵⁵⁹ или международном обычном праве⁵⁶⁰. Предоставление убежи-

301

Armed Conflict and the Displaced, IJRL 17 (2005) 91ff. Сформулированное ВКДБ ООН определение лиц, спасающихся от насилия, гласит: «Лица, спасшиеся бегством с территорий, пораженных конфликтом и насилием; лица, права человека которых нарушены или могут быть нарушены, включая лиц, принадлежащих к группе лиц, вынужденных покинуть свои дома вследствие кампаний этнического или религиозного преследования; и лица, которые в силу их особого положения чувствовали себя вынужденными искать убежища в результате конфликта». (заключительная нота ВКДБ ООН от 25 марта 1992 г.).

⁵⁵⁸ См.: *Hailbronner*, Das Refoulement-Verbot und die humanitären Flüchtlinge im Völkerrecht, ZAR 1987, 3 (7); *Kagan*, The Beleaguered Gatekeeper: Protection Challenges Posed by the UNHCR Refugee Status Determination, IJRL 18 (2006) 1ff.

⁵⁵⁹ Ст. II (абз. 2) Африканской конвенции о беженцах от 10.09.1969 г.; ст. I Каракасской конвенции о территориальном убежище от 28.03.1954 г.; см. также: *Emmert*, Die Bedeutung menschenrechtlicher Verträge für den Flüchtlingsschutz, AWR Bull 52 (2005) 121ff.

⁵⁶⁰ См.: *Hailbronner*, Asylrecht und Völkerrecht, в: Beitz/Wollenschläger (Hrsg), Handbuch des Asylrechts, Bd I, 1980, 75ff.

ща не рассматривается как недружественный акт против государства или как недопустимое вмешательство в его внутренние дела.

302 Государство, предоставляющее убежище, может регулировать этот вопрос самостоятельно, но должно соблюдать минимальные требования международного права (например, гарантии прав человека), минимальный международный стандарт в отношении беженцев, установленный Женевской конвенцией, и запрет высылки в государство преследования (принцип *невыводения*).

303 Основания для отказа в предоставлении убежища могут вытекать из договоров о выдаче преследуемых лиц или из договоров о борьбе с терроризмом, необходимой в интересах международного или регионального сообщества⁵⁶¹. В соответствии с ст. 1 (абз. 2) Декларации о территориальном убежище, принятой резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН⁵⁶² на право убежища не может ссылаться лицо, в отношении которого существуют веские основания полагать, что оно совершило преступление против мира, военное преступление или преступление против человечности. Часто убежище также не предоставляется, если заявитель въезжает в страну через третью страну, в которой он уже находился в безопасности от преследования⁵⁶³.

в) Принцип невыводения (*Non-Refoulement*)

304 Принцип невыводения (ст. 33 ЖКБ), который применяется не только в отношении выдачи и высылки, но — согласно господствующему мнению — в отношении отказа в пересечении границы, обязывает государства предоставлять убежище, но не применять меры прямого вмешательства в отношении государства преследования. В то же время из этого принципа не следует ни субъективного право на убежище, ни межгосударственное обязательство по принятию беженцев⁵⁶⁴. Такое толкование содержится также в реко-

⁵⁶¹ См.: Европейская конвенция о борьбе с терроризмом от 27.01.1977 г.; Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов от 16.12.1970 г.; Монреальская конвенция о борьбе с незаконными действиями, направленными против безопасности гражданской авиации от 23 сентября 1971 г.; Конвенция о предупреждении, преследовании и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов от 14.12.1973 г.

⁵⁶² Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН № 2312 (XXII) от 14.12.1967 г. См. также: *Weis*, *The United Nations' Declaration of Territorial Asylum*, CYIL 1969, 143ff.

⁵⁶³ См.: *Hailbronner*, *The Right to Asylum and the Future of Asylum Procedures in the European Community*, IJRL 5 (1993) 31ff; *он же*, *Refoulement-Verbote und Drittstaatenregelung* (Art. 33 GFK und Art. 3 EMRK), FS Bernhardt, 1995, 365ff; *Kjaerum*, *The Concept of Country of First Asylum*, IJRL 4 (1992) 514ff.

⁵⁶⁴ См.: *Hailbronner* (сноска 562) 5; *Kalin* (сноска 553) 445ff; см. также: *Goodwin-Gill*, *The Refugee in International Law*, 1983, 149ff; *Gornig*, *Das «non-refoulement»-Prinzip*, EuGRZ 1986, 521ff; *Freshwater*, *The Obligation of Non-Refoulement under the Convention Against Torture*, Geo IJL 19 (2005) 585ff; *D'Angelo*, *Non-Refoulement*, *Vanderbilt J Transnat'l L* 42 (2009) 279ff; *Duffy*, *Expulsion to Face Torture?*, IJRL 20

мандациях Совета Европы и Генеральной Ассамблеи ООН. Так, Резолюция Совета Европы⁵⁶⁵ рекомендует государствам-участникам «гарантировать, что ни одно лицо не будет отослано с границы, выдано, выслано или иным способом подвергнуто принуждению вернуться на территорию своего государства или остаться там, где ему угрожает преследование по признаку расы, религии, гражданства или его принадлежности к определенной социальной группе или на основании его политического мнения». Статья 3 Декларации Генеральной Ассамблеи ООН о территориальном убежище также устанавливает, что никто «не должен быть подвергнут таким мерам, как отказ в переходе границы или, если это лицо уже вступило на территорию, на которой оно ищет убежища, высылка или принудительное возвращение в страну, где это лицо может подвергнуться преследованию».

Запрет на *выдворение* не противоречит обратной высылке или передаче лица, ищущего убежище, в безопасное третье государство. Однако в таком случае должно быть гарантировано, что лицо, ищущее убежище, не будет выслано в государство преследования. Права требования выдачи или высылки только в государство, в котором действует право на доступ к процедуре по признанию лица беженцем, не существует. Статья 33 ЖКБ гарантирует лишь минимальную защиту от преследования, но *не право убежища* или иные преимущества. 305

В соответствии со ст. 3 ЕКПЧ в случае угрозы подвергнуться пыткам, нечеловеческому или унижающему достоинство человека обращению или наказанию действует запрет на высылку или выдворение, подобный запрету, установленному ст. 33 (абз. 3) ЖКБ. Таким образом, *высылка в государство, в котором применяются пытки, недопустима*. Тем не менее необходимым считается присутствие угрозы пыток или нечеловеческого обращения. Иностранцы, ищущие убежища от опасностей гражданской войны, внутригосударственных беспорядков или атмосферы общего насилия, однако не являющиеся жертвами насилия, направленного лично против них, не могут ссылаться на ст. 3 ЕКПЧ⁵⁶⁶. 306

г) Меры в рамках Совета Европы

В рамках Совета Европы приняты многочисленные конвенции или декларации и рекомендации по защите или улучшению положения беженцев, в частности, Европейское соглашение об отмене виз для беженцев 307

(2008) 373ff; *Dröge*, Transfer of Detainees, ICRC 90 (2008) 669ff; *Zimmermann*, Bedeutung und Wirkung der Ausschlussstatbestände der Artikel 1 F und 33 Abs 2 der Genfer Flüchtlingskonvention für das deutsche Ausländerrecht, DVBl 2006, 1478ff.

⁵⁶⁵ Убежище для лиц, которым угрожает преследование (Рез. [67] 14 Комитета министров Совета Европы от 29 июня 1967 г.).

⁵⁶⁶ ЕСПЧ. См.: NVwZ 1992, 869 (*Вилвараджа (Vilvarajah) и другие против Великобритании*).

от 20 апреля 1959 г.⁵⁶⁷, Резолюция Комитета министров о предоставлении убежища лицам, которым угрожает преследование⁵⁶⁸, Декларация о территориальном убежище⁵⁶⁹, Европейская конвенция о переходе ответственности за беженцев от 16 октября 1980 г.⁵⁷⁰, Рекомендация Комитета министров Совета Европы государствам-участникам по унификации национальных процедур по предоставлению убежища⁵⁷¹, Рекомендация о правовом положении лиц, приравненных к беженцам⁵⁷², Рекомендация Комитета министров о воссоединении семей беженцев и иных лиц, нуждающихся в международной защите⁵⁷³, а также Рекомендация по предоставлению временной защиты⁵⁷⁴.

308 Конвенция о переходе ответственности за беженцев должна заполнить пробелы ЖКБ о компетенции. Правоприменительная практика разных стран по этому вопросу часто приводила к тому, что беженцы не принимались повторно государством, в котором они были признаны беженцами; но их не принимало и государство, в которое они выезжали. Меры унификации национальных процедур по предоставлению убежища предусматривают проведение формализованного производства центральными органами власти с процессуально-правовой гарантией для лица, подающего заявление о признании беженцем, а также гарантию эффективной процедуры рассмотрения жалобы и право временного пребывания в течение срока разбирательства, пока центральные органы власти, проводящие проверку, не установят, что заявление о предоставлении убежища не соответствует основаниям ЖКБ или является злоупотреблением правом по другой причине.

д) Беженцы в государствах-членах ЕС

309 На основании ст. 67–89 ДФЕС, в особенности ст. 78 ДФЕС (ранее ст. 61–69 Договора о ЕС), была установлена собственная компетенция ЕС в отношении общей политики по предоставлению убежища⁵⁷⁵. Кроме того, ст. 18 Хартии

⁵⁶⁷ 376 UNTS 85; BGBl 1961 II, 1097.

⁵⁶⁸ Резолюция (67) 14 Комитета министров Совета Европы от 29 июня 1967 г.

⁵⁶⁹ Декларация Комитета министров Совета Европы от 18 ноября 1977 г.

⁵⁷⁰ BGBl 1994 II, 2646; *Clark/Crépeau*, Human Rights in Asylum Sharing and other Human Transfer Agreements, NQHR 22 (2004) 217ff.

⁵⁷¹ Рекомендация № R (81) 16 от 5 ноября 1981 г.

⁵⁷² Рекомендация (1976) 773.

⁵⁷³ Рекомендация № R (99) 23.

⁵⁷⁴ Рекомендация № R (2000) 9 от 3 мая 2000 г.

⁵⁷⁵ О европейской политике в отношении беженцев после заключения Амстердамского договора см.: *Guild*, Seeking Asylum: Storm Clouds between International Commitments and the EU Legislative Measures, ELR 29 (2004) 198ff; *Klug*, Harmonization of Asylum in the European Union — Emergence of an EU Refugee System, GYIL 47 (2004) 594ff; *Wollenschläger*, Das Asyl- und Einwanderungsrecht der EU, EuGRZ 2001, 354ff; *Weber*, Ansätze zu einem gemeineuropäischen Asylrecht, EuGRZ 1999, 301ff; *Hailbronner*, The

ЕС об основных правах содержит ссылку на право убежища. Целью деятельности ЕС является *создание унифицированной европейской концепции по вопросам предоставления убежища*. Запланировано постепенное внедрение и развитие единой Европейской системы по делам беженцев, которая должна обеспечить применение общепризнанной процедуры предоставления убежища и действующего на территории всего ЕС единого статуса лиц, которым Женевская конвенция гарантирует убежище. Гармонизация будет производиться в два этапа⁵⁷⁶.

Важнейший элемент первого этапа гармонизации — включение *Дублинских правил* в право ЕС. Под этими правилами подразумеваются положения, позволяющие государству-члену установить государство, в котором должно рассматриваться ходатайство о предоставлении убежища. основополагающая идея концепции заключается в том, что полномочием на проверку ходатайства заявителя обладает *одно* государство-член ЕС и ходатайство о предоставлении убежища в пределах ЕС проверяется лишь один раз. При этом процедура должна позволять быстро определить наличие оснований для предоставления убежища. Дублинские правила основываются на статьях 28–38 Конвенции о применении Шенгенского соглашения⁵⁷⁷. В рамках Конвенции, которая применялась до 31 августа 1997 г.⁵⁷⁸, впервые на международно-правовой основе действовали правила о полномочиях подобного рода⁵⁷⁹. На смену Шенгенскому соглашению пришло Дублинское соглашение (ДС)⁵⁸⁰, которое должно было применяться с 1 сентября 1997 г.

310

Treaty of Amsterdam and Migration Law, EJML 1999, 9ff; *Weber*, Möglichkeiten und Grenzen europäischer Asylrechtsharmonisierung vor und nach Amsterdam, ZAR 1998, 147ff; и в сравнении с германским правом убежища: *Zimmermann*, Der Vertrag von Amsterdam und das deutsche Asylrecht, NVwZ 1998, 450ff.

⁵⁷⁶ Заключение № 14 и 15 Председателя Европейского Совета от 15/16 октября 1999 г., Тампере; см.: абз. 5 декларативной части Постановления (ЕС) № 343/2003 Совета от 18 февраля 2003 г., устанавливающего критерии и процедуры определения государства-члена, ответственного за рассмотрение ходатайства о предоставлении убежища, поданного гражданином третьего государства в одном из государств-членов ЕС (ABJ EG 2003, Nr L 50/1).

⁵⁷⁷ Конвенции о применении Шенгенского соглашения от 14 июня 1985 г. между правительствами государств Экономического союза Бенилюкс, ФРГ и Французской Республики о постепенной отмене проверок на общих границах от 19 июня 1990 г. (BGBl 1993 II, 1010; *Hailbronner*, Ausländerrecht, D 8).

⁵⁷⁸ См.: Протокол от 26 апреля 1994 г. о последствиях вступления в силу Дублинского соглашения для отдельных положений Конвенции о применении Шенгенского соглашения (Боннский протокол) и Закон о Боннском протоколе от 11 сентября 1995 г. (BGBl 1995 II, 738; *Hailbronner*, Ausländerrecht, D 8.1).

⁵⁷⁹ О значении Конвенции о применении Шенгенского соглашения для права убежища см.: *Hailbronner*, Die europäische Asylrechtsharmonisierung nach dem Vertrag von Maastricht, ZAR 1995, 3ff; *Weber*, Einwanderungs- und Asylpolitik nach Maastricht, ZAR 1993, 11ff.

⁵⁸⁰ Конвенция об определении государства, ответственного за рассмотрение ходатайства о предоставлении убежища, поданного в одном из государств-членов Европейских сообществ от 15 июня 1990 г. (*Hailbronner*, Ausländerrecht, B 11).

по 1 сентября 2003 г.⁵⁸¹ и получило также наименование «Дублинские правила». К ДС как международно-договорным правилам присоединились все государства-члены ЕС, а также Норвегия и Исландия⁵⁸². С сентября 2003 г. ДС было заменено Дублинскими правилами-II⁵⁸³, которые стали основным инструментом регулирования вопросов, связанных с компетенцией по делам о предоставлении убежища в рамках ЕС. Компетенция определяется по перечню критериев, которые в соответствии с их очередностью устанавливают государство, ответственное за проверку ходатайства о предоставлении убежища.

311 Достижению целей политики Европейских сообществ по вопросам беженцев служат правила ЕВРОДАК⁵⁸⁴. Они направлены на реализацию задач Дублинского соглашения и Дублинских правил-II с сентября 2003 г. Таким образом, эффективность Дублинских правил обеспечивается посредством сбора доказательств при установлении компетенции государства. Система ЕВРОДАК⁵⁸⁵ работает уже с января 2003 г. При этом снимаются отпечатки пальцев всех лиц, подавших ходатайство о предоставлении убежища, и лиц, незаконно пересекших границу, которые затем вносятся в центральную базу данных.

⁵⁸¹ *Schmid/Bartels*, Handbuch zum Dubliner Übereinkommen, 2001; *Löper*, Das Dubliner Übereinkommen über die Zuständigkeit für Asylverfahren, ZAR 2000, 16ff; *Hurwitz*, The 1990 Dublin Convention: A Comprehensive Assessment, IJRL 11 (1999) 646ff; *Huber*, Das Dubliner Übereinkommen, NVwZ 1998, 150f; *Hailbronner/Thiery*, Schengen II und Dublin — Der zuständige Asylstaat in Europa, ZAR 1997, 55ff.

⁵⁸² Соглашение между Европейским сообществом и Республикой Исландией и Королевством Норвегия о критериях и правилах определения государства, ответственного за рассмотрение ходатайства о предоставлении убежища, поданного в одном из государств-членов или в Исландии или Норвегии (ABI EG 2001, № L 93/38).

⁵⁸³ Постановление Совета № 343/2003 от 18 февраля 2003 г., устанавливающее критерии и процедуры определения государства-члена, ответственного за рассмотрение ходатайства о предоставлении убежища, поданного в одном из государств-членов ЕС гражданином третьей страны (ABI EG 2003, Nr L 50/1); *Piotrowicz*, Dublin II und zukünftige Perspektiven eines gemeinsamen europäischen Asylsystems, ZAR 2003, 383ff; *Schröder*, Die EU-Verordnung zur Bestimmung des zuständigen Asylstaates, ZAR 2003, 126ff.; *Schmid/Filzwieser*, Dublin II-Verordnung, 2004; *Hailbronner*, Asyl- und Ausländerrecht, 2. Aufl 2008, Rn 46; *Hermann*, Das Dublin-System, 2008; *ders.*, в: *Hailbronner* (Hrsg), EU Immigration and Asylum Law, 2011, Council Regulation (EC) No 343/2003.

⁵⁸⁴ Постановление Совета ЕС № 2725/2000 от 11 декабря 2000 г. о создании системы «Евродак» для сличения отпечатков пальцев в целях эффективного применения Дублинского соглашения (ABI EG 2000, Nr L 316/1); Постановление Совета ЕС № 407/2002 от 28 февраля 2002 г. об установлении положений о приведении в исполнение Постановления Совета ЕС № 2725/2000 о создании системы «Евродак» для сличения отпечатков пальцев в целях эффективного применения Дублинского соглашения (ABI EG 2002, Nr L 62/1).

⁵⁸⁵ *Schröder*, Das Fingerabdruckvergleichssystem EURODAC, ZAR 2001, 71ff; *Brouwer*, Eurodac: Its Limitations and Temptations, EJML 2002, 231ff.

В связи с решениями ЕСПЧ⁵⁸⁶ и Суда ЕС⁵⁸⁷ об отклонении направления лиц, ходатайствующих об убежище, в Грецию возникли сомнения, насколько прежняя система установления компетенции государств в отношении проверки ходатайства на основании Постановления Дублин II может применяться без изменений. Особенно важно принцип, на котором основана система Дублинских правил, согласно которому стандарты защиты во всех государствах-членах, в принципе, одинаковы, в настоящее время является спорным⁵⁸⁸. Сохранение системы Дублинских правил зависит от этого аспекта. ЕС и государства-члены принимают административные меры для изменения этого состояния.

Посредством Директивы о минимальных условиях приема лиц, ходатайствующих о предоставлении убежища в государствах-членах⁵⁸⁹, стандарт производства по предоставлению убежища должен быть гармонизирован, чтобы вопрос о государстве ЕС, в котором беженец может подавать ходатайство, решался единообразно. Однако необходимо также урегулировать вопрос о том, что по Дублинским правилам лицо, подающее ходатайство о предоставлении убежища, не должно иметь возможности выбирать страну, в которой будет рассматриваться его ходатайство.

Другой составляющей европейского правового механизма в области защиты беженцев является Директива о минимальных нормах по предоставлению временной защиты в случае массового притока беженцев⁵⁹⁰.

В 2004 г. Совет Министров принял еще две важные директивы для завершения первого этапа гармонизации законодательства о беженцах: Директиву об определении лиц в качестве беженцев и лиц, имеющих субсидиарное

⁵⁸⁶ EGMR, Nr 30696/09 [*M.S.S. против Греции и Бельгии*]; *Thym*, Menschenrechtliche Feinjustierung des Dublin-Systems zur Asylzuständigkeitsabgrenzung, ZAR 2011, 368ff.; anders noch EGMR, Nr 32733/08, NVwZ 2009, 965 [*K.R.S. против Великобритании*].

⁵⁸⁷ EuGH, Rs C-411/10 и C-493/10 [N.S. и другие], juris.

⁵⁸⁸ К вопросу о возможностях развития см.: *Marx*, Ist die Verordnung (EG) Nr. 343/2003 (Dublin-II-Verordnung) reformfähig?, ZAR 2012, 188ff.; *Bank/Hruschka*, Die EuGH-Entscheidung zu Überstellungen nach Griechenland und ihre Folgen für Dublin-Verfahren, ZAR 2012, 182ff.

⁵⁸⁹ Директива Совета № 2003/9/EG от 27 января 2003 г. об установлении минимальных норм для приема беженцев в государствах-членах (ABJ EG 2003, L 31/18); *Peek*, in Hailbronner (сноска 588) Council Directive 2003/9.

⁵⁹⁰ Директива Совета № 2001/55/EG от 20 июля 2001 г. о минимальных нормах для предоставления временной защиты в случае массового притока перемещенных лиц и мерах содействия пропорциональному распределению усилий, связанных с приемом этих лиц и последствиями такого приема, между государствами-членами (ABJ EG 2001, Nr L 212/12); см. также: *Durieux/Hurwitz*, How Many is Too Many? African and European Legal Responses to Mass Influxes of Refugees, GYIL 47 (2004) 104ff.; *Skordas*, в: Hailbronner (сноска 588) Council Directive 2001/55.

право на защиту⁵⁹¹, и Директивы о минимальных нормах производства по предоставлению статуса беженца⁵⁹².

316 В 2006 г. Европейский парламент подал жалобу по Директиве 2005/85⁵⁹³. Суд ЕС установил в своем решении от 6 мая 2008 г., что положение об общем минимальном перечне безопасных государств происхождения (ст. 29) и положение о принятии перечня безопасных третьих государств (ст. 36) недействительны⁵⁹⁴. В октябре 2009 г. Европейская комиссия внесла два предложения по изменению Директивы 2005/85⁵⁹⁵ и Директивы 2004/83⁵⁹⁶.

317 Директива об определении лиц в качестве беженцев⁵⁹⁷ не ограничивается определением беженцев, закрепленным в праве ЕС. Ее целью является создание исчерпывающего инструментария, который гарантирует эффективный механизм защиты также лицам, которые не подпадают под определение беженцев, однако нуждаются в международной защите. Направленность и содержание *субсидиарной защиты* зависят от национальных особенностей толкования понятия. В ФРГ понятием «субсидиарная защита» пользуются для обозначения обстоятельств, препятствующих высылке по смыслу § 60 Закона о пребывании. Впервые в праве ЕС Директива закрепляет предпосылки субсидиарной защиты и связанные с ней юридические последствия для статуса. Содержащееся в Директиве определение понятия беженца в значительной мере идентично понятию, закрепленному в ст. 1 А ЖКБ. Кроме того, Директива содержит правила толкования отдельных элементов понятия беженцев, таких как преследователи, меры преследования, основания преследования, концепция альтернативы внутреннего перемещения и причины дальнейшего перемещения. Наконец, Директива предусматривает

⁵⁹¹ Директива Совета № 2005/85/EG от 1 декабря 2005 г. о минимальных стандартах процедур по предоставлению и отмене статуса беженца в государствах-членах (ABl EU 2005, Nr L 326/13).

⁵⁹² Директива Совета № 2004/83/EG от 29 апреля 2003 г. о минимальных стандартах признания статуса граждан третьих стран и лиц без гражданства как беженцев или лиц, которые нуждаются в иной форме международной защиты, и о сути предоставляемой защиты (ABl EU 2004, Nr L 304/12).

⁵⁹³ Там же.

⁵⁹⁴ EuGH, Rs C-133/06, Slg 2008, I-3189 (*Европейский Парламент против Европейского совета*).

⁵⁹⁵ KOM (2009), 554 endg.

⁵⁹⁶ KOM (2009), 551 endg.

⁵⁹⁷ См.: *Sitaropoulos*, Entwurf einer «EU-Anerkennungs-Richtlinie», ZAR 2003, 379ff; *Hailbronner*, Auswirkungen der Europäisierung des Asyl- und Flüchtlingsrechtes auf das deutsche Recht, ZAR 2003, 299ff.; *Lambert*, The EU Asylum Qualification Directive, ICLQ 55 (2006) 161ff; *Hailbronner*, Die Qualifikationsrichtlinie und ihre Umsetzung im deutschen Ausländerrecht, ZAR 2008, 265ff; *Storev*, EU Refugee Qualification Directive, IJRL 20 (2008) 1ff; *Peek*, Die zukünftige Entwicklung des europäischen Einwanderungs- und Asylrechts, ZAR 2008, 258ff; *Groh*, Zur Aufhebung von Asyl- und Flüchtlingsanerkennung im Geflecht von völker- und europarechtlichen Verpflichtungen, ZAR 2009, 1ff; *Hailbronner/Alt/Battjes* (сноска 596).

юридические последствия признания лица беженцем и субсидиарной защиты для его статуса.

Женевская конвенция о беженцах как важный инструмент международно-правовой защиты беженцев не содержит четких процессуально-правовых правил. Эти правила вытекают из целей ЖКБ. При этом важную роль играют международно-правовые методы толкования и международная практика. Минимальный стандарт процессуальных правил определен Директивой о процедуре предоставления статуса беженца⁵⁹⁸. Речь идет о вопросах доступа отдельных заявителей к процедуре предоставления статуса беженца, права на пребывание в стране до завершения производства, прав индивида в производстве и применения принципа безопасного третьего государства или государства происхождения. Директива предусматривает особые положения о последующей процедуре по признанию лица беженцем, процедуре на границе и процедуре отказа в статусе беженца⁵⁹⁹. Правила ЕС по обращению с беженцами, въезжающими в государства-члены ЕС (особенно в Италию и Испанию) морским путем, пока еще не приняты⁶⁰⁰.

В решении по делу Хирси (*Hirsi*) ЕСПЧ установил, что Италия нарушила ст. 3 ЕКПЧ, когда в 2009 г. она направила суда с беженцами, пришедшие в Италию, обратно в Ливию⁶⁰¹. ЕСПЧ признал, что государства-участники ЕКПЧ, в частности Италия, по-прежнему правомочны «при условии соблюдения международно-правовых обязательств» самостоятельно регулировать пребывание и высылку лиц, не имеющих их гражданства. Поскольку события, по которым было принято решение, произошли до т. н. «арабской весны» 2012 г., на сегодняшний день является неоднозначным, насколько возвращение судов в Ливию по-прежнему является нарушением ст. 3 ЕКПЧ. Однако из решения по делу Хирси (*Hirsi*) следует, что государство, высылающее беженцев, согласно ЕКПЧ обязано удостовериться, что в третьем

⁵⁹⁸ См.: *Zimmermann*, Anmerkungen zu Mindestnormen für Verfahren zur Zuerkennung oder Aberkennung der Flüchtlingsseigenschaft, ZAR 2003, 354ff; *Hailbronner*, Auswirkungen der Europäisierung des Asyl- und Flüchtlingsrechtes auf das deutsche Recht, ZAR 2003, 299 (302ff); *Renner*, Europäische Mindestnormen für Asylverfahren, ZAR 2003, 88ff; *Noll* (Hrsg), Proof, Evidentiary Assessment and Credibility in Asylum Procedures, 2005; *Staffens*, The Appellate Organ in the Asylum Procedure, NordJIL 75 (2006) 89ff; *Good*, Expert Evidence in Asylum and Human Rights Appeals — An Expert's View, IJRL 16 (2004) 358ff.; *Rogowicz*, Asyl- und Flüchtlingsrecht, 2009.

⁵⁹⁹ См.: *Selm*, Return seen from the European Perspective, Fordham ILJ 28 (2005) 1504ff; *Grimm*, Rückführung von Flüchtlingen — die europäische Dimension, AWR Bull 52 (2005) 258ff.

⁶⁰⁰ О международно-правовых вопросах см.: *Jaguttis*, Freier Hafenzugang für Flüchtlings-schiffe?, AVR 43 (2005) 90ff; *Rah*, Kein Flüchtlingsschutz auf See? HR-1 18 (2005) 276ff; *Barnes*, Refugee Law at Sea, ICLQ 53 (2004) 47ff; *Kapur*, Travel Plans: Border Crossings and the Right of Transnational Migrants, HHRJ 18 (2005) 107ff.

⁶⁰¹ EGMR, Nr 27765/09, NVwZ 2012, 809ff [*Хирси Джамаа (Hirsi Jamaa) против Италия*]; *Lehnert/Markard*, Mittelmeerroulette, ZAR 2012, 194ff.

государстве, в которое направляют беженцев, существуют достаточные гарантии того, что беженцы не будут направлены в государство происхождения без проверки наличия опасностей для беженцев. В случае конвоирования судов в открытом море ЕСПЧ установил, что экстерриториальное осуществление властных полномочий по принудительной высылке может быть квалифицировано как коллективная высылка. Это правило действует в отношении морских и воздушных судов под юрисдикцией государства. В этих случаях согласно ст. 4 Протокола № 4 такая практика запрещена, даже если беженцы не пересекли границу государства. Ограничительное применение ЕКПЧ на территорию государства привело бы к существенно-му ограничению гарантий, предусмотренных ЕКПЧ.

5. Выдача

а) Введение

320 Выдачей⁶⁰² является *официальная передача* лица, подозреваемого в совершении уголовного деяния или осужденного в государстве пребывания, другому государству без его согласия⁶⁰³. Выдача относится к средствам правовой помощи. В обычном праве обязанности по выдаче не существует. Вопросы выдачи регулируются международно-правовыми договорами, такими как Европейская конвенция о выдаче от 13 декабря 1957 г., Межамериканская конвенция 1981 г.⁶⁰⁴, Конвенция Арабской Лиги о выдаче 1952 г., или двусторонними договорами. К Европейской конвенции о выдаче принят 2-й Дополнительный протокол 1978 г, вступивший в силу в 1985 г. и упростивший, прежде всего, процедуру передачи запросов о выдаче⁶⁰⁵.

321 Отмена внутренних границ ЕС в рамках сотрудничества в области юстиции и внутренних дел привела к подписанию 10 марта 1995 г. Конвенции на основании действовавшей в то время статьи К Договора о ЕС⁶⁰⁶. Применение процедуры зависит от согласия заинтересованного лица. 27 сентября 1996 г. на основании ст. К-3 Договора о Европейском союзе была подписана Конвенция о выдаче между государствами-членами ЕС. Она предусматривает выдачу также при совершении налоговых преступлений и политических действий. Собственные граждане также могут подлежать выдаче.

⁶⁰² *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 46) § 100ff; см. также: *Gilbert*, Aspects of Extradition Law, 1991, 9; *Shearer*, Extradition in International Law, 1971; *Stein*, Extradition, EPIL II (1995) 327; *Weigend*, Grundsätze und Probleme des deutschen Auslieferungsrechts, JuS 2000, 105ff.

⁶⁰³ *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 46) § 100, I. 1.

⁶⁰⁴ ILM 20 (1981) 723.

⁶⁰⁵ BGBI 1990 II, 117.

⁶⁰⁶ ABl EG 1995, Nr C 78.

Принятие *Европейского ордера на арест*⁶⁰⁷ значительно повлияет на право выдачи в государствах-членах Европейского союза. После того как Федеральный конституционный суд ФРГ признал Закон об исполнении рамочного решения о Европейском ордере на арест противоречащим конституции⁶⁰⁸, федеральный законодатель ввел рамочное решение в действие, приняв модифицированный закон от 20 июля 2006 г.⁶⁰⁹

В рамках права выдачи выполняются не только международно-правовые договоренности. Кроме них учитываются также *индивидуальные права лица, подлежащего выдаче*. К подобным индивидуальным правам, прежде всего, относятся основополагающие права человека. Поэтому все чаще преобладает мнение, что положение индивида защищается не только как отражение международно-правовой обязательной нормы. Лицо, подлежащее выдаче, должно иметь возможность реализации своих прав в качестве субъекта права, поскольку в действиях запрашивающего государства по отношению к лицу, подлежащему выдаче, следует усматривать ограничение основных прав, требующее оправдания⁶¹⁰.

322

б) Основные положения договоров о выдаче

Выдача часто зависит от *требования взаимности*, как предусмотрено в ст. 2 (абз. 7) Европейской Конвенции о выдаче. Составы преступления, существенные для выдачи, прямо указываются в договоре или определяются, исходя из предусмотренной меры наказания (ст. 2 (абз. 1) Европейской Конвенции о выдаче). Кроме того, деяния должны быть уголовно наказуемы как в запрашивающем, так и в запрашиваемом государстве (ст. 2 (абз. 1) Европейской Конвенции о выдаче).

323

На основании ст. 16 (абз. 2) предл. 2) Основного закона⁶¹¹ немцы также могут быть выданы государству-члену ЕС или международному суду при условии соблюдения принципов правового государства.

324

На случай невыдачи собственных граждан был выработан принцип *aut dedere aut iudicare*, в соответствии с которым при отказе в выдаче должно быть осуществлено уголовное преследование в государстве гражданства.

325

⁶⁰⁷ Рамочное решение Совета от 13 июня 2002 г. о Европейском ордере на арест и процедурах передачи между государствами-членами — мнения отдельных государств-членов о принятии рамочного решения (ABl EG 2002, Nr L 190/1).

⁶⁰⁸ BVerfGE 113, 273; *Klink/Proelß*, Zur verfassungsgerichtlichen Kontrollrechte bei der Umsetzung von Rahmenbeschlüssen der Europäischen Union, DÖV 2006, 469ff; *Schünemann*, Die Entscheidung des BVerfG zum europäischen Haftbefehl: markiges Ergebnis, enttäuschende Begründung, StV 2005, 681ff.

⁶⁰⁹ Закон о Европейском ордере на арест, BGBl 2006 I, 1721.

⁶¹⁰ См.: *Weigend*, Grundsätze und Probleme des deutschen Auslieferungsrechtes, JuS 2000, 105 (110ff).

⁶¹¹ Закон от 29.11.2000 г. (BGBl 2000 I, 1633).

Выдача может быть исключена, если обвиняемому грозит смертная казнь (ст. 11 Европейской Конвенции о выдаче), если речь идет о преступлениях, совершенных военнослужащими, или обвиняемый имеет иммунитет.

326 Кроме того, должен соблюдаться принцип специальности⁶¹², в соответствии с которым лицо может быть осуждено лишь за совершение тех преступлений, которые влекут за собой его выдачу (ст. 14 Европейской Конвенции о выдаче). Вопрос об отказе в выдаче относится к компетенции запрашиваемого государства, а не индивида.

в) Исключение для преследуемых по политическим мотивам (*political offence exception*)

327 В удовлетворении требования о выдаче может быть отказано на основании соответствующих правил, установленных договором о выдаче, если речь идет о политических преступлениях⁶¹³. Это исключение не применяется, если речь идет о преступлениях, связанных с торговлей наркотиками, терроризмом или военными преступлениями⁶¹⁴.

г) Выдача и Европейская конвенция о защите прав человека

328 Автономия отдельных государств в вопросах передачи лиц другим государствам для целей уголовного преследования или исполнения наказания ограничивается обязательствами по договорам о правах человека⁶¹⁵. Европейский суд по правам человека вынес решение о применимости ст. 3 ЕКПЧ в деле *Серинга*, в котором заявитель, арестованный в Великобритании, подлежал выдаче США в связи с убийством⁶¹⁶. В своем решении ЕСПЧ не согласился с мнением, что на основании развитых в Западной Европе стандартов приговор о смертной казни в любом случае должен

⁶¹² См.: *Stein*, Die Auslieferungsausnahme bei politischen Delikten, 1983.

⁶¹³ Там же.

⁶¹⁴ См., например, Европейскую конвенцию о борьбе с терроризмом от 27.01.1977 г. (BGBl 1978 II, 321).

⁶¹⁵ См.: *Breitenmoser/Wilms*, Human Rights v Extradition: The Soering Case, Michigan JIL 11 (1989/1990) 845ff; *Vogler*, The Scope of Extradition in the Light of the European Convention of Human Rights, FS Wiarda, 1988, 663ff; *van den Wyngaert*, Applying the European Convention of Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box?, ICLQ 39 (1990) 757ff.

⁶¹⁶ ЕСПЧ. См.: NJW 1990, 2183 (*Серинг (Soering) против Великобритании*) mit Anm *Lagodny*, ebd, 2189ff; *Bartsch*, Die Entwicklung des internationalen Menschenrechtsschutzes 1986–1989, NJW 1989, 3069ff; *Lillich*, The Soering Case, AJIL 85 (1991) 128ff; *Quigley/Shank*, Death Row as a Violation of Human Rights: Is it Illegal to Extradite to Virginia?, VJIL 30 (1990) 241ff; *Shea*, Expanding Judicial Scrutiny of Human Rights in Extradition Cases after Soering, VJIL 17 (1992) 85ff; vgl auch NJW 1991, 3079 (*Крус Варас (Cruz Vara) против Швеции*); *Gilbert* (сноска 607) 136, 231.

рассматриваться как бесчеловечное и унижающее достоинство наказание, но учел, что камеры смертников представляют собой нарушение ст. 3 ЕКПЧ. Поэтому Великобритания удовлетворила требование о выдаче лишь после того, как США заверили, что откажутся от вынесения приговора о смертной казни. В различных обращениях с собственными и иностранными гражданами в вопросах выдачи ЕСПЧ⁶¹⁷ не усмотрел нарушения запрета на дискриминацию.

д) Принудительная доставка в государство суда

Иногда государству пребывания направляется не только запрос о выдаче, но и задержание предполагаемого преступника за границей национальными органами уголовного преследования для передачи его национальному суду. Согласно господствующему мнению неправомерный арест не влечет за собой недопустимость национального судопроизводства (*male captus, bene detentus*). Так, Федеральный конституционный суд ФРГ установил, что не существует общих правил международного права по поводу того, «что ведение уголовного процесса в отношении лица, которое было доставлено в государство суда с нарушением суверенитета иностранного государства, исключено, поскольку потерпевшее государство вправе требовать его незамедлительной передачи или при перевозке уже возник состав международно-правового неправомерного деяния»⁶¹⁸.

329

6. Международно-правовая защита меньшинств

а) Введение

В связи с тем, что после Второй мировой войны в соответствии с общественным интересом приоритетной стала защита прав человека⁶¹⁹, предполагалось, что интересы меньшинств могут быть учтены посредством эффективной защиты прав человека. В середине 1970-х гг. были предприняты первые шаги

330

⁶¹⁷ ЕСПЧ. См.: № 44770/98 (*Мехкай Шкельцен (Mehkaj Shkelzen) против ФРГ*).

⁶¹⁸ BVerfG, NJW 1986, 3021ff; *Herdegen*, Die völkerrechtswidrige Entführung eines Beschuldigten als Strafverfolgungshindernis, EuGRZ 1986, 1ff; *Mann*, Strafverfahren gegen einen völkerrechtswidrig Entführten, NJW 1986, 2167ff; *Rieß*, Verfahrenshindernisse von Verfassung wegen?, JR 1985, 45ff; *Trechsel*, Grundrechtsschutz bei der internationalen Zusammenarbeit in Strafsachen, EuGRZ 1987, 69ff; *Vogler*, Strafprozessuale Wirkungen völkerrechtswidriger Entführungen von Straftätern aus dem Ausland, FS Oechsler, 1985, 379ff.

⁶¹⁹ См.: *Kimminich*, Towards a European Charter for the Protection of Ethnic Groups, в: *Alfredsson/Macalister-Smith* (Hrsg), *The Living Law of Nations*, 1996, 249 (252f); *Blumenwitz*, Internationale Schutzmechanismen zur Durchsetzung von Minderheiten- und Volksgruppenrechten, 1997, 80.

по выработке правовых норм о защите меньшинств⁶²⁰. Работа в этой сфере стала более интенсивной особенно после распада Восточного блока и всплески этнических конфликтов в посткоммунистических странах, прежде всего в Юго-Восточной Европе. Военные конфликты, в том числе в Боснии и Герцеговине, в Косово и Чечне свидетельствуют о важности защиты меньшинств⁶²¹, причем существует единое мнение о том, что несмотря на принятые конвенции о защите прав меньшинств в глобальном и региональном масштабе, группы меньшинств пока не имеют достаточной и эффективной защиты⁶²².

331 При юридическом оформлении защиты прав меньшинств возникают проблемы, связанные с определением понятия меньшинства⁶²³. В силу отсутствия общепризнанного универсального понятия меньшинства используется дефиниция, предложенная *Капоторти* в 1979 г.: «Меньшинство — это группа лиц, количественно составляющая меньшую часть по отношению к основному населению страны и не занимающая доминирующую позицию, члены которой обладают этническими, религиозными и языковыми особенностями, отличающими их от остального населения, и которым, даже если только косвенно, присуще чувство солидарности, направленное на сохранение их культуры, традиций, религии или языка»⁶²⁴.

⁶²⁰ См.: *Brunner*, Nationalitätenprobleme und Minderheitenkonflikte in Osteuropa, 1996; *Frowein/Hofmann/Oeter* (Hrsg.), Das Minderheitenrecht europäischer Staaten (2 Bde), 1993 und 1994; *Hailbronner*, Der Schutz der Minderheiten im Völkerrecht, FS Schindler, 1989; *Klein*, Überlegungen zum Schutz von Minderheiten und Volksgruppen im Rahmen der Europäischen Union, FS Bernhardt, 1995, 1211ff; *Marko*, Minderheitenschutz im östlichen Europa, 1992; *Partsch*, Minderheitenschutz — Wohin steuert Europa?, FS Bernhardt, 1995, 537ff; *Thürer*, Region und Minderheitenschutz — Aufbauelemente einer europäischen Architektur?, FS Bernhardt, 1995, 1337ff; *Hofmann*, Political Participation of Minorities, EYMI 6 (2006/2007) 5ff; *Kugelman*, The Protection of Minorities and Indigenous Peoples Respecting Cultural Diversity, MPYUNL 11 (2007) 233ff; *Grote*, The Struggle for Minority Rights and Human Rights, в: *International Law Today*, 2008, 221ff; *Halbach*, Eingefrorene Konflikte im Südkaukasus, Osteuropa 57 (2007) 83ff.

⁶²¹ См.: *Niewerth*, Der kollektive und der positive Schutz von Minderheiten und ihre Durchsetzung im Völkerrecht, 1996, 179ff; *Thürer*, Minorities: Their Protection in General International Law and in International Humanitarian Law, в: *Durham* (Hrsg.), The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law, 1999, 45 (51); *Coppieters*, Gerechte Separation?, Osteuropa 57 (2007) 121ff; *Wolfrum*, Kosovo, в: *Multiculturalism and International Law*, 2009, 561ff.

⁶²² См.: *Hofmann*, Menschenrechte und der Schutz nationaler Minderheiten, ZaöRV 65 (2005) 587f; *Blumenwitz* (Fn 519) 185; *Rauert*, Das Kosovo: Eine völkerrechtliche Studie, 1999, 118; *Malenovski*, Vers un régime cohérent de protection des minorités nationales en droit international?, в: *Decaux/Pellet* (Hrsg.), Nationalité, minorités et succession d'états en europe de l'est, 1996, 87 (90); *Kopal*, Quelques remarques sur l'évolution du droit international vers un système général de protection des minorités, ebd, 107ff.

⁶²³ См.: *Barsh*, Minorities: The Struggle for a Universal Approach, in: *Alfredsson/Macalister-Smith* (Fn 519) 143ff.

⁶²⁴ *Capotorti*, Minorities, EPIL III (1997) 410ff; *Packer*, On the Definition of Minorities, в: *он же/Myntti* (Hrsg.), The Protection of Ethnic and Linguistic Minorities in Europe, 1993, 23ff.

В связи с современным масштабным миграционным движением возник вопрос, подпадают ли под понятие меньшинства т. н. новые меньшинства⁶²⁵. Этот вопрос, как правило, связан с вопросом, должны ли представители меньшинств иметь гражданство страны, в которой они живут, чтобы быть признанными там в качестве меньшинства⁶²⁶. Такое требование само по себе является сомнительным, о чем свидетельствует пример Эстонии, где лица, принадлежащие к меньшинству, были лишены гражданства⁶²⁷ и тем самым их лишили прав меньшинств. В свете этих обстоятельств следует дифференцировать, какие *права на защиту* и какой группе лиц должны принадлежать: людям, многие поколения которых живут на определенной территории и на протяжении длительного времени имеют связь с этой территорией, должны быть обеспечены права меньшинств⁶²⁸, поскольку они находятся под угрозой ассимиляции. На практике работникам-мигрантам, напротив, не предоставляются права меньшинств, даже если речь идет о втором или третьем поколении, которые уже приобрели гражданство государства пребывания. Государства, принимающие иммигрантов, стремятся как можно быстрее интегрировать их⁶²⁹. Лица, ищущие убежища, беженцы и работники-мигранты могут ссылаться лишь на права на защиту для их категории и не нуждаются в защите в качестве меньшинства⁶³⁰. В литературе по международному праву, однако, не сложилось единого мнения в отношении указанной проблемы. Частично «новые меньшинства» также включены в сферу применения Конвенции в качестве «национальных меньшинств»⁶³¹. ЕСПЧ до сих пор принимал решения в основном о связи между правами меньшинств со свободой собраний и объединений (ст. 8 ЕКПЧ)⁶³².

⁶²⁵ См.: Murray, Should Immigrants or Roma and Sinti be Regarded as Minorities?, в: Matscher (Hrsg), Wiener Internationale Begegnung zu aktuellen Fragen nationaler Minderheiten, 1997, 219ff; Oeter, Überlegungen zum Minderheitenbegriff und zur Frage der «neuen Minderheiten», ebd, 229ff.

⁶²⁶ См.: Ranke/Hofmann, Nationale Minderheiten — Ein Thema für das Grundgesetz?, EuGRZ 1992, 401 (402) mwN.

⁶²⁷ См. Rauert (сноска 627) 88; Geistlinger/Kirch, Estonia — A New Framework for the Estonian Majority and the Russian Minority, 1995.

⁶²⁸ См.: Klein (сноска 625) 1216.

⁶²⁹ Murray (сноска 630) 228.

⁶³⁰ См.: Oeter (сноска 630) 255ff; Murray (сноска 630) 228.

⁶³¹ К вопросу о дифференцированном подходе «right-by-right» см.: Hofmann, Menschenrechte und der Schutz nationaler Minderheiten, ZaöRV 65 (2005) 587 (601f); Langenfeld, Der staatliche Schutz kultureller Besonderheiten von zugewanderten (neuen) Minderheiten und die Freiheit der Minderheitsangehörigen, 2008, 451ff.

⁶³² См.: Hofmann, Nationale Minderheiten und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte, FS Ress, 2005, 1011f; Van Bussuyt, Is there an Effective European Legal Framework for the Protection of Minority Languages?, ELR 32 (2007) 860ff; Stix-Hackl/Moser, Minderheitenschutz in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, in Rechtschutz gestern — heute — morgen, 2008, 685ff; von Bogdandy,

При развитии защиты прав меньшинств в последние десятилетия проявились разные аспекты. С одной стороны, понимание защиты прав меньшинств как абсолютного запрета дискриминации — параллельно с утверждением, что права человека сами по себе не способствуют защите меньшинств⁶³³ — привели к убеждению, что меньшинства нуждаются в специальной защите и особой поддержке⁶³⁴. Этот вывод также основывается на запрете дискриминации. Формальное равенство перед законом, например, при осуществлении избирательного права меньшинствами, проживающими не компактно, приведет к тому, что они будут недостаточно представлены в законодательных органах, хотя формально они обладают равным избирательным правом⁶³⁵. Следовательно, возникает потребность в политике материального равенства, которая включает специальные меры поддержки меньшинств, направленные на устранение существующей несправедливости⁶³⁶ и предоставление им возможности равноправного участия в реализации власти. С другой стороны, дискуссия о направленности защиты по международным конвенциям смещается от индивидуальной к коллективной защите прав меньшинств. Иными словами, не только каждому отдельному представителю меньшинства, но и меньшинству в целом предоставляются коллективные права⁶³⁷. Причина таких изменений состоит в том, что индивидуальная защита без коллективного элемента часто оказывается недостаточной, поскольку статус меньшинства неизбежно предполагает принадлежность к какой-либо группе и отдельному представителю меньшинства

Die Minderheitenpolitik der Europäischen Union, KJ 40 (2007) 224ff; *Burri*, Breaking the Taboo, YEL 27 (2009) 321ff.

⁶³³ См.: *Pernthaler*, Der Schutz der ethnischen Gemeinschaften durch individuelle Rechte, 1964; *Heun*, Minderheitenschutz der Roma in der EU, 2011.

⁶³⁴ См.: *Eide*, Equality, Nationalism and the Protection of Minorities: A Dilemma in Democratization, в: *Alfredsson/Macalister-Smith* (сноска 624) 157 (164f); *Eddison*, The Protection of Minorities at the Conference on Security and Co-operation in Europe, 1993, 10f.

⁶³⁵ См.: *Eddison* (сноска 639) 11; *Barsh* (сноска 628) 145; *Eide* (сноска 639) 165; *Niewerth* (сноска 626) 180f.

⁶³⁶ *Barsh* (сноска 628) 145 утверждает: «Формальное равенство не обязательно приводит к равному распределению власти в действительности...»; *Eide* (сноска 639) 158 высказывается за позитивную дискриминацию меньшинств для того, чтобы ликвидировать существовавшее ранее неравенство. Для обоих авторов материальное равенство тесно связано с демократическим принципом. Такие меры поощрения могут заключаться, например, в предоставлении региональной автономии, федералистской конституции, децентрализации и особых предписаниях для обеспечения представительства малых групп при проведении выборов в законодательные органы, см.: *Barsh* (сноска 628) 165.

⁶³⁷ См.: *Kimminich* (сноска 624) 253f; о проектах отчетов в Европейском парламенте 1992/93 для Хартии прав национальных меньшинств см. *Klein* (сноска 625) 1219ff; о разработках в СБСЕ (ОБСЕ) см.: *Eddison* (сноска 639) 15ff; о коллективных и индивидуальных правах: *Despeux*, Die Anwendung des völkerrechtlichen Minderheitenrechts in Frankreich, 1999, 102ff, 124ff; против разработки коллективной защиты: *Malenowski* (сноска 627) 105.

как индивиду трудно противостоять давлению ассимиляции⁶³⁸. Кроме того, некоторые права, необходимые для защиты меньшинств, нельзя обеспечить на индивидуальном уровне, поскольку это типичные групповые права, например, право на размещение указателей на языке меньшинства или право на собственные административные образования⁶³⁹. Хлеб — это

б) Защита меньшинств на универсальном уровне

В глобальном масштабе защиту представителей меньшинств обеспечивает ст. 27 Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП). Указанная статья гарантирует право на культурную жизнь, вероисповедание и пользование своим языком. Спорным является, насколько ст. 27 МПГПП содержит коллективно-правовой элемент⁶⁴⁰ и — в связи с отрицательной формулировкой⁶⁴¹ — насколько государства обязаны оказывать поддержку меньшинствам⁶⁴². Для эффективного рассмотрения жалоб о нарушении прав, вытекающих из ст. 27, государство-участник в качестве механизма реализации⁶⁴³ должно обеспечивать национальную контрольную процедуру (ст. 2 (абз. 3) МПГПП). Кроме того, предусмотрена процедура предоставления докладов государством (ст. 40 МПГПП), а также процедура подачи межгосударственной жалобы (ст. 41 МПГПП). Последняя предполагает, что оба государства признали компетенцию Комитета по рассмотрению межгосударственных жалоб, что до сих пор сделали лишь немногие государства⁶⁴⁴. От этого страдает и производство по рассмотрению индивидуальных жалоб (ст. 1 Факультативного протокола к МПГПП). Наконец, права представителей меньшинств обобщены в Декларации о защите меньшинств, состоящей из девяти статей, и во Всеобщей декларации прав коренных народов⁶⁴⁵. Кроме того, в ОБСЕ с 1992 г. существует должность Верховного

334

⁶³⁸ См.: Klein (сноска 625) 1217f.

⁶³⁹ См.: Проект Хартии прав национальных меньшинств в ст. 9 и 20, в редакции Alber, Doc PE 204.838.

⁶⁴⁰ По поводу коллективно-правового компонента см.: Rauert (сноска 627) 90; о дискуссии см.: Akermark, Justifications of Minority Protection in International Law, 1997, 46f.

⁶⁴¹ «... не может быть отказано в праве ...».

⁶⁴² Подробности дискуссии см.: Akermark (сноска 645) 127ff; Rauert (сноска 627) 92; Henrard, The Protection of Minorities Through the Equality Provisions in the UN Human Rights Treaties, IJMR 14 (2007) 141ff; Hilpold, UN Standard-Setting in the Field of Minority Rights, IJMR 14 (2007) 181ff; Pentassuglia, Reforming the UN Human Rights Machinery, IJMR 14 (2007) 127ff.

⁶⁴³ Относительно механизмов реализации см.: Niewerth (сноска 626) 193ff; о механизмах правовой защиты ООН в целом см.: Blumenwitz, Internationale Schutzmechanismen zur Durchsetzung von Minderheiten- und Volksgruppenrechten, 1997, 81ff.

⁶⁴⁴ См.: Niewerth (сноска 626) 197.

⁶⁴⁵ Декларация о правах лиц, принадлежащих к национальным или этническим, религиозным и языковым меньшинствам, 46/135, ILM 32 (1993) 912ff; см. также: Ermacora,

комиссара по делам национальных меньшинств, а в ООН — группа Независимых экспертов по вопросам меньшинств, которые должны обеспечивать организационную основу защиты прав меньшинств⁶⁴⁶.

в) Защита меньшинств на региональном уровне

335 Для защиты прав представителей меньшинств в рамках Совета Европы были разработаны два документа. Во-первых, 5 ноября 1992 г. Совет Европы предложил к подписанию *Хартию региональных языков и языков меньшинств*⁶⁴⁷, во-вторых, была подготовлена *Рамочная конвенция о защите национальных меньшинств*⁶⁴⁸ (вместо Дополнительного протокола к ЕКПЧ⁶⁴⁹)⁶⁵⁰. Эта Рамочная конвенция была представлена к подписанию 1 февраля 1995 г.⁶⁵¹ В отличие от других соглашений Совета Европы, Рамочная конвенция относится к открытым соглашениям, к которым могут присоединиться государства, не являющиеся членами Совета Европы, если они получили соответствующее приглашение Комитета министров.

336 При разработке Рамочной конвенции не удалось достигнуть единого мнения об определении термина «меньшинство». Поэтому в абз. 12 пояснительного доклада подчеркивается, что было выбрано прагматическое

Späte Einsichten, VN 1992, 149ff; *Thornberry*, The UN Declaration on the Right of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, в: Phillips/Rosas (Hrsg), The UN Minority Rights Declaration, 1993, 11ff; о защите коренных народов см.: *Alfredsson*, Zwischen Unterdrückung, Selbstverwaltung und Unabhängigkeit, VN 1993, 17ff.

⁶⁴⁶ Vgl *Vollebaek*, Fifteen Years of Conflict Prevention by the High Commissioner on National Minorities, OSCE Yearbook 14 (2008) 325ff; *Ghebali*, The High Commissioner on National Minorities after 15 Years, Security and Human Rights 20 (2009) 111ff; *Aurescu*, The 2006 Venice Commission Report on Non-Citizens and Minority Rights, Helsinki Monitor 18 (2007) 150ff; zur Rolle der UNO *Friberg/Fox*, The Activities of the United Nations Independent Expert on Minority Issues, EYMI 6 (2007) 461ff; *Hadden*, The United Nations Working Group on Minorities, IJMGR 14 (2007) 285ff; *Jurado/Korkeakivi*, Completing the First Decade of Monitoring, EYMI 6 (2006/2007) 373ff; krit *Riedel*, Ambivalenzen des Minderheitenschutzes, Osteuropa 57 (2007) 47ff.

⁶⁴⁷ Европейская хартия региональных языков и языков меньшинств от 5 ноября 1992 г. после ратификации пятью государствами вступила в силу 1 марта 1998 г., ETS Nr 148.

⁶⁴⁸ Рамочная конвенция о защите национальных меньшинств от 1 февраля 1995 г., после ратификации 12-ю государствами вступила в силу 1 февраля 1998 г. (ETS Nr 157).

⁶⁴⁹ На Венской встрече главы государств в последнюю минуту высказались против Дополнительного протокола к ЕКПЧ и приняли компромиссное решение о необходимости разработки Рамочной конвенции и Дополнительного протокола к ЕКПЧ об индивидуальных культурных правах. См.: *Akermark* (сноска 645) 224ff.

⁶⁵⁰ См.: *Klebes*, Rahmenübereinkommen des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten, EuGRZ 1995, 262ff.; *Roskopf*, Europäische Regelungen des Minderheitenschutzes, AWR Bull 54 (2007) 3, 174ff.

⁶⁵¹ Между тем Конвенция вступила в силу в отношении 39 государств, в том числе Германии (по состоянию на 1 марта 2007 г.).

решение, «основывающееся на понимании того, что в настоящее время невозможно сформулировать определение, с которым полностью согласятся все государства-члены Совета Европы»⁶⁵². К тому же Конвенция содержит ряд принципов и индивидуальных прав, которые расплывчато сформулированы и частично ограничены по содержанию.

Наряду с констатацией принципиального значения ст. 3 устанавливает, что «любое лицо, принадлежащее к национальному меньшинству, имеет право свободного выбора рассматриваться или не рассматриваться как таковое». Ст. 4 предусматривает право на равенство перед законом и на равную защиту со стороны закона. Ст. 7 гарантирует свободу мирных собраний и свободу ассоциаций, однако не право на учреждение своих партий. Ст. 8 защищает свободу вероисповедания и убеждений; предметом ст. 9 является свободное выражение мнения; ст. 10 закрепляет право свободного и беспрепятственного пользования языком, но общей формулировке. **337**

Конвенция содержит положения об использовании фамилий, наименований местностей и улиц на языке меньшинств, а также об основании и содержании образовательных учреждений. *Право на обучение на языке меньшинства* согласно ст. 14 (абз. 2) зависит от того, идет ли речь о районах, где традиционно или в значительном количестве проживают лица, принадлежащие к национальным меньшинствам, и имеется ли достаточная потребность в этом. **338**

В целях контроля за соблюдением Рамочной конвенции ст. 24 и след. предусматривают процедуру предоставления отчетов с возможностью дачи рекомендаций соответствующему государству. Судебной проверки не предусмотрено. **339**

Принципы и основы защиты прав лиц, принадлежащих к меньшинствам, содержатся также в Заключительном акте ОБСЕ⁶⁵³. Так, Копенгагенский заключительный документ от 29 июня 1990 г. закрепляет право лиц, принадлежащих к национальным меньшинствам, на реализацию прав человека и основных свобод на базе полного равенства перед законом. Каждый вправе самостоятельно решать вопрос о своей принадлежности к национальному меньшинству. Он не должен подвергаться дискриминации вследствие этого решения (№ 32). Кроме того, в Заключительном документе названы права на пользование языком меньшинства, на обучение на родном языке, а также право на соразмерное участие в политическом процессе⁶⁵⁴. Московским заключительным документом от 3 октября 1992 г.⁶⁵⁵ государства призваны к реализации этих целей. **340**

⁶⁵² EuGRZ 1995, 272.

⁶⁵³ См.: *Tretter* (сноска 322) 296ff; *Eddison* (сноска 639) 15ff; *Akermark* (сноска 645) 259ff.

⁶⁵⁴ EuGRZ 1990, 239ff.

⁶⁵⁵ EuGRZ 1991, 495.

341 На последующей конференции в Хельсинки 10 июля 1992 г.⁶⁵⁶ было создано *Управление Верховного комиссара* по делам национальных меньшинств, который не только собирает информацию о национальных меньшинствах, но и может принимать превентивные меры на стадии обнаружения проблемы⁶⁵⁷. Верховный комиссар имеет право получать информацию, пользоваться всеми доступными источниками, такими как сообщения правительств государств-участников, неправительственных организаций и непосредственно заинтересованных национальных меньшинств.

⁶⁵⁶ EuGRZ 1992, 372, 376.

⁶⁵⁷ О деятельности Верховного комиссара по делам национальных меньшинств см.: *Blumenwitz* (сноска 624) 137ff; *Akermark* (сноска 645) 285ff.

ЧЕТВЕРТЫЙ РАЗДЕЛ

Международные и наднациональные организации

Эккарт Кляйн / Штефани Шмаль

Оглавление (краткий обзор содержания по абзацам) Абзацы

I. История международных организаций и их значение.	1–31
1. Международные организации как неотъемлемый элемент международного сотрудничества	1–2
2. История создания: от конгрессов сторонников мира и административных союзов до Лиги Наций	3–7
3. Развитие после 1945 г.	8–11
4. Определения и дифференциация	12–18
5. Влияние международных организаций на международное право	19–31
II. Право международных организаций	32–224
1. Возникновение и прекращение существования международных организаций.	32–60
а) Учредительный акт, основанный на международном праве	32
б) Учредительный договор как «конституция» международных организаций	37
в) Толкование и изменение учредительного договора	39
г) Прекращение существования международных организаций.	51
д) Вопросы правопреемства.	57
2. Членство в международных организациях	61–92
а) Приобретение членства	61
б) Права и обязанности членов	74
в) Прекращение членства.	76
г) Ограничение прав членов	84
д) Градация форм членства	88
е) Нечлены.	91
3. Правовой статус международных организаций	93–117
а) Международная правоспособность	93
б) Международная дееспособность	97
в) Иммунитеты, привилегии, правоотношения с государством местонахождения	106
г) Внутригосударственная право- и дееспособность	112

д) Квалификация норм, регулирующих внутреннюю деятельность организаций	114
4. Органы и механизмы принятия решений	118–187
а) Общие структуры	118
б) Сравнительная характеристика главных органов ООН, Совета Европы и ЕС	124
в) Генеральная Ассамблея ООН	127
г) Совет Безопасности ООН	140
д) Экономический и социальный совет ООН	155
е) Совет по опеке ООН	163
ж) Секретариат ООН	165
з) Международный суд	177
и) Изменение структуры органов и правоотношения между органами	182
5. Задачи и полномочия международных организаций	188–211
а) Общие сведения	188
б) Определение круга полномочий; принцип ограниченных полномочий; действия <i>ultra vires</i>	189
в) Уважение внутренней компетенции государств-членов	195
г) Соблюдение минимальных стандартов прав человека	197
д) Инструменты	200
е) Важнейшие сферы деятельности ООН	204
6. Финансирование международных организаций	212–224
а) Доходы	213
б) Расходы и формирование бюджета	220
в) Финансовый контроль и санкции	223
III. Семья ООН	225–237
1. Общие сведения	225–226
2. ООН: главные и вспомогательные органы	227–228
3. Специализированные учреждения	229–237
IV. Совет Европы	238–248
1. Общие сведения, возникновение и развитие	238–239
2. Органы	240–243
3. Задачи, принципы, деятельность	244–248
V. Европейский союз	249–258
1. Наднациональные организации	249–251
2. Международная правосубъектность и международная дееспособность	252–253

3. Полномочия ЕС и защита основных прав 254–255
 4. Лиссабонский договор и перспективы развития 256–257

Литература

- Amerasinghe, Chittarian Felix*, Principles of the Institutional Law of International Organizations, 2. Aufl 2005
- Bennett, Alvin LeRoy/Oliver, Janes K.*, International Organizations, Principles and Issues, 7. Aufl 2002 [*Bennett/Oliver*, International Organisations]
- Dupuy, René Jean* (Hrsg), Manuel sur les organisations internationales. A Handbook on International Organizations, 2. Aufl 1998 [*Dupuy* (Hrsg), Handbook]
- Gareis, Sven Bernhard/Varwick, Johannes*, Die Vereinten Nationen. Aufgaben, Instrumente und Reformen, 4. Aufl 2006 [Vereinte Nationen]
- Göthel, Dieter*, Die Vereinten Nationen — Eine Innenansicht, 2. Aufl 2002 [*Göthel*, Die Vereinten Nationen]
- Hüfner, Klaus*, Die Vereinten Nationen und ihre Sonderorganisationen, Teil 1: Die Haupt- und Spezialorgane, 2. Aufl 1995; Teil 2: Die Sonderorganisationen, 1992; Teil 3A: Finanzierung des Systems der Vereinten Nationen 1971–1995, 1996; Teil 3B: Finanzierung des Systems der Vereinten Nationen 1971–1995, 1997 [*Hüfner*, VN 1; VN 2; VN 3A; VN 3B]
- Hurd, Ian*, International Organizations. Politics, Law, Practice, 2010 [*Hurd*, International Organizations]
- Jordan, Robert S.*, International Organizations, 4. Aufl 2001 [*Jordan*, International Organizations]
- Joyner, Christopher C.*, The United Nations and International Law, 1997
- Kirgis, Frederic L.*, International Organizations in their Legal Setting, 2. Aufl 1993 [*Kirgis*, International Organizations]
- Knipping, Franz/von Mangoldt, Hans/Rittberger, Volker* (Hrsg), Das System der Vereinten Nationen und seine Vorläufer, Band I/1: Vereinte Nationen, 1995; Band I/2: Sonderorganisationen und andere Institutionen, 1995; Band II: 19. Jahrhundert und Völkerbundszeit, 1996 [*von Mangoldt/Rittberger*, I/1 bzw I/2; *Knipping*, II]
- Köck, Heribert Franz/Fischer, Peter*, Das Recht der Internationalen Organisationen, 3. Aufl 1997 [*Köck/Fischer*, Internationale Organisationen]
- Opitz, Peter J.*, Die Vereinten Nationen: Geschichte, Struktur, Perspektiven, 5. Aufl. 2007 [*Opitz*, Vereinte Nationen]
- Ruffert, Matthias/Walter, Christian*, Institutionalisiertes Völkerrecht, 2009.
- Schachter, Oscar/Joyner, Christopher C.* (Hrsg), United Nations Legal Order, 2 Bde, 1995
- Schermers, Henry G./Blokker, Niels M.*, International Institutional Law, 5. Aufl 2011 [*Schermers/Blokker*, International Institutional Law]

- von Schorlemer, Sabine (Hrsg), Praxishandbuch UNO, 2003 [Praxishandbuch UNO]
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz/Loibl, Gerhard*, Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften, 7. Aufl 2000 [*Seidl-Hohenveldern/Loibl*, Internationale Organisationen]
- Simma, Bruno (Hrsg), Charta der Vereinten Nationen, Kommentar, 1991 [Charta VN]
- ders (Hrsg), The Charter of the United Nations: A Commentary, 2. Aufl 2002 [Charter UN²]
- ders/Khan, Damiel-Erasmus/Nolte, Georg/Paulus, Andreas (Hrsg), The Charter of the United Nations: A Commentary, 3. Aufl 2012 [Charter UN³]
- Sorel, Jean-Marc*, Droit des organisations internationales, 1997
- Volger, Helmut (Hrsg), Lexikon der Vereinten Nationen, 2000
- ders (Hrsg), A Concise Encyclopedia of the United Nations, 2. Aufl 2009
- ders (Hrsg), Grundlagen und Strukturen der Vereinten Nationen, 2007 [Volger (Hrsg), Grundlagen]
- Weiß, Norman*, Kompetenzlehre Internationaler Organisationen, 2009 [*Weiß, Kompetenzlehre*]
- White, N. D.*, The Law of International Organisations, 2. Aufl 2005
- Wolfrum, Rüdiger (Hrsg), Handbuch Vereinte Nationen, 2. Aufl 1991 [Handbuch VN]
- ders (Hrsg), United Nations: Law, Policies and Practice, 1995
- ders (Hrsg), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 10 Bde, 2012 [MPEPIL]

Договоры

- Устав Лиги Наций от 28.6.1919 (RGBl 1919, 717) 6, 30, 59, 62, 82, 92, 163, 231
- Конвенция о международной гражданской авиации (ИКАО) от 7.12.1944 (15 UNTS 295; BGBl 1956 II, 411) 46, 194, 201
- Устав Организации Объединенных Наций [Устав ООН] 26.6.1945 (UNCIO Documents, Bd XV [1945] 335ff) 8, 9, 16, 18, 27, 30, 34, 40, 41, 42, 44, 49, 59, 62–66, 68, 71, 74, 75, 77, 79, 82, 85, 88, 90, 92, 94, 98, 106, 107, 112, 121, 124, 126–135, 137, 138, 140–144, 146, 148, 150–152, 155–161, 163–167, 169, 170, 172, 174–179, 184, 185, 187, 188, 195, 196, 199, 200, 204–211, 215, 216, 221, 224, 227, 229, 230–237, 239
- Статут Международного суда ООН [Статут МС] от 26.6.1945 (UNCIO Documents, Bd XV [1945] 335ff; 557 UNTS 143; BGBl 1973 II, 431) 90, 105, 127, 134, 146, 152, 177, 178, 179, 180, 210
- Устав Продовольственной и сельскохозяйственной организации ООН от 16.10.1945 (UNYB 1946–1947, 693; BGBl 1971 II, 1033) [Устав ФАО] 9, 18, 65, 88, 110, 208, 224, 229, 231

- Устав Организации Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры от 16.11.1945 (4 UNTS 275; BGBI 1971 II, 471) [Устав ЮНЕСКО] 18, 63, 81, 88, 202, 208, 224, 237, 239
- Соглашение Международного валютного фонда от 27.12.1945 (2 UNTS 39, 134; 606 UNTS 295; 726 UNTS 266; BGBI 1952 II, 638; 1978 II, 13) [Соглашение МВФ] 123, 137
- Конвенция о привилегиях и иммунитетах Объединенных Наций от 13.02.1946 (1 UNTS 15; BGBI 1980 II, 941) 107, 176
- Устав Всемирной организации здравоохранения от 22.07.1946 (14 UNTS 186; BGBI 1974 II, 43) [Устав ВОЗ] 77, 88, 110, 201, 208, 229, 233
- Устав Международной организации труда от 9.10.1946 (15 UNTS 40; BGBI 1957 II, 317) [Устав МОТ] 5, 12, 18, 202, 203, 208, 224, 229, 231, 236
- Штаб-квартира Объединенных Наций. Соглашение между Соединенными Штатами Америки и ООН от 26.6.1947 (11 UNTS 11) 110
- Конвенция Всемирной метеорологической организации от 11.10.1947 (77 UNTS 143; BA_{nz} № 82/56; 104/56; BGBI 1990 II, 171) [Конвенция ВМО] 201, 214
- Генеральное соглашение по тарифам и торговле от 30.10.1947 (UNTS Vde 55–64; Vde 142–147; BGBI 1951 II, 173) 230
- Конвенции о привилегиях и иммунитетах специализированных учреждений Объединенных Наций от 21.11.1947 (33 UNTS 261; BGBI 1954 II, 639) 107
- Конвенция об учреждении Межправительственной морской консультативной организации от 6.3.1948 (289 UNTS 3; BGBI 1965 II, 313; 1986 II, 423) [Конвенция ИМКО/ИМО] 34, 81, 201, 214, 224, 229
- Договор о совместной деятельности в экономической, социальной и культурной сферах и коллективной самообороне от 17.3.1948. Изменения от 23.10.1954 (BGBI 1955 II, 256) [Брюссельский пакт; с 1954 г. – Договор ЗЕС] 9, 88, 214, 241, 244
- Устав Организации американских государств от 30.4.1948 (119 UNTS 48) [Устав ОАГ] 9, 62, 63, 67, 72, 77, 83, 89, 107, 181, 239
- Всеобщая декларация прав человека от 10.12.1948 (GAOR, 3rd Sess, 1st Part [Doc A/810] 71) 206
- Североатлантический пакт от 4.4.1949 (34 UNTS 243; BGBI 1955 II, 256, 289) [Договор НАТО] 9, 73, 145, 205, 228, 244
- Устав Совета Европы от 5.5.1949 (87 UNTS 103; BGBI 1950, 263; 1953 II, 558; 1968 II, 1926) 34, 44, 45, 61, 63, 67, 70, 77, 82, 85, 88, 110, 124, 188, 239–241, 243, 244, 247, 248
- Генеральное соглашение о привилегиях и иммунитетах Совета Европы от 2.9.1949 (CETS No 2, BGBI 1954 II, 493) 112
- Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4.11.1950 (213 UNTS 221; BGBI 1952 II, 685, 953) в редакции Протокола № 11 (BGBI

- 2002 II, 1954), BGBl 2002 II, 1954) [ЕКПЧ] 47, 65, 181, 198, 202, 203, 245–247, 255
- Договор об учреждении Европейского объединения угля и стали от 18.4.1951 (261 UNTS 140; BGBl 1952 II, 445, 978) [Договор ЕОУС] 47, 51, 59, 62, 191, 249, 254
- Соглашение Международной финансовой корпорации от 11.4.1955 (264 UNTS 117; BGBl 1956 II, 747, 901) [Соглашение МФК] 30, 108, 137, 229
- Устав Международного агентства по атомной энергии от 26.10.1956 (276 UNTS 3; BGBl 1957 II, 1357; 1958 II, 2) [Устав МАГАТЭ] 230
- Договор об учреждении Европейского экономического сообщества от 25.3.1957 (298 UNTS 11; BGBl 1957 II, 753, 1678; 1958 II, 64) [Договор ЕЭС; после изменений, внесенных Амстердамским договором: Договор об учреждении Европейского Сообщества / Европейские Сообщества] 9, 37, 48, 96, 188, 254, 258
- Договор об учреждении Европейского сообщества по атомной энергии от 25.3.1957 (298 UNTS 167; BGBl 1957 II, 753, 1014, 1678) [Договор ЕВРАТОМ] 53, 59, 62, 191, 249, 250, 252, 254, 257
- Конвенция об учреждении Европейской ассоциации свободной торговли от 4.1.1960 (370 UNTS 3) [Конвенция ЕАСТ] 9, 45
- Соглашение Международной ассоциации развития от 26.1.1960 (439 UNTS 249; BGBl 1960 II, 2137) [Соглашение МАР] 30, 108, 137, 229
- Конвенция об учреждении Организации экономического сотрудничества и развития от 14.12.1960 (BGBl 1961 II, 1150) [Конвенция ОЭСР] 50, 56, 58, 100, 208
- Устав Организации африканского единства от 25.5.1963 (AJIL 58 [1964] 873; EA 18 [1963] D 314) [Устав ОАЕ] 9, 89, 94, 239
- Устав Всемирного почтового союза от 10.7.1964 (UNTS Bde 611-613; Bde 809, 810; BGBl 1965 II, 1633; BGBl 1998 II, 2085) [Устав ВПС] 229, 231, 237
- Протокол о привилегиях и иммунитетах Европейских сообществ от 8.4.1965 (ABl EG 1967, Nr L 152/13) 100, 107
- Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела от 27.1.1967 (610 UNTS 205; BGBl 1969 II, 1969) [Договор о космосе] 102
- Конвенция об учреждении Всемирной организации интеллектуальной собственности от 14.7.1967 (828 UNTS 3; BGBl 1970 II, 293, 1070) [Конвенция ВОИС] 214, 229
- Венская конвенция о праве международных договоров от 23.5.1969 (1155 UNTS 331; BGBl 1985 II, 927) [ВКПМД] 25, 34, 39, 41, 46, 47, 52, 63, 78, 80, 83, 87, 91, 98, 109, 116, 144, 190, 211
- Устав Всемирной туристской организации от 27.9.1970 (BGBl 1976 II, 23) [Устав ВТО] 88, 225, 229, 233

- Венская Конвенция о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера от 14.3.1975 (AJIL 69 [1975] 52) 90, 100, 107, 110
- Соглашение о создании Международного фонда сельскохозяйственного развития от 13.6.1976 (BGBl 1978 II, 1405) [Соглашение МФСР] 34, 137, 229
- Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении договоров от 23.8.1978 (1946 UNTS 3) 25, 71
- Устав Организации Объединенных Наций по промышленному развитию от 8.4.1979 (BGBl 1985 II, 1215; 1987 II, 290) [Устав ЮНИДО] 16, 208, 229, 236
- Единый Европейский Акт от 28.2.1986 (BGBl 1986 II, 1102) [EEA] 50, 122, 188
- Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями от 21.3.1986 (BGBl 1990 II, 1414) 193, 211
- Договор о Европейском союзе от 7.2.1992 (BGBl 1992 II, 1253) [Договор о Европейском союзе] 34, 44, 47, 48, 50, 53, 63, 64, 67, 70, 80, 85, 117, 122, 144, 153, 188, 190, 201, 205, 223, 246, 253-255, 258
- Соглашение о Европейском экономическом пространстве от 2.5.1992 (BGBl 1993 II, 267) [Соглашение ЕЭП] 37, 48, 74, 94
- Соглашение об учреждении Всемирной торговой организации от 15.4.1994 (BGBl 1994 II, 1625) [соглашение ВТО] 65, 230
- Амстердамский договор о внесении изменений в Договор о Европейском союзе, договоры об учреждении Европейских сообществ, а также некоторые связанные с ними акты от 2.10.1997 (BGBl 1998 II, 387) 15, 35, 50, 85, 87, 258
- Римский статут Международного уголовного суда от 17.7.1998 (BGBl II 2000, 1393) 21
- Учредительный акт Африканского союза от 11.7. 2000 (OAU Doc CAB/LEG/23.15; AYIL 8 (2000) 479) 9, 63, 67, 77, 83, 85, 89, 122, 181, 239
- Ниццкий договор о внесении изменений в Договор о Европейском союзе, договоры об учреждении Европейских сообществ, а также некоторые связанные с ними акты от 26.2.2001 (BGBl 2001 II, 1667) 15, 50, 59, 107, 182, 250, 256, 258
- Соглашение между ООН и правительством Сьерра-Леоне о создании Специального суда по Сьерра-Леоне от 16.1.2002 (UN Doc S/2000/915, Annex) 205
- Соглашение между Организацией Объединенных Наций и Всемирной туристской организацией от 23.12.2003 (UN Doc A/RES/58/232 Annex) 233

Протокол № 14 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод, дополняющий контрольную систему Конвенции, от 13.5.2004 (CETS No 194, BGBl 2006 II, 138) 65, 45, 246, 255

Договор, устанавливающий Конституцию для Европы в редакции от 29.10.2004 (ABl EU 2004, Nr C 310/1) 53, 78, 80, 223

Договор о функционировании Европейского союза в редакции Договора о Европейском союзе от 7.2.1992 (BGBl 1992 II, 1253) после внесения изменений на основании Лиссабонского договора от 13.12.2007 (ABl EU 2007, Nr C 306/1) [AEUV] 15, 34, 44, 47, 48, 50, 53, 75, 80, 81, 85, 88, 94, 98, 103, 108, 112, 117, 125, 137, 144, 151, 181, 182, 185, 188, 190, 191, 194, 201–203, 218, 219, 222–224, 245, 250, 253–258

Протокол о применении принципов субсидиарности и соразмерности от 13.12.2007 (ABl EU 2007, Nr C 306/150) 254, 257

Протокол № 14 bis к Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 7.5.2009 (CETS No 204) 245

Судебная практика

Постоянная палата международного правосудия

Консультативное заключение по делу о статусе Восточной Карелии от 23.7.1923, PCIJ, Series B, No 5, 27 [дело о *Восточной Карелии*] 92

Дело о фабрике в Хожуве (Германия против Польши), решение от 13.9.1928, PCIJ, Series A, Nos 17, 29 (толкование решений № 7 и 8) [дело о *фабрике в Хожуве (Chorzów)*] 101

Консультативное заключение по делу о свободном городе Гданьске и Международной организации труда от 26.8.1930, PCIJ, Series B, No 18. 4 [дело о *вступлении в МОТ*] 66

Международный суд

Консультативное заключение по делу об условиях приема государства в члены ООН от 28.5.1948, ICJ Reports 1948, 57 [дело о *членстве в ООН*] 68

Консультативное заключение по делу о возмещении за увечья, понесенные на службе ООН от 11.4.1949, ICJ Reports 1949, 174 [Бернадот] (*Bernadotte*) 39, 94, 96, 97, 98, 104, 105, 191, 225

Консультативное заключение по делу о правомочности Генеральной Ассамблеи в отношении приема государства в члены ООН от 3.3.1950, ICJ Reports 1950, 4 [дело о *членстве в ООН II*] 64

Консультативное заключение по международному статусу Юго-Западной Африки от 11.7.1950, ICJ Reports 1950, 128 [дело о *Юго-Западной Африке*] 39, 59, 163

Консультативное заключение о присуждении компенсаций Административным трибуналом ООН от от 13.7.1954, ICJ Reports 1954, 47

- [дело о присуждении компенсации Административным трибуналом ООН] 39, 191
- Решение по делу об инциденте в воздушном пространстве, произошедшем 27.7.1955 (Израиль против Болгарии) от 26.5.1959, ICJ Reports 1959, 127 [дело о воздушном инциденте] 40
- Консультативное заключение об определенных расходах ООН (пункт 2 статьи 17 Устава) от 20.7.1962, ICJ Reports 1962, 151 [дело об определенных расходах] 42, 129, 170, 194, 215
- Решение по делу о Юго-Западной Африке (вторая фаза) (Эфиопия против Южной Африки; Либерия против Южной Африки) от 18.7.1966, ICJ Reports 1966, 6 [дело о Юго-Западной Африке] 138
- Консультативное заключение по делу о юридических последствиях для государств, вызываемых продолжающимся присутствием Южной Африки в Намибии (Юго-Западная Африка) вопреки резолюции Совета Безопасности 276 (1970) от 21.6.1971, ICJ Reports 1971, 16 [дело о Намибии] 41, 144, 150
- Решение по делу, касающемуся опротестования юрисдикции Совета ИКАО (Индия против Пакистана) от 18.8.1972, ICJ Reports 1972, 46 [дело о юрисдикции Совета ИКАО] 194
- Консультативное заключение о толковании соглашения между ВОЗ и Египтом от 25 марта 1951 — от 6.6.1980, ICJ Reports 1980, 67 [дело о соглашении ВОЗ-Египет] 74, 111, 194, 235
- Решение по делу, касающемуся военных действий и действий военного характера в Никарагуа и против Никарагуа (Никарагуа против США) (юрисдикция и подсудность) от 16.11.1984, ICJ Reports 1984, 392 [дело о Никарагуа] 179, 211
- Решение по делу, касающемуся военных действий и действий военного характера в Никарагуа и против Никарагуа (Никарагуа против США) от 27.6.1986 (по существу), ICJ Reports 1986, 14 [дело о Никарагуа (решение по существу)] 9, 22, 205
- Консультативное заключение по заявлению о пересмотре решения № 333 Административного трибунала ООН от 25.7.1987, ICJ Reports 1987, 18 [дело по пересмотру решения Административного трибунала № 333] 175
- Консультативное заключение по делу о применимости обязательства приступить к процедуре арбитража в соответствии с разделом 21 Соглашения по вопросу о месторасположении центральных учреждений ООН от 26.06.1947, от 26.4.1988, ICJ Reports 1988, 12 [дело о о соглашении о центральных учреждениях] 90, 111
- Консультативное заключение по делу о применимости статьи VI, раздел 22, Конвенции о привилегиях и иммунитетах Объединенных Наций от 15.12.1989, ICJ Reports 1989, 177 [дело Мазилу (Mazilu)] 106, 108, 235

- Постановление по делу, касающемуся вопросов толкования и применения Монреальской Конвенции 1971 г., возникших в связи с воздушным инцидентом в Локерби (Ливийская Арабская Джамахирия против Великобритании и США) от 14.4.1992, ICJ Reports 1992, 3, 114 [дело о Локерби] 152, 194
- Консультативное заключение по делу о законности угрозы ядерным оружием или его применения от 8.7.1996, ICJ Reports 1996, 66 [дело о ядерном оружии] 39, 189
- Решение по делу о применении Конвенции о предотвращении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина против Югославии) от 11.7.1996 (предварительное рассмотрение), ICJ Reports 1996, 595 [дело о Конвенции о геноциде I] 71
- Консультативное заключение по делу о судебно-процессуальном иммунитете Специального докладчика Комиссии по правам человека от 29.4.1999, ICJ Reports 1999, 62 [дело об иммунитете] 106, 108
- Постановление по делу о военных действиях на территории Конго (временные меры) (Демократическая Республика Конго против Уганды), распоряжение от 1.7.2000, ICJ Reports 2000, 111 [дело Конго против Уганды] 179
- Решение по делу о пересмотре решения от 11.07.1996 по делу о применении Конвенции о предотвращении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина против Югославии) (предварительные возражения) (Югославия против Боснии и Герцеговины) от 3.2.2003, ICJ Reports 2003, 7 [дело о Конвенции о геноциде II] 71
- Консультативное заключение по делу о правовых последствиях строительства стены на оккупированной палестинской территории от 9.7.2004, ILM 43 (2004) 1009 [дело о стене] 22, 129
- Решение по делу, касающемуся правомерности применения силы (Сербия и Монтенегро против Бельгии), решение от 15.12.2004, ILM 44 (2005) 299 [дело о военной операции в Косово] 71
- Постановление по делу, касающемуся статуса по отношению к государству пребывания дипломатического представителя при ООН (Содружество Доминики против Швейцарии) от 9.6.2006, <<http://www.icj-cij.org/icjwww/idocket/idos/idosframe.htm>> 110
- Решение по делу о применении Конвенции о предотвращении преступления геноцида и наказании за него (предварительные возражения) (Хорватия против Сербии) от 8.11.2008, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/118/14891.pdf>> [дело Хорватия против Сербии] 71
- Консультативное заключение по делу о соответствии одностороннего провозглашения независимости Косово нормам международного права от 22.7.2010 [дело о Косово] <<http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15987.pdf>> 184

Решение по делу, касающемуся юрисдикционных иммунитетов государства (ФРГ против Италии) от 3.2.2012, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf>> [*Jurisdictional Immunities of the State*] 106, 196

Административный трибунал ООН (сегодня: Трибунал по спорам ООН)

Решение от 8.6.1984, AT/DEC/333 [*Якимец против Генерального секретаря ООН*] 175

Международный трибунал по бывшей Югославии

Решение от 6.5.2003, IT-99–37-PT [*Прокурор против Милутиновича и других*] 71

Европейский Суд по правам человека

Решение от 18.2.1999, Nr 26083/94, ECHR Reports 1999-I, 393 [*Уэйт (Waite) и Кеннеди (Kennedy) против ФРГ*] 103, 108

Решение от 18.2.1999, Nr 28934/95 [Бир (*Beer*) и Риган (*Regan*) против ФРГ] 108

Решение от 16.4.2002, Nr 36677/97, ECHR Reports 2002-III [*Данжвилль (Dangeville) против Франции*] 255

Решение от 12.3.2003, Nr 46221/99, EuGRZ 2003, 472ff [*Оджалан (Öcalan) против Турции I*] 47

Решение от 12.5.2005, Nr 46221/99, ECHR Reports 2005-IV или EuGRZ 2005, 463 [*Оджалан (Öcalan) против Турции II*] 47

Решение от 30.6.2005, Nr 45036/98, ECHR Reports 2005-VI [*Босфорус эйрвэйс (Bosphorus Airways) против Ирландии*] 103, 198

Решение от 2.5.2007, Nr. 71412/01, EuGRZ 2007, 522 [*Бехрами (Behrami) и Сарамати (Saramati) против Франции*] 102, 199

Решение от 16.10.2007, Nr 36357/04 (*Берич (Beric) и другие против Боснии и Герцеговины*) 199

Суд Европейских сообществ

Решение от 29.11.1956, дело 8/55, Slg 1955/56, 297 [Бельгийская федерация угольной промышленности (*Fédération Charbonnière de Belgique*) против Высшего руководящего органа Европейского объединения угля и стали] 191

Решение от 16.12.1960, дело 44/59, Slg 1960, 1115 [*Фидделаар (Fieddelaar)*] 112

Решение от 5.2.1963, дело 26/62, Slg 1963, 1 [*Ван Генд энд Лоос (Van Gend & Loos)*] 14, 38, 117, 197, 251

Решение от 15.7.1964, дело 6/64, Slg 1964, 1251 [*Коста (Costa) против ENEL*] 38, 117, 197

- Решение от 6.10.1970, дело 9/70, Slg 1970, 825 [*транспортный налог Лебера (Leberpfennig)*] 40
- Решение от 17.12.1970, дело 25/70, Slg 1970, 1161 [*Учреждение по ввозу и хранению зерновых против Кестера (Köster)*] 183
- Решение от 31.3.1971, дело 22/70, Slg 1971, 263 [*АЕТП*] 98
- Решение от 8.4.1976, дело 43/75, Slg 1976, 455 [*Дэфренн (Defrenne) II*] 47
- Решение от 5.4.1979, дело 148/78, Slg 1979, 1629 [*Ратти (Ratti)*] 47
- Решение от 19.1.1982, дело 8/81, Slg 1982, 53 [*Беккер (Becker) против налоговой инспекции г. Мюнстера*] 197, 250
- Консультативное заключение от 14.12.1991, Slg 1991, I-6079 [*I-е заключение по Договору о ЕЭП*] 37, 48
- Решение от 19.3.1996, дело C-25/94, Slg 1996, I-1469 [*Европейская комиссия против Европейского совета*] 65
- Консультативное заключение от 28.3.1996, дело C-2/94, Slg 1996, I-1759 [*Присоединение к ЕКПЧ*] 255
- Решение от 23.11.1999, дело C-149/96, Slg 1999, I-8395 [*Португалия против Европейского совета*] 74
- Решение от 5.10.2000, дело C-376/98, Slg 2000, I-8419 [*Реклама сигарет*] 254
- Решение от 5.11.2002, дело C-476/98, Slg 2002, I-9855 [*Европейская комиссия против ФРГ*] 98
- Решение от 3.9.2008, verb Rs C-402/05 P u C-415/05 P, Slg 2008, I-271 [*Кади (Kadi) и Аль-Баракаат (Al Barakaat)*] 152, 211
- Решение от 10.2.2009, Rs C-301/06, Slg 2009, I-593 [*резервное сохранение данных интернет-трафика*] 254

Суд первой инстанции

- Решение от 21.9.2005, дело T-306/01 [*Юсуф (Yusuf)*] 152, 211
- Решение от 21.9.2005, дело T-315/01 [*Кади (Kadi)*] 152, 211

Немецкие суды

- Федеральный конституционный суд, постановление от 18.10.1967, BVerfGE 22, 293 [*конституционная жалоба против постановления ЕС*] 117
- Федеральный конституционный суд, постановление от 9.6.1971, BVerfGE 31, 145 [*приоритет применения права ЕС*] 117
- Федеральный конституционный суд, постановление от 23.6.1981, BVerfGE 58, 1 [*Евроконтроль (Eurocontrol)*] 108
- Федеральный конституционный суд, постановление от 22.10.1986, BVerfGE 73, 339 [решение «пока не»-II] 255
- Федеральный Конституционный суд, решение от 26.3.1987, BVerfGE 74, 358 [*презумпция невиновности*] 246

- Федеральный конституционный суд, постановление от 8.4.1987, BVerfGE 75, 223 [*предварительные решения Суда ЕС*] 15, 27
- Федеральный конституционный суд, решение от 12.10.1993, BVerfGE 89, 155 [*Маастрихт*] 40, 53, 117, 190, 194, 252, 253, 254
- Федеральный конституционный суд, постановление от 7.6.2000, BVerfGE 102, 147 [*рынок бананов*] 194, 198
- Федеральный конституционный суд Германии, решение от 14.10.2004, BVerfGE 111, 307 [*Гёргюлю (Görgülü)*] 246
- Федеральный конституционный суд, постановление от 26.2.2008, BVerfGE 120, 180 [*принцесса Монако Каролина IV*] 246
- Федеральный конституционный суд, постановление от 18.12.2008, BVerfGE 14, 539 [*назначение опекуна*] 246
- Федеральный конституционный суд, решение от 30.6.2009, BVerfGE 123, 267 [*Лиссабонский договор*] 53, 117, 190, 252, 258
- Федеральный конституционный суд, решение от 4.5.2011, BVerfGE 128, 326 [*превентивное заключение*] 246
- Федеральный конституционный суд, постановление от 12.9.2012, 2 BvR 1390/12 [*ESM*] 258

Суды Нидерландов

- Окружной суд Гааги, решение от 10.7.2008, Case No 295247/HA ZA 07–2973, NILR 2008, 428ff [*Матери Сребреницы против Нидерландов и ООН*] 108

Суды США

- Дело США против Организации освобождения Палестины, окружной суд южного округа Нью-Йорка, решение от 29.6.1988, AJIL 82 (1988) 833 [*США против ООП (US v PLO)*] 111

I. История международных организаций и их значение

1. Международные организации как неотъемлемый элемент международного сотрудничества

- 1 На международной арене уже давно действуют не только государства, но и другие исторические субъекты международного права, такие как Святейший Престол, Суверенный Мальтийский рыцарский орден¹. В начале XX в. к ним присоединились *международные организации*, количество которых неизменно возрастает. Они не только значительно расширили круг субъектов международного права², но и оставили заметный след в развитии большинства отраслей материального международного права (см. абз. 19 и след.). Известный итальянский юрист-международник *Роберто Аго* справедливо назвал международные организации важнейшим феноменом развития современного международного права³.
- 2 Причина стремительного *развития международных организаций* заключается в том, что международные отношения невозможно себе представить без институционализированных форм сотрудничества⁴. Международные организации являются основным элементом процесса институционализации, поскольку их могут создавать их же ведущие члены без преувеличения с любой целью и наделять полномочиями в соответствии с их функциями. Уровень эффективности, как будет подробно изложено ниже, зависит от объема функций и от того, насколько эти функции носят специальный или общеполитический характер.

2. История создания: от конгрессов сторонников мира и административных союзов до Лиги Наций

- 3 Корни международных организаций уходят вглубь XIX в.⁵ В ведущих европейских государствах (*Европейский концерт*) доминировали конгрессы сторонников мира, создававшиеся с целью обеспечения мира в Европе путем сохранения или установления равновесия сил и противодействия

¹ К вопросу об этих субъектах международного права см.: Раздел 3. *Хайльброннер*, абз. 39 и след.

² *Mosler*, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, ZaöRV 22 (1962) 1ff.

³ *Ago*, International Law in a Changing World, 1965, 20.

⁴ *Mosler*, The International Society as a Legal Community, 1980, 175 ff.

⁵ См.: *Seidl-Hohenveldern/Loibl*, Internationale Organisationen, Rn 207ff; *Köck/Fischer*, Internationale Organisationen, 67ff; *Wehberg*, Entwicklungsstufen der internationalen Organisationen, Friedens-Warte 52 (1954) 193ff; *Klabbers*, The Life and Times of the Law of International Organizations, NJIL 70 (2001) 287ff; *Klabbers*, An Introduction to International Institution Law, 2002.

гегемониальным устремлениям⁶. Таким образом, идея сообщества⁷, заложенная во многих философских проектах, приобрела политическую актуальность. Считается, что термин «международная организация» к европейскому сообществу государств впервые применил *Лоример* в 1867 г.⁸ Помимо этого принципиального представления об организованном европейском сообществе государств, существует еще один источник развития международных организаций в их современной форме. Речь идет о так называемых *административных союзах*⁹, которые явились реакцией на технический прогресс во второй половине XIX в. Наиболее ранние примеры таких союзов — Международный союз телекоммуникаций (1865 г.), Всемирный почтовый союз (1874 г.) и Парижский союз по охране промышленной собственности (1883 г.)¹⁰. В отличие от конгрессов сторонников мира, которые собирались *ad hoc*, административные союзы основывались на межгосударственном договоре, т. е. для их деятельности существовала нормативная основа. Они создавались на длительный срок, причем оперативная деятельность осуществлялась постоянно действующим секретариатом, вследствие чего непрерывного участия членов союза в деятельности не требовалось. Функции организаций были непосредственно связаны с конкретными целями. Идея *функционализма* позволила выделить отдельные сферы деятельности из общей политики, которой свойственно противостояние национальных интересов, и принимать адекватные решения в общих интересах¹¹.

Правовое обособление административных союзов или секретариатов от их членов на этом этапе еще не осуществлялось, поскольку сложилось устойчивое представление о связи международной правоспособности с элементом территориального верховенства. Деятельность различных *навигационных комиссий* (по Рейну и Дунаю), полномочия которых были ограничены территориально, наглядно показала, что идея функциональной правоспособности — в отличие от всеобъемлющей правоспособности

⁶ Баумгарт анализирует работу трех конгрессов и 24 конференций, действовавших в период с 1814/15 гг. по 1914 г. См.: *Baumgart, Von Europäischen Konzert zum Völkerbund*, 2. Aufl 1987.

⁷ В первую очередь, речь идет о концепциях естественного права (*Пуфендорф*) и просвещения (*Кант*). См.: *Kant, Zum ewigen Frieden*, 1795.

⁸ Впервые термин был употреблен 18 мая 1967 г. в докладе перед Королевской академией в Эдинбурге. См.: *Potter, Origin of Term International Organization*, AJIL 39 (1945) 803ff.

⁹ *Reinsch, Public International Unions*, 1911; *Rapisardi-Mirabelli, Théorie générale des unions internationales*, RdC 7 (1925-II) 344ff; *Wolfrum, International Administrative Unions*, MPEPIL, V, 335ff.

¹⁰ Подробнее см.: *Bülck, Strukturwandel der internationalen Verwaltung*, 1962, 4ff.

¹¹ В начале XX века насчитывалось 30 «организаций». См.: *Balreich, Die Interdependenz Internationaler Organisationen*, AVR 19 (1981) 121 (124ff); *Wallace/Singer, Intergovernmental Organization in a Global System, 1815–1964: A Quantitative Description*, International Organization 24 (1970) 239ff.

государств — была вполне реальной¹². Таким образом, возникли дополнительные основания для развития международных организаций.

5 Решающий прорыв в развитии отделенных от государств-участников, юридически самостоятельных и дееспособных международных организаций наметился с учреждением Лиги Наций (League of Nations, Société des Nations) и созданием Международной организации труда (МОТ)¹³. В этот период были созданы *основные институты*, действующие и сегодня (органы, правила голосования, членство). Создание обеих организаций свидетельствует о том, что, с одной стороны, одобрена идея организации сообщества государств, выполняющей общие политические задачи (международное сотрудничество и поддержание мира), а с другой стороны, сохранилась практика деятельности организаций, полномочия которых органичены их функциями (установление социальной справедливости посредством обеспечения соответствующих условий труда).

6 *Лига Наций*¹⁴ была создана по инициативе президента США Вудро Вильсона и нашла широкую поддержку после мощных потрясений, вызванных Первой мировой войной и коснувшихся существующей системы взаимодействия между государствами и классических представлений о войне и мире. Очевидно, что изначальной политической ошибкой оказалось включение Статута Лиги Наций в Версальские мирные договоры 1919–1920 гг., вследствие чего возникло впечатление, что Лига Наций используется в качестве инструмента, дисциплинирующего побежденные страны. По крайней мере для Германии это впечатление подтверждалось тем, что Германия была принята в Лигу Наций только в 1926 г.¹⁵ Однако основной причиной политической несостоятельности Лиги Наций было отсутствие универсальности. Несмотря на важную роль президента США в разработке Статута Лиги Наций, США не ратифицировали мирные договоры и не присоединились к Статуту позже. СССР был принят в Лигу Наций лишь в 1934 г., но уже через пять лет, после нападения на Финляндию, был вновь исключен. К этому времени страны «Оси» (Германия в 1933, Япония в 1935, Италия в 1939 г.) добровольно вышли из Лиги Наций¹⁶. Таким образом, Лига Наций не имела политических возможностей приводить в исполнение или хотя бы назначать

¹² См.: Mosler (Fn 2) 9f; Tomuschat, Die Internationale Gemeinschaft, AVR 33 (1995) 1 (13f).

¹³ К вопросу о развитии концепции в этот период см.: ter Meulen, Der Gedanke der Internationalen Organisation in seiner Entwicklung, 1917, 1929, 1940.

¹⁴ Подробнее см.: Walters, A History of a League of Nations, 2 Bde, 1952; Schücking/Wehberg, Die Satzung des Völkerbundes, Kommentar, 3. Aufl 1931; Parry, League of Nations, EPIL III (1997) 177ff mwN; Tams, League of Nations, in MPEPIL, VI, 760ff.

¹⁵ Подробнее см.: Wintzer, Deutschland und der Völkerbund 1918–1926, 2006.

¹⁶ В общей сложности, из Лиги Наций вышли 16 государств.

санкции, предусмотренные против нарушителей мира (конфликт в Абиссинии в 1935–1936 гг.).

Тем не менее было бы несправедливо утверждать, что Лига Наций ничего не достигла. В социальной сфере и в области прав человека она добилась *первых ощутимых успехов*, без которых дальнейшее развитие в рамках ООН было бы немислимым. В качестве примеров можно привести, несмотря на определенные недостатки и ограничение срока действия, систему мандатов и защиты прав меньшинств. Однако важнейшее достижение заключается в том, что таким образом был впервые осуществлен на практике переход от философских проектов по созданию всемирного союза к институту, основанному на договоре, и для его внутренней организации был накоплен определенный опыт (общее собрание /ассамблея Лиги Наций, немногочисленный управленческий орган /совет Лиги Наций и постоянный секретариат)¹⁷. Особое значение приобрела впервые реализованная в рамках этой международной организации идея институционализированной юрисдикции (Постоянная палата международного правосудия), дополнившей традиционный арбитраж¹⁸. Несмотря на все очевидные недостатки, в целом идея всемирной организации получила признание, вследствие чего после Второй мировой войны развитие новых отношений без учреждения соответствующей организации было невозможным. Лига Наций выполнила свою миссию только после того (1946 г.), как ООН приступила к работе (1945 г.).

3. Развитие после 1945 г.

*Организация Объединенных Наций*¹⁹ образовалась из коалиции стран, одержавших победу во Второй мировой войне. В тексте Устава ООН можно найти положения, уже неприменимые сегодня²⁰, которые связаны с происхождением организации (ст. 53, 107 — оговорки о т. н. вражеских государствах). Решающую роль в становлении ООН сыграли два фактора: конфликт между

¹⁷ Подробнее см.: *Weiß*, Kompetenzlehre, 96ff.

¹⁸ См.: Раздел 7. *Шрёдер*, абз. 70 и след.

¹⁹ *Russell/Muther*, A History of the United Nations, 1958; *Volger*, Die Vereinten Nationen, 1994; *Roberts/Kingsbury* (Hrsg), United Nations, Divided World, 2. Aufl 1994; *Bertrand*, UNO. Geschichte und Bilanz, 1995; Die Vereinten Nationen in ihren nächsten 50 Jahren. Ein Bericht der unabhängigen Arbeitsgruppe über die Zukunft der Vereinten Nationen, 1995; *Schlesinger*, Act of Creation: The Founding of the United Nations, 2003; *Opitz*, Die Vereinten Nationen, 2002; United Nations Department of Public Information (Hrsg), Basic Facts about the United Nations, 2004; *Ziring/Riggs/Plano*, The United Nations: International Organization and World Politics, 4. Aufl 2005; *Gareis/Varwick*, Die Vereinten Nationen, 4. Aufl 2006; *Simma/Khan/Nolte/Paulus* (Hrsg), Charter UN.

²⁰ Предложение *Кофи Аннана* 2005 г. об исключении оговорки о вражеских государствах (UN Doc. A/59/2005 v 21.3.2005, § 217), как и большинство других его предложений по реформе, до сих пор не реализовано. См.: World Summit Outcome, A/RES/60/1 v 16.9.2005, § 177.

Западом и Востоком, который до начала 1990-х гг. определял политическую ситуацию в мире и способствовал ускоренной реабилитации побежденных государств, и процесс деколонизации и связанное с ним противостояние между Севером и Югом, достижение баланса между которыми будет поглощать все больше энергии и расходов, если оно затянется²¹.

- 9 Несмотря на многие недостатки, присущие ООН, именно благодаря ее деятельности идея *организованного сообщества государств*, охватывающего весь мир, утвердилась окончательно. Это подтверждается и количеством членов Организации (в 2012 г. — 193), отражающим универсальность ее задач. ООН считается *прототипом международных организаций* как таковых. В рамках ООН и за ее пределами резко увеличилось количество международных организаций. С одной стороны, речь идет о региональных организациях, деятельность которых направлена на общеполитическое сотрудничество (например, Совет Европы, Организация американских государств (ОАГ), Африканский союз (АС) как преемник Организации африканского единства (ОАЕ)). С другой стороны, действуют *универсальные* или межконтинентальные организации, которые преследуют узкие цели и развиваются в традициях идеи функционализма, которая, в принципе, предполагает деполитизацию отдельных сфер деятельности²². К таким организациям относятся созданные уже в последние годы войны Продовольственная и сельскохозяйственная организация ООН (ФАО), Международный валютный фонд (МВФ), Международный банк реконструкции и развития (МБРР), а также Международная организация гражданской авиации (ИКАО). Впоследствии были созданы и другие организации, важнейшими из которых сегодня являются специализированные учреждения ООН, принадлежащие к семье ООН (см. абз. 229 и след.). (Нео-) функциональная концепция оказалась чрезвычайно плодотворной и на региональном уровне. Образовалось множество *региональных организаций* с узкими, технически или экономически обусловленными целями, например, Южноамериканский общий рынок (МЕРКОСУР), Европейская ассоциация свободной торговли (ЕАСТ), Европейское экономическое сообщество (ЕЭС), а также оборонительные союзы, например, Организация Североатлантического договора (НАТО), Западноевропейский союз (ЗЕС), Варшавский договор, деятельность которых, несмотря на общий запрет применения силы, допускается Уставом ООН и общим международным правом в рамках индивидуальной и коллективной самообороны в случае вооруженного нападения²³.
- 10 Неудивительно, что степень организации, то есть интенсивность институционализации и интеграции, на региональном уровне выше, чем на глобальном, что объясняется большей однородностью интересов и правовых представлений на региональном уровне. Прежде всего, в *Европе* был

²¹ Schrijver, The Future of the Charter of the United Nations, MPYUNL 20 (2006) 1 (8ff).

²² Mitrany, A Working Peace-System, 1943.

²³ ICJ Rep 1986, 14, 45 (*дело о Никарагуа (решение по существу)*).

достигнут настолько высокий уровень интеграции, что интеграционное сообщество Европейский союз следует рассматривать как особую категорию международных организаций, т.н. наднациональную организацию. По объему функций и характеру полномочий указанные организации (см. ниже абз. 249 и след.) обладают признаками государства, по крайней мере, с точки зрения третьих государств²⁴.

Количество международных организаций значительно превышает число государств. Сводная таблица Союза международных ассоциаций²⁵ за 2010 год включает 253 международных организации, основанные на договоре (в 1960 г. — 154; см. таблицу 1). ФРГ является членом 92 международных организаций, основанных на международных договорах²⁶. В таблице приводятся также созданные государствами иные международные образования (*international bodies*), количество которых составляет 1671. Но эти данные не в полной мере прозрачны. Тем не менее приведенные данные свидетельствуют об укреплении институциональных связей между государствами.

11

Таблица 1

Международные организации, основанные на договоре*

A	Федерации международных организаций	1
B	Универсальные членские организации	36
C	Межконтинентальные членские организации	35
D	Региональные членские организации	181
		253

Иные международные организации*

E	Организации, созданные в связи с определенным местом, лицом или иными организациями	851
F	Организации в особой форме	685
G	Национальные организации международной ориентации	135
		1671

* *Источник:* YIO 48 (2011/12), vol 5, 25.

4. Определения и дифференциация

Несмотря на различные подходы в доктрине, существует консенсус о предпосылках, которые должны выполнять международные организации. В этом случае следует ориентироваться на общие признаки наиболее значимых из упомянутых организаций (например, Лига Наций, ООН, МОТ, Совет

12

²⁴ См.: Tomuschat, *Völkerrechtliche Grundlagen der Drittlandsbeziehungen der EG*, in: Hilf/Tomuschat (Hrsg), *EG und Drittstaatsbeziehungen nach 1992, 1991, 141*.

²⁵ YIO 48 (2011/12), vol 5, 25.

²⁶ Там же, 50.

Европы). В соответствии с этими признаками международная организация *определяется* как основанное на международном договоре и членстве объединение двух или нескольких субъектов международного права (в большинстве случаев государств), которое с помощью своих органов ведет дела, руководствуясь общими интересами²⁷. Таким образом, международная организация относится к правовым институтам международного права.

13 *Учредителями и членами* международной организации, как правило, являются *государства*, однако участие иных субъектов международного права, в принципе, не исключается²⁸. Международные организации могут быть членами других международных организаций, если согласно учредительному договору они обладают способностью приобретать членство, что, в свою очередь, предполагает международную правосубъектность. Однако судить о международной правосубъектности, базируясь лишь на понятии международной организации, невозможно: этим качеством международную организацию должны наделять ее члены (см. ниже абз. 93 и след.).

14 *Наднациональные организации* (ННО) отличаются от других международных организаций тем, что их правовые акты имеют непосредственное действие не только в отношениях между государствами-членами, но и на внутригосударственном уровне в государствах-членах. Это означает, что определенные правовые акты наднациональных организаций без трансформации непосредственно применяются в государствах-членах²⁹. Таким образом, правовые акты ННО, в частности, постановления ЕС, пробивают «броню суверенитета» (*Блекманн*) государств-членов, в то время как правовые акты традиционных международных организаций являются обязательными только для государств, которые должны их имплементировать на внутригосударственном уровне, как, например, в случае исполнения решений Совета Безопасности ООН о наложении эмбарго посредством принятия внутригосударственных правовых актов. В этом контексте суверенитет государств-членов ННО предстает в новом свете³⁰. Проблема обостряется,

²⁷ См.: *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, 4. Aufl 2003, § § 32ff; *Charpentier*, Institutions internationales, 12. Aufl 1995, 50f; *Epping*, in: *Ipsen*, Völkerrecht, 5. Aufl 2004, 84f, 457; *Doehring*, Völkerrecht, 2. Aufl 2004, Rn 202; The American Law Institute, Restatement of the Law, The Foreign Relations Law of the United States, Bd I, 1987, 221.

²⁸ См.: *Köck/Fischer*, Internationale Organisationen, 57f.

²⁹ Это главный критерий наднациональности, по которому граждане государств-членов становятся такими же субъектами данного правопорядка. Это не затрагивает независимость органов законодательной власти государств-членов. См.: EuGH, Slg 1963, 1, 24f (ван Генд энд Лоос (*van Gend & Loos*)). Подробнее см.: *H. P. Ipsen*, Über Supranationalität, FS Scheuner, 1973, 211ff; *Capotorti*, Supranational Organizations, EPIL IV (2000) 737ff; v. *Bogdandy*, Supranationale Union als neuer Herrschaftstypus, Integration 1993, 210ff.

³⁰ *Mosler*, Der Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, ZaöRV 14 (1951) 1 (27).

когда правовые акты ННО, ограничивающие национальный суверенитет, принимаются без прямого волеизъявления члена организации или против его воли (решения большинства). В то же время этот признак ННО обеспечивает (высокий) стандарт правовой защиты. В целом право является особенно важным инструментом интеграции.

Как международным организациям, так и ННО передаются только те функции, которые предусмотрены в учредительном договоре, какой бы широкой ни была определенная в договоре сфера деятельности. Обе организации *не уполномочены на постановку новых задач*; они не располагают полнотой власти, которой обладают суверенные государства, и связанной с ней имманентной компетенцией³¹. Таким образом, и ННО не имеют основного признака государственности. Это прямо указано в Маастрихском договоре о Европейском союзе (1992 г.), в Амстердамском (1997 г.), Ниццком (2001 г.) и Лиссабонском (2007) договорах³².

Приведенные определения создают предпосылки для *отграничения понятия* в разных контекстах. Международные организации отличаются от других форм договорного сотрудничества между субъектами международного права более высокой степенью институционализации и принципиальной самостоятельностью (дифференциацией) волеобразования, из чего автоматически не следует международная правосубъектность³³. В качестве примера ускоряющегося процесса институционализации можно привести Совещание по безопасности и сотрудничеству в Европе (СБСЕ), которое из политической договоренности постепенно переросло в закрепленное договором (Глава VIII Устава ООН) региональное соглашение (*regional arrangement*) и в структуру, очень близкую к настоящей международной организации (ОБСЕ, Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе)³⁴.

Международные организации несомненно имеют сходство с *конфедерациями*, членами которых также являются суверенные государства; большинство международных организаций можно назвать «конфедерациями», если трактовать этот термин буквально. Но сегодня это понятие утратило

³¹ ВVerfGE 75, 223, 242.

³² См.: ст. 5 (абз. 1 предл. 1, абз. 2) Договора о ЕС, см. также ниже абз. 254.

³³ Не достигли самостоятельности вспомогательные органы органов международных организаций (например, Конференция ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД) как орган Генеральной Ассамблеи ООН). Путь преобразования из органа ООН в самостоятельную организацию прошла Организация Объединенных Наций по промышленному развитию (ЮНИДО). См.: *Szasz, United Nations Industrial Development Organization, EPIL IV (2000) 1132ff.*

³⁴ Хельсинкский документ 1992 г. (№ 25, Bull BReg 1992, 777ff). О переименовании по решению, принятому в Будапеште на встрече в верхах, см.: Bull BReg 1994, 1097. *Schweisfurth, Völkerrecht, 2006, 390f.*

свою актуальность³⁵. Международные организации и по существу вытесняют конфедерации. Классические конфедерации отличаются от международных организаций тем, что они не должны определять свои цели, в то время как для международных организаций это необходимо³⁶.

- 18 Необходимо также отграничить международные организации от негосударственных международных организаций (неправительственные организации [НПО])³⁷. Они создаются индивидами или частными ассоциациями, которые объединяются с подобными группами или ассоциациями из других стран. В данном контексте определяющим фактором является не членство, а функция³⁸. НПО не обладают властными полномочиями; они не подпадают под действие международного права³⁹, но *подчиняются государственному правопорядку*. Это не означает, что они не влияют на международные отношения⁴⁰. Поскольку НПО представляют широкий спектр интересов и обладают обширной специальной информацией, они востребованы как партнеры для обсуждения политических проблем. Так, Экономический и социальный совет ООН (ЭКОСОС) уполномочен проводить надлежащие мероприятия для консультации с НПО, заинтересованных в вопросах, входящих в его компетенцию (ст. 71 Устава ООН). Уставы других международных организаций также содержат соответствующие нормы⁴¹. НПО действуют во мно-

³⁵ Один из поздних примеров — образование в 1991 г. Содружества Независимых Государств, объединившего 11 республик бывшего СССР. Учредительные документы см.: ILM 31 (1992) 142ff; EA 1992, D 302ff.

³⁶ См.: *Doehring*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl 2004, Rn 174. Цели международной организации не являются настолько широкими, как цели объединений государств традиционного типа. См.: *Hobe/Kimminich*, Einführung in das Völkerrecht, 8. Aufl 2004, 122ff.

³⁷ *Lador-Lederer*, Nichtstaatliche Organisationen und die Frage der Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, ZaöRV 23 (1963) 657ff; *Rechenberg*, Non-Governmental Organizations, EPIL III (1997) 612ff; *Otto*, Nongovernmental Organizations in the United Nations System, HRQ 18 (1996) 107ff; *Hobe*, Der Rechtsstatus der Nichtregierungsorganisationen nach gegenwärtigem Völkerrecht, AVR 37 (1999) 152ff; Hofmann (Hrsg), Non-State Actors as New Subjects of International Law, 1999; *Hummer*, Internationale nichtstaatliche Organisationen im Zeitalter der Globalisierung, BerDGVR 39 (2000) 45ff; *Müller-Terpitz*, Beteiligungs- und Handlungsmöglichkeiten nichtstaatlicher Organisationen im aktuellen Völker- und Gemeinschaftsrecht, AVR 43 (2004) 466ff; *Fitschen*, Vereinte Nationen und nichtstaatliche Organisationen, in: Volger (Hrsg), Grundlagen und Strukturen der Vereinten Nationen, 2007, 309ff; *Willets*, Non-Governmental Organizations in World Politics, 2007; *Rossi*, Legal Status of NGOs in International Law, 2010.

³⁸ См.: *Schermers/Blokker*, § 47.

³⁹ Мнение о частичной международной правосубъектности неправительственных организаций представляют *Hempel*, Die Völkerrechtssubjektivität internationaler Organisationen, 1999, 72ff, 190ff.; *Hobe*, Der Rechtsstatus der Nichtregierungsorganisationen, AVR 37 (1999) 152 (171 f.).

⁴⁰ См.: A/58/817 v 11.6.2004 (отчет Кардосо (Cardoso)); *Seidl-Hohenveldern/Loibl*, Internationale Organisationen, Rn 103. См. также ниже абз. 160.

⁴¹ См. ст. 12 Устава ЮНЕСКО; ст. 12 Устава МОТ; ст. 13 Конституции ФАО. В соответствии с решениями Комитета министров Совета Европы устанавливается

гих сферах (в политике: Межпарламентский союз; в праве: Международная юридическая комиссия, Ассоциация международного права, Институт международного права; в сфере трудовых отношений: Международные федерации профсоюзов и работодателей; в церковной сфере: Лютеранский всемирный союз, Внутренняя миссия; в гуманитарной сфере: Международная амнистия; в литературе: Международный ПЕН-клуб; в спорте: Международный Олимпийский комитет (МОК); в сфере охраны окружающей среды: Гринпис). В 2010 г. только под рубрикой «Международные организации, основанные на договоре» насчитывалось 8198 НПО (в 1960 г. — 1255)⁴². Таким образом, увеличение количества НПО также подтверждает расширение международной деятельности. Однако они не относятся к международным организациям согласно определению в данном разделе.

5. Влияние международных организаций на международное право

Статус и деятельность международных организаций не только влекут за собой расширение круга субъектов международного права, но и способствуют развитию международного права⁴³. Невозможно представить подробный и исчерпывающий анализ их деятельности, поскольку она слишком многообразна и специфична. Поэтому ниже будут рассматриваться только наиболее важные общие аспекты⁴⁴. 19

(1) С появлением международных организаций значительно расширились возможности международного сотрудничества, что является стимулом для мирного сосуществования между государствами. Поскольку деятельность международных организаций, обладающих собственной правосубъектностью, не зависит от воли отдельного государства, международное сотрудничество приобретает новый характер и повышается ее эффективность. 20

сотрудничество с НПО. Совет Безопасности ООН с 2006 г. также расширяет (неформальные) контакты с НПО в рамках т. н. формулы Арриа, см. UN Doc S/2006/507.

⁴² YIO 48 (2011/12), vol 5, 25. Иногда международные организации возникают из НПО, как, например, в случае с Всемирной туристской организацией (ВОТ) [1970–2975 гг.]. Подробнее см. ниже абз. 233.

⁴³ Некоторые авторы считают основой общего представления о международном праве «Конституцию Объединенных Наций» и, таким образом, подчеркивают, что сообщество государств устанавливает для себя правила, см.: *Verdross/Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl 1984. Шройер также отмечает влияние международных организаций на теорию об источниках права. См.: *Schreuer*, *The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law*, EJIL 4 (1993) 447ff. См. ниже абз. 209.

⁴⁴ См.: *Frowein*, *Der Beitrag der Internationalen Organisationen zur Entwicklung des Völkerrechts*, ZaöRV 36 (1976) 147ff; *Schreuer*, *Die Bedeutung Internationaler Organisationen im heutigen Völkerrecht*, AVR 22 (1984) 363ff. См.: *Jenks*, *The Common Law of Mankind*, 1958, 190ff; *Bennett/Oliver*, *International Organizations, Principles and Issues*, 7. Aufl 2002, 2ff.

Международные организации не монополизировали межгосударственное сотрудничество, а обогатили его новыми формами⁴⁵. Рост числа международных организаций явно указывает на актуальную потребность в этой форме совместной работы.

21 (2) Международные организации вносят важный вклад в развитие *защиты прав человека* и права на самоопределение⁴⁶. Можно смело утверждать, что без настойчивости ООН процессы, революционизировавшие «классическое» международное право, вряд ли вышли бы за рамки формирования политических принципов и укрепились как обязательные нормы международного права, ограничивающие свободу действий государств. В этом отношении новой ступенью развития стало учреждение Советом Безопасности ООН⁴⁷ международных трибуналов для расследования военных преступлений и преступлений против человечности, совершенных на территории бывшей Югославии (1993 г.) и в Руанде (1994 г.), и принятие в Риме Статута Международного уголовного суда (1998 г.)⁴⁸.

22 (3) К значительным достижениям ООН относится *запрет применения силы*, которое сегодня считается не только договорной уставной обязанностью, но и обязательной нормой общего международного права⁴⁹. Применение военной силы более не является допустимым средством разрешения международных конфликтов. Несмотря на очевидные трудности, связанные с определением состава данной нормы, и с ее повсеместным соблюдением, из международного права было исключено положение *ius ad bellum*, которое характерно для традиционного представления о суверенитете. Прямое осуждение любого акта агрессии влияет также на международно-правовой институт нейтралитета, поскольку с этой позиции вряд ли возможно согласиться с тем, что следует сохранять одинаковую дистанцию к агрессору

⁴⁵ Для характеристики регионов, участвующих в трансграничном сотрудничестве, Ланг вводит понятие *soft institution* (Lang, Die normative Qualität grenzüberschreitender Regionen, AVR 27 (1989) 253ff); применение этого понятия вряд ли бесспорно, как и взятое за образец понятие *soft law*. См.: Heusel, «Weiches' Völkerrecht, 1991.

⁴⁶ См.: Раздел 3. *Хайльброннер/Кау*, абз. 122 и след., абз. 226 и след. *O'Flaherty*, Human Rights and the UN, 2. Aufl 2002; *E. Klein*, Vereinte Nationen und Selbstbestimmungsrecht, in: Blumenwitz/Meissner (Hrsg), Das Selbstbestimmungsrecht der Völker und die deutsche Frage, 1984, 107ff.

⁴⁷ См.: S/RES/827 v 25.5.1993 und S/RES/1166 v 13.5.1998 (Югославия); S/RES/955 v 8.11.1994 (Руанда). См. также сноску 636.

⁴⁸ Статут МУС от 17.7.1998 г. (BGBl II 2000, 1393); *Macke*, UN-Sicherheitsrat und Strafrecht, 2010; Раздел 7. *Шрёдер*, абз. 45 и след., 53.

⁴⁹ См.: Раздел 8. *Боте*, абз. 3 и след. См. также: ICJ Rep 1986, 14, 99 (*дело о Никарагуа [по существу]*): в этом случае предусмотренный Уставом запрет на применение силы приравнивается к запрету на применение силы по обычному праву. См. также: *Консультативное заключение* МС по делу «*Mauer*» (ILM 43 (2004) 1009, § 87); *Frowein* (сноска 44) 156ff.

и к жертве агрессии⁵⁰. В то же время спорным представляется утверждение, что высокой ценностью прав человека можно при определенных условиях оправдать применение военной силы для их защиты⁵¹. Концепция «Ответственность по защите» («*Responsibility to Protect*» (*R2P*)) также подразумевает (субсидиарную) ответственность мирового сообщества по защите⁵². Согласно этой концепции применение силы должно допускаться как *ultimum remedium* для защиты элементарных прав человека, если государство не в состоянии или не желает гарантировать их соблюдение. R2P не является обязательным международно-правовым принципом. Совет Безопасности только косвенно упомянул его в резолюции 1973 (2011) о военной операции в Ливии⁵³, а в связи с сирийским конфликтом 2012 г. он до сих пор не учитывался.

(4) Международные организации решающим образом повлияли на право *экономического и социального развития* и сотрудничества. В этой связи следует назвать такие аспекты, как зоны свободной торговли, таможенные союзы, многостороннюю помощь развивающимся странам, право на проявление солидарности и защиту трудящихся от эксплуатации⁵⁴. 23

(5) Результатом развития международных организаций является ставшее возможным институционализированное *обеспечение выполнения международных обязательств*, благодаря которому меры, направленные против нарушений международного права, осуществляются согласованно, и, следовательно, повышаются шансы их реализации. Но важнейшим достижением является возможность выполнять решение о неправомерности оспариваемых действий, основываясь на его широком одобрении. Таким образом, решение становится независимым от мнения отдельных государств и пользуется большим доверием по сравнению с традиционными международно-правовыми механизмами, при использовании которых государство, если оно чувствует себя потерпевшим и применяет репрессалии в качестве ответной меры, неизбежно становится «судьей, действующим в собственных интересах»⁵⁵. 24

⁵⁰ См.: *Hobe* (сноска 36) 546; Раздел 8. *Bome*, абз. 104 и след.

⁵¹ К вопросу о т.н. гуманитарной интервенции см.: *Doehring* (сноска 27) Rn 1010ff, 1048; см. также: Раздел 8. *Bome*, абз. 22.

⁵² A/RES/60/1 v 16.5.2005, Ziff 138f. Подробнее см.: *Verlage*, *Responsibility to Protect*, 2009; *Rausch*, *Responsibility to Protect*, 2011.

⁵³ См.: *Schmahl*, in: *Hilpold* (Hrsg), *Responsibility to Protect*, 2012; противоположная точка зрения см.: *Geiß/Kashgar*, UN-Maßnahmen gegen Libyen, VN 2011, 99 (100).

⁵⁴ См.: *Bennett/Oliver* 297ff, 358ff; *Wolfrum*, *Ursprüngliche Aufgabenzuweisung und jetzige Aktivitäten der Vereinten Nationen*, in: *Wolfrum* (Hrsg), *Die Reform der Vereinten Nationen*, 1989, 129 (141ff). См. также: Раздел 6. *Дольцер*, абз. 106 и след.

⁵⁵ Подробнее см.: *E. Klein*, *Sanctions by International Organizations and Economic Communities*, AVR 30

(1992) 101ff. См. также: Раздел 7. *Шрёдер*, абз. 104 и след.

- 25 (6) Широкие области права, которые ранее были основаны на неписаных международно-правовых нормах, по инициативе органов или вспомогательных органов международных организаций были кодифицированы. Конкретизация содержания норм вследствие *кодификации*⁵⁶ облегчает применение и толкование. Постепенное развитие международного права от неписаного права к кодифицированному праву способствует упорядочению международного права и, таким образом, облегчает его применение судами⁵⁷.
- 26 (7) Неслучайно дискуссия о международном *ordre public* и *ius cogens* началась только после 1945 г. Институционально подкрепленное долговременное сотрудничество является предпосылкой для *идентификации общих интересов* или, по крайней мере, создает благоприятные условия для их развития⁵⁸. При этом необходимо установить, каким путем и при каких обстоятельствах определение всеобщего блага приобретает нормативное значение. Генеральную Ассамблею ООН нельзя квалифицировать как всемирный законодательный орган. Однако может быть достигнут консенсус о правовых ценностях, которые будет трудно оспаривать после вынесения решения, по крайней мере, будет трудно найти убедительные аргументы. Возрастающее значение ценностей в международном праве является предзнаменованием нового этапа развития международного права, не лишённого проблем⁵⁹.
- 27 (8) Характерной чертой современного международного права, связанной с вышеупомянутыми тенденциями развития, является («количественное») ограничение сфер деятельности, не регулируемых международным правом (*domaine réservé*). Изначально добровольное принятие на себя различных обязательств приобретает и новое качество в рамках организации, созданной на долгосрочной основе и не зависящей от воли отдельного государства. Это становится очевидным в случае наднациональных организаций, в отношении которых открыто ставится *вопрос о суверенитете*⁶⁰, а также

⁵⁶ Примером такой кодификации, созданной в результате работы вспомогательного органа ООН КМП, являются Венские конвенции о дипломатических и консульских сношениях (1961–1963 г.), Венская конвенция о праве международных договоров (1969 г.) и Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении договоров (1978 г.). Подробнее см.: *Geck, Völkerrechtliche Verträge und Kodifikation, ZaöRV* 36 (1976) 96ff. См. также ниже абз. 209.

⁵⁷ См.: Раздел 1. *Граф Вунцтум*, абз. 147.

⁵⁸ *E. Klein, Statusverträge im Völkerrecht*, 1980, 52ff; см. также: *E. Klein* (сноска 55), 102; *Frowein, Das Staatengemeinschaftsinteresse — Formulierung und Durchsetzung, FS Doehring*, 1989, 219 (222f); *Brunnée, Entwicklungen im Umweltvölkerrecht am Beispiel des sauren Regens und der Ozonschichtzerstörung*, 1989, 125ff; *Tomuschat, International Law: Ensuring the Survival of Mankind in the Eve of a New Century*, 2001, 78ff; *Paulus, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht*, 2001, 250ff.

⁵⁹ О «значении нейтралитета» в «классическом» международном праве см.: *Hobel* (сноска 36) 38f.

⁶⁰ См.: *Ress* (Hrsg), *Souveränitätsverständnis in den Europäischen Gemeinschaften*, 1980; *Randelzhofer, Staatsgewalt und Souveränität*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), *HdbStR*, Bd II,

в случае ООН, что подтверждается не только санкциями Совета Безопасности по защите от агрессии, но и последующими резолюциями Совета Безопасности о создании зоны безопасности для курдов на севере Ирака и требованием к Ливии о выдаче своих граждан, обвиненных в терроризме, другим членам ООН для вынесения окончательного приговора⁶¹. Еще более жесткие меры содержат резолюции Совета Безопасности, которые для защиты от актов терроризма требуют ограничить охраняемые правом свободы и заморозить активы поименно указанных лиц (так называемые целенаправленные санкции [*targeted sanctions*], см. абз. 152). Концепция ответственности по защите (R2P) также направлена на ограничение сферы, не подверженной регулированию (см. выше абз. 22). Несмотря на качественное изменение государственного суверенитета, ООН по-прежнему основывается на принципе суверенного равенства государств (ст. 2 (абз. 1) Устава ООН), а государства после приобретения независимости, как правило, подают заявление о принятии их в ООН, чтобы таким образом получить «грамоту и печать», подтверждающие их суверенитет.

Приведенные примеры демонстрируют, что следует исходить не из противопоставления объединения и суверенитета, а из их синтеза. Его успех как важнейший результат деятельности международных организаций предполагает рационализацию, «овеществление» государства⁶², но не его упразднение и отказ от него. В тех случаях, когда демифологизация государства не удается, идея (международного) сообщества не осуществляется или может осуществляться только в принудительном порядке. Таким образом, международные организации и государства являются взаимозависимыми феноменами.

(9) Однако укрепление системы в целом и развитие многочисленных подсистем, а также замещение ассоциации государств сообществом государств⁶³ не позволили ООН, единственной организации, обладающей таким потенциалом, превратиться в *civitas maxima*. Как и прежде, государства принимают решения о дальнейшем существовании или роспуске международной организации. Организация Объединенных Наций *не была* учреждена

3. Aufl 2004, 143 (157f).

⁶¹ См.: *K. Ipsen*, Auf dem Weg zur Relativierung der inneren Souveränität bei Friedensbedrohung, VN 1992, 41ff; *T. Stein*, International Measures against Terrorism as Sanctions by and against Third States, AVR 30 (1992) 38ff; *T. Stein*, Das Attentat von Lockerbie vor dem Sicherheitsrat der Vereinten Nationen und dem Internationalen Gerichtshof, AVR 31 (1993) 206ff.

⁶² *Doehring*, Internationale Organisationen und staatliche Souveränität, FS Forsthoff, 1967, 105 (131).

⁶³ См.: *Mosler* (сноска 4) 11ff; *Tomuschat* (сноска 58) 88ff. Подробнее см.: *Paulus* (сноска 58).

как *мировое государство*⁶⁴, и его создание вряд ли было бы желательным. Даже в наднациональных организациях государства-члены всегда остаются коллективными «суверенами договоров»; и пока отдельное государство-член имеет фактическую и юридическую возможность выйти из такого сообщества, этого должно быть достаточно для обеспечения его суверенитета, а прямую гарантированного международным правом⁶⁵.

30 Таким образом, *иерархический порядок* в сообществе государств при помощи ООН не установился; несмотря на то, что государства используют этот форум, они остались главными действующими лицами⁶⁶. Не закрепились и иерархия международных организаций; неудачная попытка присоединения и подчинения Лиги Наций в качестве подразделения не повторялась⁶⁷. Однако сфера влияния ООН может расширяться на основании специальных соглашений, согласно которым партнерские организации получают статус «специализированных учреждений» ООН (ст. 57, 63 Устава). В так называемой семье Объединенных Наций⁶⁸ осуществление и предотвращение такого влияния является важным вопросом. Вследствие универсальности членства в ООН в отношении других международных организаций воля ООН имеет значение в случаях, в которых принимаются обязательные для членов решения. Согласно ст. 103 Устава ООН обязательства, следующие из этого положения, имеют преимущественную силу по отношению к другим договорным обязательствам. Поскольку государства-члены других международных организаций обычно также являются членами ООН, они обязаны прилагать усилия, чтобы другие организации не принимали решений, противоречащих обязательным для всех государств-членов ООН резолюциям Совета Безопасности. В свою очередь, международные организации должны учитывать эти обязательные для их членов резолюции⁶⁹.

31 Многочисленность международных организаций не позволяет рассмотреть все аспекты данной темы подробно. Ниже будут рассмотрены общие

⁶⁴ В целом, роль Совета Безопасности ООН укрепилась по окончании конфликта между Западом и Востоком, о чем свидетельствует знаменательная — и единственная — встреча глав государств и правительств членов СБ 31.12.1992 г. (UN Doc S/23500).

⁶⁵ См.: *Randelzhofer* (сноска 60) 158. Следует также учитывать право на выход из ЕС согласно ст. 50 Договора о ЕС. Подробнее см. ниже абз. 80.

⁶⁶ См.: *Schreuer* (сноска 44) 403. Известны международные организации, которые оказывают влияние на политику государств, прежде всего группа Всемирного банка (МФК, МБРР, МАР, МАГИ и МЦРИС некоторые авторы не относят к группе Всемирного банка) и МВФ. См. также: *Fatouros*, *On the Hegemonic Role of International Functional Organization*, GYIL 23 (1980) 9ff; *Suchsland-Maser*, *Menschenrechte und die Politik multilateraler Finanzinstitute*, 1999.

⁶⁷ Основанием была ст. 24 Устава Лиги Наций.

⁶⁸ См. абз. 237.

⁶⁹ См.: *Klein* (сноска 55) 109. О защите основных прав в случае применения санкций на основании резолюций Совета Безопасности, имеющих обязательную силу, см. абз. 152 наст. разд.

вопросы, релевантные для всех международных организаций. Дискуссионные вопросы будут представлены преимущественно на примере *ООН* как наиболее важной международной организации на глобальном уровне и *Совета Европы* как наиболее значимой европейской международной организации с общеполитическими функциями. Европейский союз как прототип наднациональной организации также будет рассмотрен. Кроме того, другие интересные примеры будут приводиться, если они могут способствовать лучшему пониманию проблемы. Наконец, в абз. 225 и след. анализируются различные аспекты деятельности семьи ООН, Совета Европы и ЕС.

II. Право международных организаций

1. Возникновение и прекращение существования международных организаций

а) Учредительный акт, основанный на международном праве

Основу международной организации составляет *международный договор*,³² согласно которому участники принимают на себя обязательство создать организацию, деятельность которой должна осуществляться по правилам, предусмотренным договором⁷⁰. Полномочия государств на учреждение международной организации следуют из общего международного права; полномочия уже действующей международной организации, участвовавшей в процессе учреждения, напротив, должны устанавливаться ее собственным учредительным договором. Организация формируется в процессе совместных действий субъектов международного права (т.н. совместный акт)⁷¹.

Мотивация, которая ведет к учреждению международной организации,³³ так же разнообразна, как и возможные задачи указанной организации⁷². В этом случае необходимо наличие *общих интересов*, предполагающее идентификацию соответствующей цели сообщества. Чем шире компетенция международной организации, тем выше предъявляемые к общности интересов требования⁷³.

Заключение учредительного договора осуществляется в соответствии с³⁴ общим международным договорным правом: применяются положения Венской конвенции о ПМД (ст. 5)⁷⁴. Выбор наименования договора (устав, хартия,

⁷⁰ Это общепринятое мнение; см.: *Bindschedler*, International Organizations, General Aspects, EPIL II (1995) 1289; *P. Klein*, International Organizations or Institutions, Internal Law and Rules in MPEPIL, VI, 27, Rn 1f.

⁷¹ *Mosler*, Die Aufnahme in internationale Organisationen, ZaöRV 19 (1958) 305.

⁷² См.: *Jordan*, International Organizations, 45ff; *H. Weber*, Entstehungsgeschichte der UN, in: Handbuch UN, 110ff.

⁷³ См.: *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, § 1617.

⁷⁴ Положения договоров об учреждении международных организаций, как правило, согласовываются в рамках дипломатических переговоров и на конференциях

конвенция) не имеет юридического значения (ст. 2 (абз. 1 а) Конвенции о ПМД). Желание стать членом международной организации обычно выражается в ратификации. Порядок ратификации закреплен в договоре, где также указывается депозитарий, которому сдаются на хранение ратификационные грамоты⁷⁵. Предпосылки *вступления в силу* устанавливаются самим договором. При этом допускаются различные варианты. Предпосылкой вступления в силу может быть ратификация всеми членами-учредителями, как правило, если планируется тесная интеграция и намеченные цели организации могут быть достигнуты только при содействии всех участников (ст. 357 ДФЕС, ст. 54 Договора о ЕС). Для вступления договора в силу может быть достаточно ратификации только части государств-учредителей (ст. 42 b) Устава Совета Европы: 7 государств). Иногда встречаются требования, подразумевающие обязательное участие отдельных государств. Так, для вступления в силу Устава ООН, наряду с большинством иных подписавшихся государств, пять постоянных государств-членов Совета Безопасности (Китай, Соединенное Королевство, СССР, США и Франция) должны были депонировать свои ратификационные грамоты (ст. 110 (абз. 3) Устава ООН). В организациях, для функционирования которых необходим большой объем финансирования, вступление в силу договора, как правило, зависит, кроме того, от наличия достаточных финансовых средств⁷⁶. Может пройти много времени, прежде чем такое условие будет выполнено⁷⁷.

35 От вступления договора в силу следует отличать постепенное, поэтапное введение в действие отдельных положений договора⁷⁸. Установленный *переходный период* позволяет государствам-членам и международным организациям подготовиться к реализации новых отношений; с этой целью в прежней редакции ст. 7 Договора о Европейском Сообществе (отменена Амстердамским договором) упомянутый переходный период был запланирован на 12 лет (с 1958 г.).

36 Вступление учредительного договора в силу создает правовую основу для возможности образования юридически значимой общей воли, организации. Это *дата создания* международной организации. Фактическое начало деятельности организации предполагает также формирование органов,

государств. К вопросу об истории учреждения ООН см.: *Khan, Drafting History*, in: *Charter UN*, Rn 1ff; *H. Weber, Entstehungsgeschichte der UN*, in: *Handbuch UN*, 110ff.

⁷⁵ Например, ст. 110 Устава ООН: Правительство США; ст. 42 а) Устава Совета Европы: Правительство Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии; ст. 54 (абз. 1) Договора о ЕС, ст. 357 (абз. 1) ДФЕС: Правительство Итальянской Республики.

⁷⁶ См. ст. 13 (3) Соглашения ИФАД. В ст. 74 Учредительного договора ИМО (ранее ИМКО), например, дополнительно предусмотрен тоннаж судна.

⁷⁷ В Межправительственной морской консультативной организации это длилось 10 лет (1948–1958 гг.).

⁷⁸ К вопросу об impossibility однозначного разграничения см.: *Seidl-Hohenveldern/Loibl, Internationale Organisationen*, Rn 409.

подбор персонала и т. п. На этой стадии часто работают подготовительные комиссии по проведению первоочередных организационных работ, назначенные государствами-членами⁷⁹.

б) Учредительный договор как «конституция» международных организаций

Было бы упрощением рассматривать исключительно договорной характер учредительного устава. Наряду с взаимными обязательствами договаривающихся сторон о создании международной организации, он содержит положения о деятельности организации, о правовых отношениях в международной организации: между организацией и государствами-членами, между государствами-членами и между органами. После вступления договора в силу именно этот аспект приобретает приоритет и сохраняет его до прекращения существования организации. Поэтому следует различать договорные аспекты и конституционные нормы. Конституционные нормы являются «конституцией» международной организации⁸⁰, высшим уровнем иерархии норм (первичным правом) внутреннего правопорядка в международной организации.

Несмотря на признание разграничения договорных и конституционно-правовых элементов учредительного устава, полное согласие в отношении юридических *последствий* указанного феномена не достигнуто. Попытка изъять из международного права «конституционную» часть учредительного договора и признать ее самостоятельной правовой системой выходит за рамки целесообразного⁸¹. Таким образом, фактически отрицается, что конституционное право организации базируется на международном соглашении,

⁷⁹ См.: *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, § 1620.

⁸⁰ См.: *Rosenne*, Is the Constitution of an International Organization an International Treaty?, *Comunicazioni e Studi* 12 (1966) 21ff; *Monaco*, Le caractère constitutionnel des actes institutifs d'organisations internationales, *Mélanges Rousseau*, 1974, 153ff; *Fassbender*, The United Nations Charter as Constitution of the International Community, in: *Colum J Transnat'l L* 36 (1998) 529ff; *Dupuy*, The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited, *MPYUNL* 1 (1997) 1ff; *Simma*, Gestaltwandel im Völkerrecht und in der Organisation der Vereinten Nationen, in: Hummer (Hrsg), *Paradigmenwechsel im Völkerrecht zur Jahrtausendwende*, 2002, 45ff; *Franck*, Is the U. N. Charter a Constitution?, *FS Eitel*, 2003, 95ff. См. также консультативное заключение Суда ЕС: «Несмотря на то, что Договор об учреждении ЕЭС заключен в форме международного соглашения, он является основным законом правового сообщества» (EuGH, Gutachten 1/91, Slg 1991, I-6079, 6102 [1-е консультативное заключение по договору ЕЭС]).

⁸¹ См.: *Miehsler*, Qualifikation und Anwendungsbereich des internen Rechts internationaler Organisationen, *BerDGVR* 12 (1973) 47 (65); противоположная точка зрения см.: *Bernhardt*, ebd, 7ff; *Skubiszewski*, Remarks on the Interpretation of the United Nations Charter, *FS Mosler*, 1983, 891ff. Примечательно, что Суд ЕС (*дело ван Генд и Лоос (van Gend & Loos)*), EuGH, Slg 1963, I, 25) называет Европейское сообщество (сегодня Европейский союз) «новым правопорядком международного права». См. также решение Суда ЕС (EuGH, Slg 1964, 1251, 1269 [(*Costa/ENEL*)]); абз. 114 и след. наст. разд.

которое ставит существование международной организации в зависимость от общей воли государств-членов⁸². Различие в подходах может иметь последствия для *толкования* отдельных частей учредительного договора.

в) Толкование и изменение учредительного договора

- 39 К любым частям учредительного договора применяются *правила толкования*, основанные на обычном праве и кодифицированные Венской конвенцией о ПМД (ст. 31 и след.). Однако правила сформулированы абстрактно и предоставляют широкий спектр возможностей для интерпретации в зависимости от приоритетов. Общепризнано, что договор следует толковать, исходя из его предмета и цели (*object and purpose*). Из этого следует ориентация толкования на предмет и вид договора⁸³. Таким образом, критерии толкования уставных и договорных частей учредительного договора в силу принципиальных различий между ними должны отличаться. Применительно к «конституционным» положениям учредительного договора, в которых основную роль играют интересы сообщества и цели объединения, чаще используется телеологически-функциональное толкование⁸⁴. При этом при наличии нескольких вариантов толкования следует выбрать интерпретацию, которая в наибольшей степени соответствует целям договора. Преимущество отдается толкованию, при котором норма наделяется юридической силой на практике (*правило effet utile*)⁸⁵. Это касается и применения *правила подразумеваемых полномочий (implied powers-Regel)*, которое признает за организацией компетенцию, необходимую для выполнения ее задач⁸⁶.
- 40 В рамках интеграционного объединения, например ЕС, принципы толкования приобретают особое значение. Поэтому Суд ЕС придает телеологическому подходу (*effet utile*) большее значение, чем Международный суд ООН⁸⁷. Это подтверждается на примере использования *подготовительных*

⁸² См.: *Mosler* (сноска 71) 306: «Основой существования организации остается договор»; см. также: *E. Klein*, *Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft*, *VVDStRL* 50 (1991) 56 (70, 165).

⁸³ См.: *Ress*, *Wechselwirkung zwischen Völkerrecht und Verfassung bei der Auslegung völkerrechtlicher Verträge*, *BerDGVR* 23 (1982) 7 (13f).

⁸⁴ См.: *Skubiszewski* (сноска 81) 893f; *Ress*, *The Interpretation of the Charter*, in: *Charter UN²*, Rn 34; *ICJ Rep* 1996, 66, 74f.

⁸⁵ См. особое мнение судьи *de Vuurea* (*Visscher*, *ICJ Rep* 1950, 187).

⁸⁶ См.: *ICJ Rep* 1949, 174, 182; 1954, 46, 56. Если учредительный договор содержит положение о дополнительных полномочиях, предоставляемых при необходимости для достижения определенной цели как ст. 352 ДФЕС, необходимость обращения к теории подразумеваемых полномочий (*implied powers*) практически отпадает. *Oppermann/Classen/Nettesheim*, *Europarecht*, 5. Aufl 2011, § 11 Rn 11; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, *Europarecht*, 8. Aufl 2012, Rn 161; См. также ниже абз. 190 и след.

⁸⁷ *EuGH*, *Slg* 1970, 825, 838 (*транспортный налог Лебера*); *Slg* 1979, 1629, 1642 (*Ратти (Ratti)*) — постоянная судебная практика. См. также: *Bleckmann*, *Theologie*

материалов (travaux préparatoires) для толкования. В то время как Международный суд при толковании Устава ООН не отказался от обращения к сложившейся практике⁸⁸, государства-члены закрыли доступ к подготовительным материалам Римских договоров и, таким образом, целенаправленно способствовали развитию динамично-эволюционного толкования⁸⁹.

Спорным остается вопрос о компетенции органов международных организаций применительно к толкованию⁹⁰. Частично компетенция толкования предусмотрена для отдельных органов непосредственно в договоре. Это характерно для судебных органов, созданных в рамках организации, однако из этого не следует обязательность судебного решения. В этом отношении Международный суд существенно отличается от Суда ЕС⁹¹. Кроме того, согласно Соглашению о МВФ Совет управляющих обладает компетенцией по толкованию, являющемуся обязательным⁹². Но и в том случае, если подобная компетенция не установлена договором, необходимо учитывать, что именно органы международной организации обязаны применять положения договора, их конституцию; оперативная работа на основании договора неизбежно ведет к необходимости самостоятельно определять собственную компетенцию и, таким образом, выполнять работу по толкованию⁹³. Однако признание факта влияния практической деятельности органов на толкование учредительного договора еще не обеспечивает его юридической силы. Статья 31 (абз. 3 б) Венской Конвенции о ПМД при этом выполняет функцию соединительного звена. Чтобы вывести из практики работы органов международной организации необходимый согласно данной норме консенсус государств-участников договора, практика работы органов должна быть стабильной и долгосрочной и не должна вызывать прямого или конклюдентного

41

und dynamische Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, EuR 1979, 239ff; *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn 86) § 9 Rn 176. Критические замечания см.: BVerfGE, 89, 155, 210.

⁸⁸ См.: ICJ Rep 1959, 127, 140f; *Ress* (сноска 84) Rn 24f.

⁸⁹ Особое значение для международных организаций имеет сравнительно-правовое толкование, учитывающее публичное право государств-членов. См.: *Bleckmann*, *Europarecht*, 6. Aufl 1997, Rn 554; *Ress*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für das Recht Internationaler Organisationen, *ZaöRV* 36 (1976) 227ff; *Sommermann*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, *DÖV* 1999, 1017ff.

⁹⁰ См.: *Schermers/Blokker*, *International Institutional Law*, § § 1355ff; *Sato*, *Evolving Constitutions of International Organizations*, 1996, 232ff.

⁹¹ В то время как решения Суда ЕС, как правило, имеют обязательную силу, заключения МС, допустимые лишь во внутриорганизационных отношениях, носят необязательный характер.

⁹² См.: *Simon*, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales*, 1981, 33ff.

⁹³ См.: *Miehsler* (сноска 81) 69.

противодействия отдельных государств-членов⁹⁴. Примером толкования, учитывающего и практику работы органов, и действия государств-членов, является толкование ст. 27 (абз. 3) Устава ООН Международным судом⁹⁵.

42 Сложившаяся практика толкования в органах должна учитываться, даже если она не может повлиять на интерпретацию учредительного договора, поскольку это выходит за рамки *соглашения* государств-членов о толковании⁹⁶. Работа органов отражает выполнение договора на практике, что должно учитываться при толковании. Если речь идет о толковании «открытой» договорной нормы и (постоянная) деятельность органа остается в рамках контекста, она имеет самостоятельное значение. В этом смысле МС правомерно учел постоянную практику Генеральной Ассамблеи, связанную с осуществлением как административных, так и оперативных задач по «бюджету» (ст. 17 (абз. 1) Устава ООН)⁹⁷.

43 Изменение учредительных договоров осуществляется в соответствии с закрепленными в них положениями. При этом порядок изменения в конкретных случаях может быть разным⁹⁸. В основном изменения подразделяются на две категории: те, которые вносятся органами международных организаций совместно с государствами-членами, и те, которые вносятся только органами международных организаций.

44 К первой группе относится ст. 108 Устава ООН. Поправка вступает в силу для всех членов организации после ее принятия двумя третями членов Генеральной Ассамблеи⁹⁹ и ратификации двумя третями членов организации, включая пять постоянных членов Совета Безопасности. Предложенные поправки к Уставу Совета Европы принимаются вначале Комитетом министров и вносятся в протокол изменений. Комитет принимает решение либо единогласно, либо большинством в две трети голосов в зависимости от важности

⁹⁴ E. Klein, Vertragsauslegung und «spätere Praxis» Internationaler Organisationen, in: Bieber/Ress (Hrsg), Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1987, 101 (104f); Ress (сноска 84) Rn 27ff; Karl, Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht, 1983, 190ff; Fassbender (сноска 80) 598.

⁹⁵ Консультативное заключение по делу Намибии. См.: ICJ Rep 1971, 16, 22 (Namibia-Gutachten).

⁹⁶ См.: Karl (сноска 94) 169). Это не означает, что практика не может быть *противоправной*. В качестве примера можно привести отказ представителям правительства Южной Африки в участии в заседаниях Генеральной Ассамблеи в течение нескольких декад. См.: E. Klein, Zur Beschränkung von Mitgliedschaftsrechten in den Vereinten Nationen, VN 1975, 51ff.

⁹⁷ ICJ Rep 1962, 151f (дело об определенных расходах); Res (сноска 84) Rn 31; Skubiszewski (сноска 81) 896ff; Klein (сноска 94) 105f.

⁹⁸ Подробнее см.: Schermers/Blokker (Fn 24) § § 1159ff; Zacklin, The Amendment of the Constitutive Instruments of the United Nations and Specialized Agencies, 1968 (Wiederveröffentlichung 2005).

⁹⁹ Необходимо учитывать актуальное членство. См.: Witschel, in Charter UN³, Art 108 Rn 32; Kunig, «Verfassungsänderung» in der Staatengemeinschaft?, JURA 1997, 337 (338); Schrijver, The Future of the Charter of the United Nations, MPYUNL 10 (2006), 1ff.

вопроса (ст. 20). Вступление в силу для всех государств-членов нуждается в ратификации двумя третями членов¹⁰⁰. Статья 48 Договора о ЕС предусматривает процедуру, в которую вовлечены политические органы ЕС и государства-члены¹⁰¹. После заслушивания Европейского парламента и Европейской комиссии в связи с предложенными изменениями Европейский совет принимает решение о созыве Конвента, состоящего из представителей национальных парламентов, глав государств или правительств государств-членов, Европейского парламента и Европейской комиссии (см. ст. 48 (абз. 3) Договора о ЕС), или о созыве конференции государств-членов. Принятие решения об изменении договора в этом случае относится к исключительной компетенции конференции государств-членов (ст. 48 (абз. 4) Договора о ЕС). Каждое изменение договора вступает в силу только при условии его ратификации всеми государствами-членами¹⁰².

В случае *второй* группы поправок решение органа международной организации, в котором представлены государства-члены, непосредственно приводит к изменению договора. Такие процедуры предусмотрены для специализированных учреждений ООН, а также для изменения определенных категорий положений Устава Совета Европы и Конвенции ЕАСТ¹⁰³. Но если меняются правила о положении государств-членов, то применяется обычная процедура внесения поправок, в которой участвуют государства-члены¹⁰⁴.

Если поправки, внесенные в учредительный договор, вступают в силу для всех государств-членов, хотя при этом требовалась ратификация только большинством государств-членов, возникает вопрос *о позиции членов, настаивающих на отклонении* поправок. Очевидно, что в этом случае смысл регулирования заключается в том, что развитие международной организации не должно зависеть от согласия всех ее членов¹⁰⁵, поскольку, в противном случае, было бы возможным блокировать ее развитие¹⁰⁶. С другой стороны, государства, создающие международную организацию или вступающие в нее, не могут быть заинтересованы в членстве независимо

45

46

¹⁰⁰ См.: Schermers/Blokker, International Institutional Law, § 1173.

¹⁰¹ Статья 48 Договора о ЕС предусматривает три разных процедуры изменения договора, процедура конвента согласно ст. 48 (абз. 2–5), которая считается стандартной, и процедуры согласно ст. 48 (абз. 6 и 7), которые являются упрощенными, см. Oppermann/Classen/Nettesheim (сноска 86), § 9 Rn 52 ff.

¹⁰² См. ст. 48 (абз. 4) Договора о ЕС. Ст. 54 также исходит из ратификации всеми государствами-членами.

¹⁰³ Ст. 7 а Соглашения о МВФ; ст. 41 d Устава Совета Европы; ст. 3 (абз. 5), ст. 4 (абз. 5), ст. 5 (абз. 7) ЕАСТ.

¹⁰⁴ См.: E. Klein, United Nations, Specialized Agencies, MPEPIL, X, 489, Rn 15f.

¹⁰⁵ См.: Fassbender (сноска 80) 578f.

¹⁰⁶ В этом случае оставалось бы только учреждение некоторыми государствами-членами новой международной организации со всеми вытекающими сложными юридическими и фактическими проблемами одновременного существования обеих организаций. См. ст. 30 Венской конвенции о ПМД.

от политического курса международной организации. Отдельные государства могут выразить свое несогласие с изменениями договора посредством *выхода* из международной организации. В отношении ООН это положение прямо предусмотрено в рекомендации комитета конференции ООН в Сан-Франциско¹⁰⁷. Таким образом, нет необходимости настаивать на неизменности положений учредительного договора в целях защиты меньшинства государств-членов, возражающих против изменения договора, от нежелательных поправок, не предусмотренных при вступлении¹⁰⁸.

47 Трудности связаны с вопросом, могут ли *государства-члены совместно изменить* предусмотренные в учредительном договоре *правила внесения поправок*. Ответ на этот вопрос содержится в общем положении ст. 39 Венской конвенции о ПМД: договор может быть изменен по международному (также неформальному!)¹⁰⁹ соглашению между государствами-участниками договора. Кроме того, ст. 54 названной Конвенции гарантирует право на расторжение договора¹¹⁰. В отличие от такого подхода, в праве ЕС соблюдение положений договора (ст. 48 Договора о ЕС) является обязательным условием для его изменения¹¹¹. Этой позиции мог бы придерживаться и Суд ЕС¹¹², который имел бы

¹⁰⁷ Выход не запрещается ни одному из государств-членов, «если его права или обязательства ... были изменены в результате внесения в устав поправок, с которыми оно несогласно и не может согласиться». См.: Committee I/2: UNCIO VII, 267. Подробнее см.: *Witschel*, in: Charter UN³, Art 108 Rn 41f. В отдельных специализированных учреждениях (ИКАО, ст. 94 Конвенции) пленарный орган может установить, что государства-члены, которые в течение определенного срока не ратифицируют договор, выбывают из международной организации. Ст. 48 (абз. 5) Договора о ЕС содержит специальное регулирование.

¹⁰⁸ Однако эту точку зрения представляет *Frowein*, Are there Limits to the Amendment Procedures in Treaties Constituting International Organisations?, FS Seidl-Hohenveldern, 1998, 201 (215ff). Эту точку зрения поддерживает также *Ruffert/Walter*, Institutionalisiertes Völkerrecht, 2009, Rn 134.

¹⁰⁹ См. решение (палаты) ЕСПЧ по делу Оджалана (Öcalan) от 12.3.2003 г. ЕСПЧ исходит из того, что практика государств-участников Конвенции по применению смертной казни позволяет сделать вывод о наличии договоренности, согласно которой смертная казнь, несмотря на однозначное определение в ст. 2 (абз. 1) ЕКПЧ, упразднена (абз. 191). См.: *M. Breuer*, Völkerrechtliche Implikationen des Falles Öcalan, EuGRZ 2003, 449 (453). Большая палата подтвердила мотивировочную часть решения. См. решение от 12.5.2005 г., абз. 163 (немецкий перевод EuGRZ 2005, 463).

¹¹⁰ *Seidl-Hohenveldern/Loibl*, Internationale Organisationen, Rn 1538ff; *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, § 1163; *Ruffert/Walter* (сноска 108) Rn 133.

¹¹¹ *Meng*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Bd 1, 6. Aufl 2003, Art 48 EU Rn 24ff; *Everling*, Sind die Mitgliedstaaten der EG noch Herren der Verträge? FS Mosler, 1983, 173 (183); *Bernhardt*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und das Recht Internationaler Organisationen, FS Seidl-Hohenveldern, 1998, 25 (33f). Ссылки на дополнительную литературу см.: *Vedder/Folz*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union, 14. Lfg 1999, Art 48 EUV Rn 47f; также: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (сноска 86) § 9 Rn 58.

¹¹² См.: EuGH, Slg 1976, 455, 478 (*Дефрени (Defrenne) II*).

возможность в процессе рассмотрения жалобы в порядке надзора (ст. 258 ДФЕС) или в предварительном решении (ст. 267 ДФЕС) проверять принятую государствами-членами поправку на ее соответствие праву ЕС. Однако основной вопрос заключается в том, насколько ЕС является организацией, члены которой (уже) передали полномочия по принятию решений о существовании организации органам ЕС¹¹³. Ответ на этот вопрос будет отрицательным, пока ЕС не станет государством¹¹⁴. Следовательно, Суд ЕС должен исходить из дееспособности государств-членов. Следует учесть, что данный вопрос не имеет практического значения для государств-членов, поскольку они играют решающую роль в процедурах, предусмотренных в ст. 48 Договора о ЕС и отличие от свободного «международно-правового» процесса по ст. 39 Венской Конвенции о ПМД незначительное. Однако в Договор ЕОУС дважды (1956 и 1957 гг.) вносились поправки в нарушение его положений (ст. 96), хотя и при особых обстоятельствах. Это пытались оправдать молчаливым согласием органов Сообщества, что представляется проблематичным¹¹⁵.

Учредительные договоры не устанавливают *содержательные границы* изменения договора. Отличия, как выше сказано, касаются только разных процедур внесения поправок¹¹⁶. Однако Суд ЕС установил (абз. 69–72 Заключения 1/91 о совместимости Договоров о Европейском экономическом пространстве и ЕЭС), что государства-члены при внесении изменений в договор (в этом случае ст. 238 Договора о ЕЭС соответствует ст. 217 ДФЕС) согласно ст. 236 Договора о ЕЭС (соответствует ст. 48 действующего Договора о ЕС) не имеют права ограничивать сферу действия ст. 164 Договора об ЕЭС (ст. 19 (абз. 1) Договора о ЕС), которая возлагает на Суд ЕС обязанность обеспечивать единообразие права ЕЭС¹¹⁷. Это решение ограничивает возможность государств-членов вносить поправки в договоры¹¹⁸. 48

Следует упомянуть, что, помимо процедур внесения поправок в договор, иногда предусматривается проведение *конференций по пересмотру*. Конференции позволяют осуществлять подробный анализ условий деятельности международных организаций¹¹⁹. 49

¹¹³ См.: *Vedder/Folz* (сноска 111) Rn 49f.

¹¹⁴ См.: *Meng*, *Das Recht der Internationale Organisationen — Eine Entwicklungsstufe des Völkerrechts*, 1979.

¹¹⁵ См.: *Karl* (сноска 94) 349; ограничивающая точка зрения см.: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (сноска 86) § 9 Rn 59.

¹¹⁶ См. абз. 43 и след.

¹¹⁷ EuGH Slg 1991, I-6079, 6111f.

¹¹⁸ См.: *Brandner*, *The «Drama» of the EEA*, *EJIL* 3 (1992) 300 (315); *da Cruz Vilaça*, *Are There Material Limits to the Revision of the Treaties on the European Union?*, 1995; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (сноска 86) Rn 95.

¹¹⁹ См. ст. 109 Устава ООН.

50 В большей части международных организаций внесение поправок в договоры не привело к заметным *инновационным сдвигам*¹²⁰. Новая ориентация возникла в результате образования новых международных организаций, а не в результате внесения поправок в договоры старых организаций¹²¹. Исключение составляет ЕС. Единый Европейский Акт, Маастрихтский, Амстердамский, Нишский и Лиссабонский договоры являлись основой развития существующих сообществ¹²². Новые способы изменения договора предусмотрел «Конвент о будущем Европы» (Европейский конвент), учрежденный Декларацией Лаакена¹²³. Метод принятия решения в рамках конвента в настоящее время закреплен в первичном праве ЕС, а именно в ст. 48 Договора о ЕС¹²⁴. Целью *метода конвента*¹²⁵ является демократическая легитимация изменения договора путем включения национальных парламентов и Европарламента наряду с представителями Комиссии и национальных правительств в работу Конвента¹²⁶. Пленарные заседания являются открытыми, чтобы обеспечить более высокий уровень прозрачности.

г) Прекращение существования международных организаций

51 Прекращение существования международной организации может быть *предусмотрено договором*, в особенности, когда учредительный договор содержит временное ограничение (ст. 97 Договора об учреждении ЕОУС: 50 лет)¹²⁷. Другие договоры ставят дальнейшее существование международной организации в зависимость от определенного минимального количества членов (например, ст. 25 Конвенции ЕКА). В некоторых организациях главному органу предоставляется право принимать решение о роспуске организации, если это решение поддерживает определенное большинство (например, ст. 27 Соглашения о МВФ)¹²⁸.

¹²⁰ См.: *Schreuer* (сноска 44) 363ff; *Phillips*, Constitutional Revision in the Specialized Agencies, AJIL 62 (1968) 654ff.

¹²¹ Например, создание ОЭСР (вместо изменения Договора ОЕЭС).

¹²² Однако Единый Европейский Акт, Маастрихтский и Лиссабонский договоры содержат правила, выходящие за рамки изменения договоров Сообщества.

¹²³ Документ Совета ЕС от 15.12.2001 г. (SN 273/01).

¹²⁴ См. сноску 101.

¹²⁵ Впервые он был применен на так называемом Конвенте по основным правам граждан, который разрабатывал Хартию об основных правах граждан (см. ниже абз. 255). Подробнее см.: *Meyer/Hartleif*, Die Konvents Idee, ZParl 2002, 368ff; *Göler/Marhold*, Die Konventsmethode, integration 4/2003, 317ff.

¹²⁶ См.: *Fischer*; Die Legitimation von supranationalen Organisationen, ZÖR 62 (2007) 323 (343f).

¹²⁷ *Obwexer*, Das Ende der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, EuZW 2002, 517ff; *Grunwald*, Das Ende einer Epoche — das Erbe der EGKS, EuZW 2003, 193.

¹²⁸ См.: *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, § § 1629f.

Однако в большинстве случаев учредительный договор не устанавливает *порядок роспуска* организации; как правило, международные организации учреждаются на долгосрочную перспективу. В таких случаях государства-члены могут совместным решением прекратить действие договора согласно положениям общего договорного права и, таким образом, лишит международную организацию правовой основы (ст. 54 b Венской конвенции о ПМД). При этом соблюдения положений договора о порядке его изменения не требуется¹²⁹. Примерами роспуска международных организаций служат Международная организация по делам беженцев (1952 г.), Варшавский договор (1991 г.) и Совет экономической взаимопомощи (СЭВ, 1991 г.). Роспуск Лиги Наций осуществлен 19 апреля 1946 г. по решению Ассамблеи (органа государств-членов), в принятии которого участвовали не все члены. Поскольку ни одно государство не заявило протеста, это можно расценивать как согласие¹³⁰. Согласно этим принципам государства-члены могли бы распустить таким же образом ООН и Совет Европы. Из необходимости существования такой организации, как ООН, для мирового сообщества следует, что роспуск такой организации, с политической точки зрения, допустим только при одновременном или уже состоявшемся учреждении заменяющей ее организации. Например, ООН уже действовала в тот период (с 1945 г.), когда Лига Наций прекратила свое существование.

Чрезвычайно спорным является вопрос о том, могут ли государства-члены согласованно прекратить *договоры о европейской интеграции*. Изначально Договор о Европейском сообществе (ст. 312), Договор о Евратоме (ст. 208) и Договор о Европейском союзе (ст. 51) были заключены на «неограниченный срок». Этот срок также действует в отношении Европейского союза согласно Лиссабонскому договору (ст. 53 Договора о ЕС, ст. 356 ДФЕС). Некоторые авторы делают на основании этих положений вывод о невозможности роспуска таких организаций¹³¹. Однако этой точке зрения противоречит и до сих пор противоречит тот факт, что государства-члены являются носителями организации и, следовательно, коллективными «суверенами договоров»¹³². Концепция Европейского союза не предусматривает создания новой конституционной власти, носителем которой являлся бы

¹²⁹ *Seidl-Hohenveldern*, Der Rückgriff auf Mitgliedstaaten in Internationalen Organisationen, FS Mosler, 1983, 881 (884f); *Köck/Fischer*, Internationale Organisationen, 602.

¹³⁰ *Kelsen*, The Law of the United Nations, 1951, 595.

¹³¹ *H. P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 211; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, 4. Aufl 2009, § 6 Rn 40ff.

¹³² *Dagoglou*, Recht auf Rücktritt von den Europäischen Verträgen?, FS Forsthoft, 1972, 77ff; *Tomuschat*, in: Dolzer u a (Hrsg), Bonner Kommentar zum GG (Zweitbearb 1981) Art 24 Rn 99; *E. Klein*, in: Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff (Hrsg), Handkommentar zum Vertrag über die Europäische Union (EUV/EGV), 3. Lieferung 1994, Art 240 EG Rn 2; *Weber*, in von der Groeben/Schwarze (сноска 111), Bd 4, 6. Aufl 2004, Art 312 EG Rn 5; *Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV, 4. Aufl 2011, Art 356 AEUV Rn 2.

только европейский народ, пришедший на смену народам государств-членов; но европейский народ как таковой не существует¹³³. Кроме того, право на выход из ЕС теперь гарантировано ст. 50 Договора о ЕС¹³⁴.

54 Если организация лишается всех своих членов¹³⁵, она также прекращает свое существование. В отличие от внутрисударственного права, по которому для прекращения существования юридического лица публичного права всегда требуется *actus contrarius*, в рамках международного права организация без членов существовать не может, поскольку существование международной организации находится в прямой зависимости от воли государств-членов. Однако даже длительная бездеятельность организации не ведет к прекращению ее существования.

55 В случае *финансового дефолта* международной организации, например Международного совета по олову в 1985 г.¹³⁶, возникают принципиальные вопросы об ответственности организации и возможности привлечения к ответственности государств-членов¹³⁷. Однако принудительный роспуск международной организации на этом основании не производится. Ее существование зависит только от воли ее членов¹³⁸.

56 Поскольку с прекращением существования международной организации выполнение ее основных задач не заканчивается, часто создаются *новые организации, усовершенствованные, по мнению учредителей*, которые принимают на себя указанные задачи (Лига Наций — ООН; Организация европейского экономического сотрудничества/ОЕЭС — Организация экономического сотрудничества и развития / ОЭСР)¹³⁹ или создаются другие учреждения или (вспомогательные) органы соответствующего целевого назначения (например, МОБ заменил Верховный комиссар ООН по делам беженцев)¹⁴⁰. В любом случае прекращения существования организации

¹³³ См.: BVerfGE 89, 155, 188, а также новое решение BVerfGE 123, 267, 404. К этому вопросу, но с другой точки зрения, см.: *Everling* (сноска 111) 188ff.

¹³⁴ См.: BVerfGE 123, 267 (400 ff). Право выхода было также предусмотрено ст. I-60 Договора, устанавливающего Конституцию для Европы.

¹³⁵ Вследствие исключения, выхода (см. абз. 77 и след.) или прекращения существования членов.

¹³⁶ См.: *Eisemann*, *Crise du conseil international de l'étain et insolvabilité d'une organisation intergouvernementale*, AFDI 31 (1985) 730ff; *McFadden*, *The Collapse of Tin*, AJIL 80 (1986) 81ff; *Kullmann*, *Collapse of the 6th International Tin Agreement*, GYIL 30 (1987) 205ff.

¹³⁷ См. ниже абз. 101 и след.

¹³⁸ Роспуск Международного совета по олову последовал летом 1990 г. (FAZ v 2.8.1990, 9). См.: *Sands/Klein*, *Bowett's Law of International Institutions*, 6. Aufl 2009, 532ff.

¹⁴⁰ *Melander*, *International Refugee Organization*, in MPEPIL, VI, 125ff; *Feller/Klug*, *Refugees*, United Nations High Commissioner (UNHCR), in MPEPIL, VIII, 720ff; *Schmahl*, in: Zimmermann (Hrsg), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, A Commentary, 2011, Art 1A Rn 72

возникает вопрос о дальнейшем существовании прав и обязанностей, связанных с организацией.

д) Вопросы преемства

Правовые последствия роспуска международной организации редко регулируются учредительным договором. Исключение составляют финансовые учреждения, например, МБРР, которые принимают меры предосторожности на случай ликвидации имущества при роспуске¹⁴¹. При отсутствии правил из общих принципов права вытекает, что за вычетом долгов по обязательствам остаток имущества надлежит распределить между государствами-членами в соответствии с их долями. Права международных организаций и их правовые акты при роспуске утрачивают силу¹⁴², за исключением случаев, когда новая организация получает правовой статус прежней организации.

Это произошло, например, в случае с *ОЕЭС* и *ОЭСР*. Ст. 15 Конвенции *ОЭСР* прямо предусматривает преемственность правосубъектности *ОЕЭС*. Тем не менее, речь не идет о правовой идентичности. *ОЭСР* сохранила за собой право проверять правовые акты *ОЕЭС* на предмет преемственности обязательств. Кроме того, контракты с сотрудниками старой организации считались прекращенными, но могли быть заключены вторично¹⁴³.

В отношениях между *Лигой Наций* и *ООН* подобного правила не существовало. С политической точки зрения, ООН заняла место Лиги Наций. Однако в Уставе отсутствуют ссылки на Устав Лиги Наций, и Генеральная Ассамблея отказалась выполнять политические функции Лиги Наций¹⁴⁴. ООН переняла только отдельные функции Лиги Наций (частичная преемственность функций). Важным актом в этой связи было, например, продление мандата, который Южная Африка получила от Лиги Наций на управление Юго-Западной Африкой (Намибией). Решения Международного суда были основаны на положениях ст. 80 Устава ООН, в соответствии с которыми Генеральная Ассамблея была уполномочена, могла и хотела выполнять функцию надзора за мандатами. Большое значение в решении

¹⁴¹ Ст. 6 (абз. 5) Соглашения МБРР. В Европейской организации ядерных исследований (ЦЕРН) выплата пенсий в случае роспуска организации регулируется в Уставе и правилах пенсионного фонда ЦЕРН (ст. I 3.03 (абз. 3)). См.: *Conforti/Dominicé/Ress, Les obligations des Etats membres d'une organisation internationale à l'égard du système de pensions du personnel notamment en cas de dissolution de l'organisation ou de retrait d'un Etat membre — le cas du CERN*, RGDIP 107 (2003) 801ff.

¹⁴² *Schmalenbach, International Organizations or Institutions, Succession*, in MPEPIL, VI, 89ff.

¹⁴³ *Hahn, Die Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD)*, ZaöRV 22 (1962) 49 (53ff); см.: *Sands/Klein* (сноска 139) 534f.

¹⁴⁴ A/RES/24 (I) v 12.2.1946.

Международного суда имел также правовой статус мандата¹⁴⁵. С другой стороны, ООН не продлила трудовые контракты со служащими Лиги Наций и не взяла на себя ее обязательства. Передача имущества Лиги Наций, в особенности недвижимости, регулировалась соглашением между обеими организациями¹⁴⁶. Переход к Европейскому Сообществу имущества и обязательств ЕОУС, прекратившего свое существование 23 июля 2002 г. в связи с истечением срока¹⁴⁷, был предусмотрен Протоколом к Ниццкому договору¹⁴⁸. Поскольку Ницкий договор вступал в силу лишь 12 февраля 2003 г., по решению от 27 февраля 2002 г.¹⁴⁹ имущество ЕОУС, которое должно было быть возвращено государствам-членам в связи с прекращением договора ЕОУС, в переходный период находилось во временном управлении комиссии. Когда Лиссабонский договор вступил в силу 1 декабря 2009 г., Европейское сообщество прекратило свое существование, а Европейский союз стал его правопреемником (ст. 1 (абз. 3 предл. 3) Договора о ЕС)¹⁵⁰.

61 Из прежней практики можно почерпнуть только *самые общие правила обычного права*¹⁵¹. Право преемственности международных организаций, как и правопреемство государств, остается малоизученной темой. Очевидно, что многообразие отношений требует применения правил, ориентированных на каждый конкретный случай. Однако в этих правилах должен соблюдаться принцип преемственности, чтобы они соответствовали общей идее справедливости¹⁵².

2. Членство в международных организациях

а) Приобретение членства

61 Устав Совета Европы (ст. 2) устанавливает правило, действующее в отношении всех международных организаций: тот, кто хочет быть членом, должен быть одновременно *участником учредительного договора*¹⁵³. Такой правовой статус может наличествовать изначально или может быть приобретен позже.

¹⁴⁵ ICJ Rep, 1950, 128ff (дело о Юго-Западной Африке). См. также: *Klein* (сноска 58) 33ff.

¹⁴⁶ См.: *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, § 1673.

¹⁴⁷ См. выше абз. 51.

¹⁴⁸ ABI EG 2001, Nr C 80/67.

¹⁴⁹ ABI EG 2002, Nr L 79/42; berichtigt ABI EG 2002, Nr L 196/64.

¹⁵⁰ Евратом не прекратил своего существования, см. Протокол о внесении изменений в Договор Евратом (ABI EU 2007, Nr C 306/197). Протоколом регулируется также вопрос действия правовых актов.

¹⁵¹ См.: *Sands/Klein* (сноска 139) 535f.

¹⁵² См.: *Lauterpacht*, The Development of International Law by the International Court, 1958, 293.

¹⁵³ *Ginther*, Grundfragen der Mitgliedschaft in Internationalen Organisationen, BerDGVR 17 (1975) 7ff.

Члены-учредители — это договаривающиеся стороны, которые принимали участие в учредительных переговорах, например, в ЕОУС, Е(Э)С и Евратоме — Германия, Франция, Италия и три страны Бенилюкса. Следующий Уставу Лиги Наций (ст. 1), ст. 3 Устава ООН обозначает более широкий круг государств как «первоначальных членов»¹⁵⁴. Правовые преимущества со статусом государства-учредителя не связаны. Государства, которые принимают участие в переговорах о заключении договора, могут непосредственно вносить свои предложения, в то время как члены, вступившие в организацию позже, вынуждены использовать сложный порядок изменения условий договора, если они хотят повлиять на его содержание.

Учредительный договор предусматривает возможность *приобретения членства* в организации после вступления международного договора в силу. Существует небольшое количество международных организаций, уставы которых основаны на принципе «закрытого общества»¹⁵⁵. Обычно договоры содержат условия *присоединения или приема*, поскольку достижение цели организации, как правило, облегчается по мере увеличения количества членов. Функции организации определяют ее глобальный или региональный характер. К открытым организациям относится ООН и ее специализированные учреждения, к региональным (ограниченно открытым) — Совет Европы, Европейский союз, Лига арабских государств (ЛАГ), Организация американских государств (ОАГ) и Африканский союз (АС). Однако государство не может стать членом открытой или ограниченно открытой организации без выполнения условий. Организация и ее члены стремятся сохранить контроль над составом. Поэтому прием в организацию зависит от решения, которое выносится по заявлению о вступлении в соответствии с процедурными и материально-правовыми требованиями (ст. 4 (абз. 2) Устава ООН, ст. 49 Договора о ЕС). Положения договоров о вступлении в организацию не соответствуют концепции договора, предусматривающего права для третьих государств (ст. 36 Венской Конвенции о ПМД)¹⁵⁶. В рамках Совета Европы только приглашение Комитета министров является основанием для возникновения права государства (ст. 4 Устава Совета Европы). Однако членство в ООН иногда является единственным условием членства в специализированных учреждениях (например, ст. II.1 Устава ЮНЕСКО).

¹⁵⁴ К вопросу о причинах см.: *Fastenrath*, in: Charter UN³, Art 3 Rn 2ff.

¹⁵⁵ Например, Договор об учреждении Экономического союза Бенилюкс 1958 г. (Text in: Berber [Hrsg], Dokumente I, 1967, 591). Этот вопрос регулируется в новом Договоре об учреждении Экономического союза Бенилюкс от 17.6.2008 аналогичным образом.

¹⁵⁶ В договорах, согласно которым организация, в принципе, является открытой для новых членов, ограничения содержатся в специальных положениях, например, ст. 1 (абз. 2) Устава ЛАГ; *Mosler* (сноска 71) 275ff. О «принципе универсальности» как основании права на вступление см. ниже абз. 68.

64 Процедура приема в ООН¹⁵⁷ возбуждается на основании послания главы государства или главы правительства Генеральному секретарю. К посланию прилагается заявление, подтверждающее, что государство будет выполнять свои обязательства, вытекающие из положений Устава¹⁵⁸. Прием в ООН (ст. 4 (абз. 2) Устава) предусматривает как согласие Совета Безопасности (при наличии права вето, ст. 27 (абз. 3)), так и согласие Генеральной Ассамблеи (две трети членов согласно ст. 18 (абз. 2) Устава). Генеральная Ассамблея не вправе принимать в члены ООН новое государство без рекомендации Совета Безопасности; предварительное позитивное решение Совета Безопасности является обязательной предпосылкой¹⁵⁹. Договор о ЕС (ст. 49) предусматривает участие трех основных политических органов ЕС в процедуре принятия решения по ходатайству о вступлении: решение принимает Европейский совет после заслушивания Европейской комиссии и при согласии Европейского парламента (ст. 49 (абз. 1) Договора о ЕС). Кроме того, требуется заключение соглашения между государствами-членами и государством-заявителем (ст. 49 (абз. 2) Договора о ЕС). Таким образом, последнее слово всегда остается за государствами-членами, которые влияют на решение непосредственно или через орган, образованный из их представителей.

65 Помимо требований к процедуре, обычно устанавливаются *материальные условия* приема. Например, часто в организацию принимают только государства (ООН, Совет Европы, Европейский союз). Однако из этого нельзя сделать вывод о том, что в международные организации всегда принимаются только государства¹⁶⁰. Известны случаи, когда международная организация является членом других международных организаций. Например, ЕС является членом Международного совета по зерну, НАФО, ФАО и ВТО¹⁶¹. Однако ЕС не может стать членом Совета Европы или ООН, поскольку он не является государством¹⁶². Согласно Лиссабонскому договору ЕС впервые было делегировано право присоединения к ЕКПЧ (ст. 6 (абз. 2) Договора

¹⁵⁷ См.: *Jaenicke*, Die Aufnahme neuer Mitglieder in die Organisation der Vereinten Nationen, ZaöRV 13 (1950) 291ff; *Fastenrath*, in Charter UN³, Art 4.

¹⁵⁸ См. заявление о приеме ФРГ от 15.6.1973 г. (Bull BReg 1973, 738).

¹⁵⁹ ICJ Rep 1950, 4, 8ff.

¹⁶⁰ *Schermers*, International Organizations as Members of Other International Organizations, FS Mosler, 1983, 823ff.

¹⁶¹ *Wolftrum*, Internationale Organisationen, in: Seidl-Hohenveldern (Hrsg), Lexikon des Rechts/Völkerrecht, 3. Aufl 2001, 189 (192); *Oppermann*, Die Europäische Gemeinschaft und Union in der Welthandelsorganisation (WTO), RIW 1995, 919 (922). Наряду с международными организациями, государства-члены одновременно могут быть членами других международных организаций, в связи с чем могут возникнуть проблемы участия государств-членов в деятельности разных организаций, см.: EuGH, Slg 1996, I-1469, 1497ff.

¹⁶² См.: *Pernice*, Die EG als Mitglied der Organisationen im System der Vereinten Nationen, EuR 1991, 273ff. См. также выше абз. 13 и ниже абз. 250.

о ЕС). В 2010 г. в ст. 59 ЕКПЧ был включен новый абзац 2, который предусматривает возможность присоединения ЕС к ЕКПЧ¹⁶³.

Если наличие признаков государства является условием приобретения членства, членом международной организации может являться только *независимое, суверенное государство*¹⁶⁴. Предварительные этапы государственности, предшествующие независимости, не соответствуют этому требованию, однако освободительным движениям, которые часто рассматриваются как представители территории, могут предоставляться определенные права участия, гарантирующие в некоторых подразделениях право на полноценное участие¹⁶⁵. *Часть государства* (государство, входящее в состав союзного государства) не может быть принята в международную организацию. Политический компромисс в процессе создания ООН привел к тому, что Белоруссия и Украина были приняты как члены-учредители наравне с Советским Союзом¹⁶⁶. Впоследствии вступление союзных республик не было бы возможным. Распад СССР не повлиял на статус этих ныне независимых государств в ООН.

В то время как ООН по составу является универсальной организацией, членами Совета Европы (ст. 4 Устава) и ЕС (ст. 49 Договора о ЕС) могут стать только «европейские государства». Обе организации определяют это понятие не только с точки зрения географии, но и с точки зрения истории и культуры¹⁶⁷. На этом основании ЕС отклонило ходатайство Марокко о вступлении¹⁶⁸, в то время как Турция рассматривается как европейское государство. В Совет Европы, кроме России и Украины, были приняты Армения и Азербайджан, хотя существовали сомнения, насколько эти государства являются европейскими. При этом Совет Европы отклоняет принятие пяти бывших азиатских республик СССР¹⁶⁹. Организация американских государств (ст. 2 Устава ОАГ) объединяет американские страны, Африканский союз (ст. 29 (абз. 1) Устава АС) — африканские, Лига арабских государств (ст. 1 Пакта ЛАГ) — арабские.

Иногда выдвигаются *дополнительные материальные условия* приема. Согласно ст. 4 Устава ООН стать членами ООН могут только *миролюбивые*

¹⁶³ См. ст. 17 Протокола № 14 от 14.5.2004, который вступил в силу 1 июня 2010 г. после преодоления длительного сопротивления России.

¹⁶⁴ См. заключение Постоянной Палаты международного правосудия по делу о намерении Гданьска вступить в МОТ (StIGH, Series B, No 18 [(1930)]). Ссылаясь на отсутствие независимости (присутствие кубинских войск), в 1976 г. США блокировало принятие Анголы в ООН.

¹⁶⁵ См. ниже абз. 89 и след.

¹⁶⁶ *Hazard, Soviet Republics in International Law, EPIL IV (2000) 525 (527).*

¹⁶⁷ См. решение Парламентской Ассамблеи Совета Европы от 22.4.1992 г. (HRLJ 1992, 230; Bull EG, Beilage 3/92, 11).

¹⁶⁸ EA 1987, Z 207.

¹⁶⁹ Казахстан, Киргизия, Таджикистан, Туркменистан, Узбекистан.

государства. Насколько государство выполняет это требование, должны установить органы ООН (СБ, ГА) или представленные в них члены. Во время конфликта между Западом и Востоком прием новых членов часто отклонялся на этом основании¹⁷⁰. Международный суд постановил, что прием в члены зависит исключительно от условий, предусмотренных Уставом ООН (например, одновременное принятие другого государства не может помешать приему¹⁷¹), однако он не уполномочен принимать решения о том, является ли конкретное государство миролюбивым и готово ли оно выполнять обязанности, предусмотренные Уставом ООН. Юридически невозможно преодолеть отказ в приеме на основании вето постоянного члена Совета Безопасности или отсутствия большинства голосов. Принцип универсальности не является достаточным основанием для преодоления этих препятствий. Из того, что в соответствии с целями ООН является желательным членство всех государств, не следует право на вступление¹⁷². Однако верным является утверждение, что задачи такой организации, как ООН, могут быть реализованы, только если членство в ООН является универсальным в существенной степени. В отличие от Лиги Наций, ООН соответствует этому требованию, поскольку в ее состав на данный момент входят 193 государства¹⁷³.

69 В целом считается, что государства, желающие вступить в организацию, должны быть готовы и быть в состоянии принять на себя *обязанности в соответствии с Уставом*. Поскольку США не признавали, что воссоединившийся Вьетнам готов принять на себя обязанности, изначально они препятствовали его приему¹⁷⁴. Может вызывать сомнения способность маленьких и экономически слабых государств исполнять обязанности государств-членов. Например, в 1920 г. на этом основании Лига Наций отказала в приеме Лихтенштейну. ООН в таких случаях проявляла значительно большую

¹⁷⁰ Блокирование приема бывших стран восточного блока (Албании, Болгарии, Румынии, Венгрии), а также Ирландии, Португалии и Испании с 1946 г. было преодолено только в 1955 г., когда одновременно были приняты 16 государств. См.: *Jaenicke* (сноска 157) 352ff; *Schütz*, Mitgliedschaft, in: *Handbuch VN*, 608ff. О возникновении оснований для блокады в результате подачи заявлений о приеме Вьетнама и Южной Кореи см.: *Kirgis*, *International Organizations*, 140ff; *E. Klein*, *Tätigkeit der Vereinten Nationen in völkerrechtlichen Fragen*, AVR 17 (1978) 371 (376f); *E. Klein*, AVR 18 (1979) 182 (187).

¹⁷¹ ICJ Rep 1948, 57.

¹⁷² Противоположная точка зрения см.: *Czerwinski*, *Das Universalitätsprinzip und die Mitgliedschaft in internationalen universalen Verträgen und Organisationen*, 1974, 140ff. Его поддержали юристы-международники из ГДР, например, *Graefrath*, *Das Recht der DDR auf Mitgliedschaft in der UNO*, *Deutsche Außenpolitik* 1966, 664ff. Опперманн также подтверждает «убедительно обоснованное право» на вступление, см.: *Oppermann*, *Grundfragen der Mitgliedschaft in Internationalen Organisation*, BerDGVR 17 (1975) 53 (71f).

¹⁷³ В числе последних к ООН присоединился Южный Судан после отделения от Судана 14 июля 2011 г. Тайвань (пока) считает себя частью Китая.

¹⁷⁴ *Kirgis*, *International Organizations*, 146.

толерантны. Деколонизация, как известно, привела к возникновению многочисленных *микросоциальных государств*, которые по мере подачи заявлений становились членами ООН¹⁷⁵. Лихтенштейн входит в состав ООН с 1990 г.¹⁷⁶

Необходимо отметить, что уставы региональных организаций, кроме 70 требования миролюбивости, установленного общим международным правом, иногда предусматривают дополнительные условия, затрагивающие *внутригосударственную систему*. Региональные объединения в большей степени ориентированы на интеграцию, для которой необходим определенный уровень правового единообразия. Так, согласно ст. 3 Устава Совета Европы каждый член должен признавать принцип верховенства права и гарантировать соблюдение прав человека и основных свобод¹⁷⁷. Более высокие требования к соблюдению этих условий предъявляются Европейским союзом (ст. 2 и 7 Договора о ЕС)¹⁷⁸. Государство, которое не является плюралистической демократией и правовым государством, не может стать членом ЕС¹⁷⁹.

Членство в международной организации, как правило, не приобретает 71 на основании *правопреемства государств*, поскольку оно является «исключительно индивидуальным» правом, которое новые государства не могут приобрести автоматически¹⁸⁰. Если государство распадается и его правосубъектность прекращается (*разделение*), государства-правопреемники также не могут приобрести права членства, а должны пройти процедуру принятия. Например, государства Чехия и Словакия, возникшие 1 января 1993 г. в результате распада *Чехословакии*, должны были пройти процедуру принятия в ООН и Совет Европы¹⁸¹. Это относится и к бывшей *Югославии*. ООН обоснованно исходила из того, что государство Югославия более не существует и вновь образовавшиеся государства (правопреемники) должны ходатайствовать о приеме

¹⁷⁵ См.: *Ehrhardt*, *Mikrostaaten als UN-Mitglieder?*, VN 1970, 11f; *Ginther* (сноска 153) 25ff; *Kokott*, *Micro-States*, EPIL III (1997) 362ff. Монако — самое маленькое государство-член ООН с 1993 г. (1 кв. км).

¹⁷⁶ Список членов ООН публикуется, в частности, в первом выпуске года «Журнала Организации Объединенных Наций».

¹⁷⁷ О критериях приема см. Венскую декларацию глав государств и правительств от 9.10.1993 г. (EuGRZ 1993, 484ff).

¹⁷⁸ Они конкретизированы в т.н. Копенгагенских критериях, см.: Bull BReg 1993, 629, 632.

¹⁷⁹ См.: *H. P. Ipsen*, *Über Verfassungs-Homogenität in der EG*, FS Dürig, 1990, 159ff; *Frowein*, *Die rechtliche Bedeutung des Verfassungsprinzips der parlamentarischen Demokratie für den europäischen Integrationsprozess*, EuR 1983, 301ff; *E. Klein*, in: *Hailbronner/Klein/Magiera/Müller-Graff* (сноска 132), Art O Rn 9.

¹⁸⁰ См.: *Zimmermann*, *Staatenachfolge in völkerrechtliche Verträge*, 2000, 589ff; *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, *Völkerrecht*, Bd I/1, 2. Aufl 1989, 168; *Schermers*, *Succession of States and International Organizations*, NYIL 6 (1975) 103ff. Действие Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении договоров 1978 г., вступившей в силу 6.11.1996 г. и спорной во многих частях (Текст: ZaöRV 39 [1979] 259ff), распространяется также на учредительные договоры (ст. 4).

¹⁸¹ См. Резолюции ГА ООН от 19.1.1993 г. (A/RES/47/221 и A/RES/47/222).

в организацию. Поэтому Федеративной Республике Югославии (Сербия и Черногория) было отказано в занятии в ООН места Югославии¹⁸². Сербию и Черногорию приняли в ООН в обычном порядке на основании заявления от 27 октября 2000 г.¹⁸³ После отделения от Сербии и объявления независимости Черногория вступила в ООН как независимое государство 28 июня 2006 г. Более неоднозначной представляется ситуация, сложившаяся в результате распада СССР. Некоторые республики, ставшие независимыми, например, Армения и Грузия (но не Белоруссия и Украина, которые являются членами-учредителями ООН) были приняты в ООН в качестве новых членов. Иначе решился вопрос членства Российской Федерации в ООН: Президент Российской Федерации в послании Генеральному секретарю ООН от 24 декабря 1991 г. заявил, что Россия при поддержке 11 государств-членов СНГ сохраняет членство СССР в Совете Безопасности и в других органах ООН, а также все права и обязанности СССР согласно Уставу ООН. ООН и ее государства-члены не выразили протеста по этому поводу¹⁸⁴. Можно рассматривать такое бездействие как (проблематичный) отказ организации и государств-членов от проведения процедуры приема, который представляется целесообразным с политической точки зрения, поскольку возникли бы проблемы вследствие образования вакансии постоянного члена Совета Безопасности¹⁸⁵. Признание правовой идентичности СССР и Российской Федерации является более простым, но юридически неубедительным обоснованием, но в этом случае сохранение членства было бы бесспорным. Однако правовая идентичность могла возникнуть, только если

¹⁸² A/RES/47/1 v 22.9.1992; *Partsch*, Belgrads leerer Stuhl im Glaspalast, VN 1992, 181ff; *Hummer/Mayr-Singer*, Die Bundesrepublik Jugoslawien. Identitätsanspruch und Sukzessionsfragen im universellen, regionalen und nationalen Kontext, AVR 38 (2000) 298ff; *Wood*, Participation of Former Yugoslav States in the United Nations and in Multilateral Treaties, MPYUNL 1 (1997) 231ff. Еще одним примером является распад Федерации Мали в 1960 г.

¹⁸³ S/RES/1326 (2000); A/RES/55/12. Юридические оценки органов ООН были противоречивыми. МС (ICJ Rep 1996, 595, 610 и ICJ Rep 2003, 7, 31) в 1992–2000 гг. исходил из ситуации особого рода (*sui generis*). Такой же интерпретации придерживался Международный трибунал по бывшей Югославии, см. решение по делу Милутиновича (*Milutinovic*) (Az IT-99–37-PT, Entscheidung v 6.5.2003, § 44). Однако позже МС разъяснил, что ситуацию характеризовали как *sui generis* исключительно описательно, и установил, что в 1999 г. государство Сербия и Черногория не являлось членом ООН. См.: ILM 44 (2005) 299ff (дело о военной операции в Косово). В решении по делу о геноциде по иску Хорватии МС постановил, что иск Хорватии в момент его подачи в 1999 г. не был формально обоснованным, поскольку Сербия не была членом ООН, однако формальная обоснованность имеет обратную силу с момента вступления Сербии в ООН, см. решение от 18.11.2008 г., предварительные возражения (*Хорватия против Сербии*).

¹⁸⁴ ФРГ приняла к сведению послание Ельцина; ответ Федерального правительства от 30.1.1992 г. на письменный запрос членов парламента (BT-Drucks 12/2052, Frage 15).

¹⁸⁵ Поскольку СССР указан в ст. 23 (абз. 1) Устава ООН как постоянный член Совета Безопасности, при его замене другим государством потребовалось бы изменить Устав (ст. 108).

распад СССР являлся бы не разделением государства, а сецессией, т. е. отделением от государства его частей при сохранении основной части и изменении его названия¹⁸⁶. Так, вследствие отделения Пакистана от Индии (1947 г.) и Бангладеш от Пакистана (1974 г.) новые государства были приняты в ООН, тогда как изначальные государства сохранили свое членство¹⁸⁷.

Если входящие в ООН государства объединяются в единое государство, вновь образованное государство сохраняет членство и не должно проходить процедуру принятия¹⁸⁸. В качестве примеров можно привести объединение: Египта и Сирии в Объединенную Арабскую Республику (1958–1961 гг.), Танганьики и Занзибара — в Танзанию (1964 г.), обоих Йеменов в Республику Йемен (1990 г.). Если в результате объединения возникает новый субъект права, не идентичный одному из предшествующих государств, отказ от процедуры приема нелогичен, но оправдан в рамках универсальной организации. Однако в региональных организациях объединение государств-членов в новое государство могло бы привести к изменению расстановки политических сил, неприемлемому для других членов. Ст. 3 Устава ОАГ требует от вновь созданного государства повторной ратификации учредительного договора, что автоматически позволяет ему сохранить членство.

Воссоединение Германии состоялось в 1990 г. путем присоединения ГДР к Основному Закону ФРГ (ст. 23 Основного закона в старой редакции). Таким образом, ГДР как государство прекратила свое существование. ФРГ, увеличившая свою территорию, сохранила членство в ООН (с 1973 г.) и в других международных организациях, членом которых она являлась. Однако ФРГ не приобрела членство ГДР, поскольку оно закончилось одновременно с прекращением существования ГДР¹⁸⁹.

б) Права и обязанности членов

Если не заключены специальные соглашения, члены организации, приобретая членство, в полном объеме приобретают *права и обязанности*,

¹⁸⁶ См.: *Weyer*, Die Mitgliedschaftsrechte der ehemaligen Sowjetunion in den Vereinten Nationen, ROW 1992, 166ff; *Zimmermann* (сноска 180) 594ff.

¹⁸⁷ Более проблематичным является отделение Сирии от ОАР в 1961 г., основанной Сирией и Египтом за три года до этого. Сирия, член-учредитель ООН, сохранила членство без новой процедуры приема. ООН исходила из «приостановления» членства Сирии во время объединения, что оправдано с прагматической, но не с догматической точки зрения. Некоторые авторы квалифицировали эту процедуру как «прием без соблюдения формальной процедуры», что также является неубедительным, см.: *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 180).

¹⁸⁸ *Fastenrath*, in Charter UN³, Art 4 Rn 37.

¹⁸⁹ См.: *Blumenwitz*, Staatennachfolge und die Einigung Deutschlands, 1992; *Fastenrath*, Der deutsche Einigungsvertrag im Lichte des Rechts der Staatennachfolge, AustrJIL 44 (1992) 1ff. См. также ст. 10–12 Договора об объединении Германии (BGBl 1990 II, 889).

предусмотренные соответствующим учредительным договором. В отношении новых членов с момента вступления также действуют правила, установленные органами международной организации, если они являются обязательными для членов. Поэтому новые члены ООН должны соблюдать обязательные резолюции Совета Безопасности (ст. 25 Устава ООН), а новые члены ЕС — действующие на момент вступления правовые акты ЕС (*acquis communautaire*)¹⁹⁰. Кроме этих обязанностей, из членства следуют взаимные обязательства развивать сотрудничество на основе взаимного доверия¹⁹¹. Отсутствие *лояльности* во взаимоотношениях международной организации и ее членов и членов между собой представляет опасность для любого объединения¹⁹². В особенности это касается интеграционных сообществ, что подчеркивается в ст. 4 (абз. 3) Договора о ЕС¹⁹³. Однако из одновременного членства в международной организации не следует обязанность признания государства или установления дипломатических отношений¹⁹⁴. В то же время государства-члены должны выполнять все уставные обязательства: если устав предусматривает, что государства-члены должны относиться к остальным членам как к государствам, эта обязанность должна выполняться независимо от того, признают ли государства-члены друг друга.

75 На членов организации распространяется *принцип равенства* независимо от того, являются они учредителями организации или присоединились к ней позже¹⁹⁵. Иные правила действуют, только если устав предусматривает или допускает разные правовые режимы для членов, например, при голосовании или при оплате членских взносов¹⁹⁶. Например, Устав ООН наделяет привилегиями пять постоянных членов Совета Безопасности (ст. 23 (абз. 1) в сочетании с ст. 27 (абз. 3), ст. 108, ст. 109 (абз. 2), ст. 110 (абз. 3)). В ряде организаций, например, в ЕС согласно ст. 238 (абз. 2 и 3) ДФЕС, количество голосов государств-членов не следует принципу *одно государство — один голос* (*one state, one vote*), а является «взвешенным»¹⁹⁷.

¹⁹⁰ К вопросу о принятии *acquis communautaire* см.: Herrfeld, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl 2012 Art 49 EUV Rn 11ff, подробнее см.: Vedder, in: Grabitz/Hilf, 15. Lieferung 2000, Art 49 EU Rn 43ff (сноска 111).

¹⁹¹ ICJ Rep 1980, 67, 93ff.

¹⁹² См.: Ginther (сноска 153) 18ff, 40.

¹⁹³ См.: Bleckmann (сноска 84) Rn 677ff; EuGH, Slg 1999, I-8395, 8442ff.

¹⁹⁴ Gloria, in: Ipsen (сноска 27) 450f. До сих пор не решена проблема в отношениях многих арабских государств с Израилем. Возникла проблема и после вступления Чехии и Словакии в ЕС, поскольку теперь обе страны, как и Лихтенштейн, были ЕЭП, но до 2009 г. не имели дипломатических отношений.

¹⁹⁵ См.: Mosler (сноска 71) 307; Oppermann (сноска 172) 75ff; Fassbender, Die souveräne Gleichheit der Staaten, APZ 43/2004, 7ff.

¹⁹⁶ См.: Seidl-Hohenveldern/Loibl, Internationale Organisationen, Rn 1146ff. К вопросу об учреждении и разном правовом режиме для членов, см.: Cogan, Representation and Power in International Organization, AJIL 103 (2009) 209ff.

¹⁹⁷ См. ниже абз. 132.

в) Прекращение членства

Членство прекращается как при *ропуске организации* (см. выше абз. 51 и след.), так и при *прекращении существования государства-члена*¹⁹⁸. Так, в 1938 г. после присоединения Австрии к Германской империи Австрия была исключена из Лиги Наций. Членство ГДР в международных организациях, прежде всего в ООН и ее специализированных учреждениях, закончилось вместе с ее присоединением к ФРГ 3 октября 1990 г.¹⁹⁹ Такая процедура действовала также в отношении Чехословакии²⁰⁰ и Югославии. Однако при фактическом уничтожении государства в результате агрессии или аннексии государственность сохраняется на основании доктрины Стимсона и права народов на самоопределение²⁰¹. Поэтому из Лиги Наций не были исключены Эфиопия, Чехословакия²⁰² или Прибалтика. Эфиопия и Чехословакия участвовали в решении о роспуске Лиги Наций. Кувейт также не утратил членство в международных организациях в результате насильственного присоединения к Ираку (1990–1991 гг.) в нарушение норм международного права.

Членство прекращается в результате *выхода* из международной организации в установленном порядке²⁰³. Согласно договорному праву выход из организации означает одностороннее прекращение статуса участника договора путем расторжения учредительного договора. Во многих организациях такая возможность предусмотрена. Соответствующие правила обычно определяют сроки расторжения и полное выполнение возникших из договора обязательств (например, уплата взноса). Устав Лиги Наций содержал положение о выходе из организации (ст. 1 (абз. 3), ст. 26 (абз. 2) Устава Лиги Наций). На практике этим правом воспользовались, в общей сложности, 16 государств (см. также выше абз. 6)²⁰⁴. Выход из организации предусмотрен также Советом Европы (ст. 7 Устава Совета Европы), Организацией американских государств (ст. 112 Устава ОАГ) и Африканским союзом (ст. 31

¹⁹⁸ См.: *Schermers/Blokker*: International Institutional Law. § § 149–154.

¹⁹⁹ Послания правительств ГДР и ФРГ Генеральному секретарю ООН от 3.10.1990 г. (Text: VN 1990, 157).

²⁰⁰ Разделение Чехословакии 1.1.1993 г.

²⁰¹ Об обязательстве отказать в признании см.: *E. Klein*, Die Nichtanerkennungspolitik der Vereinten Nationen gegenüber den in die Unabhängigkeit entlassenen südafrikanischen Homelands, ZaöRV 39 (1979) 469 (485ff); далее см.: *Hillgruber*, Die Aufnahme neuer Staaten in die Völkerrechtsgemeinschaft, 1998, 733ff.

²⁰² Оккупация Чехословакии Германской империей в 1939–1945 гг. («Протекторат Богемия и Моравия»).

²⁰³ См.: *Singh*, Termination of Membership of International Organizations, 1958, 14ff; *Feinberg*, Unilateral Withdrawal from an International Organization, BYBIL 39 (1963) 189ff; *Oppermann* (сноска 172) 83ff.

²⁰⁴ *Noël-Baker*, Termination of Membership of the League of Nations, BYBIL 16 (1935) 153ff.

Устава АС). В настоящее время все специализированные учреждения, кроме ВОЗ, допускают выход из организации²⁰⁵.

78 Проблемы возникают при *отсутствии положения о выходе*²⁰⁶. Прежде всего, это касается ООН. Поскольку ООН претендует на универсальность, учредители исходили из того, что не следует предоставлять возможность выхода. Долгое время также не была предусмотрена возможность выхода из ЕС, поскольку предполагалось, что возможность выхода нарушит концепцию укрепления интеграционного сообщества. Однако оставалось спорным, насколько в данном случае должны применяться правила общего международного права (ст. 56, 60 Венской конвенции о ПМД). С момента вступления в силу Лиссабонского договора ст. 50 Договора о ЕС предусматривает право на выход из организации в одностороннем порядке, не связанное с материально-правовыми предпосылками. Поэтому право на выход на основании общего международного права уже не играет роли на практике в рамках ЕС²⁰⁷.

79 Что касается ООН²⁰⁸, то идеи универсальности недостаточно для обоснования запрета на выход. Это следует уже из того, что не существует обязанности вступления в ООН, но существует право исключения (ст. 6 Устава ООН). Кроме того, изменения Устава ООН, принятые без согласия государства-члена, могут быть обязательными для него (ст. 108, 109 Устава ООН). И, наконец, отсутствует эффективная правовая защита членов при превышении полномочий органами ООН²⁰⁹. Государства не обязаны безоговорочно подчиняться организации или доминирующему большинству, им должна быть обеспечена возможность выхода из договора. Учредительная конференция не могла проигнорировать этот вопрос и установила в рекомендации комитета, что выход допускается, если государство-член вынуждено к этому «чрезвычайные обстоятельства» (*exceptional circumstances*). Такое положение было включено в предложение по изменению Устава ООН, которое не получило одобрения²¹⁰. В соответствии с принципом лояльности надлежит требовать соблюдения разумного срока для расторжения договора²¹¹. На практике только одно государство, Индонезия, до настоящего времени заявляло о своем выходе (1965 г.). Однако сопутствующие обстоятельства

²⁰⁵ Подробнее см.: *Zeidler*, *Der Austritt und Ausschluss von Mitgliedern aus den Sonderorganisationen der Vereinten Nationen*, 1990, 17, 48ff. О выходе из ВОЗ см. там же, абз. 107 и след.

²⁰⁶ См.: *Schermers/Blokker*, *International Institutional Law*, § 123ff.

²⁰⁷ См.: *Streinz/Ohler/Herrmann*, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, 3. Aufl 2010, 38ff, а также ниже абз. 80. В ст. I-60 Договора, устанавливающего Конституцию для Европы, уже было предусмотрено право выхода из ЕС.

²⁰⁸ *Ohse*, *Der Austritt aus den Vereinten Nationen*, VN 1972, 16ff, 59ff.

²⁰⁹ См. ниже абз. 179.

²¹⁰ См. Проект Устава от 17.6.1945 г. (*Kirgis*, *International Organizations*, 240).

²¹¹ Противоположная точка зрения см.: *Witschel*, in *Charter UN*: Art 108 Rn 41.

нельзя было назвать «чрезвычайными» (избрание Малайзии членом Совета Безопасности). Через год Индонезия заявила о своей готовности «возобновить сотрудничество». Впоследствии этот юридически спорный случай интерпретировался не как выход, а как приостановление членства, вследствие чего Индонезия должна была уплатить только одну десятую часть взноса. Таким образом, официальная процедура возобновления членства не проводилась²¹².

Другая система регулирования существует в *Европейском союзе*. Изменение договора или состава, в принципе, не может проводиться вопреки воле государств-членов (ст. 48, 49 Договора о ЕС). Договоры ЕС содержат большое количество оговорок и положений о защите, ограничивающих чрезмерные требования к государствам-членам (например, ст. ст. 347, 348, ст. 36, ст. 39 (абз. 4), ст. 52 ДФЕС). Суд ЕС предоставляет государствам-членам правовую защиту от нарушений, совершаемых органами ЕС или другими членами (ст. 259, 263, 268 ДФЕС). Только систематическое невыполнение решений Суда ЕС государствами-членами может привести к невозможности сохранения членства (ст. 60 (абз. 2 b) Венской Конвенции о ПМД; см. также абз. 81). Однако эта возможность не связана с гарантией права на выход согласно ст. 50 Договора о ЕС в редакции Лиссабонского договора. В определенных случаях уже до вступления в силу Лиссабонского договора предполагалось, что право на выход существует²¹³.

В ряде случаев *исключение* из международной организации предусмотрено как механизм против государств-членов, грубо нарушающих договорные обязательства²¹⁴. В рамках ЕС возможность исключения против воли исключаемого государства-члена является спорной. Однако существует общее мнение о том, что исключение допустимо только после предупреждения и назначения санкций согласно ст. 7 Договора о ЕС, если санкции не приведут к прекращению нарушений²¹⁵. Несмотря на то что исключе-

²¹² К вопросу о выходе Индонезии см.: *Schwelb*, Withdrawal from the UN, AJIL 61 (1967) 661ff; *Blum*, Indonesia's Return to the UN, ICLQ 16 (1967) 522ff; *Kirgis*, International Organizations, 241ff.

²¹³ К вопросу о регулировании по Ниццкому договору см.: *Klein* (сноска 132) Rn 27ff. Противоположная точка зрения см.: *Dagoglou* (сноска 132) 77ff. К вопросу о праве на выход при действиях *ultra vires* см.: *Doehring*, Einseitiger Austritt aus der Europäischen Gemeinschaft, FS Schiedermaier, 2001, 695ff. К ст. I-60 VVE см.: *Bruha/Nowak*, Recht auf Austritt aus der Europäischen Union?, AVR 42 (2004) 1ff; *Friel*, Providing a Constitutional Framework for Withdrawal from the EU, ICLQ 53 (2004) 407ff.

²¹⁴ См.: *Makarczyk*, Legal Basis for Suspension and Expulsion of a State from an International Organization, GYIL 25 (1982) 476ff; *Magliveras*, Exclusion from Participation in International Organisations, 1999.

²¹⁵ *Becker*, in Schwarze (Fn 190), Art 7 EUV Rn 3; *Ruffert*, in Callies/Ruffert (сноска 132) Art 7 EUV Rn 31; *Pechstein*, in Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl 2012 Art 7 EUV Rn 23; *Schmahl*, Die Reaktionen auf den Einzug der Freiheitlichen Partei Österreichs in das österreichische Regierungskabinett, EuR 2000, 819 (829ff); см. также Rn 85.

ние является *ultima ratio*, оно является проблематичным, поскольку таким образом государство-член освобождается от выполнения тех обязанностей, за нарушение которых он подлежит исключению. Кроме того, исключение не согласуется с принципом универсальности, который является основополагающим для многих международных организаций²¹⁶. Однако может быть достигнута критическая масса, при которой исключение нарушителя является для международной организации меньшим злом, чем сохранение членства, поскольку продолжение членства нарушителя могло бы повлечь за собой выход других государств-членов, соблюдающих договор, при таких обстоятельствах не считающих возможным сохранение своего членства. Из регулирования процедуры исключения следует, что исключение, как и прием новых членов, в итоге зависит от оценки соответствующего полномочного органа, и эту оценку, в принципе, невозможно оспорить в суде²¹⁷. В редких случаях исключение является прямым обязательным следствием определенного события²¹⁸.

- 82 Как и в Лиге Наций (абз. 4 ст. 16 Устава), из которой исключался только Советский Союз по причине его нападения на Финляндию (1940 г.)²¹⁹, Устав ООН (ст. 6) предусматривает возможность исключения²²⁰. Исключение может быть применено, если член организации систематически нарушает основополагающие принципы Устава²²¹. Решение об исключении, как и в случае приема, выносит Генеральная Ассамблея (большинством в две трети), но только в соответствии с рекомендацией Совета Безопасности. Попытки исключить государство (Израиль, Южную Африку) терпели неудачу из-за использования постоянным членом Совета Безопасности права вето. В отношении Тайваня (1971 г.) речь шла не об исключении, а о том, что Китай впредь будет представлен правительством в Пекине, а не в Тайбэе²²². В случае с Югославией исключение в отношении Сербии и Черногории также не применялось, поскольку решение принималось исходя из того, что Югославия прекратила свое существование²²³. В противоположность ООН, специализированные учреждения неоднократно исключали государства, например, Южную Африку из-за ее политики апартеида²²⁴. Исключение из членов предусмотрено в Совете Европы (ст. 8 Устава) и в Лиге арабских

²¹⁶ См.: *Oppermann* (сноска 172) 86ff.

²¹⁷ Иные правила предусмотрены ст. 258б 259 ДФЕС; см. также выше абз. 68.

²¹⁸ Утрата членства в ООН автоматически ведет к лишению членства в некоторых специализированных учреждениях (ст. 10 Устава ИМО; ст. II Устава ЮНЕСКО).

²¹⁹ См.: *Feinberg*, *Studies in International Law*, 1979, 3ff.

²²⁰ *Ohse*, *Ausschluß und Suspension der Mitgliedschaftsrechte in der UNO*, VN 1971, 103ff.

²²¹ Подробнее см.: *Tams*, in: *Charter UN*³, Art 6 Rn 10f.

²²² A/RES/2758 (XXVI).

²²³ См. выше абз. 71.

²²⁴ См.: *Zeidler* (сноска 205) 142ff, 180ff.

государств (решение принимается единогласно и без заинтересованного государства, ст. 18 (абз. 2) Пакта Лиги).

Договоры об учреждении АС, ОАГ и ЕС *не содержат положения об исключении*. Сомнительной представляется интерпретация утверждения министра иностранных дел *ОАГ 1962 г.* о том, что несовместимость марксистско-ленинской системы на Кубе с принципами ОАГ исключает участие кубинского правительства в межамериканской системе, как исключения из организации²²⁵. Превалируют аргументы в пользу приостановления членства, однако эта процедура также прямо не регулируется договором. Поэтому возможно применение общего международного договорного права (ст. 60 Венской Конвенции о ПМД). Если следовать такой аргументации, должно быть возможным также *исключение из ЕС*, но только при условии, что все возможные санкции, предусмотренные правом ЕС и направленные на обеспечение соблюдения государствами-членами права ЕС, не привели к желаемому результату²²⁶.

г) Ограничение прав членов

Уставы многочисленных международных организаций предусматривают меры, позволяющие до исключения повлиять на членов, которые нарушают свои обязательства. Речь идет об организационно-правовых репрессалиях (санкциях), направленных на обеспечение выполнения членами своих обязанностей. Такие меры носят предварительный характер²²⁷.

Устав ООН регулирует *приостановление прав членов* в двух случаях. Согласно ст. 19 государство-член, за которым числится задолженность по финансовым обязательствам в размере, превышающем два ежегодных членских взноса²²⁸, автоматически лишается права голоса в Генеральной Ассамблее. Помимо того, что Генеральная Ассамблея может допускать исключения в конкретных случаях²²⁹, она на практике разработала способы (например, отказ от голосования) для того, чтобы ст. 19 не применялась, поскольку процедура приостановления прав может коснуться постоянных

²²⁵ Kutzner, Die Organisation der Amerikanischen Staaten (OAS), 1970, 175; Schermers/Blokke, International Institutional Law, § 147.

²²⁶ См.: Zuleeg, Der Bestand der EG, GS Sasse, Bd I, 1981, 55 (63); см. также ссылки на литературу в сноске 215; Weber (Fn 125) Rn 11.

²²⁷ См.: Schermers/Blokke, International Institutional Law, § 1455ff; Magliveras (сноска 214) 103ff.

²²⁸ Ohse, Die Suspension des Stimmrechts in der Generalversammlung der UNO, VN 1973, 155ff. На данный момент (1.9.2012) 7 государств выполняют предпосылки ст. 19, однако ни одно из них до сих пор не было лишено права голоса.

²²⁹ См., например, резолюции ГА от 11.10.2004 (A/RES/59/1A), от 23.12.2005 (A/RES/60/237) и от 12.10.2006 (A/RES/61/2); см. также ниже абз. 224.

членов Совета Безопасности²³⁰. Статья 5 предусматривает, что в случаях, когда Совет Безопасности принял в отношении государства-члена решение о применении мер превентивного (ст. 40) или принудительного характера (ст. 41, 42, ст. 94 (абз. 2)), Генеральная Ассамблея по рекомендации Совета Безопасности может приостановить осуществление этим государством прав членов. Это положение можно было применить в отношении Ирака после его нападения на Кувейт, однако на практике ст. 5 никогда не применялась. *Право ЕС* также предусматривает возможность приостановления действия права голоса в Европейском Совете и иных прав (ст. 7 Договора о ЕС, ст. 354 ДФЕС), если государство-член неоднократно и существенно нарушает принципы демократического правового государства и основные права и свободы человека (ст. 2 Договора о ЕС)²³¹. И в ООН, и в ЕС приостановление членства затрагивает только права, но не обязанности²³². Аналогичные правила предусмотрены для специализированных учреждений ООН и Совета Европы (ст. 8 Устава Совета Европы). В Африканском союзе права членов приостанавливаются, если правительство пришло к власти неконституционным способом (ст. 30 Устава Африканского союза).

86 Безосновательно полагать, что помимо указанных случаев допускается *приостановление прав по другим основаниям*. Подавляющее большинство считает противоправным непризнание Генеральной Ассамблеей в период с 1974 по 1994 гг. верительных грамот правительства Южной Африки для ее представительства (по решению Комитета по проверке полномочий), вследствие чего ЮАР была лишена возможности участвовать в сотрудничестве, в том числе осуществлять право голоса²³³. Поскольку Южная Аф-

²³⁰ См.: *Tomuschat*, in: Charter UN³, Art 19 Rn 23ff.

²³¹ Это правило действовало с момента вступления в силу Амстердамского договора. См.: *Ruffert*, in: *Callies/Ruffert* (сноска 132) Art 7 EUV und Art 354 AEUV; *Stein*, Die rechtlichen Reaktionsmöglichkeiten der Europäischen Union bei schwerwiegender und anhaltender Verletzung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätze in einem Mitgliedstaat, FS Jaenicke, 1998, 871ff; *Schorkopf*, Homogenität in der Europäischen Union — Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art 6 Abs1 und Art 7 EUV, 2000; *Schorkopf*, Homogenität in der Europäischen Union — Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art 6 Abs 1 und Art 7 EUV, 2000; *ders.*, Die Maßnahmen der 14 EU-Mitgliedstaaten gegen Österreich, 2002; *Hummer/Obwexer*, Die Wahrung der «Verfassungsgrundsätze» der EU, EuZW 2000, 485ff; *Schmahl*, Die Reaktionen auf den Einzug der Freiheitlichen Partei Österreichs in das österreichische Regierungskabinett, EuR 2000, 819ff.; *Schmahl* (сноска 215) 819ff.

²³² *Tams*, in: Charter UN³, Art 5 Rn 20; см. ст. 7 (абз. 3) Договора о ЕС, ст. 354 ДФЕС.

²³³ См.: *Klein* (сноска 96) 51ff; *Suttner*, Has South Africa Been Illegally Excluded from the United Nations General Assembly?, CILSA 17 (1984) 279ff. Попытки исключить Израиль и Чили не увенчались успехом. См.: *Halberstam*, Excluding Israel from the General Assembly by a Rejection of its Credentials, AJIL 78 (1984) 179ff.

рика не смогла добиться правовой защиты, ей оставалось только отказаться от уплаты членских взносов или выйти из состава ООН²³⁴.

Если Устав международной организации не содержит положений о приостановлении прав, возникает вопрос о том, насколько допускается приостановление прав на основании общего международного договорного права (ст. 60 Венской конвенции о ПМД) в соответствии с принципом соразмерности, чтобы, с одной стороны, иметь возможность эффективно оказывать давление на государство-члена, а с другой стороны, предотвратить его исключение²³⁵. Ответ на этот вопрос возможен только в результате подробного анализа конкретного случая²³⁶.

д) Градация формы членства

Кроме полноправного членства, многие международные организации предусматривают другие формы участия. Важную роль играют статус ассоциированного члена и статус наблюдателя, причем на практике они отличаются только степенью участия²³⁷. *Ассоциированное членство* имеет большое значение в Совете Европы (ст. 5 Устава Совета Европы). Оно предполагает признание ассоциированным членом Устава и предоставляет ему в остальном такой же правовой статус, как и полноправным членам, не наделяя его при этом правом участия в политическом органе — Комитете министров. Ассоциированное членство является подготовительным этапом для полноправного членства²³⁸. В ООН, как и в Лиге Наций, официальный статус ассоциированного членства не получил развития. Это связано с существованием микрогосударств, права которых не могут быть ограничены в силу суверенного равенства государств (ст. 2 (абз. 1) Устава ООН). Однако такая форма членства прижилась в ряде *специализированных учреждений* (например, ВОЗ, ФАО, ЮНЕСКО)²³⁹. Соглашения об ассоциации (ст. ст. 217 ДФЕС), которые ЕС заключает с третьими государствами, относятся к другой категории. Их целью является помощь развивающимся странам (например, соглашения Ломе и Котону со странами Африки, Карибского бассейна

²³⁴ См.: Tomuschat, Die Beitragsverweigerung in Internationalen Organisationen, FS Mann, 1977, 439ff; E. Klein, Beitragspflichten und Stimmrecht, in: Wolfrum (сноска 54) 69 (76f). См. также ниже абз. 216.

²³⁵ К вопросу о «пассивном членстве» см.: Ginther (сноска 153) 14ff.

²³⁶ К вопросу о праве ЕС до вступления в силу Амстердамского договора (1.5.1999 г.) см.: Frowein (сноска 179) 312ff; Klein (сноска 82) 77.

²³⁷ Schermers, International Organizations, Membership, EPIL II (1995) 1320 (1326).

²³⁸ Так, 13.7.1950 г., еще до приобретения полноправного членства (2.5.1951 г.), ФРГ стала ассоциированным членом Совета Европы (BGBl 1953 II, 558).

²³⁹ Подробнее см.: Schermers/Blokker, International Institutional Law § 166ff. Особая форма *ассоциированного членства* существует во Всемирной организации по туризму (ст. 7).

и Тихоокеанского региона), подготовка государства к вступлению в ЕС (например, соглашение с Турцией) или нечто среднее между этими целями (т. н. Европейские соглашения со странами Центральной и Восточной Европы после 1990 г.). Указанные соглашения не предоставляют участникам договора права участия в ЕС²⁴⁰. Однако косвенно статус партнеров, особенно в случаях ассоциации с целью вступления, несомненно, отражается на политике ЕС²⁴¹. Статус участника «Партнерства ради мира», предоставленный России и другим восточноевропейским странам в отношениях с НАТО, не считается предварительной ступенью к членству, однако наделяет специальным правом на получение информации, направленным на устранение недоверия²⁴².

89 *Правовой статус наблюдателя* сформировался вследствие рационального желания привлечь нечленов к сотрудничеству с международной организацией²⁴³. Регулирование этого статуса в Уставе является рудиментарным. Правила, применимые к этому статусу, развивались в рамках организаций и частично установлены во внутренних регламентах соответствующих органов. В *ООН*²⁴⁴ статус наблюдателя на протяжении длительного времени предоставлял разделенным государствам (Германия, Корея) возможность в некоторой степени компенсировать членство, невозможное по политическим причинам. Святейший Престол (не государство Ватикан) также имеет статус наблюдателя²⁴⁵. Указанный правовой статус давал

²⁴⁰ См.: *Weber* (сноска 132) Art 310 Rn 1; *Bleckmann* (сноска 89) Rn 1365ff.

²⁴¹ См.: *Hummer*, Der EWR und seine Auswirkungen auf Österreich, EuZW 1992, 361 (368); *Epiney*, Der Stellenwert des europäischen Gemeinschaftsrechts in Integrationsverträgen, 1992, 88ff. В ст. 198 и след. ДФЕС под ассоциацией подразумевается принципиально иная ситуация, а именно, установление особых правоотношений с государствами вне ЕС.

²⁴² BullBReg 1994, 20ff, 23f; *Wenger/Breitenmoser/Lehmann*, Die NATO-Partnerschaft für den Frieden im Wandel: Entwicklung und Zukunft eines kooperativen Sicherheitsinstrumentes, 1998; North Atlantic Treaty Organisation (NATO)-Russian Federation: Declaration by Heads of State and Government of NATO Member States and the Russian Federation, ILM 41 (2002) 773ff. См. также: статус «специально приглашенного» в Совете Европы (см. ниже абз. 239).

²⁴³ *Stuy*, The Status of Observers in International Organizations, RdC 160 (1978-II) 74ff; *Schermers*, International Organizations, Observer Status, EPIL II (1995) 1324f; см. Также: *Rensmann*, International Organizations and Institutions, Observer Status, in MPEPIL, VI, 43ff.

²⁴⁴ *Sybesma-Khol*, The Status of Observers in the United Nations, 1981; *Fastenrath*, in Charter UN³, Art 4 Rn 42ff.

²⁴⁵ См.: *Mayr-Singer*, Unheilige Allianz oder segensreiche Partnerschaft — Der Heilige Stuhl und die Vereinten Nationen, VN 2000, 193ff; *Germelmann*, Heiliger Stuhl und Vatikanstaat in der internationalen Gemeinschaft, AVR 47 (2009) 147 (177f). Резолюцией A/RES/58/314 от 1.7.2004 Генеральная Ассамблея ООН расширила права, связанные с этим статусом. Она предоставила Священному Престолу особые права, связанные с участием в прениях и в работе Генеральной Ассамблеи, выходящие за рамки прав других постоянных наблюдателей; подробнее см.: *Kalbusch*, Die römisch-katholische Kirche im System der Vereinten Nationen, 2012, 255ff.

национально-освободительным движениям возможность политической реализации. В период, предшествовавший формированию будущего государства (Намибия / СВАПО) или его коренному изменению (Южная Африка / Африканский национальный конгресс и Панафриканский конгресс), статус наблюдателя обеспечивал национально-освободительным движениям как «подлинным представителям» народа политическую платформу²⁴⁶, особенно если они были признаны ОАЕ. Статус наблюдателя был также предоставлен Организации освобождения Палестины (ООП) в 1974 г.²⁴⁷ Международные организации также могут иметь статус наблюдателя. В рамках ООН это положение распространяется на ЕС, ОАГ, АС и ЛАГ²⁴⁸.

Наблюдатель обладает *ограниченными правами участия*, хотя регулирование этих прав в разных организациях может отличаться. Часто ему предоставляется право на выступление, а в Генеральной Ассамблее ООН — даже право на ответ. Однако он лишен права на подачу заявления и права голоса. Венская конвенция о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера 1975 г.²⁴⁹ содержит детальное описание функций и статуса наблюдателя. Поскольку Конвенция отклонена западными странами, маловероятно, что она вступит в силу. В любом случае, она не содержит положений общего международного права по данному аспекту²⁵⁰. Статус наблюдателя не исключает одновременного полноценного участия в работе отдельных органов или подорганов ООН. Например, Швейцария, несмотря на ее прежний статус наблюдателя, была

90

²⁴⁶ См.: E. Klein, Nationale Befreiungskämpfe und Dekolonisierungspolitik der Vereinten Nationen, ZaöRV 36 (1976) 618ff.

²⁴⁷ A/RES/3210 (XXIX) v 14.10.1974. С 1998 г. (A/RES/43/177) «Палестина» является наблюдателем. Подробнее о статусе Палестины в ООН в настоящее время см.: Miffling, Der Status Palästinas in internationalen Organisationen, VN 2012, 147 (148ff).

²⁴⁸ Актуальная резолюция Генеральной Ассамблеи A/RES/65/276 v 3.5.2011 расширяет права, связанные со статусом наблюдателя, и ориентируется при этом на права участия Священного Престола и Палестины, подробнее см.: Mayr-Singer/Villotti, Die Europäische Union als neuer «Big Player» in den Vereinten Nationen?, VN 2012, 154 (156f.). Allgemein zum Verhältnis EU/UN Scheffler, Die Europäische Union als rechtlich-institutioneller Akteur im System der Vereinten Nationen, 2010, 373ff.

²⁴⁹ AVR 16 (1974/75) 410ff; AJIL 69 (1975) 52ff; Fennessy, The 1975 Vienna Convention on the Representation of States in their Relations with International Organizations of a Universal Character, AJIL 70 (1976) 62ff; Lang, Das Wiener Übereinkommen über die Vertretung von Staaten in ihren Beziehungen zu internationalen Organisationen universellen Charakters, ZaöRV 37 (1977) 43ff; El-Erian/Lentz, Vienna Convention on the Representation of States in their Relation with International Organizations of a Universal Character, EPIL IV (2000) 1317ff.

²⁵⁰ Споры о правах и привилегиях наблюдателя должны разрешаться в соответствии с конкретными правилами организации (соглашение о местонахождении); о споре между ООН и США о правах ООП по месту нахождения ООН см.: Fitschen, Closing the PLO Observer Mission to the United Nations in New York, GYIL 31 (1988) 595ff; ICJ Rep 1988, 12ff.

членом Статута Международного суда (ст. 93 (абз. 2) Устава ООН), а Палестина и сегодня является членом Экономической и социальной комиссии для Западной Азии²⁵¹.

е) Нечлены

- 91 В принципе, не оспаривается, что государство, не являющееся членом Организации, не обладает правами и обязанностями члена, если оно не участвует в деятельности международной организации на основании особого статуса (например, как наблюдатель). С точки зрения договорного права, нечлен является третьим государством согласно ст. 34 Венской конвенции о ПМД (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*). Однако на практике следует исходить из того, что могущественная организация будет фактически влиять на третьи государства. В частности, многие третьи государства добровольно приводят свое законодательство в соответствие с правом ЕС, чтобы создать предпосылки для установления или расширения торговых отношений или для вступления в ЕС в будущем²⁵².
- 92 Кроме того, очевидно, что Устав ООН содержит обращение также к государствам-нечленам, когда речь идет о поддержании международного мира и безопасности (ст. 2 (абз. 2)). Устав *Лиги Наций* (ст. 17) содержал призыв к государствам, не являющимся членами Лиги, подчиниться ее правилам по урегулированию споров. Однако Постоянная палата международного правосудия не признала это положение правовым обязательством²⁵³. Ст. 2 (абз. 6) Устава ООН также выражает претензию на установление правил, выходящих за рамки организации, но не является основанием для возникновения обязанностей третьих лиц²⁵⁴. Когда *ООН* применяет санкции к третьему государству, нарушающему мир (ст. 41, 42), она действует на основании принципа общего международного права, нарушенного третьим государством и действующего *erga omnes* (запрет применения силы)²⁵⁵. В этом случае возложение обязанностей на третьи государства Уставом ООН не играет

²⁵¹ См.: *Kirgis*, International Organizations, 143ff und 175. Заявка Палестины о вступлении в ООН (UN Doc A/66/371-S/2011/592 v 23.9.2011) не была удовлетворена. Однако Палестина была принята в ЮНЕСКО 31.10.2011, см. UNESCO Records of the General Conference, 36th Sess., Vol 1, S 79, Rn 76.

²⁵² См.: *Hummer/Schweitzer*, Österreich und die EWG, 1987, 262.

²⁵³ (*Восточная Карелия*): «[...] Государства, не являющиеся членами Лиги [...] не связаны договором». См.: PCIJ, Series B, No 5, 27.

²⁵⁴ Противоположная точка зрения см.: *Kelsen*, The Law of the United Nations, 1950, 107ff; *Scheuner*, Die Vereinten Nationen und die Stellung der Nichtmitglieder, FS Bilfinger, 1954, 371ff; *Soder*, Die Vereinten Nationen und die Nichtmitglieder, 1956; *Falk*, The Authority of the United Nations to Control Non-Members, 1965; *Frowein*, Die Vereinten Nationen und die Nichtmitgliedstaaten, EA 1970, 256ff.

²⁵⁵ Противоположная точка зрения см.: *Fink*, Kollektive Friedenssicherung, 1999, 905ff.

роли²⁵⁶. В отношении вопроса об обязанности третьих государств участвовать в санкциях СБ, направленных против нарушителя мира, сложилось преобладающее мнение, согласно которому на вопрос следует ответить отрицательно. Третьи государства, если они участвуют в применении санкций к нарушителю, всегда подчеркивают *добровольный характер* участия на основании собственного решения²⁵⁷. В ст. 2 (абз. 6) Устава ООН можно усмотреть «стремление к универсальному правопорядку» (*aspiration vers un ordre juridique général*)²⁵⁸. Однако Устав ООН по-прежнему не является *ipso iure* обязательной «конституцией» для всех членов международного сообщества. Несмотря на его квазиуниверсальность и связанные с ней договорные обязательства для третьих государств, сфера его действия остается ограниченной²⁵⁹.

3. Правовой статус международных организаций

а) Международная правоспособность

Международные организации представляют собой основанные на членстве союзы, *правосубъектность* которых не возникает автоматически ни по международному праву, ни по внутреннему праву государств²⁶⁰. У международных организаций *при создании автоматически не возникает* способность приобретения прав, обязанностей или полномочий в рамках соответствующего правопорядка. Международное право регламентирует правоотношения только между государствами, которые, таким образом, являются первичными субъектами международного права²⁶¹, подобно индивидам, являющимся создателями внутригосударственного правопорядка. При этом

93

²⁵⁶ Соответствующее правило действует в отношении международных полномочий ЕС участвовать в санкциях ООН. См.: *Klein* (сноска 55) 107ff; *Brandl*, Die Umsetzung der Sanktionsresolutionen des Sicherheitsrates in der EU, AVR 38 (2000) 376ff; *H. — K. Ress*, Das Handelsembargo, 2000, 72ff.

²⁵⁷ *Bindschedler*, Das Problem der Beteiligung der Schweiz an Sanktionen der Vereinten Nationen, ZaöRV 28 (1968) 1 (5ff); v. *Schenck*, Das Problem der Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland an Sanktionen der Vereinten Nationen, ZaöRV 29 (1969) 257ff; *Graf Vitzthum*, in: Charter UN², Art 2(6) Rn 12. К вопросу об актуальном развитии практики государств см.: *Talmon*, in: Charter UN³, Art 2(6) Rn 55–67.

²⁵⁸ *Cahier*, Le problème des effets des traités à l'égard des Etats tiers, RdC 143 (1974-III) 589 (707).

²⁵⁹ См.: *Klein* (сноска 58) [Statusverträge] 198ff.

²⁶⁰ Противоположная точка зрения см.: *Pechstein/Koenig*, Die Europäische Union, 3. Aufl 2000, Rn 62f. Они считают, что международная организация всегда обладает международно-правовой правоспособностью, иначе она бы не была международной организацией.

²⁶¹ О роли индивидов см.: *Mosler*, Völkerrecht als Rechtsordnung, ZaöRV 36 (1976) 30f; также Раздел 3. *Хайльброннер*, абз. 14 и след.

не исключается, что первоначальные носители права создадут новых, *производных* субъектов права²⁶².

94 Таким образом, от воли членов международной организации, выраженной в учредительном договоре, зависит, насколько она является субъектом международного права. Иногда это отражено в тексте договора (например, ст. 47 Договора о ЕС)²⁶³, иногда можно установить международную правоспособность международной организации только в результате толкования договора, учитывая цель и задачи организации²⁶⁴. Международный суд признал международную правоспособность ООН, поскольку в противном случае она не могла бы выполнять свои функции. В Уставе ООН не содержится положения о правоспособности²⁶⁵. Аналогичные принципы применяются также к специализированным учреждениям и Совету Европы. В некоторых случаях толкование приводит к отрицательному результату. Так, сложилось единое мнение о том, что Экономический союз стран Бенилюкс не имеет собственной международной правосубъектности²⁶⁶. Это мнение является превалирующим также в отношении ОАЕ²⁶⁷. Организация Европейского экономического пространства также создавалась не как субъект международного права²⁶⁸.

95 При *наделении международной организации правоспособностью* возникают новые, «искусственные» субъекты международного права, т. е. своего рода юридические лица международного права²⁶⁹. Однако от юридических лиц по внутригосударственному праву они отличаются правоспособностью, которая определяется целью организации. Таким образом, правоспособность является не всеобъемлющей, а всегда *частичной* в соответствии с функциями²⁷⁰.

96 Если члены международной организации наделили ее международной правосубъектностью, то первоначально это отражается только на внутренних отношениях. Поскольку *учредительный договор для третьих государств* считается *res inter alios acta* (см. ст. 34 Венской Конвенции о ПМД), третьи

²⁶² См.: *Mosler* (сноска 2) 25f.

²⁶³ Это следует из сравнения со ст. 282 Договора о ЕС / ст. 335 ДФЕС; см.: *Tomuschat*, in: von der Groeben/Schwarze (сноска 111) Art 282 Rn 1. К вопросу о ЕС см. ниже абз. 252 и след.

²⁶⁴ К вопросу о толковании см. абз. 39 и след.

²⁶⁵ ICJ Rep 1949, 174ff, 179 (дело Бернадот (*Bernadotte*)): доктрина «подразумеваемых полномочий».

²⁶⁶ *Bleckmann*, Die Benelux-Wirtschaftsunion, ZaöRV 22 (1962) 239 (293f). Договор сообщества Бенилюкс, заключенный 17.6.2008 и заменивший договор 1960 г., не меняет ситуацию.

²⁶⁷ См.: *Kunig*, Die Organisation der afrikanischen Einheit und die Fortentwicklung des Völkerrechts, Jahrbuch für Afrikanisches Recht 4 (1983) 81ff.

²⁶⁸ *Krenzler*, Der Europäische Wirtschaftsraum als Teil einer gesamteuropäischen Architektur, Integration 2/92, 61ff.

²⁶⁹ См.: *Seidl-Hohenveldern/Loibl*, Internationale Organisationen, Rn 309.

²⁷⁰ См.: *Mosler* (сноска 261) 23f.

государства не обязаны признавать правосубъектность международной организации. Договор приобретает для них значение только после непосредственного или конклюдентного признания. Однако в отношении *ООН* Международный суд в известном консультативном заключении по делу *Бернадот* (*Bernadotte*) установил, что государства-учредители, представляющие подавляющее большинство международного сообщества, могли бы обладать правомочием по созданию объединения с *объективной международной правосубъектностью*, которая действовала бы также в отношении третьих государств без признания с их стороны²⁷¹. Однако такое обоснование, ориентированное на ООН, не может применяться к другим международным организациям и специализированным учреждениям ООН²⁷². Следовательно, бывшие государства Восточного блока не действовали противоправно, на протяжении десятилетий игнорируя ЭЭС / Европейское Сообщество и настаивая на прямых связях с государствами-членами. С другой стороны, образование правоспособной международной организации всегда имеет объективные юридические последствия, поскольку она является реально существующим адресатом для третьих государств. Если третьи государства признают организацию как субъект международного права, они только расширяют сферу ее действия, а не учреждают ее заново для установления отношений с ними²⁷³.

б) Международная дееспособность

Поскольку международная правосубъектность является предпосылкой *международной дееспособности*, Международный суд в консультативном заключении по делу *Бернадот* (*Bernadotte*), должен был сначала установить международную правоспособность ООН, прежде чем рассматривать способность ООН предъявлять претензии о компенсации за убийство дипломата, состоявшего у нее на службе²⁷⁴. Нельзя делать вывод о дееспособности международной организации, в частности, о способности к заключению договоров и установлению дипломатических отношений, а также об активной и пассивной деликтоспособности, только на основании ее правоспособности²⁷⁵.

²⁷¹ ICJ Rep 1949, 174, 185; см. также: *Weissberg*, The International Status of the United Nations, 1961, 170ff.

²⁷² См.: *Tomuschat* (сноска 24) 140; *Seidl-Hohenveldern*, The Legal Personality of International and Supranational Organizations, in: *Seidl-Hohenveldern*, Collected Essays on International Investments and on International Organizations, 1998, 3 (18f); противоположная точка зрения см.: *Köck/Fischer*, Internationale Organisationen, 566f.; *Ruffert/Walter* (сноска 108) Rn 161; *Breuer*, Die Völkerrechtspersönlichkeit Internationaler Organisationen, AVR 49 (2011) 4 (28ff).

²⁷³ См.: *Mosler* (сноска 2) 32.

²⁷⁴ ICJ Rep 1949, 174, 179f.

²⁷⁵ Этой точки зрения придерживаются: *Seyersted*, Objective International Personality of International Organizations, 1963; *Köck/Fischer*, Internationale Organisationen,

Основанием для установления дееспособности может быть только уставное право и другие правовые акты самой организации²⁷⁶.

- 98 Таким образом, ответ на вопрос о *способностях* международной организации *заключать договоры* вытекает из положений учредительного договора, если они регулируют этот вопрос (например, ст. 207, 216 и след. ДФЕС), или из его толкования с точки зрения функциональности организации. Например, Международный суд применил к Уставу ООН правило *подразумеваемых полномочий*²⁷⁷, а Суд ЕС в решении по делу *AETR* вышел за рамки вышеуказанных положений Договора о ЕС и сделал вывод о существовании параллельных внешних полномочий, исходя из внутренних полномочий²⁷⁸. Правовой режим договоров с участием международных организаций в настоящее время кодифицирован II-ой Венской конвенцией 1986 г.²⁷⁹, которая в существенной степени основана на Венской конвенции о ПМД 1969 г., иногда цитируемой дословно. Не вдаваясь в детали²⁸⁰, следует отметить, что указанная Конвенция (ст. 46 (абз. 2)) отклоняется от традиционной доктрины, согласно которой правовые акты международных организаций, включая заключенные договоры, полностью утрачивают юридическую силу в случае превышения полномочий (*ultra vires*)²⁸¹. Концептуально Конвенция не только укрепляет правовой статус договаривающихся сторон, доверие которых она защищает, но и, по существу, приравнивает правовой статус международных организаций к действующему статусу государств. В этом проявляется возросшее значение международных организаций как

569f; *Doehring* (сноска 27) Rn 215. Точки зрения автора придерживается *Zemanek*, *International Organizations, Treaty-Making Power*, EPIL II (1995) 1343ff; *Tomuschat* (сноска 24) 142f.

²⁷⁶ Господствующая доктрина, см.: *Verdross/Simma* (сноска 43) 438. Статья 6 Венской конвенции о праве международных договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями от 21.3.1986 г. (BGBl 1990 II, 1414), которая еще не вступила в силу, не вносит ясности, поскольку оставляет открытым вопрос, насколько способность международных организаций к заключению договоров основана на международном обычном праве или на учредительном договоре. См.: *Klein/Pechstein*, *Das Vertragsrecht internationaler Organisationen*, 1985, 23ff.

²⁷⁷ ICJ Rep 1949, 174, 180. См. ниже абз. 191.

²⁷⁸ EuGH, Slg 1971, 263, 275 (*AETR*); EuGH, Slg 2002, I-9855 (Европейская комиссия против ФРГ). Содержание решения Суда ЕС по делу *AETR* теперь кодифицированы в ст. 3 (абз. 2), ст. 216 (абз. 1) ДФЕС.

²⁷⁹ См. выше сноску 276.

²⁸⁰ Подробнее см.: *Klein/Pechstein* (сноска 276) *passim*; *Schröder*, *Die Kodifikation des Vertragsrechts internationaler Organisationen*, AVR 23 (1985) 385ff; *Nascimento e Silva*, *The 1986 Vienna Convention and the Treaty-Making Power of International Organizations*, GYIL 29 (1986) 68ff; *Bothe*, *Die Wiener Konvention über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen und zwischen internationalen Organisationen*, NJW 1991, 2169ff; *T. Stein*, *Vertragsrecht*, in: *Handbuch VN*, 995ff.

²⁸¹ См.: *Tomuschat* (сноска 24) 144f; *Klein/Pechstein* (сноска 276) 25f. Это соответствует точке зрения, которая получила распространение в доктрине, см. абз. 192 и след.

субъектов международного права и участников договоров²⁸². С точки зрения догматики международного права, концепция является проблематичной. Ее важные аспекты не воплощены в Конвенции²⁸³.

Если международная организация не обладает полномочиями в отдельных областях, необходимо заключать *смешанные договоры*, в которых, помимо договаривающейся стороны и международной организации, участвуют члены международной организации. Такие договоры имеют большое значение, прежде всего для ЕС²⁸⁴. Они имеют сложную структуру и порождают проблемы, связанные с ответственностью сторон²⁸⁵. Но они полезны с политической точки зрения, поскольку регулируют вопросы, которые не были бы решены в случаях, в которых полномочия не могут быть однозначно разграничены.

Международная правоспособность организации является необходимым, но недостаточным условием для ответа на вопрос, обладает ли международная организация *активным и пассивным правом дипломатического представительства*. Конкретное предоставление полномочий основывается на воле государств-членов²⁸⁶. Аккредитация постоянных дипломатических представительств *членами* международной организации по месту ее нахождения проводилась еще во время существования Лиги Наций. Сегодня это явление получило широкое распространение²⁸⁷. Контакты с международной организацией таким способом поддерживают и государства, не являющиеся членами организации. В ООН государства, имеющие статус наблюдателей, представлены постоянными миссиями²⁸⁸. В ЕС аккредитованы представительства около 170 государств, не являющихся его членами. Установление дипломатических отношений одновременно свидетельствует о признании ЕС как субъекта международного права²⁸⁹. Реализуя активное

99

100

²⁸² Уже в 1970 г. насчитывалось почти 2000 договоров с участием международных организаций.

²⁸³ См.: *Klein/Pechstein* (сноска 276) 64f.

²⁸⁴ *Arnold*, Der Abschluß gemischter Verträge durch die EG, AVR 19 (1980/81) 419ff; *Bleckmann*, Der gemischte Vertrag im Europarecht, EuR 1976, 301ff; *K. D. Stein*, Der gemischte Vertrag im Recht der Außenbeziehungen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1986; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (сноска 86) Rn 446.

²⁸⁵ Критические замечания см. *Tomuschat* (сноска 24) 146: «негативное явление».

²⁸⁶ К вопросу о правовых основаниях внешней компетенции ЕС см.: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (сноска 86) § 38.

²⁸⁷ См.: *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, § 1804.

²⁸⁸ В этом случае значение имеют ст. 5 и 7 Венской конвенции о представительстве государств в отношениях с международными организациями универсального характера 1975 г. (см. выше сноску 249).

²⁸⁹ См. ст. 17 Протокола о привилегиях и иммунитетах Европейских сообществ (ABJ EG 1967, Nr L 152/13), согласно которой государство местонахождения (Бельгия) принимает на себя обязательства в отношении миссий третьих государств (статистика см.: *Europäische Gemeinschaften [Hrsg.]*, Corps diplomatique accrédité auprès

право на представительство, международные организации открывают свои представительства в других международных организациях (например, Европейский союз — при ООН и ОЭСР) или направляют специальные миссии в государства-члены ЕС и в государства, не являющиеся членами ЕС. Несмотря на неоднократные требования Европарламента, ЕС не имеет постоянных представительств в государствах. Делегации ЕС (например, в Южной Америке) действуют обычно в качестве представительств Комиссии, которая в настоящее время поддерживает дипломатические отношения с 136 государствами и международными организациями²⁹⁰.

101 Вследствие значительного расширения деятельности международных организаций приобретает значение вопрос об их активной и пассивной *деликтоспособности*²⁹¹. В 2000 г. это побудило Комиссию международного права вынести на обсуждение вопрос об *ответственности международных организаций* (*Responsibility of International Organizations*)²⁹². В 2009 г. в результате обсуждения был принят Проект статей об ответственности международных организаций (*Draft Articles on Responsibility of International Organisations — DARIO*)²⁹³. Поскольку международная организация может действовать согласно международному праву, ее деятельность может и противоречить нормам международного права, т. е. нарушать возложенные на нее обязанности по отношению к другим субъектам международного права²⁹⁴. Из ограниченной правоспособности международных организаций

des Communautés Européennes et représentations auprès de la Commission, 2008/09). См. также: Karalus, Die diplomatische Vertretung der EU, 2009.

²⁹⁰ Boß, in: Lenz/Borchardt (Hrsg), EU-Vertrag, 5. Aufl 2010, Art 47 EUV Rn 10; Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Fn 132), Art 47 EUV Rn 13. Согласно ст. 27 (абз. 3) Договора о ЕС была создана независимая Служба внешнеполитической деятельности ЕС, которой руководит Верховный представитель ЕС по иностранным делам, подробнее см.: Sydow, Der Europäische Auswärtige Dienst, JZ 2011, 6ff.

²⁹¹ См.: Ginther, International Organizations, Responsibility, EPIL II (1995) 1336ff; Seidl-Hohenveldern (сноска 129) 881ff; Meng, Internationale Organisationen im völkerrechtlichen Deliktsrecht, ZaöRV 45 (1985) 324ff; Conze, Die völkerrechtliche Haftung der EG, 1987; Pernice, Die Haftung internationaler Organisationen und ihrer Mitarbeiter, AVR 26 (1988) 406ff; Giegerich, Verantwortlichkeit und Haftung für Akte internationaler und supranationaler Organisationen, ZVglRWiss 104 (2005) 163ff; Breuer (сноска 272), 16ff. К вопросу об общей концепции ответственности международных организаций (accountability), см. Report on Accountability of International Organizations, in: ILA, Report of the 71st Conference in Berlin, 2004, 164ff; Hafner, Accountability of International Organizations, in: Macdonald/Johnston (Hrsg), Towards World Constitutionalism, 2005, 585ff.

²⁹² Ссылки на дополнительные материалы см.: ILC Report 2002, Rn 458ff.

²⁹³ См. A/RES/66/100 от 9.11.2011. См. также: ILC Report 2009, UN Doc A/64/10, § § 13–178. См.: Hoffmeister, Litigating against the European Union and Its Member States, EJIL 21 (2010) 723ff; Schermers/Blokker, International Institutional Law, § § 1590ff. Критика этой точки зрения см.: Hafner, Is the Topic of Responsibility of I. O. Ripe for Codification? Some Critical Remarks, FS Simma, 2011, 695ff.

²⁹⁴ См.: PCIJ, Series A, No 17, 29 (дело о городе Хорзув (*Chorzów*)).

следует, что степень деликтоспособности, в принципе, может отличаться, однако в случае действий *ultra vires* ответственность не исключается автоматически. Таким образом, основной вопрос в данном контексте и в принципе заключается в том, какой именно субъект несет ответственность за нарушение прав международной организации: сама организация, ее члены или и организация, и члены. Ответ на этот вопрос основан, с одной стороны, на принципе правовой самостоятельности международной организации, а с другой стороны, на ограничении ответственности государств-членов посредством учреждения организации, которая может оказаться неспособной компенсировать причиненный ущерб. Кроме того, следует учитывать правовое положение третьих государств, которые не признали международную организацию.

Практика международного права содержит только рудиментарное регулирование. 102
Общепризнанной считается *исключительная ответственность* ООН за противоправные действия миротворческих сил, за которые ООН несет единоличную ответственность²⁹⁵. Положения о регулировании деятельности, связанной с повышенной опасностью, содержат, например, Договор о космосе 1967 г. (ст. VI) и Конвенция о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами, 1972 г. (ст. XXII)²⁹⁶. Согласно этим договорам устанавливается *солидарная ответственность* международных организаций и ее членов, причем в Конвенции о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами, ответственность государств-членов является субсидиарной, если международная организация приняла на себя обязанности согласно Конвенции²⁹⁷; в противном случае ответственность несут только государства-члены.

103
Не существует единого мнения о том, насколько вышеуказанные принципы можно применять к другим видам деятельности, связанной с повышенной опасностью, т.е. можно ли считать их принципами международного общего права. Очевидно, было бы правильным, чтобы третьи лица, которым был нанесен ущерб, имели право предъявить требование о возмещении ущерба, в первую очередь, международной организации, если они

²⁹⁵ См.: *Schermers/Blokker, International Institutional Law*, § 1858; *Lüder, Völkerrechtliche Verantwortlichkeit bei Teilnahme an «Peace-keeping»-Missionen der Vereinten Nationen*, 2004; *Kranz, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit für die Anwendung militärischer Gewalt*, AVR 38 (2010) 281 (331f); основы см.: *Schmalenbach, Die Haftung Internationaler Organisationen im Rahmen von Militäreinsätzen und Territorialverwaltungen*, 2004; *Schmalenbach, Third party Liability of International Organizations, International Peacekeeping — The Yearbook of International Peace Operations* 10 (2004) 33ff. Дифференциация между миротворческими миссиями и военными операциями с т.н. твердым мандатом см.: ЕСПЧ, EuGRZ 2007, 522 Rn 128ff (дело *Бехрами против Сарамату (Behrami/Saramati)*).

²⁹⁶ BGBI 1969 II, 1969; BGBI 1975 II, 1210.

²⁹⁷ Пока, насколько известно, это произошло только в ЕКА.

ее признают²⁹⁸. В то же время *нельзя исключить* субсидиарную *ответственность государств-членов* при «срывании корпоративной вуали» международной организации²⁹⁹. Представляется сомнительным, что третьи лица должны ограничиваться предъявлением требования к международной организации, ресурсы которой, возможно, ограничены, а государства-члены должны иметь возможность ограничить свою ответственность. Нельзя сделать вывод об универсальности ответственности членов в отношении третьих лиц в связи с нарушением договора на основании ст. 216 (абз. 2) ДФЕС, поскольку это положение распространяется только на ЕС³⁰⁰. Однако также нельзя непосредственно вывести из признания способности международных организаций заключать договоры конклюдентное исключение ответственности государств-членов в случае причинения ущерба³⁰¹. Возложение риска невозможности возмещения ущерба международной организацией только на третьих лиц, которым нанесен ущерб, представляется неубедительным. Государства-члены международной организации также должны нести ответственность за нанесение ущерба, если сама организация, например вследствие недостаточного финансирования, не в состоянии возместить ущерб. При этом следует отдельно рассматривать вопрос о том, насколько действие, повлекшее за собой причинение ущерба, (также) непосредственно связано с действиями (бездействием) государств-членов (*прямая ответственность*). Например, такой случай имеет место при нарушении обязанностей государств-членов по контролю и надзору, в частности, если международная организация совершает действия *ultra vires*³⁰². В таких случаях международная организация и государства-члены несут солидарную ответственность. Статья 62 Проекта статей об ответственности международных организаций Комиссии международного права предполагает ограничение субсидарной

²⁹⁸ См.: *Meng* (сноска 291) 338; *Hartwig*, International Organizations or Institutions, Responsibility and Liability, in MPEPIL, VI, 64, Rn 13ff.

²⁹⁹ См.: *Meng* (сноска 291) 339f; *Seidl-Hohenveldern*, Responsibility of Member States of an International Organization for Acts of that Organization, in: *Seidl-Hohenveldern* (сноска 272) 63ff. См. также ст. 6 Соглашения об учреждении Общего фонда для сырьевых товаров (BGBl 1985 II, 714), в соответствии с которым государство-член не несет ответственности по обязательствам фонда или за его действия только на основании членства. См. также: *Geslin*, Réflexions sur la répartition de la responsabilité entre l'organisation internationale et ses Etats membres, RGDIP 109 (2005) 539ff.

³⁰⁰ См.: *Klein/Pechstein* (сноска 276) 39.

³⁰¹ Однако такой точки зрения придерживается *Herdegen*, Bemerkungen zur Zwangsliquidation und zum Haftungsdurchgriff bei internationalen Organisationen, ZaöRV 47 (1987) 537 (549). Автор на этом основании отрицает ответственность членов Международного совета по олову, ставшего неплатежеспособным. В этом случае государства-члены возместили часть убытков на основании мирового соглашения без признания правового обязательства. См. также: *Seidl-Hohenveldern*, Piercing the Corporate Veil of International Organizations, GYIL 32 (1989) 43ff. К вопросу об иммунитете см. ниже абз. 106 и след.

³⁰² См.: *Meng* (сноска 291) 342.

ответственности членом за противоречащий международному праву акт международной организации случаями, в которых государство-член признало свою ответственность или создало у потерпевшего впечатление, что оно признает ответственность³⁰³.

Если ущерб нанесен третьим лицам, не признавшим международную организацию, они не обязаны предъявлять требование международной организации³⁰⁴. В этом случае существует только одно исключение: на основании консультативного заключения Международного суда по делу Бернадотт (*Bernadotte*) ООН обладает международной правосубъектностью, которая действует объективно в отношении всех субъектов международного права, независимо от признания³⁰⁵. В прочих случаях факт учреждения международной организации является *res inter alios acta* в отношении третьих лиц, и они не обязаны принимать этот факт во внимание. Поэтому они вправе предъявлять требования членам организации, которую они не признали. Как правило, нельзя обосновать особую ответственность государства местонахождения международной организации, отличную от ответственности других государств-членов³⁰⁶. Поэтому третье лицо вправе самостоятельно принять решение, от какого государства-члена организации оно будет требовать возмещения ущерба. В то же время потерпевшее третье лицо может предъявить требование о возмещении ущерба самой международной организации, исходя из ее действительного существования³⁰⁷.

Международная организация также может оказаться *потерпевшим* в результате международно-противоправных действий, нарушающих принятые в отношении нее обязательства. В таком случае она вправе требовать *компенсацию за причиненный ущерб* и использовать возможности реализации требований, предусмотренные международным общим правом. Однако

³⁰³ Статьи 58–61 Проектов предусматривают дополнительные основания ответственности государств-членов. Особое значение имеет ст. 61, которая предусматривает ответственность государств-членов за действия международных организаций в случаях, когда они посредством передачи полномочий международной организации уклоняются от исполнения собственных международных обязательств, и действие организации, если бы оно было совершено государством, было бы нарушением его обязанностей; при этом не обязательно, чтобы для самой международной организации действие являлось международно-противоправным. Для обоснования своей точки зрения Комиссия международного права ссылается на решения ЕСПЧ по делам Уэйт (*Waite*) и Кеннеди (*Kennedy*) против ФРГ (1999) и Босфорус эйрвэйс против Ирландии (*Bosphorus*) (2005).

³⁰⁴ Противоположная точка зрения см.: *Köck/Fischer*, Internationale Organisationen, 592; *Pernice* (сноска 291) 424f; *Ginther* (сноска 291). Тот, кто заключает договоры с организацией, в любом случае, конклюдентно признает ее.

³⁰⁵ ICJ Rep 1949, 174ff.

³⁰⁶ См. ст. 13 Проекта КМП об ответственности государств 1980 г. (Text: ZaöRV 45 [1985] 357ff).

³⁰⁷ *Mosler*, Subjects of International Law, EPIL IV (2000) 710 (714); *Tomuschat* (сноска 263) Rn30.

предъявление иска в Международный суд не допускается³⁰⁸. Но и в этом случае действует правило, согласно которому только третьи государства, признавшие организацию, обязаны учитывать ее требования. Только ООН может независимо от признания предъявлять третьим государствам международно-правовые требования о возмещении ущерба или использовать функциональное право защиты своих сотрудников³⁰⁹. Другие международные организации таким правом не обладают.

в) Иммунитеты, привилегии, правоотношения с государством местонахождения

106 В то время как иммунитет государств основывается на их суверенном равенстве (*par in parem non habet iurisdictionem*)³¹⁰, вывод об иммунитете международных организаций может быть сделан только исходя из необходимости эффективного выполнения порученных им задач³¹¹. Такой *функциональный подход* отражен, например, в ст. 105 Устава ООН. В связи со значительным расширением сферы деятельности международных организаций возрастает значение вопросов об их иммунитетах и привилегиях³¹².

107 Правовые основания обычно содержатся в учредительном договоре³¹³, но только в общих чертах. Для конкретизации требуется дополнительное регулирование. *Конвенция о привилегиях и иммунитетах Организации*

³⁰⁸ См. ст. 34 (абз. 1) Статута Международного суда («оговорка о государствах»). Спор может рассматриваться третейским судом.

³⁰⁹ ICJ Rep 1949, 174, 184.

³¹⁰ См.: актуальное решение Международного суда от 3.2.2012 (юрисдикционный иммунитет государства) Rn 57.

³¹¹ ICJ Rep 1989, 177, 192ff (консультативное заключение по делу Мазилу (*Mazilu*)); ICJ Rep 1999, 62, 83 (консультативное заключение по делу об *иммунитете*; см. также: *Wickremasinghe*, Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, ICLQ 49 [2000] 724ff). См.: *Szasz*, International Organizations, Privileges and Immunities, EPIL II (1995) 1325ff; *Dominicé*, La nature et l'étendue de l'immunité de juridiction des organisations internationales, FS Seidl-Hohenveldern, 1988, 77ff; *Bekker*, The Legal Position of Intergovernmental Organizations, 1994; *Wenckstern*, Die Immunität Internationaler Organisationen, 1994; *Reinisch*, International Organizations before National Courts, 2000; *Gaillard/Pingel-Lenuzza*, International Organizations and Immunity from Jurisdiction: to Restrict or to Bypass, ICLQ 51 (2002) 1ff; *Hailbronner*, Immunity of International Organizations from German National Jurisdiction, AVR 42 (2004) 329ff; *Sato*, Immunität internationaler Organisationen, 2004; *Tauchmann*, Die Immunität internationaler Organisationen gegenüber Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, 2005; *Wickremasinghe*, Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations, in: Evans (Hrsg), International Law., 3. Aufl 2010, 380ff.

³¹² К вопросу о привилегиях и иммунитетах сотрудников ООН см.: *Miller*, Privileges and Immunities of United Nations Officials, International Organisations Law Review 4 (2008) 169ff.

³¹³ См. ст. 105 Устава ООН; ст. 103, 104 Устава ОАГ.

*Объединенных Наций*³¹⁴, предложенная Генеральной Ассамблеей (ст. 105 (абз. 3) Устава ООН) еще в 1946 г., послужила моделью для соответствующих соглашений других международных организаций, первоначально для Конвенции о привилегиях и иммунитетах специализированных учреждений ООН 1947 г.³¹⁵, а затем и для многочисленных региональных организаций³¹⁶. Будучи договорами, они являются обязательными только для договаривающихся сторон, которые обычно одновременно являются членами организации. Дополнения содержатся в соглашениях, заключаемых с государством местонахождения (см. ниже абз. 110 и след.) и государствами, в которых международные организации осуществляют деятельность особого характера, например в государствах дислокации миротворческих сил ООН («голубых касок»)³¹⁷. Попытка создания общего регулирования была предпринята в рамках Венской конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера 1975 г., которая, очевидно, не вступит в силу вследствие несогласия большинства государств местонахождения³¹⁸.

Положения об освобождении международных организаций от судебных разбирательств³¹⁹ являются основополагающими в действующих договорах, если международная организация не отказывается от иммунитета, вследствие чего отсутствует обязательная предпосылка для возбуждения производства по официальной инициативе³²⁰. Поэтому предъявление исков чиновниками и должностными лицами к своей международной организации в национальных судах не допускается³²¹. Функциональное обоснование

108

³¹⁴ 1 UNTS 15; BGBl 1980 II, 941.

³¹⁵ 33 UNTS 261; BGBl 1954 II, 639; 1964 II, 187. См.: *Ahluwalia*, The Legal Status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of the United Nations and Certain Other International Organizations, 1964.

³¹⁶ Протокол о привилегиях и иммунитетах Европейского Сообщества от 8.4.1965 г. (ABl EG 1967, Nr L 152/13). К вопросу о Протоколе см. ст. 6 Ниццкого договора, а также ABl EU 2006, Nr C 321 E/18; *Petersen*, Europäisierung der Diplomatie, 2011, 59ff.

³¹⁷ *Bothe*, Streitkräfte internationaler Organisationen, 1968, 143ff.; см. также: Раздел 8. *Bome*, абз. 34 и след.

³¹⁸ См. сноску 249, а также: *Klabbers*, An Introduction to International Institutional Law, 2. Aufl 2009, 149ff.

³¹⁹ *Blatt*, Rechtsschutz gegen die Vereinten Nationen, AVR 45 (2007) 84ff.; *Möldner*, International Organizations or Institutions, Privileges and Immunities, in MPEPIL, VI, 47, Rn 16. Поэтому, например, суд первой инстанции г. Гааги 10 июля 2008 г. по процессуальным основаниям отклонил иск боснийских женщин против ООН о возмещении ущерба в связи с тем, что миротворческие войска ООН не предоставили достаточной защиты от геноцида мужскому населению Сребреницы в июле 1995 г., см. Case no 295247/HA ZA 07–2973, NLR 2008, 428ff.

³²⁰ О конституционно-правовых границах см. решение ФКС ФРГ (BVerfGE 58, 1ff).

³²¹ См.: *Seidl-Hohenveldern*, Die Immunität internationaler Organisationen in Dienstrechtstreitfällen, 1981; *Bleckmann*, Internationale Beamtenstreitigkeiten vor nationalen Gerichten, 1981; *Bernhardt* (сноска 81) 37ff.; *Ulrich*, Die Immunität internationaler Organisationen vor der einzelstaatlichen Gerichtsbarkeit, ZaöRV 71 (2011) 157ff. К вопросу о защите служащих по внутреннему праву международной организации

иммунитета международной организации, в отличие от иммунитета государства, не предусматривает дифференциации между *acta iure imperii* и *acta iure gestionis*, поскольку последние также могут относиться к задачам организации³²². В споре об иммунитете специального докладчика Комиссии по правам человека ООН Международный суд установил, что определение пределов действия иммунитета, необходимого для исполнения миссии, является прерогативой Генерального секретаря, а не органов государства-члена³²³. Поскольку в данном случае члены организации не могут уклоняться от ответственности, их собственная ответственность, если она существует, сохраняется³²⁴. Учредительные договоры часто ограничивают иммунитет (возможность подачи частной жалобы против МБРР, МФК и МАР) или не предоставляют его. Например, ЕС не обладает иммунитетом в отношении юрисдикции судов государств-членов³²⁵, однако подведомственность и подсудность национальных судов ограничена широкими полномочиями Суда ЕС. Статья 1 Протокола о привилегиях и иммунитетах ЕС предусматривает полный иммунитет от принудительного исполнения решений, лишить которого может только Суд ЕС. Другие важные положения подобных договоров касаются финансовых (налоговых) привилегий организации, правового положения ее сотрудников, которым иногда присваивается дипломатический статус, статуса представителей членов и нечленов (наблюдателей) и др.³²⁶

109 Обязанность третьих государств, которые не являются участниками ни учредительного договора, ни соответствующих соглашений, соблюдать

см. *Möldner* (сноска 319) и ниже абз. 174 и след. См. также решения ЕСПЧ от 18.2.1999 г. [№ 26083/94, ECHR Reports 1999-I, 393 (*Уэйт (Waite) и Кеннеди (Kennedy)*)] и № 28934/95 (*Бир (Beer) и Ризан (Regan)*)].

³²² Этой точки зрения также придерживался третейский суд в определении по толкованию Соглашения о местонахождении Европейской лаборатории молекулярной биологии от 29.6.1960 г. См.: *Kunz-Hallstein*, Privilegien und Immunitäten internationaler Organisationen im Bereich nicht hoheitlicher Privatrechtsgeschäfte, NJW 1992, 3069 (3072f); *Seidl-Hohenveldern/Loibl*, Internationale Organisationen, Rn 1907f; *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd 1/2, 2. Aufl 2002, 221; *Ullrich*, Das Dienstrecht der internationalen Organisationen, 2009, 51; критические замечания см.: *Rensmann*, Internationale Organisationen im Privatrechtsverkehr, AVR 36 (1998) 305 (316ff); *Habscheid*, Die Immunität internationaler Organisationen im Zivilprozess, ZZP 110 (1997) 269ff.

³²³ См.: ICJ Rep 1999, 62, 84ff (консультативное заключение по делу об *иммунитете*); ICJ Rep 1989, 177, 197f (консультативное заключение по делу *Мазилу (Mazilu)*); *Blokker/Schermers*, Mission Impossible? On the Immunities of Staff Members of International Organizations on Mission, FS Seidl-Hohenveldern, 1998, 37ff.

³²⁴ Члены Международного совета по олову не могли ссылаться на иммунитет организации, см. выше сноску 301. См. также: *Heller*, Der Haftungsdurchgriff im Völkerrecht, 1993.

³²⁵ См. ст. 274 ДФЕС; *Klein* (сноска 132) Art 218 EGV/28 FusV Rn 3.

³²⁶ Обзор см.: *Ziegler*, in: Charter UN³, Art 105 Rn 16ff.; *Nascimento e Silva*, Privileges and Immunities of Permanent Missions to International Organizations, GYIL 21 (1978) 9ff; *Ingadottir*, The UN and the ICC: The Immunity of the UN and its Officials, Leiden JIL 14 (2001) 867ff.

иммунитет международной организации могла бы следовать из *общего международного права*. Однако таких правил до сих пор не существует³²⁷. Попытка КМП кодифицировать такие правила пока не привела к принятию или изменению соответствующих конвенций, на основе которых могло бы сформироваться международное обычное право (ст. 38 Венской Конвенции о ПМД)³²⁸. На данный момент не установлено, насколько в ЕС действуют другие правила.

Тесные связи устанавливаются с государством местонахождения международной организации (секретариата)³²⁹. Иногда международные организации имеют дополнительные региональные бюро (ФАО, ВОЗ). Международная организация свободна в выборе местонахождения, если учредительным договором не предусмотрено иное (например, в ст. 11 Устава Совета Европы прямо указан Страсбург). Детали регулируются в *соглашении о штаб-квартире (headquarters agreement)*, которое международная организация заключает с государством местонахождения³³⁰. Предметом соглашения является обеспечение работы международной организации, включая защиту помещений и сотрудников организации, право въезда и выезда представителей членов и приглашенных к сотрудничеству нечленов (наблюдателей), применение национального права и полномочия административных и судебных органов государства местонахождения. Соглашения должны обеспечивать баланс между требованиями, которые должна предъявлять международная организация, и возможностями и интересами принимающей страны³³¹. Оче-

110

³²⁷ *Seidl-Hohenveldern/Loibl*, Internationale Organisationen, Rn 1905ff; *Tomuschat* (сноска 263) Rn 27; *Bothe*, Die Stellung der Europäischen Gemeinschaften im Völkerrecht, ZaöRV 37 (1977) 122ff; *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, § 1611; *Dominicé* (сноска 311) 93; The American Law Institute, Restatement of the Law Third, 1987, § 467.

³²⁸ См. ст. 7 Проекта КМП 1989 г.: Отношения между государствами и международными организациями (UN Doc A/CN. 4/424). В 1992 г. КМП решила не продолжать работу над этой темой.

³²⁹ См.: *Jenks*, The Headquarters of International Institutions, 1945; *Wolfrum*, International Organizations, Headquarters, EPIL II (1995) 1309ff; *Schütz*, Sitzstaatabkommen, in: Handbuch VN, 772ff; *Muller*, International Organizations and Their Host States, 1995. В резолюции A/RES/100 (I) от 1946 г. Генеральная Ассамблея установила, что постоянным местонахождением ООН является Нью-Йорк. О местонахождении органов ЕС см. Протокол об определении местонахождения органов от 1997 г. (ABJ EG 1997, Nr C 340/112) с изменениями, вступившими в силу 1.12.2009, на основании Протокола от 13.12.2007, ABJ. EU Nr C 306/163.

³³⁰ См. Соглашение между ООН и США о штаб-квартире ООН от 26.6.1947 г. (11 UNTS 11). О соглашениях со Швейцарией и Австрией см.: *Ziegler*, in Charter UN³, Art 105 Rn 14f. См. также постановление Международного суда от 9.6.2006 по делу, касающемуся статуса по отношению к государству пребывания дипломатического представителя при ООН (Содружество Доминики против Швейцарии).

³³¹ Как правило, нахождение международных организаций на территории приносит государству местонахождения существенную выгоду. Так, в находящихся в Женеве международных организациях трудоустроено 11 процентов работающего населения, см.: NZZ от 8.9.1992, 37.

видно, что в Венской конвенции 1975 г., которая не содержит специальных правил, равновесия интересов достичь не удалось³³².

- 111 Соглашения о штаб-квартире следует интерпретировать на основании того, что они заключались равноправными партнерами на основе взаимного доверия и двусторонних обязательств о сотрудничестве. Поэтому неожиданное изменение местонахождения считается недопустимым³³³. Соглашения о местонахождении организации, как правило, содержат *положения о разрешении споров*, причем процедуры разрешения споров могут значительно отличаться, но в большинстве случаев предусматривается разбирательство *в третьей инстанции*. Международный суд в консультативном заключении 1988 г. установил, что стороны не могут противостоять такому разбирательству. На основании принятого Конгрессом США *Закона о борьбе с терроризмом* американские органы власти предписали закрыть Миссию ООП при штаб-квартире ООН, что, по мнению ООН, является нарушением соглашения о местонахождении. Международный суд исходил из того, что предметом спора является применение соглашения, вследствие чего США, исчерпав возможности предварительного разрешения разногласий, обязаны участвовать в третейском производстве согласно соглашению³³⁴. Однако до начала третейского разбирательства компетентный Федеральный окружной суд США установил путем толкования внутригосударственного закона в соответствии с нормами международного права, что указанный закон не распространяется на Миссию ООП в ООН³³⁵. Кроме того, важным решением к вопросу о толковании обязанностей государства местонахождения является решение третейского суда 1990 г. об освобождении Европейской лаборатории молекулярной биологии от уплаты налогов в соответствии с соглашением о местонахождении между ЕЛМБ и ФРГ³³⁶.

г) Внутригосударственная право- и дееспособность

- 112 Учредительные договоры и дополнительные соглашения значительно чаще предоставляют международным организациям *право- и дееспособность*

³³² См. выше сноску 249.

³³³ ICJ Rep 1980, 67ff, 93ff (соглашение ВОЗ-Египет).

³³⁴ ICJ Rep 1988, 12, 30ff (консультативное заключение по вопросу Соглашения о штаб-квартире).

³³⁵ Дело США против Организации освобождения Палестины, No 88 Civ 1962 (ELP) US District Court, SDNY, June 29, 1988, AJIL 82 (1988) 833ff; см. также выше сноску 247. См. также *Reisman*, The Arafat Visa Affair: Exceeding the Bounds of Host State Discretion, AJIL 83 (1989) 519ff.

³³⁶ Соглашение о местонахождении от 10.12.1974 г. (BGBl 1975 II, 933). См. выше сноску 322; *Hailbronner*, Völkerrechtliche und staatsrechtliche Aspekte fiskalischer Immunität in Sitzstaatsabkommen des Europäischen Laboratoriums für Molekularbiologie, GYIL 22 (1979) 313ff.

по внутреннему праву государств-членов, чем международную правоспособность³³⁷. И в этом случае основанием для регулирования является обеспечение эффективного выполнения задач международной организацией³³⁸. На основании международного обычного права можно сделать вывод об обязанности государств-членов наделить международную организацию правоспособностью, но только с целью обеспечения выполнения задач организации³³⁹. Однако по договору право- и дееспособность может быть предоставлена также для выполнения действий, выходящих за пределы полномочий (*ultra vires*). Об этом свидетельствует, например, ст. 335 ДФЕС, поскольку она устанавливает «максимальную» право- и дееспособность ЕС, которой согласно законодательству государств-членов обладают юридические лица³⁴⁰. Правоспособность по внутригосударственному праву означает, что международная организация может быть носителем прав и обязанностей в рамках гражданского и публичного права. Она имеет статус юридического лица публичного права³⁴¹. Она в полной мере участвует в правоотношениях и может заключать частные и публично-правовые договоры, приобретать и отчуждать имущество, быть истцом и ответчиком. К совершенным сделкам применяется национальное право государства-члена с учетом иммунитетов и привилегий международной организации³⁴². На практике государства-члены по-разному имплементируют обязательство по предоставлению внутригосударственной право- и дееспособности международным организациям. Как правило, для выполнения обязательства необходимо принятие правового акта³⁴³.

Несмотря на то, что вышеуказанные положения договора являются обязательными только для государств-членов, из этого не следует, что *третьи государства* не вправе предоставить «чужой» международной организации правоспособность. Однако они не обязаны ее предоставлять, в частности, на основании международного обычного права. Третьи государства могут добровольно принять на себя соответствующие договорные обязательства

113

³³⁷ Например, ст. 104 Устава ООН, ст. 335 ДФЕС, с одной стороны, и ст. 1 Генерального соглашения о привилегиях и иммунитетах Совета Европы 1949 г. (BGBl 1954 II, 493), с другой стороны. Подробнее см.: *Beitzke*, *Zivilrechtsfähigkeit von auf Staatsvertrag beruhenden internationalen Organisationen und juristischen Personen*, BerDGV 9 (1969) 77ff; *Schlüter*, *Die innerstaatliche Rechtsstellung Internationaler Organisationen*, 1972; *Rensmann* (сноска 322) 305ff.

³³⁸ *Ziegler*, in *Charter UN*³, Art 104 Rn 6.

³³⁹ *Seidl-Hohenveldern/Loibl*, *Internationale Organisationen*, Rn 327.

³⁴⁰ *Becker*, in: *Schwarze* (сноска 190), Art 335 AEUV Rn 7; см. также *Simma/Vedder*, in: *Grabitz/Hilf* (сноска 111) Art 282 EG Rn 8f.

³⁴¹ В отношении ЕС: EuGH, Slg 1960, 1115, 1133 (Фидделаар (*Fieddelaar*)); *Ipsen* (сноска 131) 204; *Grunwald*, *Die nicht-völkerrechtlichen Verträge der EG*, EuR 1984, 227ff.

³⁴² См.: *Schermers/Blokker*, *International Institutional Law*, § 1606ff; *Seyersted*, *Applicable Law in Relations between Intergovernmental Organizations and Private Parties*, RdC (1967-III) 433ff.

³⁴³ *Ziegler*, in *Charter UN*³, Art 104 Rn 6.

или предоставить международной организации такой статус на основании национального правового акта³⁴⁴. Как правило, уже из МЧП государства следует, что правосубъектность определяется на основании собственного права организации. Если право международной организации наделяет ее международной правоспособностью, национальное право может быть привязано к праву международной организации, поскольку правоспособность на внутригосударственном уровне необходима для эффективного выполнения задач международной организации³⁴⁵.

д) Квалификация норм, регулирующих внутреннюю деятельность организаций

114 Спорным является вопрос, можно ли квалифицировать внутреннее право международной организации как *международное право*³⁴⁶. Проблема заключается в том, что внутреннее право организаций действует не в отношениях между субъектами международного права, а регулирует внутреннее устройство организации. Проблематичным является определение правил, относящихся к внутреннему праву организации. Разграничение между учредительным договором (первичное право) и актами органов, созданных на основании учредительного договора (вторичное право), не представляется целесообразным, поскольку многие положения учредительного договора носят «конституционный» характер, т. е. регулируют внутреннее устройство организации (например, положения об органах и принятии ими решений, разграничении полномочий, финансировании), а некоторые организационные меры выходят за рамки внутреннего устройства и адресованы (также) третьим государствам³⁴⁷. Следовательно, в каждом случае необходимо учитывать конкретное действие соответствующего правила или меры³⁴⁸.

115 Представители господствующего мнения в доктрине *отрицают* принадлежность внутреннего права международных организаций к международному праву и считают его отдельным правопорядком (право *sui generis*)³⁴⁹. Они утверждают, что по своей структуре эта правовая система существенно

³⁴⁴ Швейцария, заключив перед ее вступлением в ООН соглашение о местонахождении в 1946 г. (1 UNTS 164), и ФРГ, приняв постановление от 16.6.1970 г. (BGBl 1970 II, 669), признали правосубъектность ООН в своем национальном праве.

³⁴⁵ См. Ziegler, in Charter UN³, Art 104 Rn 41ff; Herdegen (сноска 301) 543f; Rensmann (сноска 322) 308ff.

³⁴⁶ См.: Bernhardt (сноска 81) 7ff; Miehsler (сноска 114) 47ff; Bernhardt, International Organizations, Internal Law and Rules, EPIL II (1995) 1314ff.

³⁴⁷ См.: Schermers/Blokker; International Institutional Law, § 1200.

³⁴⁸ См.: Bernhardt (сноска 81) 9ff; P. Klein, International Organizations, Internal Law and Rules, in MPEPIL, VI, 27, Rn 4.

³⁴⁹ См.: Miehsler (сноска 81) 70ff; Schermers/Blokker; International Institutional Law, § 1196: «отдельный правопорядок, независимый от любого другого правопорядка»

отличается от международного права и, следовательно, не может к нему относиться. По их мнению, внутреннее право международных организаций носит не координирующий, а организационный характер, ему присущи собственные механизмы правотворчества и большая определенность в содержании правовых актов. Кроме того, для него характерно не только разделение, но и иерархия властей, что придает ему сходство с внутригосударственным публичным правом. Несмотря на убедительные доводы, слабость этой точки зрения в том, что она не объясняет, как отграничить внутреннее право организации от учредительного договора, который является частью международного права. Очевидно, что внутреннее право международной организации, в первую очередь, основано на учредительном договоре и, таким образом, на международном праве³⁵⁰. Непонятно, почему и каким образом внутреннее право организации могло «эмансипироваться» от международного права, несмотря на прямую зависимость. Таким образом, следует исходить из того, что *внутреннее право организаций относится к международному праву*³⁵¹. Оно обладает определенными особенностями, однако они не являются достаточным основанием для отделения. Автономия внутреннего права организаций не означает его независимость от международного права, а лишь указывает на относительную самостоятельность, что не противоречит сути современного международного права. Международное право превратилось из основы для координации деятельности государств в систему институционализированного сотрудничества, в которой международные организации и их право играют важную роль³⁵². На внутригосударственном уровне внутреннее корпоративное право и право ассоциаций относится к национальному праву. По аналогии, право международных организаций относится к международному праву.

Вопрос правовой квалификации — не только формальная проблема определения, имеющая значение для систематики³⁵³. Если предположить, что внутреннее право организации не является международным правом, то Международный суд лишится возможности его применять. Ст. 38 Статута Международного суда не содержит исчерпывающий перечень источников международного права, а описывает применимое Международным судом право. Если принадлежность к международному праву установлена, к правовым нормам применяются правила толкования международного права (ст. 31 Венской конвенции

116

(separate legal order), independent of any other legal order); *Rudolf*, *Völkerrecht und deutsches Recht*, 1967, 43f

³⁵⁰ См.: *Mosler*, *Diskussionsbeitrag*, *BerDGVR* 12 (1973) 103f; *Mosler* (сноска 2) 21ff.

³⁵¹ См.: *Bernhardt* (сноска 81) 21ff.; *P. Klein*, *International Organizations, Internal Law and Rules*, in *MPEPIL*, VI, 27, Rn 4.

³⁵² См.: *Bernhardt* (сноска 81) 39ff; *Meng* (сноска 114) 180ff.

³⁵³ См.: *Jaenicke*, *Diskussionsbeitrag*, *BerDGVR* 12 (1973) 98f.

о ПМД), которые позволяют учитывать особенности учредительных договоров и внутреннего права организации (*effet utile, implied powers*).

- 117 Проблема квалификации обостряется при анализе права ЕС. Очевидно, что его особенности сложно совместить с категориями международного права. Изначально Суд ЕС рассматривал правопорядок (тогда еще) Европейского Сообщества как «новую правовую систему международного права»³⁵⁴, однако позже он подчеркивал самостоятельность права Сообщества («собственный правопорядок»)³⁵⁵. Тем не менее следует исходить из того, что связь права ЕС с его международно-правовыми истоками до сих пор сохранилась, и оно не является *самостоятельным правовым режимом (self-contained regime)*³⁵⁶. Возникновение самостоятельного правопорядка означало бы переход в категорию государственного права. Однако ни изначальные договоры Сообщества, ни Лиссабонский договор не содержат таких изменений. В договорах основной власти в ЕС остаются государства-члены³⁵⁷. Таким образом, несмотря на особенности права ЕС, применение общих правил международного права как *ultima ratio* полностью не исключается, например, в отношении принуждения к исполнению договорных обязательств, исключения из членов или прекращения существования ЕС³⁵⁸.

4. Органы и механизмы принятия решений

а) Общие структуры

- 118 Несмотря на многообразие международных организаций и их органов, сформировалась *основная организационная модель*, которая составляет базу большинства международных организаций. Обычно в международных организациях предусматривается как *минимум два органа*: орган, в котором представлены все члены (ассамблея), и орган, исполняющий административную работу (секретариат). Часто организационную структуру дополняет орган, в который входит узкий круг членов и которому доверяют выполнение особо

³⁵⁴ EuGH, Slg 1963, 1, 24 (ван Генд (*van Gend*) и Лоос(*Loos*)).

³⁵⁵ EuGH, Slg 1964, 1251, 1256 (Коста (*Costa*) против *ENEL*). См. также BVerfGE 22, 293, 296; 31, 145, 174; *Ipsen* (сноска 131) 6ff; *Nicolaysen*, Europarecht, 2. Aufl 2002, 72ff; *Everling* (сноска 111) 173ff. (однако см. также 180: «в существенной степени» отделилось от международно-правовой основы).

³⁵⁶ См.: *Simma*, Self-contained Regimes, NYIL 16 (1985) 111 (123ff); *Marschick*, Subsysteme im Völkerrecht. Ist die Europäische Union ein «Self-Contained Regime»?; 1997; *Conway*, Breaches of EC Law and the International Responsibility of Member States, EJIL 13 (2002) 679ff; *Klein*, Self-Contained Regime, in MPEPIL, IX, 97ff; *Meng* (сноска 114) 167f.

³⁵⁷ См., например, ст. 5 Договора о ЕС; более абстрактно сформулированная ст. 3 (абз. 6) Договора о ЕС не предоставляет ЕС полномочий по установлению новых полномочий; BVerfGE 89, 155, 192ff; 123, 267, 348f. Другие аспекты рассматривает *Ruffert/Walter* (сноска 108) Rn 99.

³⁵⁸ См. выше абз. 77 и след.

важных задач (совет). Кроме того, в организации могут действовать парламентские комиссии (представительства населения государств-членов)³⁵⁹ и судебные органы. Иногда создаются органы, которые целенаправленно формируются без участия государств-членов, чтобы они могли принимать решения, руководствуясь исключительно интересами организации³⁶⁰.

Основной задачей органов является обеспечение дееспособности международной организации. Однако вектор деятельности организаци зависит, прежде всего, от интересов, которые преследуются и осуществляются в ее рамках. Несмотря на то, что *цель деятельности организации* составляет единую основу для членства, представления членов о разумных и эффективных способах достижения цели организации могут не совпадать. Поэтому имеет принципиальное значение, каким образом организация планирует достичь результатов, обеспечивающих дееспособность, несмотря на разногласия. При этом решающими факторами являются состав органов, независимость членов органов (представителей органа) от указаний правительств государств-членов, независимость представителей органов от правового режима их государств, процесс формирования мнений и принятия решений. Государства-члены могут наиболее эффективно влиять на работу международных организаций, если орган международной организации состоит из представителей правительств, действующих по указанию, и принимает решения только единогласно. Однако если представители органа являются независимыми или голосование проводится по принципу большинства, то воля и интересы отдельных государств-членов отходят на задний план³⁶¹.

Даже в международных организациях, основанных на принципе универсальности, государства-члены могут *разделяться на группы* по географическому или политическо-идеологическому принципу, которые часто используются во внутреннем праве организации для структурирования процедуры принятия решений. Иногда разделение на группы используется для формирования органов, в которых представлены не все члены организации (например, Совет Безопасности ООН), иногда — для голосования в органах (при пропорциональной системе голосования). Примеры подчеркивают значимость *регионализма* в организационном процессе международного сообщества³⁶².

³⁵⁹ Здесь затронута проблема демократического контроля в международной организации. См.: *Kissling*, Die Interparlamentarische Union im Wandel, 2006, 341 ff.

³⁶⁰ Например, Комиссия ЕС (ст. 17 Договора о ЕС / ст. 244 и след. ДФЕС).

³⁶¹ См.: *Jaenicke*, Die Sicherung des übernationalen Charakters der Organe internationaler Organisationen, ZaöRV 14 (1951) 46 ff; *Mosler*, National- und Gemeinschaftsinteressen im Verfahren des EWG-Ministerrats, ZaöRV 26 (1966) 1 ff.

³⁶² См.: *Lang*, Der internationale Regionalismus, 1982, 44 ff; *Bennett/Oliver*, International Organisations, 236 ff. По классификации ООН, нуждающейся в изменениях в связи с политическими изменениями с 1989 г., выделяются пять региональных групп: африканские, азиатские, восточноевропейские, латиноамериканские и карибские, а также западноевропейские и другие государства (v. *Schorlemer*, «Gemeinsam stärker?»):

121 В зависимости от организационно-правовой формы *органы* подразделяются на *три категории*³⁶³. К органам первичного уровня относятся указанные в учредительном договоре главные и вспомогательные органы (например, ст. 7 Устава ООН, ст. 13 Договора о ЕС). К органам второго уровня относятся вспомогательные органы, которые в соответствии с полномочиями по учредительному договору могут учреждаться органом первичного уровня в качестве «административного фундамента» (ст. 7 (абз. 2) Устава ООН). К органам третьего уровня относятся учреждения, созданные в соответствии с полномочиями по учредительному договору и обладающие, в большей или меньшей степени, правовой самостоятельностью в отношениях с создавшим их органом. Из классификации органов можно сделать выводы об организационной иерархии, однако эти выводы не следует переоценивать, поскольку правоотношения между органами определяются на основании правовой нормы, регулирующей их создание и функции.

122 Следует предположить, что структура международной организации является иерархической, если наряду с органом, в который входят члены правительств, принимающие решения в зависимости от указаний, предусматривается *Совет глав государств и правительств*. Такой «верховный орган» часто существует в организациях, которые в незначительной степени ограничивают осуществление полномочий государств-членов³⁶⁴. Поэтому отсутствие такого органа в Европейском сообществе было закономерным. Однако усиление интеграции привело к необходимости создания органа, представляющего высший политический уровень государств-членов. «Европейский Совет» был создан изначально на неформальной основе, с 1986 г. был связан с Европейским сообществом на основании Единого европейского акта³⁶⁵, а впоследствии официально стал органом ЕС на основании ст. 15 Договора о ЕС / ст. 235 и след. ДФЕС. Встреча глав государств и правительств государств-членов Совета Безопасности в начале 1992 г.

Regionalismus in der UNO, in: Dicke/Fröhlich [Hrsg.], Wege multilateraler Diplomatie, 2005, 26ff). Несмотря на новую политическую ситуацию в мире и выход Евросоюза за рамки региональных групп, ООН не стремится реформировать принятую классификацию.

³⁶³ *Hilf*, Die Organisationsstruktur der Europäischen Gemeinschaften, 1982, 229ff; *Uerpmann*, Mittelbare Gemeinschaftsverwaltung durch gemeinschaftsgeschaffene juristische Personen des öffentlichen Rechts, AöR 125 (2000) 552ff; *Torres Bernárdez*, Subsidiary Organs, in: Dupuy (Hrsg.), Handbook, 109ff.

³⁶⁴ См. ст. 6–9 Учредительного Акта Африканского союза; ст. 7–10 Договора об Африканском экономическом сообществе (ILM 30 [1991] 1245); ст. 5 Договора ЭКОВАС (ILM 14 [1975] 1200); ст. 9 Договора о создании Сообщества развития Юга Африки (ILM 32 [1993] 126).

³⁶⁵ См.: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn 86) § 5 Rn 57ff; *Geiger/Khan/Kotzur [Geiger]*, EUV/AEUV, 5. Aufl 2010, Art 15 EUV Rn 1.

свидетельствует о подобных процессах в ООН, однако до сих пор эта идея не реализовалась³⁶⁶.

Основным источником права, регулирующим состав и механизм принятия решений, является учредительный договор / устав международной организации. Внутренние регламенты органов также играют большую роль³⁶⁷. Кроме того, следует учитывать практику работы органов, на основании которой, например, конкретизируются «открытые» правила голосования³⁶⁸. Наконец, международная организация под влиянием своих органов развивает собственную деятельность³⁶⁹, которая в результате динамического процесса может выйти за рамки изначальных целей учреждения. В зависимости от целей организации и позиции ее членов такое развитие расценивается как успех или как кризис организации.

123

б) Сравнительная характеристика главных органов ООН, Совета Европы и ЕС

Главные органы ООН (ст. 7 Устава), Совета Европы (ст. 10 Устава) и ЕС (ст. 13 Договора о ЕС) прямо указаны в учредительных договорах. В таблице представлен сравнительный обзор структурных элементов.

124

Таблица 2

Характеристика	ООН	Совет Европы	ЕС
Орган участников (ОУ)	Генеральная Ассамблея	Комитет министров	Совет
Ограниченный ОУ	Совет Безопасности	—	—
Ограниченный ОУ	Экон. и социальный совет	—	—
Ограниченный ОУ	Совет по опеке	—	—

³⁶⁶ Документ саммита: ILM 31 (1992) 759.

³⁶⁷ См.: *Conforti*, The Legal Effect of Non-compliance with Rules of Procedure in the UN General Assembly and Security Council, AJIL 63 (1969) 479f.

³⁶⁸ См. выше абз. 41. В МВФ некоторые правила голосования, сложившиеся в процессе практики работы органов, были закреплены в официальных документах, см. поправку к Статьям соглашения МВФ об усилении прав при голосовании и участия в МВФ, BGBl 2009 II, 206; последние изменения Соглашения МВФ см.: VT-Drs. 17/8839 от 5.3.2012.

³⁶⁹ См.: *Mosler* (сноска 261) 28.

Постоянный ад- министративный орган	Секретариат	Секретариат	Европейская комиссия
Парламентский орган	—	Парламентская ассамблея	Европейский парламент
Судебный орган	Международный суд	—	Суд ЕС
Бюджетный кон- троль	—	—	Счетная па- лата
Центральный банк	—	—	Европейский центральный банк

125 Из обзорной таблицы не следует делать вывод о том, что функции органов со схожей структурой совпадают. Существуют фундаментальные функциональные отличия между Генеральной Ассамблеей ООН и Советом ЕС, а также Международным судом и Судом ЕС. Кроме того, функции, которые в одной организации выполняют главные органы, в других организациях могут выполнять дополнительные или вспомогательные органы. Например, Счетной палате, принадлежащей к категории главных органов ЕС на основании Маастрихтского договора 1993 г., соответствует созданный Генеральной Ассамблеей вспомогательный орган по бюджетному контролю³⁷⁰. Трибунал по спорам ООН³⁷¹ выполняет задачи, которые в Европейском сообществе изначально решал Суд ЕС, а сегодня осуществляет Трибунал по делам гражданской службы ЕС, созданный согласно (ст. 257, 281 ДФЕС)³⁷².

126 В ООН действует большое количество главных органов (ст. 7 Устава). В четырех из них представлен узкий круг государств-членов (Совет Безопасности, ЭКОСОС, Совет по опеке, Международный суд). Все главные органы могут учреждать вспомогательные органы³⁷³. Генеральная Ассамблея, Совет Безопасности и ЭКОСОС широко используют эту возможность,

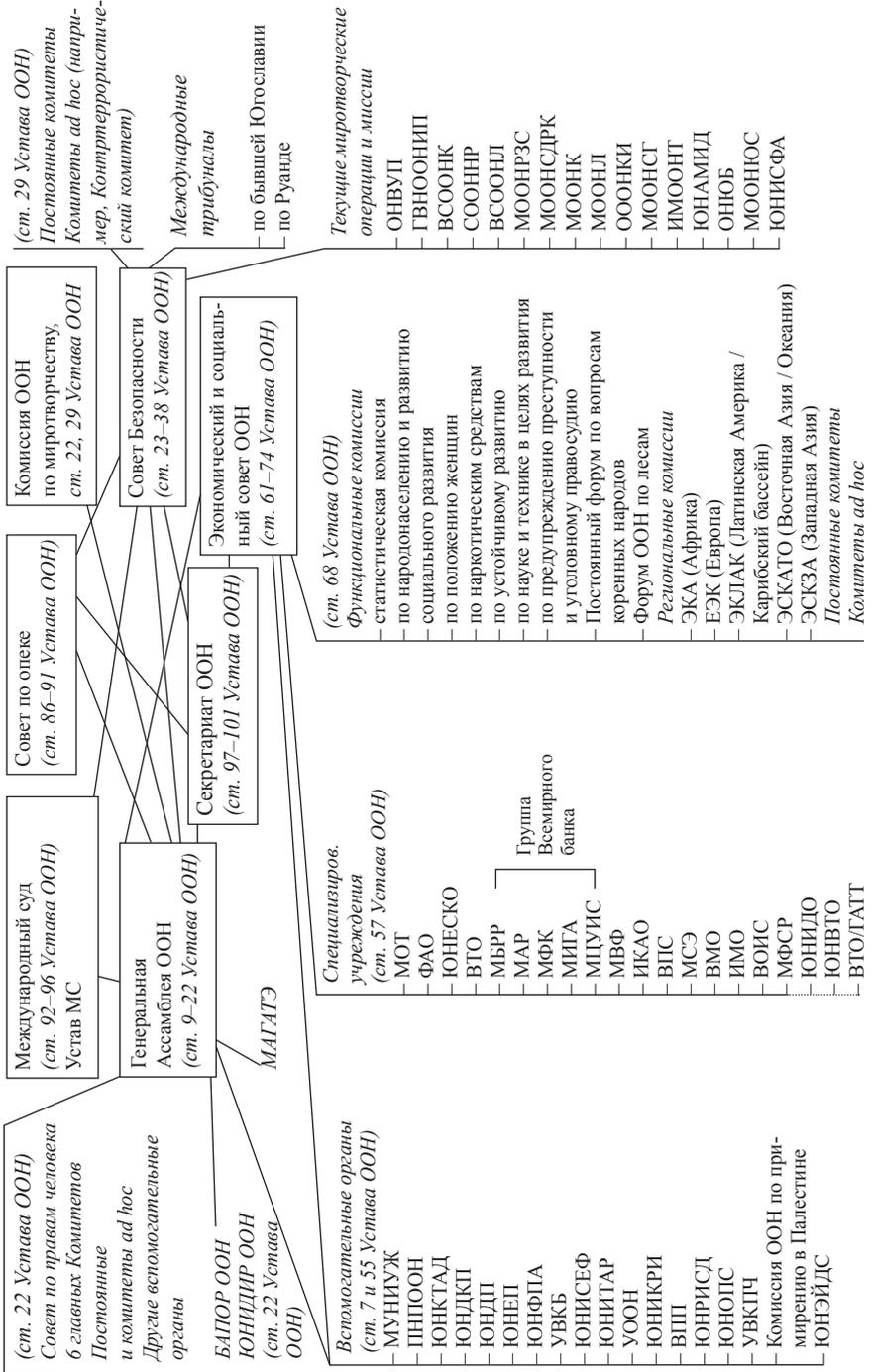
³⁷⁰ Подробнее см.: *Wolfrum*, Haushalt, in: Handbuch VN, 268ff; см. также ниже абз. 223. Ст. 13 Договора о ЕС содержит новый перечень органов ЕС. В качестве нового органа в перечень включен Европейский центральный банк.

³⁷¹ Трибуналы ООН по делам служащих (Трибунал по спорам ООН, Апелляционный трибунал) созданы на основании резолюции A/RES/62/228 от 22.12.2007 и начали свою деятельность 1.1.2009. Они заменили созданный в 1949 г. (A/RES/251/IV от 24.11.1949) Административный трибунал ООН (UNAT). Подробнее см.: *Fitschen/Münch*, Besserer Rechtsschutz für UN-Bedienstete, VN 2010, 69ff.

³⁷² Изначально суд был создан согласно ст. 225а Договора о ЕС на основании решения Европейского совета от 2.11.2004 г. (ABl EU 2004, Nr L 333/7).

³⁷³ См. ст. 7 (абз. 2), ст. 22, 29, 68 Устава ООН.

Таблица 3 (по состоянию на май 2013 года)



однако в некоторых случаях от учреждения отказываются³⁷⁴. Схема, приведенная ниже (таблица 3), отражает правоотношения между главными и вспомогательными органами ООН³⁷⁵. Специализированные учреждения и самостоятельные организации, действующие в рамках ООН, являются независимыми, несмотря на многочисленные взаимосвязи, и будут рассмотрены ниже³⁷⁶.

б) Генеральная Ассамблея ООН

- 127 Генеральная Ассамблея (ГА)³⁷⁷ является единственным органом, в котором *представлены все государства-члены* (ст. 9 Устава). Это обеспечивает ей особое положение, однако она не находится на более высокой ступени иерархии по отношению к другим органам, если иное не предусмотрено в Уставе ООН. Например, ЭКОСОС и Совет по опеке «находятся под руководством» ГА (ст. 60, 87 Устава). В ГА направляются ежегодные доклады других органов (ст. 15 Устава), по которым она может давать заключения. Кроме того, совместно с Советом Безопасности ГА уполномочена не только принимать и исключать членов или приостанавливать их права (ст. 4–6 Устава), но и избирать непостоянных членов (ст. 23 (абз. 1) Устава), членов ЭКОСОС (ст. 61 (абз. 1) Устава) и часть членов Совета по опеке (ст. 86 (абз. 1) Устава), а также совместно с СБ членов Международного суда (ст. 8, 10 Статута МС). В первую очередь, ГА утверждает бюджет и, таким образом, делает возможными или ограничивает действия других органов. Однако право давать указания из этого не следует³⁷⁸.
- 128 Помимо вышеперечисленных организационно-правовых функций, Генеральная Ассамблея уполномочена «*обсуждать любые вопросы и дела*» и *давать рекомендации* в пределах Устава ООН согласно ст. 10 Устава. Поэтому Генеральную Ассамблею справедливо называют *всемирное собрание соседей*³⁷⁹. Общее положение ст. 10 конкретизируется ст. 11 и 14 в отношении вопросов международной безопасности, поддержания мира и разоружения³⁸⁰. Статья 13 подчеркивает функцию ГА по содействию развитию международного права и его кодификации и, в особенности, защите прав

³⁷⁴ См. ст. 47 Устава ООН (Военно-штабной комитет).

³⁷⁵ См.: схему в VN 1991, 37; *Hüfner*, VN 1 и схему организации <<http://www.un.org/aboutun/structure/index.shtml>>

³⁷⁶ См. ниже абз. 225 и след.

³⁷⁷ *Bailey*, The General Assembly of the United Nations, 2. Aufl 1978; *Vallat*, United Nations General Assembly, EPIL IV (2000) 1119ff; *Peterson*, The General Assembly in World Politics, 1986; *Peterson*, The UN General Assembly, 2006.

³⁷⁸ *Jaenicke*, in Charter UN², Art 7 Rn 3; *Ruffert/Walter* (сноска 108) Rn 298.

³⁷⁹ См.: *Vallat* (сноска 377) 1120.

³⁸⁰ Подробнее к вопросу о соотношении между этими нормами см.: *Zöckler/Riznik*, in Charter UN³, Art 14 Rn 7, 9.

человека³⁸¹. Для осуществления этих задач ГА наделена полномочием рассматривать и обсуждать вопросы и давать рекомендации. ГА часто пользуется этим полномочием, о чем можно судить по повестке ежегодных заседаний. Согласно ст. 2 (п. 7) Устава ООН ГА должна соблюдать принцип невмешательства во внутренние дела государств, однако сфера, вмешательство в которую запрещено, была существенно ограничена в связи со значением прав человека³⁸².

Неограниченные по существу полномочия ГА по обсуждению любых вопросов и предоставлению рекомендаций также в отношении нечленов и иных международных организаций, как правило, не вызывает проблем, поскольку ГА не вправе принимать *решения, исполнение которых обязательно*. В случае если затронуты вопросы поддержания международного мира и безопасности, ГА обязана учитывать первичную, но не исключительную³⁸³ компетенцию Совета Безопасности (ст. 24 Устава). Так ограничиваются ее полномочия предоставлять рекомендации, но не полномочия рассматривать проблемы. Из этих положений не следуют материально-правовые ограничения. Ст. 11 (абз. 2 предл. 2) Устава ООН не исключает полномочий ГА давать рекомендации о применении санкций в отношении какого-либо государства, включая военные меры³⁸⁴. ГА должна передать вопрос Совету Безопасности, если она считает необходимым обязать государства применить санкции, поскольку только СБ обладает такими полномочиями (ст. 25, 48 Устава). Ст. 12 (абз. 1) Устава ООН предусматривает ограничения полномочий ГА, пока Совет Безопасности рассматривает спор, который, возможно, был передан на его рассмотрение Генеральной Ассамблеей³⁸⁵. Данное положение направлено на предотвращение разногласий между основными политическими органами ООН.

Толкование ст. 10 и 11 Устава, согласно которому ГА может рекомендовать применение санкций, нашла свое отражение в резолюции «*Единство в пользу мира*» от 3 ноября 1950 г.³⁸⁶ ГА приняла эту резолюцию в связи с началом Корейской войны. Предполагалось, что эта резолюция должна предотвратить возможность блокирования СБ в случае, если постоянный член СБ налагает вето, несмотря на наличие акта агрессии, нарушения мира или угрозы миру. Юридическое значение резолюции связано не с возможностью

³⁸¹ См. ниже абз. 206.

³⁸² Подробнее см.: *Klein/Schmahl*, in *Charter UN*³, Art 10 Rn 11 ff.

³⁸³ ICJ Rep 1962, 151, 163 (дело об определенных расходах ООН).

³⁸⁴ Подробнее см.: *Klein/Schmahl*, in *Charter UN*³, Art 10 Rn 31 ff, Art 11 Rn 35.

³⁸⁵ Несмотря на это, в прошлом споры часто рассматривались СБ и ГА параллельно. МС одобрил такую практику в консультативном заключении по делу о стене (ILM 43 [2004] 1009, Rn 27f).

³⁸⁶ A/RES/377 (V) от 3.11.1950; Berber (Hrsg), (сноска 155) Dokumente I, 63. *Binder*, *Uniting for Peace Resolution* (1950), in *MPEPIL*, X, 559ff.

рекомендовать санкции, а с освобождением ГА от обязанности поручать вопрос Совету Безопасности, если в результате блокирования этот орган не в состоянии принять решение. При таких обстоятельствах ГА отрицает запрет на дачу рекомендаций, предусмотренный в ст. 12 (абз. 1) Устава ООН. В этом случае ГА трактует наложение вето как невыполнение СБ своих функций, что проблематично, поскольку наложение вето может основываться на объективных причинах, например, на убеждении, что угрозы мира (еще) не существует и следует применить иные методы разрешения спора³⁸⁷. Однако концепция безопасности, которая отражена в резолюции, не нашла применения на практике. Несмотря на это, резолюция играет важную роль в связи с созывом чрезвычайных специальных сессий ГА. Таким образом, был создан инструмент для повышения дееспособности ГА в кризисных ситуациях.

- 131** Генеральная Ассамблея *ежегодно* собирается в Нью-Йорке на *очередные сессии* (ст. 20 Устава ООН), которые длятся с сентября до следующего года, а в настоящее время до начала следующей сессии. Помимо очередных сессий, ГА может созывать специальные сессии по ходатайству СБ или большинства членов ООН. Резолюция «*Единство в пользу мира*» предусматривает дополнительный вид *чрезвычайных специальных сессий*³⁸⁸. ГА проводит сессии по правилам процедуры, принятым ГА (Регламент)³⁸⁹. Сессией руководит Председатель (ст. 21 Устава), который ежегодно избирается делегатами посредством аккламации. По предложению региональных групп для участия в выборах выдвигаются видные политики и дипломаты из государств-членов, за исключением постоянных членов Совета (см. выше абз. 120)³⁹⁰. Решения для принятия на пленуме подготавливают *комитеты*³⁹¹. Особую роль играют шесть главных комитетов, в которых могут быть представлены все члены: Первый комитет по вопросам разоружения и международной безопасности; Второй комитет по экономическим и финансовым вопросам; Третий комитет по социальным, гуманитарным и культурным вопросам; Четвертый комитет по специальным политическим вопросам

³⁸⁷ *Klein/Schmahl*, in Charter UN³, Art 12 Rn 12f. — Резолюция «Единство в пользу мира» не применялась в связи с войной в Ираке в 2003 г. и в Сирии в 2012 г.

³⁸⁸ *Schäfer*, Notstandssondertagungen der Generalversammlung, VN 1983, 78ff; *Blum*, The 7th Emergency Special Session of the UN General Assembly: An Exercise in Procedural Abuse, AJIL 80 (1986) 587ff. До настоящего времени состоялось 10 чрезвычайных специальных сессий, на которых рассматривались политические вопросы, связанные с проблемами Ближнего Востока, Венгрии, Конго, Афганистана и Намибии. См.: <http://www.un.org/Depts/german/gv/gv_1.html>

³⁸⁹ Регламент Генеральной Ассамблеи. UN Doc A/520/Rev 17. Näher *Fitschen*, in Charter UN³, Art 21 Rn 2ff.

³⁹⁰ До сих пор эту должность дважды занимали немцы (1980/81: ФРГ, 1987/88: ГДР).

³⁹¹ См.: *Khan*, in Charter UN³, Art 22 Rn 8ff.

и деколонизации; Пятый комитет по административным и бюджетным вопросам; Шестой комитет по правовым вопросам. Кроме того, существуют два постоянных комитета, занимающихся вопросами бюджета и распределением членских взносов, а также два процедурных комитета, Генеральный комитет, состоящий из Председателя, 21 заместителя Председателя и председателей шести главных комитетов, и Комитет по проверке полномочий (*credentials committee*). Последний проверяет полномочия представителей государств-членов и готовит для ГА решение, если полномочия представителей оспариваются. Эта функция необходима, в особенности в случаях, когда альтернативные правительства одного государства направляют своих представителей (Камбоджа³⁹²) или новое государство незаконно претендует на продолжение членства прекратившего существование государства, чтобы избежать процедуры приема (Сербия и Черногория³⁹³). Однако проверка полномочий считается противоправной тогда, когда она используется для отстранения какого-либо государства от работы ГА (Южная Африка³⁹⁴). Кроме того, действуют *другие вспомогательные органы*³⁹⁵, которые существуют на постоянной основе. К ним относятся, например, Комиссия международного права (КМП), ЮНСИТРАЛ и суды ООН по служебным спорам (Трибунал по спорам и Апелляционный трибунал)³⁹⁶. Кроме того, в настоящее время существуют около 20 частично автономных *специальных органов*, например, Детский фонд ООН (ЮНИСЕФ), Программа ООН по окружающей среде (ЮНЕП), Университет ООН (УООН) и др. Полный обзор обо всех специальных органах предоставить трудно, что свидетельствует о разрастании бюрократической системы и дублировании³⁹⁷. Вместо Комиссии по правам человека при ЭКОСОС в 2006 г. был создан Совет по правам человека как вспомогательный орган ГА (ст. 22 Устава)³⁹⁸.

³⁹² См.: *Magiera*, in Charter UN³, Art 9 Rn 25ff, 28.

³⁹³ См. выше абз. 71.

³⁹⁴ См. выше абз. 86.

³⁹⁵ Подробнее см.: *Khan*, in Charter UN³, Art 22 Rn 19ff; *Köck/Fischer*, Internationale Organisationen, 246ff; *Göthel*, Die Vereinten Nationen, 10ff. *Göthel*, Vereinte Nationen, 10ff. категоризирует организации по «орбитам».

³⁹⁶ Трибуналы ООН по служебным делам (см. сноску 371) с 1.1.2009 заменили Административный трибунал ООН (ЮНАТ), см.: *Reinisch/Knahr*; From the United Nations Administrative Tribunal to the United Nations Appeals Tribunal, MPYUNL 12 (2008) 447ff.; *Fitschen/Münch* (сноска 371), 69ff.

³⁹⁷ Следует упомянуть также вспомогательные органы других органов ООН и специализированные учреждения. См. доклад Бертранда (UN Doc A/40/988 v 6.12.1985).

³⁹⁸ *B. Rudolf*, United Nations Commission on Human Rights/United Nations Human Rights Council, in MPEPIL, X, 281ff. Смю также ниже абз. 206

132 *Голосование в ГА* проводится по принципу равенства всех членов; каждое государство имеет один голос (ст. 18 (абз. 1) Устава: *one state, one vote*)³⁹⁹. Однако права голоса можно лишиться за неуплату членских взносов (ст. 19 Устава) или по причинам, указанным в ст. 5. Фактически это правило действует также в случае, если государству-члену отказано в доступе к ГА⁴⁰⁰.

133 Решения принимаются *большинством голосов присутствующих и участвующих в голосовании членов* (ст. 18 (абз. 3) Устава)⁴⁰¹. Голоса воздержавшихся не учитываются (правило 86 Регламента). Правило большинства применяется также в главных комитетах. Такие правила принятия решений предоставляют т.н. государствам третьего мира, обладающим значительным численным превосходством, возможностью оказывать большое политическое влияние, которое несоразмерно с возможностями, в особенности финансовыми, по принятию на себя ответственности по выполнению решений⁴⁰². Поэтому неудивительно, что крупные государства, которые являются основными плательщиками взносов⁴⁰³, критикуют правила, которые приводят к уравниловке при голосовании. Интересно, что в период конфликта между Востоком и Западом государства третьего мира при голосовании в ГА ООН не поддерживали одну из сторон конфликта, а голосовали дифференцированно и, таким образом, являлись сдерживающим фактором.

134 При голосовании по «важным вопросам» для принятия решения необходимо большинство в две трети голосов. Страны третьего мира в совокупности обладают таким большинством⁴⁰⁴. Какие вопросы считаются важными, указано в ст. 18 (абз. 2) Устава ООН. В перечень входят прием и исключение членов (ст. 4, 6), приостановление прав и привилегий членов ООН (ст. 5), выборы непостоянных членов СБ, членов ЭКОСОС и Совета по опеке⁴⁰⁵, бюджетные вопросы и рекомендации по поддержанию международного мира и безопасности. ГА может установить простым большинством голосов, что решения по определенным вопросам, не указанным в ст. 18 (абз. 2) Устава, также должны приниматься большинством в две трети голосов (ст. 18 (абз. 3) Устава). Решение действует только в пределах

³⁹⁹ Об идеях реформы ООН см.: *Bienen/Rittberger/Wagner*, Democracy in the United Nations System: Cosmopolitan and Communitarian Principles, in: Archibugi/Held/Köhler (Hrsg), Re-imaging Political Community, 1998, 287ff.

⁴⁰⁰ См. выше абз. 86.

⁴⁰¹ См.: *Brinkmann*, Majoritätsprinzip und Einstimmigkeit in den Vereinten Nationen, 1978. О критике демократического подхода к правилу большинства при голосовании см.: *Klein* (сноска 234) 82ff.

⁴⁰² К вопросу о несоответствии между правом голоса и ответственностью см.: *Klein* (сноска 234) 80ff.

⁴⁰³ Подробнее см. ниже абз. 216.

⁴⁰⁴ Большинство в 2/3 голосов достигается государствами, которые вместе несут не более 2% расходов.

⁴⁰⁵ Судьи МС, напротив, избираются абсолютным большинством (ст. 10 Статута МС).

соответствующей сессии. В Регламенте Генеральной Ассамблеи указаны также некоторые процедурные вопросы, решение по которым принимается двумя третями голосов⁴⁰⁶.

Однако во многих случаях формальные голосования не проводятся. Решения принимаются по так называемой процедуре *консенсуса*⁴⁰⁷, которая стала общепризнанным инструментом международных переговоров. При этом наибольшее значение придается не содержанию, а процедуре, в рамках которой прилагаются усилия для устранения существенных разногласий до принятия решений⁴⁰⁸, чтобы государства не противостояли принятию решения, даже если его содержание не полностью соответствует их представлениям. Председатель, которому процедура предоставляет возможность влияния, устанавливает наличие согласия государств-членов, в результате чего решение считается принятым (*non-voting consensus*)⁴⁰⁹. В ГА такая процедура впервые была применена на 19-й сессии (1964–1965 гг.). Вследствие неуплаты взносов многие государства, в том числе Советский Союз и Франция, оказались под угрозой применения к ним ст. 19 Устава ООН, на основании которой они могли быть лишены права голоса. Поскольку США требовали принять соответствующие меры, ситуацию удалось урегулировать за счет того, что в этом году не проводились формальные голосования, а решения принимались в рамках процедуры консенсуса. Конечно, решения, принятые таким способом (сегодня около 60% резолюций ГА), обеспечивают только минимальное согласие, поскольку в этом случае опускаются любые вопросы, вызывающие противоречия. Поэтому проблема часто остается неразрешенной. Характерно, что процедуру консенсуса критикуют только государства,

135

⁴⁰⁶ *Wolfrum*, in Charter UN³, Art 18 Rn 14.

⁴⁰⁷ См.: *Suy*, Consensus, EPIL I (1992) 759ff; *Suy*, Rôle et signification du consensus dans l'élaboration du droit international, FS Ago I, 1987, 521ff; *Wolfrum*, Konsens, Handbuch VN, 529ff; *Zemanek*, Majority Rule and Consensus Technique in Law-Making Diplomacy, in: Macdonald/Johnston (Hrsg), The Structure and Process of International Law, 1983, 857ff.; *Schermers/Blokker*, International Organizations or Institutions, Voting Rules and Procedures, in MPEPIL, VI, 103ff; *Payandeh*, Einführung in das Recht der Vereinten Nationen, JuS 2012, 506 (507).

⁴⁰⁸ См.: *Ballreich*, Wesen und Wirkung des «Konsens» im Völkerrecht, FS Mosler, 1983, 1 (8f).

⁴⁰⁹ *Schaefer*, in: Charta VN, Art 21 Rn 77. Государственный департамент США в 1978 г. дал следующее определение понятия консенсус: «На практике консенсус означает, что решение является, в основном, приемлемым для делегаций, и те, кто не согласен с определенными аспектами резолюции, готовы внести свои оговорки в протокол вместо того, чтобы голосовать против нее или формально воздержаться. Консенсус следует отличать от единогласия, которое предполагает согласие всех участников по существу. По сути, консенсус является процедурой без формальных возражений. Однако результат практически одинаков: резолюция принимается при поддержке всех присутствующих государств, даже если они часто вносят возражения или особенности толкования в протокол». См.: *Schwebel*, The Effect of the UN General Assembly on Customary International Law, ASIL Proc 1979, 301 (308).

обладающие численным превосходством, но в силу принуждения к компромиссам процедура отражает реальную ситуацию⁴¹⁰. Поэтому процедура является гибким инструментом, при помощи которого решение по существу переносится на будущее, на момент исполнения решения на практике.

136 Вследствие критики в отношении процедуры консенсуса часто используется другая процедура, которая предусматривает отказ не только от формального голосования, но и от формального установления достигнутого согласия, одновременно обеспечивая принятие резолюции. Эта процедура *принятия решения без голосования (adoption without a vote)* на регулярной основе используется в Комитете по правовым вопросам. Иногда процедура применяется и в ГА⁴¹¹.

137 Поскольку формулировка ст. 18 (абз. 1) Устава является однозначной, для введения пропорционального голосования необходимо было бы внести изменения в Устав (ст. 108), которые маловероятны с политической точки зрения, хотя было бы целесообразно, чтобы голоса основных плательщиков взносов в рамках пропорционального подсчета голосов (*weighted voting*)⁴¹² приобрели бы больший вес, например, в связи с принятием бюджета⁴¹³. В специализированных учреждениях, в которых в принципе невозможно добиться результатов без установления зависимости между правом голоса и ответственностью, используется система пропорционального голосования, несмотря на действующий принцип равенства государств⁴¹⁴. В ЕС также действует пропорциональная система подсчета голосов согласно ст. 16 (абз. 4) Договора о ЕС и ст. 238 (абз. 2 и 3) ДФЕС⁴¹⁵. Однако следует учитывать, что пропор-

⁴¹⁰ О значении указанной процедуры для дискуссий по бюджету ООН см.: *Klein* (сноска 234) 87ff. Влияние консенсуса на политическую обязательность резолюций интерпретируется по-разному. См., с одной стороны, *Wolfrum*, in *Charter UN*³, Art 18 Rn 31ff; *ders/Pichon*, *Consensus*, in *MPEPIL*, II, 673, Rn 22ff, с другой стороны, *Schaefer*, in: *Charta VN*, Art 21 Rn 77.

⁴¹¹ См.: *Fitschen*, in *Charter UN*³, Art 21 Rn 76f.

⁴¹² См.: *Schermers*, *Weighted Voting*, *EPIL IV* (2000) 1446f; *Gold*, *Weighted Voting Power*, *AJIL* 68 (1974) 687ff.; *Strand/Rapkin*, *Weighted Voting in the UNSC: A Simulation*, in *Simulation and Gaming* (SAGE) 2010, 1ff.

⁴¹³ См.: *Klein* (сноска 234) 84ff. См. также высказывание Председателя 28-й сессии ГА *Benuteca* (Эквадор): «Идея пропорционального голосования привела бы к окончательному распаду организации». См.: *Scheuner*, *Aufgaben und Strukturwandlungen im Aufbau der Vereinten Nationen*, in: *Kewenig* (Hrsg.), *Die Vereinten Nationen im Wandel*, 1975, 189 (227).

⁴¹⁴ Ср. группу Всемирных банков (МФК, МБРР, МАР, МИГА, ИКСИД), МВФ (ILM31 [1992] 1311) и Международный фонд сельскохозяйственного развития (ИФАД). См.: *Wolfrum*, *Neue Elemente im Willensbildungsprozess internationaler Wirtschaftsorganisationen*, *VN* 1981, 50ff. Некоторые авторы говорят об ограничении государства его «социально-экономическими функциями», см.: *Bülck*, *Der Strukturwandel der internationalen Verwaltung*, 1962, 29; *Bernhardt*, *Betrachtungen zur Stimmverteilung und Stimmwägung in internationalen Organisationen*, *FS Hahn*, 1997, 531ff.

⁴¹⁵ Подробнее о Люксембургском компромиссе см.: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (сноска 86) § 5 Rn 75ff. Если решение можно принять простым большинством (исключение!), каждое государство имеет один голос.

циональное голосование проще использовать в международных организациях, деятельность которых ограничена определенными функциями, чем в международных организациях с широкими политическими полномочиями, как ООН.

Постановления (резолюции) Генеральной Ассамблеи носят обычно *рекомендательный характер*, т. е. не имеют обязательной юридической силы, даже если ГА принимает решение в форме декларации⁴¹⁶. Однако в ряде случаев Устав ООН наделяет ГА полномочиями по принятию юридически обязательных решений, однако они касаются исключительно решений по внутренней организации ООН (ст. 4–6, 17, 23, 61, 97, 108, 109)⁴¹⁷. Если ГА уполномочена представлять ООН на основании правил внутренней организации, она вправе расторгать договоры⁴¹⁸. Однако в иных случаях сохраняется рекомендательный характер постановлений, несмотря на критику со стороны авторитетных авторов, прежде всего, из стран третьего мира⁴¹⁹. На учредительной конференции в Сан-Франциско ГА не была наделена полномочиями по нормотворчеству. В качестве компенсации за это ограничение она была наделена широкими полномочиями по обсуждению и рекомендациям. Таким образом, она не обладает правом обязательного толкования Устава ООН⁴²⁰. Поскольку голосование государств-членов нельзя непосредственно рассматривать как практику государств или как выражение юридически релевантного убеждения, резолюции *ГА не являются непосредственным проявлением международного обычного права* и не могут считаться обязательными по этой причине⁴²¹. Можно утверждать только, что в отдельных случаях при единогласном принятии решений, т. е. в том числе при участии непосредственно затронутых государств, возникает неформальный межгосударственный консенсус. Однако такой консенсус должен быть подтвержден последующими действиями государств, прежде чем он может быть квалифицирован как источник права⁴²².

⁴¹⁶ «Резолюции ГА ООН не являются обязательными, они носят лишь рекомендательный характер» (ICJ Rep 1966, 6, 50). См. также: *Tomuschat*, Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten — Zur Gestaltungskraft von Deklarationen der UN-Generalversammlung, ZaöRV 36 (1976) 444ff.

⁴¹⁷ См.: *Verdross/Simma* (сноска 43) 404f, 407f.

⁴¹⁸ ICJ Rep 1971, 50 zu A/RES/2145 (XXI): ГА объявила о прекращении мандата Южной Африки.

⁴¹⁹ *Elias*, The International Court of Justice and Some Contemporary Problems, 1983, 214f; *Asamoah*, The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations, 1966, 35; *Castañeda*, Legal Effects of United Nations Resolutions, 1969, 123.

⁴²⁰ *Klein/Schmahl*, in Charter UN³, Art 10 Rn 50.

⁴²¹ Однако если они относятся к международному обычному праву, они носят обязательный характер. См.: *Skubiszewski*, Resolutions of the UN General Assembly and Evidence of Custom, FS Ago I, 1987, 503ff.

⁴²² См.: *Simma*, Zur völkerrechtlichen Bedeutung von Resolutionen der UN-Generalversammlung, in: Bernhardt/Delbrück/v. Münch/Rudolf (Hrsg.), Fünftes

139 Однако, несмотря на это, резолюции ГА имеют *юридическое значение*⁴²³, поскольку они указывают на тенденции развития права и, в любом случае, содержат юридически релевантные мнения, которые могут послужить поводом для обсуждения⁴²⁴. Несмотря на то, что резолюции в связи с отсутствием обязательной юридической силы не могут являться правовым основанием для действий государств, действующие в соответствии с резолюциями⁴²⁵, могут привести более убедительные аргументы в случае юридического спора в отношении их действий. Можно сказать, что бремя доказывания переходит на того, кто оспаривает правомерность мнения, выраженного в резолюции. Государствам-членам не следует недооценивать действие резолюций в долгосрочной перспективе. С другой стороны, очевидно, что Генеральная Ассамблея в целом утрачивает свое значение. Поэтому в настоящее время прилагаются усилия для изменения структуры и активизации ГА⁴²⁶, хотя эти действия пока не привели к конкретным результатам. В 2006 г. было принято решение о том, что ГА уполномочена проводить неформальные дебаты по актуальным вопросам. Эта возможность часто используется на практике⁴²⁷.

г) Совет Безопасности ООН

140 Совет Безопасности (СБ) является важнейшим политическим органом ООН⁴²⁸. На него возложена *главная ответственность за поддержание международного мира и безопасности* (ст. 24 (абз. 1) Устава ООН). Особые полномочия, связанные с выполнением этих обязанностей, определены в Главах VI–VIII и XII и в других специальных нормах (например, ст. 94 (абз. 2)). Статья 12 Устава является нормой, регулирующей процедуру, которая

Deutsch-Polnisches Juristen-Kolloquium, Bd II, 1981, 45ff. Следует упомянуть также Декларацию правовых принципов, регулирующих деятельность государств по исследованию и использованию космического пространства от 13.12.1963 г.

⁴²³ Skubiszewski, The Elaboration of General Multilateral Conventions and of Non-Contractual Instruments Having a Normative Function or Objective, in: AIDI 61 I (1985) 305ff; Klein/Schmahl, in Charter UN³, Art 10 Rn 51ff.

⁴²⁴ См. мнение судьи *Лаутерпахта* (ICJ Rep 1955, 90, 119), согласно которому государства обязаны «добросовестно учитывать» резолюции ГА.

⁴²⁵ См.: *Brownlie*, Principles of Public International Law, 6. Aufl 2003, 663ff.

⁴²⁶ См., например, A/RES/56/509 v 8.7.2002; A/RES/59/313 v 12.9.2005; A/RES/61/292 v 2.8.2007, а также актуальную резолюцию A/RES/65/315 v 12.9.2011.

⁴²⁷ S. A/RES/60/286 v 8.9.2006.

⁴²⁸ *Wood*, United Nations Security Council, in MPEPIL, X, 475ff; *Bruha*, Sicherheitsrat, in Handbuch VN, 763ff; *Bailey/Daws*, The Procedure of the UN Security Council, 3. Aufl 1998; *Bedjaoui*, Nouvel ordre mondial et contrôle de la légalité des actes du Conseil de Sécurité, 1994; *Kirgis*, The Security Council's First Fifty Years, AJIL 89 (1995) 506ff; *Malone* (Hrsg), The UN Security Council, 2004; *Blokker/Schrijver* (Hrsg), The Security Council and the Use of Force, 2005; *Luck*, The UN Security Council, 2006; *Abi-Saab*, The Security Council legibus solutus?, in: Gowlland-Debbas (Hrsg), International Law and the Quest for its Implementation, 2010, 20ff.

обеспечивает материально-правовое преимущество СБ по отношению к ГА по таким вопросам. Статья 26 предоставляет СБ мандат по вопросам регулирования вооружений, который до сих пор не использовался. Можно рассмотреть ст. 24 (абз. 1) в сочетании с абз. 2 предл. 1 как общую норму, которая упрямочивает СБ на выполнение указанных в ней задач⁴²⁹. Основная роль СБ при поддержании международного мира предполагает гарантию оперативной и эффективной реакции. Эта гарантия является основополагающей для Устава, что следует из положений о членстве и способах деятельности (ст. 23, 28, 29). Однако действующие правила голосования, а также принципиально противоположные оценки политических ситуаций членами СБ привели к тому, что СБ часто не мог выполнять свои обязанности⁴³⁰.

В состав СБ входят представители 15 государств-членов ООН, каждое из которых направляет одного представителя (ст. 23 Устава). Пять непосредственно указанных в Уставе государств-членов состоят в Совете на постоянной основе (постоянные члены) при условии, что они остаются членами ООН. Китай⁴³¹, Россия⁴³², Соединенное Королевство, США и Франция являются постоянными членами СБ. Десять непостоянных членов избираются Генеральной Ассамблеей на два года. При этом учитывается степень участия государства в поддержании международного мира, а также принцип равномерного географического представительства⁴³³. Для обеспечения непрерывности функционирования сроки выборов устанавливаются таким образом, чтобы в СБ ежегодно привлекались 5 новых

141

⁴²⁹ Delbrück, in: Charter UN, Art 24 Rn 10; Lailach, Die Wahrung des Weltfriedens und der internationalen Sicherheit als Aufgabe des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen, 1998, 37ff. Martenczuk, Rechtsbindung und Rechtskontrolle des Weltsicherheitsrats, 1996, 37ff; Troost, Die Autorisierung von UN-Mitgliedstaaten zur Durchführung militärischer Zwangsmaßnahmen des Sicherheitsrates in Recht und Praxis der Vereinten Nationen, 1997, 115ff.

⁴³⁰ В 1950-х гг. в связи с резолюцией «Единство в пользу мира» (см. выше абз. 130) и формированием Чрезвычайных вооруженных сил ООН политический приоритет перешел к ГА, но позже приоритет СБ был восстановлен. См.: Delbrück, Die Entwicklung des Verhältnisses von Sicherheitsrat und Vollversammlung der Vereinten Nationen, 105. К сожалению, такую ситуацию можно наблюдать и в настоящее время (Косово 1999 г., война в Ираке 2003 г., конфликт в Сирии 2012 г.). См также.: Freuding, Entscheidungsfindung im UN-Sicherheitsrat, in: Dicke/Fröhlich (сноска 362) 64ff.

⁴³¹ До 1971 г. Китай был представлен национально-китайским правительством (Тайвань). Только изменение курса США сделало возможным признание правительства Китайской Народной Республики в качестве представителя Китая. См.: A/RES/2758 (XXVI) v 25.10.1971; Neukirchen, Die Vertretung Chinas und der Status Taiwans im Völkerrecht, 2004, 212ff.; Gareis, Taiwans UN-Mitgliedschaft: richtiges Ziel, falscher Weg, VN 2008, 59ff.

⁴³² Российская Федерация заняла место Советского Союза. См. выше абз. 71.

⁴³³ ФРГ неоднократно была непостоянным членом: 1977/78, 1987/88, 1995/96, 2003/2004, 2011/2012 (ГДР: 1980/81). См.: Pleuger, Konflikte werden nicht à la carte serviert. Deutschlands neue Amtszeit im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, VN 2002, 209ff.; Wittig, Deutschland im UN-Sicherheitsrat, VN 2011, 3ff.

членов. Большинство в две трети голосов, обязательное в ГА (ст. 18 (абз. 2)), может привести к тому, что выборы не могут быть проведены в установленные сроки. СБ сохраняет дееспособность, пока наличие вакансий не влияет на наличие кворума (9 членов, ст. 27 (абз. 2) Устава)⁴³⁴. В этой связи было бы целесообразным внести изменение в Устав, согласно которому сроки пребывания в СБ для старых членов продляются до тех пор, пока не изберут новых.

142 Различия между постоянными и непостоянными членами проявляются при *голосовании в СБ*. Каждое государство имеет один голос, а решения СБ считаются принятыми, если за них поданы голоса 9 любых его членов (ст. 27 (абз. 1 и 2) Устава). Но если речь идет о решениях, не касающихся вопросов процедуры, требуется также согласие пяти постоянных членов. Иными словами, если хотя бы один из пяти постоянных членов проголосует против (*вето*), принимается негативное решение по материально-правовому вопросу. Из истории возникновения ООН следует, что без этой привилегии пяти государств, которая стала условием соглашения США, Великобритании и Советского Союза на конференции в Ялте (февраль 1945 г.), Устав ООН не был бы принят⁴³⁵. Великие державы ни при каких обстоятельствах не хотели создавать инструмент, который позволил бы СБ принимать обязательные решения против их воли и решения, направленные против них.

143 На основании практики работы СБ сформировались критерии для проведения различий между *вопросами процедуры и другими вопросами*. Согласно этим критериям решения о применении ст. 28–32 Устава ООН о повестке дня и ходе заседаний, о приглашении к участию в заседаниях, о созыве специальных и чрезвычайных сессий ГА рассматриваются как процедурные вопросы. Созыв ревизионной конференции на основании специальной нормы ст. 109 (абз. 1) Устава также относится к вопросам процедуры⁴³⁶. Еще Декларация от 7 июня 1945 г., принятая в Сан-Франциско, предусматривала, что в спорных случаях СБ принимает решение согласно ст. 27 (абз. 3) Устава ООН⁴³⁷. В рамках такого предварительного голосования не следует злоупотреблять правом «двойного вето» отрицая процедурный характер вопросов, однозначно относящихся к процедуре. СБ в прошлом старался

⁴³⁴ См.: *Suy*, Some Legal Questions Concerning the Security Council, FS Schlochauer, 1981, 677ff; *Schweisfurth*, in: Charter UN², Art 28 Rn 9.

⁴³⁵ О т. н. Ялтинской формуле см.: *Russell/Muther*, A History of the United Nations Charter, 1958, 457ff, 531ff.; *Khan*, Drafting History, in Charter UN³, Rn 42ff. Действующее индивидуальное право вето характеризует СБ как реликт послевоенного времени. Поэтому в современных условиях в процессе работы СБ возникают проблемы. См.: *Köchler*, The United Nations Organization and Global Power Politics: The Antagonism between Power and Law and the Future of World Order, Chinese JIL 5 (2006) 323ff.

⁴³⁶ См.: *Zimmermann*, in Charter UN³, Art 27 Rn 49f.

⁴³⁷ Текст Декларации см.: Charter UN³, Art 27 Annex, Rn 1ff.

не допускать таких злоупотреблений. При таких голосованиях многое зависит от личности действующего Председателя СБ. Процедура наложения двойного вето уже долгое время не использовалась, поскольку согласие достигалось в предварительном порядке⁴³⁸.

Право *вето*, предусмотренное ст. 27 (абз. 3) Устава ООН, предоставляет каждому постоянному члену возможность воспрепятствовать принятию СБ резолюции⁴³⁹. Прежде всего, речь идет о решениях о поддержании или восстановлении международного мира, а также о приеме новых членов. Проблематичным является применения т.н. «обратного вето» (*reverse veto*), посредством которого отклоняется окончание санкций, применение которых не было ограничено определенным сроком⁴⁴⁰. Для использования права вето не имеет значения, насколько соответствующее решение было бы юридически обязательным. Однако при использовании права вето необходимо, чтобы член СБ проголосовал *непосредственно* против принятия резолюции, т.е. (добровольного) отсутствия на заседании или голосовании или воздержания при голосовании недостаточно. Несмотря на то, что формулировка ст. 27 (абз. 3) Устава неоднозначна, такое толкование лежит в основе практики СБ и подтверждено МС⁴⁴¹.

Право вето в прошлом применялось сравнительно *часто*, особенно Советским Союзом во время конфликта между Востоком и Западом, а с начала 1970-х гг. — все чаще и США. После распада Советского Союза взаимопонимание упрочилось, поэтому право вето использовалось только в единичных случаях (таблица 4)⁴⁴². Однако любое обострение ситуации в развитии России или нарастание агрессивности Китая могут вернуть ситуацию в прежнее русло. В 2012 г. резолюция по Сирии

⁴³⁸ Zimmermann, in: Charter UN³, Art 27 Rn 159f; Demme, Hegemonialstellung im Völkerrecht: Der ständige Sitz im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, 2006, 72ff.

⁴³⁹ Речь идет о праве вето в широком смысле, в то время как право вето в узком смысле позволяет органу предотвратить вступление в силу решения другого органа. См.: Münch, Veto, EPIL IV (2000) 1283ff.

⁴⁴⁰ См.: Caron, The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council, AJIL 87 (1994) 552 (577ff).

⁴⁴¹ ICJ Rep 1971, 16, 22 (заключение по делу *Намибии*), см.: Payandeh (Fn 407), 507. С точки зрения догматики не выяснено, насколько такой результат является результатом толкования или результатом развития права посредством практики органа, признанной государствами-членами (ст. 31 (абз. 3 b) Венской конвенции о ПМД), или отражает согласованное изменение договора. Подробнее см.: Zimmermann, in Charter UN³, Art 27 Rn 175ff. «Конструктивное воздержание при голосовании», как в ст. 235 (абз. 1) ДФЕС, в Уставе ООН отсутствует.

⁴⁴² Значение и точность статистических данных не следует преувеличивать см.: Simma/Brunner/Kaul, in: Charter UN³, Art 27 Rn 125. Однако в целом эти данные отражают общую тенденцию. Дополнительные статистические данные см.: Foreign and Commonwealth Office (Hrsg), Tables of Vetoed Draft Resolutions in the United Nations Security Council 1946–1998, 1999; Patil, The Veto: A Historical Necessity, 2001; Höne, Die Vetos im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen 1991–2010, VN 2011, 72ff.

не была принята вследствие вето именно этих государств. Однако использование права вето в определенных ситуациях может быть предпочтительным, поскольку государство, использующее право вето, публично принимает на себя ответственность за непринятие резолюции. Попытки предотвратить голосование во избежание открытого конфликта, возможно, оказывают более негативное влияние на авторитет СБ, чем наложенные вето⁴⁴³. В качестве примера можно привести относительную бездеятельность ООН в связи с конфликтом в Югославии⁴⁴⁴, вследствие чего ООН поздно отреагировала на войну в Боснии и Герцеговине (1996 г.) и государства-члены НАТО провели военные операции в Косово (1999 г.) без мандата СБ⁴⁴⁵. СБ не смог прийти к общему мнению также в отношении конфликта в Ираке в 2003 г. США провели военную операцию, а СБ не смог вынести ни положительного решения (угроза вето со стороны Китая, Франции и России), ни отрицательного решения (угроза вето Великобритании и США)⁴⁴⁶. Реакция СБ на «арабскую весну» также продемонстрировала его недостатки. В то время как в отношении конфликта в Ливии единогласно была принята резолюция 1970 (2011), новая резолюция по этому конфликту, предусматривающая применение значительно более жестких мер, не была принята, поскольку пять членов СБ, в т. ч. ФРГ, воздержались⁴⁴⁷. Резолюция о применении санкций в связи с конфликтом в Сирии в 2012 г. не была принята вследствие двойного вето России и Китая⁴⁴⁸.

⁴⁴³ К вопросу о «латентном вето» см.: *Eitel*, *Bewährungsproben für den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, Friedens-Warte* 74 (1999) 126, 135f.

⁴⁴⁴ К вопросу о бесплодных попытках ООН см.: *Weller*, *The International Response to the Dissolution of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, *AJIL* 86 (1992) 596ff; *Trautmann*, *Das hilflose Europa*, in: *Furkes/Schlarp* (Hrsg), *Jugoslawien: Ein Staat zerfällt*, 1991, 177ff.

⁴⁴⁵ См.: *E. Klein*, *Keine innere Angelegenheit*, *FAZ* v 21.6.1999, 15; *Wilms*, *Der Kosovo-Einsatz und das Völkerrecht*, *ZRP* 1999, 227ff; *Lange*, *Zu Fragen der Rechtmäßigkeit des NATO-Einsatzes im Kosovo*, *EuGRZ* 1999, 313ff; *K. Ipsen*, *Der Kosovo-Einsatz — Illegal? Gerechtfertigt? Entschuldbar?*, *Friedens-Warte* 74 (1999) 19ff; *Kreß*, *Staat und Individuum in Krieg und Bürgerkrieg*, *NJW* 1999, 3077ff; *Köck*, *Legalität und Legitimität der Anwendung militärischer Gewalt*, *ZöR* 54 (1999) 133ff. См. критическое мнение в: *Simma*, *NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects*, *EJIL* 10 (1999) 1ff; *Deiseroth*, *«Humänitäre Intervention» und Völkerrecht*, *NJW* 1999, 3084ff; *Cassese*, *Ex iniuria ius oritur: Are We Moving Towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, *EJIL* 10 (1999) 23ff.

⁴⁴⁶ Правительство Германии заблаговременно, в сентябре 2002 г., приняло решение против военных действий и против резолюции СБ, придающей им законность.

⁴⁴⁷ Hierzu *Geiß/Kashgar* (сноска 53), 99ff; к вопросу о последствиях воздержания непостоянных членов СБ: *Fröhlich/Langehenke*, *Enthaltbarkeit bei Enthaltungen*, *VN* 2011, 159 (164ff).

⁴⁴⁸ *Payandeh* (сноска 407), 508; см. также: *Vashakmadze*, *Responsibility to Protect*, *Charter UN*³, Rn 47f.

Таблица 4.

Использование права вето постоянными членами Совета Безопасности

Период	Китай	Франция	Великобритания	Советский Союз/Россия	США
1946–1970	1	4	4	105	1
1970–1982	1	11	16	8	34
1983–1990	0	3	10	2	34
1991–2010	4	0	0	6	14
Всего	6	18	30	121	83

Источник: Löwe, Die Vetos im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen (1983–1990), VN 1991, 11; Höne, Die Vetos im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen (1991–2010), VN 2011, 72.

Период	Китай	Франция	Великобритания	Россия	США
1991	–	–	–	–	–
1992	–	–	–	–	–
1993	–	–	–	1 ¹	–
1994	–	–	–	1 ²	–
1995	–	–	–	–	1 ³
1996	–	–	–	–	1 ⁴
1997	1 ⁵	–	–	–	2 ⁶
1998	–	–	–	–	–
1999	1 ⁷	–	–	–	–
2000	–	–	–	–	–
2001	–	–	–	–	2 ⁸
2002	–	–	–	–	2 ⁹
2003	–	–	–	–	2 ¹⁰
2004	–	–	–	1 ¹¹	2 ¹²
2005	–	–	–	–	–
2006	–	–	–	–	2 ¹³
2007	1 ¹⁴	–	–	1 ¹⁴	–
2008	1 ¹⁵	–	–	1 ¹⁵	–
2009	–	–	–	1 ¹⁶	–
2010	–	–	–	–	–
2011	1 ¹⁸	–	–	1 ¹⁸	1 ¹⁷
2012	1 ¹⁹	–	–	1 ¹⁹	–
Всего	6	0	0	8	15

Источник: VN 1996, 108 (1993–1995); VN 1999, 112 (1996–1998); <http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/scact.htm> (für 1994–2012).

- ¹ о финансировании ВСООНК, по которому позднее достигнуто соглашение (S/25693)
- ² о реализации ограничений грузовых перевозок между Федеративной Республикой Югославией (Сербия и Черногория) и контролируемые сербами областями в Боснии и Герцеговине, а также Хорватии (S/1994/1358)
- ³ о мерах экспроприации в Восточном Иерусалиме (S/1995/394)
- ⁴ о назначении на должность Генерального секретаря ООН (S/1996/952)
- ⁵ о назначении военных наблюдателей в Контрольную миссию ООН в Гватемале (MINUGUA) (S/1997/18)
- ⁶ об израильских операциях в поселениях Восточного Иерусалима (S/1997/199, S/1997/241)
- ⁷ о продлении мандата СПРООН (S/1999/201)
- ⁸ о положении в оккупированных Израилем районах (S/2001/270, S/2001/1199)
- ⁹ о Миссии ООН в Боснии и Герцеговине /СФОР и положении в оккупированных Израилем районах (S/2002/712, S/2002/1385)
- ¹⁰ о положении в оккупированных Израилем районах (S/2003/891, S/2003/980)
- ¹¹ об окончании операции ВСООНК и предоставлении мандата Миссии ООН на Кипре (S/2004/313)
- ¹² о положении в оккупированных Израилем районах (S/2004/240, S/2004/783)
- ¹³ о положении в оккупированных Израилем районах (S/2006/508, S/2006/878)
- ¹⁴ о военном режиме в Бирме (S/2007/14)
- ¹⁵ о санкциях против Зимбабве (S/2008/447)
- ¹⁶ о продлении мандата МООННГ (Грузия) (S/2009/310)
- ¹⁷ о ситуации на Ближнем Востоке, включая вопрос Палестины (S/2011/24)
- ¹⁸ об осуждении применения репрессий в Сирии (S/2011/612)
- ¹⁹ о поддержании плана мирного урегулирования сирийского конфликта (S/2012/77).

146 В важном случае право вето прямо исключается, несмотря на то что речь идет о решении дела по существу. Речь идет об *избрании судей Международного суда*⁴⁴⁹: в этом случае необходимо абсолютное большинство голосов и в ГА, и в СБ (ст. 10 Статута МС). Из этого следует также исключение из общего правила, согласно которому «за» должны проголосовать девять

⁴⁴⁹ См.: *Amerasinghe, Judges of the International Court of Justice — Election and Qualifications*, Leiden JIL 14 (2001) 335ff.

членов СБ, тогда как в данном случае абсолютное большинство при 15 членах составляет восемь голосов (ст. 27 (абз. 2)). Статья 27 (абз. 3) Устава ООН предусматривает другую возможность в случае, если постоянный член СБ выступает стороной в споре⁴⁵⁰, который рассматривает СБ (Глава VI или ст. 52 (абз. 3)). Такая обязанность постоянного члена воздержаться от голосования направлена на реализацию принципа «никто не должен быть судьей в собственном деле». Если по политическим причинам (Глава VII) указанный принцип реализовать невозможно, он должен быть применен в процессе урегулирования спора мирным путем.

В иных случаях резолюции СБ принимаются *без формального голосования*⁴⁵¹, если достигнуто согласие и стороны не настаивают на голосовании. Заявления СБ, которые иногда содержат разъяснения текстов резолюций, а иногда — предупреждения и обращения, изложены в заявлениях Председателя СБ. (Неюридическое) значение таких заявлений⁴⁵² зависит от авторитета СБ, который подрывается, если единственной целью таких заявлений является сокрытие разногласий членов СБ. 147

Значение функций СБ требует *постоянного присутствия* представителей членов Совета в Нью-Йорке (ст. 28 (абз. 1)), чтобы в любое время можно было собрать заседание. *Заседания* созывает Председатель СБ. Правило 1 (до сих пор) временного Регламента⁴⁵³, который основывается на ст. 30 Устава ООН, предусматривает, что промежуток между заседаниями должен составлять не более 14 дней; однако обычно заседания СБ проводятся чаще (2011: 235). В иных случаях Председатель созывает заседания по своему усмотрению — на основании консультаций с членами. Он обязан их созывать по требованию любого члена СБ (правило 2), по предложению Генерального секретаря (ст. 99 Устава) или ГА (ст. 11 (абз. 2 и 3) Устава), а также при рассмотрении в СБ согласно ст. 35 Устава спора или ситуации, угрожающей миру (правило 3). Заседания проводятся в открытом режиме, но могут быть и закрытыми (правило 48). Согласно ст. 31 и 32 Устава в заседании могут принимать участие государства-члены ООН, не являющиеся членами СБ, и даже государства, не являющиеся членами ООН, если они являются сторонами в рассматриваемом споре. Однако только члены ООН, не являющиеся членами СБ, имеют право требовать участия в заседании⁴⁵⁴. 148

⁴⁵⁰ См. подробнее: *Zimmermann*, in: Charter UN³, Art 27 Rn 203ff. Иначе обстоит дело в случаях, когда СБ рассматривает не «спор», а «ситуацию» или «вопрос»; об определении понятий см.: *Klein/Schmahl*, in: Charter UN³, Art 12 Rn 6f.

⁴⁵¹ Подробнее см.: там же, *Simma/Brunner/ Kaul* in: Charter UN², Rn 111ff.

⁴⁵² См.: *Talmon*, The Statements by the President of the Security Council, Chinese JIL 2 (2003), 419 (452).

⁴⁵³ UN Doc S/96/Rev 7 (1983). Текст: *Simma* (Hrsg), Charta VN, 1180ff.

⁴⁵⁴ *Dolzer/Kreuter-Kirchhof*, in: Charter UN³, Art 31 Rn 17, называют такую норму «компенсирующей нормой» (*compensatory rule*).

Для нечленов ООН условия участия устанавливает СБ, т.е. фактически их участие зависит от усмотрения СБ. Соответствующее правило действует в отношении членов ООН, которые не представлены в СБ, если рассматриваются вопросы, которые, по мнению СБ, непосредственно затрагивают интересы указанных государств (ст. 31 Устава).

149 Ротация *председателей* СБ осуществляется ежемесячно в очередности, установленной по списку 15-ти членов согласно английскому алфавиту (правило 18 Регламента). Таким образом, каждое государство-член председательствует не реже одного раза за двухгодичный период избрания непостоянных членов. Председатель руководит заседаниями (правило 19) и подготавливает предварительную повестку дня вместе с Генеральным секретарем (правило 7). При осуществлении деятельности СБ его поддерживают постоянные комитеты, прежде всего Комитет по приему новых членов, и комитеты *ad hoc*⁴⁵⁵. При необходимости СБ может учреждать вспомогательные органы (ст. 29 Устава). К ним относятся, например, Комиссия по миростроительству, созданная СБ совместно с ГА (ст. 22 Устава) в 2005–2006 гг.⁴⁵⁶, или созданная на основании резолюции 1904 (2009) и расширенная в 2011 г. Служба омбудсмена.

150 Основополагающая роль СБ подчеркивается в ст. 25 Устава ООН, которая обязывает членов ООН «подчиняться *решениям* Совета Безопасности и выполнять их». Сфера действия этого положения не установлена однозначно⁴⁵⁷. Для лучшего понимания следует учитывать, что многие резолюции СБ содержат только *рекомендации*, не имеющие обязательной силы. Это касается, в частности, Глав VII и VIII. Если *решение*, принятое в соответствии с названными главами, по своему характеру не может быть только рекомендацией, то следует исходить из его *обязательности*⁴⁵⁸. Решения, вынесенные на основании Главы VI, напротив, не могут претендовать на обязательный характер⁴⁵⁹. Это следует из ст. 27 (абз. 3) Устава ООН, которая предусматривает, что постоянные члены должны воздерживаться от голосования в этой области (см. выше абз. 146), иными словами, отказаться от права вето. В то же время СБ может содействовать выполнению решений Международного суда посредством принятия решений, но, как правило, в форме рекомендаций (ст. 94 (абз. 2) Устава). В консультативном заключении о *Намибии*

⁴⁵⁵ См. ниже абз. 205.

⁴⁵⁶ См. ниже абз. 205.

⁴⁵⁶ См. ниже абз. 205.

⁴⁵⁷ *Kewenig*, Die Problematik der Bindungswirkung von Entscheidungen des Sicherheitsrats, FS Scheuner, 1973, 259; *Krökel*, Die Bindungswirkung von Resolutionen des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen gegenüber Mitgliedstaaten, 1977; *de Wet*, The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council, 2004; *v Arnault*, Völkerrecht, 2012, Rn 150.

⁴⁵⁸ *Peters*, in: Charter UN³, Art 25 Rn 11. См. также ст. 48 Устава ООН.

⁴⁵⁹ Противоположная точка зрения см. *Peters*, там же, Rn 13f.

Международный суд подтвердил, что обязательный характер решений СБ не должен ограничиваться случаями, предусмотренными нормами Главы VII⁴⁶⁰, однако такое толкование представляется спорным.

Обязательность решений СБ, вытекающая из ст. 25 Устава ООН, касается государств-членов, но не оказывает *прямого влияния на внутригосударственный правовой порядок*⁴⁶¹. ООН не является наднациональной организацией, правовые акты которой должны были бы применяться непосредственно государственными правоприменительными органами⁴⁶². Государства-члены обязаны обеспечивать их применение, как правило, путем создания соответствующей правовой базы. Так, обязательное решение СБ об экономическом эмбарго в отношении какого-либо государства (ст. 41 Устава) не устанавливает специального обязательства для граждан государств-членов: их действия не считаются противоправными, если они, несмотря на эмбарго, занимаются торговлей. В этом случае соответствующую правовую норму должно принять государство-член⁴⁶³, на которое по международному праву возлагается ответственность при неисполнении.

В связи с обязательным характером решений СБ, значение которой возрастает вследствие обязанности членов соблюдать их обязательства по Уставу ООН в приоритетном порядке в случае противоречия с иными международными соглашениями (ст. 103 Устава), следует рассмотреть вопрос о *нормативных границах и контроле*⁴⁶⁴. Прежде всего это касается ситу-

⁴⁶⁰ ICJ Rep 1971, 16, 53 (заключение по делу *Намбия*); *Higgins*, The Advisory Opinion on Namibia: Which Resolutions are Binding under Article 25 of the Charter, ICLQ 21 (1972) 270ff.

⁴⁶¹ См.: *Frowein*, United Nations, EPIL IV (2000) 1029 (1036); *Schreuer* (сноска 43) 467; *Denis*, Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité des Nations unies: portée et limites, 2004; *Zimmermann/Elberling*, Grenzen der Legislativbefugnisse des Sicherheitsrats. Resolution 1540 und abstrakte Bedrohungen des Weltfriedens, VN 2004, 71ff; *Akram/Shah*, The Legislative Powers of the United Nations Security Council, in: Macdonald/Johnston (сноска 291) 431ff; *Alvarez*, International Organizations as Law-Makers, 2005, особенно 184ff; *Elberling*, The *Ultra Vires* Character of Legislative Action by the Security Council, IOLR 2 (2005) 337ff; *Marschik*, Legislative Powers of the Security Council, in: Macdonald/Johnston (сноска 291) 457ff; *Talmon*, The Security Council as World Legislature, AJIL 99 (2005) 175ff; *Mebiana*, Le pouvoir normatif du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies, in: *Revue internationale de droit africain* 2010, 29ff.

⁴⁶² См. Постановления ЕС согласно ст. 288 ДФЕС.

⁴⁶³ Например, § 7 Закона о внешнеэкономической деятельности (BGBl 1961 I, 481); см.: *Brandl* (сноска 256). О применении экономического эмбарго Евросоюзом на основании резолюций СБ см. ст. 215 ДФЕС, а также: *Streinz*, *Europarecht*, 9. Aufl 2012, Rn 125ff.

⁴⁶⁴ После окончания конфликта между Востоком и Западом проблема все чаще рассматривается в литературе в связи с действиями СБ против Ирака в пользу курдов и против Ливии по поводу выдачи граждан (дело Локерби), а также в связи с действиями СБ по отношению к лицам, подозреваемым в международном терроризме (*целенаправленные санкции*). См.: *Ipsen* (сноска 61) 41ff; *Franck*, «The Power of Appreciation»: Who is the Ultimate Guardian of UN Legality, AJIL 86 (1992) 519ff и 638ff; *Reisman*, The

аций, в которых, как в случаях международного терроризма, решения СБ требуют от государств-членов непосредственных действий по отношению к подозреваемым (ограничения свободного передвижения, наложения ареста на имущество)⁴⁶⁵. Если полномочия на совершение действий СБ вытекают из определенных правовых норм, необходимо учитывать их предпосылки, например, ст. 39 Устава в отношении действий в рамках Главы VII. Применение общей нормы ст. 24 (абз. 1) Устав в сочетании с абз. 2 возможно только для реализации целей и принципов ООН (ст. 1 и ст. 2 Устава). В области поддержания и восстановления международного мира СБ не обладает неограниченной властью⁴⁶⁶. Однако на практике действие этого принципа ограничено, поскольку регулирование контроля за действиями СБ является рудиментарным. Согласно внутреннему праву ООН акты органов ООН, в том числе СБ, не могут оспариваться государствами-членами (или другими государствами) в судебном порядке⁴⁶⁷. Проверка со стороны Международного суда может осуществляться только опосредованно, если государство, напрямую затронутое решением СБ, заявит о нарушении его права другим государством, которое обосновывает свои действия решением

Constitutional Crisis in the United Nations, AJIL 87 (1993) 83ff; *Oosthuizen*, Playing the Devil's Advocate, Leiden JIL 12 (1999) 549ff; *Reinisch*, Developing Human Rights and Humanitarian Law Accountability of the Security Council for the Imposition of Economic Sanctions, AJIL 95 (2001) 851ff; *Biehler*, Individuelle Sanktionen der Vereinten Nationen und Grundrechte, AVR 41 (2003) 169ff; *Schilling*, Der Schutz der Menschenrechte gegen Beschlüsse des Sicherheitsrats, ZaöRV 64 (2004) 343ff; *Orakhelashvili*, The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions, EJIL 16 (2005) 59ff; *Schaller*, Die Richtigen treffen, VN 2005, 132ff; *Giegerich*, Verantwortlichkeit und Haftung für Akte internationaler und supranationaler Organisationen, ZvGLRWiss 104 (2005) 163 (178ff); *Payandeh*, Rechtskontrolle des UN-Sicherheitsrates durch staatliche und überstaatliche Gerichte, ZaöRV 66 (2006) 41 ff; *Willis*, Security Council Targeted Sanctions, Due Process and the 1267 Ombudsperson, GJIL 42 (2011), 675ff; *Witte*, Gewaltenteilung im Völkerrecht?, AöR 137 (2012), 223ff; к вопросу о легитимности международных организаций см.: Coicaud/Heiskanen (Hrsg), The Legitimacy of International Organizations, 2001; *Janik*, Die Bindung internationaler Organisationen an internationale Menschenrechtsstandards, 2012; см. также ниже абз. 197.

⁴⁶⁵ См. резолюции СБ: S/RES/1267 v 15.10.1999; S/RES/1521 v 22.12.2003; S/RES/1572 (2004); S/RES/1636 v 31.10.2005; S/RES/1988 v 17.6.2011.

⁴⁶⁶ СБ не может игнорировать право на самоопределение народов. Существуют сомнения по поводу эмбарго на ввоз оружия (ст. 51 Устава ООН), если у жертвы нападения нет достаточных средств самозащиты (пример Боснии и Герцеговины). СБ не обладает правомочием по установлению определенного территориального порядка в целях прекращения вооруженного конфликта. См. также: *Virally*, L'organisation mondiale, 1972, 418; *Bernstein*, The Limitation of International Boundaries, 1974, 111; *Krökel* (сноска 457) 76ff; противоположная точка зрения см.: *Delbrück*, in Charter UN², Art 24 Rn 9.

⁴⁶⁷ Международный суд не обладает соответствующими полномочиями (см. ниже абз. 179 и след.). К вопросу о праве национальных судов рассматривать обязательные резолюции СБ см.: *de Wet/Nollkaemper*, Review of Security Council Decisions by National Courts, GYIL 45 (2002) 166 (184ff). К вопросу о практике суда ЕС см. ниже сноску 470.

СБ. Международный суд может в конкретном случае проверить правомерность действий СБ, если стороны спора признали юрисдикцию МС, причем решение МС будет обязательным только для сторон спора⁴⁶⁸. Вынесение консультативных заключений также обеспечивает правовой контроль решений СБ. Однако в этом случае в Международный суд могут обращаться только другие органы ООН или специализированные учреждения. Кроме того, консультативные заключения не являются обязательными⁴⁶⁹. Таким образом, вопрос о (косвенном) правовом контроле решений СБ перемещается на уровень государств-членов или их международных организаций, ответственных за реализацию этих решений (например, ЕС), что, в свою очередь, может вызвать новые вопросы о соотношении с ООН⁴⁷⁰. Такое ре-

⁴⁶⁸ Это касается процесса по делу Локерби, Ливия против США и Великобритании. Спор по существу завершился в результате отзыва ходатайств (2003 г.), ходатайство Ливии о предварительной правовой защите было отклонено Международным судом (ICJ Rep 1992, 3). См.: *T. Stein*, Das Attentat von Lockerbie vor dem Sicherheitsrat der Vereinten Nationen und dem Internationalen Gerichtshof, AVR 31 (1993) 206ff; *Graefrath*, Leave to the Court What Belongs to the Court — The Libyan Case, EJIL 4 (1993) 184 (2005); *Gowlland-Debbas*, The Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case, AJIL 88 (1994) 643ff; *Martenczuk*, The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?, EJIL 10 (1999) 517ff; *Marschang*, «UN-Gewaltenteilung» und die Lockerbie-Affäre, KJ 1993, 62ff; *Lim/Elias*, Sanctions without Law? The Lockerbie Case, Austr Rev Int'l Europ Law 4 (1999) 204ff; *Plachta*, The Lockerbie Case: The Role of the Security Council in Enforcing the Principle Aut Dedere Aut Judicare, EJIL 12 (2001) 125ff; *Schmahl*, Die «Rule of Law» in den Vereinten Nationen, RuP 2001, 219ff.

⁴⁶⁹ Ст. 96 Устава ООН, ст. 65 и след. Статута МС; см. также: *Thirlway*, Advisory Opinions, in MPEPIL, I, 97, Rn 26ff. В принципе, СБ не лишен Международным судом контрольной функции. К вопросу о соотношении между этими органами см. ниже абз. 184.

⁴⁷⁰ Суд ЕС установил преимущество защиты прав на уровне ЕС по отношению к праву ЕС, детерминированному международным правом, исходя из того, что процедура, предусмотренная на уровне ООН, «очевидно не предоставляет гарантий судебной защиты», см.: EuGH Slg 2008, I-271 (дела Кади (*Kadi*) и Аль Баракаат (*Al Barakaat*)). Суд ЕС первой инстанции отклонил возможность проверки права ЕС, детерминированного правом ООН, с точки зрения прав человека, установленных правом ЕС, поскольку он исходил из прерогативы резолюций СБ (ст. 103 Устава ООН) по отношению к праву ЕС. Однако суд ЕС первой инстанции провел проверку соответствующего постановления ЕС на соответствие императивному международному праву (*ius cogens*), которому должен подчиняться СБ, см.: EuG, Slg 2005, II-3533 и II-3549 (дела Юсуф (*Yusuf*) и Кади (*Kadi*)), см.: *v. Arnould*, UN-Sanktionen und gemeinschaftsrechtlicher Grundrechtsschutz, AVR 44 (2006) 201ff; *Kotzur*, Eine Bewährungsprobe für die Europäische Grundrechtsgemeinschaft. Entscheidung des EuG in der Rs Yusuf u a gegen Rat, EuGRZ 2006, 19ff; *Schmahl*, Effektiver Rechtsschutz gegen «targeted sanctions» des UN-Sicherheitsrats?, EuR 2006, 566ff; *Steinbarth*, Individualrechtsschutz gegen Maßnahmen der EG zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus, ZEuS 2006, 269ff; *Kämmerer*, Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs im Fall «Kadi», EuR 2009, 114ff; *Schmalenbach*, Bedingt kooperationsbereit: Der Kontrollanspruch des EuGH bei gezielten Sanktionen der Vereinten Nationen, JZ 2009, 35ff; *Kunoy/Dawes*, Plate Tectonics in Luxembourg, CMLRev 46 (2009) 73ff; *Neudorfer*, Antiterrormaßnahmen der Vereinten Nationen und Grundrechtsschutz der Union, ZaöRV 69 (2009), 979ff. Zur Verbesserung

гулирование раскрывает новые аспекты права вето. Оно является не только привилегией определенных держав, но и выполняет функцию внутреннего контроля, несмотря на то что при использовании права вето политические соображения превалируют над юридическими⁴⁷¹.

153 Одновременно уже давно и обоснованно *дискутируются перспективы реформы права вето*, хотя до сих пор постоянные члены СБ не продемонстрировали готовности изменить Устав ООН⁴⁷². Прежде всего, часто обсуждается вопрос об увеличении количества членов, в особенности постоянных членов СБ. Германия и Япония, а также Бразилия /Аргентина, Нигерия / Южная Африка / Египет и Индия / Пакистан проявляют особую заинтересованность⁴⁷³. Хотя мировое сообщество не исключает такого развития, изменение Устава в ближайшем будущем не планируется. Остается также открытым вопрос, должны ли новые постоянные члены в том же объеме пользоваться правом вето или образуется *отдельная категория* государств, *занимающая промежуточную позицию* между прежними постоянными и непостоянными членами. Следует признать, что расширение права вето не имеет шансов на реализацию, более того, оно нежелательно⁴⁷⁴. В любом случае в ближайшее время изменений ожидать не приходится⁴⁷⁵.

154 Решения СБ не имеют обязательной юридической силы, если они касаются государств, *не являющихся членами ООН*. Однако это не значит,

des Individualrechtsschutzes auf UN-Ebene durch SR-Res 1904 (2009) см.: *Feinäugle*, Individualrechtsschutz gegen Terroristenlistung?, ZRP 2010, 188ff.

⁴⁷¹ *Herdegen*, Die Befugnisse des UN-Sicherheitsrates. Aufgeklärter Absolutismus im Völkerrecht?, 1998, 9f.

⁴⁷² *Klein/Breuer*, (Un-)Vollendete Reformschritte in den Vereinten Nationen: die Beispiele Sicherheitsrat und Menschenrechtsrat, in: Münk (Hrsg), Die Vereinten Nationen sechs Jahrzehnte nach ihrer Gründung, 2008, 75 (92ff). В целом: *Fassbender*, UN Security Council Reform and the Right to Veto, 1998.

⁴⁷³ *Sucharipa-Behrmann*, The Enlargement of the Security Council, AustrJIL 47 (1994) 1ff; *Knapp*, Die gewachsene Rolle Deutschlands und Japans in den Vereinten Nationen, Friedens-Warte 73 (1998) 465 (477ff).

⁴⁷⁴ К вопросу об актуальном развитии дискуссии о реформе см.: *Blum*, Proposals for UN Security Council Reform, AJIL 99 (2006) 632ff; *Fassbender*, All Illusions Shattered? Looking Back on a Decade of Failed Attempts to Reform the UN Security Council, MPYUNL 7 (2003) 183ff; *Gareis*, Reform vertagt, VN 2006, 147ff; *Giegerich*, «A Fork in the Road» — Constitutional Challenges, Chances and *Lacunae* of UN Reform, GYIL 47 (2005) 29ff; *Hofstötter*, Einige Anmerkungen zur Reform des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen, ZaöRV 66 (2006) 143ff; *Varwick/Zimmermann* (Hrsg), Die Reform der Vereinten Nationen — Bilanz und Perspektiven, 2006; *Volger*, Die Reform der Vereinten Nationen, in: ders (Hrsg), Grundlagen, 487ff; *Fréchette*, Die Reform der Vereinten Nationen: eine Innenansicht, VN 2007, 1ff; *Volger*, Mehr Transparenz und mehr Beteiligung, VN 2010, 195ff.

⁴⁷⁵ Поскольку Франция и Великобритания не откажутся от права вето, идея о доверительном представительстве интересов государств ЕС в настоящее время не обсуждается, однако см. ст. 34 Договора о ЕС.

что Совету Безопасности запрещено обращаться к ним и что отсутствуют какие-либо политические последствия (подробнее см. абз. 91 и след.).

д) Экономический и социальный совет ООН

Важным направлением деятельности ООН является международное экономическое и социальное сотрудничество, предусмотренное в Главе IX Устава ООН⁴⁷⁶. В ст. 55 перечислены конкретные задачи в указанной сфере: содействие повышению уровня жизни и условиям экономического и социального прогресса, разрешению международных экономических и социальных проблем, международному сотрудничеству в области здравоохранения и культуры и уважению и соблюдению прав человека без дискриминации. Ответственность за выполнение задач ООН в области международного экономического и социального сотрудничества ст. 60 возлагает на Генеральную Ассамблею и ЭКОСОС⁴⁷⁷. **155**

ЭКОСОС, как и Совет Безопасности, является *органом с ограниченным членством*. В нем представлены 54 государства (ст. 61 (абз. 1) Устава)⁴⁷⁸. Они избираются Генеральной Ассамблеей большинством в две трети голосов (ст. 18 (абз. 2)) на три года. 18 членов ЭКОСОС избираются ежегодно (ст. 61 (абз. 2)). На практике постоянные члены СБ всегда переизбираются, но и многие другие ведущие государства представлены в ЭКОСОС⁴⁷⁹. Как правило, при формировании учитывается принцип равномерного географического представительства. **156**

Задачи и полномочия Совета связаны с внутренней организацией и внешней координацией. Устав ООН (ст. 62 (абз. 1 и 2)) наделяет ЭКОСОС полномочиями предпринимать исследования и давать рекомендации во всех сферах международного экономического и социального сотрудничества, указанных в ст. 55 Устава. Однако ЭКОСОС не вправе принимать решения, обязательные для других органов, организаций или государств-членов. Согласно ст. 62 (абз. 3 и 4) на ЭКОСОС возлагаются полномочия по подготовке соответствующих проектов конвенций и созыву международных **157**

⁴⁷⁶ Подробнее об этой сфере деятельности см. ниже абз. 208.

⁴⁷⁷ Sharp, The United Nations Economic and Social Council, 1969; Kirgis, United Nations Economic and Social Council, EPIL IV (2000) 1089ff; Lagoni, ECOSOC — Wirtschafts- und Sozialrat, in: Handbuch VN, 90ff; Breen, The Necessity of a Role for the ECOSOC in the Maintenance of International Peace and Security, Journal of Conflict and Security Law 12 (2007), 261ff.

⁴⁷⁸ До 1965 г. ЭКОСОС состоял из 18, затем до 1973 г. — из 24 членов. Расширение состава Совета объяснялось значительным увеличением количества членов ООН. Развивающиеся страны требуют его дальнейшего расширения.

⁴⁷⁹ С 1973 г. ФРГ неоднократно была членом ЭКОСОС, актуальное членство заканчивается 31.12.2014.

конференций (например, конференцию о народонаселении мира⁴⁸⁰). Для выполнения своих задач ЭКОСОС обязан сотрудничать с Советом Безопасности (ст. 65 Устава) и Генеральной Ассамблеей (ст. 66 Устава). В то время как сотрудничество с СБ ограничено⁴⁸¹, с ГА иногда возникают конфликты⁴⁸². Это вызвано, во-первых, верховенством ГА, установленным ст. 60 («под руководством Генеральной Ассамблеи») и ст. 66. Во-вторых, трения возникают из-за дублирования функций на практике, что нередко приводит к противоположным действиям. Кроме того, в задачи ЭКОСОС входит согласование деятельности специализированных учреждений (ст. 63 (абз. 2) Устава), которые проводят свою независимую политику, не всегда соответствующую политической программе Генеральной Ассамблеи. Помимо этого, административные ресурсы специализированных учреждений намного превосходят возможности ЭКОСОС. В силу этих обстоятельств ЭКОСОС не справляется со своими задачами. Поэтому его называют «хронически больным» органом ООН⁴⁸³. Для работы ЭКОСОС характерны отсутствие прозрачности, неэкономное использование ресурсов и *неэффективность*, вследствие чего были выдвинуты требования о фундаментальном реформировании ЭКОСОС и системы в целом⁴⁸⁴. В этом случае возникает вопрос, насколько ЭКОСОС в рамках необходимой реформы ООН следует формировать иначе или полностью его упразднить. Его задачи и полномочия можно было бы передать Генеральной Ассамблее и ее вспомогательным органам⁴⁸⁵.

158

Как уже упоминалось, ЭКОСОС координирует деятельность *специализированных учреждений* (в настоящее время 15-ти)⁴⁸⁶. Совет выполняет роль связующего звена между ООН и юридически самостоятельными организациями, особенность которых состоит в том, что они связаны с ООН договорными отношениями (ст. 57 Устава) и, следовательно, принадлежат к «семье ООН»⁴⁸⁷. ЭКОСОС заключает соглашения для ООН, подлежащие

⁴⁸⁰ См.: *Schechter*, United Nations Global Conferences, 2005. ЭКОСОС все чаще занимается постконфликтными ситуациями, прежде всего в Африке (например, в Гвинее-Бисау).

⁴⁸¹ См.: *Kunig/Tietje*, in: Charter UN³, Art 65 Rn 7ff.

⁴⁸² См.: *Kirgis* (сноска 477) 1092.

⁴⁸³ См.: *Lagoni* (сноска 477) Rn 19.

⁴⁸⁴ Доклад Бертранда. См.: UN Doc A/40/988, Some Reflections on Reform of the United Nations; *Bertrand*, Für eine Weltorganisation der Dritten Generation, 1988; Beiträge in Wolfrum (сноска 54); *Dicke*, Effizienz und Effektivität internationaler Organisationen, 1994.

⁴⁸⁵ См.: *Lagoni* (сноска 477) Rn 20; *Lagoni/Landwehr*, Charter UN³, Art 61 Rn 14. Ограниченные требования см.: *Röben*, in: Charter UN³, Art 61 Rn 5. *Suy*, Strukturwandel der Vereinten Nationen, in Wolfrum (сноска 54) 189 (193f) хочет, напротив, усилить ЭКОСОС за счет ГА. См. также доклад Генерального секретаря о реформе (сноска 20), § 171 и след.

⁴⁸⁶ См. таблицу к абз. 126.

⁴⁸⁷ Подробнее см. ниже абз. 225 и след.

утверждению Генеральной Ассамблеей (ст. 63 Устава). Специализированные учреждения представляют ЭКОСОСу свои отчеты (ст. 64).

ЭКОСОС состоит из 54 членов ООН. Каждый член имеет одного представителя, действующего в соответствии с указаниями государства-члена. Каждый член ЭКОСОС имеет один голос, причем голосование не является пропорциональным (ст. 61 (абз. 4), ст. 67 (абз. 1) Устава). *Порядок работы и принятия решений* регулируются Регламентом, установленным ЭКОСОС (ст. 72 Устава)⁴⁸⁸. Однако основные вопросы уже разрешены в Уставе. Например, согласно ст. 67 (абз. 2) Устава решения ЭКОСОС принимаются большинством голосов членов Совета, присутствующих и участвующих в голосовании; голоса воздержавшихся не принимаются во внимание (правило 60 (абз. 2) Регламента). Кворум, необходимый для принятия решения, определяется присутствием большинства членов, т. е. 28 (правило 41). *Председатель* избирается членами ЭКОСОС в начале первого годового заседания. Ротация осуществляется с учетом очередности пяти региональных групп ООН⁴⁸⁹.

В заседаниях могут принимать участие *не члены* ЭКОСОС без права голоса. Помимо объединений, которым предоставлен официальный статус наблюдателей⁴⁹⁰, к ним относятся члены ООН, если обсуждаются вопросы, составляющие для них особый интерес (ст. 69 Устава), и представители специализированных учреждений, которые занимаются соответствующими вопросами (ст. 70 Устава). С целью использования экспертных возможностей *неправительственных организаций*, заинтересованных в вопросах, входящих в компетенцию ЭКОСОС, ст. 71 Устава предусматривает возможность заключения Советом соглашений о консультативном статусе. На практике сложилось три формы⁴⁹¹ участия НПО в консультациях ЭКОСОС. К *категории I* относится относительно небольшое количество неправительственных организаций, которые выполняют работу, связанную с большинством видов деятельности ЭКОСОС, имеют большое количество членов во многих государствах-членах ООН и могут вносить значительный вклад в деятельность ЭКОСОС (общий консультативный статус). К этой категории относятся Международный совет по социальному обеспечению, Международная конфедерация свободных профсоюзов, Международная организация предпринимателей, Международный совет женщин, Международный Гринпис, Всемирная мусульманская лига, Хоуп

⁴⁸⁸ Un Doc E/5715/Rev 2. См. также: *Kaufmann*, United Nations Decision Making, 3. Aufl 1980, 53ff.

⁴⁸⁹ *Chaitidou*, in Charter UN³, Art 72 Rn 16. См. также: абз. 120.

⁴⁹⁰ Например, признанные освободительные движения; см. также выше абз. 89.

⁴⁹¹ Док. ООН E/RES/1996/31 заменил прежнюю резолюцию № 1296 (XLIV) 1968 г. и этим облегчил привлечение к деятельности ООН национальных и региональных НПО. В настоящее время (на 1.9.2012) 3536 НПО имеют консультативный статус, см.: UN Doc E/2011/INF/4.

интернешнл и др. К *категории II* принадлежат НПО, которые обладают специальной компетенцией в отдельных сферах деятельности ЭКОСОС (специальный консультативный статус). К ним относятся такие известные организации, как Международная амнистия, Организация по защите прав человека (Human Rights Watch), Международная федерация журналистов, Ассоциация международного права и Группа по правам меньшинств. К *категории III* относятся НПО, которые могут иногда вносить полезный вклад в работу ЭКОСОС. Они внесены в реестр Генерального секретаря по представлению ЭКОСОС или на основании их консультативного статуса в других органах ООН или в специализированных учреждениях. В качестве примеров можно привести Германский Союз охраны природы, Фонд Фридриха Эберта, Фонд Фридриха Науманна, Фонд Генриха Белля и др. С привлечением неправительственных организаций к деятельности ООН были связаны большие ожидания. Выбор НПО, имеющих консультативный статус, неоднократно подвергался критике. Однако практика показала полезность их инициатив в деятельности ЭКОСОС, особенно в сфере защиты прав человека и окружающей среды⁴⁹².

161 Для выполнения своих функций ЭКОСОС не только наделен правами в соответствии с общими положениями ст. 7 (абз. 2) Устава ООН, но и обязан создавать *комиссии* в экономической и социальной областях и для защиты прав человека (ст. 68 Устава)⁴⁹³. В целом выделяются шесть категорий комиссий⁴⁹⁴: (1) функциональные комиссии, например, по народонаселению, по правовому положению женщин⁴⁹⁵; (2) региональные экономические комиссии для Европы, Западной и Восточной Азии / Тихого океана, Латинской Америки и Африки; (3) постоянные комитеты по неправительственным организациям, природным ресурсам и транснациональным корпорациям; (4) комитеты *ad hoc*, например, по информатике или по развитию сельских районов; (5) экспертные органы по вопросам новых и возобновляемых

⁴⁹² См.: *Lagoni* (сноска 477) Rn 18f; *Pleuger/Fitschen*, «Giving greater opportunities to civil society to contribute to the goals and programmes of the United Nations» — Die Vereinten Nationen und die Rolle der Nichtregierungsorganisationen, FS Eitel, 2003, 193ff; *Strecker*, NGOs und die UNO, 2000; *Nuscheler*, Die Rolle von Nichtregierungsorganisationen für den internationalen Schutz der Umwelt und der Global Common Goods, in: v. Schorlemer (Hrsg), «Wir, die Völker (...)» — Strukturwandel in der Weltorganisation, 2005, 45ff; *Varella*, Le rôle des organisations non-gouvernementales dans le développement du droit international de l'environnement, JDI 132 (2005) 41ff. См. также выше абз. 20. Общий обзор в актуальной монографии см. *Bayko*, Die Rolle der Nichtregierungsorganisationen (NGOs) im internationalen Minderheitenschutz, 2011.

⁴⁹³ См.: *Riedel/Giacca*, in: Charter UN³, Art 68 Rn 8f.

⁴⁹⁴ Обзор см.: *Riedel/Giacca*, in: Charter UN³, Art 68 Rn 14f. Комиссия по экономическим, социальным и культурным правам также входит в ЭКОСОС, он избирает ее независимых членов.

⁴⁹⁵ Комиссия по правам человека, бывшая в ведении ЭКОСОС, была упразднена и заменена Советом по правам человека, который подчиняется ГА (см. ниже абз. 206).

источников энергии, а также по экономическим, социальным и культурным правам; (6) отчетные органы, касающиеся деятельности специализированных учреждений и других объединений/фондов, контроль над которыми возложен на ЭКОСОС.

Известно большое количество других юридически не самостоятельных **162** *объединений*, с которыми ЭКОСОС устанавливает контакты и координирует деятельность. К ним относятся, в частности, ПРООН, Управление Верховного комиссара ООН по делам беженцев, ЮНКТАД, ВПС, а также БА-ПОР и УООН (см. таблицу 3)⁴⁹⁶. В целом, существует сложная сеть главных и вспомогательных органов, учреждений, фондов и программ⁴⁹⁷. Необходима реорганизация этой системы, но, несмотря на мелкие изменения, конфликт интересов между развивающимися и развитыми странами, а также отсутствие воли к реформам препятствуют их претворению в жизнь.

е) Совет по опеке ООН

Совет по опеке как один из главных органов ООН выполняет особую задачу⁴⁹⁸ в рамках ответственности ООН за управление территориями, «народы которых еще не достигли полного самоуправления» (ст. 73 Устава). Совет по опеке совместно с Генеральной Ассамблеей (ст. 85, 87 Устава) и Советом Безопасности (ст. 83 Устава) осуществляет *систему опеки* (ст. 75–85 Устава). Система опеки охватывает территории, которые включены в нее на основании индивидуальных соглашений (соглашений об опеке) между государствами, несущими ответственность по международному праву, и ООН⁴⁹⁹. Это касается в основном бывших подмандатных территорий согласно праву Лиги Наций. Однако ст. 78 и след. Устава ООН не предусматривают для государств-мандатариев обязательство по заключению с ООН соглашения об опеке. Это не позволило преодолеть отказ Южной Африки подчиниться решению в отношении Юго-Западной Африки / Намибии⁵⁰⁰. Изначально ООН исходила из продления мандата Южной Африки, пока Генеральная Ассамблея с согласия Совета Безопасности не расторгла мандатное соглашение по причине неоднократных нарушений обязанностей государства-мандатария⁵⁰¹. В международной системе опеки Сомали (колония

⁴⁹⁶ Подробнее см.: *Köck/Fischer*, Internationale Organisationen, 249f.

⁴⁹⁷ *Szasz*, The Complexification of the United Nations System, MPYUNL 3 (1999) 1ff.

⁴⁹⁸ См.: *Rauschning*, United Nations Trusteeship System, EPIL IV (2000) 1193ff; *Ermacora*, Treuhandsystem/Treuhandrat, in: Handbuch VN, 862 ff.

⁴⁹⁹ Полномочием заключать соглашения от имени ООН обладает ГА (ст. 85 Устава), «стратегическими районами» (ст. 82 Устава) занимается СБ (ст. 83 Устава).

⁵⁰⁰ ICJ Rep 1950, 128ff (заключение по делу *Юго-Западной Африки*).

⁵⁰¹ Подробнее см.: *E. Klein*, Namibia, EPIL III (1997) 485ff.

Италии) является единственной территорией, которая ранее не относилась к подмандатным⁵⁰².

164 *Состав* Совета по опеке определен в ст. 86 Устава ООН. Он формируется по принципу, который уравнивает число членов Организации, управляющих и не управляющих территориями под опекой⁵⁰³. С 1975 г. только США управляли территорией под опекой (Тихоокеанские острова), и Совет по опеке состоял только из постоянных членов Совета Безопасности, причем Китай в этот период не принимал участия в работе. Совет Безопасности на основании резолюции № 683 (1990 г.) прекратил статус опеки в отношении Тихоокеанских островов, за исключением Палау, а затем резолюцией № 956 (1994 г.) и в отношении Палау⁵⁰⁴. На этом основании Совет по опеке приостановил свою работу 1 ноября 1994 г. и посредством изменения своего Регламента (ст. 90 Устава) отменил обязательство проводить ежегодные заседания⁵⁰⁵. Тем не менее, Совет по опеке до сих пор не упразднен. С юридической точки зрения, Совет по опеке не уполномочен решать вопрос о своем существовании, предусмотренном Уставом ООН. С фактической точки зрения, не исключено, хотя и маловероятно, что территории, на сегодняшний день не достигшие полного самоуправления⁵⁰⁶, могут быть включены в систему опеки. В случае необходимости Совет в любой момент может назначить заседание⁵⁰⁷.

ж) Секретариат ООН

165 Секретариат как *постоянный административный орган* является необходимым в каждой международной организации⁵⁰⁸. Поскольку он обеспечивает

⁵⁰² Общий обзор см.: *Rauschnig*, Charter UN³, Art 75 Appendix.

⁵⁰³ *Meron*, The Question of the Composition of the Trusteeship Council, BYBIL 36 (1960) 250ff.

⁵⁰⁴ Полномочия СБ следуют из ст. 83 Устава («стратегические районы»).

⁵⁰⁵ Резолюция СБ от 10.11.1994 (S/RES/956); см. также резолюцию Совета по опеке от 25.5.1994 (T/RES/2200 [LXI]).

⁵⁰⁶ Например, Фолклендские острова, Гибралтар, остров Святой Елены, Американское Самоа, Новая Каледония, Западная Сахара. См. также ниже абз. 207. Можно также возложить на преобразованный Совет по опеке ответственность за восстановление *слабых государств (failed States)* или за формирование правительств на переходный период. О роли ООН в подобных случаях см.: *Frowein*, Die Notstandsverwaltung von Gebieten durch die Vereinten Nationen, FS Rudolf, 2001, 43ff; *Wilde*, From Danzig to East Timor and Beyond: The Role of International Territorial Administration, AJIL 95 (2001) 583ff; *de Wet*, The Direct Administration of Territories by the United Nations and its Member States in the Post Cold War Era: Legal Bases and Implications for National Law, MPYUNL 8 (2004) 291ff.

⁵⁰⁷ Предложенное Генеральным секретарем *Кофи Аннаном* прекращение деятельности Совета по опеке до сих пор не реализовано. См: World Summit Outcome (сноска 20) § 176.

⁵⁰⁸ *Meron*, The United Nations Secretariat, 1977; *Meron*, International Secretariat, EPIL II (1995) 1376ff; *Lindemann/Hesse-Kreindler*, Sekretariat, in: Handbuch VN, 738ff;

постоянное присутствие и деятельность персонала и регулярно получает и предоставляет информацию, он может, помимо текущей административной работы, подготавливать выполнение задач организации и оказывать влияние на содержание работы, а также следить за выполнением решений органов. Это проявляется, в частности, в том, что Генеральный секретарь обязан представлять ежегодный отчет о работе Организации Генеральной Ассамблее (ст. 98 (предл. 2) Устава).

Секретариат состоит из Генерального секретаря⁵⁰⁹ и других сотрудников, необходимых для выполнения задач ООН (ст. 97 (предл. 1) Устава). *Генеральный секретарь* является частью главного органа и одновременно высшим административным должностным лицом ООН. Поэтому его функции можно подразделить на две группы⁵¹⁰. Прежде всего, речь идет о *функциях административного характера*. К ним относится административное руководство и созыв других главных органов⁵¹¹ (кроме Международного суда) и многих других органов и подорганов, подготовка проекта бюджета и управление финансами, а также юридическое представительство ООН. Генеральный секретарь возглавляет Исполнительный совет по координации⁵¹² и, таким образом, оказывает значительное влияние на развитие всей системы ООН, включая специализированные учреждения, фонды и программы. Он несет и основное бремя реформ ООН. Должность главы администрации дает ему возможность исполнять эти обширные задачи. Иерархическая структура Секретариата ориентирована на Генерального секретаря. С начала 1998 г. для содействия его деятельности введена должность заместителя Генерального секретаря⁵¹³.

166

Gordenker, The UN Secretary-General and Secretariat, 2005. Критические замечания о статусе Секретариата ООН см.: *Conrady*, Wandel der Funktionen des UN-Generalsekretärs, 2009, 26ff.

⁵⁰⁹ *U Thant*, Die Rolle des Generalsekretärs der Vereinten Nationen, VN 1971, 154ff; *Schwebel*, United Nations Secretary-General, EPIL IV (2000) 1164ff; *Pérez de Cuéllar*, The Role of the UN Secretary-General, in: *Roberts/Kingsbury* (сноска 19) 125ff; v. *Morr*, Generalsekretär, in: *Handbuch VN*, 220ff; *Franck*, The Secretary-General's Role in Conflict Resolution, EJIL 6 (1995) 360ff; *Kanninen*, Leadership and Reform, The Secretary General and the UN Financial Crisis of the Late 1980s, 1995, *Burgess*, The Maintenance of International Peace and Security by the UN and the Role of the Secretary General, *International Peacekeeping* 12 (2008) 39ff.

⁵¹⁰ Подробнее см.: *Chesterman*, in: *Charter UN*³, Art 97 Rn 32ff and Art 98 Rn 12ff; *Conrady* (сноска 508); *Fröhlich*, Zwischen Verwaltung und Politik: Die Arbeit des UN-Sekretariats, in: *Dicke/Fröhlich* (сноска 362) 41 ff.

⁵¹¹ Однако Генеральный секретарь не становится «вспомогательным органом», он выступает в качестве, предусмотренном ст. 97 Устава («в этом качестве», ст. 98 (предл. 1)). Противоположная точка зрения см.: *Verdross/Simma* (сноска 43) § 211.

⁵¹² С 2000 г. он заменил Административный комитет по координации.

⁵¹³ A/RES/52/12B v 19.12.1997. В настоящее время эту должность занимает швед Ян Кеннет Элиассон (*Jan Kenneth Eliasson*). Следует упомянуть также Управление служб внутреннего надзора /OIOS, A/RES/48/218B v 29.7.1994), созданную в 1994 г.,

167 Политические функции Генерального секретаря установлены в ст. 98 (предл. 1) и ст. 99 Устава ООН. Четыре других политических органа могут делегировать ему подготовку и исполнение задач в сфере их деятельности. Поскольку другие органы регулярно используют эту возможность, Генеральный секретарь вовлечен в большинство сфер деятельности ООН и в значительной степени контролирует осуществление деятельности органов ООН. Таким образом, обеспечивается его активное участие в мероприятиях по поддержанию и восстановлению всеобщего мира и международной безопасности⁵¹⁴. Например, он может быть уполномочен оказывать «добрые услуги» в целях мирного урегулирования спора⁵¹⁵, организовывать под руководством СБ формирование миротворческих сил для поддержания мира, о создании которых уже принято решение, контролировать проведение миссии и вносить предложения по проведении миссии в будущем⁵¹⁶. Право политической инициативы следует из ст. 99 Устава, согласно которой Генеральный секретарь может доводить до сведения СБ любые проблемы, создающие угрозу международной безопасности и миру, а СБ должен созвать заседание согласно правилу 3 своего Регламента⁵¹⁷. Генеральные секретари неоднократно прямо или косвенно использовали эту возможность, а также по собственной инициативе вносили предложения по урегулированию. Необходимой предпосылкой эффективного выполнения указанного полномочия является право на информацию, которое обеспечивает Генеральному секретарю возможность проводить соответствующие расследования и направлять запросы⁵¹⁸. Поскольку только Генеральный секретарь постоянно присутствует на совещаниях других политических органов, он выполняет важную функцию связующего звена (*vital link*)⁵¹⁹, которая не только отражает административные аспекты, но и имеет политическое значение.

и Бюро по вопросам этики при Секретариате ООН (World Summit Outcome, A/RES/60/1 v 16.9.2005, § § 161ff), созданную в 2005 г.

⁵¹⁴ *Gordenker*, The UN Secretary-General and the Maintenance of Peace, 1967, *Conrady* (сноска 508) 68ff; *Ramcharan*, The Human Rights Diplomacy of the UN Secretary General, in: O'Flaherty u. a. (Hrsg), *Human Rights Diplomacy*, 2011, 173 ff.

⁵¹⁵ *Franck*, The Good Offices of the UN Secretary-General, in: *Roberts/Kingsbury* (сноска 19) 143ff; *Fröhlich/Melber*, Die Hammarskjöld-Tradition in der internationalen Politik, VN 2011, 262ff. Примеры см.: *Chesterman*, in: *Charter UN*³, Art 99 Rn 13 und 20ff.

⁵¹⁶ Актуальным примером является резолюция СБ о Миссии ООН в Косово от 10.6.1999 (S/RES/1244).

⁵¹⁷ См. также резолюцию СБ от 14.9.2005 (S/RES/1625) п. 2 а); правило 7 Регламента СБ и правило 12 Регламента ГА о задаче Генерального секретаря по определению предварительной повестки дня обоих органов. Соответствующее правило применяется к другим органам.

⁵¹⁸ Например, поездки в кризисные регионы, проведение переговоров и направление миссий по сбору фактов, прежде всего в сфере прав человека.

⁵¹⁹ См.: *Fiedler*, *Charter UN*³, Art 99 Rn 11.

Очевидно, что выполнение этой функции зависит также от личности Генерального секретаря⁵²⁰. Каждый из Генеральных секретарей выполнял свои обязанности по-разному: одни проявляли политическую активность, другие достигали результатов при помощи скрытой дипломатии. Конечно, для выполнения задач Генерального секретаря существенную роль играет политическая атмосфера, в особенности взаимоотношения между постоянными членами СБ. Финансовое положение, чаще всего затруднительное⁵²¹, также накладывает отпечаток на возможные действия Генерального секретаря, определяя их объем и интенсивность. До настоящего момента эту должность занимали *Трюгве Ли* (1946–1953 гг., Норвегия), *Даг Хаммаршельд* (1953–1961 гг., Швеция), *У Тан* (1961–1971 гг., Бирма), *Курт Вальдхайм* (1972–1981 гг., Австрия), *Хавьер Перес де Куэльяр* (1982–1991 гг., Перу), *Бутрос Бутрос-Гали* (1992–1996 гг., Египет), *Кофи Аннан* (1997–2006 гг., Гана), *Пан Ги Мун* (с 2007 г., Южная Корея)⁵²². 168

Генеральный секретарь назначается Генеральной Ассамблеей по «рекомендации» Совета Безопасности. Оба органа должны достичь согласия. ГА не может без рекомендации СБ назначить Генерального секретаря на должность, а СБ не может утвердить предложенную им кандидатуру без согласия ГА. При принятии решения СБ о рекомендации кандидата может использоваться право вето, поскольку вопрос не является процедурным (ст. 27 (абз. 3) Устава). Решение ГА принимается в соответствии со ст. 18 (абз. 3) Устава. Голосование в обоих органах проводится тайно. Допускается переизбрание на новый срок⁵²³. 169

Сроки пребывания в должности Устав не регламентирует. Генеральная Ассамблея еще в 1946 г. ограничила этот срок пятью годами⁵²⁴, однако рекомендация Совета Безопасности при назначении первого Генерального секретаря не содержала временного ограничения. Через пять лет усиление напряженности, вызванное войной в Корее, помешало достичь согласия и представить рекомендации СБ по новому сроку и выдвижению нового кандидата, в результате чего ГА продлила время пребывания в должности Генерального секретаря *Ли* до февраля 1953 г.⁵²⁵ По умолчанию последовало еще одно продление срока до 7 апреля 1953 г., пока, наконец, не был избран его преемник *Хаммаршельд*. Юридическая оценка такой процедуры была спорной. Возражал 170

⁵²⁰ Это касается также руководителей администрации других международных организаций: председателя Комиссии ЕС или генеральных директоров специализированных учреждений.

⁵²¹ Подробнее см. ниже абз. 212 и след.

⁵²² Пан Ги-Мун был утвержден в должности 21.6.2011 до 31.12.2016. О его предыдущем сроке полномочий см.: *Haack*, Zwischen Visionen, Stabilität und Krisenmanagement: Ban Ki-moons erste Amtszeit als UN-Generalsekretär, VN 2012, 165ff.

⁵²³ См. резолюцию A/RES/11 (I) от 24.1.1946.

⁵²⁴ Там же.

⁵²⁵ A/RES/492 (V) v 1.11.1950. Подробнее см.: *Chesterman*, in: Charter UN³, Art 97 Rn 15ff.

Советский Союз, считая, что ГА не должен действовать без рекомендации СБ⁵²⁶. Однако рекомендация СБ не содержала ограничений срока и, таким образом, ГА не действовала без рекомендации. Начиная с 1962 г., рекомендации СБ содержат пятилетний срок, вследствие чего в настоящее время вышеуказанный аргумент не может быть приведен. При блокировании СБ юридическая оценка теперь зависит от пока малоизученного *права чрезвычайного положения* для международных организаций⁵²⁷, применение которого должно обеспечить сохранения функциональности ООН. В этой связи следует учитывать принцип лояльности органов и концепцию подразумеваемых полномочий (*implied power*)⁵²⁸. Резолюцию ГА «Единство в пользу мира» следует рассматривать в этом контексте⁵²⁹. Консультативное заключение МС по делу об определенных расходах также ссылается на эти концепции⁵³⁰.

171 *Тяжелейший кризис* коснулся должности Генерального секретаря в 1960 г. в период событий в Конго. Советский Союз обвинял Генерального секретаря *Хаммаршельда* в пристрастности и в ультимативной форме требовал заменить должность Генерального секретаря так называемой тройкой (советом троих), состоящей из представителей западного, восточного и нейтрального лагерей⁵³¹. Это требование, лишавшее должность Генерального секретаря собственного политического значения, не нашло поддержки. После гибели *Хаммаршельда* в авиационной катастрофе кризис разрешился назначением *У Тана*, изначально исполнявшим обязанности, а затем действительным Генеральным секретарем (1962 г.). Однако очевидно, что критика в отношении *Хаммаршельда* не осталась без последствий и после разрешения кризиса. Преемники *Хаммаршельда* снизили уровень своей политической активности и прилагали усилия по координации политических шагов с постоянными членами СБ, в особенности в связи с действиями для поддержания мира.

172 Второй составной частью Секретариата, помимо Генерального секретаря, является «такой персонал, который может потребоваться для Организации» (ст. 97 Устава)⁵³². Таким образом, постоянного штатного расписания

⁵²⁶ Критические замечания см.: *Köck/Fischer*, Internationale Organisationen, 260.

⁵²⁷ О ЕС см.: *Pechstein*, Die Mitgliedstaaten der EG als «Sachwalter des gemeinsamen Interesses», 1987, 152ff.

⁵²⁸ *Skubiszewski*, Implied Powers of the International Organization, in: Dinstein (Hrsg), International Law at a Time of Perplexity, 1989.

⁵²⁹ См. выше абз. 130.

⁵³⁰ ICJ Rep 1962, 151.

⁵³¹ См.: *Schwebel* (сноска 409) 344; v. *Morr* (сноска 509) 223f. К вопросу о политическом завещании *Хаммаршельда* см.: *Fröhlich/Melber* (сноска 515), 262ff.

⁵³² См.: *Busch*, Dienstrecht der Vereinten Nationen, 1981; *Beigbeder*, Civil Service, International, in MPEPIL, II, 167ff; *Pellet/Ruziè*, Les fonctionnaires internationaux, 1993; *Göthel*, Des Kaisers neue Kleider. Von der Schwierigkeit, das Personalmanagement der Vereinten Nationen zu reformieren, VN 2002, 5ff; *Göthel*, Die Vereinten Nationen,

не существует. Сотрудники набираются по мере объективной необходимости. Поэтому в период 1946–1992 гг. количество сотрудников значительно увеличилось (с 1546 до 11423). Конечно, действует известный «закон Паркинсона», постулирующий самовоспроизведение и рост бюрократии за счет самой бюрократии. Однако постоянно предпринимаются попытки противодействовать такому развитию⁵³³. Финансовые проблемы ООН привели к временному уменьшению численности сотрудников. Однако их количество вновь возросло в последние годы в связи с увеличением количества военных миссий для поддержания мира. В середине 2010 г. в Секретариате ООН работали 44100 сотрудников (в 2008 г. — 39500 сотрудников)⁵³⁴. *Кофи Аннан* с начала своей деятельности пытался повысить экономичность и эффективность работы Секретариата, однако введенные им меры не увенчались успехом⁵³⁵.

Рабочие структуры под руководством Генерального секретаря⁵³⁶ состоят из управлений и главных департаментов, разделенных, в свою очередь, на сектора и отделы. Ими руководят заместители Генерального секретаря, генеральные директора и специальные представители Генерального секретаря. Администрация располагается в Нью-Йорке, резиденции находятся в Женеве и Вене. 173

Персонал Секретариата назначается Генеральным секретарем согласно правилам, устанавливаемым Генеральной Ассамблеей (ст. 101 (абз. 1) Устава). Основные принципы содержатся в Уставе ООН: принцип равноправия мужчин и женщин (ст. 8), высокий уровень эффективности, качества работы и добросовестности. Кроме того, при подборе персонала соблюдается принцип широкого географического представительства (ст. 101 (абз. 3) Устава). Однако на протяжении десятилетий сложился порядок «наследования должностей», в рамках которого, в особенности постоянные члены СБ, настаивают на (повторном) замещении своими гражданами. Оформление служебных отношений осуществляется на основании *положения о персонале*, которое принимает Генеральный секретарь, уполномоченный в соответствии с *правилами*, устанавливаемыми Генеральной Ассамблеей. В последние годы Секретариат отдавал предпочтение временным трудовым договорам, в результате чего доля штатных сотрудников в середине 2010 г. составляла 174

125ff; *Paschke*, UNO von innen — die Besonderheiten einer multinationalen Bürokratie, in: *Praxishandbuch UNO*, 553ff; *Göthel*, Personal, in: *Volger* (Fn 34) 439ff, *Ullrich*, Das Dienstrecht der Internationalen Organisationen, 2009; *Fitschen/Münch* (Fn 371), 69ff.

⁵³³ *Dicke*, Reform der UN, in: *Handbuch VN*, 663 (668).

⁵³⁴ UN Doc A/65/350 v 8.9.2010.

⁵³⁵ См. доклад «Инвестирование в человека» (A/61/255 samt Add 1 и Add 1/Corr 1); доклад Генерального секретаря «Инвестирование в ООН: на пути к укреплению Организации в мире» (A/60/692).

⁵³⁶ К вопросу о должности заместителя Генерального секретаря см. выше абз. 166.

только 11% (в 2004 г. 37%)⁵³⁷. Правовая защита осуществляется Трибуналом по спорам ООН и Апелляционным трибуналом⁵³⁸.

175 В целях общего дела к работе международного Секретариата предъявляется требование о его *независимости* от национальных интересов и отказа от воздействия государств-членов, гражданами которых являются сотрудники. Принцип *беспристрастности* и независимости предусмотрен ст. 100 (абз. 1) Устава. Абз. 2 устанавливает соответствующее обязательство для государств-членов. Сотрудники, исполняя свои обязанности, должны проявлять полную лояльность по отношению к ООН. Однако на практике они часто подвергаются сильному давлению⁵³⁹, направленному на то, чтобы использовать их служебное положение для применения незаконных мер, например, шпионажа в пользу государства его гражданства или иных способов представления интересов этого государства. Оказание влияния ограничивается вследствие широко распространенной практики, в рамках которой должностные лица государств-членов временно направляются на работу в ООН на условиях, согласованных между Секретариатом и государством (*secondment*⁵⁴⁰). Генеральный секретарь при таких обстоятельствах лишается свободы выбора при решении вопроса о приеме сотрудника на работу. Он также не может продлить трудовое соглашение со служащим вопреки воле его государства ни по истечении срока действия контракта, ни ранее, например, если сотрудник подал ходатайство о предоставлении политического убежища по месту нахождения ООН и планирует отказаться от своего гражданства. При всей очевидности нарушения ст. 100 (абз. 2) Устава Административный трибунал ООН оправдал действия Генерального секретаря, который учел требование соответствующего государства (Советского Союза)⁵⁴¹. Международный суд также рассматривал это дело, но в решении не высказал свое мнение по данному вопросу, однако несколько судей в особом мнении указали на нарушение ст. 100 (абз. 2) Устава⁵⁴².

⁵³⁷ UN Doc. A/65/350 v 8.9.2010, S. 17, Table 4.

⁵³⁸ См. сноску 371. К вопросу об актуальной правовой защите см.: *Reinisch/Knahr* (сноска 396) 447ff; *Ullrich* (сноска 532) 385ff. К вопросу о суде-предшественнике (Административный трибунал ООН — ЮНАТ) см.: *Bastid*, United Nations Administrative Tribunal, EPIL IV (2000) 1043ff; *Amerasinghe*, Problems Relating to Promotion in the Law of the International Civil Service, ZaöRV 51 (1991) 923ff; *Prieß*, Internationale Verwaltungsgerichte und Beschwerdeausschüsse, 1989. Подсудность таких дел МС была устранена еще резолюцией A/RES/50/54.

⁵³⁹ Критические замечания см.: A/RES/35/210. *Meron*, Status and Independence of the International Civil Servant, RdC 167 (1980-II) 285ff.

⁵⁴⁰ Подробнее см.: *Schreuer/Ebner*, in: Charter UN, Art 100 Rn 35ff; *Schreuer*, Secondment of United Nations Officials from National Civil Service, GYIL 34 (1991) 307ff.

⁵⁴¹ Решение Административного трибунала ООН № 333 (AT/DEC/333 v 8.6.1984) (дело *Якимец против Секретариата ООН*). Актуальное решение по этому вопросу см. UNDT-Urt Nr 193 (UNDT/2011/193 v 11.11.2011) (*Пейман (Payman) против Секретариата ООН*).

⁵⁴² ICJ Rep 1987, 18ff.

Согласно ст. 105 (абз. 2) Устава ООН и Конвенции о привилегиях и иммунитетах ООН от 13 февраля 1946 г. (ст. V/17–21) сотрудники ООН обладают *иммунитетом* в отношении действий и высказываний при выполнении служебных обязанностей. Генеральный секретарь и определенная категория чиновников высшего уровня обладают, кроме того, дипломатическим иммунитетом (ст. V/19). ООН может в интересах своих сотрудников осуществлять функциональное право на защиту их прав⁵⁴³. 176

з) Международный суд

Международный суд⁵⁴⁴ в Гааге не только является главным органом (ст. 7 Устава), он также именуется *главным судебным органом* Объединенных Наций (ст. 92 (предл. 1) Устава). Таким образом, во-первых, подчеркивается особый судебный характер этого органа со всеми вытекающими последствиями, связанными с его статусом и производством. Во-вторых, ему отводится важная роль в процессе мирного разрешения споров между государствами⁵⁴⁵. Кроме того, название Суда привлекает внимание к его специфическому свойству, связанному с широким диапазоном принимаемых решений (ст. 38 (абз. 1) Статута Международного суда), влиять на процессы установления, конкретизации и дальнейшего развития международного права⁵⁴⁶. Такая характеристика подтверждает, что Международный суд обладает приоритетом по отношению к другим судебным органам ООН в рамках его подсудности⁵⁴⁷. 177

Основные положения об организации, статусе, полномочиях и процедурах Международного суда предусмотрены Уставом ООН (ст. 92–96) и закреплены в *Статуте МС*, образующем неотъемлемую составную часть Устава ООН⁵⁴⁸. Их толкование зависит от этого контекста. 178

⁵⁴³ См. выше абз. 105 и 107.

⁵⁴⁴ См.: Steinberger, The International Court of Justice, in: Judicial Settlement of International Disputes, 1974, 193ff; Rosenne, International Court of Justice (ICJ), in MPEPIL, V, 459ff; Elias, The ICJ and the UN, 1984; Frowein, The International Court of Justice, in: Dupuy (Hrsg), Handbook, 153ff; Schröder, IGH, in: Handbuch VN, 321ff; Gill, Rosenne's The World Court, 6. Aufl 2003; Eyffinger, The International Court of Justice, 1996; Jennings, The Role of the International Court of Justice, BYBIL 68 (1997) 1ff; Fleischhauer, Der Internationale Gerichtshof und die Staatengemeinschaft am Ende des Jahrhunderts, Friedens-Warte 74 (1999) 113ff.

⁵⁴⁵ См. Манильскую декларацию о мирном разрешении международных споров (A/RES/37/10, Annex).

⁵⁴⁶ Oellers-Frahm, in: Charter UN³, Art 92 Rn 31.

⁵⁴⁷ Например, по отношению к Трибуналу по спорам ООН (см. абз. 174); о Международном трибунале по морскому праву см. ст. 287 Конвенции по морскому праву.

⁵⁴⁸ См.: Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm (Hrsg), The Statute of the International Court of Justice, A Commentary, 2006. До настоящего времени ФРГ были выдвинуты три судьи МС: Мозлер (1976–1985), Фляйшхауэр (1994–2003) и Зимма (2003–2012).

179 Недостаток полномочий не позволяет Международному суду принять на себя роль эффективной *правоохранительной инстанции внутри ООН*. Как обязательная инстанция для разрешения споров МС рассматривает только споры между государствами (ст. 34 (абз. 1) Статута МС). Государства-члены *не могут* обращаться в Международный суд в случаях, если они считают *действия ООН противоправными*. Генеральная Ассамблея и Совет Безопасности могут запросить не имеющее обязательной силы консультативное заключение МС по спорному вопросу (ст. 96 Устава, ст. 65 Статута МС), однако они не пользуются указанным правом, если не убеждены в правомерности своих действий. Так, незаконное исключение Южной Африки из состава Генеральной Ассамблеи не удалось урегулировать юридическим путем⁵⁴⁹. Очевидно, государству-члену ООН необходимо предоставить возможность принимать односторонние решения (например, отказ от уплаты членских взносов, выход из организации), чтобы защитить его от возможных неправомерных действий органов⁵⁵⁰. Проблема связана прежде всего с обязательными для членов решениями Совета Безопасности, особенно если они касаются отдельных личностей⁵⁵¹. И тем не менее нельзя сказать, что деятельность СБ ограничивает полномочия Международного суда⁵⁵², поскольку прямое «обжалование» государствами действий СБ в Международном суде не предусмотрено. Такое *состояние*, при котором *фактически отсутствует правовая защита государств-членов*, возможна только косвенно в рамках споров между государствами, является неудовлетворительным и отражает существенные недостатки организации мирового сообщества⁵⁵³.

180 Соответствующее правило применяется, если отсутствует процессуальная возможность вынести обязывающее решение по *спору между органами*, который касается разграничения полномочий и правомерности их действий. Выше уже упоминалась возможность запросить консультативное заключение МС⁵⁵⁴, однако заключение не имеет обязательной силы.

⁵⁴⁹ См. выше абз. 86.

⁵⁵⁰ См. выше абз. 79.

⁵⁵¹ См. абз. 152; см. также: *Doehring*, Unlawful Resolutions of the Security Council and their Legal Consequences, МРУНЛ 1 (1997) 91ff; *Wellens*, Remedies Against International Organizations, 2002.

⁵⁵² См. ICJ Rep 1984, 392, 434 (*Nicaragua*); ICJ Rep 2000, 111, 126 (*Kongo/Uganda*).

⁵⁵³ См.: *Steinberger* (Fn 520) 244f; *Sohn*, Broadening the Advisory Jurisdiction of the International Court of Justice, AJIL 77 (1983) 124ff; *de Wet*, Judicial Review as an Emerging General Principle of Law and its Implications for the International Court of Justice, NILR 47 (2000) 181ff; *de Wet*, Judicial Review of the United Nations Security Council and General Assembly through Advisory Opinions to the International Court of Justice, SZIER 10 (2000) 237ff; *Cançado Trindade*, The Relevance of International Adjudication Revisited: Reflections on the Need and Quest for International Compulsory Jurisdiction, in: Macdonald/Johnston (Fn 277) 515ff.

⁵⁵⁴ См. абз. 179. См. также абз. 2 и 3 ст. 34 Статута МС.

Эффективная правовая защита по вертикали и горизонтали является необходимой в сообществах с более высокой степенью интеграции. В этой связи следует упомянуть ЕС и роль *Суда ЕС*, который согласно подведомственности осуществляет полный правовой контроль соблюдения права в отношениях между ЕС и государствами-членами, в отношениях членом между собой и в отношениях органов между собой⁵⁵⁵. В системе Совета Европы созданы судебные инстанции только по вопросам обеспечения защиты прав человека (ЕКПЧ). Подобная система действует в ОАГ и АС.

и) Изменение структуры органов и правоотношения между органами

Новые задачи и ожидания, рост количества вспомогательных органов и комиссий, фондов и программ, увеличение числа членом — все это неизбежно ведет к необходимости *организационных изменений*. В *ООН* это связано, в первую очередь, с требованиями об улучшении координации и сокращении разросшейся системы вспомогательных организаций и специализированных учреждений⁵⁵⁶. В этом контексте следует также рассматривать дискуссию о реформе Совета Безопасности⁵⁵⁷. Расширение и углубление интеграции, а также увеличение количества государств-членом являются основанием для институциональных реформ *ЕС*. Ниццкий договор (вступил в силу 1 февраля 2003 г.) лишь частично решил задачу приведения организационной структуры и процессов принятия решений в Европейском Совете, Европейской Комиссии и в Европарламенте в соответствие с новой ситуацией, чтобы сохранить дееспособность Евросоюза. После того как Договор 2004 г., устанавливающий Конституцию для Европы, был отклонен на референдумах во Франции и в Нидерландах, необходимая реформа была проведена с принятием Лиссабонского договора в 2009 г.

Учредительные договоры обычно однозначно распределяют задачи и функции организации между органами. Разграничение полномочий между органами, прежде всего, зависит от того, насколько необходимо участие государств-членом для выполнения задач. Очевидно, что в Совете Безопасности или в Генеральной Ассамблее, в Европейском совете, Европейской комиссии

⁵⁵⁵ См.: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (сноска 86) § 13 Rn 29ff, 41ff.). В соответствии с полномочиями ЕС в определенном объеме гарантируется правовая защита индивидов (ст. 263 (абз. 4) ДФЕС). В других международных организациях также существует концепция защиты индивидуальных прав, например, в Инспекционном совете Всемирного банка. См.: *Schlemmer-Schulte*, *The World Bank's Experience With Its Inspection Panel*, ZaöRV 58 (1998) 353ff.

⁵⁵⁶ См. выше абз. 157.

⁵⁵⁷ См. выше абз. 153. См. также UN Doc A/59/565 v 2004 («A More Secure World: Our Shared Responsibility») и доклад Генерального секретаря «In Larger Freedom» (сноска 20).

или в Европейском парламенте, в Парламентской ассамблее или в Комитете министров Совета Европы доминируют разные интересы. Кроме того, отличаются процедуры принятия решений. Для дифференциации процедур принятия решений принципиально, насколько решения принимаются единогласно или большинством голосов (каким?), насколько голоса определенных государств имеют больший вес, чем голоса других государств (*weighted voting*), насколько участие определенных государств обязательно, даже если решения принимаются большинством, и насколько в состав органов входят представители государств, которые могут голосовать только в зависимости от полученных указаний, или лица, представляющие общие интересы. В любом случае, соотношение между органами должно быть уравновешенным в зависимости от задач организации, чтобы они совместно и согласованно способствовали достижению общих целей организации⁵⁵⁸. Понятие «институционального равновесия», характерное для права ЕС, адекватно описывает феномен, существующий во всех международных организациях⁵⁵⁹.

184 Если полномочия предоставляются нескольким органам, должны быть приняты меры *по предотвращению их дублирования*. Например, из ст. 24 Устава ООН следуют коллизийные *правила*, касающиеся правоотношений Совета Безопасности и Генеральной Ассамблеи, а правовые последствия нарушения этих правил установлены в ст. 10–12 и 14 Устава⁵⁶⁰. В то же время в отношениях между Советом Безопасности и Международным судом приоритеты не установлены. Оба органа могут одновременно рассматривать один и тот же спор⁵⁶¹. Однако принцип верности органу (см. абз. 186) предполагает, что в рамках общих задач и конкретных полномочий решения одного органа должны приниматься во внимание другими органами⁵⁶². Не исключено, что Международный суд может вынести иную правовую оценку действиям государства или Совета Безопасности, чем СБ, а СБ при выполнении своих задач по обеспечению мира может исходить из того, что решения МС не имеют функции по установлению мира.

⁵⁵⁸ См.: *Chaumont*, L'équilibre des organes politiques des Nations Unies et la crise de l'organisation, AFDI 1 (1955) 428ff; *Seidl-Hohenveldern/Loibl*, Internationale Organisationen, Rn 1401ff.

⁵⁵⁹ См. EuGH, Slg 1970, 1161, 1173.

⁵⁶⁰ К вопросу о конкретизации этих правоотношений актуальное консультативное заключение МС от 22.7.2010 [заключение по делу Косово], Rn 24; *Klein/Schmah*, in: Charter UN³, Art 10 Rn 33.

⁵⁶¹ *E. Klein*, Paralleles Tätigwerden von Sicherheitsrat und Internationalem Gerichtshof bei friedensbedrohenden Streitigkeiten, FS Mosler, 1983, 467ff; *Gowlland-Debbas*, The Relationship between the International Court of Justice and the Security Council in the Light of the Lockerbie Case, AJIL 88 (1994) 643ff; *Gunawardana*, The Security Council and the International Court of Justice, Thesaurus Acroasium 26 (1997) 153ff; *Fraas*, Sicherheitsrat der Vereinten Nationen und Internationaler Gerichtshof, 1998, 139.

⁵⁶² *Delbrück*, in: Charter UN², Art 24 Rn 8f; *Mosler/Oellers-Frahm*, ebd, Art 92 Rn 88. Beispiele bei *Peters*, in: Charter UN³, Art 24 Rn 25ff.

Распределение полномочий между органами не всегда неизменно, напротив, как правило, предусматривается возможность *делегирования полномочий*. Например, согласно Уставу ООН на Генерального Секретаря и ЭКОСОС могут возлагаться функции для их самостоятельного осуществления (ст. 66, 98). Право делегирования предусматривает также ДФЕС в отношениях между Советом и Комиссией (ст. 291). Совет может при осуществлении возложенных на него полномочий определить условия, которые гарантируют ему (или государствам-членам) долгосрочное влияние⁵⁶³. 185

Важным принципом деятельности любой организации (национальной, международной или наднациональной) является взаимная обязанность соблюдения лояльности по отношению к организации в целом и к ее членам («верность союзу», «верность федерации»), а также взаимная лояльность органов в отношениях друг к другу. *Верность органам* означает взаимный учет интересов при осуществлении полномочий органа, ориентированное на цели и структуру организации⁵⁶⁴. Из этого следуют не только требования к стилю взаимного общения, но и обязанность принимать во внимание действия других органов в процессе принятия решений, поддерживать дееспособность организации и гарантировать правовую стабильность. 186

В связи с возлагаемой на организацию и органы ответственностью необходимо установить правила, которые действуют в случае *недееспособности* органа (вследствие неукomплектованности или блокирования процесса принятия решений). Эту проблему сложно решить⁵⁶⁵, поскольку, как указано выше, распределение полномочий тесно связано с конкретными органами определенной организации. В случае прекращения работы Международного суда его невозможно заменить другим органом. Применительно к политическим органам можно исходить из общей компетенции ГА по обслуживанию и даче рекомендаций, поскольку она является органом, представляющим всех членов организации и обладающим общей компетенцией согласно ст. 10 Устава ООН. Однако ГА в рамках общего полномочия не может узурпировать право СБ принимать обязательные решения⁵⁶⁶. 187

⁵⁶³ См.: *Streinz* (сноска 463) Rn 562ff; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (сноска 86) Rn 344ff. (ABJ EU 2011, Nr L 55/13). В этой связи см. также ст. 290 ДФЕС, которая предусматривает возможность принятия т.н. делегированных правовых актов; *Daiber*, EU-Durchführungsrechtsetzung nach Inkrafttreten der neuen Komitologie-Verordnung, EuR 2012, 240ff.

⁵⁶⁴ См.: *Klein* (сноска 561) 482.

⁵⁶⁵ Внутригосударственное право характеризует аналогичные ситуации как «нарушение конституции» или «чрезвычайное положение по конституции». См.: *E. Klein*, Funktionsstörungen in der Staatsorganisation, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), HdbStR, Bd VII, 1992, 361ff. Приведенные аргументы о передаче полномочий нельзя автоматически применить к международным организациям, однако в отдельных случаях их можно использовать.

⁵⁶⁶ См. резолюцию «Единство в пользу мира» от 1950 г. (см. выше абз. 130 и 170).

5. Задачи и полномочия международных организаций

а) Общие сведения

188 Задачи международных организаций и их полномочия *чрезвычайно многообразны*. Перечень задач органов, как и перечень задач международной организации, не является закрытым. Функции организации могут быть универсально-политическими или специальными. Это зависит от учредительного договора и его толкования. Наиболее универсальные функции осуществляет ООН согласно ст. 1 Устава. Трудно представить себе какую-либо сферу деятельности, которая выходит за рамки этого перечня. Поэтому органы ООН также обладают широкими полномочиями. Задачи Совета Европы также являются универсальными, однако в ст. 1 Устава прямо установлено, что «вопросы, касающиеся национальной обороны» не относятся к компетенции Совета Европы.) На ООН это ограничение не распространяется, что подтверждает содержание ст. 51 Устава ООН⁵⁶⁷. Более специальные задачи выполняют многочисленные организации, деятельность которых направлена на углубление экономического сотрудничества или на интеграцию. Такие организации в настоящее время существуют на всех континентах⁵⁶⁸, поскольку в условиях усиления международной конкуренции завоевание рынков играет решающую роль. Однако чем теснее экономические связи, тем больше развивается сотрудничество по другим политическим вопросам, поскольку экономика, с одной стороны, влияет на другие сферы, а с другой стороны, зависит от них и от стабильных рамочных условий. Эту зависимость можно продемонстрировать на примере ЕС, которому предшествовало превращение ЕЭС в Европейское сообщество⁵⁶⁹, и связанное с этим расширение компетенции Сообщества за рамки экономики, объединение трех, а затем двух Европейских сообществ под эгидой Европейского союза, задачи которого охватывают также две новые сферы сотрудничества: «Общая внешняя политика и политика безопасности» (ст. 23 и след. Договора о ЕС) и «Сотрудничество органов внутренних дел и судебных органов по уголовным делам» (ст. 82 ДФЕС) и, наконец, «растворение» Европейских сообществ

⁵⁶⁷ Другой вопрос состоит в том, при каких обстоятельствах СБ может исключать «естественное право на индивидуальную и коллективную самооборону» жертвы агрессии. См.: E. Klein, *Völkerrechtliche Aspekte des Golfkonflikts 1990/91*, AVR 29 (1991) 421 (425).

⁵⁶⁸ Обзор экономических организаций см.: *Fabbricotti*, *Economic Organizations and Groups, International*, in MPEPIL, III, 310ff; см. также: *Herdegen*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 9. Aufl 2011; см. также: *Herdegen*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 5. Aufl 2005; *Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht*, 2009; *Tietje* (Hg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2009; *Schöbener/Herbst/Perkams*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2010.

⁵⁶⁹ Переименование в Договоре о ЕС (1993 г.) завершает процесс, в котором Единый Европейский Акт (1986 г.) также был промежуточной ступенью. Второе переименование (см. ст. 1 (абз. 3 предл. 3) Договора о ЕС) и углубление сотрудничества предусматривает Лиссабонский договор, см. абз. 249 и след.

в Европейском союзе. Однако многие международные организации продолжают осуществлять свои изначальные конкретные и часто только технические цели. В качестве примеров можно привести специализированные учреждения⁵⁷⁰, Евроконтроль по обеспечению безопасности полетов⁵⁷¹, Организацию стран-экспортеров нефти (ОПЕК)⁵⁷² и др. Как и задачи, разнообразием отличаются средства их реализации, которые зависят от целей организации и готовности государств-членов к интеграции.

б) Определение круга полномочий; принцип ограниченных полномочий; действия *ultra vires*

В то время как для государств не существует ограниченного перечня задач, поскольку государства в силу своего суверенитета сами могут устанавливать задачи, выполнение которых они считают необходимым, *международные организации создаются для достижения определенных целей*. От целей зависит компетенция международной организации (задачи и полномочия), установленные в учредительном договоре. В отличие от государств, международные организации не обладают *компетенцией по расширению круга полномочий*⁵⁷³. В отношении них действует принцип ограниченных полномочий⁵⁷⁴. Международная организация создается с определенной целью. Она не может произвольно расширять круг своих задач и полномочий на совершение действий в ущерб своим членам. С этим связана частичная правосубъектность международных организаций (см. выше абз. 95).

Принцип ограниченных полномочий не исключает *толкования* положений о полномочиях в зависимости от предмета и цели (см. выше абз. 39). *Телеологическое толкование* в отношении международных организаций уместно⁵⁷⁵, поскольку они являются «организмами», развивающимися в процессе деятельности органов и ориентированными на эффективное выполнение определенных задач⁵⁷⁶. С этой особенностью связано применение

⁵⁷⁰ Подробнее см. абз. 225 и след.

⁵⁷¹ *Seidl-Hohenveldern/Loibl*, Internationale Organisationen, Rn 3902.

⁵⁷² *Shihata*, Organization of the Petroleum Exporting Countries, EPIL III (1997) 828ff.

⁵⁷³ Компетенция по расширению круга полномочий тесно связана с суверенитетом, поэтому даже наднациональные организации ею не обладают. См. выше абз. 15.

⁵⁷⁴ Принцип, специально разработанный для ЕС (*Oppermann/Classen/Nettesheim* [сноска 86] § 9 Rn 64ff), распространяется на все международные организации. См.: ICJ Rep 1996, 66, 74ff; *Ruffert*, Zuständigkeitsgrenzen internationaler Organisationen im institutionellen Rahmen der internationalen Gemeinschaft, AVR 38 (2000) 129ff.

⁵⁷⁵ См. ст. 31 в сочетании со ст. 5 Венской конвенции о ПМД. См. также: *Bindschedler*, La délimitation des compétences des Nations Unies, RdC 108 (1963-1) 307ff; *Weiß*, Kompetenzlehre, 359ff.

⁵⁷⁶ Широкое понимание допускает на практике Совет Европы. См.: *Arnold*, Europarat, in: Staatslexikon, 7. Aufl 1986, 470; Kleinsorge (Hrsg.), Council of Europe, 2010.

принципа толкования *effet utile*, согласно которому толкование договорных условий зависит от того, насколько может быть достигнута цель договора⁵⁷⁷. Это особенно важно для организаций, деятельность которых ориентирована на перспективу⁵⁷⁸. Поэтому отклонение Федеральным конституционным судом ФРГ⁵⁷⁹ толкования первичного права ЕС, учитывающего принцип *effet utile*, является необоснованным. Однако справедливо, что при помощи этого принципа нельзя преступить границу изменения договора.

191 Теория подразумеваемых полномочий (*implied powers*)⁵⁸⁰, изначально разработанная в американском конституционном праве, применяется в отношении международных организаций. В соответствии с этой теорией организации должна обладать правами и полномочиями, необходимыми для выполнения ее задач. Исходя из многочисленных задач ООН, Международный суд в консультативном заключении по делу Бернадот (*Bernadotte*) установил ее международную правосубъектность и на этом основании сделал вывод о ее международной дееспособности⁵⁸¹. Решение Генеральной Ассамблеи о создании Административного трибунала ООН одобрено по аналогичным основаниям⁵⁸². Подобные аргументы привел Суд ЕС в отношении договора о ЕОУС⁵⁸³. Однако в двух других договорах ЕС формулировка «положений об адаптации договора» (ст. 352 ДФЕС, ст. 203 Договора о Евратоме) широкая, вследствие чего нет необходимости в применении доктрины подразумеваемых полномочий⁵⁸⁴. В принципе, теория подразумеваемых полномочий не предполагает изменения договора, поскольку она отражает только

⁵⁷⁷ *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn 86) § 11 Rn 7; *Seyr*, Der effet utile in der Rechtsprechung des EuGH, 2008; *Mayer*, in: Grabitx/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, Art 19 EUV Rn 57 f.

⁵⁷⁸ См. преамбулу и ст. 1 Договора о Европейском союзе.

⁵⁷⁹ BVerfGE 89, 155, 210 (*Маастрихтский договор*) и BVerfGE 123, 267, 344ff. (*Луссабонский договор*).

⁵⁸⁰ «Если предоставлено общее полномочие на определенные действия, любые специальные полномочия, необходимые для совершения этих действий, включены в него» («Wherever a general power to do a thing is given, every particular power necessary for doing it is included»). См.: *Madison* «Federalist», цит. по: *Zuleeg*, International Organizations, Implied Powers, EPIL II (1995) 1312ff. *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, § § 232ff; *Köck*, Die «implied powers» der Europäischen Gemeinschaften als Anwendungsfall der «implied powers» internationaler Organisationen überhaupt, FS Seidl-Hohenveldern, 1988, 279ff. См. также абз. 98.

⁵⁸¹ «[...] следует предполагать, что организация имеет те полномочия, которые, даже если это прямо не предусмотрено в Уставе, предоставлены ей при условии, что они необходимы для исполнения ее обязательств» («[...] the Organization must be deemed to have those powers which, though not expressly provided in the Charter, are conferred upon it by necessary implication as being essential to the performance of its duties») (ICJ Rep 1949, 174, 182).

⁵⁸² ICJ Rep 1954, 47, 56f.

⁵⁸³ EuGH, Slg 1955/56, 297, 312.

⁵⁸⁴ Подробнее см.: *Hilf* (сноска 363) 1982, 301; *Böhm*, Kompetenzauslegung und Kompetenzlücken im Gemeinschaftsrecht, 1985; *Stadlmeier*, Implied Powers der

имеющиеся и подразумеваемые в договоре права и полномочия. Однако однозначно установить границу сложно. Прежде всего, следует учитывать, что доктрина подразумеваемых полномочий не может использоваться для того, чтобы наделить международную организацию новыми полномочиями. При помощи этой доктрины можно только установить дополнительные полномочия в соответствии с задачами согласно договору. Проблема часто заключается в том, что нельзя однозначно установить, какой орган должен осуществлять такие права⁵⁸⁵. Обычно предполагается, что это должен быть орган, с полномочиями которого дополнительное полномочие наиболее тесно связано. Субсидиарно полномочие можно отнести к компетенции органа, представляющего все государства-члены. В этом вопросе рекомендуется проявлять осторожность для сохранения равновесия сил внутри организации.

Сложности возникают, если органы выходят за рамки своих полномочий, нарушая сферу компетенции другого органа или превышая полномочия международной организации в целом с учетом вышеуказанных возможностей толкования. Различные случаи *deïctuiï ultra vires* нельзя рассматривать в совокупности⁵⁸⁶. Необходим дифференцированный подход.

В *правоотношениях с третьими государствами* или другими международными организациями надлежит принимать во внимание проблему защиты доверия. Этот аспект нашел отражение в ст. 46 (абз. 2) Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями: международным организациям запрещается ссылаться на недействительность договора из-за отсутствия полномочий заключать договоры, «если только данное нарушение не было явным и не касалось особо важных положений». Чем более тесные связи существуют внутри международной организации и чем более обширны ее полномочия (например, ЕС), тем труднее лицу, заключающему договор с международной организацией, разобратъся во внутреннем распределении полномочий при заключении договора⁵⁸⁷.

Сложнее оценить правовые последствия действий *ultra vires* по отношению к государствам-членам. Из доктрины ограниченных полномочий можно

Europäischen Gemeinschaften im Lichte der jüngeren EuGH-Judikatur, ZöR 52 (1997) 353ff.

⁵⁸⁵ См.: Schermers/Blokker, International Institutional Law, § § 232ff; возможные модели для решения см.: Weiß, Kompetenzlehre, 391ff.

⁵⁸⁶ Подробнее см.: Osieke, The Legal Validity of Ultra Vires Decisions of International Organizations, AJIL 77 (1983) 239ff; Bernhardt, Ultra Vires Activities of International Organizations, in: Makarczyk (Hrsg), Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century, 1996, 599ff; Annacker, Der fehlerhafte Rechtsakt im Gemeinschafts- und Unionsrecht, 1998, 79ff, 239ff; Schroeder, Zu eingebildeten und realen Gefahren durch kompetenzüberschreitende Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1999, 452ff. См. также абз. 98.

⁵⁸⁷ См.: Tomuschat (сноска 24) 144f; Klein/Pechstein (сноска 276) 24ff.

сделать вывод о недействительности акта *ultra vires*. Но решение является простым только в теории, поскольку квалификация акта как акт *ultra vires* будет оспариваться на практике. Проблему можно решить, если предусмотрена инстанция для разрешения таких споров, как, например, в праве ЕС. Суд ЕС объявляет противоправные акты ЕС или его органов ничтожными на основании ходатайства (ст. 263 и след. ДФЕС). В противном случае государства-члены обязаны исходить из правомерности акта, даже если Суд ЕС ошибочно пришел к данному выводу⁵⁸⁸. В ООН такая инстанция отсутствует. В одном из известных консультативных заключений Международный суд установил, что, если мера, по которой принято решение, в целом относится к предметам ведения организации, превышение полномочий конкретного органа не ведет к недействительности меры⁵⁸⁹. Это правило должно также применяться в случаях, когда, несмотря на допущенные нарушения процедуры, результат как таковой остается правомерным⁵⁹⁰. Более сложной является проблема, если предполагается, что правовой акт в целом выходит за пределы круга задач международной организации. По этому вопросу существует две кардинально противоположные точки зрения. Представители одной точки зрения считают, что при отсутствии инстанции, уполномоченной принимать решения в таких случаях, каждое государство имеет право оценивать правомерность спорного акта⁵⁹¹. Представители другой точки зрения указывают на то, что при применении такого принципа самостоятельной оценки государства-члены могут в любой момент уклониться от исполнения обязанностей по отношению к организации, в одностороннем порядке утверждая, что действие организации носило характер *ultra vires*⁵⁹². Из этого представители другой точки зрения делают вывод о том, что, независимо от возможных ошибок в процедуре, *всегда*

⁵⁸⁸ См.: Klein (сноска 82) 66f. См. BVerfGE 89, 155, 188; актуальное решение см.: BVerfGE 123, 267, 352f, 398ff; противоположную точку зрения см.: Frowein, Das Maastricht-Urteil und die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, ZaöRV 54 (1994) 1ff; Tomuschat, Die Europäische Union unter der Aufsicht des Bundesverfassungsgerichts, EuGRZ 1993, 489ff; Ruffert/Walter (сноска 108). Мнение, установленное в решении ФКС ФРГ по делу о Мaaстрихтском договоре, модифицировано решением по делу о рынке бананов, BVerfGE 102, 147ff. Подробнее см.: F. C. Mayer, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra vires-Akte in Mehrebenensystemen, 2000.

⁵⁸⁹ ICJ Rep 1962, 151, 168 (*определенные расходы*); в этом случае речь шла о правомерности формирования миротворческих сил ГА, а не СБ.

⁵⁹⁰ ICJ Rep 1972, 46, 69f (*Совет ИКАО*).

⁵⁹¹ См. особое мнение судьи *Виньярского* (ICJ Rep 1962, 227, 232); особое мнение судьи *Гроса* (ICJ Rep 1980, 99, 104 [*Соглашение ВОЗ-Египет*]): «Количество не может компенсировать отсутствие конституционных полномочий» («Numbers cannot cure a lack of constitutional competence»).

⁵⁹² Это могло бы иметь значение прежде всего для принятых СБ мер обязательного характера. См. также: ICJ Rep 1992, 3, 17ff (*Локерби*), Declaration of Acting President *Oda*.

следует исходить из действительности таких актов⁵⁹³. Использование критерия очевидности превышения полномочий как основного также является спорным⁵⁹⁴. В этом случае очередной раз проявляется несовершенство права международных организаций, в особенности правовое регулирование ООН. С одной стороны, органы международных организаций могут применять юридически обязательные меры по отношению к членам организации. С другой стороны, правовой контроль решений органов не предусмотрен. Пока положение не изменится, дилемма действий *ultra vires* не может быть разрешена⁵⁹⁵.

в) Уважение внутренней компетенции государств-членов

Учредительный договор делегирует задачи и полномочия международной организации, исходя из сохранения за государствами-членами основной компетенции, которой лишены международные организации или их органы. Такое *запрещение вмешательства* в компетенцию государства обеспечивается посредством однозначного определения полномочий международных организаций, однако это не всегда возможно. Поэтому целесообразно внести в учредительный договор формулировку прямого запрета на вмешательство «в дела, по существу входящие во внутреннюю компетенцию любого государства» (*domestic jurisdiction, domaine réservé*), как, например, в ст. 2 (абз. 7) Устава ООН⁵⁹⁶. Это положение применяется, прежде всего, когда международная организация может принимать обязательные решения. Однако она также не вправе вмешиваться во внутренние дела государства посредством рекомендаций⁵⁹⁷.

Насколько вопрос относится к *domaine réservé* государства, зависит от международно-правовой оценки⁵⁹⁸. В целом сфера невмешательства постоянно уменьшается. В первую очередь это связано с «договорной

195

196

⁵⁹³ См. особое мнение судьи *Морелли* (ICJ Rep 1962, 216, 224): «Напротив, следует предположить, что Устав придает окончательный характер резолюции Ассамблеи, независимо от аргументов, правильных или неправильных, на которых основывается резолюция [...]». («It must, on the contrary, be supposed that the Charter confers finality on the Assembly's resolution irrespective of the reasons, whether they are correct or not, on which the resolution is based [...]»).

⁵⁹⁴ «За» см.: *Bernhardt* (сноска 81) 33f; *Fraas* (сноска 56) 92f; «против»: *Frowein*, *The Internal and External Effects of Resolutions by International Organizations*, ZaöRV 49 (1989) 778ff.

⁵⁹⁵ В международном праве образовался пробел между нормативным правом и его реализацией. *Rule of law* пока не закреплено на уровне процедуры. См.: *Bernhardt* (сноска 346) 1316f; *Schmahl* (сноска 468) 223ff.

⁵⁹⁶ См. ст. 15 (абз. 8) Устава Лиги Наций. См. также: *Cançado Trindade*, *The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organizations*, ICLQ 25 (1976) 715ff; *Nolte*, in: *Charter UN*³, Art 2(7) Rn 23ff.

⁵⁹⁷ *Seidl-Hohenveldern/Loibl*, *Internationale Organisationen*, Rn 1507ff; *Fischer*, in: *Ipsen* (сноска 27) 1101f, 1106f. Проблема юридических последствий при нарушении запрещения вмешательства связана с различиями в оценке; об этом см. абз. 194.

⁵⁹⁸ См.: PCIJ, Series B, No 4 (1923) 24 (*Декреты о гражданстве в Тунисе и в Марокко*).

активностью» государств. Вопросы, являющиеся предметом международных соглашений, уже могут регулироваться государством в одностороннем порядке в отношениях со сторонами договора партнерами по договору⁵⁹⁹. Примером добровольного ограничения является ст. 2 (абз. 7) Устава ООН, согласно которому общее положение о запрете на вмешательство во внутренние дела не исключает применения принудительных мер на основании Главы VII⁶⁰⁰. Кроме того, развитие общего международного права, в особенности императивного международного права и международного *ordre public*, привело к существенному ограничению возможности ссылаться на запрет вмешательства во внутренние дела⁶⁰¹. Сегодня грубые и систематические нарушения прав человека (в отношении собственных граждан), геноцид, расовая дискриминация, несоблюдение права на самоопределение народов и причинение существенного вреда окружающей среде затрагивают международное сообщество в целом, вследствие чего при таких нарушениях *исключается возможность ссылаться на запрет вмешательства во внутренние дела*⁶⁰². Несмотря на запрещение применения силы, это положение действует в отношении третьих государств или международных организаций, которым предоставляется возможность оказать помощь жертве вооруженного нападения путем репрессалий (невоенного характера: эмбарго, экономический бойкот) и даже предоставить военную помощь (в порядке коллективной самообороны, ст. 51 Устава ООН)⁶⁰³.

⁵⁹⁹ См.: *Hobe* (сноска 36) 347, 365ff.

⁶⁰⁰ В связи с расширительным толкованием понятий «угроза миру, нарушение мира» по ст. 39 Устава ООН ограничение становится более проблематичным. См. меры СБ в отношении Ирака (защита курдов), Ливии (Локерби), Гаити (свержение избранного правительства), Афганистана (*Бен Ладен*) и Ливии (Каддафи). См.: *Kirgis*, *The Degrees of Self-Determination in the United Nations Era*, AJIL 88 (1994) 304ff; *Ipsen* (сноска 61) 414; *Harfensteller*, *Der Wandel der UN im Spiegel eines neuen Friedensverständnisses*, VN 2012, 71 (73).

⁶⁰¹ О международно-правовых обязательствах *erga omnes* см.: *Klein* (сноска 58) *Statusverträge*, 55ff; *Frowein* (сноска 58) 241ff; Tomuschat/Thouvenin (Hrsg), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, 2006.

⁶⁰² См.: *Nolte*, in: *Charter UN*³, Art 2(7) Rn 38ff; *Klein*, *Menschenrechte*, 1997, 23. Однако признание минимальных стандартов в отношении прав человека, действующих *erga omnes*, не влияет на принцип иммунитета государств. С точки зрения МС, не существует правила, согласно которому право государства на иммунитет в отношении юрисдикции иностранных судов зависит от тяжести нарушения, см., vgl IGH, *Urt. v 3.2.2012 (юрисдикционный иммунитет государства)* Rn. 85, 92ff. См. также: *Tomuschat*, *The International Law of State Immunity and Its Development by National Institutions*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 44 (2011) 1105 (1119ff).

⁶⁰³ См.: *Klein* (сноска 55) 101ff; Раздел 7. *Шрёдер*, абз. 29, 144. О гуманитарной интервенции см. сноску 51.

г) Соблюдение минимальных стандартов прав человека

Постоянное сокращение внутригосударственной сферы, защищенной от вмешательства извне (*domaine réservé*), привело к тому, что международные организации все чаще осуществляют в отношении государств-членов *властные полномочия, подобные государственным*. В особенной степени это проявляется в рамках ЕС. Суд ЕС неоднократно устанавливал прямое действие первичного и вторичного права ЕС в государствах-членах. Кроме того, право ЕС на основании общих положений имеет приоритет применения по отношению к праву государств-членов. Однако не только интеграционные сообщества, подобные ЕС, но и ООН осуществляет властные полномочия, поскольку она направляет миротворческие контингенты в горячие точки⁶⁰⁴. Т.н. целевые санкции (*targeted sanctions*), которые СБ в последние годы применяет к подозреваемым в терроризме, направлены непосредственно на ограничение свободы передвижения и против имущества частных лиц.

Как аспект юридического и фактического расширения властных полномочий международных организаций должна получить развитие *ориентация на соблюдение прав человека*. Суд ЕС установил, что поддерживаемый им приоритет права Европейского сообщества, а в настоящее время Европейского союза можно реализовать, только если исходить из того, что право ЕС защищает права человека и ориентировано на соблюдение прав человека несмотря на то, что права человека не являются предметом договоров ЕС⁶⁰⁵. Начиная с решений по делам Штаудера (1969) и Нольда (1974)⁶⁰⁶, суд ЕС развивал в своей практике стандарты защиты основных прав в ЕС⁶⁰⁷, который в существенной степени соответствует защите прав человека на уровне государств-членов ЕС и стандартам ЕКПЧ⁶⁰⁸.

Ориентация действий органов «обычных» международных организаций, подобных ООН, на независимые и дифференцированные стандарты прав человека в ближайшее время маловероятна. Несмотря на то, что резолюции Совета Безопасности содержат существенные обязательства и обладают

⁶⁰⁴ Например, направление миротворческого контингента МООНК / СДК в Косово. Подробнее: *Ratner*, Foreign Occupation and International Territorial Administration, EJIL 16 (2005) 695 (696ff); *Wilde*, International Territorial Administration, 2008; *Tielsch*, UN-Verwaltung und Menschenrechte, 2010. См. также ниже абз. 205.

⁶⁰⁵ См. *Weiler*, The Constitution of Europe, 1999, 107f; *Scheuing*, Zur Grundrechtsbindung der EU-Mitgliedstaaten, EuR 2005, 162 (163); *Jarass*, Die Bindung der Mitgliedstaaten an die EU-Grundrechte, NVwZ 2012, 457ff.

⁶⁰⁶ EuGH, Slg 1969, 419 (*Штаудер (Stauder)*); Slg 1974, 491 (*Нольд (Nold)*).

⁶⁰⁷ Подробнее см. ниже абз. 255.

⁶⁰⁸ См.: BVerfGE 102, 147 (165f), а также ЕСПЧ, ECHR Reports 2005-VI, Rn 55 (*Босфорус эйрвэйс*). Подробнее см.: *Haratsch*, Die Solange-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, ZaöRV 66 (2006) 945ff; *Schmahl*, Grundrechtsschutz im Dreieck von EU, EMRK und nationalem Verfassungsrecht, EuR 2008, Beiheft 1, 7 (26ff).

преимуществом согласно ст. 103 Устава, имплементация и применение резолюций осуществляется государствами-членами⁶⁰⁹. Это правило также распространяется на военные миссии ООН согласно главе VII Устава и на невоенные санкции против индивидов. Поэтому логично, что защита прав человека в отношении правовых актов, имплементирующих право международных организаций, до сих пор осуществляется на национальном уровне. Однако проблемы возникают, если ущерб, причиненный гражданскому населению в рамках миротворческой миссии ООН, относится не к сфере ответственности государства, исполняющего резолюцию СБ, а исключительно к сфере ответственности ООН, от которой государства-участники миссии получили поручение согласно главе VII Устава⁶¹⁰. В таких случаях необходимо установить, насколько и в каком объеме ООН обязана соблюдать права человека с точки зрения процедуры и материального права. Можно сделать вывод о наличии материально-правовой обязанности, исходя из *ст. 1 (№ 3), ст. 24 (абз. 2) и ст. 55 с Устава ООН*⁶¹¹, хотя в отношении действий СБ в соответствии с главой VII действует только *минимальный стандарт прав человека*⁶¹². Сложнее ответить на вопрос, как компенсировать отсутствие механизмов правовой защиты против резолюций СБ⁶¹³. Актуальная ситуация, в рамках которой ни на уровне ООН, ни на уровне государств-членов не предоставляется такая защита⁶¹⁴, является неудовлетворительной с точки зрения принципа верховенства права.

⁶⁰⁹ См. выше абз. 151.

⁶¹⁰ К вопросу об исключительной ответственности ООН см. выше абз. 102. В решении по делу Бехрами (*Behrami*) / *Saramati* (*Saramati*) ЕСПЧ (EuGRZ 2007, 522, Rn 133ff) привел именно этот аргумент, чтобы отклонить по формальным основаниям *ratione personae* индивидуальную жалобу гражданских лиц из Косово. Критические замечания см.: *Sari*, Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations, HRLR 8 (2008) 151ff; *Bodeau-Livinec/Buzzini/Villalpando*, International Decisions: Agim Behrami & Bekir Behrami v France; Ruzhdi Saramati v France, Germany & Norway, AJIL 102 (2008) 323ff; *Janik*, Die EMRK und internationale Organisationen, ZaöRV 70 (2010) 127ff. По тем же основаниям также исключена проверка действий Высокого представителя в Боснии и Герцеговине, см. EGMR Entsch v 16.10.2007, Nr 36357/04 (*Beric*) (*Beric*) и др.).

⁶¹¹ См. также абз. 206.

⁶¹² *Halberstam/E. Stein*, The United Nations, The European Union, and the King of Sweden, CMLRev 46 (2009) 13 (16ff). Подробнее *Bothe*, Security Council's Targeted Sanctions against Presumed Terrorists, JICJ 6 (2008) 541ff.

⁶¹³ Критические замечания см. также *Nolte*, Zusammenarbeit der Staaten bei der Friedenssicherung, in: Breuer/Epiney/Haratsch/Schmahl/Weiß (Hrsg), Im Dienste des Menschen: Recht, Staat und Staatengemeinschaft, 2009, 21 (27ff); *Ruffert/Walter* (сноска 108) Rn 222ff, 432.

⁶¹⁴ См. абз. 152. Несмотря на то, что в ООН существуют специальные процедуры урегулирования споров для отдельных миротворческих миссий ООН, ООН обладает иммунитетом в отношении решений национальных судов по жалобам индивидов и государств, см. выше абз. 108.

г) Инструменты

Международные организации имеют в своем распоряжении широкий диапазон фактических и юридических инструментов⁶¹⁵. ООН и ее специализированные учреждения осуществляют свою деятельность, как правило, посредством принятия *решений* (резолюций, деклараций), которые преимущественно имеют характер юридически необязательных рекомендаций для государств-членов или третьих государств, но некоторые решения являются обязательными для государств-членов (например, ст. 25, ст. 48 (абз. 2) Устава ООН)⁶¹⁶. 200

Полномочиями по нормотворчеству обладают немногие международные организации. Сравнительно широкие законодательные полномочия имеют отдельные специализированные учреждения, поскольку разработанные ими конвенции не требуют ратификации государствами-членами, а являются обязательными для них, если государства-члены не заявляют возражения (процедура *opting out/-contracting out*)⁶¹⁷. Эти процедуры являются переходными между нормотворчеством на основании соглашения и нормами, устанавливаемыми в одностороннем порядке. Нормотворчество в рамках ЕС осуществляется более интенсивно и в рамках более непосредственной процедуры. Статья 288 ДФЕС предусматривает такие правовые акты, как *постановления*, которые имеют прямое действие на внутригосударственном уровне, *директивы*, которые должны быть трансформированы в национальное право, и *решения*, которые носят индивидуально-конкретный характер. В качестве юридически необязательных правовых актов в ст. 288 ДФЕС указаны рекомендации и заключения⁶¹⁸. 201

В соответствии с полномочием на заключение договоров⁶¹⁹, закрепленным в учредительных договорах, международные организации могут 202

⁶¹⁵ *Bindschedler*, Rechtsakte der Internationalen Organisationen, Berner FG zum Schweizerischen Juristentag 1979, 361 ff.

⁶¹⁶ См. выше абз. 138, 151.

⁶¹⁷ Это относится к ИКАО, ВОЗ, ВМО и ИМО. Подробнее см.: *Alexandrowicz*, The Law-Making Functions of the Specialized Agencies of the United Nations, 1973; *Brunnée*, International Legislation, in MPEPIL, V, 986, Rn 20 ff; *Anderson*, Law Making Processes in the UN System, MPYUNL 2 (1998) 23 ff.; *Frenzel*, Sekundärrechtsetzungsakte internationaler Organisationen, 2011, 39 ff.

⁶¹⁸ Обзор см.: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (сноска 86) § 9 Rn 71 ff. В сфере общей внешней политики и сотрудничества органов полиции и юстиции по уголовным делам особые формы были отменены Лиссабонским договором с целью упрощения и унификации. Инструменты, предусмотренные ст. 288 ДФЕС, используются во всех сферах политики, см.: *Streinz/Ohler/Herrmann* (сноска 207) 77 ff. Эти правовые акты могут приниматься как законодательные акты в рамках законодательной процедуры (ст. 289 ДФЕС) или правовые акты, не носящие законодательного характера, но обладающие общим действием (ст. 290 ДФЕС).

⁶¹⁹ См. выше абз. 98.

осуществлять нормотворчество в отношении государств-членов или других международных организаций посредством заключения договоров. Обязательность заключенных организацией договоров также для ее членов определяется соответствующим положением учредительного договора. В качестве примера можно привести ст. 216 (абз. 2) ДФЕС. Однако это положение регулирует только правоотношения между ЕС и государствами-членами внутри организации. Юридическим основанием для возникновения международно-правовых обязательств между государствами-членами и участником договора с ЕС является их согласие, подразумеваемое учредительным договором⁶²⁰. От процедур нормотворчества на договорной основе следует отличать случаи, когда международные *договоры подготавливаются* структурами международной организации и затем представляются государствам для принятия решения на международной дипломатической конференции. Таким способом разработаны многие важные конвенции. Например, проекты Венских конвенций о дипломатических и консульских сношениях и Венских конвенций по договорному праву разрабатывались Комиссией международного права в тесном взаимодействии с членами ООН, затем их одобрил Комитет Генеральной Ассамблеи по правовым вопросам, и только после этого они были приняты в окончательной редакции на конференции государств и объявлены открытыми для ратификации или присоединения заинтересованных государств⁶²¹. Конвенция о предупреждении преступления геноцида, Пакты 1966 г. о правах человека и другие универсальные международные договоры были приняты Генеральной Ассамблеей до их передачи государствам для подписания и ратификации. В Совете Европы было разработано более 210 соглашений, в частности, такие важные соглашения, как ЕКПЧ с дополнительными протоколами, Европейская социальная хартия, Европейская конвенция о пресечении терроризма, Европейская конвенция о предупреждении пыток и Европейская конвенция о выдаче.

203 Юридически значимыми инструментами являются также *судебные акты*. В рамках международных организаций, как правило, действуют суды, уполномоченные принимать обязательные решения по спорам (решения, постановления) или выносить консультативные заключения⁶²². В рамках ООН существуют Международный суд и суды ООН по служебным спорам⁶²³. В специализированном учреждении МОТ также действует

⁶²⁰ Подробнее см.: *Klein/Pechstein* (сноска 276) 39ff.

⁶²¹ См. также ниже абз. 209. Учредительные договоры иногда содержат обязательство по представлению договоров в течение определенного срока на одобрение соответствующим государственным органам. См. ст. 19 (абз. 5 b) Устава МОТ, ст. 4 (абз. 4) Устава ЮНЕСКО; *Seidl-Hohenveldern/Loibl*, *Internationale Organisationen*, Rn 1552.

⁶²² См.: *Schermers/Blokker*, *International Institutional Law*, § § 605ff.

⁶²³ См. выше абз. 174 и 177.

Административный суд, который защищает права служащих⁶²⁴. В системе Совета Европы следует упомянуть Европейский суд по правам человека в Страсбурге, в задачу которого входит юридическое обеспечение соблюдения ЕКПЧ⁶²⁵. Аналогичные суды в других региональных организациях — Американский суд по правам человека и Африканский суд по правам человека и народов⁶²⁶. В ЕС уровень развития системы судов соответствует высокому уровню развития интеграции. В систему судов ЕС входят Суд ЕС, Суд первой инстанции и Судом по делам государственных служащих ЕС (Люксембург)⁶²⁷.

е) Важнейшие сферы деятельности ООН

Цели ООН указаны в ст. 1 и преамбуле Устава ООН. Основной целью деятельности является поддержание и восстановление международного мира и безопасности. С этой целью связаны другие основные сферы деятельности ООН⁶²⁸: защита прав человека, деколонизация, экономическое и социальное развитие, развитие международного права. 204

(1) Поддержание и восстановление международного мира и безопасности

Смысл деятельности ООН заключается в сохранении или восстановлении международного мира и безопасности, если эти правовые блага нарушены (ст. 1 (абз. 1) Устава)⁶²⁹. По сравнению с Лигой Наций ООН имеет более 205

⁶²⁴ Knapp, International Labour Organisation Administrative Tribunal, EPIL II (1995) 1156ff.

⁶²⁵ Klein/Stender/Petzold/Liddell (Hrsg), The European Court of Human Rights, 1997; Merrills, Human Rights in Europe, 4. Aufl 2001; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl 2012, 38ff.

⁶²⁶ Kokott, Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte, 1986; Krisch, The Establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights, ZaöRV 58 (1998) 713ff; van der Mei, The New African Court on Human and Peoples' Rights: Towards an Effective Human Rights Protection Mechanism for Africa?, LJIL 18 (2005) 113ff.

⁶²⁷ Lasok, The European Court of Justice, 2. Aufl 1994; Kirschner/Klüpfel, Das Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften, 2. Aufl 1998; Brown/Kennedy, The Court of Justice of the European Communities, 5. Aufl 2000; Burca/Weiler (Hrsg), The European Court of Justice, 2001; Everling, Rechtsschutz in der Europäischen Union nach dem Vertrag von Lissabon, EuR 2009 (Beih 1), 71ff. Ст. 257 ДФЕС предусматривает возможность создания специализированных судов для принятия решений в первой инстанции.

⁶²⁸ См.: Seidl-Hohenveldern/Loibl, Internationale Organisationen, Rn 2101ff; Pallek, Die Aufgaben der Vereinten Nationen nach der Charta, in: Volger (Fn 34) 67ff; Wolfrum (сноска 54) 129ff; Zemanek, Basic Principles of the UN Charter Law, in: Macdonald/Johnston (сноска 291) 401ff.

⁶²⁹ См.: Verdross/Simma (сноска 43) 140ff; Gareis/Varwick, Vereinte Nationen, 79ff; Slaughter, Security, Solidarity, and Sovereignty: The Grand Themes of UN Reform, AJIL 99 (2005) 619ff; Eisele, Friedenssicherung, in: Volger (Fn 34) 131ff. См. представленную ГС в 1992 г. «Повестку дня для мира» (UN Doc S/24728) и доклады, упомянутые

широкие возможности. Основная задача ООН выполняется на основании положения о *запрещении применения силы* в международных отношениях (ст. 2 (абз. 4) Устава), которое является обязательным для государств-членов на основании Устава, а, кроме того, является обязательным для всех государств как императивная норма общего международного права⁶³⁰. Несмотря на то, что против вооруженного нападения допускается индивидуальная или коллективная самооборона (ст. 51), Устав ООН акцентирует внимание на действиях, которые предпринимаются непосредственно ООН. Главные органы ООН, в особенности СБ (ст. 24 Устава), уполномочены принимать различные меры для урегулирования конфликтов, от необязательной рекомендации по прекращению военных действий и разрешению возникшего спора мирным путем до обязательного решения о выводе войск и мерах принуждения к исполнению решения военного и невоенного характера. Глава VII, которая является основной в концепции Устава, редко применялась в период конфликта между Востоком и Западом, что привело к развитию компенсирующего механизма, заключающегося в использовании миротворческих сил (*peace keeping forces*, «голубые каски»)⁶³¹. В результате глобальных политических изменений 1989–1990 гг. традиционные механизмы получили развитие в количественном и качественном отношении. Кроме того, стала чаще применяться Глава VII Устава, причем вследствие расширительного толкования понятия мира и безопасности (ст. 39 Устава)⁶³² были расширены полномочия СБ и одновременно ограничено применение возражений, основанных на недопустимости вмешательства во внутренние дела (ст. 2 (абз. 7) Устава)⁶³³. После террористических актов 11 сентября 2001 г. мировому

в сноске 557. Подробнее см.: Раздел 8. *Borne*, абз. 31 и след.; Schachter/Joyner (Hrsg), United Nations Legal Order, 2 Bde, 1995.

⁶³⁰ ICJ Rep 1986, 14, 99 (*Июкарагуа [решение по существу]*).

⁶³¹ См.: *McCoubrey/White*, The Blue Helmets: Legal Regulations of United Nations Military Operations, 1996; *Hillen*, Blue Helmets, 2. Aufl 2000.

⁶³² *Österdahl*, Threat to the Peace: The Interpretation by the Security Council of Article 39 of the UN Charter, 1998; *Stein* (сноска 468) 299ff.; *Witte* (сноска 464), 225.

⁶³³ См. Dupuy (Hrsg), Le développement du rôle du Conseil de Sécurité, 1993. *Randelzhofer*, Neue Weltordnung durch Intervention?, FS Lerche, 1993, 51ff; *van Well*, Die Vereinten Nationen als Friedensstifter, EA 1992, 703ff; *Freudenschuß*, Between Unilateralism and Collective Security: Authorization of the Use of Force by the UN Security Council, EJIL 5 (1994) 492; *Zemanek*, Peace-keeping or Peace-making?, in: *Blokker/Muller* (Hrsg), Towards More Effective Supervision by International Organizations, Bd I, 1994, 29ff; *Uerpman*, Grenzen zentraler Rechtsdurchsetzung im Rahmen der Vereinten Nationen, AVR 33 (1995) 107ff; *Fink*, Kollektive Friedenssicherung, 2 Teile, 1999, 875ff; *Fink* (сноска 255) 875ff. На основании Главы VII Устава СБ учредил Международный трибунал по Югославии (S/RES/827 [1993]), а также по Руанде (S/RES/955 [1994]). См: Раздел 7. *Шрёдер*, абз. 44, 48. Специальный суд по Сьерра-Леоне был учрежден на основании международного соглашения от 16.1.2002 между ООН и правительством Сьерра-Леоне (приведено в приложении к докладу ГС от 4.10.2000 [UN Doc S/2000/915]).

сообществу изначально удалось скоординировать реакцию на эти события в рамках ООН и при ее содействии⁶³⁴. Однако война в Ираке 2003 г., вооруженный конфликт в Грузии в 2008 г. и война в Сирии, начавшаяся в 2012 г., вызвали новые сомнения в эффективности системы ООН⁶³⁵. Существует угроза «национализации» идеи коллективной безопасности и разрушения этой системы. Фактически ограниченные возможности СБ могут в будущем привести к усилению роли «региональных соглашений» согласно Главе VIII Устава⁶³⁶, что будет способствовать децентрализации системы поддержания и восстановления мира при сохранении полномочий СБ. Недееспособность СБ в связи с конфликтом в Косово⁶³⁷ привела к тому, что НАТО осуществило гуманитарную интервенцию, не будучи прямо уполномоченным Советом Безопасности⁶³⁸. По требованию Конференции на высшем уровне 2005 г. Генеральная Ассамблея совместно с Советом Безопасности создала Комиссию по миротворческой деятельности (Peacebuilding Commission), которая в июне 2006 г. провела свое первое заседание⁶³⁹. Задачей этой комиссии является оказание поддержки государствам после завершения конфликта. Поддержка оказывается посредством применения мер по консолидации

⁶³⁴ См. резолюцию СБ от 12.9.2001 (S/RES/1368) и от 28.9.2001 (S/RES/1373). Согласно второй резолюции СБ создал Контртеррористический комитет. См.: *Happold*, Security Council Resolution 1373 and the Constitution of the United Nations, LJIL 16 (2003) 593ff; *Rosand*, Security Council Resolution 1373, the Counter-Terrorism Committee, and the Fight Against Terrorism, AJIL 97 (2003) 333ff; *Rosand*, The Security Council's Efforts to Monitor the Implementation of Al Qaeda/Taliban Sanctions, AJIL 98 (2004) 745ff.

⁶³⁵ *Luchterhandt*, Völkerrechtliche Aspekte des Georgienkrieges, AVR 46 (2008), 453ff; *König*, Gescheiterte Vermittlungsbemühungen in Georgien, VN 2009, 154ff; *Payandeh* (сноска 407), 508; *Griep*, Syrien, Annan und ein Optionen-Mix, VN 2012, 59.

⁶³⁶ *Wolfrum*, Der Beitrag regionaler Abmachungen zur Friedenssicherung, ZaöRV 53 (1993) 576ff; *Walter*, Vereinte Nationen und Regionalorganisationen, 1996.

⁶³⁷ См. резолюции СБ о грубых нарушениях прав человека в Косове: от 31.3.1998 (S/RES/1160), от 23.9.1998 (S/RES/1199), от 24.10.1998 (S/RES/1203), от 14.5.1999 (S/RES/1239), от 10.6.1999 (S/RES/1244), а также резолюции ГА от 5.3.1997 (A/RES/51/111) и от 12.12.1997 (A/RES/52/139). Об этом см.: *Tomuschat*, Kosovo under Scrutiny by the United Nations, Friedens-Warte 73 (1998) 512ff.

⁶³⁸ *Delbrück*, Effektivität des UN-Gewaltverbots, Friedens-Warte 74 (1999) 139 (148ff). *Debiel*, Handlungsfähige Weltautorität oder Legitimationsbeschaffer à la carte?, Friedens-Warte 73 (1998) 443 (459f); критические замечания см. *Klein* (сноска 445) 15. ЕС сформулировал свою позицию в соответствии с т.н. петербургскими задачами, см. 42 и след. Договора о ЕС.

⁶³⁹ См.: World Summit Outcome (сноска 20) Ziff 97ff; Учредительные документы от 20.12.2005 (A/RES/60/180); от 20.12.2005 (S/RES/1645 [2005]); см.: *Gareis*, Neue Perspektiven in der Friedenssicherung? Die Peacebuilding Commission der Vereinten Nationen, in: Varwick/Zimmermann (сноска 474) 187ff; *Weinlich*, Weder Feigenblatt noch Allheilmittel: die neue Kommission für Friedenskonsolidierung der Vereinten Nationen, VN 2006, 2ff; *Franke/Heinze*, Aus Fehlern lernen? Fazit nach 18 Monaten Peacebuilding Commission der Vereinten Nationen, Friedens-Warte 23 (2008) 97ff.

в условиях мира или координации действий международных игроков при разработке стратегии восстановления.

(2) Защита прав человека

206 Защита прав человека, связанная с общей задачей ООН по содействию международному экономическому и социальному сотрудничеству (ст. 1 (абз. 3), ст. 55 с Устава), превратилась в самостоятельную и развитую, а также, в целом, относительно успешную сферу деятельности ООН⁶⁴⁰. Беспрецедентное унижение человеческого достоинства национал-социалистами привело к пониманию необходимости международных мер защиты. Еще 9 декабря 1948 г. Генеральная Ассамблея единогласно приняла разработанную в рамках ЭКОСОС Конвенцию о предупреждении преступления геноцида и наказании за него⁶⁴¹. На следующий день Генеральная Ассамблея одобрила *Всеобщую декларацию прав человека*⁶⁴². Однако нормативно-договорная реализация программы, содержащейся в Декларации, оказалась, затяжной и сложной. Только в 1966 г. ГА приняла Международные пакты о гражданских и политических правах и об экономических, социальных и культурных правах, вступившие в силу в 1976 г.⁶⁴³ Кроме того, были разработаны другие конвенции (например, Конвенция о политических правах женщин 1953 г, Конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации 1966 г., Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин 1979 г., Конвенция о правах ребенка 1989 г., Международная конвенция о защите прав трудящихся-мигрантов и членов их семей 1990 г., вступившая в силу в 2003 г., Конвенция о защите прав инвалидов 2006 г.)⁶⁴⁴, сделаны многочисленные заявления и вынесены решения уполномоченных органов ООН. Наряду с Генеральной Ассамблеей и ее вспомогательным органом, Советом по правам человека, заменившим

⁶⁴⁰ См.: *Kirgis*, International Organizations, 892ff; *Marks*, Human Rights, Activities of Universal Organizations, EPIL II (1995) 893ff; Baum/Riedel/Schaefer (Hrsg), Menschenrechtsschutz in der Praxis der Vereinten Nationen, 1998; *Mertus*, United Nations and Human Rights, 2005; *Weiß*, Menschenrechtsschutz, in Volger (Hrsg), Grundlagen, 163ff; *Buergenthal/Thürer*, Menschenrechte, 2010, 23ff. Näher Fassbender (Hrsg), Securing Human Rights? Achievements and Challenges of the UN Security Council, 2011; *Verdirame*, The UN and Human Rights. Who Guards the Guardians?, 2011; Раздел 3. *Хайльброннер*, абз. 226 и след.

⁶⁴¹ Вступила в силу в 1951 г. (BGBl 1954 II, 730).

⁶⁴² A/RES/217 (III).

⁶⁴³ BGBl 1973 II, 1534 u 1570. См.: *Cohen Jonathan*, Human Rights Covenants, EPIL II (1995) 915ff.; *Buergenthal*, Human Rights, in MPEPIL, IV, 1021, Rn 9.

⁶⁴⁴ Конвенция о политических правах женщин 1953 г. (BGBl 1969 II, 1929; 1970 II, 46); Конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации 1966 г. (BGBl 1969 II, 2211); Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин от 1979 г. (BGBl 1985 II, 647); Конвенция о правах ребенка 1989 г. (BGBl 1992 II, 122); Международная конвенция о защите прав трудящихся-мигрантов и членов их семей 1990 г. (A/RES/45/158, Annex); Конвенция о защите прав инвалидов (A/61/611, Annex 1).

в 2006 г. Комиссию по правам человека⁶⁴⁵, компетентным органом является также ЭКОСОС. С 1994 г. учреждена должность Верховного комиссара ООН по правам человека в ранге заместителя Генерального секретаря⁶⁴⁶. Однако многочисленные и разнообразие контрольные механизмы, меняющиеся от договора к договору, не смогли предотвратить серьезные систематические и единичные нарушения. Тем не менее принимаемые меры способствовали осмыслению на уровне государств проблемы, связанной с реализацией прав человека, и, таким образом, содействовали формированию устойчивого комплекса гарантий по защите прав человека, независимого от договоров и обязательного для всех субъектов международного права⁶⁴⁷.

(3) Деколонизация

Вопреки ожиданиям колониальных держав, Декларация в отношении самоуправляющихся территорий, содержащаяся в главе XI Устава ООН, быстро приобрела практическое значение. В 1960 г. Генеральная Ассамблея приняла Декларацию о предоставлении независимости колониальным странам и народам⁶⁴⁸. Год спустя ГА учредила в качестве вспомогательного органа Комитет по деколонизации⁶⁴⁹, который проводил активную политику по ликвидации колониализма. В результате количество членов ООН в 1960-х и 1970-х и даже в 1980-х гг. постоянно возрастало⁶⁵⁰. Правовой основой требований деколонизации является принцип *самоопределения народов* (ст. 1 (абз. 2), ст. 55 Устава ООН), который из политического принципа превратился в обязательную международно-правовую норму⁶⁵¹. Многие вопросы в этой связи являются спорными, в особенности, вопрос о соотношении права

207

⁶⁴⁵ A/RES/60/251 v 15.3.2006. См. также: *Ghanea*, From UN Commission on Human Rights to UN Human Rights Council: One Step Forwards or Two Steps Sideways? ICLQ 55 (2006) 695ff; *Theissen*, Mehr als nur ein Namenswechsel, VN 2006, 138ff; *Rahmani-Ocora*, Giving the Emperor Real Clothes: The UN Human Rights Council, Global Governance 12 (2006) 15ff; *Klein/Breuer* (сноска 472) 95ff; *Karpenstein*, Der Menschenrechtsrat der Vereinten Nationen, 2011; *Rathgeber*, Verharren auf dem Unfertigen, VN 2011, 215ff.

⁶⁴⁶ A/RES/48/141 v 20.12.1993. В настоящее время (с 1.9.2008) эту должность занимает Наванетем Пиллай (*Navanethem Pillay*). Ее мандат продлен 1.9.2012 на два года.

⁶⁴⁷ См.: *E. Klein*, Die Rolle internationaler Organisationen bei der Normierung und Durchsetzung der Menschenrechte, in: v. Behr u a (Hrsg), Perspektiven der Menschenrechte, 1999, 147ff; *ders*, Human Rights, Activities of International Organizations, in MPEPIL, IV, 1031, Rn 16, 27.

⁶⁴⁸ A/RES/1514 (XV) от 14.12.1960.

⁶⁴⁹ На основании резолюции A/RES/47/233 ГА объединила Комитет по деколонизации со Специальным политическим комитетом.

⁶⁵⁰ Одно из важнейших достижений — независимость и членство в ООН Намибии в 1990 г. См.: *Vergau*, Verhandeln um die Freiheit Namibias, 2006.

⁶⁵¹ Он действует независимо от договорной гарантии, предусмотренной ст. 1 международных пактов о правах человека. См.: *Doehring*, Self-Determination, in: Charter UN², Appendix Art 1 Rn 1, 57ff; *Klein* (сноска 46) 107ff.

на самоопределение и государственного суверенитета⁶⁵². Представители господствующего мнения считают, что право на самоопределение не ограничивается процессом деколонизации⁶⁵³. Это мнение подтверждается такими примерами, как Осуждение военного вмешательства Вьетнама во внутренние дела Камбоджи и интервенции Советского Союза в Афганистане⁶⁵⁴. Кроме того, в качестве примеров можно привести воссоединение Германии⁶⁵⁵, распад СССР, Чехословакии и Югославии⁶⁵⁶. В результате возникли многочисленные новые государства, что, в свою очередь, привело к значительному увеличению количества членов ООН. Но и сегодня в органах ООН продолжают дискуссии о существующих территориях без полного самоуправления⁶⁵⁷.

(4) Экономическое и социальное сотрудничество; вопросы окружающей среды

208 Возрастающая экономическая взаимозависимость государств, глобальные проблемы бедности, роста населения и загрязнения окружающей среды, неоспоримая связь перечисленных вопросов с главной задачей сохранения мира привели к тому, что ООН связал с этими вопросами приоритеты своей деятельности⁶⁵⁸. В этой связи основной нормой является ст. 55 Устава ООН. Для ее реализации учреждались многочисленные вспомогательные органы, разрабатывались новые рекомендации, собирались конференции, формулировались основные принципы, программы и тексты договоров, а также создавались учреждения по предоставлению технической помощи⁶⁵⁹. В первую очередь следует упомянуть ЮНСИТРАЛ, ЮНКТАД, ПРООН, ЮНЕП и образованные ЭКОСОС региональные экономические комиссии. Всемирную

⁶⁵² Основная проблема связана с правом на отделение. См.: *Oeter*, Self-Determination, in: Charter UN³, Rn 35ff; *Murawiek*, The Issue of the Right of Secession — Reconsidered, in: Tomuschat (Hrsg), Modern Law of Self-Determination, 1993, 21ff; *Ott*, Das Recht auf Sezession als Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts der Völker, 2008

⁶⁵³ *Tomuschat*, Self-Determination in a Post-Colonial World, in: *Tomuschat* 1ff (сноска 655).

⁶⁵⁴ См.: *Klein* (сноска 46) 109.

⁶⁵⁵ *E. Klein*, Das Selbstbestimmungsrecht der Völker und die deutsche Frage, 1990, 64ff.

⁶⁵⁶ *E. Klein*, Völker und Grenzen im 20. Jahrhundert, *Der Staat* 32 (1993) 357ff.

⁶⁵⁷ *Fastenrath*, in Charter UN³, Art 73 Rn 17ff. На данный момент существуют 16 территорий без полного самоуправления, см. актуальный обзор: <<http://www.un.org/en/decolonization/nonselvgovterritories.shtml>>; см. также выше абз. 164.

⁶⁵⁸ См.: *Wolfrum* (сноска 54) 141ff; *Meng*, Wirtschaftliche Zusammenarbeit unter dem UN-System, in: Handbuch VN, 1133ff; *Seidl-Hohenveldern/Loibl*, Internationale Organisationen, Rn 2104ff; *Haquani*, L'action des Nations Unies dans la promotion du développement économique et social, in: Dupuy (Hrsg), Handbook, 705ff; *Zamora*, Economic Relations and Development, in: Joyner (Hrsg), The United Nations and International Law, 1997, 232ff; *Nanda*, Environment, ebd, 287ff; *Gareis/Varwick*, Vereinte Nationen, 217ff; *Maier*, Umweltschutz, in: Volger (Fn 34) 189ff; *Fues/Klingebiel*, Multilaterale Entwicklungspolitik: die Rolle der Vereinten Nationen, ebd, 291ff. См.: *Раздел 6. Дольцер*, абз. 106 и след.

⁶⁵⁹ *Gündling*, Economic and Technical Aid, EPIL II (1995) 9ff.

известность приобрели Детский Фонд ООН (ЮНИСЕФ) и Верховный комиссар ООН по делам беженцев. Особую роль играют специализированные учреждения (МОТ, ФАО, ЮНЕСКО, ВОЗ, ЮНИДО). При таком количестве организаций до сих пор не решена проблема оптимальной координации и эффективного использования ресурсов⁶⁶⁰. Тем не менее ООН совместно с другими международными организациями (ОЭСР, Советом Европы, ЕС) удалось установить приоритеты и *привлечь внимание к проблемам*. Это имеет большое значение, поскольку по этим вопросам проявляется антагонизм между Севером и Югом⁶⁶¹. Несмотря на противоположные оценки, следует отметить Конференцию о человеке и окружающей среде (Стокгольм, 1972 г.)⁶⁶², Хартию экономических прав и обязанностей государств (1974 г.)⁶⁶³, Конференцию о социальном развитии (Копенгаген, 1995 г.)⁶⁶⁴. В 1999–2000 гг. Генеральный секретарь инициировал Глобальный договор. Реализация этой идеи должна стать ответом на глобализацию экономики и стимулировать расширение ответственности крупных частных предприятий⁶⁶⁵. На данный момент более 4700 предприятий из 120 стран на добровольной основе поддерживают идею устойчивого развития посредством соблюдения социальных и экологических стандартов. Значение устойчивого развития подчеркивалось, в частности, на Конференции глав государств и правительств Рио+20 в июне 2012 г.⁶⁶⁶

(5) Развитие международного права

Статья 13 (абз. 1 а) Устава ООН наделяет Генеральную Ассамблею полномочием организовывать исследования и давать рекомендации с целью «поощрения прогрессивного развития международного права и его кодификации»⁶⁶⁷. ГА

209

⁶⁶⁰ См. выше абз. 157.

⁶⁶¹ Petersmann, Die Dritte Welt und das Wirtschaftsvölkerrecht, ZaöRV 36 (1976) 492ff; Betz, Nord-Süd-Beziehungen, in: Handbuch VN, 631ff; v. Schorlemer, Die Vereinten Nationen und die wirtschaftliche Entwicklung der Länder des «Südens», in: Opitz (Hrsg), Vereinte Nationen, 209ff. Под председательством ПРООН была создана группа ООН по развитию, к которой относятся многие специализированные учреждения. См.: доклад ГС 2001 г. (UN Doc A/56/1, Ziff 131).

⁶⁶² UN Doc A/Conf.48/14.

⁶⁶³ A/RES/3281 (XXIX) v 12.12.1974.

⁶⁶⁴ UN Doc A/Conf.166/9; Charvin, La déclaration de Copenhague sur le développement social, RGDIP 101 (1997) 635ff. An Agenda for Development (hrsgg v Boutros Boutros Ghali), 1995; A/RES/47/181 v 22.12.1992; A/RES/48/166 v 21.12.1993; A/RES/49/126 v 19.12.1994.

⁶⁶⁵ Annan, Ein menschliches Antlitz für den globalen Markt der Zukunft, in: Jahrbuch Menschenrechte 2000, 1999, 148ff; подробнее см.: <<http://www.unglobalcompact.org>>. GS-Bericht «In Larger Freedom» (сноска 20) § 25ff.

⁶⁶⁶ *Unmäßigkeit*, Grüne Ökonomie — die neue Zauberformel?, VN 2012, 3ff.; Bauer, Welche Zukunft wollen wir?, VN 2012, 10ff.

⁶⁶⁷ См.: Schröder, Völkerrechtsentwicklung im Rahmen der UN, in: Handbuch VN, 1020ff; Hafner, Kodifikation und Weiterentwicklung des Völkerrechts, in: Cede/Sucharipa-Behrmann (Hrsg), Die Vereinten Nationen. Recht und Praxis, 1999, 131ff; v. Schorlemer, Die Vereinten Nationen und die Entwicklung des Völkerrechts, in: Opitz (Hrsg), Vereinte

выполняет поставленную задачу различными способами. Еще в 1947 г. была учреждена *Комиссия международного права*⁶⁶⁸, на данный момент состоящая из 34 членов, многие из которых являются известными юристами-международниками. Члены Комиссии избираются Генеральной Ассамблеей сроком на пять лет в качестве независимых экспертов. Перевыборы возможны. В рамках консультаций, подготовленных докладчиками, назначенными Комиссией, обсуждаются проекты договоров с целью развития решений неразрешенных вопросов международного права или с целью кодификации согласованных в рамках общего международного права вопросов⁶⁶⁹. Как правило, такая работа длится годами и даже десятилетиями, а эксперты постоянно сотрудничают с Комитетом ГА по правовым вопросам и государствами-членами. Если Комитет по правовым вопросам одобряет окончательный проект Комиссии международного права, ГА созывает конференцию государств, на которой проект получает окончательную редакцию, подписывается и предоставляется для ратификации. Таким образом разрабатывались многие конвенции, с помощью которых осуществлялась кодификация важнейших областей международного права, в частности, Женевские конвенции по морскому праву (1958 г.), Венские конвенции о дипломатических (1961 г.) и консульских сношениях (1963 г.), Венские конвенции о ПМД (1969 г.) и о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями (1986 г.), Венская конвенция о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера (1975 г.) и Венские конвенции о правопреемстве государств (1978 и 1983 гг.). В 1966 г. Генеральная Ассамблея создала Комиссию по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ)⁶⁷⁰, которая состоит из 36 полномочных представителей правительств. Комиссия добилась значительных успехов в области разработки модельных положений о подведомственности торговому арбитражу. Она также подготовила Конвенцию ООН о договорах международной купли-продажи 1980 г.⁶⁷¹ В одном случае Комитет ГА по правовым вопросам сам разработал важную конвенцию — Конвенцию о предупреждении преступления геноцида и наказания за него (1948 г.). Неоднократно он поручал подготовку специальным комитетам до того, как ГА одобрила проект⁶⁷². Так, Третий комитет

Nationen, 261ff; *Klein*, Die Vereinten Nationen und die Entwicklung des Völkerrechts, in: Volger (Hrsg), Grundlagen, 21 ff; см. также выше абз. 19.

⁶⁶⁸ A/RES/174 (II); там же: Статут Комиссии международного права. См.: *Rao*, International Law Commission (ILC), in MPEPIL, V, 875ff; *Tomuschat*, ILC, in Handbuch VN, 331ff; United Nations (Hrsg), Making better International Law: The International Law Commission at 50, 1998; *McRae*, The Work of the International Law Commission 2007–2011, AJIL 106 (2012), 322ff.

⁶⁶⁹ См.: *Geck* (сноска 56) 96ff.

⁶⁷⁰ A/RES/2205 (XXI) v 1966.

⁶⁷¹ *Käde*, UNCITRAL, in: Handbuch VN, 881ff.

⁶⁷² *Fleischhauer/Simma*, in: Charter UN³, Art 13 Rn 51ff.

подготовил Пакты о правах человека 1966 г., и Генеральная Ассамблея приняла их. Созданный Генеральной Ассамблеей *Комитет по использованию космического пространства*⁶⁷³ и его правовой подкомитет разработали конвенции по космическому праву, которые были одобрены ГА еще до их представления государству на подписание и ратификацию без конференции по кодификации. При подготовке Третьей конференции ООН по морскому праву важную роль играл созданный ГА ad hoc Комитет по проблемам морского дна. В целом эти примеры демонстрируют активное участие ГА в кодификации согласно ст. 13 (абз. 1 а) Устава ООН. ГА не выступает в роли законодателя, поскольку решение вопроса о принятии соответствующего договорного обязательства остается за государствами (при определенных обстоятельствах — с оговоркой). Этот статус ГА неизменен, даже если она принимает готовый текст договора и представляет его государствам. Однако в участии ГА в кодификации проявляется институциональное начало в процессе создания международного права.

От деятельности, связанной с непосредственной разработкой правовых норм, необходимо отличать действия органов ООН, которые в долгосрочной перспективе косвенно влияют на развитие международного права. *Политические органы* своей деятельностью не только способствуют формированию права ООН, но и влияют на развитие общего международного права⁶⁷⁴. Это касается в первую очередь, но не исключительно, *Генеральной Ассамблеи*. Ее резолюции обычно определяют границы международно-правовой аргументации, в которых осуществляется правотворчество. Например, современное понимание права на самоопределение, прав человека, запрета на применение силы, правового института *общего наследия* человечества несомненно сформировалось под влиянием правового мнения органов ООН, особенно ГА. *Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений между государствами* (1970 г.), обобщающая итоги предшествующей деятельности⁶⁷⁵, внесла ясность в толкование многих правовых понятий, содержащихся в Уставе ООН, несмотря на то, что ГА не обладает полномочиями по аутентичному толкованию Устава ООН⁶⁷⁶. Таким образом, ГА одновременно внесла свой вклад в толкование понятий общего международного права. В настоящее время невозможно говорить

⁶⁷³ A/RES/1472 A (XIV) 1959.

⁶⁷⁴ См.: *Higgins*, The Development of International Law Through the Political Organs of the United Nations, 1963; *Simma*, Methodik und Bedeutung der Arbeit der Vereinten Nationen für die Fortentwicklung des Völkerrechts, in: Kewenig (сноска 413) 79ff; *Frowein* (сноска 44) 147ff; *Singh*, The United Nations and the Development of International Law, in: Roberts/Kingsbury (сноска 19) 384ff.

⁶⁷⁵ A/RES/2625 (XXV); dazu *Arangio Ruiz*, Friendly Relations Resolution, EPIL II (1995) 485ff; *Graf zu Dohna*, Die Grundprinzipien des Völkerrechts über die freundschaftlichen Beziehungen und die Zusammenarbeit zwischen den Staaten, 1973.

⁶⁷⁶ *Scheuner*, Zur Auslegung der Charta durch die Generalversammlung, VN 1978, 111ff. См. выше абз. 41 и след.

о запрещении применения силы, о суверенном равенстве государств, права человека и праве на самоопределение, не учитывая аргументацию Декларации⁶⁷⁷. В ином направлении действует главный судебный орган ООН, *Международный суд*. В его функции входит толкование применяемого международного права согласно ст. 38 Статута МС. Сегодня является общепризнанным, что функции Международного суда не ограничиваются вынесением решений, поскольку в каждом его решении присутствуют элементы нормотворчества⁶⁷⁸. Ответ на вопрос, приобретет ли толкование права, заложенное в основу консультативного заключения или решения, значение, выходящее за рамки конкретного спора⁶⁷⁹, зависит от убедительности его решения, от авторитетности его аргументации (*persuasive authority*). Необходимо учитывать решения МС в международно-правовой дискуссии.

211 ООН, как и Лига Наций, также имеет большое значение для международного права, поскольку она регистрирует и публикует договоры и, таким образом, обеспечивает устойчивость и прозрачность международных правоотношений. Договоры, участниками которых выступают члены ООН, подлежат обязательной регистрации в Секретариате (ст. 102 Устава ООН). Государства, не являющиеся членами ООН, могут регистрировать договоры по желанию. Если нарушается обязанность регистрации договора, государство утрачивает право ссылаться на договор в органах ООН, в особенности в Международном суде⁶⁸⁰. Договоры публикуются в сборнике международных договоров ООН, который ведет Секретариат, на языке оригинала и в переводе на английский и французский языки (на настоящий момент опубликованы договоры до 2012 г. включительно). Коллизионная норма ст. 103 Устава устанавливает, что *Устав имеет преимущественную силу* по отношению к обязательствам государств-членов по любому другому соглашению⁶⁸¹.

6. Финансирование международных организаций

212 Для выполнения возложенных на них задач международные организации нуждаются в *финансировании*. Каждая организация имеет свои источники финансирования. Доходы и расходы предусматриваются в бюджете, который

⁶⁷⁷ См. выше абз. 138 и след.

⁶⁷⁸ Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl 1976.

⁶⁷⁹ См. ст. 94 (абз. 1) Устава ООН; ст. 59 Статута Международного суда.

⁶⁸⁰ Подробнее см.: *Martens*, in: *Charter UN*³, Art 102 Rn 43ff.

⁶⁸¹ См. ст. 30 (абз. 1) Венской конвенции о ПМД и ст. 30 (абз. 6) Венской конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями; см. также: ICJ Rep 1984, 392, 440 (*Инкарагуа*); EuG, Slg 2005, II-3533, Rn 233 (*Юсуф (Yusuf)*) и Slg 2005, II-3533, Rn 183 (*Каду (Kadi)*), см. также выше сноску 470. Однако см. также: EuGH Slg 2008, I-271 (*Каду и Аль Баракат (Kadi und Al Barakaat)*), к последнему решению см.: *Hilpold, Kadi — die Dritte*, EuZW 2010, 844ff.

утверждают уполномоченные органы в установленном порядке. Исполнение бюджета регулярно контролируется.

а) Доходы

Как правило, различают *три вида доходов*: взносы, кредиты и собственные средства⁶⁸². 213

Финансирование большинства международных организаций осуществляется на основании обязательных и добровольных взносов их членов. В случае *обязательных взносов* возникает вопрос о распределении финансовой нагрузки. Самый простой, но не получивший широкого распространения метод распределения состоит в установлении единого размера членских взносов для всех членов. Такой метод применялся, например, в ОПЕК, и до 1990 г. — в ЗЕС⁶⁸³. В таком случае строго соблюдается принцип суверенного равенства, но ограничиваются финансовые возможности международной организации, поскольку при установлении размера единого взноса она должна ориентироваться на наименее финансово состоятельных членов. Поэтому, как правило, государства-члены делятся на категории по размерам взносов. Иногда государства вправе сами устанавливать свою категорию (например, в ВОИС и МСЭ). Принципиальным вопросом являются критерии отнесения к определенной категории. В редких случаях учитывается только численность населения, как в Международной организации правовой метрологии. Помимо этого, принимается во внимание ВВП. Отчасти величина взносов обусловлена заинтересованностью отдельных стран в деятельности международной организации. Так, размер взноса для членов международной организации в отрасли железнодорожного сообщения исчисляется с учетом протяженности соответствующих участков железной дороги. Финансирование Межамериканской организации по тунцу зависит от объема улова, финансирование ИМО — от тоннажа судна согласно регистрации, что приводит к относительно высоким взносам для стран «удобного» флага (Либерии, Панама и др.). В ИКАО и ВМО критерий заинтересованности члена в работе организации комбинируется с уровнем его возможностей⁶⁸⁴. 214

Размер обязательного взноса в *ООН* устанавливает Генеральная Ассамблея (ст. 17 (абз. 2) Устава)⁶⁸⁵. С 1997 г. критерием распределения является не национальный доход, а валовой национальный продукт государств-членов⁶⁸⁶. Конкретная категоризация производится, в частности, на основании 215

⁶⁸² См.: *Meermagen*, Beitrags- und Eigenmittelsystem, 2002.

⁶⁸³ См.: *Schermers/Blokker*; International Institutional Law, § 967.

⁶⁸⁴ См.: *Schermers/Blokker*; International Institutional Law, § § 980ff.

⁶⁸⁵ ICJ Rep 1962, 151, 164 (дело об определенных расходах).

⁶⁸⁶ Подробнее см.: *Hüfner*, in: *Praxishandbuch UNO*, 622f; *Hüfner*, Die Finanzierung des VN-Systems 1971–2003/2005, 2005; *Hüfner*, Finanzierung, in: *Volger* (Fn 34) 417ff.

установления верхних и нижних пределов. По предвоенным статистическим данным США первоначально должны были покрывать 49,89% расходов⁶⁸⁷. Аргумент США, согласно которому ООН в этом случае слишком сильно зависела бы от одного государства, представляется убедительным. Поэтому размер членского взноса США уменьшили до 39,89%, а впоследствии был снижен еще. В 1972–73 гг. была установлена предельная ставка — 25%, поскольку одновременное вступление в ООН обоих германских государств уменьшило финансовую нагрузку. При обсуждении бюджета в 2000 г. США удалось добиться понижения до 22%⁶⁸⁸. С течением времени минимальная ставка также понизилась с 0,04% до 0,001%. В настоящее время 40 государств платят членские взносы по минимальной ставке⁶⁸⁹. До объединения Германии для ФРГ была установлена ставка 8,08% (ГДР — 1,28%), с 1992–94 гг. — 8,93%⁶⁹⁰. К 2000 г. размер взноса вырос до 9,857%, а с 2004 г. вновь понизился (8,62%). С 2007 до 2009 г. размер взноса ФРГ составил 8,577%, а с 2010 до 2012 г. — 8,018%. Таким образом, Германия занимает третье место по размерам членских взносов после США (22%) и Японии (12,530%), но впереди Франции (6,123%). Общая сумма взносов 27 государств ЕС составляет примерно 38,992%, а вместе с США — 60,992% процента. В целом только 18 из 193 государств уплачивают более 1%. Совместно они обеспечивают свыше 84% бюджета⁶⁹¹. Расходная часть двухгодичного бюджета на 2010–2011 гг. предусматривала расходы в размере 5156 млрд долларов США⁶⁹². Проект бюджета на 2012–2013 гг. предусматривает расходы в размере 5152 млрд долларов США⁶⁹³. Таким образом, второй раз в истории ООН государства-члены приняли меньший бюджет, чем на предыдущий период⁶⁹⁴.

216 Несмотря на то, что в соответствии с целями всеобщего блага, предусмотренными Уставом ООН, богатые страны вполне оправданно несут большую часть расходов, чем менее обеспеченные страны, очевидно, что нарушается *соотношение между финансовой ответственностью и правом голоса*⁶⁹⁵. Расходы утверждает Генеральная Ассамблея большинством в две трети

До 1999 г. валовый национальный продукт обозначался как валовый социальный продукт.

⁶⁸⁷ Koschorreck, Beitragssystem, in: Handbuch VN, 49.

⁶⁸⁸ A/RES/55/5 B-F v 23.12.2000; Hüfner, in: Praxishandbuch UNO, 624f.

⁶⁸⁹ A/RES/64/248 v 2009.

⁶⁹⁰ См. A/RES/43/223 (1988); A/RES/46/221 (1991); Hüfner, Deutsche Leistungen an den Verband der Vereinten Nationen 2000–2003, VN 2005, 56ff; ders., Deutsche Leistungen an den Verband der Vereinten Nationen 2004 bis 2007, VN 2007, 110ff.

⁶⁹¹ См.: A/RES/64/248 v 2009. См. также: Lehmann/Papenfuß, Beitragsschlüssel für den Haushalt der Vereinten Nationen 2010 bis 2012, VN 2010, 78f.

⁶⁹² См.: A/RES/64/244 A-C v 2009.

⁶⁹³ A/RES/66/248 A-C v 2011.

⁶⁹⁴ Подробнее см.: Brunner/Warning, Verwaltung und Haushalt, VN 2012, 133f.

⁶⁹⁵ См.: E. Klein, Beitragspflichten und Stimmrecht, in: Wolftrum (сноска 54) 69 (80ff).

голосов (ст. 17 (абз. 1), ст. 18 (абз. 2) Устава). В прошлом отсутствие финансовых последствий принятия решений для большинства государств-членов приводило к несоразмерному увеличению количества учреждений, программ и комплексов мероприятий, что не могли предотвратить основные доноры ООН. Именно поэтому некоторые государства годами и даже десятилетиями выплачивали взносы только частично. В особенности США неоднократно выражали недовольство таким положением и удерживали взносы, что приводило ООН на грань дефолта⁶⁹⁶. Кроме того, неоднократно, не только со стороны США, выражалась критика о том, что ООН применяет неправомерные меры. Например, в 1960-е годы Советский Союз и Франция отказались нести соразмерные доле участия расходы Миссии по поддержанию мира на Ближнем Востоке и в Конго, которые Генеральная Ассамблея предусмотрела в бюджете по статье «расходы организации» согласно ст. 17 (абз. 2) Устава ООН и распределила их между государствами-членами. По запросу Генеральной Ассамблеи Международный суд вынес консультативное заключение, согласно которому превышение полномочий органа ООН автоматически не приводит к тому, что расходы, установленные с превышением полномочий, не являются расходами ООН. Расходы считаются расходами организации, если они соответствуют задачам организации. Кроме того, каждый орган вправе изначально самостоятельно устанавливать объем своих полномочий. Если речь идет о расходах, связанных с задачами организации (например, поддержание мира), следует предполагать, что расходы являются расходами организации⁶⁹⁷. Несмотря на это заключение, не имеющее обязательной силы, которое посвящено проблеме *ultra vires*⁶⁹⁸, Франция и Советский Союз не изменили своего мнения и отказались выплачивать взносы. К концу 2008 г. сумма задолженности членов по отношению к ООН составила примерно 3,33 млрд долларов США⁶⁹⁹. В последнее время, в первую очередь по ини-

⁶⁹⁶ См.: *Woeste/Thomma*, in Charter UN³, Art 17 Rn 140; *Zoller*, The «Corporate Will» of the United Nations and the Rights of the Minority, AJIL 81 (1987) 610ff; *Schlesinger*, Finanzierung und Finanzkrisen der Vereinten Nationen, in Cede/Sucharipa-Behrmann (сноски 671) 267ff; *Münch*, Beitragszahlungsmoral der Mitgliedstaaten internationaler Organisationen im UNO-System, FS Jaenicke, 1998, 239ff; *Seidl-Hohenveldern*, Die missliche Finanzlage der Vereinten Nationen, FS Hahn, 1997, 555ff; *Hüfner*, Die Finanzierung des UN-Systems in der Dauerkrise, in Praxishandbuch UNO, 615ff; *ders*, Financing the United Nations, in: Dijkzeul/Bigbeter (Hrsg.), Rethinking International Organizations, 2002, 29ff; см. также: *Müller/Münch*, Die neue Finanzordnung der Vereinten Nationen, VN 2003, 78ff.

⁶⁹⁷ ICJ Rep 1962, 150, 178f.

⁶⁹⁸ См. выше абз. 192 и след.

⁶⁹⁹ Из них 417 млн долларов США составляла задолженность в регулярный бюджет. На проведение миссий по поддержанию мира были удержаны 2,88 млрд долларов США, а на работу международных трибуналов — 26 млн долларов США (Press Release GA/AB/3904 v 15.5.2008). В ноябре 2010 г. США погасило около трети своей задолженности по взносам. Однако к концу 2011 г. было установлено, что дефицит

циативе США, были проведены меры по рационализации, в результате которых были сэкономлены средства. Кроме того, на основании резолюции ГА 41/213 были внесены изменения в порядок принятия бюджета, согласно которым процедуре согласования отдается предпочтение перед процедурой принятия решения большинством⁷⁰⁰. Однако при помощи этих мер не удалось преодолеть затяжной финансовый кризис. Поэтому ограничены возможности ООН, прежде всего, эффективно участвовать в разрешении конфликтов в очагах международной напряженности.

217 Различные организации и многочисленные мероприятия финансируются за счет *добровольных взносов (пожертвований)*. К ним относятся, например, Программа развития ООН (ПРООН), Фонд помощи детям (ЮНИСЕФ), Верховный комиссар ООН по делам беженцев и Университет ООН (УООН)⁷⁰¹. Большинство действий по поддержанию мира рассматриваются как «расходы организации», но имеются исключения. Так, Миссия по поддержанию мира на Кипре (ВСООНК) с 1964 г. финансировалась на добровольных началах. Поскольку пожертвований было недостаточно, существенную часть расходов приходилось нести государствам-членам, войска которых участвуют в миротворческой миссии. К 1993 г. дефицит бюджета только этой миссии составил 200 млн долларов США. Преодолев сомнения России, которые изначально выразились в наложении вето, Совет Безопасности принял решение отнести будущие расходы по этой миссии, которые не покрываются из пожертвований, к «расходам организации»⁷⁰². С увеличением количества операций по поддержанию мира (*peacekeeping operations*) в последние годы возросли потребности в финансировании для их проведения. Финансирование осуществляется через специальные счета, на которые переводятся средства из взносов государств-членов (наценки на обязательные взносы) в соответствии с определенной калькуляционной моделью (т. н. десятиступенчатая модель)⁷⁰³.

218 Для большинства международных организаций *собственные доходы* (собственные средства) не играют решающей роли, за исключением Всемирного банка и региональных банков развития, которые должны финансировать свою деятельность из доходов от этой деятельности. Банки получают доходы, используя первичные взносы государств-членов и аккумулируя

бюджета вновь составил около 454 млн долларов США (Press Release GA/AB/4030 v 14.5.2012).

⁷⁰⁰ См. ниже абз. 221.

⁷⁰¹ *Hüfner*, Die freiwilligen Finanzleistungen an das UN-System, GYIL 26 (1983) 299ff; *Hüfner*, VN 3A, 151ff.

⁷⁰² S/RES/831 (1993); UN Chronicle 1993/3, 46f.

⁷⁰³ К вопросу об актуальной системе финансирования см. *Hüfner*, Alternative Mechanismen zur Finanzierung von Friedensoperationen der VN, in: DGVN (Hrsg), Blaue Reihe Nr. 100, 2007, 5ff.

проценты за предоставление финансовых услуг. Незначительные поступления обеспечиваются за счет публикаций, сдачи помещений в аренду, продажи почтовых марок, открыток и сувениров⁷⁰⁴. Согласно ст. 311 ДФЕС *бюджет ЕС* полностью финансируется из собственных средств без ущерба для других доходов⁷⁰⁵. К собственным средствам относятся: 1) пошлина на импорт сельскохозяйственной продукции в ЕС; премии, дополнительные или компенсационные суммы; 2) таможенные пошлины от внешней торговли по единому таможенному тарифу; 3) доходы, получаемые в результате применения единой ставки к собственным средствам как к единой налогооблагаемой базе для расчета НДС, установленной на основании законодательства ЕС; 4) отчисления государств-членов, устанавливаемые в соответствии с величиной их валового национального продукта (ВНП) (в прошлом — валовый социальный продукт)⁷⁰⁶. При этом установлен единый верхний предел собственных средств, который в настоящее время составляет 1,24% совокупного ВНП государств-членов. Собираение средств относится к компетенции государств-членов. Впоследствии средства направляются ЕС. Собственные средства ЕС, предусмотренные бюджетом 2012 г., составляют около 127,4 млрд евро⁷⁰⁷.

Следующая форма финансирования — *заем* международными организациями *денежных средств на рынке долгосрочных кредитов*⁷⁰⁸. Полномочия в этой связи закрепляются в качестве специальных полномочий в учредительных договорах (например, ст. 352 ДФЕС⁷⁰⁹) или считается, что они подразумеваются, поскольку такие полномочия необходимы для выполнения задач международной организации (*implied powers*). Вероятно, только так можно юридически обосновать неоднократное получение ООН кредитов (например, на строительство главного здания в Нью-Йорке или на преодоление кризисной ситуации, возникшей в результате отказа от уплаты

219

⁷⁰⁴ См.: *Seidl-Hohenveldern/Loibl*, Internationale Organisationen, Rn 1807.

⁷⁰⁵ К ним относятся отчисления и пошлины, доходы от текущей административной деятельности, взносы в программы ЕС, пеня за просрочку исполнения обязательства и денежные штрафы, ссуды и займы. См.: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn 86), § 8 Rn 46ff.

⁷⁰⁶ Подробнее см.: *Meermagen* (сноска 671) 141ff. Действующие правовые акты: решение 2007/436/EG, Евратом от 7.6.2007 о системе собственных средств Европейских сообществ, Euratom, ABI EU 2007, Nr L 163/17, а также постановление 1150/2000 Совета ЕС от 22.5.2000 об имплементации решения о собственных средствах, ABI EU 2004, Nr L 130/1 (последнее изменение VO 105/2009 v 26.1.2009, ABI EU 2009, Nr L 36/1).

⁷⁰⁷ ABI EU 2012, Nr L 56/1/21. См. также план бюджета: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:056:0001:0556:DE:pdf>>.

⁷⁰⁸ См.: *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, § 1064f.

⁷⁰⁹ О полномочиях ЕС в случае задолженности см.: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (сноска 86) § 8 Rn 50ff.

взносов)⁷¹⁰. Общий бюджет ЕС на 2012 г. предусматривал поступления в размере 130 млн евро за счет ссуд и займов⁷¹¹.

б) Расходы и формирование бюджета

- 220** Расходы организаций связаны с их задачами и могут быть административными или текущими⁷¹². Они утверждаются в рамках бюджетного процесса. Секретариат регулярно составляет *бюджет* и передает его на рассмотрение соответствующих органов. В окончательном виде годовой или двухгодичный бюджет принимает пленарный орган международной организации.
- 221** Генеральная Ассамблея рассматривает и утверждает бюджет большинством в две трети голосов присутствующих (ст. 17 (абз. 1) и ст. 18 (абз. 2) Устава)⁷¹³. С учетом пожеланий основных плательщиков взносов, прежде всего, США, которые не обладают привилегиями при голосовании в ГА, в 1986 г. введена двухэтапная процедура принятия бюджета⁷¹⁴. За год до принятия окончательного решения по *бюджету* Генеральный секретарь представляет первый вариант проекта, который содержит предварительную оценку планируемых бюджетных средств и основные приоритеты. Комитет по программе и координации (КПК), вспомогательный орган Генеральной Ассамблеи, рассматривает предложенный проект бюджета и через Комитет по административным и бюджетным вопросам (Пятый комитет) передает ГА свои заключения и рекомендации. На основании решения ГА Генеральный секретарь формирует переработанный вариант проекта и представляет его КПК и Консультативному комитету по административным и бюджетным вопросам, которые направляют свои рекомендации Генеральной Ассамблее, принимающей окончательное решение⁷¹⁵.
- 222** Бюджетный процесс в ЕС имеет свои особенности. В ст. 314 ДФЕС принята попытка сбалансировать интересы участвующих органов (Совета,

⁷¹⁰ См.: A/RES/1739 (XVI); A/32/6 Bd II, 457, Doppelhaushalt 1978/79.

⁷¹¹ ABI EU 2012, Nr L 56/1/21.

⁷¹² Основной бюджет ООН отражает примерно 40% общих расходов организаций (преимущественно административные расходы). Выделение средств по существу уставной деятельности осуществляется специальными фондами. См.: *Wolfrum*, Haushalt, in: Handbuch VN, 268 (269); A/RES/66/248 AC 2011 о планировании двухгодичного бюджета на 2012/2013.

⁷¹³ См.: *Dicke*, Deciding upon the Budget of the United Nations, in: *Wolfrum* (Hrsg), Law of the Sea at the Crossroads, 1991, 189ff. Ст. 17 (абз. 3) Устава ООН предоставляет ГА возможность влиять на бюджеты специализированных учреждений.

⁷¹⁴ См.: A/RES/41/213; подробнее см.: *Woeste/Thomma*, in: Charter UN³, Art 17 Rn 163ff.

⁷¹⁵ Несмотря на формальные полномочия ГА по принятию решений, в главных комитетах существует *джентльменское соглашение* о том, что решения по бюджету не будут приниматься вопреки воле основных плательщиков взносов. См.: *Klein* (сноска 699) 78f; *Zoller* (сноска 700) 633f.

Парламента, Комиссии). Это значительно усложнило процедуру принятия бюджета, вследствие чего она не может быть представлена здесь подробно⁷¹⁶.

в) Финансовый контроль и санкции

В большинстве случаев исполнение бюджета в организации проверяется определенными контролирующими инстанциями, деятельность которых не всегда эффективна. В *ООН* внутренний финансовый контроль осуществляет орган финансового контроля, создаваемый Генеральным секретарем. Этот орган должен контролировать соответствие финансовых операций резолюциям. Комиссия ревизоров, состоящая из трех человек, проверяет годовую отчетность⁷¹⁷. Объединенная инспекционная группа помогает анализировать экономичность и эффективность реализации задач⁷¹⁸. В *ЕС* ревизионную проверку бухгалтерской отчетности с 1975 г. осуществляет *Счетная палата*, один из главных институтов Сообщества с момента вступления в силу Договора о ЕС (1 ноября 1993 г., сейчас ст. 13 Договора о ЕС)⁷¹⁹. Задачи и правовой статус Счетной палаты регулируются ст. 285, 287 ДФЕС.

Многие учредительные договоры устанавливают *санкции* в случае нарушения государствами-членами платежных обязательств. Начиная с определенной суммы задолженности, государства-члены могут быть лишены права голоса в отдельных (ФАО, ИКАО) или во всех органах (МОТ, Совет Европы). Это правовое последствие может вступать в действие автоматически (ЮНЕСКО, ИМО) или на основании решения правомочного органа по его усмотрению (Совет Европы)⁷²⁰. В *ООН* право голоса на Генеральной Ассамблее (на пленарных заседаниях и в комитетах)⁷²¹ утрачивается в силу закона (*ipso iure*), если задолженность по взносам равняется или превышает сумму обязательств за два полных предыдущих года (ст. 19 Устава ООН). Однако Генеральная Ассамблея допускает реализацию права голоса, если нарушение совершено по не зависящим от государства-члена обстоятельствам⁷²².

⁷¹⁶ См.: *Streinz* (сноска 463) Rn 727.

⁷¹⁷ См.: *Wolftrum* (Fn 670) 273.

⁷¹⁸ См.: *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, § 1126; *Münch*, The Joint Inspection Unit of the United Nations and the Specialized Agencies, МРУNL 2 (1998) 287ff. Функцию внутреннего контроля выполняет также Управление служб внутреннего надзора (сноска 513), которое возглавляет генеральный инспектор в ранге заместителя Генерального секретаря. С 2010 г. этот пост занимает гражданка Канады Карман Л. Лапуант (*Carman L. Lapointe*).

⁷¹⁹ По Договору об учреждении Конституции для Европы Счетная палата должна была утратить это полномочие (ст. I-19 (абз. 2) Проекта). Однако в Лиссабонском договоре эта концепция не нашла отражения.

⁷²⁰ См.: *Schermers/Blokker*, International Institutional Law, § 1455ff.

⁷²¹ К ним не относятся вспомогательные и иные органы ООН, созданные согласно ст. 22 Устава ООН; *Tomuschat*, in: Charter UN³, Art 19 Rn 32f.

⁷²² Например, A/RES/66/4 от 11.11.2011.

До сих пор эта санкция практически не применялась⁷²³, поскольку учитывались незначительные платежи, вследствие чего сумма задолженности не достигала критического предела, или голосования не проводились, а заменялись принятием решений в рамках процедур консенсуса, аккламации или отсутствия возражений (*non objection*)⁷²⁴. По состоянию на 15 сентября 2012 г. ни одно государство не было лишено права голоса согласно ст. 19 Устава ООН. Несмотря на задолженность по членским взносам, семь государств-членов в виде исключения не были лишены Генеральной Ассамблеей права голоса⁷²⁵. Если государство-член ЕС уклоняется от участия в сборе собственных средств, Комиссия может возбудить в Суде ЕС производство о нарушении договора (ст. 258, 260 ДФЕС).

III. Семья ООН

1. Общие сведения

- 225** Понятие «семья ООН» охватывает *организацию ООН* в целом, включая главную организацию и ее органы, подразделения и вспомогательные структуры, а также специализированные учреждения⁷²⁶. Эта широкая сеть, о которой в таблице 3 можно получить общее, но не полное представление⁷²⁷. Она отображает общую структуру сообщества государств и устанавливает институциональные рамки координации и сотрудничества на универсальном уровне. Кроме того, существуют многочисленные дополнительные структуры, прежде всего на региональном уровне, через которые осуществляется все более тесное сотрудничество между государствами. В свете общемирового значения ООН⁷²⁸ структура «семьи ООН» играет особую роль.
- 226** Помимо понятия «семья ООН», часто употребляется понятие система ООН⁷²⁹, отражающее организацию взаимоотношений между различными структурами ООН. Это понятие имеет большое значение для специализированных учреждений, для которых характерна юридическая

⁷²³ К вопросу о применении в отдельных случаях по отношению к маленьким государствам, см.: *Tomuschat*, in *Charter UN*³, Art 19 Rn 25.

⁷²⁴ См. выше абз. 85, 135 и след.

⁷²⁵ См.: A/RES/61/2 от 12.10.2006. Актуальную информацию см. в интернете: <<http://www.un.org/News/press/art19.htm>>; также см. выше абз. 85.

⁷²⁶ См.: *Schermers/Blokker*, *International Institutional Law*, § § 1692ff. Частично к ним относятся также организации, которые, не являясь специализированными учреждениями, тесно сотрудничают с ООН, например, до конца 2003 г.— *VOT*. Об этом см.: *Vrancken*, *Tourism*, in *MPEPIL*, IX, 964, Rn 1, 6ff; *Seidl-Hohenveldern/Loibl*, *Internationale Organisationen*, Rn 813ff.

⁷²⁷ Полный обзор представлен в ежегоднике ООН (UNYB 58 [2004]).

⁷²⁸ См. консультативное заключение по делу Бернадот (*Bernadotte*) (ICJ Rep 1949, 174ff).

⁷²⁹ *Hüfner*; UN-System, in: *Handbuch VN*, 966ff.

самостоятельность и одновременно тесная связь с ООН. Проблемы этой системы связаны с конфликтами интересов и с координацией деятельности постоянно увеличивающегося количества структурных образований.

2. ООН: главные и вспомогательные органы

Центральную часть системы ООН составляет собственно ООН как *главная организация*. Структура и органы ООН (ст. 7 Устава ООН) были рассмотрены выше⁷³⁰. Особая роль отводится *Генеральной Ассамблее* и *Экономическому и социальному совету*, поскольку они координируют деятельность со специализированными учреждениями. Кроме того, ГА создала *вспомогательные органы* (см. таблицу 3)⁷³¹. Старейшим из постоянных вспомогательных органов является ЮНИСЕФ, учрежденный в 1946 г. Внутренние структуры вспомогательных органов отличаются друг от друга в деталях, но, в большинстве случаев, действует исполнительный совет во главе с директором, который занимается текущими административными делами. Финансирование осуществляется преимущественно на добровольной основе. За исключением БАПОР, ЮНИДИР и ЮНИКРИ⁷³², которые отчитываются непосредственно перед ГА, вспомогательные органы представляют годовые отчеты Генеральной Ассамблее через ЭКОСОС. Поскольку количество постоянных и временных комитетов и рабочих групп, созданных ГА и ЭКОСОС, очень велико, они не будут рассматриваться отдельно.

В рамках основной ответственности в области поддержания международного мира Совет Безопасности принимал многочисленные решения о проведении *операций по поддержанию мира*, за проведение которых СБ несет или нес ответственность⁷³³. В настоящее время проявляется тенденция децентрализации. В то время как СБ предоставляет основные полномочия, государства-члены или иные организации (например, НАТО, Евросоюз) проводят операции⁷³⁴. В широком смысле такие акции можно отнести к ведению системы ООН.

⁷³⁰ См. выше абз. 124 и след.

⁷³¹ Подробнее см.: Wolfrum (Hrsg), Handbuch VN.

⁷³² Подробнее см.: *Schmahl*, United Nations, Autonomous Research Institutes, in MPEPIL, X, 229, Rn 20ff.

⁷³³ Обзор актуальных миссий ООН по поддержанию мира см. VN 2012, 113f.

⁷³⁴ Подробнее см.: Раздел 8. *Bome*, абз. 36 и след.; *Deen-Racsmany*, A Redistribution of Authority Between the UN and Regional Organizations in the Field of Maintenance of Peace and Security, LJIL 13 (2000) 297ff; *de Wet*, The Relationship of the Security Council and Regional Organizations during Enforcement Action under Chapter VII of the United Nations Charter, NJIL 71 (2002), 1ff; *Villani*, The Security Council's Authorization of Enforcement Action by Regional Organizations, MPYUNL 6 (2002) 535ff. См. также выше сноску 445.

3. Специализированные учреждения

229 К специализированным учреждениям⁷³⁵ относятся международные организации, которые на основе их учредительного документа и согласно ст. 1 (абз. 1) и ст. 55 Устава ООН выполняют определенные задачи и связаны с ООН договором (ст. 57, 63 Устава). В настоящее время известно 16 *специализированных учреждений*⁷³⁶: Международная организация труда (МОТ, 1946 г.); Продовольственная и сельскохозяйственная организация ООН (ФАО, 1946 г.); Организация ООН по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО, 1946 г.); Международная организация гражданской авиации (ИКАО, 1947 г.); группа Всемирного банка (1947 г.)⁷³⁷; Международный валютный фонд (МВФ, 1947 г.); Всемирный почтовый союз (ВПС, 1947 г.); Всемирная организация здравоохранения (ВОЗ, 1948 г.); Международный союз электросвязи (МСЭ, 1949 г., 1992–1994 гг.); Всемирная метеорологическая организация (ВМО, 1951 г.); Международная финансовая корпорация (МФК, 1955 г.); Международная морская организация (ИМО, 1948 г.); Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС, 1967 г.); Международный фонд сельскохозяйственного развития (ИФАД, 1977 г.); Организация Объединенных Наций по промышленному развитию (ЮНИДО, 1986 г.); Всемирная организация по туризму (ВОТ, 2003 г.).

230 Международное агентство по атомной энергии (МАГАТЭ) фактически имеет статус специализированного учреждения, но формально не относится к этой категории, поскольку соглашение с ООН не основано на ст. 57 и 63 Устава ООН. Генеральное соглашение по тарифам и торговле (ГАТТ), преемником которого в 1995 г. стала Всемирная торговая организация (ВТО), несмотря на прямую связь с ООН, также не принадлежит к специализированным учреждениям⁷³⁸. Единственным специализированным учреждением, прекратившим свое существование в 1952 г., была Международная организация по делам беженцев, однако ее деятельность изначально была ограничена

⁷³⁵ Подробнее см.: *E. Klein, United. Klein, United Nations, Specialized Agencies*, in: MPEPIL, X, 489ff; *Williams, The Specialized Agencies and the United Nations*, 1987; *Meng*, in: Charter UN³, Art 57; *Seidl-Hohenveldern, Sonderorganisationen*, in: Handbuch VN, 782ff.

⁷³⁶ Последующая информация касается также вступления в силу соглашений согласно ст. 63 Устава ООН. См. таблицу 3, а также: *Meng*, in: Charter UN³, Art 57 Rn 48ff.

⁷³⁷ Группа Всемирного банка состоит из пяти организаций, каждая из которых является самостоятельным юридическим лицом: МБРР (Международный банк реконструкции и развития, 1944/1947); МАР (Международная ассоциация развития, 1960); МФК (Международная финансовая корпорация, 1955); МИГА (Международное агентство по инвестиционным гарантиям, 1988); МЦУИС (Международный центр по урегулированию инвестиционных споров, 1966).

⁷³⁸ См.: v. *Schorlemer, Zwischen Abgrenzung und Kooperation. Die Rechtsnatur der WTO und ihr Verhältnis zum UN-System*, VN 2001, 101ff; *Krajewski* (сноска 568) Rn 215. На 1 сентября 2012 г. в ВТО входят 155 членов.

определенным сроком. Задачи МОБ продолжает исполнять Управление Верховного комиссара ООН по делам беженцев.

Учредительные договоры большинства специализированных учреждений были заключены после принятия Устава ООН, однако некоторые организации уже функционировали до создания ООН. Например, МОТ (1919 г.), ФАО (1943 г.), МБРР (1944 г.), МВФ (1944 г.). После создания ООН с этими организациями были заключены договоры согласно ст. 63 Устава ООН. Другие организации (например, МСЭ, ВПС, ВОИС) имели предшественников, возникших до образования Лиги Наций (административные союзы)⁷³⁹. К моменту основания Лиги Наций насчитывалось более 20 подобных объединений. С помощью ст. 24 Статута Лиги Наций была предпринята попытка объединить указанные международные органы под руководством Лиги Наций. Попытка оказалась неудачной, поскольку объединения были заинтересованы в сохранении независимости. Кроме того, США, не являвшиеся членом Лиги Наций, выступали против расширения ее влияния на другие организации, в состав которых они входили. Такое развитие базировалось на теории *функционализма*, согласно которой в международных целевых объединениях могут формироваться отдельные политические сферы в интересах их членов⁷⁴⁰. Одновременно это предполагает необходимость деполитизации таких сфер деятельности, иными словами, их защиты от влияния политических организаций. Исключение составила МОТ, но только потому, что она была интегрирована в Лигу Наций как «часть Лиги Наций» (ст. 392) согласно ст. 382–427 Версальского мирного договора (1919 г.) и финансировалась Лигой Наций. Зарекомендовавшие себя самостоятельные организации, такие как МОТ и ФАО, присоединились к системе ООН после ее учреждения.

С момента создания ООН было очевидно, что ООН должна быть в состоянии решать социальные и экономические проблемы, значение которых возросло. Поэтому *Главы IX и X Устава* предоставляют ООН такую возможность. В отличие от международных организаций, которые непосредственно занимаются экономическими, социальными и связанными с ними проблемами, Устав ООН основан на концепции децентрализации, согласно которому специализированные организации самостоятельно принимают решение о заключении с ООН соглашения о статусе специализированного учреждения ООН как основы для сотрудничества и координации деятельности. Ст. 59 также предусматривает возможность

⁷³⁹ К этому вопросу см. выше абз. 3.

⁷⁴⁰ См.: *Mitrany* (сноска 22); *Rittberger*, *Internationale Organisationen, Theorie der*, in: *Handbuch VN*, 363 (367).

ООН инициировать переговоры о создании нового специализированного учреждения⁷⁴¹.

233 Все специализированные учреждения имеют *двойную правовую основу*: учредительный договор (устав /«конституцию») и соглашение, которое предоставляет международной организации статус специализированного учреждения ООН. Такой статус часто предусматривается уже в *учредительном договоре* (например, ст. 69 Устава ВОЗ) и затем подтверждается посредством заключения соответствующего соглашения. Но нередко этот процесс усложняется. Например, самое молодое специализированное учреждение, Всемирная организация по туризму (ВОТ), образовано в 1925 г. как «Международный конгресс официальных туристских организаций». После Второй мировой войны Организация переименована в «Международный союз официальных туристских организаций» (МСОТО). По рекомендации Генеральной Ассамблеи ООН на чрезвычайной сессии ГА, посвященной МСОТО, в 1970 г. был принят Устав ВОТ, вступивший в силу 2 января 1975 г. Но соглашение с ООН согласно ст. 57 и 63 Устава ООН было заключено только в 2003 г.⁷⁴²

234 Заключение *соглашений о взаимоотношениях (relationship agreements)* осуществляется по испытанному на практике образцу. Экономический и социальный совет, орган ООН, уполномоченный заключать договоры, своей резолюцией поручает комиссии по ведению переговоров вступить в контакт с соответствующей организацией. Проект соглашения вначале поступает в ЭКОСОС, затем передается Генеральной Ассамблее и представительному органу организации. Он вступает в силу после одобрения последними двумя органами или в установленный в соглашении срок. Это соглашение является договором между двумя международными организациями⁷⁴³, регистрируется (ст. 102 Устава ООН) и публикуется Секретариатом ООН.

235 Формально *содержание соглашений* соответствует единому образцу. В первой статье международная организация признается специализированным учреждением ООН. Последующие статьи, учитывая индивидуальные особенности, регулируют особенности организации сотрудничества. Регулированию подлежат вопросы, связанные с взаимным представительством в органах, обменом информацией, статистическими службами, бюджетными вопросами и вопросами государственной службы, а также вопросами юрисдикции Международного суда. В то время как учредительные договоры специализированных учреждений часто предоставляют членам организации право на обращение в Международный суд по спорам

⁷⁴¹ Инициатива может исходить как от ЭКОСОС, так и от ГА (ст. 60 Устава ООН).

⁷⁴² A/RES/58/232; соглашение содержится в приложении.

⁷⁴³ См. выше абз. 98.

о толковании и применении Устава, то соглашения о взаимоотношениях (ст. 96 (абз. 2) Устава ООН), позволяют специализированным учреждениям запрашивать консультативные заключения Международного суда по юридическим вопросам, возникающим в пределах сферы их деятельности⁷⁴⁴. Однако специализированные учреждения не вправе обращаться в МС по вопросам, затрагивающим отношения между ООН и специализированными учреждениями или между специализированными учреждениями. Кроме СБ и ГА, право на обращение в суд имеет также ЭКОСОС согласно своей общей компетенции⁷⁴⁵.

Поскольку к семье ООН относятся многочисленные организации, основной проблемой является *координация* разнообразных и частично пересекающихся сфер деятельности. Роль координатора отводится ЭКОСОС, однако он до сих пор выполняет эти задачи не в полном объеме⁷⁴⁶. Это связано с ограничением его полномочий, которое следует из юридической самостоятельности специализированных учреждений. Как правовой инструмент координации могла бы использоваться ст. 17 (абз. 3) Устава ООН, целью которой не являлся финансовый контроль ГА за деятельностью специализированных учреждений. Однако на практике ГА ограничивается приемом докладов о результатах ревизии Консультативного комитета по административным и бюджетным вопросам, которые практически не учитываются специализированными учреждениями⁷⁴⁷. Нельзя назвать успешной и деятельность созданного ЭКОСОС в 1962 г. Комитета по программе и координации (30 членов⁷⁴⁸) и Исполнительного совета по координации, которые два–три раза в год организуют встречи руководителей специализированных учреждений с Генеральным секретарем⁷⁴⁹. Решение проблемы координации пока не найдено, что вызывает недовольство прежде всего США как крупнейшего донора ООН и специализированных учреждений. По этой причине США прекратили свое членство в ЮНИДО⁷⁵⁰ и в других специализированных учреждениях⁷⁵¹.

Концепция функционализма, лежащая в основе формирования специализированных учреждений, исходит из возможности поиска общих решений в определенных политических сферах, поскольку

⁷⁴⁴ ICJ Rep 1980, 73 (*Соглашение ВОЗ–Егунем*).

⁷⁴⁵ См. ICJ Rep 1989, 177 (Консультативное заключение по делу Мазилу (*Mazilu*)).

⁷⁴⁶ См. также выше абз. 157.

⁷⁴⁷ См.: *Woeste/Thomma*, in: Charter UN³, Art 17 Rn 158; *Hüfner* (сноска 733) 970.

⁷⁴⁸ UN Doc E/AC.51/2012/INF/1 v 2012.

⁷⁴⁹ См. также: выше абз. 166.

⁷⁵⁰ FAZ v 5.12.1995, 2.

⁷⁵¹ ЮНЕСКО (1984 г.) и МОТ (1977 г.); в МОТ они вернулись в 1980 г., в ЮНЕСКО — в 2003 г. (см. выше абз. 77). После принятия Палестины в ЮНЕСКО (см. сноску 251) США незамедлительно прекратили выплачивать членские взносы в эту организацию.

в этом заинтересованы все государства, независимо от политической системы, уровня развития и взаимоотношений. Однако исследования показывают, что *деполитизация* возможна, в лучшем случае, в технических организациях (например, МСЭ, ВПС)⁷⁵². Но сферы воспитания и науки, прав человека и финансовой помощи в значительной мере подвержены влиянию идеологии и политики. Кроме того, возникает вопрос, в какой степени специализированные учреждения должны придерживаться общей политики ООН. Соглашения о взаимоотношениях содержат однозначные, хотя иногда дифференцированные обязательства специализированных учреждений предоставлять СБ информацию и содействовать ему в выполнении его задачи по поддержанию или восстановлению международного мира и безопасности. Это обязательство является более широким, чем косвенное обязательство специализированных учреждений, предусмотренное ст. 48 (абз. 2) Устава ООН⁷⁵³. Обязательство специализированных учреждений поддерживать политику ГА прямо не регулируется. Однако следует отметить, что большинство соглашений о взаимоотношениях обязывают специализированные учреждения проверять и, по мере возможности, соблюдать рекомендации ГА и ЭКОСОС⁷⁵⁴. Более широких и конкретных обязательств специализированных учреждений по отношению к органам ООН не существует, поскольку *внутри семьи ООН не установлена иерархия*, т. е. ООН не является «главой семьи ООН». Однако на специализированные учреждения иногда оказывалось политическое давление, которому они в некоторых случаях не могли противостоять. Это касалось таких вопросов, как деколонизация, апартеид и территории, оккупированные Израилем. Многие специализированные учреждения разработали внутренние процедуры, которые позволяют им осуществлять работу по существу независимо от влияния извне и одновременно не создают необходимость противопоставлять свою позицию официальной позиции ГА⁷⁵⁵.

⁷⁵² Поэтому, в отличие от ООН, МСЭ и ВПС играют важную роль в регулировании интернета, см.: *Schmahl*, The UN Facing the Challenges of the «Information Society», MPYUNL 11 (2007) 197 (206ff).

⁷⁵³ Подробнее см.: *Reinisch/Novak*, in: Charter UN³, Art 48 Rn 9ff.

⁷⁵⁴ См.: *Meng*, in Charter UN³, Art 63 Rn 18f, там см. об особой роли группы Всемирного банка

⁷⁵⁵ См.: *Ballreich*, Die Interdependenz internationaler Organisationen, AVR 19 (1981) 121ff; v. *Hanstein*, Der Einfluss der Vereinten Nationen auf die Sonderorganisationen, 1988.

IV. Совет Европы

1. Общие сведения, возникновение и развитие

Учреждение Совета Европы⁷⁵⁶ явилось результатом специфически европейского и универсального развития. *Политическая идея Европы*, сформировавшаяся несмотря на политическое и культурное своеобразие европейских государств нового времени⁷⁵⁷. После окончания Первой мировой войны, имевшей катастрофические последствия, в особенности, для Европы, появились новые стимулы для развития европейской идеи. В 1923 г. *граф Куденхове-Калерги* в своей работе «Пан-Европа» предложил создать «Соединенные Штаты Европы». 19 сентября 1946 г. *Уинстон С. Черчилль* в знаменитой Цюрихской речи провозгласил: «Мы должны создать своего рода Соединенные Штаты Европы»⁷⁵⁸.

Второй этап развития идеи связан с подготовкой учреждения новой всемирной организации (ООН) в последние годы Второй мировой войны и с концепцией разгрузки центральной организации за счет создания региональных общеполитических организаций, которая вновь приобрела актуальность в настоящее время. *Черчилль* высказался по этому поводу еще в 1943 г.: «Можно себе представить, что в рамках мировой организации, которую олицетворяют и представляют Объединенные Нации, также должен зародиться Совет Европы» («*One can imagine that under a world institution embodying or representing the United Nations there should come into being a Council of Europe*»)⁷⁵⁹. Подобно⁷⁶⁰ Организации американских государств (ОАГ, 1948 г.)⁷⁶¹, Африканскому союзу (АС – преемник ОАЕ, созданной в 1963 г.)⁷⁶², Совет Европы является территориально ограниченной регио-

⁷⁵⁶ *Sørensen*, Le Conseil de l'Europe, RdC 81 (1952-II) 120ff; *Sørensen*, Le Conseil de l'Europe, RdC 81 (1952-II) 120ff; *Carstens*, Das Recht des Europarats, 1956; *Robertson*, Council of Europe, EPIL I (1992) 843ff; *Klein*, 50 Jahre Europarat, AVR 39 (2001) 121ff; *Wittinger*, Der Europarat, 2005; *Benoît-Rohmer/Klebes* (Hrsg), Das Recht des Europarats, 2006; *Brummer*, Der Europarat, 2008; *Kleinsorge* (Hrsg) [сноска 576].

⁷⁵⁷ *Foerster*, Europa, Geschichte einer politischen Idee, 1967, 325ff, с библиографией о 182 планах объединения Европы 1306–1945 гг.

⁷⁵⁸ *Churchill*, The Times of Peace, Post-War Speeches, 1948, 198ff.

⁷⁵⁹ См.: Council of Europe (Hrsg), Manual of the Council of Europe, 1980, 3.

⁷⁶⁰ Однако Совет Европы не представляет собой региональную систему коллективной безопасности.

⁷⁶¹ *Sheinin*, The Organization of American States, 1996 *Arrighi*, Organization of American States (OAS), in MPEPIL, VII, 1059ff; *Thomas*, The Organization of American States in its 50th year, 1998; *Epping*, in: *Ipsen* (сноска 27) 463ff.

⁷⁶² *Cisse*, Naissance de l'Union africaine, International Forum 3 (2001) 151; *Packer/Rukare*, The New African Union and Its Constitutive Act, AJIL 96 (2002) 365ff; *Magliveras/Naldi*, The African Union, ICJQ 51 (2002) 415ff; *Udombana*, The Institutional Structure of the African Union, Cal Western ILJ 33 (2002) 69ff; *Heyns/Baimu/Killander*, The African Union, GYIL 46 (2003) 252ff; *Maluwa*, The Constitutive Act of the African Union and Institution-Building in Postcolonial Africa, LJIL 16 (2003) 157ff.

нальной организацией⁷⁶³ с широкими полномочиями, которая прямо признает приоритет обязательств, вытекающих из положений Устава ООН (ст. 1 с Устава Совета Европы). Совет Европы считается наиболее активной и эффективной *региональной организацией*. Учредительный договор (устав) был подписан десятью государствами 5 мая 1949 г. в Лондоне⁷⁶⁴. ФРГ вступила в Совет Европы в 1950 г. На сегодняшний день в Совет Европы входят 47 *государств-членов* (включая Россию) и представляют около 800 млн населения. Статус наблюдателя в Комитете министров имеют Япония, Канада, Мексика, США и Ватикан. Наблюдателями в Парламентской Ассамблее являются Израиль, Канада и Мексика. После распада коммунистических режимов в 1989–1990 гг. утвержден особый гостевой статус как первая ступень для принятия в члены. В настоящее время он утратил свое первоначальное значение из-за резкого увеличения количества членов. Белоруссия осталась единственным европейским государством, которое не является членом Совета Европы⁷⁶⁵, после того как в Совет Европы были приняты Монако (2004 г.) и Черногория (2007 г.)⁷⁶⁶. Штаб-квартира Совета Европы находится в Страсбурге.

2. Органы

240 Структура Совета Европы в основном соответствует структуре других международных организаций. Статья 10 Устава предусматривает, что органами Совета Европы являются Парламентская Ассамблея (до 1974 г. — Консультативная ассамблея) и Комитет министров, работу которых обеспечивает Секретариат. *Комитет министров* (ст. 13 и след. Устава) состоит из министров иностранных дел. Если министр не имеет возможности присутствовать на заседании, для участия в работе Комитета может быть назначено замещающее его на постоянной основе лицо. Таким образом, достигается непрерывность работы Комитета. Под руководством Комитета министров и при участии министров других отраслей, представителей правительств и экспертов проводятся конференции, на которых готовятся соглашения и разрабатывается общая политика. В зависимости от важности

⁷⁶³ «Любое европейское государство» может быть приглашено в члены Совета Европы (ст. 4 Устава).

⁷⁶⁴ 87 UNTS 103; BGBl 1950 II, 263.

⁷⁶⁵ Статус гостя Совета Европы, предоставленный Белоруссии, был временно аннулирован в 1997 г. в связи с ограничениями демократии, см. резолюции ПАСЕ 1441 (2000) от 26.1.2000 и 1306 (2002) от 27.9.2002. На пленарном заседании 26.6.2009 ПАСЕ принял решение восстановить статус гостя Совета Европы для Белоруссии. При этом было поставлено условие, что Белоруссия ведет мораторий на применение смертной казни, см. Резолюцию ПАСЕ 1671 (2009) от 23.6.2009. До сих пор (на 1 сентября 2012 г.) мораторий не введен.

⁷⁶⁶ После ее отделения от Государственного Союза Сербии и Черногории в 2006 г.

рассматриваемых вопросов решения принимаются простым большинством или единогласно (ст. 20 Устава).

Особенность *Парламентской Ассамблеи* (ст. 22 и след. Устава) заключается в том, что в ней был впервые применен принцип парламентаризма в международной организации. Наряду с сообществом государств-членов (представители правительств) представлены и народы государств-членов. В настоящее время 318 представителей всех членов Ассамблеи и такое же количество их заместителей избираются национальными парламентами из их состава. Число представителей зависит от величины государства-члена и колеблется от двух (Лихтенштейн, Сан-Марино, Андорра, Монако) до восемнадцати (ФРГ, Франция, Великобритания, Италия, Россия). Депутаты объединяются не по странам, а по политическим группам. На данный момент действует пять фракций и несколько свободных депутатов. Такое парламентское устройство позже использовалось и в других организациях, например, в ЕС, Западноевропейском союзе⁷⁶⁷ и Северном совете⁷⁶⁸. Поскольку Ассамблея формируется из независимых депутатов, они более заинтересованы в обсуждении более широкого круга вопросов, в частности, вопросов, выходящих за рамки Европы⁷⁶⁹. Эта особенность присуща также Парламенту ЕС.

По инициативе Парламентской Ассамблеи в 1994 г. Комитет министров создал дополнительный консультативный (вторичный) орган, *Конгресс местных и региональных властей Европы*. Этот орган стал преемником «Постоянной Конференции местных и региональных властей Европы», основанной в 1961 г. Главная задача Конгресса, состоящего из двух палат, заключается в том, чтобы гарантировать участие местных и региональных органов в интеграционных процессах и действиях Совета Европы. В его функции входит поддержка демократии на региональном и муниципальном уровне, а также укрепление трансграничного и межрегионального сотрудничества в Европе⁷⁷⁰. Кроме того, в 1999 г. введена должность *Комиссара по правам человека*, деятельность которого направлена на развитие правового сознания и выявление возможных недостатков в области прав человека в национальных правовых системах государств-членов, а также содействие эффективному соблюдению прав человека. Комиссар не является органом правосудия и, следовательно, не может рассматривать индивидуальные жалобы. Он

⁷⁶⁷ 19 UNTS 51; *Macallister-Smith*, Western European Union, EPIL IV (2000) 1450ff.

⁷⁶⁸ *Berg*, Nordic Council and Nordic Council of Ministers, EPIL III (1997) 639ff.

⁷⁶⁹ Широкие полномочия установлены в ст. 23 Устава Совета Европы.

⁷⁷⁰ *Rengeling*, Die Zusammensetzung der Ständigen Konferenz der Gemeinden und Regionen des Europarates, DVBl 1985, 600ff; *Rabe/Semmelrogge*, Der Kongress der Gemeinden und Regionen des Europarates und seine «Europäische Charta der regionalen Selbstverwaltung», NdsVBl 1998, 105ff.

сотрудничает с национальными и международными организациями в области защиты прав человека⁷⁷¹.

- 243 Текущие административные дела ведет *Секретариат* (ст. 36, 37 Устава), возглавляемый Генеральным секретарем, которого избирает Парламентская Ассамблея по рекомендации Комитета министров на пятилетний срок. Генеральный секретарь обладает правом совещательного голоса и принимает участие в заседаниях Комитета министров, Парламентской Ассамблеи и комиссий. В настоящее время (с 1 октября 2009 г.) этот пост занимает норвежец Торбьерн Ягланд (*Thorbjørn Jagland*). Работу Секретариата обеспечивают 2100 сотрудников. Общий бюджет Совета Европы в 2012 и 2013 гг. составлял 240 млн евро.

3. Задачи, принципы, деятельность

- 244 По Уставу Совета Европы «целью Совета Европы является достижение большего единства между его членами во имя защиты и осуществления идеалов и принципов, являющихся их общим достоянием, и содействие их экономическому и социальному прогрессу» (п. а ст. 1 а). В ст. 1 b перечислены сферы деятельности Совета: экономическая, социальная, культурная, научная, правовая и административная, а также поддержание и осуществление прав человека и основных свобод. Статья 1 определила *политическую составляющую*, которая не охватывает только «вопросы, касающиеся национальной обороны» (ст. 1 d), поскольку они регулируются Брюссельским пактом (ныне ЗЕС) 1948 г. и Североатлантическим пактом (НАТО), принятым 4 апреля 1949 г.⁷⁷²
- 245 Для первых лет деятельности Совета Европы основной целью являлось политическое и экономическое единство Европы. Но вскоре выяснилось, что лишь незначительная часть участвующих государств готова передать свои суверенные права межгосударственным образованиям. После создания Европейских сообществ (см. ниже абз. 249), интеграционные процессы осуществлялись под эгидой этих организаций. Совет Европы не препятствовал такому развитию. Европейские сообщества/ЕС также всегда поддерживали и развивали сотрудничество с Советом Европы (ст. 220 ДФЕС)⁷⁷³. Совет Европы сосредоточился на пробле-

⁷⁷¹ См. Резолюцию Комитета министров № 99 (50) от 7.5.1999 г.; *Schulz*, Halbzeit der Amtszeit: Der Menschenrechtskommissar des Europarats — ein Erfolgsmodell?, MRM 2003, 26ff; подробнее см.: <<http://www.coe.int/t/e/commissioner>>.

⁷⁷² 34 UNTS 243; *Ignarski*, North Atlantic Treaty Organization, EPIL III (1997) 646ff; *Klein/Schmahl*, Die neue NATO-Strategie und ihre völkerrechtlichen und verfassungsrechtlichen Implikationen, RuP 1999, 198ff.

⁷⁷³ К вопросу об истории Европейских сообществ см.: *Karasek*, Der Europarat, die Europäischen Gemeinschaften und die gesamteuropäische Zusammenarbeit, EA 1980, 1ff.

мах *содействия сотрудничеству* его членов. Инициативы в этой сфере исходят от государств-членов, Комитета министров и Парламентской Ассамблеи. Большое практическое значение имеют свыше *210 конвенций*, разработанных Советом Европы, принятых Комитетом министров и предоставленных государствам-членам для ратификации⁷⁷⁴. Наиболее важными конвенциями являются Европейская конвенция о защите прав человека и 14 дополнительных протоколов к ней⁷⁷⁵, Европейская социальная хартия, Конвенция о сохранении животного мира и природной среды обитания в Европе, Европейская конвенция по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания, Европейская конвенция о пресечении терроризма, Европейская хартия местного самоуправления, Конвенция о защите личности в связи с автоматической обработкой персональных данных, Европейская хартия региональных языков и языков меньшинств, Рамочная конвенция о защите национальных меньшинств, Конвенция по противодействию торговле людьми, Конвенция о недопущении безгражданства при правопреемстве государств и Конвенция о доступе к официальным документам.

К бесспорным достижениям Совета Европы относится эффективная защита *прав человека* и основных свобод в случае их ущемления со стороны властей 47 государств-участников ЕКПЧ⁷⁷⁶. Защита осуществляется в процессе рассмотрения межгосударственных и индивидуальных жалоб Европейским судом по правам человека⁷⁷⁷. Материально-правовые гарантии и обширная судебная практика повлияли не только на национальное толкование основных прав⁷⁷⁸, но и на право ЕС (ст. 6 (абз. 3)

⁷⁷⁴ *Jaah/Schaerer*, Die Konventionen des Europarates, SZIER 12 (2002) 103ff.

⁷⁷⁵ Следует также упомянуть дополнительный протокол *14bis* от 27.5.2009, вступивший в силу 1.10.2009 г. Этот протокол был предназначен для уменьшения нагрузки на ЕСПЧ до принятия 14 дополнительного протокола, который был принят 1 июня 2010 г.

⁷⁷⁶ Черногория подала заявление о правопреемстве соглашений, заключенных Сербией и Черногорией с Советом Европы. Комитет министров принял заявление только в части «открытых» конвенций, т.е. открытых для участия государств-нечленов Совета Европы (CM/Del/Dec (2006) 967/2.3 bE); а затем и в части «закрытых» конвенций, среди которых — ЕКПЧ с дополняющими ее протоколами (CM/Del/Dec (2007) 994 bis/2.1 aE).

⁷⁷⁷ Подробнее см.: Раздел 3. *Хайльброннер*, абз. 247 и след. До 1.11.1999 г. наряду с ЕСПЧ действовала также Европейская Комиссия по правам человека (ст. 5 (абз. 2) Протокола № 11; BGBl 1995 II, 578).

⁷⁷⁸ См.: BVerfGE 74, 358, 370; BVerfGE 111, 307, 329; 120, 180, 200; zuletzt BVerfGE 128, 326, 366ff; см. также: BVerfGK 14, 539 (543f.); *Frowein*, Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention, FS Zeidler, Bd II, 1987, 1763ff; *Uerpmann*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1993; *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 3. Aufl 2012, Rn 79ff; *Schmahl*, Die Verzahnung der deutschen, europäischen und internationalen Rechtsebenen bei der

Договора о ЕС). В праве ЕС материальное право и практика Совета Европы по защите прав человека признаются «конституционными принципами», выходящими за рамки общих принципов⁷⁷⁹. Статья 6 (абз. 2) Договора о ЕС предоставляет ЕС возможность ратифицировать ЕКПЧ. ЕКПЧ предусматривает такую возможность в 14-м дополнительном протоколе (см. также выше абз. 65).

247 *Статья 3* Устава обязывает государства-члены соблюдать эти стандарты. Верховенство закона (принцип правового государства) и признание прав человека считаются условиями членства в Совете Европы⁷⁸⁰. Уже по этим соображениям *восточноевропейские страны* не могли стать членами Совета до политических изменений 1989–1990 гг. После этого многие государства Восточной Европы вступили в Совет Европы⁷⁸¹. Вступление в Совет Европы считается подготовительным этапом к присоединению к Европейскому союзу. Такое развитие событий ставит Совет Европы перед дилеммой. С одной стороны, очевидно, что многие из этих стран нельзя пока назвать развитыми правовыми государствами, отвечающими стандартам соблюдения прав человека⁷⁸². Принятие таких государств в Совет Европы может привести к снижению уровня требований к защите прав человека или к двойным стандартам⁷⁸³. С другой стороны, актуальный опыт

Gewährleistung von Grund- und Menschenrechten, in Bauschke u a (Hrsg), *Pluralität des Rechts*, 2003, 163 (181ff); *Ruffert*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und innerstaatliches Recht, *EuGRZ* 2007, 245ff.

⁷⁷⁹ *Frowein*, Die Herausbildung europäischer Verfassungsprinzipien, *FS Maihofer*, 1988, 149ff; *E. Klein*, (сноска 82) 76f. Хартия ЕС об основных правах, которая является юридически обязательной согласно ст. 6 (абз. 1) Договора о ЕС, также признает защиту основных прав ЕКПЧ в качестве «минимального стандарта», ср. ст. 52 (аз. 3), ст. 53 Хартии. К вопросу о соотношении между ЕСПЧ и Судом ЕС см.: *Klein*, Das Verhältnis des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: *Merten/Papier* (Hrsg), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd VI/1, 2010, § 167.

⁷⁸⁰ См.: ст. 4 (присоединение) и ст. 8 (исключение). На этом настаивает Парламентская Ассамблея, мнение которой по поводу приглашения к вступлению в настоящее время всегда учитывается.

⁷⁸¹ *Flauss*, Les conditions d'admission des pays d'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe, *EJIL* 5 (1994) 401ff; *Djerić*, Admission to Membership of the Council of Europe and Legal Significance of Commitments Entered into by New Member States, *ZaöRV* 60 (2000) 605ff.

⁷⁸² См., например, доклады *Bernhardt/Ermacora/Weitzel/Trechsel* о «зрелости» России для вступления в Совет Европы (*HRLJ* 1994, 250ff). В апреле 2000 г. Парламентская Ассамблея лишила Россию права участия по причине ее действий в Чеченском конфликте (1999–2000 гг.), но восстановила это право в январе 2001 г. Конфликт с Грузией в августе 2008 г. не привел к лишению России права участия. Соответствующая инициатива депутатов ПАСЕ не нашла поддержки, см.: *EuGRZ* 2008, 556; а также Резолюцию ПАСЕ 1631 (2008) от 1.10.2008.

⁷⁸³ См.: *Hagedorn*, Gleiche Maßstäbe für Ost und West? Die Staaten Ost- und Mitteleuropas vor dem EGMR unter besonderer Berücksichtigung des Art 5 EMRK, 2004. Автор

показывает, что вступление в Совет Европы, сопряженное с обещанием ратифицировать ЕКПЧ в кратчайшие сроки, дает возможность оказывать влияние на эти государства в сфере защиты прав человека с целью предотвращения возвращения к тоталитарным методам воздействия на граждан со стороны государства. Одновременно Совет Европы может охватить всю Европу. Политическое давление, которое оказывалось с целью принятия этих государств, особенно России⁷⁸⁴, в Совет Европы, исходило не только от стран-кандидатов, но и от членов-учредителей Совета Европы, прежде всего ФРГ, поскольку они исходили из того, что это будет способствовать стабилизации политической ситуации в Европе. Насколько такие ожидания оправданны, покажет будущее.

Совет Европы выполняет свои задачи посредством рассмотрения вопросов, представляющих общий интерес, заключением соглашений и проведением совместных действий (ст. 1 b Устава). *Формы деятельности* Совета Европы являются *межправительственными*. Они не выходят за рамки традиционных форм международного сотрудничества. Если исходить из масштабных целей, которые ставили перед Советом Европы его учредители, эти цели до сих пор не достигнуты. Однако Совет создал стабильные рамочные условия для разностороннего практического сотрудничества европейских стран и уже 63 года имеет большое значение для сохранения мира и стабильности в этом регионе⁷⁸⁵.

248

V. Европейский союз

1. Наднациональные организации

Европейский союз и два его (отчасти бывших) сообщества⁷⁸⁶ (Европейское Сообщество и Европейское сообщество по атомной энергии (Евратом)) следует отдельно рассмотреть в главе о международных организациях несмотря на то, что они уже упоминались в этой и других главах. Это связано с тем, что они уже выходят за рамки понятия международной организации. Их особенности не позволяют без комментариев отнести их к этой категории.

249

Европейский союз отличается от других международных организаций не только его учредительными документами (учредительный договор,

250

отрицает возможность двойных стандартов.

⁷⁸⁴ Россия стала 39-м полноправным членом Совета Европы 28.02.1996 г.

⁷⁸⁵ К вопросу об оценке деятельности к 50-й годовщине создания Совета Европы см. E. Klein, 50 Jahre Eurorparat, AVR 39 (2001) 121ff.

⁷⁸⁶ По истечении срока действия договора (50 лет) ЕОУС прекратило свое существование, см. выше абз. 51. Лиссабонский договор исходит из единого Европейского союза как правопреемника Европейского сообщества и из параллельного существования Евратома (ст. 1 (абз. 3 предл. 3) Договора о ЕС), см. ниже абз. 257.

устав)⁷⁸⁷. Однако *объем суверенных прав*, которые государства-члены передают ЕС, не имеет аналогов в истории международных организаций. Еще более важным отличием является *интенсивность нормотворческой деятельности ЕС*⁷⁸⁸. Договоры не только предусматривают полномочия органов ЕС принимать правовые нормы *в отношении* государств-членов, но и предоставляют им право интегрировать в национальные правовые порядки юридические акты ЕС, обязательные к применению правоприменительными структурами государств-членов (административные органы, суды), на которые могут, как правило, ссылаться индивиды⁷⁸⁹. Поэтому Суд ЕС в одном из ранних основополагающих решений установил, что Европейское сообщество является «новым правовым порядком международного права», «субъектами которого являются не только государства-члены, но и лица»⁷⁹⁰. В случае коллизии права ЕС и национального права право ЕС имеет приоритет и применяется в конкретном случае вместо национального права, хотя право ЕС не отменяет национальное право в целом⁷⁹¹. Следует упомянуть также независимость органов ЕС, которые в разной степени отражают интересы ЕС (ст. 13 Договора о ЕС). Все эти особенности, а именно отказ от национальной монополии на правотворческую деятельность в сочетании с объемом полномочий, переданных органам ЕС, а также приоритет применения права ЕС являются основой беспрецедентного «объединения государств», которое не является государством, однако обладает аналогичными государству внутренними и внешними функциями. Обычно совокупность этих особенностей обозначают как *наднациональность*⁷⁹².

251 Нецелесообразно представлять право ЕС в данной главе даже в общих чертах. Оно является особым разделом права, оказывающим влияние на все разделы национального права. Поэтому рекомендуется ознакомиться с учебниками и комментариями по этой теме, содержащими ссылки

⁷⁸⁷ Договор, учреждающий Европейское экономическое сообщество от 25.3.1957 г. (BGBl 1957 II, 766); Договор, учреждающий Европейское сообщество по атомной энергии от 25.3.1957 г. (BGBl 1957 II, 1014); Договор о ЕС от 7.2.1992 г. (BGBl 1992 II, 1253); в последней редакции Лиссабонского договора от 13.12.2007: BGBl 2008 II, 1038 (вступил в силу 1.12.2009 согласно публикации от 13.11.2009, BGBl. 2009 II, 1223).

⁷⁸⁸ См.: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (сноска 86) § 4 Rn 6ff.

⁷⁸⁹ См.: ст. 288 ДФЕС. Суд ЕС в своей постоянной практике установил, что не только постановления и решения в отношении индивидов, но и неимплементированные или неадекватно имплементированные директивы могут обосновывать права и обязанности индивидов [EuGH, Slg 1979, 1629 (Ратти (*Ratti*)); 1982, 53 (Беккер (*Becker*))].

⁷⁹⁰ EuGH, Slg 1963, 1, 24f (ван Генд и Лоос (*van Gend & Loos*)).

⁷⁹¹ О приоритете права ЕС см.: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (сноска 86) § 10 Rn 4ff; Раздел 2. *Куниг*, абз. 122 и след.

⁷⁹² См.: *Ipsen* (сноска 131); *Ipsen*, Über Supranationalität, in: *Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien*, 1984, 97ff; *Zuleeg*, Wandlungen des Begriffs der Supranationalität, *Integration* 1988, 103ff.

на дополнительную литературу⁷⁹³. Ниже будут рассматриваться отдельные основополагающие аспекты, которые касаются международной дееспособности и перспектив развития Европейского союза.

2. Международная правосубъектность и международная дееспособность

По общему мнению, Европейский союз представляет собой «*объединение государств*»⁷⁹⁴, которое до принятия Лиссабонского договора 1.12.2009 г. основывалось на четырех «опорах»: двух сообществах (Европейское Сообщество, Евратом) и двух областях межправительственного сотрудничества (общая внешняя политика и политика безопасности; сотрудничество органов внутренних дел и судебных органов по уголовным делам)⁷⁹⁵. В то время как международная правосубъектность двух сообществ, основанная на учредительных договорах⁷⁹⁶, не подвергалась сомнению, области сотрудничества не обладали международно-правовой правосубъектностью, однако были частью Европейского союза.

Спорным являлся вопрос, насколько *Европейский союз*, наряду с обоими сообществами, следует считать субъектом международного права. Однозначного ответа на этот вопрос не существовало. Договор о ЕС не регулировал этот вопрос, но содержал интересное в этой связи положение, согласно которому Европейский совет, не являвшийся органом Европейского сообщества, был уполномочен создавать стимулы для развития Европейского союза и устанавливать политические цели такого развития (ст. 4 Договора о Европейском союзе в старой редакции, также ст. 15 Договора о Европейском союзе в новой редакции). Однако другие положения (ст. 3 и 5 Договора о Европейском союзе в старой редакции) предусматривали ограничение международной правосубъектности в отношении учредительных договоров Европейскими сообществами, а в отношении областей

252

253

⁷⁹³ Из немецкоязычной литературы см.: *Bieber/Epiney/Haag*, Die Europäische Union, 9. Aufl 2011; *Bleckmann* (сноска 89); *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, 2007; *Oppermann/Classen/Nettesheim* (сноска 86); *Streinz* (сноска 463); *Haratsch/Koenig/Pechstein* (сноска 86); *Geiger/Khan/Kotzur* (сноска 365); *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (сноска 577); *von der Groeben/Schwarze* (сноска 111); *Callies/Ruffert* (сноска 132); *Lenz/Borchardt* (сноска 290); *Schwarze* (сноска 190); *Mayer* (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, Loseblatt (Stand 131. Lieferung); *Streinz* (Hrsg), EUV/AEUV, 2. Aufl 2012. К вопросу о Лиссабонском договоре: *Streinz/Ohler/Herrmann* (сноска 207); *Hellmann*, Der Vertrag von Lissabon, 2009; *Schwarze/Hatje* (Hrsg), Der Reformvertrag von Lissabon, EuR 2009, Beiheft 1.

⁷⁹⁴ BVerfGE 89, 155, 184; актуальное решение BVerfGE 123, 267, 348; см.: *Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, in: v. Bogdandy/Bast, Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl 2009, 1009ff.

⁷⁹⁵ См.: *Streinz*, Europarecht, 8. Aufl. 2008, Rn 133.

⁷⁹⁶ Статья 281 Договора о Европейском Сообществе; ст. 184 Договора о Евратоме.

сотрудничества — государствами-членами. Из этого следовало, что Европейский союз интерпретируется как связующее звено, которое само не может быть носителем прав и обязанностей⁷⁹⁷. Доктрина в основном представляла эту точку зрения⁷⁹⁸, которую также разделял Федеральный конституционный суд ФРГ⁷⁹⁹. Со вступлением в силу Лиссабонского договора (см. абз. 256 и след.) новый Европейский союз стал правопреемником Европейского сообщества и приобрел правосубъектность (ст. 47 Договора о ЕС). При этом сотрудничество в сфере общей внешней политики и политики безопасности остается межправительственным⁸⁰⁰.

3. Полномочия ЕС и защита основных прав

254 Полномочия, переданные государствами-членами изначально двум Сообществам, а затем ЕС⁸⁰¹, охватывают значительную часть властных полномочий, обычно осуществляемых государствами. В то время как ЕОУС и Евратом сохранили свои изначальные полномочия, «Европейское экономическое сообщество» (ЕЭС), функционировавшее вначале как экономический союз, было позже надделено дополнительными полномочиями,

⁷⁹⁷ Это не исключает возможность рассматривать ЕС как международную организацию, не обладающую правоспособностью (см. выше абз. 94); см.: *E. Klein*, Institutionelle Kohärenz in der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft, in: Ruffert (Hrsg.), *Recht und Organisation*, 2003, 119ff.

⁷⁹⁸ См.: *Streinz* (сноска 800) Rn 134; *Haratsch/Koenig/Pechstein* (сноска 86) 49; *Breitenmoser*; *Die Europäische Union zwischen Völkerrecht und Staatsrecht*, ZaöRV 55 (1995) 951ff; противоположная точка зрения см.: *Ress*, Ist die Europäische Union eine juristische Person?, *EuR* 1995, Beiheft 2, 27ff; *Gautier*; *The Reparation for Injuries Case Revisited: The Personality of the European Union*, MPYUNL 4 (2000) 331ff; *Grard*, L'Union européenne, sujet de droit international, *RGDIP* 110 (2006) 337ff; *Ruffert/Walter* (сноска 108) Rn 158f.

⁷⁹⁹ BVerfGE 89, 155, 195.

⁸⁰⁰ Сотрудничество в сфере внутренних дел и юстиции, которое изначально регулировалось в старой редакции Договора о ЕС, теперь регулируется в ст. 82 и след. ДФЕС и полномочия по принятию решений переданы наднациональным структурам на основании изменений, внесенных Лиссабонским договором, см.: *Haratsch/Koenig/Pechstein* (сноска 86) абз. 51. *V Bogdandy/Nettesheim*, Die Verschmelzung der Europäischen Gemeinschaften in der Europäischen Union, *NJW* 1995, 2324ff; уже на основании Маастрихтского договора исходили из того, что субъектом международного права является только Европейский союз, а не Европейские сообщества.

⁸⁰¹ *Jarass*, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, *AöR* 121 (1996) 173ff; *Beyer*; *Die Ermächtigung der Europäischen Union und ihrer Gemeinschaften*, *Der Staat* 35 (1996) 189ff; v. *Bogdandy/Bast*, Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union, *EuGRZ* 2001, 441ff; *Mayer*; *Die drei Dimensionen der Euro-päischen Kompetenzdebatte*, *ZaöRV* 61 (2001) 577ff; *Götz* (Hrsg.), *Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten*, 2002; *ter Steeg*, Eine neue Kompetenzordnung für die EU, *EuZW* 2003, 325ff; *Streinz* (сноска 463), Rn 146ff.

в связи с чем оно было переименовано Маастрихтским договором (Европейское Сообщество). Однако Маастрихтский договор не отменил принципиальных ограничений в отношении установленных задач, которые действовали как в отношении международных, так и наднациональных организаций. Однако и в новой редакции договора однозначно установлен принцип ограниченных полномочий (ст. 5 Договора о ЕС; ст. 7 ДФЕС)⁸⁰². В отношении государств-членов ЕС и сегодня вправе осуществлять только те полномочия, которые ему делегированы (компетенция союза). Допускается деятельность только тех органов, которые указаны в договоре (компетенция органов), что важно с точки зрения установления баланса между органами. Кроме того, соответствующие органы осуществляют свои полномочия только в формах, предусмотренных договором для конкретного случая (выбор правового акта). В договорах ЕС также закреплен принцип субсидиарности (ст. 5 (абз. 3) Договора о ЕС), согласно которому в отношении любых предметов, не относящихся к исключительной компетенции ЕС, должна проводиться предварительная проверка, насколько запланированная мера достаточно полно регулируется на национальном уровне и насколько в силу ее объема или ее правовых последствий целесообразно регулировать этот предмет на национальном уровне⁸⁰³. Очевидно, что этот принцип ограничивает стремление ЕС к самостоятельному регулированию⁸⁰⁴. Практика Суда ЕС также оказывает определенное влияние. В данном контексте релевантно решение об ограничении компетенции в отношении внутреннего рынка ЕС (ст. 114 ДФЕС)⁸⁰⁵. В Лиссабонском договоре предпринята попытка расширить принцип субсидиарности, в особенности за счет того, что национальные парламенты на ранней стадии должны принимать участие в разработке правовых актов ЕС и предоставления права подавать иски в Суд ЕС⁸⁰⁶.

⁸⁰² Krauß, Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht als Strukturprinzip des EWG-Vertrages, 1991; Haratsch/Koenig/Pechstein (сноска 86) Rn 153ff.

⁸⁰³ Lecheler, Das Subsidiaritätsprinzip. Strukturprinzip der Europäischen Union, 1993; Moersch, Leistungsfähigkeit und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips, 2001; Böttcher/Krawczynski, Subsidiarität für Europa, 2002; Skouris, Das Subsidiaritätsprinzip und seine Bedeutung in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, FS Wildhaber, 2007, 1547ff.

⁸⁰⁴ См. также (несколько завышенное) требование ФКС ФРГ (BVerfGE 89, 155, 210).

⁸⁰⁵ EuGH, Slg 2000, I-8419 (реклама табака), см.: Callies, Nach dem «Tabakwerbung-Urteil» des EuGH, JURA 2001, 311ff; T. Stein, Keine Europäische «Verbots-Gemeinschaft — das Urteil des EuGH über die Tabakwerbевеbot-Richtlinie, EWS 2001, 12ff. Другие аспекты учитываются в актуальной судебной практике, см.: EuGH, Slg 2006, I-11573 (реклама табака II); EuGH, Slg. 2009, I-593 (резервное сохранение данных интернет-трафика).

⁸⁰⁶ См.: Протокол о применении принципов субсидиарности и соразмерности, ABl EU 2007, Nr C 306/150; Hailbronner, Die Justiziabilität des Subsidiaritätsprinzips im Lichte der Subsidiaritätskontrolle, in: Pernice (Hrsg), Der Vertrag von Lissabon, 2008,

255 Широкие властные полномочия ЕС, которые косвенно (путем общей правотворческой деятельности) или прямо (посредством принятия или исполнения решений) создают возможность вмешательства в индивидуальную сферу (наднациональность), обуславливают необходимость материальной защиты основных прав и ее процессуального регулирования. В отношении «обычных» международных организаций такая необходимость отсутствует⁸⁰⁷. Поскольку в связи с приоритетом права ЕС, а также в связи с существенными различиями регулирования защиты прав человека на национальном уровне национальное право не могло использоваться в качестве основы и предшествующие редакции договоров ЕС не содержали положений об основных правах⁸⁰⁸, следовало создать адекватную систему защиты прав человека на уровне ЕС. С этой задачей многие годы успешно справлялся Суд ЕС⁸⁰⁹. При этом Суд ЕС выводил принципы, общие для конституций государств-членов, и из международных договоров о правах человека, обязательных для всех государств-членов, в особенности из ЕКПЧ⁸¹⁰. Эти общие принципы по правам человека содержат непосредственно применимые критерии, которым должны соответствовать правовые акты ЕС и национальные правовые акты, имплементирующие право ЕС. Любое лицо вправе подать жалобу в Суд ЕС или в Суд первой инстанции (ст. 263 (абз. 4) ДФЕС) в отношении правового акта ЕС, который непосредственно нарушает его индивидуальные права, или в национальный суд в отношении правового акта, имплементирующего право ЕС на национальном уровне. Национальное и европейское судопроизводства образуют тесный союз правовой защиты, основанный на сотрудничестве, основным механизмом которого была и остается процедура принятия предварительного решения

135ff; *Uerpmann-Witzack*, Frühwarnsystem und Subsidiaritätsklage im deutschen Verfassungssystem, EuGRZ 2009, 461ff; *Calliess*, Nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Parlamentarische Integrationsverantwortung auf europäischer und nationaler Ebene, ZG 2010, 1ff. См. также ниже абз. 257.

⁸⁰⁷ См. выше абз. 197 и след. Исключение составляет правовая защита, предусмотренная для государственных служащих некоторых международных организаций (см. выше абз. 174).

⁸⁰⁸ Основные свободы, установленные в ДФЕС (свободное перемещение товаров, лиц, услуг и капитала), и запрещение дискриминации развиваются при поддержке Суда ЕС в направлении субъективных публичных прав, сравнимых с основными правами, на которые граждане могут ссылаться в отношениях с ЕС и государствами-членами. См.: *Frenz*, Grundfreiheiten und Grundrechte, EuR 2002, 603ff.

⁸⁰⁹ См.: *Rengeling*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1993; Ehlers (Hrsg), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl 2009; см. также: BVerfGE 73, 339, 378ff; 102, 147, 165f; 118, 79, 95.

⁸¹⁰ См. ст. 6 (абз. 3) Договора о ЕС. *Klein* (сноска 132) Art F Rn 8f; *Klein*, Dogmatische und methodische Überlegungen zur Einordnung der Europäischen Menschenrechtskonvention in den Grundrechtsfundus der Europäischen Union, in: GS Bleckmann 2007, 257ff.

(ст. 237 ДФЕС)⁸¹¹. Это формирует солидарную ответственность в процессе применения права ЕС, однако Суд ЕС имеет исключительную компетенцию по толкованию права ЕС, которое является обязательным. Без такой исключительной компетенции невозможно обеспечить необходимое для интеграции единообразное применение права. *Хартия основных прав*⁸¹², торжественно провозглашенная в 2000 г. и первоначально принятая как декларация, не обладающая обязательной силой, приобрела юридическую силу со вступлением в силу Лиссабонского договора на основании ссылки в ст. 6 (абз. 1) Договора о ЕС. Таким образом, было выполнено давно выдвинутое требование. Одновременно ст. 6 (абз. 2) Договора о ЕС предоставляет возможность присоединения ЕС, обладающего собственной правосубъектностью, к ЕКПЧ⁸¹³.

4. Лиссабонский договор и перспективы развития

ЕС должен найти ответ на *вызовы* современности. Он должен подготовить следующий этап интеграции. 1 мая 2004 г. в ЕС вступили 10 восточноевропейских государств, 1 января 2007 г. присоединились Румыния и Болгария. С другими государствами готовятся или уже проводятся переговоры о вступлении⁸¹⁴. Содержание договоров, в особенности в отношении состава органов и процедур принятия решений, должны быть адаптированы к новой ситуации. После того, как в 2004 г. не был принят Договор, устанавливающий

⁸¹¹ Проблемы возникают, если суды высшей инстанции не выполняют свою обязанность подвать запросы о толковании права ЕС в Суд ЕС. В таких случаях при необходимости ЕСПЧ может восполнить образовавшийся пробел в правовой защите. См.: Решение ЕСПЧ от 16.4.2002, № 36677/97 (Данжвилль (*Dangeville*)) с комментариями: *M. Breuer*, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Wächter des europäischen Gemeinschaftsrechts*, JZ 2003, 433ff. См.: *Mayer*, *Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit*, in *v. Bogdandy/Bast* (сноска 799) 559ff und *Benda/Klein* (сноска 783) Rn 92ff.

⁸¹² Хартия ЕС об основных правах от 7.12.2000 (ABI EG 2000, Nr C 364/1). См.: Meyer (Hrsg), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Aufl 2011; Tettinger/Stern (Hrsg), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, 2006.

⁸¹³ Присоединение Сообществ к ЕКПЧ было исключено на момент действия Ниццкого договора (EuGH, *Gutachten 2/94*, Slg 1996, I-1759). На тот момент ЕКПЧ также должна была бы быть изменена для присоединения ЕС, поскольку по старой редакции ЕКПЧ ее участниками могли быть только государства. Протокол к ЕКПЧ № 14 от 13.5.2004 (BGBl 2006 II, 138), вступивший в силу 1.6.2010, в ст. 17 (абз. 2) создал предпосылки для присоединения ЕС. Однако необходимы дальнейшие изменения, которые могут быть включены в отдельный протокол или в соглашение между ЕС и государствами-членами ЕКПЧ, см. Отчет абз. 101 и след. (abgedr in *BT-Drucks 16/42*, 24). К вопросу о процессе присоединения см.: *Obwexer*, *Der Beitritt der EU zur EMRK*, EuR 2012, 115ff. См. также выше абз. 65.

⁸¹⁴ На данный момент кандидатами на вступление в ЕС являются Македония, Исландия, Сербия, Черногория и Турция. Переговоры о вступлении Хорватии успешно завершились. Предположительно, Хорватия станет членом ЕС в 2013 г.

Конституцию для Европы, вступивший в силу 1.12.2009 г. Лиссабонский договор должен обеспечить дееспособность ЕС и одновременно повысить прозрачность, эффективность и убедительно обосновать демократическую легитимацию. Однако в связи с различиями национальных интересов эти цели до сих пор не достигнуты⁸¹⁵.

257 Независимо от этих изменений, внесенных в договоры, длительный финансовый и долговой кризис, начавшийся в 2008 г., продемонстрировал концептуальные ошибки структуры экономического и валютного союза, в связи с чем приобрел актуальность основополагающий вопрос об интенсивности политической интеграции, к которой следует стремиться. Создание фондов финансовой помощи на межправительственном, международно-правовом уровне, которые, с догматической точки зрения, существуют параллельно с правом ЕС, в долгосрочной перспективе не могут являться адекватным инструментом для устранения структурных недостатков валютного союза⁸¹⁶. В конечном итоге все зависит от того, какую форму в будущем примет ЕС и какую роль в нем будут играть государства-члены. С одной стороны, в Маастрихтском, Амстердамском и Ниццком договорах речь идет о «новом этапе создания постоянно развивающегося союза народов Европы» (ст. 1 Договора о ЕС в старой редакции) и о европейской идентичности (ст. 2). Лиссабонский договор продолжает эту традицию (ст. 1 (абз. 1), ст. 3 Договора о ЕС в новой редакции). Однако вопрос о *политической направленности* ЕС остается открытым, вследствие чего дальнейшее развитие не находит достаточной поддержки, поскольку неочевидно направление такого развития⁸¹⁷. Концепции, требующие срочной разработки или уточнения, не должны ориентироваться на традиционные этатистские представления («федеративное государство Европа»)⁸¹⁸. Замена государств-членов европейским государством с ослабленным федеративным устройством

⁸¹⁵ *Oppermann/Classen/Nettesheim* (сноска 86) § 3 Rn 14f.

⁸¹⁶ См. актуальное решение: BVerfG, Beschl. v 12.9.2012, 2 BvR 1390/12, Rn 214, 222ff (*ESM*). См. также: *Kube/Reimer*, Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus, NJW 2010, 1911ff; *Lorz/Sauer*, Ersatzunionsrecht und Grundgesetz, DÖV 2012, 573ff; *Callies*, Der Kampf um den Euro, NVwZ 2012, 1ff.

⁸¹⁷ См.: *Haltern*, Gestalt und Finalität, in: v. Bogdandy (сноска 799) 803ff. Спорной является концепция гибких форм интеграции («Европа разных скоростей»), см.: *Grieser*, Flexible Integration in der Europäischen Union: Neue Dynamik oder Gefährdung der Rechtseinheit?, 2003.

⁸¹⁸ *Oeter*, Föderalismus und Demokratie, in: v. Bogdandy/Bast (сноска 799) 73ff. ФКС ФРГ не исключает участия ФРГ в «европейском федеративном государстве», но считает необходимым предварительное проведение референдума, поскольку согласно Конституции немецкий народ является носителем права на самоопределение, BVerfGE 123, 267, 350. Однако это решение не рассматривает вопрос, насколько такое распоряжение суверенными правами противоречит конституционной идентичности согласно ст. 79 (абз. 3). Этой точки зрения придерживается *Hillgruber/Gärditz*, Volkssouveränität und Demokratie ernst genommen, JZ 2009, 872 [875].

приведет лишь к воспроизводству национально-государственных проблем на более высоком уровне⁸¹⁹. Необходимо создание *гибкой системы* регулирования различных сфер деятельности, которые, в зависимости от их особенностей, могут быть отнесены к исключительной компетенции государств-членов, к общей компетенции государств-членов и ЕС или к исключительной компетенции ЕС, основанной на демократической легитимации и подлежащей контролю в соответствии с принципами правового государства. Таким образом, могут гарантироваться мир и безопасность и обеспечиваться индивидуальные свободы, экономическая мощь и социальное обеспечение в результате создания разумного соотношения между ЕС и государствами-членами. Несмотря на то, что Лиссабонский договор является прогрессивным по сравнению с Ниццким договором, он не содержит убедительных ответов на многие из этих вопросов, в особенности в отношении экономического и валютного союзов. Беспрецедентный феномен ЕС пока не обрел адекватную юридическую форму. В книге объединений государств пора начать новую главу⁸²⁰.

⁸¹⁹ H. P. Ipsen, Europäische Verfassungsbestrebungen aus der Sicht deutscher Verfassungstradition, in: Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien, 1984, 63 (65ff); Müller-Graff, Verfassungsziele der EG/EU, in: Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Loseblatt (2011), A I Rn 66; см. также: Graf Vitzthum (Hrsg), Europäischer Föderalismus, 2000.

⁸²⁰ E. Klein, Die Europäische Integration im Licht unterschiedlicher Rechtssysteme, in: Krocker/Deschamps (Hrsg), Europa — ein Weg zum Frieden?, 1991, 115 (133f); Wahl, Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union?, in: H. Dreier (Hrsg), Rechts- und staatstheoretische Schlüsselbegriffe: Legitimität — Repräsentation — Freiheit, 2005, 113ff.

ПЯТЫЙ РАЗДЕЛ
Пространство и окружающая среда
в международном праве

Александр Прёльсс

Оглавление (краткий обзор содержания по абзацам)	Абзацы
Предварительные замечания	1
I. Пространство в международном праве	2–88
1. Обзор правовых режимов пространства в международном праве	2–14
а) Территориальный суверенитет и территориальное верховенство	2–6
б) Государственная и негосударственная территории как основные категории	7–9
в) Негосударственная территория: территории, на которые распространяются функционально ограниченные права, и территории с международным режимом	10–14
2. Государственная территория: пространство территориально детерминированной всеобъемлющей власти государства	15–50
а) Сущность и границы: территориальное верховенство в рамках международного права	15–23
б) Приобретение и утрата государственной территории	24–29
в) Воздушное пространство: суверенитет и «свободы воздуха».	30–37
г) Морская акватория: внутренние воды, архипелажные воды, территориальное море	38–50
3. Негосударственная территория (1): территории, на которые распространяются функционально ограниченные права прибрежных государств	51–62
а) Сущность и границы: территории под ограниченной юрисдикцией.	51
б) Прилежащая зона: право полиции осуществлять контроль	52
в) Исключительная экономическая зона: пространство <i>sui generis</i> , ориентированное на использование ресурсов	53–56

г) Континентальный шельф: монополия прибрежного государства на разведку и разработку	57–62
4. Негосударственная территория (2):	
глобальные пространства с международным режимом	63–88
а) Сущность и границы: международное сообщество и свобода исследования и пользования	63–65
б) Открытое море: свободное пространство, регулируемое международным правом	66–69
в) Морское дно («Район»): интернационализированное наследие человечества	70–75
г) Космическое пространство: свобода и равенство, обязывающие к сотрудничеству	76–83
д) Антарктика: скорее «всемирный парк», чем «клуб».	84–88
II. Окружающая среда в международном праве	89–161
1. Международное право охраны окружающей среды: обзор	89–91
2. Развитие международного экологического права	92–104
а) Истоки: соседское право и конвенции об охране видов флоры и фауны	93–96
б) Основные конференции по вопросам экологии	97–104
3. Общие принципы международного экологического права	105–117
а) Запрет на трансграничное загрязнение (решение по делу плавильного завода в Трейле) и принцип предотвращения	106–110
б) Принцип пропорционального совместного использования трансграничных ресурсов	111
в) Принцип предупреждения и принцип ответственности причинителя вреда	112–113
г) Концепция устойчивого развития	114–117
4. Охрана окружающей среды и права человека	118–121
5. Инструменты международного экологического права по сферам	122–161
а) Охрана внутренних вод	123–133
б) Охрана моря	134–142
в) Охрана воздуха и климата	143–154
г) Охрана флоры и фауны и биологического разнообразия	155–159
д) Защита от отходов и вредных веществ	160–161

Литература

- Beaucamp, Guy*, Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht, 2002
- Beyerlin, Ulrich/Marauhn, Thilo*, International Environmental Law, 2012 [Beyerlin/Marauhn, International Environmental Law]
- Birnie, Patricia/Boyle, Alan E./Redgwell, C.*, International Law and the Environment, 3. Aufl 2009 [Birnie/Boyle/Redgwell, International Law and the Environment]
- Bodansky, Daniel/Brunnée, Jutta/Hey, Ellen (Hrsg), The Oxford Handbook of International Environmental Law, 2007
- Böckstiegel, Karl-Heinz (Hrsg), Handbuch des Weltraumrechts, 1991 [Weltraumrecht]
- Dahm, Georg/Delbrück, Jost/Wolfrum, Rüdiger*, Völkerrecht, Bde I/1, I/2 u I/3, 2. Aufl 1989/2002/2002 [Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht I/1, I/2, I/3]
- Epiney, Astrid/Scheyli, Martin*, Umweltvölkerrecht, 2000
- Giegerich, Thomas/Proelß, Alexander (Hrsg), Bewahrung des ökologischen Gleichgewichts durch Völker- und Europarecht, 2010 [Bewahrung]
- Hafner, Gerhard*, Die seerechtliche Verteilung von Nutzungsrechten, 1987 [Hafner, Verteilung]
- ders*, Räumliche Regime und Nutzungen über die und jenseits der Staatsgrenzen, in Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Bd I, 4. Aufl 2004, 394ff [Hafner, Regime]
- Hobe, Stephan/Schmidt-Tedd, Bernhard/Schrogl, Kai-Uwe (Hrsg), Cologne Commentary on Space Law, Bd 1, 2009 [CoCoSL]
- Khan, Daniel-Erasmus*, Die deutschen Staatsgrenzen, 2004 [Khan, Staatsgrenzen]
- Kreuter-Kirchhof, Charlotte*, Neue Kooperationsformen im Umweltvölkerrecht. Die Kyoto Mechanismen, 2004 [Kreuter-Kirchhof, Kooperationsformen]
- Loibl, Gerhard*, Internationales Umweltrecht, in Österreichisches Handbuch des Völkerrechts, Bd I, 4. Aufl 2004, 344ff [Loibl, Umweltrecht]
- Odendahl, Kerstin*, Die Umweltpflichtigkeit der Souveränität, 1998 [Odendahl, Umweltpflichtigkeit]
- Ott, Hermann*, Umweltregime im Völkerrecht, 1998 [Ott, Umweltregime]
- Proelß, Alexander*, Meeresschutz im Völker- und Europarecht, 2004 [Proelß, Meeresschutz]
- Reichert, Götz*, Der nachhaltige Schutz grenzübergreifender Gewässer in Europa, 2004 [Reichert, Gewässerschutz]
- Sands, Philippe*, Principles of International Environmental Law, 2. Aufl. 2003 [Sands, Principles]
- Schladebach, Marcus*, Luftrecht, 2007 [Schladebach, Luftrecht]
- Schult, Henning*, Das völkerrechtliche Schiffssicherheitsregime, 2005 [Schult, Schiffssicherheit]
- Verschuuren, Jonathan*, Principles of Environmental Law, 2003 [Verschuuren, Principles]

Graf Vitzthum (Hrsg), Handbuch des Seerechts, 2006 [Seerecht]
Wolfrum, Rüdiger, Die Internationalisierung staatsfreier Räume, 1982 [*Wolfrum*,
 Internationalisierung]
 ders (Hrsg), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 10 Bde,
 2012 [MPEPIL]

Договоры

Договор о границах между Австрией и Венецией от 17.8.1754 (40 CTS
 215) 92

Договор о дружбе, торговле и мореплавании между Великобританией
 и Соединенными Штатами Америки от 19.11.1794 (Martens [2. Serie],
 Bd V, 640) [Договор Джея] 92, 125

Заключительный акт Венского конгресса от 9.6.1815 (Hauff и след. [Hrsg],
 Die Verträge von 1815 und die Grundlagen der Verfassung Deutschlands,
 1864, 4) 125

Майнцкий акт о судоходстве по Рейну от 31.3.1831 125

Гаагский договор между Нидерландами и Бельгией о регулировании
 водоотбора из реки Маас от 12.5.1863 (Robb [Hrsg], International
 Environmental Law Reports, Bd I, 1999, 572) 127

Байоннский договор о границах между Францией и Испанией от 26.5.1866
 (132 CTS 359)1076 127

Пересмотренная конвенция о судоходстве по Рейну (Маннгеймский акт)
 от 17.10.1868 в ред. от 11.3.1969 (BGBl 1969 II, 597), последние измене-
 ния в дополнительных протоколах № 2 и 3 от 17.10.1979 (BGBl 1980
 II, 870, 875) [Маннгеймский акт] 20, 125

Договор о регулировании лова лососей в бассейне Рейна от 30.6.1885 (RGBl
 1886, 192) 95

Конвенция об охране диких животных, птиц и рыб Африки от 19.5.1900
 (188 CTS 418) 95

Конвенция по охране птиц, полезных в сельском хозяйстве от 19.3.1902
 (RGBl 1906, 89) 95

Договор между Соединенными Штатами Америки и Великобританией
 о пограничных водах между Соединенными Штатами Америки и Ка-
 надой от 11.1.1909 (AJIL [1910], Suppl, 239) 127

Версальский договор от 28.6.1919 (RGBl 1919, 687) 11, 20, 125

Парижская конвенция гражданской авиации от 13.10.1919 (Hudson [Hrsg],
 International Legislation, Bd I, 1931, 359) 31

Договор о Шпицбергене от 9.2.1920 (RGBl 1925 II, 763; акт о возобно-
 влении применения BGBl 1953 II, 117) [Договор о Шпицбергене] 21

Конвенция по регулированию китобойного промысла от 24.9.193 (155
 LNTS 349) 95

- Конвенция о сохранении флоры и фауны в их естественном состоянии от 8.11.1933 (172 LNTS 241) 95
- Конвенция об охране природы и защите фауны и флоры в Западном полушарии от 12.10.1940 (161 UNTS 193) 95
- (Чикагская) Конвенция о международной гражданской авиации от 7.12.1944 (BGBl 1956 II, 411; 15 UNTS 295) 31, 33, 34
- Соглашение о транзите при международных воздушных сообщениях от 7.12.1944 (BGBl 1956 II, 442) 31
- Устав ООН от 26.6.1945 (BGBl 1973 II, 431), последние изменения от 28.8.1980 (BGBl 1980 II, 1252) [Устав ООН] 53, 67, 68
- Статут Международного Суда ООН от 26.6.1945 (BGBl 1973 II, 505) [Статут МС] 19, 106
- Потсдамское соглашение от 2.8.1945 (Huber [Hrsg], Quellen zum Staatsrecht der Neuzeit, Bd II, 1951, 197) 22, 23
- Конвенция по регулированию размеров ячей рыболовных сетей и допустимой для лова величины рыб от 5.4.1946 (BGBl 1959 II, 1513) 95
- Международная конвенция по регулированию китобойного промысла от 2.12.1946 (BGBl 1982 II, 559) 95
- Международная конвенция по рыболовству в северной части Тихого океана от 9.5.1952 (205 UNTS 65) 95
- Международная конвенция по предотвращению загрязнения моря нефтью от 12.5.1954 (BGBl 1956 II, 379; прекратила действие согласно BGBl 1989 II, 74) [ОЙЛПОЛ] 135
- Договор об образовании Европейского экономического сообщества от 25.3.1957 (BGBl 1957 II, 766), с момента вступления в силу Лиссабонского договора от 13.12.2007 (BGBl 2008 II, 1038) действует как Договор о функционировании Европейского союза (консолидированная редакция: AB I EU 2010, Nr C 83/47) [ДФЕС] 16, 21, 34, 54, 87, 112, 114
- (Женевская) Конвенция об открытом море от 29.4.1958 (BGBl 1972 II, 1089) 9, 39, 67
- (Женевская) Конвенция о территориальном море и прилежащей зоне от 29.4.1958 (516 UNTS 205) 39, 47, 49, 52 (Женевская) Конвенция о континентальном шельфе от 29.4.1958 (499 UNTS 311) 39, 57, 58, 59
- Женевская конвенция о рыболовстве и охране живых ресурсов открытого моря от 29.4.1958 (559 UNTS 285) 39, 68
- Договор об Антарктике от 1.12.1959 (BGBl 1978 II, 1517) [ДА] 29, 77, 84, 85, 87, 88, 160
- Соглашение об охране Боденского озера от загрязнения от 27.10.1960 (BayGVBl 1961, 237) 19, 130
- Протокол между Правительствами ФРГ, Французской Республики и Герцогства Люксембург о создании Международной комиссии по защите Мозеля от загрязнения от 20.12.1961 (BGBl 1962 II, 1103) 129

- Протокол между Правительствами ФРГ и Французской Республики о создании Международной комиссии по защите Саара от загрязнения от 20.12.1961 (BGBl 1962 II, 1106) 129
- (Восточноевропейское) Соглашение о сотрудничестве в области морского рыболовства от 28.7.1962 (460 UNTS 220) 95
- (Бернское) Соглашение о создании Международной комиссии по защите Рейна от загрязнения от 29.4.1963 с протоколом (BGBl 1965 II, 1433); дополнительное соглашение от 3.12.1976 (BGBl 1979 II, 87) 128
- Договор о запрещении испытаний ядерного оружия в атмосфере, в космическом пространстве и под водой от 5.8.1963 (480 UNTS 43) 81
- (Европейское) Соглашение о рыболовстве от 9.3.1964 (BGBl 1969 II, 1898) 95
- Договор между ФРГ и Швейцарией о включении коммуны Бюзинген-на-Верхнем-Рейне в швейцарскую таможенную зону от 23.11.1964 (BGBl 1967 II, 2029) 22
- Соглашение о регулировании водоотбора из Боденского озера с заключительным протоколом от 30.4.1966 (BGBl 1967 II, 2314) 130
- Международный пакт о гражданских и политических правах от 19.12.1966 (BGBl 1973 II, 1533) [МПГПП] 119
- Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (BGBl 1973 II, 1570) [МПЭСКП] 119
- Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела от 27.1.1967 (BGBl 1969 II, 1969) [Договор о космосе] 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 160
- Венская конвенция о праве международных договоров от 23.5.1969 (BGBl 1985 II, 927) [КМПД] 20, 28, 154
- Соглашение о сотрудничестве в борьбе с загрязнением Северного моря нефтью от 9.6.1969 (BGBl 1969 II, 2066) 141
- Конвенция по сохранению живых ресурсов Юго-Восточной Атлантики от 23.10.1969 (BGBl 1976 II, 1545) 95
- Международная конвенция относительно вмешательства в открытом море в случаях аварий, приводящих к загрязнению нефтью от 29.11.1969 (BGBl 1975 II, 137); протокол от 2.11.1973 (BGBl 1985 II, 593) 135
- Международная конвенция о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью от 29.11.1969 (BGBl 1975 II, 305; новая редакция: BGBl 1996 II, 670); протокол от 25.5.1984 (BGBl 1988 II, 705, 824); протокол от 27.11.1992 (BGBl 1994 II, 1152) 135
- Конвенция о водно-болотных угодьях, имеющих международное значение главным образом в качестве местобитаний водоплавающих птиц от 2.2.1971 (BGBl 1976 II, 1265) [Рамсарская конвенция] 96, 156

- Соглашение и Эксплуатационное соглашение о Международной организации спутниковой связи ИНТЕЛСАТ от 20.8.1971 (BGBl 1973 II, 249, 308) 83
- Международная конвенция о создании Международного фонда для компенсации ущерба от загрязнения нефтью от 18.12.1971 (BGBl 1975 II, 320; новая редакция: BGBl 1996 II, 685) 135
- Конвенция о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами от 29.3.1972 (BGBl 1975 II, 1209) 82
- Конвенция о сохранении тюленей Антарктики от 1.6.1972 (BGBl 1987 II, 90) 87
- Конвенция об охране всемирного культурного и природного наследия от 26.11.1972 (BGBl 1977 II, 215; ILM 11 [1972] 1358) [Конвенция ЮНЕСКО об охране культурного наследия] 17
- Конвенция по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов от 29.12.1972 с изменениями от 12.10.1978 (BGBl 1977 II, 180 und 1987 II, 118) [Лондонская конвенция] 139
- Конвенция о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения от 3.3.1973 (BGBl 1975 II, 773) [СИТЕС] 96, 122, 155, 160
- Соглашение между ФРГ, Францией и Швейцарией о судоходстве на Боденском озере (Верхнее озеро, включая озеро Уберлинген) и дополнительный протокол от 1.6.1973 (BGBl 1975 II, 1406, 1411) 130
- Международная конвенция по предотвращению загрязнения с судов от 2.11.1973 с протоколом от 17.2.1978 (BGBl 1982 II, 4; 1984 II, 230) [МАРПОЛ] 135, 137, 138, 160
- Конвенция о создании Европейского космического агентства от 30.5.1975 (BGBl 1976 II, 1861) [Конвенция об ЕКА] 83
- Конвенция по охране Рейна от химического загрязнения от 3.12.1976 (BGBl 1978 II, 1054) 128
- Конвенция по охране Рейна от загрязнения хлоридами от 3.12.1976 (BGBl 1978 II, 1065); дополнительный протокол от 25.9.1991 (BGBl 1994 II, 1303) 128
- Конвенция о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду от 18.5.1977 (BGBl 1983 II, 125) [ЭНМОД] 81, 90
- Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12.8.1949, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (протокол I) от 8.6.1977 (BGBl 1990 II, 1550) 90
- Договоры о Панамском канале от 7.9.1977 (ILM 16 [1977] 1022) 20
- Договор о сотрудничестве в бассейне реки Амазонка от 3.7.1978 (ILM 17 [1978] 1045) 127
- Соглашение о качестве воды в Великих озерах от 22.11.1978 (1153 UNTS 187) 127

- Боннская конвенция о сохранении мигрирующих видов диких животных от 23.6.1979 (BGBl 1984 II, 569; ILM 19 [1980] 15) 96, 122, 155
- Конвенция об охране дикой флоры и фауны и их естественной среды обитания в Европе от 19.9.1979 (BGBl 1984 II, 618) 96, 156
- Правительственное соглашение о совместном строительстве ГЭС на Паране от 19.10.1979 (ILM 19 [1980] 615) 127
- Женевская конвенция о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния от 13.11.1979 (BGBl 1982 II, 373; ILM 18 [1979] 1442) [КТ-ЗББР]; протокол от 24.6.1998 по стойким органическим загрязнителям (ILM 37 [1998] 505) 98, 146
- Соглашение о деятельности государств на Луне и других небесных телах Солнечной системы от 5.12.1979 (ILM 18 [1979] 1434) [Договор о Луне] 76
- Конвенция о сохранении морских живых ресурсов Антарктики от 20.5.1980 (BGBl 1982 II, 420) 87
- Африканская хартия прав человека и народов от 27.6.1981 (1520 UNTS 217) 118
- Международная конвенция электросвязи от 6.11.1982 (BGBl 1985 II, 425) 37
- Конвенция ООН по морскому праву от 10.12.1982 (BGBl 1994 II, 1799; ILM 21 [1982] 1261) [КМП] 3, 6, 9, 10, 11–14, 21, 29, 38–49, 51–63, 65, 67–75, 77, 111, 112, 134, 136–141, 156
- Соглашение о сотрудничестве по борьбе с загрязнением Северного моря нефтью и другими вредными веществами от 13.9.1983 (BGBl 1990 II, 71; Änderungen BGBl 1990 II, 71 und 1995 II, 179) 141
- Венская конвенция об охране озонового слоя от 22.3.1985 (BGBl 1988 II, 901; ILM 26 [1987] 1516) [Конвенция об озоновом слое] 151, 152
- Шенгенское соглашение о постепенной отмене проверок на общих границах от 14.6.1985 (GMBI 1986, 79) [Шенгенское соглашение] 16
- Конвенция ООН об условиях регистрации судов от 7.2.1986 (ILM 26 [1987] 1236) 68
- Соглашение о плане действий по экологически рациональному использованию общей системы реки Замбези от 28.5.1987 (ILM 27 [1988] 1109) 127
- Монреальский протокол по веществам, разрушающим озоновый слой, от 16.9.1987 (BGBl 1988 II, 1014; ILM 26 [1987] 1541; последнее изменение: BGBl 1999 II, 2183) [Монреальский протокол] 122, 152, 153
- Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства от 10.3.1988 (ILM 27 [1988] 672; BGBl 1990 II, 496) [Конвенция СУА]; протокол от 10.3.1988 (там же); протоколы от 14.10.2005 (IMO Doc LEG/CONF.15/21 und 22) 68

- Конвенция по регулированию освоения минеральных ресурсов Антарктики от 2.6.1988 (ILM 27 [1988] 868) 85, 86
- Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением от 22.3.1989 (BGBl 1994 II, 2703; ILM 28 [1989] 657) 161
- Устав и конвенция Международного союза электросвязи от 30.6.1989 (BGBl 1994 II, 147) 37, 83
- Конвенция о применении Шенгенского соглашения от 14.6.1985 между Правительствами государств экономического союза Бенилюкс, ФРГ и Французской Республикой о постепенной отмене проверок на общих границах от 19.6.1990 (BGBl 1993 II, 1010) 16
- Устав и конвенция Международного союза электросвязи от 30.6.1989 (BGBl 1994 II, 147) 32, 37
- Договор между ФРГ и ГДР о восстановлении единства Германии от 31.8.1990 (BGBl 1990 II, 889) [ДО] 27
- Договор об окончательном урегулировании в отношении Германии от 12.9.1990 (BGBl 1990 II, 1318) [Договор «Два плюс четыре»] 4
- Соглашение о Международной комиссии по защите Эльбы от 8.10.1990 (BGBl 1992 II, 943) [Соглашение по Эльбе] 132
- Договор между ФРГ и Польской Республикой о подтверждении существующих границ от 14.11.1990 (BGBl 1991 II, 1329) 23
- Конвенция об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте от 25.2.1991 (BGBl 2002 II, 1406; ILM 30 [1991] 802) [ОВОС] 98, 109
- Протокол об охране окружающей среды к Договору об Антарктике от 4.10.1991 (BGBl 1994 II, 2478) [Мадридский протокол] 84, 86, 87
- Договор об образовании Европейского экономического сообщества от 25.3.1957 (BGBl 1957 II, 766), с момента вступления в силу Лиссабонского договора от 13.12.2007 (BGBl 2008 II, 1038) действует как Договор о функционировании Европейского союза (консолидированная редакция: ABl EU 2010, Nr C 83/47) [ДФЕС] 114
- Конвенция по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер от 17.3.1992 (BGBl 1994 II, 2333; ILM 31 [1992] 1392) [Конвенция ЕЭК ООН о водотоках]; протокол от 17.6.1999 (<<http://www.unesc.org/env/documents/2000/wat/mp.wat.2000.1.e.pdf>> 98, 112, 113, 131–133
- Конвенция по защите морской среды района Балтийского моря от 9.4.1992 (BGBl 1994 II, 1397) [Хельсинкская конвенция] 142
- Конвенция о защите от загрязнения Черного моря от 21.4.1992 (ILM 32 [1993] 1110) 133
- Рамочная конвенция ООН об изменении климата от 9.5.1992 (BGBl 1993 II, 1783) [РКИКООН] 105, 112, 121, 147–150

- Договор между ФРГ и Польской Республикой о сотрудничестве в водном хозяйстве на приграничных водах от 19.5.1992 (BGBl 1994 II, 60) 132
- Конвенция о биологическом разнообразии от 5.6.1992 (BGBl 1993 II, 1742) [КБР]; Нагойский протокол о доступе к генетическим ресурсам и справедливом и равномерном распределении преимуществ от их использования от 29.10.2010 от 29.10.2010 (UNEP/CBD/COP/DEC/X/1) 17, 96, 112, 156–158
- Международная конвенция по охране морского пространства Северо-Восточной Атлантики от 22.9.1992 (BGBl 1994 II, 1360) [ОСПАР] 112, 113, 141, 142
- Соглашение о защите реки Маас от 26.4.1994 (ILM 34 [1995] 851), прекратило действие с вступлением в силу Международного соглашения о Маасе от 3.12.2002 131
- Соглашение о защите реки Шельда от 26.4.1994 (ILM 34 [1995] 859) 131
- Конвенция о сотрудничестве по защите и устойчивому использованию реки Дунай от 29.6.1994 (BGBl 1996 II, 874) [Конвенция о защите Дуная] 131, 133
- Соглашение об осуществлении Части XI Конвенции ООН по морскому праву от 10 декабря 1982 от 28.7.1994 (BGBl 1994 II, 2566; ILM 33 [1994] 1309) [Соглашение к КМП] 39, 63, 74
- Договор между ФРГ и Чешской Республикой об общих границах от 3.11.1994 (BGBl 1997 II, 566) 23
- Конвенция о сотрудничестве по устойчивому развитию бассейна реки Меконг (с протоколом) от 5.4.1995 (2069 UNTS 35844) 127
- Соглашение об осуществлении положений Конвенции ООН по морскому праву от 10 декабря 1982, которые касаются сохранения трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб и управления ими от 4.12.1995 (BGBl 2000 II, 1023; ILM 34 [1995] 1542) 55, 65, 69
- Договор между ФРГ и Чешской Республикой о сотрудничестве в водном хозяйстве на приграничных водах от 12.12.1995 (BGBl 1997 II, 925) 131
- Договор о Международной комиссии для защиты Одера от загрязнения от 11.4.1996 (BGBl 1997 II, 1708) [Договор об Одере] 131
- Международная конвенция об ответственности и компенсации за ущерб в связи с перевозкой морем опасных и вредных веществ от 3.5.1996 (ABl EG 2002, Nr L 337/57) 135
- Дополнительный протокол от 22.8.1996 к договору между ФРГ и Королевством Нидерланды от 8.4.1960 о регулировании сотрудничества в устье реки Эмс (договор о районе Эмс-Долларт) о регулировании сотрудничества по защите водных ресурсов и природы в устье реки Эмс (BGBl 1997 II, 1703) [Протокол Эмс-Долларт об охране окружающей среды] 131

- Договор о всеобъемлющем запрещении ядерных испытаний от 24.9.1996 (ILM 34 [1997] 1439) 81
- Протокол к Лондонской конвенции от 7.11.1996 (ILM 36 [1997] 4) 139
- Договор о совместном использовании вод реки Ганг в Фаракке от 2.12.1996 (ILM 36 [1997] 519) 127
- Конвенция ООН о праве несудоходных видов использования международных водотоков от 21.5.1997 (ILM 36 [1997] 700) 111, 126
- Киотский протокол к Рамочной конвенции ООН об изменении климата от 10.12.1997 (ILM 37 [1998] 22) 105, 112, 147–149
- Конвенция о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды от 25.6.1998 (ILM 38 [1999] 517) [Орхусская конвенция] 121
- Роттердамская конвенция о процедуре предварительно обоснованного согласия в отношении отдельных опасных химических веществ и пестицидов в международной торговле от 11.9.1998 (ILM 38 [1999] 1) 160
- Конвенция о сотрудничестве по защите и устойчивому использованию вод в водосборных районах Испании и Португалии от 30.11.1998 (Luso-American Foundation [Hrsg], Shared Watersystems and Transboundary Issues, 2000, 429 и след.) 131
- Конвенция о защите Рейна от 12.4.1999 (BGBl 2001 II, 850) 131–133
- Договор между ФРГ и Чешской Республикой о документации о прохождении линии общей границы от 3.6.1999 (BGBl 2001 II, 558) 23
- Картахенский протокол по биобезопасности к Конвенции о биологическом разнообразии от 29.1.2000 (ILM 39 [2002] 1027) 158
- Международная конвенция о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения бункерным топливом от 23.3.2001 (BGBl 2006 II, 579) 135
- Стокгольмская конвенция о стойких органических загрязнителях от 23.5.2001 (ILM 40 [2001] 532) [Стокгольмская конвенция] 160
- Конвенция о киберпреступности от 23.22.2001 (<<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.aspNT=185&CL=ENG>>); Дополнительный протокол к Конвенции в отношении криминализации деяний расистского и ксенофобского характера, осуществляемых при помощи компьютерных систем от 28.1.2003 (<<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/HTML/189.htm>>) 36
- Международное соглашение о Маасе от 3.12.2002 (<<http://www.cipm-icbm.be/files/files/FR1.pdf>>) 131
- Соглашение между США и государствами-членами ЕС и ЕС о воздушном сообщении от 30.4.2007 (ABl EU 2007, Nr L 134/4); дополнительное соглашение от 16.6.2011 (ABl EU 2011, Nr L 283/16) 33

Судебная практика

Постоянная палата международного правосудия

- Решение по делу о судне «Лотус» („Lotus“) (Франция против Турции) от 7.9.1927, PCIJ, Series A, No 10 [*дело о судне «Лотус»*] 3, 8, 68
- Решение о территориальной юрисдикции Международной комиссии по реке Одер (Чехословакия, Дания, Франция, Германия, Великобритания, Швеция против Польши) от 10.9.1929, PCIJ, Series A, No 23 [*дело о комиссии по Одере*] 125
- Решение о делимитации по реке Маас (Diversion of Water from the Meuse) (Нидерланды против Бельгии) от 28.6.1937, PCIJ, Series A/B, No 70 [*дело Diversion of Water*] 126
- Решение о правовом статусе Восточной Гренландии (Дания против Норвегии) от 5.4.1933, PCIJ, Series A/B, No 53 [*дело о Восточной Гренландии*] 21

Международный Суд ООН

- Решение о канале Корфу (Corfu Channel) (Великобритания против Албании) от 9.4.1949, ICJ Rep 1949, 4 [*дело о канале Корфу*] 48, 49, 94
- Решение по англо-норвежскому спору о рыболовстве (Великобритания против Норвегии) от 18.12.1951, ICJ Rep 1951, 116 [*англо-норвежский спор о рыболовстве*] 42
- Решение о континентальном шельфе Северного моря (North Sea Continental Shelf) (ФРГ против Дании; ФРГ против Нидерландов) от 20.2.1969, ICJ Rep 1969, 3 [*дела о континентальном шельфе Северного моря*] 57, 59, 62
- Решение по делу о компании «Барселона Трэкшн, Лайт энд Пауэр Лимитед» (Вторая стадия) (Бельгия против Испании) от 5.2.1970, ICJ Rep 1970, 3 [*дело «Барселона Трэкшн»*] 118
- Решение о континентальном шельфе Эгейского моря (Aegean Sea Continental Shelf) (Греция против Турции) от 19.12.1978, ICJ Rep 1978, 5 [*дело о континентальном шельфе Эгейского моря*] 57, 62
- Решение о континентальном шельфе (Тунис против Ливийской Арабской Джамахирии) от 24.2.1982, ICJ Rep 1982, 18 [*дело о делимитации Континентального шельфа между Тунисом и Ливией*] 59
- Решение по спору в отношении сухопутных и морских границ и границ между островами (Land, Island and Maritime Frontier Dispute) (Сальвадор против Гондураса; при участии Никарагуа) от 11.9. 1992, ICJ Rep 1992, 351 [*дело о морских границах между Сальвадором и Гондурасом*] 12
- Запрос согласно ст. 63 о рассмотрении ситуации в связи с решением по делу о ядерных испытаниях (Новая Зеландия против Франции), постановление от 22.9.1995, ICJ Rep 1995, 287 [*Запрос о рассмотрении*] 112

- Консультативное заключение о правомерности угрозы или применения ядерного оружия (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons) от 8.7.1996, ICJ Rep 1996, 226 [*заключение о ядерном оружии*] 106
- Решение о проекте Габчиково-Надьмарош (Gabcikovo-Nagymaros Project) (Венгрия против Словакии) от 25.9.1997, ICJ Rep 1997, 92 [*дело Габчиково-Надьмарош*] 111, 117, 119, 126
- Решение по делу, касающемуся территориального и морского спора между Никарагуа и Гондурасом в Карибском море, от 8.10.2007, ICJ Rep 2007, 659 [*Никарагуа против Гондураса*] 41
- Решение по делу о целлюлозных заводах на реке Уругвай (Аргентина против Уругвая) от 20.4.2010 <<http://www.icj-cij.org/docket/files/135/15877.pdf>> [*дело о целлюлозных заводах*] 106, 108, 109–112, 116
- Консультативное заключение о соответствии одностороннего провозглашения независимости Косово международному праву от 22.7.2010, ICJ Rep 2010, 403 [*Косово*] 3, 28

Международный трибунал по морскому праву

- Решение по делу о судне «Сайга» № 1 (The M/V «Saiga» No 1) (Сент-Винсент и Гренадины против Гвинеи) от 4.12.1997, ITLOS Rep 1997, 4 [*дело судне «Сайга» (№ 1)*] 55
- Решение по делу о судне «Сайга» № 2 (The M/V «Saiga» No 2) (Сент-Винсент и Гренадины против Гвинеи) от 4.12.1997, ITLOS Rep 1997, 4 [*дело о судне «Сайга» (№ 2)*] 68
- Решение по делу о южном голубом тунце (Southern Bluefin Tuna) (Новая Зеландия против Японии; Австралия против Японии) от 27.8.1999 (No 3 and 4), ITLOS Rep 1999, 280 [*дело о южном голубом тунце*] 67, 134
- Решение по делу о судне «Камоуко» (The «Camouco») (Панама против Франции) от 7.2.2000 (No 5), ITLOS Rep 2000, 10 [*дело о судне «Камоуко»*] 55
- Решение по делу о судне «Монте Конфурко» (The «Monte Confurco») (Сейшелы против Франции) от 18.12.2000 (No 6), ITLOS Rep 2000, 86 [*дело о судне «Монте Конфурко»*] 55
- Решение по делу о судне «Гранд Принс» (The «Grand Prince») (Белиз против Франции) от 20.4.2001 (No 8), <www.itlos.org/case_documents/2001/document_en_88.pdf> [*дело о судне «Гранд Принс»*] 55
- Решение по делу о судне «Волга» (The «Volga») (Российская Федерация против Австралии) от 23.12.2002 (No 11), <www.itlos.org/case_documents/2002/document_en_215.pdf> [*дело о судне «Волга»*] 55
- Решение по спору в отношении пролива Джохор (Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor) (Малайзия против Сингапура) от 8.10.2003 (No 12), <www.itlos.org/case_documents/2003/document_en_230.pdf> [*дело о проливе Джохор*] 134

- Решение по делу о судне «Джуно Трейдер» (The «Juno Trader») (Сент-Винсент и Гренадины против Гвинеи-Бисау) от 18.12.2004 (No 13), <www.itlos.org/> [*дело о судне «Джуно Трейдер»*] 55
- Решение по делу о судне «Хошинмару» (The «Hoshinmaru») (Япония против России) от 6.8.2007 (№ 14), ITLOS Rep 2005–2007, 18 [*дело о судне «Хошинмару»*] 55
- Решение по делу о судне «Томимару» (The «Tomimaru») (Япония против России) от 6.8.2007 (No 15), ITLOS Rep 2005–2007, 74 [*дело о судне «Томимару»*] 55
- Заключение Камеры по спорам, касающихся морского дна «Обязанности и обязательства государств, поручившихся за физических и юридических лиц применительно к деятельности в Районе», от 1.2.2011 (No 17), ILM 50 (2011), 455–39, 72, 112
- Решение по делу о делимитации морской границы между Бангладеш и Мьянмой в Бенгальском заливе от 14.3.2012 (No 16), <http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_16/C16_Judgment_14_03_2012_rev.pdf> [*Бангладеш против Мьянмы*] 39

Постоянная палата третейского суда

- Арбитражное решение по делу острова Пальмас (Нидерланды против США) от 4.4.1928, RIAA II, 829 [*дело острова Пальмас*] 2
- Арбитражное решение по делу о железной дороге «Iron Rhine» («Ijzeren Rijn») (Бельгия против Нидерландов) от 24.5.2005, RIAA 27, 35 [*Iron Rhine*] 108

Международный арбитраж

- Арбитражное решение по делу о плавильном заводе в Трейле (Trail Smelter) (США против Канады) от 16.4.1938 и 11.3.1941, RIAA III, 1905, 1938 [*дело о плавильном заводе в Трейле*] 94, 106, 107
- Арбитражное решение по делу Абу-Даби от 28.8.1951, ICLQ 1 (1952) 247 [*дело Абу-Даби*] 57
- Арбитражное решение по делу озера Лану (Lac Lanoux) (Испания против Франции) от 16.11.1957, RIAA XII, 281 [*дело озера Лану*] 107, 126

Европейский суд по правам человека

- Решение от 9.12.1994, Nr 16798/90, Ser A, Nr 303-C; EuGRZ 1995, 530 [*Лопес Остра против Испании*] 120
- Решение от 22.5.2003, Nr. 41666/98 [Киртатос против Греции] 119

Суд Европейских сообществ

- Решение от 14.7.1976, Verb Rsen 3, 4, 6/76, Slg 1976, 1279 [*Крамер (Kramer)*] 3

Решения от 5.11.2002, Rsen C-466–472, 475–476/98, Slg 2002, I-9427, 9519, 9575, 9627, 9681, 9741, 9797, 9855 [*Open Skies*] 33

Решение от 3.2.2012, Rs C-366/10 [*Торговля эмиссионными сертификатами*] 148

Немецкие суды

Решение Конституционного суда Веймарской республики от 17/18.6.1927, RGZ 116, приложение 18 94, 126

Решение Высшего административного суда земли Баден-Вюртемберг от 24.1.2003, VB1BW 2003, 389 [*Аэропорт*] 31

Постановление Верховного суда ФРГ от 7.4.2009, NJW 2009, 3735 [*Подсудность*] 68

Решение Федерального конституционного суда ФРГ от 30.6.2009, NJW 2009, 2267 [*Лиссабон*] 68

Швейцарские суды (Федеральный суд)

Решение от 12.1.1878 (*Цюрих против Ааргау*) 126

Решение от 9.12.1892 (*Ааргау против Золотурна*) 126

Суды США (Федеральный Верховный суд)

Канзас против Колорадо, 206 US 46 (1907) 126

Мали (Mali) против Управления тюрем Гудзона (дело Wildenhus), 120 US 1 (1887) 40

Снектор (Spector) против Norwegian Cruise Line Ltd, 545 US 119 (2005) 40

Предварительные замечания

Темы «пространство» и «окружающая среда» не составляют единого целого. В то время как вопрос о господстве государства в пространстве и над *пространством* развивался параллельно с формированием международного права в целом¹, интерес к *окружающей среде* как отдельному предмету теории и практики международного права пробудился лишь в начале 1970-х гг.² Сегодня защита и сохранение окружающей среды выдвинулись на первый план и стали настолько важными предметами международного права, что этот новый раздел в дальнейшем будет именоваться «международным экологическим правом». Обширные и интенсивные международно-правовые *взаимосвязи* пространства и окружающей среды³ позволяют посвятить указанным темам *общий* раздел. После обзора категорий пространства в международном праве (абз. 2 и след.) будет рассматриваться окружающая среда в международном праве (абз. 89 и след.). Особое внимание будет уделено взаимозависимости названных областей, их значению для международного права в целом, а также развитию. Юридическая техника и объем регулирования особенно быстро развиваются в международном экологическом праве, в частности, в связи с актуальной проблемой изменения климата. Это позволяет «опровергнуть распространенное представление о рудиментарности международного права, состоящего преимущественно из общих норм»⁴.

I. Пространство в международном праве

1. Обзор правовых режимов пространства в международном праве

а) Территориальный суверенитет и территориальное верховенство

Международное право регулирует соотношение между территориями Земли, космического пространства и небесных тел и носителями власти. В качестве последних могут выступать отдельные государства, несколько государств совместно (кондоминиум, коимпериум) или другие субъекты

¹ Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgerichte*, 2. Aufl 1988. Гревье, в частности, рассматривал «формы правового режима пространства» (148ff) и «правовой режим морей» (157ff), развивавшихся в течение двух тысячелетий (269ff), преследуя цель «отразить дух, закономерности строительства и становление системы международного права» (15).

² Начальный импульс дала Стокгольмская конференция ООН об окружающей человека среде, проходившая 5.6.—16.6.1972 г., и особенно заключительная Декларация (UN Doc A/CONF. 48/14). См. ниже абз. 97.

³ Например, в связи с охраной определенных пространств в целом (пример: космическое пространство).

⁴ Предварительное замечание издателей и составителей книги см.: ÖHVR I, Rn 2091.

Таблица 1



международного права. К первым относятся сухопутные и морские территории, включая полярные, а также воздушное и космическое пространство, в том числе Луна и другие небесные тела. Указанные объекты могут быть более или менее тесно связаны с субъектами либо исключены из системы принадлежности, как Луна и другие небесные тела. Наиболее тесная связь между носителем власти и частью пространства возникает при распространении на нее *территориального суверенитета*⁵ одного или нескольких государств. Обладатель этого полного права, сравнимого с *правом собственности*, может осуществлять всеобъемлющие права в отношении соответствующего пространства, в том числе право уступки.

- 3 Если территория относится к сфере действия прав определенного государства, например, на основании оккупации⁶ или договора аренды, и указанное государство осуществляет на данной территории высшую власть *de facto*, не обладая, однако, территориальным суверенитетом, это государство имеет *территориальное верховенство*. Такое государственное господство *в пространстве* без права распоряжения *пространством*, иными словами,

⁵ В отношениях между субъектом и объектом суверенитет означает исключительную государственную власть: монополию на законное применение властного принуждения и на решение ключевых политических вопросов. В отношениях между субъектами под суверенитетом следует понимать преимущество, ограниченное рамками международного права. Насколько концепция суверенитета предполагает возможность градации, например в связи с передачей отдельных государственных властных функций наднациональным организациям, является спорным; утвердительно на этот вопрос отвечают: *Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht I/1, 223f.*

⁶ К вопросу об оккупации в результате военных действий см. Раздел 8. *Bome*, абз. 82.

территориальное верховенство, сравнимо с правовым институтом *владения*. В отличие от носителя территориального суверенитета («собственника»), носитель территориального верховенства («владелец») не может, например, уступить территорию. Как правило, *один* субъект является носителем обеих правовых позиций. Обладатель территориального верховенства вправе осуществлять властные полномочия на соответствующей территории независимо и в полном объеме. Его *собственные властные полномочия* распространяются, в принципе, на всех лиц⁷ и вещи, находящиеся на данной территории. Другие государства не имеют права осуществлять на этой территории властные полномочия. За пределами своей территории государство имеет право территориального верховенства (*jurisdiction*), только если другие носители властных полномочий не обладают исключительным территориальным верховенством или нормы международного права не запрещают распространение территориального верховенства⁸. Если на территорию распространяется территориальное верховенство определенного государства как носителя территориального верховенства, данное государство вправе в рамках международного права осуществлять законодательное регулирование, в частности, в отношении разработки природных ресурсов или охраны природы на соответствующей территории.

Несколько государств могут осуществлять *территориальный суверенитет* над определенной территорией *совместно* (*кондоминиум*). Кондоминиумы были распространены в эпоху колониальных империй, но очень редко встречаются в настоящее время. В качестве примера можно привести о-ва Новые Гебриды, находящиеся к северо-востоку от Австралии, над которыми с 1909 г. Франция и Великобритания совместно осуществляли суверенитет; в 1980 г. эта группа островов стала суверенным государством Вануату. 4

⁷ Влияние территориального верховенства одного государства на граждан другого государства, находящихся на территории иностранного государства, ограничено персональной юрисдикцией государства происхождения, см.: Раздел 3. *Кау*, абз. 100 и след., 154 и след.

⁸ См.: Консультационное заключение МС ООН по делу Косово, ICJ Rep 2010, 403, 438f (§ 84). Противоположная точка зрения представлена в решении ППМП по делу «Лотус», PCIJ, Ser A, No 10, 1927, 4, 19f: «[...] безусловно, юрисдикция является территориальной; она не может осуществляться государством за пределами своей территории за исключением случаев, в которых расширение юрисдикции допустимо в силу международных обычаев или международных соглашений» («... jurisdiction is certainly territorial; it cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of permissive rule derived from international custom or from a convention») — Согласно Конвенции ООН по морскому праву (КМП) от 10.12.1982 (BGBl 1994 II, 1799) прибрежным государствам передаются властные полномочия в отношении определенных морских зон за пределами государственной территории, см. ниже абз. 51 и след. ЕС также вправе осуществлять властные полномочия за пределами территории государств-членов в соответствии с международным правом, см.: Суд ЕС, Verb Rsen 3, 4, 6/76, Slg 1976, 1279 Rn 30/33 [*Крамеп (Kramer)*].

Другим примером, по мнению Австрии, является большая часть Боденского озера (Верхнее озеро без озера Уберлинген), крупного внутреннего водоема, расположенного на границе нескольких государств («пограничное озеро»)⁹.

5 В качестве примера совместного осуществления *территориального верховенства несколькими государствами на территории третьего государства (коимпериум)* можно назвать совместное господство Испании, Великобритании и Франции на территории Танжера в 1923–1956 гг. Послевоенное управление Германией, осуществлявшееся четырьмя союзными державами, было основано на том же принципе¹⁰. Современное международное право использует иные инструменты для реализации общих интересов: например, предоставление прав контроля (в вопросе защиты прав национальных меньшинств)¹¹ или делегирование прав международным организациям.

6 Кондоминиум или коимпериум в отношении негосударственной территории, т.е. совместное осуществление власти на территории, не принадлежащей ни одному из государств, невозможны, поскольку это противоречит содержанию соответствующих понятий; пограничные озера не являются негосударственными территориями, а относятся к территориям прибрежных государств. «Ничейная территория» или территория, не принадлежащая ни одному из государств, может стать объектом международного управления, осуществляемого международной организацией, иными словами, интернационализироваться¹², однако управление касается только использования данной территории, следовательно, не изменяет ее территориального статуса.

⁹ Озеро Титикака, находящееся между Боливией и Перу, является кондоминиумом по соглашению 1956 г. между сопредельными государствами. См.: *Ranjbar, Das Rechtsregime des Kaspischen Meeres und die Praxis der Anrainerstaaten*, 2004, 69. К вопросу о правовом статусе Боденского озера см. ниже абз. 19.

¹⁰ После безоговорочной капитуляции вооруженных сил 6.6.1945 г. «высшая исполнительная власть в Германии» перешла к военным комендантам союзников. Германская империя не прекратила своего существования (спорно). Четыре союзные державы не ставили перед собой цели присоединить территорию Германии к своим государственным территориям. Особый статус Германии выражался в «правах и ответственности четырех держав в отношении Германии в целом и Берлина». Согласно господствующему мнению в литературе между Германской империей и ФРГ существовала преемственность. К вопросу о «частичной идентичности» см.: *BVerfGE* 36, 1, 115 и след.; *E* 77, 137, 153 и след. В соответствии с Договором «два плюс четыре» от 12.9.1990 (*BGBI* 1990 II, 1318) четыре державы отказались от своих последних прав и ответственности.

¹¹ О функции Австрии как державы-покровительницы в отношении немецкоговорящего населения Южного Тироля см. *Hutter, ÖHVR* I, Rn 3284ff. Общая информация о защите национальных меньшинств см.: Раздел 3, *Kay*, абз. 330 и след.

¹² В качестве примера можно привести Международный орган по морскому дну. Он действует от имени «всего человечества», которому принадлежат «все права» на ресурсы «Района» морского дна. См.: предл. 1 абз. 2 ст. 137 КМП от 10.12.1982 (*BGBI* 1994 II, 1799). См. также: абз. 70 и след.

б) Государственная и негосударственная территории как основные категории

Государственная территория — это пространство, которым государство распоряжается, развитие которого оно организует, в пределах которого осуществляет свой территориальный суверенитет и устанавливает приоритет своего правопорядка. Государственная территория — необходимый элемент государства: без территории нет государства. Территория — это сфера компетенции, предмет и основа государственной власти. При этом речь идет об участке поверхности Земли, расположенных под ним недрах и воздушном пространстве над ним, иными словами, о *пространстве*. Поскольку пространство характеризуется трехмерностью, понятие «государственное пространство» отличается большей точностью по сравнению с понятием «государственная *территория*», которое уже использовалось в тексте и будет использоваться в дальнейшем. 7

Территории, на которые не распространяется территориальный суверенитет отдельного государства (или в пределах кондоминиума — нескольких государств) являются *негосударственными территориями*. Их исследование и использование, добыча и сохранение ресурсов, охрана окружающей среды, использование в целях развития связи или в целях обороны и т. д. — все это не может регулироваться одним носителем высшей власти в рамках его исключительной компетенции, основанной на *территориальных правах*. Правовой режим негосударственных территорий напрямую определяется нормами международного права (например, многосторонними соглашениями о рыболовстве и использовании живых ресурсов открытого моря¹³), а также специальными положениями национального права в отношении своих граждан (например, национальными законами о судоходстве) — на основании юрисдикции государства гражданства¹⁴ и юрисдикции государства флага в качестве третьей формы национальной юрисдикции¹⁵. 8

Трансформация негосударственной территории в государственную территорию, например при оккупации «ничейной территории», в принципе, возможна. Государственная территория теоретически также может быть оставлена («*derelinquiert*»), вследствие чего возникает негосударственная 9

¹³ Открытое море (см. абз. 66 и след.) является пространством, на которое суверенитет и территориальное верховенство не распространяются в обязательном порядке, но это пространство не свободно от правового регулирования.

¹⁴ Государство гражданства правомочно защищать своих граждан в отношениях с другими субъектами международного права в рамках международных отношений (дипломатическая защита), см.: Раздел 3. *Кау*, абз. 117 и след.

¹⁵ Противоположной точки зрения по этому вопросу придерживалась еще ППМП в деле «Лотус» от 7.9.1927: судно как «плавающий участок государственной территории».

территория, которая может быть присвоена. Международное сообщество объявило все существующие на данный момент негосударственные территории — кроме островов, возникающих в результате вулканической активности — *не подлежащими* национальному присвоению. Ст. 89 КМП определяет правовой режим наиболее традиционной негосударственной территории, открытого моря, следующим образом: «Никакое государство не вправе претендовать на подчинение какой-либо части открытого моря своему суверенитету»¹⁶. Части моря, не подлежащие национальному присвоению (например, прилегающая зона или открытое море в узком смысле этого термина)¹⁷, Антарктика, имеющая особый статус во многих отношениях, и космическое пространство как негосударственные территории обладают одинаковым *территориально-правовым* статусом. Однако с точки зрения права *пользования* (морские) негосударственные территории подразделяются на две группы: «территории, на которые распространяются функционально ограниченные права государства» (*Funktionshoheitsräume*) и «территории с международным режимом» (*Staatengemeinschaftsräume*)¹⁸, вследствие чего режим использования исключительной экономической зоны значительно отличается от режима использования морей или космического пространства.

в) Негосударственная территория: территории, на которые распространяются функционально ограниченные права, и территории с международным режимом

- 10** На территориях, на которые распространяются функциональные права государства, государства осуществляют «суверенные права», юрисдикцию или иные права. Несмотря на значительный нормативный объем указанных прав, они никогда *не достигают уровня территориального верховенства*¹⁹.

¹⁶ В (Женевскую) Конвенцию об открытом море от 29.4.1958. (BGBl 1972 II, 1089) уже было включено положение, которое кодифицировало международное обычное право. См.: Hoog, Die Genfer Seerechtskonferenzen von 1958 und 1960, 1961, 31.

¹⁷ Если рассматривать территориальный статус как основной принцип классификации пространств, то все морские негосударственные территории (от прилегающей зоны до «Района») относятся к открытому морю; об исключительной экономической зоне см.: Proelß, in: Seerecht, Kap 3 Rn 216ff. В связи с различиями в правах пользования следует отличать «открытое море в широком смысле» (территории, на которые распространяются функционально ограниченные права открытое море и интернационализированный «Район») от «открытого моря в узком смысле» (открытое море, свободное от национальной юрисдикции). В дальнейшем под термином «открытое море» подразумевается последнее понятие, определенное в Части VII КМП.

¹⁸ Авторская терминология. См. абз. 10 и след., 49 и след., 59 и след.

¹⁹ Уже в заявлении Трумэна 1945 г. в отношении континентального шельфа (см.: Hoog, [сноска 17] 47f) ставилась эта двоякая цель: монополия (прибрежного государства) на использование ресурсов *без изменения статуса территории*, на которую не распространяется государственный суверенитет.

Например, прибрежное государство «осуществляет над континентальным шельфом суверенные права в целях разведки и разработки его природных ресурсов», и упомянутые права «являются исключительными в том смысле, что никто другой» не может производить разведку континентального шельфа или разрабатывать его природные ресурсы «без определенно выраженного согласия прибрежного государства» (абз. 1 и 2 ст. 77 КМП). Однако это *меньший объем*, чем территориальное верховенство, поскольку права прибрежного государства в отношении континентального шельфа «не затрагивают» правовой статус покрывающих вод и воздушного пространства над ними (абз. 1 ст. 79 КМП). Речь идет только об исключительном *праве* (исследования и) *пользования*. Правовой статус привилегированного государства, имеющий не территориальное, а *функциональное* обоснование, соответственно *ограничен*; прибрежное государство не обладает полной монополией, ему принадлежит лишь *частичная* монополия, ограниченная *отдельными* (хотя и экономически важными) видами пользования. Предоставление (частичных) функциональных прав не отменяет запрет на осуществление территориального верховенства²⁰.

Права пользования в отношении иных — огромных — негосударственных территорий принадлежат мировому сообществу в целом: это *территории с международным режимом (global commons)*. Их исследование и использование, а также разработка ресурсов открытого моря в узком смысле открыты для всех государств (предл. 1 абз. 1 ст. 87 КМП). Одна из таких глобальных территорий с международным режимом — дно морей и океанов и их недра «за пределами национальной юрисдикции» — называется «Районом» (п. 1 абз. 1 ст. 1 КМП; Часть XI КМП); указанная территория находится под управлением международной организации, созданной в целях управления ресурсами «Района» и именуемой Международным органом по морскому дну (ст. 156 и след. КМП). Таким образом, морское дно, удаленное на значительное расстояние от побережья, было *интернационализировано*²¹. В отношении других территорий с международным режимом применяется аналогичный подход, но международное управление не введено²².

²⁰ Поэтому понятие «функциональный суверенитет» (Riphagen, Some Reflections on «Functional Sovereignty», NYIL 6 [1975] 121 ff) только вводит в заблуждение.

²¹ О термине см.: Beck, Die Internationalisierung von Territorien, 1962; Hennes, Externe Hoheitsgewalt in Krisengebieten, 2006, 64ff.

²² Объем международного управления устанавливается соответствующей международной конвенцией. При этом речь идет только о *функциональной* интернационализации; кроме того, сохраняется существующий *территориально-правовой* статус (территория государства А; condominium государств Б и В; негосударственная территория). Территория подлежит контролю международной организации в целях гарантирования определенной системы пользования. Примеры: Европейская комиссия по Дунаю (по нижнему течению Дуная), созданная на основании Парижского мирного договора 1856 г.; переход Саара под управление Лиги Наций (1920–1935 гг.) по Версальскому договору 1919 г. Попытки ООН обеспечить представителям трех

Частично используются концепции «отраслевой интернационализации»; в ее рамках на первый план выступает не категория пространства, а совместная разработка определенных ресурсов²³.

- 12 Чтобы подчеркнуть различия между двумя типами негосударственных территорий, следует сопоставить функционально «интернационализированное» морское дно (Часть XI КМП) и функционально «национализированный» континентальный шельф (Часть VI КМП). Исключительная компетенция по (монопольному) регулированию разведки континентального шельфа и разработки его природных ресурсов основана не на личной юрисдикции, осуществляемой приграничными государствами в отношении своих граждан, и не на институте функциональной юрисдикции в отношении судов, плавающих под государственным флагом (по аналогии с юрисдикцией в отношении самолетов и эксплуатационных вышек). Она базируется на режиме прямой юрисдикции в отношении разведки и разработки (в конечном итоге, *территориально* и политически легитимированной). Соответствующее решение о распространении такого порядка является результатом («геополитического») развития международного права после 1945 г. Вопросы, касающиеся ресурсов и пространств, оказались в центре внимания в связи с развитием интересов государств в отношении этих предметов, и поэтому их сочли адекватными привязками в рамках международного морского права²⁴. Институты юрисдикции государства гражданства и государства флага, а также принципы конкуренции и приоритетности (преимущества для «пришедшего первым») уже не считались достаточными для разрешения нарастающих конфликтов, связанных с ресурсами и пространством, которые часто затрагивали и вопросы международной безопасности. Поэтому географически и функционально были закреплены определенные права, субъектами которых стали (прибрежные) государства. Таким образом, «система разграничения компетенций по предмету ведения для определенных видов пользования заменила «систему, основанную на разграничении *территориального верховенства*»²⁵.

мировых религий доступ к святыням Иерусалима, т. е. частично «интернационализировать» этот город, не увенчались успехом.

²³ Пример: Соглашение о реализации положений Конвенции ООН по морскому праву от 10.12.1982, которые касаются сохранения трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб и управления ими от 4.12.1995 г. См. ниже абз. 55, 69.

²⁴ Это развитие началось еще до начала 1940-х гг., например, в отношении определенных «исторических» прав на рыболовство за пределами территориального моря. Подобные права, которые могут и в настоящее время, хотя и в значительно меньшей степени, иметь значение, являются специальными обычными правами; в отношении каждого объекта они должны устанавливаться отдельно. См.: дела МС о континентальном шельфе (1982), 17, 74; о морской границе (1992), 351, 589.

²⁵ «Тенденция огосударствления» ведет к «более тесной связи индивидов с государственным объединением». См.: *Hafner*, *Verteilung*, 166 (169f. к вопросу об исключении из этой «антилиберальной» тенденции).

С точки зрения системы территориальных режимов международного права намечается изменение существующих структур, если рассматривать отдельные аспекты *в их совокупности*. Традиционная система государств была организована «*вертикально*» в соответствии с территориальным разграничением. Согласно этой простой схеме «Земля разделена между суверенными государствами, которые осуществляют исключительную верховную власть в пределах своих границ, проходящих также по вертикали, и могут единолично удовлетворять существенные потребности своих граждан»²⁶. Образование территорий, на которые распространяются функционально ограниченные права прибрежных государств и глобальных пространств с международным режимом, позволяющих, например, обеспечить свободу трансграничных коммуникаций и совместную борьбу (государств) с угрозами для окружающей среды, а также международная «открытость» государственных территорий для определенных видов пользования (режим транзитного прохода судов через проливы, международное право электросвязи и т. д.) — все это в целом отражает альтернативное развитие права, которое направлено на создание комплексного «*горизонтального*» режима. Первый пример касается правового режима воздушных перевозок. С одной стороны, на воздушное пространство распространяется государственное верховенство в той мере, в какой оно подпадает под территориальный суверенитет. С другой стороны, правила гражданских воздушных сообщений предусматривают основанную на «свободах воздуха» систему, общедоступность которой институционально обеспечивает ИКАО²⁷. Для права *международной электросвязи* (второй пример) в еще большей степени характерен трансграничный и, следовательно, горизонтальный режим²⁸. Указанный режим также контролируется международной организацией, Международным союзом электросвязи. Из области международного морского права хотелось бы привести только два характерных примера. *Право мирного прохода* судов третьих государств (см. ниже абз. 47 и след.) ограничивает установленный ст. 2 КМП суверенитет прибрежного государства над его территориальным морем в рамках «горизонтального» режима. *Исключительная экономическая зона* (ИЭЗ) в соответствии с КМП не является столь исключительной, чтобы другие государства не могли пользоваться важнейшими свободами сообщения (как и в открытом море, в целом свободном от власти отдельных государств), а именно «свободами судоходства и полетов, прокладки кабелей и трубопроводов» согласно абз. 1 ст. 58 КМП.

²⁶ ÖNVR I, абз. 2088 (предварительное замечание издателя и составителя настоящей книги).

²⁷ См. ниже абз. 31 и след.

²⁸ См. ниже абз. 37.

14 Развитие в новом направлении, для которого характерны понятия «функциональная юрисдикция» и «горизонтальный режим», еще не завершилось²⁹. Традиционные основополагающие категории международного права, принятые в отношении разграничения территорий, государственная/негосударственная территория, при этом не изменились. Несмотря на то, что в различных зонах морского пространства параллельно («внутри» или иерархически) действуют различные режимы пользования, что в рамках исключительной экономической зоны действуют многочисленные режимы, основывающиеся на предметно-функциональном принципе регулирования, в соотношении с которым территориальный принцип отступает на второй план³⁰, и что проблемы принадлежности и пользования дифференцируются в зависимости от вида пространства, ресурса, пользования и соотношения интересов, до сих пор всегда преобладал *территориальный* принцип, территориальный рефлекс. Даже если властные полномочия ограничены в связи с целью деятельности (например, в отношении континентального шельфа), существует угроза расширения этих полномочий до властных полномочий, определенных территориально и не ограниченных функционально, и возникновения соответствующих зон (*creeping jurisdiction*). Это можно проиллюстрировать на примере установления флага Российской Федерации в августе 2007 г. на морском дне на географическом Северном полюсе; этот акт символизировал претензию Российской Федерации на внешний континентальный шельф, т. е. на континентальный шельф за пределами 200 морских миль. Уже в 1970-е гг. требования об ограничении свободы рыболовства (в пользу прибрежных государств) на большей части морской территории у побережья, которые, в конечном итоге, удалось реализовать, в меньшей степени были связаны с охраной рыбных запасов и видов рыб, хотя эти основания упоминались в качестве предлога, чем с плохо скрываемой идеей экономической и геополитической *монополизации* прибрежными государствами бывшего общего достояния. Этим объясняется, почему *территориальные* границы исключительной экономической зоны не связаны с первичными *функциями*, для осуществления которых зона создавалась (с «сохранением живых ресурсов», ст. 61 КМП), а определяются в этом контексте дисфункциональным признаком ширины: «200 м, отсчитываемых от исходных линий» (ст. 57 КМП). Таким образом, однозначно определенный правовой институт исключительной экономической зоны не исключает гибких решений, целесообразных с точки зрения морской биологии или экономики³¹.

²⁹ Помимо описанных тенденций проявляется также тенденция к стиранию границ, например, в связи с «глобальным» развитием связи и транспорта.

³⁰ В отношении видов пользования, не связанных с *ресурсами*, ситуация обратная: здесь в значительной степени сохранился режим открытого моря.

³¹ Особенно в связи с охраной мигрирующих видов (*migratory species*) представляется целесообразным установить «мобильные» защитные пространства, которые

При последующем подробном рассмотрении территориальных режимов и режимов пользования, в особенности режимов, *выходящих за рамки* отдельных видов пространств, т. е. «горизонтальных» режимов, в качестве базовой категории будет использоваться категория *пространства*.

2. Государственная территория: пространство территориально детерминированной всеобъемлющей власти государства

а) Сущность и границы: территориальное верховенство в рамках международного права

Государственная территория³² состоит из сухопутной территории (*terra firma*, от этого понятия произошел термин «территория»), водной территории (внутренние водоемы; внутренние (морские) воды, архипелажные воды и территориальное море — «морская акватория»³³), а также воздушного пространства над этими территориями. Пространство под ними также является частью государственной территории. Общего ограничения глубины не существует. Потенциально государственная территория простирается до ядра Земли, реально — до технически доступной глубины. Государственная территория — прежде всего *сухопутная территория*. Сухопутная территория определяется как участок поверхности Земли в пределах сухопутных границ государств, не имеющих выхода к морю и границ по водным путям, в пределах сухопутных и морских границ прибрежных государств, или только морских границ островных государств и государств-архипелагов. Каждое суверенное государство связано с государственной территорией. Неточной является формулировка «государство *имеет* государственную территорию». Государственная территория в совокупности с населением и государственной властью *есть* государство: территория является существенным и необходимым элементом государства. При эффективной и продолжительной утрате государственной территории государство прекращает свое существование.

Носитель территориального суверенитета или территориального верховенства обладает, как правило, исключительным правом на осуществление актов государственной власти на своей территории. Пользование

перемещаются вместе с объектами охраны. Однако в связи с территориальным рефлексом международного права реализация такой концепции проблематична.

³² Graf Vitzthum, Staatsgebiet, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg), HbdStR II, 3. Aufl, 2003, 163ff.

³³ Авторская терминология. См. также абз. 38 и след. Внутренние моря и озера, т. е. водоемы без выхода к морю, не относятся к морской акватории (Женевское озеро, Боденское озеро, также предположительно Каспийское море). К этим «закрытым», т. е. не морским акваториям, морское право (КМП и др.) поэтому не применяется. См. примеч. 8: *Ranjbar* 61ff.

государственной территорией может осуществляться также в интересах третьих лиц или на основании совместных интересов. Соответствующие ограничения могут быть установлены соглашением. Существенные ограничения содержатся в *праве ЕС*. Оно обязывает государства-членов обеспечить гражданам и юридическим лицам всех государств-членов ЕС, в частности, свободу передвижения и выбора места жительства/регистрации³⁴. В соответствии с *Шенгенским соглашением 1985 г.*³⁵ и Шенгенской конвенцией о применении Шенгенского соглашения 1990 г. стороны, в существенной мере, отказываются в отношениях друг с другом от своего права на проведение пограничных проверок, вытекающего из суверенитета и территориального верховенства³⁶.

17 Суверенитет и территориальное верховенство не являются «абсолютными». Государства, в том числе великие державы, всегда были, в определенной степени, взаимозависимы. Они всегда должны были также принимать во внимание общие интересы. Это обстоятельство, выразившееся в правовых ограничениях государственной власти в международном контексте, подготовило почву для установления *относительного характера суверенитета*, включая частичную *функционализацию* государственной территории, а в определенных случаях и ресурсов³⁷. В качестве примера можно привести Конвенцию ЮНЕСКО о культурном наследии от 26 ноября 1972 г.³⁸ Согласно Конвенции ценность определенных объектов столь высока, что их сохранение осуществляется в интересах всего человечества. Обязанность по охране объектов возлагается на государство, на территории которого они находятся. Конвенция о биологическом разнообразии от 5 июня 1992 г. (КБР)³⁹ значительно расширяет принцип публичного интереса (*public interest*). Она

³⁴ Статья 45 и след. Договора о функционировании ЕС (ABV EU 2010, Nr C 83/47 — ДФЕС). Граждане государств-членов ЕС обладают гражданством ЕС и, соответственно, имеют право на постоянное проживание «на территории государств-членов ЕС», абз. 1 ст. 21 ДФЕС.

³⁵ GMBV 1986, 79. Стороны договора в момент заключения: Бельгия, Германия, Люксембург, Нидерланды, Франция.

³⁶ Конвенция о применении (BGBV 1993 II, 1010), вступила в силу 1.9.1993 г. (BGBV 1994 II, 631) Болгария и Румыния, вступившие в ЕС 1.1.2007 г., и Кипр пока не являются Шенгенское соглашение только частично. Государства-члены ЕАСТ Исландия, Лихтенштейн и Норвегия, а также Швейцария, не являющаяся членом Европейского экономического пространства, вступили в Шенгенское соглашение. — Согласно Протоколу к Договору о ЕС (ABV EG 1997, Nr C 340/93) Шенгенское соглашение и Шенгенская конвенция были «включены» в европейское право. «Шенгенский протокол», оставшийся в силе после принятия Лиссабонского договора, является *lex specialis* к ст. 77 и след. ДФЕС и подлежит контролю Суда ЕС; Протокол содержит специальные положения и исключения.

³⁷ См.: *Schwarze/von Simson, Völkerrechtliche Verfügungsbeschränkungen gegen Missbrauch von Rohstoffen*, AVR 30 (1992) 153 (166). См. выше абз. 10 и след.

³⁸ BGBV 1977 II, 215.

³⁹ BGBV 1993 II, 1742. См. ниже абз. 152 и след.

возлагает обязанности охраны также на другие государства⁴⁰, одновременно подчеркивая в ст. 3 «суверенное право» государств «разрабатывать свои собственные ресурсы согласно своей экологической политике».

Государственная территория имеет *границы* (с другими государственными территориями) и *ограничения* (по отношению к негосударственным территориям). В силу своей пространственной природы границы представляют собой не линии, а плоскости. В международном праве рассматриваются исключительно границы между суверенными государствами, а не между внутригосударственными административно-территориальными единицами. Границы, как правило, устанавливаются договором (делimitация)⁴¹, отмечаются на местности (демаркация) и обозначаются пограничными знаками. Они часто проводятся с учетом топографических особенностей местности: по горным хребтам, водоразделам, водотокам («естественные границы»). Границы более позднего периода, особенно границы колониальных времен в Африке и Северной и Южной Америке, часто являются «искусственными». Они проходят вдоль виртуальных линий (параллелей и меридианов). Так, граница между Канадой и США пролегает по 49 градусу северной широты и не соответствует природным особенностям местности. Известны также функциональные границы: например, граница между воздушным и космическим пространством зависит от несущей способности воздуха (см. ниже абз. 30).

Если иное не установлено договором, граница между прибрежными государствами по *пограничным рекам* проходит по географической средней линии водотока; если река судоходная и иное не установлено договором, граница проходит по главному фарватеру (тальвегу — линии наибольших глубин). В отношении *внутренних озер*, которые окружены территориями нескольких государств («пограничные озера») не существует

⁴⁰ Признание общей ответственности (*common responsibility*) подчеркивает обязанность *всех* государств учитывать, что эти проблемы затрагивают всех. «Общая ответственность» не означает, что государство должно осуществлять пользование участками своей территории в интересах мирового сообщества (например, создание заповедников на экологически ценной территории) или запретить определенные виды пользования (например, вырубку влажных тропических лесов). На развитие международного экологического права позитивно повлияла доктрина о том, что суверенитет не абсолютен, т.е. что государство не вправе распоряжаться своей территорией и находящимися на ней ресурсами по своему усмотрению.

⁴¹ Согласно ст. 15, 74 и 83 КМП граница между территориальными морями, исключительными экономическими зонами и континентальными шельфами государств, побережья которых разделены проливом (например, Франция/Великобритания) или являются сопредельными (например, ФРГ/Нидерланды) устанавливается международным договором. Понятие «делimitация» следует отграничивать от одностороннего установления внешних границ в морских зонах, которые относятся к государственной территории или на которые распространяются функциональные права прибрежных государств («делинеация»); к вопросу о континентальном шельфе см. ниже абз. 58.

общепризнанных международных правил. Обычно границы в таком случае определяются по договору прибрежных государств, а разграничение осуществляется по средней линии. Спорными остаются статус *Боденского озера* и пролегающие по нему границы. Швейцария определяет границу в верхней части Боденского озера (так называемое Верхнее озеро) по средней линии между берегами (в районе Констанцского залива эта практика существует уже с 1878 г., в то время как на часть, именуемую «озером Уберлинген», распространяется суверенитет Германии). Австрия считает Верхнее озеро общей территорией (кондоминиумом) прибрежных государств; Германия до сих пор не определила свою позицию. На практике концептуальные разногласия (разграничение по средней линии или кондоминиум) не имеют большого значения; соглашения между прибрежными государствами⁴² подробно регулируют практически значимые вопросы пользования, не устанавливая при этом линию границы⁴³. И в этом случае (однозначный) режим пользования, предусмотренный договором, отличается от вопроса территориальной принадлежности. Если пограничные озера относятся к кондоминиуму (кроме оз. Титикака, также, по мнению Ирана, Каспийское «море»), прибрежные государства тем более должны договориться о режиме пользования.

20 В отношении отдельных рек и каналов действует международный *режим судоходства*. Рейн и Мозель, несмотря на то что на них распространяется территориальный суверенитет, «интернационализированы» и «являются водными путями международного значения»; иными словами, они открыты для торговых судов всех государств. Некоторые реки уже почти 200 лет частично находятся под управлением международных комиссий (Европейская Дунайская комиссия [с 1856 г.]; Маннгеймский акт о судоходстве по Рейну от Базеля до устья открыта для всех государств (свобода судоходства). Однако вопросы выгрузки и принятия на борт грузов и пассажиров являются согласно ст. 4 прерогативой прибрежных государств (каботажная оговорка), что было проблематично в контексте действующих в ЕС основных свобод и запрета дискриминации согласно ст. 18 ДФЕС. Данная проблема была решена: на основании дополнительного протокола

⁴² См.: Соглашение об охране Боденского озера от загрязнения от 27.10.1960, заключенное между федеральными землями Баден-Вюртемберг и Бавария (Германия) и Австрией и Швейцарией (BayGVBl 1961, 237). Вопросы судоходства и рыболовства были также урегулированы соглашениями.

⁴³ См.: *Veiter*, Die Rechtsverhältnisse auf dem Bodensee, AVR 28 (1990) 458ff; *Schweiger*, Staatsgrenzen im Bodensee und IGH-Statut, BayVBl 1995, 65ff; *Khan*, Staatsgrenzen, 233ff.

⁴⁴ BGBl 1969 II, 597; последние изменения в дополнительном протоколе № 7 от 27.11.2002 (BGBl 2003 II, 1912).

№ 2 от 17.10.1979 г. каботажная оговорка была отменена в отношении судов под флагами государств-членов ЕС; Центральная комиссия судоходства по Рейну (ЦКСР) может принять решение о применении такого режима к судам других государств⁴⁵. В немецкой части Дуная⁴⁶ и на Кильском канале, открытом для судоходства в 1895 г., свобода судоходства обеспечивается нормами немецкого права⁴⁷. На Суэцкий и Панамский каналы, открытые соответственно в 1869 и 1914 гг., распространяется суверенитет Египта и Панамы соответственно. В соглашениях, заключенных между США и Панамой как носителя *территориального суверенитета* 7 сентября 1977 г.⁴⁸, установлено, что канал должен оставаться «нейтральным постоянно»; право мирного прохода судов обеспечено всем, причем США с согласия Панамы после 11 сентября 2001 г. осуществляют строгий контроль на предмет их миролюбия⁴⁹.

Государственная территория не должна состоять из *единого участка пространства*. Подтверждением этого факта служат примеры Западного и Восточного Пакистана (последний с 1971 г. — суверенное государство Бангладеш), краткосрочного слияния Египта и Сирии в Объединенную Арабскую Республику (1958–1961 гг.), существования государств-архипелагов: Индонезии, Филиппин или Малайзии⁵⁰. Острова, являющиеся частью государственной территории, могут находиться на большом расстоянии от основной территории, о чем свидетельствуют примеры океанских островов, относящихся к территориям Франции и Великобритании. Независимо от того, являются ли острова отдельным независимым государством или частью территории другого государства, согласно абз. 2 ст. 121 КМП они имеют

21

⁴⁵ См.: § 3 протокола ратификации к Дополнительному протоколу № 2 от 17.10.1979 (BGBl 1980 II, 870).

⁴⁶ См.: *Schlochauer*, Rechtsfragen grenzüberschreitender Wasserstraßen, am Beispiel des Rhein-Main-Donau-Schiffahrtsweges, FS Mosler, 1983, 839 и след.; *Hafner*, Regime, абз. 2116–2120.

⁴⁷ Данное утверждение является спорным в отношении Кильского канала. Другое мнение основано на том, что в отношении Кильского канала продолжает действовать ст. 380 Версальского договора, согласно которой установлен международный режим. См.: *Lagoni*, Kiel Canal, MPEPIL VI, 584ff.

⁴⁸ ILM 16 (1977) 1022. В абз. 2 ст. 1 Договора о Панамском канале прибрежное государство предоставляет США «права, необходимые для урегулирования прохода судов через Панамский канал, а также для управления, эксплуатации, поддержания в рабочем состоянии, улучшения, охраны и защиты канала». Одновременно был заключен Договор о постоянном нейтралитете и эксплуатации Панамского канала. Управление этим *международным транзитным водным путем* перешло к агентству Правительства США, «Комиссии Панамского канала».

⁴⁹ Договор о нейтралитете (Neutrality Treaty) является договором, предусматривающим права для третьих государств, согласно ст. 36 Венской конвенции о праве международных договоров (ВКПМД); см.: *Proelfß*, in Dörr/Schmalenbach (Hrsg), Commentary on the VCLT, 2012, Art 34 Rn 48.

⁵⁰ См. ниже абз. 43 и след.

территориальное море, прилежащую зону, исключительную экономическую зону (если государство на него претендует) и континентальный шельф⁵¹. Таким образом, отнесение одного или нескольких островов к территории определенного государства косвенно влияет на возможность использования (живых и других природных) ресурсов, находящихся на прилегающей морской территории. Такое регулирование является причиной растущего напряжения в Южно-Китайском море в связи с территориальным статусом островов Спратли и Парасельских островов. *Арктические острова* относятся к территориям сопредельных государств. Шпицберген (Свальбард) (согласно Парижскому договору от 9.2.1920 г. с существенными ограничениями суверенитета⁵²), а также остров Ян-Майен относятся к Норвегии. Архипелаг Новая Земля, Новосибирские острова, а также Северная Земля и Земля Франца-Иосифа относятся к территории России. В отношении Гренландии в 1933 г. ППМП установила суверенитет Дании, отклонив территориальные претензии Норвегии на восточную Гренландию, несмотря на сходство Гренландии с Антарктидой⁵³.

22 *Анклав* — часть территории одного государства, полностью окруженная территорией другого государства. С точки зрения расположенного вокруг государства речь идет об *эксclave*. В качестве примера можно привести немецкую общину *Бюзинген-на-Верхнем-Рейне*, окруженную швейцарским пограничным кантоном Шаффхаузен⁵⁴. Географически изолированная от российской территории после распада СССР *Калининградская область* (Кёнигсберг), расположенная на севере Восточной Пруссии с выходом к Балтийскому морю и окруженная территориями Польши и Литвы, является

⁵¹ В отличие от островов, в абз. 3 ст. 121 КМП предусмотрено, что «скалы, которые не пригодны для поддержания жизни человека или для самостоятельной хозяйственной деятельности, не имеют ни исключительной экономической зоны, ни континентального шельфа». К спорному вопросу, при каких условиях остров является скалой, см., например, *Van Dyke, Disputes Over Islands and Maritime Boundaries in East Asia*, in *Hong/Van Dyke (Hrsg), Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*, 2009, 39 (46ff).

⁵² См. *Kempen, Der völkerrechtliche Status der Inselgruppe Spitzbergen*, 1995. Ст. 9 Договора о Шпицбергене от 9.2.1920 (RGBl 1925 II, 763) предусматривает демилитаризацию. Применение Договора к исключительной экономической зоне и континентальному шельфу этого архипелага является спорным.

⁵³ PCIJ, Ser A/B, No 53, 4, 62. — После вступления Дании в ЕЭС в 1973 г. Гренландия вошла в состав сообщества, но вышла из состава ЕС 1.2.1985, см. ст. 204 ДФЕС в сочетании с протоколом об особых положениях в отношении Гренландии от 1.2.1985. С 1979 г. остров является автономией в составе Дании.

⁵⁴ «Стремление к отделению» общины после 1945 г. не возымело успеха. С точки зрения административного деления она относится к округу Констанц. Платежным средством на территории общины являются швейцарские франки. Территория общины составляет около 7 км². Несмотря на территориальную принадлежность к Германии, община входит в швейцарскую таможенную зону. См.: Договор между Германией и Швейцарией от 23.11.1964 (BGBl 1967 II, 2029).

эксклавом России. С момента приема Польши и Литвы в ЕС 1 мая 2004 г. она также стала анклавом ЕС⁵⁵.

Границы Германии в своем большинстве основаны на договорах, которые часто заключались после военных конфликтов, особенно в XVIII–XIX вв. и после обеих мировых войн⁵⁶. Частично, особенно в регионах, граничащих с Нидерландами, границы базируются на более ранних договорах. Желание выровнять границы и требования к трансграничным системам коммуникаций и транспортным сетям привели к заключению договоров о границах между ФРГ и ее западными и южными соседями, включая обмен малыми территориями, и о создании пограничных комиссий в 1950–1960 гг. Германия, вновь объединенная после присоединения восточных федеральных земель в 1990 г., «подтвердила» временно установленную Потсдамским соглашением (1945 г.) *линию по Одеру–Нейсе*, которая отделяла территорию советской оккупационной зоны (ГДР) от областей под управлением Польши (Задняя Померания, Западная Пруссия, а также большая часть Восточной Пруссии и Силезии): восточная граница окончательно установлена Договором между ФРГ и Польской Республикой о подтверждении существующих границ от 14 ноября 1990 г.⁵⁷ Граница между Германией и Чехией установлена Договором ФРГ и Чешской Республики об общих границах от 3 ноября 1994 г.⁵⁸ и подтверждена Договором, заключенным Берлином и Прагой 3 июня 1999 г., о документации по общей государственной границе⁵⁹. В связи с выдачей разрешения на строительство ветровых электростанций в открытом море в рамках проекта «Риффгат»⁶⁰ ведомством по контролю предприятий города Ольденбурга спор о границе между территориальными морями ФРГ и Нидерландов, продолжавшийся более ста лет, снова интенсифицировался⁶¹.

23

⁵⁵ К вопросу о статусе этой территории см.: *Frowein*, Deutschlands aktuelle Verfassungslage, VVDStRL 49 (1990) 19; *Bethge*, Das Staatsgebiet des wiedervereinigten Deutschlands, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg), HbdStR VIII, 1995, 603 (609ff). Потсдамским соглашением от 2.8.1945 г. СССР окончательно присоединил («аннексировал») «город Кенигсберг и прилегающий к нему район».

⁵⁶ Подробнее см.: *Khan*, Staatsgrenzen, 55ff.

⁵⁷ BGBl 1991 II, 1329. Основным пунктом Договора об окончательном урегулировании в отношении Германии от 12.9.1990 (BGBl 1990 II, 1318) было установление границ объединенной Германии с СССР и Польшей. С точки зрения ФРГ, *окончательное* территориальное урегулирование не произошло до 1990 г. Момент перехода территории (равной четвертой части территории Германской империи), а также установление (или нарушение) права на самоопределение немцев, проживающих на восточных территориях, являются спорными. См.: *Khan*, Staatsgrenzen, 309ff.

⁵⁸ BGBl 1997 II, 566.

⁵⁹ BGBl 2001 II, 558. *Khan*, Staatsgrenzen, 269ff.

⁶⁰ Ветряные электростанции должны были быть установлены на расстоянии 15 км к северо-востоку от острова Боркум, т.е. на расстоянии менее 12 км от побережья ФРГ и Нидерландов, в эстуарии Эмс-Долларт.

⁶¹ См.: *Hertel*, Vergessene Grenzen in der Nordsee, in: Talmon (Hrsg), Über Grenzen, 2012, 117ff.

б) Приобретение и утрата государственной территории

- 24 Международное право признает несколько *оснований* приобретения и утраты государственной территории. Под *аннексией* подразумевается присоединение территории другого государства (полная аннексия) или частей этой территории (частичная аннексия) к сфере господства аннектирующего государства против воли носителя территориального суверенитета. Исходя из императивного характера запрета на применение насилия⁶² аннексия недопустима, следовательно, она не может считаться основанием перехода суверенитета⁶³. Поэтому *Австрия* по окончании Второй мировой войны сослалась на недействительность «аншлюса» Германии в 1938 г.⁶⁴ Государственность Австрии продолжала существовать. На этой интерпретации базируется австрийский Государственный договор от 15 мая 1955 г.: поскольку «аншлюс» являлся «аннексией», он «не имеет юридической силы»⁶⁵. *Прибалтийские республики* были насильственно присоединены к СССР в 1940 г.; восстановление государственных функций в 1989 г. было связано не с созданием нового государства, а с восстановлением государственности⁶⁶. Уже в силу запрета на аннексию Ирак не мог в результате войны в Персидском заливе в 1991 г. присоединить *Кувейт* к своей территории в соответствии с международным правом.
- 25 *Разделение* подразумевает распад государства (*in toto*) на несколько государственных образований. Этот акт является конститутивным как в отношении распавшегося государства, поскольку оно утрачивает государственность, так и в отношении возникших в результате новых государств, поскольку они приобретают государственность. В соответствии с господствующей доктриной актуальными примерами являются распад *Югославии* в 1991–1992 гг.⁶⁷, а также разделение *Чехословакии* на Чешскую и Словацкую Республики на основании договора.
- 26 Если несколько государств *объединяются* в новое государство, одновременно отказавшись от своей суверенной государственности, происходит

⁶² Hofmann, Annexation, MPEPIL I, 408 (Rn 21).

⁶³ Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht I/1, 359ff. Некоторые детали в этой связи пока остаются спорными, например, роль права народов на самоопределение.

⁶⁴ См.: Имперский закон о воссоединении Австрии с Германской империей от 31.3.1938 г. (RGBl 1938 I, 982); Hummer, ÖHVR I, Rn 3052ff., 3071ff.

⁶⁵ ÖBGBI 1955, 725; dazu Hummer, ÖHVR I, Rn 3119ff.; Hummer, ÖHVR I, Rn 3119ff. См.: Verosta, Die internationale Stellung Österreichs 1938–1947, 1947.

⁶⁶ См.: Stein/von Buttlar, Völkerrecht, 11. Aufl 2005, Rn 319.

⁶⁷ «Сербия и Черногория» (т.е. оставшаяся часть Югославии), однако, заявила о ответственности своей государственности от Югославии, существовавшей до 1990 г.; Словения, Хорватия, Босния-Герцеговина и Македония, по мнению Сербии и Черногории, возникли в результате сецесий. Черногория также стала независимым государством. См.: Раздел 3. *Kay*, абз. 184.

слияние, противоположное дезинтеграции. Классическими примерами считаются *объединение Италии и объединение Германии* в XIX веке. Слияние может произойти и в другой форме, при которой не все объединяющиеся государства отказываются от своей государственности, а одно государство объединяется с другим. Таким образом действовала ГДР в 1990 г., когда она (точнее, группа «новых» федеральных земель) вступила в состав ФРГ. С объединением Германии ГДР прекратила свое существование⁶⁸.

Приобретение колонией независимости, *деколонизация*, была наиболее 27 распространенной формой создания государств в 1950–1960 гг. В настоящее время процесс деколонизации, включая приобретение независимости подмандатными и подопечными территориями, почти завершился.

В связи с приобретением и утратой государственной территории *in parte* 28 следует упомянуть *сецессию* — отделение части государства. В отличие от дезинтеграции это частичное изменение не влияет на существование «отдающего» государства. Отделившаяся территория может создать новое государство (например, Бангладеш) или присоединиться к другому государству (вступить в его состав). Существование и объем права на отделение является спорным⁶⁹. *Уступка* отличается от сецессии тем, что она соответствует воле уступающего государства (например, продажа Аляски Российской империей США в 1867 г.). Часто уступка осуществляется под военным давлением (например, со стороны США на Мексику по поводу территорий, которые сейчас входят в юго-западный регион США)⁷⁰. В экстремальных случаях договоры об уступке могут быть признаны ничтожными по причине угрозы или как «неравные договоры» (ст. 51 и след. ВКПМД).

Приобретение территории в одностороннем порядке, т. е. *окупация*, до- 29 пуста только в отношении негосударственной территории («ничейной территории»). В настоящее время на Земле, вероятно, уже не существует территории, которая бы могла быть оккупирована на основании указанной предпосылки⁷¹. Это положение может измениться с возникновением новых

⁶⁸ Договор об объединении от 31.8.1990 г. (BGBl 1990 II, 889) не содержит такого положения. Однако стороны достигли согласия в вопросе о том, что объединение Германии будет осуществлено путем вступления новых восточногерманских федеральных земель, созданных на основании Закона от 22.6.1990 г. о введении земель в состав ФРГ (согласно действовавшему предл. 2 ст. 23 Конституции ФРГ). Вступление было осуществлено 3.10.1990 г., и ГДР прекратила свое существование.

⁶⁹ См.: Раздел 3. *Кау*, абз. 127 и след. В Консультативном заключении по делу *Косово* МС ООН не ответил на вопрос, подразумевает ли право на самоопределение право на сецессию, сославшись на то, что постановка вопроса для заключения не содержала данного аспекта, см. ICJ Rep 2010, 403, 438 (§ 82f).

⁷⁰ Граница между понятиями уступки и аннексии очень расплывчатая.

⁷¹ «Тихоокеанский сектор» Антарктики, единственная бесспорно негосударственная *сухопутная* территория на Земле, не является исключением, по крайней мере, с точки зрения сторон Договора об Антарктике, см. ниже абз. 84.

островов в результате вулканической активности на дне океанов. Там, где возникают конфликты в связи с территориальным суверенитетом (например, в отношении Фолклендских/Мальвинских островов)⁷², вопрос *первичного* приобретения и сегодня имеет большое значение для установления актуального статуса. Первичное приобретение может быть осуществлено посредством *намыва* грунта или берега (вследствие сооружения дамб и водоотвода). Приобретение по давности владения в настоящее время не имеет практического значения. *Вымывание*, понятие, противоположное намыву, ведет к (первичной) утрате территории (например, вследствие сильного морского течения). Особым случаем считается «акваториальное» приобретение территории. *Прибрежные государства* посредством односторонних заявлений (частично согласованных), признанных затем обычным правом, а позднее кодифицированных в КМП 1982 г., санкционировали расширение зоны территориального моря до 12 морских миль (мм), завладев таким способом территориями, которая ранее частично являлась негосударственной (открытое море)⁷³. В отличие от оккупации и намыва, такое расширение территории было произведено на основании согласованного изменения определения традиционного правового института территориального моря.

в) Воздушное пространство: суверенитет и «свободы воздуха»

30 *Ограничение* государственной территории космическим пространством (т. е. «линией» между воздушным и космическим пространством) не установлено договором⁷⁴. Некоторые теории об ограничении базируются на физических характеристиках или функциональных аспектах⁷⁵. Например, линия фон Кармана, установленная по аэродинамическим критериям, расположена на высоте 83 км. На большей высоте самолет должен был бы для достижения достаточной подъемной силы лететь с такой большой скоростью, что он расплавился бы от трения. Если граница устанавливается «сверху» по физическим характеристикам, она пролегает по нижней спутниковой орбите на высоте около 100–120 км; ниже этой линии спутники под влиянием

⁷² См.: *Dolzer*, Der völkerrechtliche Status der Falkland-Inseln (Malvinas) im Wandel der Zeit, 1986; *Gustafson*, The Sovereignty Dispute over the Falkland (Malvinas) Islands, 1988.

⁷³ Этим подтверждается, что в отношении территориального моря следует говорить об «акваториальном», т. е. производном и территориально изменяемом суверенитете. См.: *Graf Vitzthum*, Aquitoriale Souveränität, FS Tomuschat, 2006, 1078ff. У побережья Германии территориальное море было расширено до 12 мм 19.10.1994 г. постольку, поскольку это не было сделано ранее (BGBl 1994 I, 3444).

⁷⁴ В 1983 г. СССР предложил установить в договорном порядке максимальное ограничение — 110 км, которое не нашло поддержки и более не рассматривалось. См.: *Vitt*, in: *Weltraumrecht*, 45.

⁷⁵ Все теории ограничения представлены в монографии Витта. См.: *Vitt*, in: *Weltraumrecht*, 37ff.

земного притяжения не могут удержаться на орбите⁷⁶. Некоторые правоведы считают, что последняя граница уже признана международным обычным правом. Этот тезис подтверждается тем, что полеты спутников над государственными территориями до настоящего времени не ограничиваются⁷⁷. В отличие от воздушного пространства над государственной территорией, на космос суверенитет не распространяется в обязательном порядке: здесь действует «свобода полетов». Но допуск полетов не служит несомненным доказательством признания того или иного ограничения международным обычным правом. Поскольку определенная линия однозначно не установлена, решение о применении воздушного или космического режима на основании функциональной теории принимается в зависимости от обстоятельств в каждом конкретном случае и, следовательно, проблема определения ограничения заменяется проблемой выбора режима. Практика государств пока обходится без однозначного решения этих вопросов. В соответствии с основополагающими теориями на высоте более 120 км находится космическое пространство, ниже 80 км — воздушное пространство; это положение до сих пор служило достаточно конкретным ориентиром.

Для *транзитных полетов через территорию иностранных государств* 31 воздушные суда других государств, а также воздушные суда гражданской авиации, задействованные в большинстве видов перевозки⁷⁸, *должны получить разрешение* от государства, над территорией которого совершается полет. Вход в воздушное пространство иностранного государства без разрешения может быть — при соблюдении принципа адекватности применимых мер — пресечен даже с применением насилия. Представление о всеобъемлющей, неограниченной «свободе воздуха», аналогичной свободе открытого моря, возникшее на заре эпохи воздухоплавания, не получило поддержки еще перед Первой мировой войной⁷⁹. Утвердилась концепция

⁷⁶ См.: *Bueckling*, *Der Weltraumvertrag*, 1980, 32f; *Diederiks-Verschoor*, *An Introduction into Space Law*, 1993, 18. Национальное управление США по аэронавтике и исследованию космического пространства (НАСА) установила эту границу на высоте 100 км.

⁷⁷ См. ссылки в монографии: *Wins*, *Weltraumhaftung im Völkerrecht*, 2000, 35ff. Вопрос о разграничительной линии между воздушным и космическим пространством по международному обычному праву, основанному на невоспрепятствовании полетам спутников, следует отличать от вопроса о допустимости перелета космических объектов через воздушное пространство иностранного государства с точки зрения международного обычного права.

⁷⁸ Подробнее см.: *Schladebach*, *Luftrecht*, 26ff. О немецком праве см.: *Schwenk*, *Handbuch des Luftverkehrsrechts*, 2. Aufl., 1995. Для полетов над негосударственной территорией, например над открытым морем, разрешение не требуется (ст. 87 КМП). Соответствующие правила издает Совет ИКАО.

⁷⁹ Уже в рамках Парижской конференции 1910 г. было выдвинуто требование распространить на воздушное пространство суверенитет и территориальное верховенство государства, над территорией которого воздушное пространство находится.

воздушного суверенитета, государственного верховенства над воздушным пространством, производная от территориального суверенитета⁸⁰. Многие государства предоставляют друг другу права на полеты над их территорией и транзитные полеты. Указанные «свободы воздуха» принадлежат к правам государств, а не граждан⁸¹. Чикагская конвенция о международной гражданской авиации от 7 декабря 1944 г.⁸² и одновременно заключенное Соглашение о транзите при международных воздушных сообщениях⁸³ расширили перечень «свобод воздуха». Сфера действия и объем соответствующих свобод для регулярных воздушных сообщений и других форм гражданской авиации различаются; другие формы гражданской авиации подразделяются на коммерческую и некоммерческую гражданскую авиацию. Воздушные суда, используемые военной, таможенной и полицейской службами, исключены из сферы действия названных соглашений: они подпадают под действие национального права. Различия в правовых режимах для гражданской и государственной авиации играли важную роль, например, в связи с транспортировкой заключенных ЦРУ в 2005 г., поскольку эти полеты были заявлены как гражданские.

32 Следующие *пять свобод* были выработаны применительно к коммерческой гражданской авиации⁸⁴:

- право беспосадочного транзитного полета,
- право на посадку с некоммерческими целями,
- право выгрузки пассажиров, багажа, груза или почты, принятых на борт в государстве регистрации воздушного судна,
- право приема на борт воздушного судна для перевозки в государство регистрации пассажиров, багажа, грузов и почты, а также

⁸⁰ См.: *Sontag*, *Der Weltraum in der Raumordnung des Völkerrechts*, 1966, 25ff; *Khan*, *Staatsgrenzen*, 618ff. Распространение государственного суверенитета на воздушное пространство было кодифицировано в Парижской конвенции о воздушных передвижениях от 13.10.1919 г. Она ограничивала свободу воздуха только правом мирного полета, по аналогии с правом мирного прохода в морском праве. Однако это правило не действовало в отношении коммерческой авиации, использование которой вскоре выступило на первый план. В ст. 1 Чикагской конвенции от 7.12.1944 г. подчеркивалось, «что каждое государство обладает полным и исключительным суверенитетом в отношении воздушного пространства над его территорией». В отношении некоммерческой гражданской авиации действует другой режим: согласно ст. 5 Чикагской конвенции разрешения на полет, как правило, не требуется.

⁸¹ См. решение Высшего административного суда земли Баден-Вюртемберг (VBIW 2003, 389 [392]): нет оснований полагать, что «отдельные аэропорты [и авиакомпании] могут ссылаться на эти свободы как на собственные права (которые они могут предъявить без посредничества государства регистрации)».

⁸² BGBl 1956 II, 412.

⁸³ BGBl 1956 II, 442.

⁸⁴ О европейском праве см.: *Schladebach*, *Luftrecht*, 67ff; *Baumann*, *Die Luftverkehrspolitik der Europäischen Union*, 1995; *Balfour*, *European Community Air Law*, 1995.

- право транспортировки пассажиров, багажа, груза и почты из третьего государства в договаривающееся государство или из договаривающегося государства в третье государство.

Согласно ст. 6 Чикагской конвенции регулярные воздушные сообщения могут осуществляться *только по специальному разрешению* государства, на территорию которого или над территорией которого совершается полет. Это ограничительное проявление суверенитета над воздушным пространством — несмотря на «свободы воздуха», государства оставляют за собой право предписывать маршруты или запрещать полеты — умаляет значение Конвенции. Поэтому появилась необходимость заключать многочисленные *двусторонние* соглашения в целях обеспечения «свобод воздуха», как правило, на основе принципа взаимности⁸⁵. Образцом многочисленных двусторонних договоров послужило заключенное между Великобританией и США Бермудское соглашение I 1946 г.⁸⁶, которое получило свое дальнейшее развитие в дерегулированном Бермудском соглашении II от 1977 г. После согласования сторонами изменений Бермудского соглашения II Суд ЕС в 2002 г. установил, что Великобритания нарушила ст. 43 Договора о Европейском Сообществе (ст. 49 ДФЕС), заключив Бермудское соглашение II⁸⁷. После длительных переговоров ЕС и государства-члены ЕС 30.4.2007 заключили с США соглашение о воздушном сообщении⁸⁸, которое обеспечивает развитие конкуренции в трансатлантической гражданской авиации с 30.3.2008. Европейские авиакомпании смогут в будущем начинать полет в США из любого государства ЕС и предлагать транзитные полеты в другие страны, например, в Канаду или Южную Америку. В качестве компенсации американские авиакомпании могут выбирать между аэропортами внутри ЕС. Предыдущие двусторонние соглашения стран ЕС и США с незначительным количеством разрешений на старт и посадку (slots) прекращают действие.

Согласно ст. 7 Чикагской конвенции о международной гражданской авиации государства имеют право на *каботажные перевозки*, т.е. право

⁸⁵ В этой связи не может быть и речи о действии «свобод воздуха» на основании международного обычного права, см. *Schladebach*, *Luftrecht*, 42ff. — Государственные воздушные суда также не имеют права совершать транзитный перелет через территорию другого государства или совершать посадку на территории другого государства без соответствующего разрешения (см. ст. 3 с Чикагской конвенции).

⁸⁶ 3 UNTS 253.

⁸⁷ См.: EuGH, Rs C-466/98, Slg 2002, I-9427 Rn 52 (*Open Skies*). Суд ЕС высказал свое мнение в отношении распределения «вертикальных» компетенций внутри Сообщества в сфере регулирования воздушного сообщения. Кроме Великобритании, Суд ЕС принял решения против еще семи государств-членов Сообщества в связи с заключением аналогичных двусторонних соглашений (Rsen C-467-469, 471, 472, 475, 476/98).

⁸⁸ ABI EU 2007, Nr L 134/4. Дополнительное соглашение от 16.6.2011: ABI EU 2011, Nr L 283/16.

на транспортировку пассажиров, багажа, груза и почты между населенными пунктами на собственной территории за вознаграждение⁸⁹. Роль Чикагской конвенции сегодня остается преимущественно символической; она ограничивает суверенитет отдельных государств над воздушным пространством в интересах международных сообщений и сотрудничества. Кроме того, Часть II Конвенции служит основанием для учреждения ИКАО (*International Civil Aviation Organization*). Это специализированное учреждение ООН со штаб-квартирой в Монреале обладает важными контрольными полномочиями. ИКАО содействует развитию воздушного права в соответствии с научно-техническим прогрессом и требованиями договаривающихся сторон к безопасности и транспортным средствам в сотрудничестве с союзом авиакомпаний, Международной ассоциацией воздушного транспорта (ИАТА).

35 Тот факт, что воздушное пространство относится к государственной территории, не имеет значения ни для эфира, т.е. для полного диапазона электромагнитных волн, ни для международной электросвязи⁹⁰. Каждое государство вправе распространять трансграничные радиоволны. Существует *свобода эфира* и с точки зрения прав человека: каждый имеет право, несмотря на государственные границы, обмениваться информацией. Государство, на территорию которого распространяется радиосигнал, не должно мириться с использованием «его» эфира. Оно имеет право прекратить прием иностранных передач, например, посредством глушения⁹¹. Конфликт между свободой мнения, включая активную и пассивную свободу информации, которая подчеркивается западными странами, с одной стороны, и запретом на вмешательство (*domaine réservé*), с другой стороны, социалистические страны и многие страны третьего мира в 1970-е гг. пытались разрешить не в пользу свободы, что им не удалось⁹².

⁸⁹ Внутри ЕС каботажная оговорка вызывает проблемы, связанные со свободой предоставления услуг (ст. 56 ДФЕС). Конфликт между обязательствами по международному и европейскому праву является предметом ст. 351 ДФЕС, согласно которой права и обязанности государств-членов, вытекающие из (других) международных договоров, как правило, «не затрагиваются» ДФЕС (абз. 1). Поскольку согласно абз. 2 требуется, чтобы государства-члены устраняли «установленные несоответствия», постольку следует исходить из того, что внутри Сообщества государства-члены откажутся от каботажной оговорки. См. ст. 3 и след. Постановления ЕС № 1008/2008 общих положений в отношении услуг в сфере воздушного сообщения в ЕС. (ABJ EU 2008, Nr L 293/3). Общую информацию см.: *Proelß*, Grenzen der Zuständigkeit der Unionsorgane am Beispiel von «Erika III», in Talmon (сноска 62) 135 (154ff).

⁹⁰ Подробнее см.: *Hafner*, ÖHVR I, Rn 2181ff. Эфир выходит по вертикали далеко за границы воздушного пространства.

⁹¹ Подробнее см.: *Frowein*, Das Problem des grenzüberschreitenden Informationsflusses und des domaine réservé, BDGVR 19 (1979) 1ff и *Simma*, Grenzüberschreitender Informationsfluss und domaine réservé der Staaten. Там же, 39ff.

⁹² См. Декларацию ЮНЕСКО о СМИ от 1978 г., которая должна была стать краеугольным камнем «нового мирового информационного порядка».

В настоящее время возникает вопрос, в какой мере международное право учитывает угрозу технико-экономических и политических (в связи с доступом и распределением) конфликтов в «киберпространстве»⁹³. Поскольку киберпространство является не физическим, а виртуальным (коммуникационным) пространством⁹⁴, создание отдельного правового режима, вероятно, нецелесообразно. В первую очередь речь идет о том, чтобы распространить на киберпространство применение международного экономического и информационного права⁹⁵. Возможное в будущем регулирование (*Governance*) может привести к конфликтам с основными правами и правами человека⁹⁶. Дискуссия по проблемам политики в области уголовного преследования, которые сопровождают стирание границ в рамках глобализации коммуникационных технологий, только началась⁹⁷. ИКАНН (Internet Corporation for the Assigned Numbers and Names), корпорация калифорнийского права, в настоящее время унифицирует и координирует Интернет⁹⁸. С быстрой передачей больших объемов данных и коммуникацией через электронную почту связаны вопросы о применимом праве, ограничении в публичных интересах, авторских правах и защите патентов — вопросы перспектив развивающегося (на данном этапе преимущественно частного) международного права информационных технологий и интернета.

⁹³ См.: *Kaiser*, Das Recht im Cyberspace, FS Winkler, 1997, 397 (399 и след.); *Wilske/Schiller*, International Jurisdiction in Cyberspace: Which States May Regulate the Internet?, FCommLJ 50 (1997) 117ff; *Schmahl*, Zwischenstaatliche Kompetenzabgrenzung im Cyberspace, AVR 47 (2009) 284ff.

⁹⁴ См.: *Grewlich*, Konstitutionalisierung des «Cyberspace», 2001, 15: киберпространство определяется как «постоянно «сгущающаяся» «электронно-эфирная» оболочка, окружающая нашу планету». Киберпространство расширяет понятие эфира, в которое включаются также цифровые сигналы.

⁹⁵ Там же, 47f.

⁹⁶ Попытки Международного союза электросвязи (МСЭ) получить полномочия по регулированию интернета под предлогом борьбы с преступностью «в сети», предпринятые, в частности, на Всемирной конференции по международной электросвязи в Дубае в декабре 2012 г., до сих пор не увенчались успехом. Критики опасаются, что наделение данной традиционной международной организации полномочиями по регулированию интернета приведет к усилению влияния государств-членов МСЭ на управление интернетом и к цензуре, а также другим формам вмешательства со стороны государства.

⁹⁷ См. Конвенцию о киберпреступности от 23.11.2001, вступившую в силу 1.7.2004, преамбула которой говорит об общем осознании «глубоких изменений, наступивших в результате дигитализации, сближения и продолжающейся глобализации компьютерных сетей». Она обязывает стороны объявить определенные компьютерные преступления уголовно наказуемыми. См. также Дополнительный протокол к Конвенции от 28.1.2003.

⁹⁸ *Kleinwächter*, ICANN als United Nations der Informationsgesellschaft?, MuR 2 (1999) 452ff.

37 *Международная конвенция электросвязи* от 6 ноября 1982 г. регулирует трансграничную электросвязь⁹⁹. Конвенция подверглась значительному пересмотру в 1992 г. и вновь была изменена в 1994 г. в Киото; она содержит правила осуществления отдельных видов электросвязи, телеграфной, телефонной связи и радиосвязи в сочетании с дополнительными правилами¹⁰⁰. Центральным органом является *Международный союз электросвязи* (МСЭ) — специализированный орган ООН со штаб-квартирой в Женеве¹⁰¹. Его *регистрационный комитет* «управляет» сферой распределения и использования радиочастотного спектра, принимает решения о распределении ограниченных природных ресурсов (ст. 12 и след. Конвенции МСЭ 1989 г.). Долгое время в этой области действовала система, базирующаяся на либеральном праве «пришедшего первым»¹⁰².

г) **Морская акватория: внутренние воды, архипелажные воды, территориальное море**

38 Внутренние воды, архипелажные воды и территориальное море¹⁰³ образуют *морскую часть государственной территории*. Со стороны моря к названным частям территории, объединенным в тексте под общим термином «морская акватория» (*Вольфганг Граф Витцтум*), прилегают зоны негосударственной территории (прилежащая зона, исключительная экономическая зона, континентальный шельф), в отношении которых прибрежные государства обладают *функционально ограниченными правами*. На последние три зоны (в отличие от первых трех) распространяется только право пользования, но не территориальное верховенство прибрежного государства, причем по содержанию право пользования подробно регулируется и, таким образом, ограничено. За пределами пространств, на которые распространяются функциональные права государства, со стороны моря расположены (негосударственные) территории, на которые такие права не распространяются:

⁹⁹ BGVl 1985 II, 425.

¹⁰⁰ Стороны признают право каждого использовать свои устройства для международного обмена информацией. Они обязуются создавать, эксплуатировать и защищать системы и устройства электросвязи. «Только на основании этой *обязанности* эксплуатации соответствующих систем, а также запрета на ограничение электросвязи (*обязанность транзита*) возникает общая сфера сторон для этих видов связи» (*Hafner, ÖNVR I, Rn 2186*).

¹⁰¹ Устав и Конвенция МСЭ от 30.6.1989 (BGVl 1994 II, 147).

¹⁰² В настоящее время МСЭ «распределяет диапазоны частот внутри общего диапазона радиочастот и регистрирует это распределение и связанные с ним позиции геостационарных спутников» (п. 2а ст. 1 Конвенции МСЭ).

¹⁰³ (Важные) проливы согласно Части III КМП не имеют собственного *территориального* статуса (см. абз. 1 ст. 34 КМП); однако с точки зрения права *пользования* на них распространяется собственный режим: особый — либеральный — режим транзитного прохода («право транзитного прохода», ст. 38 КМП). См. абз. 49.

открытое море в узком смысле и морское дно, а также недра «за пределами национальной юрисдикции» (п. 1 абз. 1 ст. 1 КМП). Последние негосударственные территории, так же как космическое пространство и Антарктика¹⁰⁴, принадлежат к территориям с международным режимом, хотя их материальное и организационное регулирование может существенно отличаться.

Основы правового режима морской акватории содержатся в (Женевских) конвенциях 1958 г.¹⁰⁵ и в *Конвенции ООН по морскому праву* 1982 г. (КМП). Женевские конвенции установили режимы территориального разграничения и пользования в прибрежных зонах, которые уже действовали в рамках международного обычного права. Конвенция 1982 г., которая была подписана 117 государствами в Монтего-Бей (Ямайка) и вступила в силу в 1994 г., включала, иногда дословно, существенные части четырех Женевских конвенций 1958 г. Поэтому Женевские конвенции, вступившие в силу между 1962 и 1966 гг. и продолжающие действовать (см. абз. 1 ст. 311 КМП), могут использоваться только в исключительных случаях, например, для объяснения происхождения определенной нормы или для подтверждения ее действия, основанного на обычном праве, в отношении государств, не являющихся участниками КМП¹⁰⁶. Статья 311 КМП устанавливает соотношение еще молодой «конституции морей» с «другими конвенциями и международными соглашениями». В дальнейшем под КМП будет подразумеваться полный текст документа 1982 г. Конвенция действует на 1 декабря 2012 г. в отношении 163 государств (и Европейского союза), с 14 октября

39

¹⁰⁴ В отличие от Антарктики (см. ниже абз. 84 и след.) *Арктический океан*, включая его части, покрытые льдами, подлежит регулированию, действующему в отношении *морей*. Попытка Канады, предпринятая в 1925 г., приобрести право контроля над частью полярных морей посредством установления «арктического сектора» не были поддержаны другими прибрежными государствами, несмотря на определенную симпатию СССР в отношении данной концепции. Впоследствии Канада отказалась от этого подхода. Смежность как таковая (т.е. территориальное соседство и близость) не дает оснований для осуществления полномочий и, тем более, для претензий на огромные «сектора». См.: *Schenk, Kontiguität als Erwerbstitel im Völkerrecht*, 1978.

¹⁰⁵ Речь идет о собрании документов, состоящем из четырех конвенций от 29.4.1958 г.: о территориальном море и прилегающей зоне (516 UNTS 205); об открытом море (BGVI 1972 II, 1089); о рыболовстве и охране живых ресурсов открытого моря (59 UNTS 285); о континентальном шельфе (499 UNTS 311). К ним прилагался Протокол (о подписании) об обязательном урегулировании споров. Тексты документов см.: *Hoog* (примеч. 17).

¹⁰⁶ Окончательное установление прав на основании КМП возможно только тогда, когда речь идет о сторонах КМП. Дальнейшее развитие конвенций 1958 г. касалось прежде всего территориального моря, проливов, открытого моря и континентального шельфа. По наиболее важным аспектам КМП содержит новые нормы: например, о проходе судов через международные проливы, об архипелажных водах, ИЭЗ, о внешней границе континентального шельфа и регулировании разработки континентального шельфа за пределами 200 м. Нововведения коснулись, в частности, права разработки ресурсов морского дна, обязательного урегулирования споров, а также участия международных организаций в КМП.

1994 г. — также в отношении ФРГ¹⁰⁷. Понятийный аппарат КМП составляет основу любого анализа морского права¹⁰⁸. Дополнительные импульсы для развития морского права исходят от решений *Международного трибунала по морскому праву* (МТМП) в Гамбурге¹⁰⁹, который был образован в соответствии со ст. 286 и след. КМП в сочетании с Приложением VI к КМП (Статут МТМП). В то время как МТМП изначально преимущественно рассматривал споры по освобождению судов согласно ст. 292 КМП, предмет которых ограничен, позже в МТМП стали обращаться по более широким вопросам материального права (например, территориальным спорам и вопросам материальной ответственности)¹¹⁰, что говорит о широком признании суда как самостоятельного специализированного органа для разрешения споров и о его праве на существование наряду с МС, к подведомственности которого по-прежнему относятся вопросы международного морского права¹¹¹.

Внутренние воды

- 40 Внутренние воды *определяются как участки морского пространства между суши и исходной линией* прибрежного государства (абз. 1 ст. 8 КМП). Они являются составной частью государственной территории, включая их дно, недра и воздушное пространство над ними. Как и на сухопутную территорию, на внутренние (морские) воды распространяется *территориальный суверенитет прибрежного государства*¹¹². Это отличает внутренние (морские) воды — также с точки зрения пользования — от территориального

¹⁰⁷ Сторонами КМП до сих пор не являются, в частности, Иран, Израиль, Ливия, Таиланд, Турция, США и Венесуэла.

¹⁰⁸ К релевантным нормам также относится Соглашение к КМП от 29.7.1994 г. (BGBl 1994 II, 2566). Оно адаптирует основные положения о политически спорном режиме разработки морского дна к изменениям и новым оценкам, возникшим после заключения КМП, частично посредством изменения, частично посредством согласованного толкования. КМП и Соглашение к КМП образуют единый комплекс. На 1.12.2012 г. Соглашение к КМП действовало в отношении 142 государств (и ЕС). См. ниже абз. 70 и след.

¹⁰⁹ Регламент МТМП см.: ITLOS (Hrsg), Basic Texts, 1998, 15ff.

¹¹⁰ См.: Решение по делу Бангладеш против Мьянмы, а также Заключение по спорам, касающимся морского дна (см. ст. 186 и след. КМП), о толковании ст. 139 КМП.

¹¹¹ См.: *Karg*, IGH vs. ISGH, 2005.

¹¹² Внутренние воды ранее обозначались как «собственные морские воды», см.: *Degan*, Internal Waters, NYIL 17 (1986) 3ff. Граница внутренних вод со стороны суши соответствует линии побережья, которая в Германии в силу индивидуальных особенностей морей определяется линией наибольшего отлива вдоль берега на Балтийском море и линией среднего уровня прилива на Северном море. См.: *Petersen*, Deutsches Küstenrecht, 1989, 32f, 39ff. Название «внутренние воды» связано с тем, что они находятся между исходной линией и суши. Они отличаются от водных пространств, окруженных сухопутной территорией, соленостью и открытостью со стороны моря, т.е. тем, что они являются морскими.

моря¹¹³. Например, в отношении внутренних вод обычно *не действует право мирного прохода судов* (ст. 17 и след. КМП)¹¹⁴. Если иные обязательства не установлены договором, прибрежное государство не обязано давать иностранным судам разрешение на вход в его внутренние воды. Обычное право убежища для судов, нуждающихся в помощи, считается *общепризнанным* лишь постольку, поскольку авария судна или чрезвычайные обстоятельства влекут за собой *угрозу для членов экипажа*¹¹⁵. Однако данный принцип не действует, если предоставление убежища судну, нуждающемуся в помощи, представляет угрозу для территориальной целостности прибрежного государства. Судно, находящееся во внутренних водах иностранного государства, подпадает — также в отношении внутрисудовых дел¹¹⁶ — под юрисдикцию этого иностранного прибрежного государства или государства порта. В своих внутренних водах государство вправе разрешать рыболовство и каботаж (транспортировка пассажиров и грузов между внутрисудовыми портами) только своим гражданам; в отношениях между государствами-членами ЕС в этой связи необходимо учитывать основные свободы, предусмотренные Договором о ЕС, а также (субсидиарно) запрет дискриминации, указанный в ст. 18 ДФЕС¹¹⁷.

Исходная линия (*baseline*) образует внешнюю границу внутренних вод. От *исходной линии* отмеряется ширина морских зон, граничащих с внутренними водами (территориального моря, прилегающей зоны, исключительной экономической зоны, континентального шельфа). Поэтому исходная линия имеет большое значение. Согласно ст. 5 КМП нормальной исходной линией считается *линия наибольшего отлива* вдоль берега, указанная на официально признанных прибрежным государством морских картах. Проблематичным является, что не существует общепризнанной геодезической основы для установления линии наибольшего отлива; основы для измерения, используемые прибрежными государствами в разных морях, существенно отличаются. Кроме того, возникает вопрос, как определяется линия наибольшего отлива, если *фактическая линия* отклонилась от *линии, обозначенной на карте*, например, вследствие вымывания грунта или повышения уровня

41

¹¹³ См.: *Graf Vitzthum*, in: Seerecht, Kap 2 Rn 42, 102ff.

¹¹⁴ Если ширина внутренних вод *впервые* определяется посредством проведения исходных линий согласно ст. 7 КМП, в таких водах применяется право мирного прохода судов, как в территориальном море, абз. 2 ст. 8 КМП.

¹¹⁵ См.: *Graf Vitzthum*, in: Seerecht, Kap 2 Rn 49; *Churchill/Lowe*, *The Law of the Sea*, 3. Aufl 1999, 62ff; *Schult*, *Das völkerrechtliche Schiffssicherheitsregime*, 2005, 220ff: к вопросу о директивах ИМО по вынужденным стоянкам для судов, требующих помощи.

¹¹⁶ Мали (*Mali*) против Управления тюрем Гудзона (дело *Wildenhus*), 120 US 1 (1887); противоположная точка зрения в решении по делу Спектор (*Spector*) против Norwegian Cruise Line Ltd, 545 US 119 (2005).

¹¹⁷ См.: *Milbradt*, *Liberalisierung der Seekabotage unter völkerrechtlichen und europarechtlichen Aspekten*, 1999, 107.

моря¹¹⁸. В решении по делу *Никарагуа против Гондураса* МС ООН в конечном итоге привел убедительные аргументы в пользу приоритета фактической линии наибольшего отлива¹¹⁹. Однако, несмотря на то, что исходная линия используется для отмерения морских зон, прилегающих к внутренним водам со стороны моря, а также для установления пределов открытого моря и «Района» согласно № 1 абз. 1 ст. 1 и ст. 86 КМП, из вышеуказанного правила о приоритете фактической линии, не являющегося общепризнанным, не следует, что с перемещением исходных линий по объективным причинам автоматически изменяются границы морской акватории (территориальное море, архипелажные воды) и территорий, на которые распространяются функциональные права прибрежных государств (прилежащая зона, ИЭЗ, континентальный шельф). Если в результате *повышения уровня моря, связанного с изменением климата*, и смещения исходных линий в сторону суши развивающиеся государства лишатся части своих морских зон и находящихся в этих зонах природных ресурсов, негативные последствия глобального потепления на них отразятся вдвойне¹²⁰. В связи с тем, что индустриальные государства создали причины для глобального потепления, выдвигаются предложения о том, что сегодняшние границы морских зон прибрежных государств должны быть «заморожены»¹²¹. Эта важная проблема до сих пор не решена.

42 В порядке исключения в соответствии со ст. 7 и 9 КМП базовая линия может проводиться как *прямая линия* в дельтах рек, вдоль цепей островов в непосредственной близости от берега (например, Восточно-Фризские острова), в местах, где береговая линия глубоко изрезана и извилиста

¹¹⁸ Подробнее см.: ILA (Hrsg), *Baselines under the International Law of the Sea*, 2012, <<http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/1028>>.

¹¹⁹ ICJ Rep 2007, 659, 743.

¹²⁰ С другой стороны, ведутся дискуссии о том, имеют ли прибрежные государства право расширять «свои» морские зоны посредством смещения точек, через которые проводятся исходные линии, в рамках программ по увеличению прибрежной полосы за счет наносов, сооружения молов или иных искусственных структур, как, например, в рамках проектов искусственных островов «Пальма Джумейра» («Jumeirah Palm») и архипелага «Мир» («The World») у побережья Дубая. Согласно ст. 11 КМП и международной практике такое смещение исходных линий допустимо только в случае создания постоянных (и достаточно устойчивых) структур, непосредственно связанных с суши, см.: *Carleton*, *Problems Relating to Man-made Basepoints under UNCLOS*, in: Symmons (Hrsg), *Selected Contemporary Issues in the Law of the Sea*, 2011, 32ff.

¹²¹ См., например, *Jesus*, *Rocks, New-born Islands, Sea Level Rise and Maritime Space*, FS Eitel, 2003, 599 (601); *Soons*, *The Effects of a Rising Sea Level on Maritime Limits and Boundaries*, NILR 37 (1990) 207 (231); *Caron*, *Climate Change, Sea Level Rise and the Coming Uncertainty in Oceanic Boundaries*, in: Hong/Van Dyke (Fn 52) 1 (14). Zum Ganzen *Grote Stoutenburg*, *Implementing a New Regime of Stable Maritime Zones to Ensure the (Economic) Survival of Small Island States Threatened by Sea-Level Rise*, *IJMLC* 23 (2011) 263ff.

(например, западное побережье Чили, западное побережье Норвегии) либо изменчива вследствие максимально выступающих в море естественных точек (мысы, цепи островов, маяки, рифы и др.); в портах она проходит по наиболее выдающимся в море постоянным портовым сооружениям (ст. 11 КМП)¹²². Помимо особых случаев, таких как реки и «исторические» заливы, внутренние воды, как правило, образуются за счет проведения прямых базовых линий. Прибрежное государство может таким образом существенно увеличить свою территорию. Толкование и применение предпосылок ст. 7, при наличии которых прибрежное государство имеет право на проведение прямых базовых линий, являются спорными¹²³. В любом случае, не допускается отклонение прямых исходных линий от общего направления берега (абз. 3 ст. 7 КМП). *Заливы*, если их берега принадлежат одному государству и ширина естественного входа в них не превышает 24 мм, также относятся к внутренним водам (ст. 10 КМП). В таких заливах проводятся особые исходные линии¹²⁴.

Архипелажные воды

В отличие от внутренних вод, архипелажные воды являются *новым институтом морского права*¹²⁵. Многие государства, возникшие в XX веке, являются государствами-архипелагами или требуют признания этого статуса (например, Филиппины, Индонезия, Фиджи, Республика Сейшелы). Они состоят «полностью из одного или более архипелагов» и могут «включать другие острова» (п. а ст. 46 КМП). Под архипелагом подразумевается *группа островов* (включая соединяющие их воды), «которые ... *составляют единое* географическое, экономическое и политическое *целое* или исторически считаются таковым» (п. б ст. 46 КМП). Согласно абз. 1 ст. 47 КМП

43

¹²² Принцип прямых исходных линий был впервые признан в *споре между Великобританией и Норвегией о рыболовстве* (ICJ Reports 1951, 116).

¹²³ Подробнее см.: *Graf Vitzthum*, in: Seerecht, Kap 2 Rn 16ff; *Scovazzi*, The Establishment of Straight Baselines Systems, in *Vidas/Østreng* (Hrsg), *Order for the Oceans at the Turn of the Century*, 1999, 445ff; *Trümpler*, *Grenzen und Abgrenzungen des Küstenmeeres*, 2007, 112ff.

¹²⁴ К вопросу о режиме заливов, берега которых принадлежат одному государству, см.: *Allmendinger*, *Buchten im Völkerrecht*, 2006, 30ff. Исходные линии могут быть проведены как прямые замыкающие линии залива, если их длина не превышает 24 мм. В противном случае прямая исходная линия может быть проведена только *внутри* залива и только там, где длина линии не превышает 24 мм. Это ограничение не действует, если речь идет о заливах, признанных внутренними водами на практике (абз. 6 ст. 10 КМП). Такими «историческими» заливами являются, например, Акулий залив в Австралии, Гудзонский залив и залив Делавэр в США.

¹²⁵ См.: *Graf Vitzthum*, in: Seerecht, Kap 2 Rn 133ff; *Rajan*, The Legal Regime of Archipelagos, *GYIL* 29 (1986) 13ff. Только базовые положения о режиме государств-архипелагов в КМП, одном из предметов дискуссии на 3-й конференции ООН по морскому праву (1973–1982 гг.), и фрагменты заключительного *package deal* стали частью международного обычного права.

государство-архипелаг может распространить свой суверенитет на обширные участки морского пространства посредством проведения прямых архипелажных базовых линий, длина которых не должна превышать 100 морских миль. Воды, границы которых установлены приведенными положениями, называются архипелажными водами (абз. 1 ст. 49 КМП).

- 44 На архипелажные воды распространяется *суверенитет государства-архипелага*¹²⁶. Согласно принципу вертикального правового единства пространства суверенитет распространяется «на воздушное пространство над архипелажными водами, а также на их дно и недра, равно как и на их ресурсы» (абз. 2 ст. 49 КМП). В отличие от внутренних вод, в архипелажных водах действует *право мирного прохода судов* (ст. 52 КМП), а если государство-архипелаг установило морские коридоры и расположенные над ними воздушные коридоры, то и право непрерывного и быстрого прохода иностранных судов и пролета иностранных летательных аппаратов (ст. 53 КМП)¹²⁷. С позиций третьих государств архипелажные воды¹²⁸ представляют собой негативную категорию, поскольку обширные части открытого моря теперь подпадают под национальную юрисдикцию.

Территориальное море

- 45 Согласно абз. 1 и 2 ст. 2 КМП «*суверенитет прибрежного государства*» за пределами его сухопутной территории и внутренних вод распространяется на «примыкающий морской пояс... Этот суверенитет охватывает воздушное пространство над территориальным морем, равно как его дно и недра» (*вертикальное правовое единство пространства*)¹²⁹. Со стороны суши территориальное море ограничено исходными линиями (ст. 3, 5 и след. КМП). Со стороны открытого моря оно ограничено прилегающей зоной, если она заявлена, а также исключительной экономической зоной и континентальным шельфом. Если прилегающая и исключительная экономическая зоны были заявлены, то за пределами территориального моря (максимальная ширина — 12 м), располагается участок (12 м), на котором правовые режимы — прилегающей зоны, исключительной экономической зоны и континентального шельфа — пересекаются. Права прибрежных

¹²⁶ О статусе архипелажных вод см.: *Graf Vitzthum* (сноска 73) 1083ff. Государство-архипелаг может вычленил из своих архипелажных вод внутренние воды, см. ст. 50 КМП.

¹²⁷ «Право архипелажного прохода по морским коридорам» (абз. 2, 3 ст. 53 КМП) соответствует праву транзитного прохода через проливы, используемые в международном судоходстве (см. абз. 2 ст. 38 КМП). См. абз. 47.

¹²⁸ Абз. 1 ст. 51 КМП исходит из сохранения договорных и традиционных прав на рыболовство. Абз. 2 ст. 51 КМП обязывает государство-архипелаг не наносить ущерба подводным кабелям.

¹²⁹ О концепции см.: *Kehden*, Die Vereinten Nationen und die Nutzung des Bodens und Untergrundes des Hohen Meeres, VRÜ 2 (1969) 131.

государств в отношении территориального моря ограничены по сравнению с архипелажными и особенно внутренними водами. С удалением от побережья уменьшается и объем прав прибрежных государств.

Ширина территориального моря оставалась основным догматическим и политическим вопросом морского права до середины 1970-х гг. Изначально теории и варианты решений были представлены в широком диапазоне: от *фактического* осуществления господства («расстояние пушечного выстрела») и правила предела видимости до ограничения тремя морскими милями. С середины XVIII в. последнее предложение получило наиболее широкое признание. После того, как государственная практика изменилась в этом направлении в результате Женевских конференций 1958 и 1960 г., КМП 1982 г. установила *12 морских миль* в качестве *максимальной ширины*¹³⁰. Вследствие указанного расширения узких морских участков впервые режим территориального моря был распространен на многие морские пути, важные для судоходства, такие как Ла-Манш и Гибралтарский пролив. Таким образом, возникло более 120 новых проливов, подчиненных особому режиму пользования (ст. 34–45 КМП), а не территориальному режиму¹³¹.

Прибрежное государство осуществляет акваториальный суверенитет в соответствии с международным правом (абз. 3 ст. 2, ст. 17 и след. КМП), учитывая права других государств. К этим правам относится *право мирного прохода судов* (ст. 17 КМП)¹³². Правом прохода обладают не только торговые и рыболовецкие суда, но и военные суда, если проход не служит военным целям, а также суда с ядерными двигателями и суда, перевозящие опасные вещества (ст. 23 КМП). Требование разрешения или обязанность сообщения не обоснованы даже для этих категорий судов, если проход является мирным. Этот пункт был в числе спорных вопросов в процессе переговоров на 3-й конференции ООН по морскому праву. Однако впоследствии выяснилось и затем неоднократно подтверждалось, что большинство государств поддерживают указанную позицию (особенно при подписании КМП). Ст. 32 КМП подчеркивает иммунитет государственных судов. Подводные лодки в территориальном море должны

¹³⁰ О расширении территориального моря см. выше сноску 73, а также ссылки: *Schweitzer/Weber*, *Handbuch der Völkerrechtspraxis der Bundesrepublik Deutschland*, 2004, Rn 527ff; *Khan*, *Staatsgrenzen*, 603ff. Некоторые государства претендуют на более широкое территориальное море, например, Либерия, Перу, Сомали, Эквадор, Эль Сальвадор (200 мм, с частичными ограничениями), Того (30 мм). Различные государства сохранили ширину три морские мили; другие сохранили ширину шесть морских миль. Информацию о практическом применении см. на сайте: <<http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/index.htm>>.

¹³¹ См. абз. 49.

¹³² Это право было кодифицировано уже в ст. 14–20 (Женевской) Конвенции о территориальном море и прилегающей зоне от 29.4.1958 г. Теперь оно регулируется более подробно (ст. 17 и след., 20, 24–28 КМП). Подробнее см.: *Graf Vitzthum*, in: *Seerecht*, Kap 2 Rn 119ff.

следовать на поверхности и поднимать свой флаг (ст. 20 КМП)¹³³. В пользу всех иностранных судов действует предположение, что проход является мирным, «если только им не нарушается мир, добрый порядок или безопасность прибрежного государства» (абз. 1 ст. 19 КМП). В каком случае указанные обстоятельства имеют место, определяется положениями абз. 2 ст. 19 КМП¹³⁴.

- 48 Праву мирного прохода судов как традиционному выражению *акваториального* суверенитета над территориальным морем, более ограниченному по сравнению с *территориальным* суверенитетом в отношении внутренних вод, соответствует *исчерпывающий* перечень прав прибрежных государств по регулированию. В частности, прибрежное государство может принимать правовые акты о защите окружающей среды¹³⁵. Нарушение правил, указанных в абз. 1 ст. 21 КМП, не означает, что проход иностранного судна не является мирным, однако оно дает основание прибрежному государству преследовать нарушителя (только) в соответствии с национальным правом. Кроме того, в этом случае действуют все общепризнанные международные правила, касающиеся предотвращения столкновения в море (абз. 4 ст. 21 КМП)¹³⁶. Согласно ст. 22 КМП прибрежное государство с учетом безопасности судоходства¹³⁷ может требовать от иностранных судов, осуществляющих право мирного прохода, пользоваться определенными *морскими коридорами* и схемами разделения движения. Абз. 1 ст. 24 КМП запрещает прибрежному государству препятствовать мирному проходу судов, однако препятствия, которые имеются в виду, в КМП не указаны. Но и правила прибрежного государства, принимаемые в соответствии с КМП, подлежат — в соответствии

¹³³ Другие положения действуют в отношении проливов в соответствии с Частью III КМП. Подводные лодки могут осуществлять проход *под водой*, что является стратегически важным обстоятельством. Передвижение под водой является для них «обычным порядком» транзита согласно п. с абз. 1 ст. 39 КМП.

¹³⁴ Абз. 2 ст. 19 КМП определяет понятия «мир», «порядок» и «безопасность». «Немирными» согласно новым положениям считаются также акты преднамеренного и серьезного загрязнения морской среды или рыболовная деятельность, причиняющая вред.

¹³⁵ Контроль иностранных судов допускается только при подозрении в нарушении национальных экологических норм. Если подозрение подтверждается, может быть возбуждено производство.

¹³⁶ Прибрежное государство может принимать правила, касающиеся конструкции, комплектования экипажа или оборудовании иностранных судов, только на основании общепризнанных международных норм (абз. 2 ст. 21 КМП).

¹³⁷ В ст. 22 КМП речь идет только о безопасности судоходства. Безопасность судоходства и охрана окружающей среды тесно связаны между собой; это выражается уже в том, что абз. 2 ст. 22 КМП указывает на конкретные виды судов, эксплуатация которых предопределяет особые риски для окружающей среды. ИМО также все чаще устанавливает системы путей для защиты окружающей среды на экологически чувствительных участках. Прибрежное государство не вправе создавать морские заповедники, которые сделают проход судов через его территориальное море полностью невозможным. Прибрежное государство может запрещать проход судов по экологическим причинам только в исключительных случаях (абз. 2 ст. 220, п. h абз. 2 ст. 19 КМП).

с телеологическим толкованием соответствующей нормы — контролю на основе соблюдения *принципов разумности и соразмерности*. В соответствии с этими принципами необходимо учитывать соотношение между свободой судоходства, безопасностью судоходства и охраной окружающей среды¹³⁸. Согласно ст. 25 КМП прибрежное государство обладает определенными *правами вмешательства* в отношении иностранных судов, в том числе в целях недопущения прохода, не являющегося мирным. Оно может принимать «необходимые меры» по предупреждению нарушения условий, на которых эти суда допускаются, например, во внутренние воды. В свете абз. 2 ст. 26 КМП представляется сомнительным, может ли прибрежное государство взимать плату за пользование морской средой территориального моря иностранными судами, если речь не идет о сборах «в оплату за конкретные услуги, оказанные названному судну» (например, буксирные сборы). Статья 27 КМП ограничивает *уголовную юрисдикцию* прибрежного государства¹³⁹.

Проливы

В отношении *проливов, используемых в международном судоходстве* (ст. 37 КМП), в Части III КМП предусмотрен *особый режим прохода и пролета*¹⁴⁰. Этот режим не затрагивает *территориально-правовой* статус вод таких проливов, а также осуществление прибрежными государствами их прав, не связанных с проходами и пролетами, на что однозначно указывает ст. 34 КМП¹⁴¹. *Право беспрепятственного транзитного прохода* для гражданских

¹³⁸ Подробнее см.: *Schult*, Schiffssicherheit 114ff. Согласно абз. 2 ст. 24 КМП прибрежное государство должно предупреждать об опасности для судоходства. В деле о канале Корфу (ICJ Reports 1949, 4, 22) МС на основании принадлежности канала к юрисдикции Албании пришел к выводу, что Албания была обязана предупредить об опасности.

¹³⁹ Исключения из этого принципа возможны в случаях, перечисленных в абз. 1 ст. 27 КМП. Другие правила действуют и в том случае, если судно входит во внутренние воды (ст. 8 КМП) или выходит из них. Исполнительное производство и применение ареста в отношении иностранных судов в рамках *гражданского судопроизводства* допускаются в территориальном море, только если обстоятельства, обосновывающие материальную ответственность или вину, непосредственно связаны с проходом судов.

¹⁴⁰ Согласно абз. 4 ст. 16 (Женевской) Конвенции о территориальном море 1958 г. запрещается прерывать мирный проход судов. В целях поддержки транзита КМП выходит за рамки запрета на *прерывание* прохода. О понятии «*пролив, используемый для международного судоходства*» см. *дело о канале Корфу* (ICJ Reports 1949, 4, 29; *Graf Vitzthum*, in: Seerecht, Kap 2 Rn 158ff). На арктические проливы (Северный морской путь и Северо-Западный проход) режим проливов КМП не распространяется (спорно), поскольку они (еще) могут использоваться для международного судоходства. К вопросу о Северо-Западном проходе см.: *Pharand*, The Arctic Waters and the Northwest Passage, ODIL 38 (2007) 3ff; *Byers/Lalonde*, Who Controls the Northwest Passage?, *Vanderbilt J Transnat'l L* 42 (2009) 1133ff

¹⁴¹ Согласно п. с ст. 35 КМП не затрагивается режим проливов, проход в которых регулируется давно существующими и до сих пор действующими международными конвенциями (Конвенция Монре́о о проливах 1936 г. в отношении проливов Босфор

и военных морских и воздушных судов, установленное КМП, является центральным моментом особого режима *пользования* (ст. 38 КМП). В рамках переговоров право транзитного прохода из *политических* соображений было связано с правом на расширение территориального моря: без транзитного прохода (и транзитного пролета) через проливы было бы отказано в согласии на расширение территориального моря до 12 морских миль. На примере права транзитного прохода (и транзитного пролета) можно наблюдать связь со свободой открытого моря (ст. 87 КМП). Территориальный объем права прохода судов увеличен в сравнении с соответствующим правом, существовавшим ранее. Правовой режим проливов теперь распространяется и на территориальное море (прежде всего по военно-стратегическим соображениям); это (основанное, прежде всего, на военно-стратегических соображениях) отклонение от распространенной тенденции к расширению зон и территориализации (основанной, прежде всего, на экономических соображениях, связанных с ресурсами). Транзитный проход *определяется* в абз. 2 ст. 38 КМП как «осуществление ... свободы судоходства и полета единственно с целью непрерывного и быстрого транзита», включая передвижение под водой. Не допускается взимание платы за транзит. Ст. 39 КМП конкретизирует обязанности судов во время транзитного прохода. При установлении коридоров, как и в архипелажных водах (абз. 9 ст. 53 КМП), предусмотрена обязанность сотрудничества с Международной морской организацией (ст. 41 КМП)¹⁴². Государство, граничащее с проливом, ограничено в возможностях по изданию правил, обязательных для *всех* судов¹⁴³. В целом, права прибрежного государства¹⁴⁴ в отношении «беспрепятственного транзитного прохода», еще не включенные в международное обычное право¹⁴⁵, подвергаются значительно большим ограничениям, чем права, связанные с «правом мирного прохода».

50 Существуют научные, технические, инфраструктурные и экономические основания, которые *в совокупности* обуславливают необходимость

и Дарданеллы; Копенгагенский договор 1857 г. об отмене зундских и бельгских пошлин; правовые акты о Гибралтарском и Малаккском проливах).

¹⁴² Эта традиционная международная организация, компетенция которой основывается на ст. 211 и след. КМП, в основном, осуществляет меры по безопасности судоходства. Такая форма сотрудничества, включающая предложение соответствующих норм прибрежным государствам и принятие этих норм ИМО., *Oxman*, *Environmental Protection in Archipelagic Seas and International Straits*, *Law of the Sea Institute Proceedings* 29 (1997) 281 называется *законодательной компетенцией в рамках сотрудничества*.

¹⁴³ *Исчерпывающий* перечень вопросов, в отношении которых допускается издание правил (ст. 42 КМП), предусматривает безопасность судоходства, международные правила о сбросе вредных веществ, запрет на рыболовство и т. п.

¹⁴⁴ Ст. ст. 44 КМП, с одной стороны, и ст. 24 и след. КМП, с другой стороны.

¹⁴⁵ См.: *Jia*, *The Regime of Straits in International Law*, 1997, 168ff. О дифференцированном подходе см.: *Graf Vitzthum*, in: *Seerecht*, Kap 2 Rn 179.

развития *более тесного международного сотрудничества* в отношении морей. Однако многие прибрежные государства стремятся *получить преимущественное право на максимальное количество видов пользования*, т. е. монополизировать возможность пользования для своих граждан. Это желание играет большую роль, чем попытки развивать *трансграничный* обмен мнениями и сотрудничество на основе принципов эффективности и справедливого распределения в рамках международного права. В частности, попытка установить проблематичный с политической точки зрения международный режим для морского дна открытого моря и экономического использования его ресурсов привела (с конца 1960-х гг.) к существенному расширению зон, на которые распространяются права прибрежных государств.

3. Негосударственная территория (1): территории, на которые распространяются функционально ограниченные права прибрежных государств

а) Сущность и границы: территории под ограниченной юрисдикцией

Прилежащая зона, исключительная экономическая зона, а также континентальный шельф *не относятся к государственной территории*. В отношении пространств, на которые не распространяется территориальное верховенство, КМП наделяет прибрежное государство «правами по осуществлению необходимого контроля» (ст. 33), «суверенными правами», «юрисдикцией», а также «другими правами» (п. *a, b, c* абз. 1 ст. 56; абз. 1 ст. 77; ст. 246), «исключительными правами» и «исключительной юрисдикцией» (абз. 1, 2 ст. 60) или «правами и юрисдикцией» (ст. 55). Таким образом, несмотря на применение различных понятий и дифференцированного регулирования, речь всегда идет об осуществлении *отдельных* прав и полномочий в определенных *целях* исключительно *прибрежными* государствами (ст. 56 КМП). Эти права и полномочия *обосновываются и ограничиваются в зависимости от целей*; иными словами, они ни в коем случае не являются всеобъемлющими. Прибрежное государство обладает правами контроля, преимущественными правами и монополией в отношении других государств и их граждан только применительно к определенному сегменту компетенции. Таким образом, уже вследствие целевой ориентации и ограничения определенными задачами такой режим качественно отличается от всеобъемлющего и территориально или акваториально (не функционально) детерминированного суверенитета¹⁴⁶. Пространства, на которые не распространяется

51

¹⁴⁶ Правовой режим этих негосударственных территорий, как и глобальных территорий с международным режимом (см. абз. 63 и след), не может определяться на основе *территориального* верховенства.

территориальное верховенство, но в пределах которых действуют ограниченные права и полномочия обозначаются понятием «территории, на которые распространяются права прибрежных государств».

б) Прилежащая зона: право полиции осуществлять контроль

- 52 Прилежащая зона относится к традиционным институтам морского права¹⁴⁷. Эту морскую зону, граничащую с территориальным морем и еще в ст. 24 (Женевской) конвенции о территориальном море 1958 г. именуемую «частью *открытого* моря», могут заявить прибрежные государства. В указанной зоне, близкой к побережью, за прибрежными государствами признано право осуществлять *контроль*, необходимый для предотвращения нарушений таможенных, фискальных, иммиграционных или санитарных правил (ст. 33 и след. КМП)¹⁴⁸. Речь идет о предметах деятельности, относящихся к компетенции *органов полиции*, полномочия которых ограничены территориально и по содержанию¹⁴⁹. *Внешняя граница* прилежащей зоны должна находиться на расстоянии не более 24 м от исходных линий. Следовательно, ширина прилежащей зоны не должна превышать 12 м, если прибрежное государство не установило ширину территориального моря *менее* 12 м, что в настоящее время остается исключением¹⁵⁰.

в) Исключительная экономическая зона: пространство *sui generis*, ориентированное на использование ресурсов

- 53 В граничащей с территориальным морем исключительной экономической зоне (ИЭЗ) (сравнительно недавно введенный в морское право институт¹⁵¹)

¹⁴⁷ См.: Hoog (сноска 17) 16, 29ff; Graf Vitzthum, in: Seerecht, Kap 2 Rn 181ff. Практически каждое третье прибрежное государство, включая Германию, не пользуется этим институтом.

¹⁴⁸ Согласно ст. 303 КМП контроль также подлежит торговля историческими и археологическими объектами. См.: Graf Vitzthum/Talmon, Alles fließt, 1998, 23ff, 33ff.

¹⁴⁹ Комиссия международного права в 1956 г. и Конференция по морскому праву в 1958 г. отклонили предложение разрешить контроль в целях безопасности отдельных государств и сохранения рыбных запасов. См.: Hoog (сноска 17) 30.

¹⁵⁰ В (Женевской) конвенции о территориальном море 1958 г. ширина зоны, включая территориальное море, 12 м; с тех пор горизонтальная «ползучая» юрисдикция (*creeping jurisdiction*) значительно усилилась.

¹⁵¹ Режим, установленный в Части V КМП, является компромиссом между государствами, которые выступали в поддержку 200-мильной ширины территориального моря, и государствами, которые по-прежнему отдают предпочтение узкому территориальному морю (с прилежащей зоной для защиты рыболовства). Развивающиеся страны скептически относятся к большей части традиционного морского права и выступают единым фронтом «борцов за территорию» совместно с промышленными государствами, обладающими длинной береговой линией: Австралией, Канадой, Норвегией. См.: Proelß, in: Seerecht, Kap 3 Rn 203ff.

прибрежное государство осуществляет исключительные отдельные права и полномочия. Названная зона имеет ширину до 200 м от исходной линии (см. ст. 57 КМП)¹⁵² и, как и прилежащая зона и континентальный шельф, не затрагивает воздушное пространство (эта часть воздушного пространства остается свободной как воздушное пространство над открытым морем), не относится ни к территории прибрежного государства, ни к открытому морю в узком смысле. Как и в открытом море, в исключительной экономической зоне действуют важные *права иностранных государств*: свобода судоходства, полетов и прокладки подводных кабелей и трубопроводов, а также «другие правомерные с точки зрения международного права виды использования моря, относящиеся к этим свободам» (абз. 1 ст. 58 КМП)¹⁵³. Кроме того, прибрежное государство имеет «суверенные права в целях разведки, разработки и сохранения природных ресурсов как живых, так и неживых...», и в отношении других видов деятельности по экономической разведке и разработке указанной зоны, таких как производство энергии...» (п. а абз. 1 ст. 56 КМП)¹⁵⁴. Общими правами в полном объеме, вытекающими из территориального верховенства или даже акваториального суверенитета, прибрежное государство в ИЭЗ не обладает. Правовой режим ИЭЗ не включает право прибрежного государства требовать информацию о военных маневрах иностранных государств и тем более полномочие требовать разрешения на проведение таких маневров. При осуществлении своих суверенных прав и полномочий прибрежное государство должно надлежащим образом учитывать (*due regard*) действующие в ИЭЗ коммуникационные

¹⁵² Ширина ИЭЗ не достигает 200 м, если расстояние между государствами с противоположными побережьями, как, например, в Балтийском море, составляет менее 400 м. В таких случаях, согласно ст. 74 КМП делимитация осуществляется на основании соглашения, см.: *Lagoni*, in: Seerecht, Kap 3 Rn 280ff, а также ниже абз. 59.

¹⁵³ Т.н. коммуникационные свободы. Эти виды пользования не должны вступать в противоречие с другими положениями КМП, например, принципом мирности, см. ст. 88, 301 КМП. Военные действия, соответствующие Уставу ООН, не являются немирными, см.: *Lagoni*, in: Seerecht, Kap 3 Rn 280ff, а также ниже абз. 59.

¹⁵⁴ Статья 56 КМП дифференцирует «суверенные права», «юрисдикцию» и «права». Понятие юрисдикции, что следует из п. b п. 1 ст. 56 КМП («предусмотренную в соответствующих положениях настоящей Конвенции»), определяется в других положениях КМП. В отношении создания установок п. b (i) п. 1 ст. 56 КМП конкретизируется в ст. 60 КМП, в то время как юрисдикция прибрежного государства в отношении морских научных исследований должна осуществляться в соответствии со ст. 246 (необходимость согласия прибрежных государств на осуществление морских научных исследований другими государствами). В отношении защиты и сохранения морской среды юрисдикция осуществляется согласно Части XII КМП. О практике государств в отношении ИЭЗ см.: Franckx/Gautier (Hrsg), *The Exclusive Economic Zone and the United Nations Convention on the Law of the Sea*, 2003. Здесь также содержится информация о тенденциях дальнейшего распространения уже достаточно широких прав прибрежных государств (ст. 56, 62 КМП) на вспомогательные суда (суда снабжения, включая заправочные суда для рыболовецких судов) или вспомогательные виды деятельности (переработка рыбы на борту судна), что представляет угрозу для свободы судоходства.

свободы других государств¹⁵⁵. Если прибрежное государство намерено принять правила по предотвращению, сокращению и сохранению под контролем загрязнения окружающей среды, эти положения должны отвечать общепризнанным международным нормам и стандартам, п. b iii) абз. 1 ст. 56, абз. 5 ст. 211 КМП. Меры, связанные с нарушением указанных правил, могут обычно применяться только в порту. Только в случае существенных сбросов возникает ограниченное право прибрежного государства обеспечивать свои права в ИЭЗ согласно абз. 5 и 6 ст. 220 КМП. Ограничение морских свобод других государств следует из ст. 234 КМП. Согласно данному положению прибрежные государства «имеют право принимать и обеспечивать соблюдение недискриминационных законов и правил по предотвращению, сокращению и сохранению под контролем загрязнения морской среды с судов *в покрытых льдами районах* в пределах исключительной экономической зоны». Таким образом, прибрежные государства северных полярных морей как «наиболее заинтересованные» имеют статус своего рода доверительного управляющего в отношении морской среды в этих морях, где они заменяют ИМО¹⁵⁶.

54 Таким образом, для легитимации прав в ИЭЗ первостепенную роль играет связь с *пространством*. «Суверенные права» в отношении видов деятельности, *не связанных с ресурсами* (например, производство энергии путем использования течений и ветра, п. a абз. 1 ст. 56 КМП), являются иллюстрацией такой связи. В конечном итоге, *все экономически значимые виды пользования* этим (огромным) участком моря, расположенным вблизи от побережья, принадлежат исключительно прибрежному государству¹⁵⁷. Из этого не следует, что характерная для национального права концепция разделения пространства, независимого от географического положения и видов пользования (разделение

¹⁵⁵ К вопросу о разрешении конфликтов в связи с правами пользования в ИЭЗ см.: Proelß, *The Law on the Exclusive Economic Zone in Perspective*, *Ocean Yearbook* 26 (2012) 87 (91ff). Автор поддерживает точку зрения Аттара (*Attard, The Exclusive Economic Zone in International Law*, 1987, 75), обосновывающего приоритетные права других государств, согласно которой следует исходить из приоритетных прав прибрежного государства, если не существует специальных положений.

¹⁵⁶ США отправили в 1968 г. танкер «Мэнхэттен» из порта на Аляске по Северо-Западному проходу: окруженному канадскими островами. Протесты и односторонние политические шаги, предпринятые Канадой, привели к принятию ст. 234 КМП. В связи с высокими экологическими рисками прибрежные государства северных полярных морей с 1989 г. развивают сотрудничество по охране морской среды в этом регионе, на данном этапе на основании Программы арктического мониторинга и оценки (*Arctic Monitoring and Assessment Program*).

¹⁵⁷ ЕС также подписал КМП в соответствии с абз. 1 ст. 305 КМП. Если соответствующий предмет (например, сохранение морских биологических ресурсов согласно п. d абз. 1 ст. 3 ДФЕС) относится к компетенции ЕС, права и юрисдикция в ИЭЗ осуществляются «Брюсселем». См.: *Graf Vitzthum, Europäisches Seerecht*, FS Badura, 2004, 1189ff. Об общей рыболовной политике ЕС см.: *Churchill/Owen, The EU Common Fisheries Policy*, 2009; *Markus, European Fisheries Law*, 2009; *Wolff, Fisheries and the Environment*, 2002, 144ff.

морского пространства, *marine spatial planning*), которая служит в том числе предотвращению конфликтов в отношении пользования, может недифференцированно применяться к ИЭЗ¹⁵⁸. Такой подход игнорирует функциональную ограниченность (см. выше абз. 51) прав и юрисдикции, принадлежащих прибрежному государству. Помимо генерации электроэнергии на оффшорных ветровых электростанциях (см. ст. 60 КМП)¹⁵⁹, суверенные права прибрежного государства, в частности исторически, имеют большое значение для *коммерческого использования живых ресурсов*¹⁶⁰. Меры прибрежного государства должны быть направлены на оптимальное использование рыбных ресурсов в пределах ИЭЗ (ст. 62 КМП). Для этого прибрежное государство определяет допустимый улов (*total allowable catch — TAC*) живых ресурсов, абз. 1 ст. 61 КМП, и предоставляет иностранным государствам (в определенной последовательности) доступ к *остатку* допустимого улова (*surplus/excédent*), т. е. к части улова, не использованной самим прибрежным государством, абз. 2 ст. 62 КМП. Таким образом, ИЭЗ является, прежде всего, зоной *рыболовной монополии прибрежного государства*. Статья 61 КМП обязывает прибрежное государство к *сохранению живых ресурсов*; согласно абз. 3 ст. 61 КМП меры по сохранению живых ресурсов должны быть направлены на поддержание или восстановление вылавливаемых видов на уровнях или до уровней, при которых может быть обеспечен максимальный устойчивый вылов (*maximum sustainable yield — MSY*). Прибрежное государство вправе выбирать средства для выполнения данной обязанности по своему усмотрению (см. открытый перечень в абз. 4 ст. 62 КМП). В ФРГ рыбакам и рыболовным кооперативам на основании Закона о морском рыболовстве (*Seefischereigesetz — SeeFG*)¹⁶¹ выдаются разрешения на вылов, содержащие квоты на вылов в рамках максимально допустимого улова, устанавливаемого ЕС для каждой популяции живых ресурсов в ЕС. *С точки зрения международного права*, распределение квот также может осуществляться

¹⁵⁸ См.: *Proelß*, Der Beitrag des Völkerrechts zu einem maritimen Infrastrukturecht, in: Ehlers/Erbguth (Hrsg), *Infrastrukturecht zur See*, 2009, 13ff. См. также абз. 4 § 1 и абз. 3 § 17 Закона об установлении целевого назначения земельных участков (*Raumordnungsgesetz*) от 22.12.2008 (BGBl 2008 I, 2986 — ROG).

¹⁵⁹ С ноября 2011 г. Федеральное ведомство ФРГ по морскому судоходству и гидрографии, к компетенции которого относится ИЭЗ, в рамках процедуры, установленной в Постановлении о морских установках (*Seeanlagenverordnung*) (BGBl 1997 I, 57; letzte Änd BGBl 2008 I, 1296 — SeeAnIV), выдало многочисленные разрешения на сооружение и эксплуатацию оффшорных комплексов ветровых электростанций. К вопросу о рамочных условиях с точки зрения международного права см.: *Keller*, Das Planungs- und Zulassungsverfahren für Offshore-Windenergieanlagen in der deutschen Ausschließlichen Wirtschaftszone (AWZ), 2006, 37ff; *Pestke*, Offshore-Windfarmen in der Ausschließlichen Wirtschaftszone, 2008, 55ff.

¹⁶⁰ См.: *Markowski*, The International Law of EEZ Fisheries, 2010; *de Yurriaga*, The International Regime of Fisheries, 1997; *Burke*, The New International Law of Fisheries, 1994.

¹⁶¹ BGBl 1998 I, 1791 (последнее изменение: BGBl 2006 I, 2407).

в рамках национальной системы торговли квотами¹⁶². Если допустимый улов регулярно и существенно превышает уровень вылова, который с точки зрения наличествующих биологических ресурсов мог бы обеспечить максимальный устойчивый вылов, имеет место нарушение КМП и первичного права ЕС¹⁶³.

55 Обязанность сохранения ресурсов, с точки зрения некоторых авторов, действует *erga omnes*, причем прибрежное государство выступает гарантом *общего* интереса в отношении сохранения живых ресурсов¹⁶⁴, независимо от того, что указанная концепция, основанная на *публичном интересе (public interest)* или *охране (custodianship)*, пока недостаточно разработана и не признана большинством¹⁶⁵, а представление о выполнении прибрежным государством функций в пользу третьих лиц¹⁶⁶ не соответствует происхождению нормы. Изначально речь шла о собственных интересах прибрежных государств даже если были частично учтены аспекты доверительного управления. Соответственно, КМП не содержит инструмента, который бы позволил мировому сообществу вынудить прибрежные государства выполнять свои обязанности. Этот принцип действует и в отношении *трансграничных рыбных запасов*, имеющих большое экономическое значение (к ним относится, например, треска). Применяемая в данном случае ст. 63 КМП, в недостаточной мере регулирующая вылов, не привела к прекращению перелова. С точки зрения права пользования и «промысловой политики», *Соглашение об осуществлении положений КМП, которое касается сохранения трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб и управления ими*, конкретизирующее абз. 2 ст. 63 и ст. 64 КМП и вступившее в силу в 2001 г., является прогрессивным¹⁶⁷. Статьи 65–68 КМП содержат специальные положения об охране морских млекопитающих и особых видов рыб¹⁶⁸. Согласно ст. 73 КМП прибрежные государства могут *обеспечивать осуществление своих «суверенных прав»* на живые ресурсы также в отношении третьих государств в исключительной экономической зоне¹⁶⁹.

¹⁶² См.: *Serdy*, Trading of Fishery Commission Quota under International Law, *Ocean Yearbook* 21 (2007) 265ff.

¹⁶³ См.: Proelß/Houghton, The EU Common Fisheries Policy in Light of the Precautionary Principle, *ОСМА* 70 (2012) 22ff; Markus (Fn 158) 74f, 78f.

¹⁶⁴ См.: *König* (примеч. 118) 237f; *Ziemer*, Das gemeinsame Interesse an einer Regelung der Hochseefischerei, 2000, 215ff; *Wolfrum*, Internationalisierung, 646.

¹⁶⁵ Критику по этому вопросу см.: *Proelß*, Meeresschutz, 158ff.

¹⁶⁶ См.: *Hafner*, Verteilung, 89ff (теория представительства).

¹⁶⁷ Подробно о Соглашении см. ниже абз. 69.

¹⁶⁸ Обзор см.: *Proelß*, in *Seerecht*, Kap 3, Rn 232ff, 243ff; см. также *ders*, *Marine Mammals*, *MPEPIL* VI, 1036 (Rn 12ff).

¹⁶⁹ О правах и обязанностях прибрежных государств согласно ст. 73 и 292 КМП см. решение МТМП по делу *о судне «Сайга» (№ 1)*, *ITLOS Reports* 1997, 4, 28ff; по этому делу было необходимо принять решение о том, насколько абз. 2 ст. 73 и ст. 292 в отношении обязанности освобождения судна должны были применяться, несмотря на то что не существовало непосредственной связи с перечисленными в абз. 1 «суверенными правами». Применение абз. 2 ст. 73 и 292 КМП было предметом

Права прибрежных государств в отношении *морского дна и недр исключительной экономической зоны* осуществляются в соответствии с Частью VI КМП (континентальный шельф), абз. 3 ст. 56 КМП. Если прибрежное государство (не будучи обязанным) установило ИЭЗ на своем континентальном шельфе, на шельфе также действует правовой режим ИЭЗ (абз. 1, 3 ст. 56 КМП); в противном случае, покрывающие воды (и, в любом случае, воздушное пространство над ними) являются частью открытого моря в узком смысле. Новая концепция исключительной экономической зоны была применена на практике уже *в процессе* 3-й конференции ООН по морскому праву (1973–1982 гг.). В рамках переговоров и дискуссий развивалась и отработывалась практика государств и практика международного правосудия в части морского права. Более 120 государств создали исключительную экономическую зону, а 14 государств — исключительную рыболовную зону¹⁷⁰. В этом смысле исключительную экономическую зону можно рассматривать как модель стремительно развивающегося международного обычного права.

г) **Континентальный шельф: монополия прибрежного государства на разведку и разработку**

«Суверенные права» прибрежного государства *в целях разведки континентального шельфа (continental shel / plateau continental) и разработки его природных ресурсов* были сформулированы только после Второй мировой войны. Например, США, основываясь на заявлении Трумэна от 28 сентября 1945 г., рассматривали природные богатства дна и недр континентального шельфа как принадлежащие США, подчиненные их *юрисдикции и контролю*¹⁷¹. Еще в 1951 г. арбитражным решением по делу *Абу-Даби* особое (монопольное) право прибрежных государств на континентальный шельф не было квалифицировано как общепризнанное¹⁷², однако впоследствии практика государств, судебная практика и доктрина и, наконец, Женевская конвенция 1958 г. способствовали признанию указанного правового института, и он

рассмотрения дел *Камоуко* (ITLOS Reports 2000, 10), *Монте Конфурко* (ITLOS Reports 2000, 86), *Гранд Прин* (ITLOS Rep 2001, 17), *Волга* (ITLOS Rep 2002, 10), *Джуно Трейдер* (ITLOS Rep 2004, 17), *Хошинмару* (ITLOS Rep 2005–2007, 18) и *То-мимару* (ITLOS Rep 2005–2007, 74). Во всех вышеперечисленных делах речь шла об освобождении судов от ареста в соответствии со ст. 292 КМП, причем спорными являлись, в частности, размер залога и штрафов, определенных прибрежными государствами.

¹⁷⁰ 25.11.1994 г. ФРГ заявила свою ИЭЗ в Северном и Балтийском море (BGBl 1994 II, 3770).

¹⁷¹ ST/LEG/SER.B/1, 38. О конфигурации см.: *Graf Vitzthum*, *Der Rechtsstatus des Meeresbodens*, 1972, 54ff; о развитии права см.: *Lagoni*, in: *Seerecht*, Kap 3 Rn 29ff.

¹⁷² Решение арбитра опубликовано: ICLQ 1 (1952) 247.

действует с середины 1950-х гг. как международное обычное право¹⁷³. В решении по делам *о континентальном шельфе в Северном море* 1969 г. Международный Суд определил континентальный шельф как «естественное продолжение сухопутной территории» („*natural prolongation of the land territory*“); соответствующие «суверенные права» принадлежат прибрежным государствам *ipso iure*¹⁷⁴. КМП 1982 г. разъясняет главные аспекты правового режима, касающиеся пользования (ст. 77 и след. КМП) и территории (ст. 76 КМП).

58 Ст. 76 КМП *дает определение*¹⁷⁵ континентального шельфа. Как и исключительная экономическая зона, «внутренний континентальный шельф» простирается до его *внешней границы со стороны моря* (200 м от исходных линий). Кроме того, при определенных геологических и гидрографических условиях он *может* простирается *до 350 м от исходных линий или до 100 м от 2500-метровой изобаты* («внешний континентальный шельф») (абз. 1 ст. 76 КМП)¹⁷⁶. Наличие предпосылок прибрежное государство должно доказать Комиссии ООН по границам континентального шельфа (*United Nations Commission on the Limits of the Continental Shelf — CLCS*) согласно абз. 8 ст. 76 в сочетании с приложением II. Полномочия этого органа, в состав которого входят ученые, а также правовые последствия его рекомендаций являются спорными¹⁷⁷. За более чем символическое

¹⁷³ Уже в 1953 г. Комиссия международного права пришла к единому мнению о том, что права на континентальный шельф должны касаться не только порядка, но и включать «сохранение права прибрежных государств и их граждан на разведку и разработку» («*the right to reserve exploitation and exploration for the coastal State or its nationals*») (YBILC 1953 I, 91).

¹⁷⁴ ICJ Reports 1969, 4 (§ § 19, 39, 43). Эти основные положения были подтверждены решением МС по делу *о континентальном шельфе в Эгейском море* 1978 г., ICJ Reports 1978, 5 (§ 86). Они усилили тенденцию рассматривать географическое положение на побережье или смежное положение как основание для легитимации.

¹⁷⁵ Более узкое определение дает ст. 1 Конвенции о континентальном шельфе 1958 г. О содержании см. примеч. 19: *Hoog* (сноска 17); *Smith/Taft*, *Legal Aspects of the Continental Shelf*, in: Cook/Carleton (Hrsg), *Continental Shelf Limits*, 2000, 17ff.

¹⁷⁶ В этом смысле континентальный шельф является участком морского дна, простирающимся на всем протяжении естественного продолжения сухопутной территории до внешней границы окраины материка (*continental margin*). Окраина материка состоит из поверхности шельфа (*shelf*), склона (*slope*) и подъема (*rise*), абз. 3 ст. 76 КМП. Экспансионистские новые положения абз. 4 и 5 ст. 76 КМП, видимо, еще не являются частью международного обычного права. О «взаимодействии» естественнонаучных, геополитических, энергетических и экономических, подробнее см.: *Lagoni*, in: Seerecht, Kap 3 Rn 74ff.

¹⁷⁷ *Lagoni*, in: Seerecht, Kap 3 Rn 100ff; *Suarez*, *The Outer Limits of the Continental Shelf*, 2008, 75ff. Государства, ставшие участниками КМП до 13.5.1999 г., были обязаны нотифицировать свой внешний континентальный шельф в Комиссии ООН по границам континентального шельфа до 13.5.2009 г. Государства, ставшие участниками КМП позже, должны нотифицировать свой внешний континентальный шельф в течение десяти лет с момента ратификации. На 18-й конференции государств-участников КМП было установлено, что «срок ... может быть соблюден посредством

приближение к режиму общего наследия человечества (ст. 136 КМП), действующего в отношении морского дна и недр, расположенных со стороны моря от исключительной экономической зоны и континентального шельфа и их ресурсов («Район»; см. ниже абз. 70 и след.) и в качестве компенсации за существенное территориальное расширение режима «континентального шельфа»¹⁷⁸ (ст. 76 КМП) прибрежные государства согласно ст. 82 КМП обязаны производить отчисления или взносы натурой за разработку («внешнего») *континентального шельфа за пределами 200 м* (если они не входят в категорию развивающихся государств и нетто-импортеров полезного ископаемого, добыча которого ведется на их континентальном шельфе). Оплата совершается через Международный орган по морскому дну (абз. 4 ст. 82 КМП); усмотрение прибрежных государств в отношении морских научно-исследовательских проектов за пределами 200 м ограничено (абз. 6 ст. 246 КМП).

Делимитация континентального шельфа между государствами с противоположащими или смежными побережьями согласно ст. 6 (Женевской) конвенции о континентальном шельфе 1958 г. должна осуществляться на основании особых соглашений или *по средней линии*¹⁷⁹. Как и абз. 1 ст. 74 КМП в отношении ИЭЗ, абз. 1 ст. 83 КМП обязывает заключить *соглашение* о делимитации континентального шельфа в целях достижения *справедливого* решения. Абз. 3 ст. 74 КМП и абз. 3 ст. 83 КМП требуют, чтобы заинтересованные государства до заключения соглашения прилагали усилия по достижению «временной договоренности практического характера и в течение переходного периода не ставили под угрозу достижение окончательного соглашения или не препятствовали его достижению». Возможна *совместная разработка ресурсов* в спорном районе, 59

предоставления Генеральному секретарю предварительной информации, имеющей значение для установления внешней границы континентального шельфа за пределами 200 м, и описания стадии подготовки и предполагаемой даты подачи данных в соответствии с требованиями ст. 76 Конвенции (*«the time period [...] may be satisfied by submitting to the Secretary-General preliminary information indicative of the outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles and a description of the status of preparation and intended date of making a submission in accordance with the requirements of article 76 of the Convention [...]»*) (SPLOS/183 v 20.6.2008, § 1a).

¹⁷⁸ *Graf Vitzthum* (сноска 172) 226ff. Автор подчеркивает, что в 1950-е гг. право ориентировалось на так называемый *обрыв* шельфа, который обычно находился около границы 20 м (не на окраину материка): «Подводная экспансия», осуществленная за последнее десятилетие, произошла на основании определения «естественное продолжение сухопутной территории» прибрежного государства (абз. 1 ст. 76 КМП) за счет нового правового института «общего наследия человечества» (ст. 136 КМП).

¹⁷⁹ Делимитация по средней линии не рассматривалась МС в решении по делам *о континентальном шельфе в Северном море* как общепризнанное международное право (ICJ Reports 1969, 3 § 69). МС ссылаясь на принцип справедливости и соразмерности также в решении по делу *о разделении континентального шельфа между Тунисом и Ливией*, (ICJ Reports 1982, 18 § 44, 109ff). Дополнительные ссылки см.: *Lagoni*, in: Seerecht, Kap 3 Rn 294ff.

что ранее безуспешно предлагал МС¹⁸⁰, как, например, по *Договору о Тиморской впадине* от 11.12.1989 г. между Индонезией и Австралией¹⁸¹.

60 Практическое значение имеет делимитация континентального шельфа между государствами с противолежащими или смежными побережьями, если она не относится к компетенции Комиссии ООН по границам континентального шельфа (см. абз. 10 ст. 76 КМП), на данный момент, например, в *Арктике*¹⁸². Предполагается, что в Северном Ледовитом океане существуют крупные месторождения полезных ископаемых, добыча которых представляется возможной вследствие таяния льдов, вызванного изменением климата. Арктический континентальный шельф, особенно у северных берегов России, необычно ровный и широкий. Существуют подводные горные массивы, которые могут иметь значение для определения внешней границы континентального шельфа: хребет Альфа (начинается у канадского побережья) и хребет Ломоносова (проходит между побережьями России и Канады)¹⁸³. Является спорным, к какой категории в контексте КМП («океанические хребты») (абз. 3 ст. 76 КМП), «подводные хребты» (абз. 6 ст. 76 КМП) или «подводные возвышенности» (см. абз. 6 ст. 76 КМП) они относятся. Переданные Россией в декабре 2001 г. в Комиссию ООН по границам континентального шельфа (преувеличенные) данные о внешней границе российского континентального шельфа, в частности, в Северном Ледовитом океане и в Беринговом проливе, вызвали резкую критику со стороны Дании, Норвегии, Канады, Японии и США. На данный момент Комиссия ООН рассматривает измененные данные российской стороны. В *Илуиссатской декларации* Конференции по вопросам Северного Ледовитого океана от 28.5.2008¹⁸⁴ пять основных прибрежных государств (Канада, Дания (от имени Гренландии), Норвегия, Россия и США) заявили о намерениях разрешать возможные будущие конфликты

¹⁸⁰ См. решение по делам *о континентальном шельфе в Северном море* (ICJ Reports 1969, 3, 53).

¹⁸¹ Северная часть участка территории, регулируемой Договором о Тиморской впадине, относилась к компетенции Индонезии, а южная, значительно большая часть — к компетенции Австралии, в центральной части с особенно высоким содержанием ресурсов осуществлялось совместное пользование. Договор о Тиморском море от 20.5.2002 г. (United Nations [Hrsg], Law of the Sea Bulletin No 51, 96), заключенный непосредственно после объявления независимости Восточным Тимором, также не устанавливает окончательных границ. О проблеме общих месторождений (*common deposits*) в целом см.: *Flormann-Pfaff*, Lagerstätten im Völkerrecht — Joint Development, 1994; *Lagoni*, Oil and Gas Deposits Across National Frontiers, AJIL 73 (1979) 215ff; *ders*, in: Seerecht, Kap 3 Rn 309ff.

¹⁸² См.: *Golitsyn*, Continental Shelf Claims in the Arctic Ocean, IJMCL 24 (2009) 401ff; *Matz-Lück*, Planting the Flag in Arctic Waters, GoJIL 1 (2009) 235 (243ff); *Weber*, Defining the Outer Limits of the Continental Shelf Across the Arctic Basin, IJMCL 24 (2009) 653ff; *Colsen*, The Delimitation of the Outer Continental Shelf Between Neighboring States, AJIL 92 (2003) 91 (97ff).

¹⁸³ См.: *Proelß/Müller*, The Legal Regime of the Arctic Ocean, ZaöRV 68 (2008) 651 (664ff).

¹⁸⁴ ILM 48 (2009) 382.

в отношении территории и пользования мирным путем и на основании международного морского права. Однако до сих пор не были разработаны *общепризнанные специальные нормы* и даже общие принципы *регулирующая прав пользования в Арктике*, несмотря на наличие значительных проблем, выходящих за пределы отдельных морских зон (загрязнение ядерными отходами, загрязнение нефтью, изменение климата). Только в последние годы прибрежные государства предпринимают попытки совместного решения некоторых проблем в рамках конференций и программ по охране окружающей среды, особенно через *Арктический совет*, значение которого растет¹⁸⁵.

Воды, покрывающие континентальный шельф, остаются открытым морем в узком смысле или, если это заявлено прибрежным государством¹⁸⁶, являются исключительной экономической зоной в пределах 200 м с соответствующими правами и обязанностями прибрежного государства. Права прибрежного государства не затрагивают также режим *воздушного пространства* над покрывающими водами. Ст. 78 КМП гарантирует, что права и свободы иностранных государств, действующие в водах, покрывающих континентальный шельф, в том числе права, связанные с *судоходством* (ст. 58, 87 КМП), *не должны ущемляться* на основании прав на континентальный шельф. Все государства также с определенными ограничениями сохраняют право прокладывать подводные кабели и трубопроводы на чужом континентальном шельфе, ст. 79 КМП¹⁸⁷. С другой стороны, прибрежное государство согласно ст. 81 КМП «обладает исключительным правом разрешать и регламентировать бурильные работы на континентальном шельфе для любых целей», в том числе для научно-исследовательских целей, что является новым дополнительным ограничением. Признание исключительных полномочий прибрежного государства в отношении создания и использования искусственных островов, установок и сооружений на континентальном шельфе (ст. 80, 60 КМП) практически расширяет принцип «захвата ресурсов» до «захвата пространства».

Резюме. Тенденция распространения *сухопутных режимов на морское пространство*, согласно которой территориальные аспекты преобладают над аспектами пользования применительно к пространствам, на которые

¹⁸⁵ К вопросу об охране окружающей среды Арктики см.: *Stokke*, Protecting the Arctic Environment, YPL 1 (2009) 349ff; *Rothwell*, International Law and the Protection of the Arctic Environment, ICLQ 44 (1995) 280ff. Северный Ледовитый океан имеет большое значение для исследования климата и его изменений. Поэтому *de La Fayette*, Oceans Governance in the Arctic, IJMC 23 (2008) 531ff выступает за целостный подход.

¹⁸⁶ Права на *континентальный шельф* существуют вне зависимости от оккупации шельфа или заявления прав прибрежным государством (абз. 3 ст. 77 КМП). См. также литературу, указанную в сноске 175.

¹⁸⁷ См.: *Wolf*, Unterseeische Rohrleitungen und Meeresumweltschutz, 2011, 98ff, 187ff; к вопросу об объеме полномочий прибрежного государства в отношении охраны окружающей среды см.: *Proelß*, Völkerrechtliche Rahmenbedingungen der Anwendung naturschutzrechtlicher Instrumente in der AWZ, ZUR 2010, 359 (361ff).

распространяются функционально ограниченные права прибрежных государств, была описана давно¹⁸⁸. Количество, площадь и значение территорий, на которые распространяются права пользования прибрежных государств, постоянно расширялись, в том числе в ущерб концепциям пользования и разграничения, ориентированным на морские территории (исключения: право транзитного прохода через проливы, используемые для международного судоходства). Результат, зафиксированный в КМП 1982 г., не сводится к преобразованию территорий, на которые распространяются функционально ограниченные права прибрежных государств, в зоны территориального верховенства; однако угроза такого перехода количества в качество в перспективе не устранена. *Режим континентального шельфа*, предусмотренный КМП, подтверждает эту тенденцию к усилению территориальных аспектов. Доказательством являются положения ст. 80 в сочетании со ст. 60 КМП (искусственные острова, установки и сооружения), ст. 81 (бурильные работы на континентальном шельфе), ст. 85 КМП (право прибрежных государств прокладывать туннели на континентальном шельфе). Режимы континентального шельфа и исключительной экономической зоны, с точки зрения структуры, превращаются из зон для монополизированной разработки определенных ресурсов в *пространства, на которые распространяются многочисленные исключительные права прибрежного государства, связанные с разными целями*, например, строительством крупных ветроэлектрических парков. Такое положение вытекает из суверенитета государства над своим побережьем, что является следствием реализации принципа сопредельности («the land dominates the sea»)¹⁸⁹. В пределах *200-мильной зоны* пересекаются режимы континентального шельфа и исключительной экономической зоны (а также прилегающей зоны, если она и ИЭЗ были заявлены), вследствие чего возник комплекс исключительных прав. В целом имеет место сближение этих режимов с правовым статусом территориального моря, что уже *de facto* создает серьезные препятствия для морских научных исследований. Пока развитие международного права в отношении прибрежных участков морской территории определяется категориями не функционального, а территориального верховенства, оно направлено на установление *территориально* легитимированной власти. В итоге такая тенденция, которая, возможно, усиливается за счет технического процесса и глобального потепления, может привести к исчезновению одного из структурных элементов категории международного права — «негосударственной территории», на которую распространяются *функционально* ограниченные права прибрежных государств. Только будущее покажет, насколько сдвиг,

¹⁸⁸ *Graf Vitzthum*, Terraneisierung des Meeres, EA 31 (1976) 129ff.

¹⁸⁹ Решение МС по делу *о континентальном шельфе в Северном море* (ICJ Reports 1969, 3, 51); решение МС по делу *о континентальном шельфе в Эгейском море* (ICJ Reports 1978, 4, 36).

произошедший во второй половине XX в. и основанный на идее территориализации и расширения зон, не будет нейтрализован развитием в противоположном направлении, основанном на функциональности и «либерализации» режима зон, в XXI в. Такое изменение вектора развития могло бы ориентироваться на глобальные пространства с международным режимом. Именно они в дальнейшем заслуживают особого внимания.

4. Негосударственная территория (2): глобальные пространства с международным режимом

а) Сущность и границы: международное сообщество и свобода исследования и пользования

Негосударственные территории, которые с функциональной точки зрения принадлежат не отдельному государству, а *международному сообществу в целом*, обозначаются как территории с международным режимом. В качестве примеров можно привести открытое море, морское дно со стороны моря от исключительной экономической зоны и континентального шельфа, космическое пространство, а также Антарктику, несмотря на ее особый статус. К указанным огромным пространствам — только морское дно, отдаленное от побережья («Район» в терминологии КМП), занимает почти 50% поверхности Земли — целесообразно применять понятие «глобальное пространство с международным режимом», в отличие от зон, в пределах которых осуществляются права прибрежных государств. Если такой территорией управляет международное сообщество, а конкретно — международная организация, это означает ее *интернационализацию*. Пространства, которые будут рассматриваться в дальнейшем, подлежат лишь *функциональной интернационализации*: при сохранении территориально-правового режима (негосударственная территория¹⁹⁰) пространство находится в ведении международной организации¹⁹¹, обеспечивающей определенный режим *пользования*¹⁹².

Классификация пространства как глобальной территории с *международным режимом* сама по себе не определяет распределение прав

¹⁹⁰ Поэтому территории с международным режимом не являются кондоминиумами (см. выше абз. 4).

¹⁹¹ *Dahm/Delbrück/Wolfrum, Völkerrecht I/1, 344*: авторы приводят в качестве примера «создание Международного органа по морскому дну для управления дном открытого моря» и в этой связи говорят о делегировании «своего рода территориальной юрисдикции». Абз. 2 ст. 137 КМП предоставляет международной организации не территориальную, а связанную лишь с *ресурсами* и детерминированные в соответствии с этими целями права; кроме того, Соглашение к КМП 1994 г. существенно ограничило полномочия Органа. Концепцию международной организации как «носителя территориального суверенитета» отвергает Бек (см. сноску 22: *Beck 87ff*).

¹⁹² «Пользование» в этом контексте применяется как обобщающее понятие для научных исследований, разведки ресурсов, их изучения и разработки.

и обязанностей. В качестве возможных критериев распределения могут рассматриваться: распределение по принципу солидарности и справедливости (*equitable principles*), применяемое к интернационализированным пространствам¹⁹³; распределение в соответствии с географическим положением, применяемое в пользу «ближайшего» прибрежного государства; распределение по временному приоритету или по принципу конкуренции, который является традиционным, например, в отношении прав на рыболовство в открытом море.

- 65 Примером применения последнего принципа является *свобода открытого моря*. Запрет, касающийся любого государства, — «претендовать на подчинение какой-либо части открытого моря своему суверенитету» (ст. 89 КМП), — подтверждает, что «открытое море открыто для всех государств...»; предл. 1 абз. 1 ст. 87 КМП. *Не существует монополии* на научные исследования или пользование, а также каких-либо ограничивающих свободный доступ правил. Таким образом, свобода научных исследований и пользования равнозначно действует для всех желающих, «учитывая заинтересованность других государств...» (абз. 2 ст. 87 КМП). Конкретно это означает (применительно к рыболовству, п. е предл. 3 абз. 1 ст. 87 КМП): все государства и рыбаки имеют право, если не установлено иное, на равных основаниях заниматься рыболовством на всей территории открытого моря, *без предварительного или последующего разрешения*¹⁹⁴. В случае конкуренции защите подлежит «первый пришедший»: предпочтение отдается *приоритету* как правилу для разрешения конфликтов. Во второй половине XX в. это либеральное правило, возникшее в эпоху изобилия ресурсов, требовало дополнительного обоснования. Свободный, равноправный доступ для всех, обусловленный технически сложными и дорогостоящими видами пользования при ограниченности ресурсов приводит к фактической монополизации немногими, а возможно, и к хищнической эксплуатации в ущерб будущим поколениям. В новых условиях выдвигается требование применять в отношении таких пространств и ресурсов *международные режимы*, обеспечивающие «позитивную дискриминацию» и устойчивое развитие. Господствующую позицию должен занимать не принцип конкуренции или продуктивности, а распределение, при котором «будут учитываться [...] особые интересы и потребности *развивающихся стран*» (преамбула к КМП)¹⁹⁵.

¹⁹³ Интернационализация уже рассматривалась применительно к частям *государственной территории* (например, определенные реки, Саарская область, Гданьск, Танжер, Триест, Иерусалим); в некоторых случаях она даже временно осуществлялась. В принципе она может применяться и к *негосударственным территориям*. О предложениях по этому вопросу см. сноску 22: *Beck* 53ff.

¹⁹⁴ Об изменениях, внесенных Соглашением к КМП, см. ниже абз. 69.

¹⁹⁵ Режим благоприятствования для развивающихся стран без требования ответных действий играет роль также в международном экологическом праве; см.: *Stone, Common*

б) Открытое море: свободное пространство, регулируемое международным правом

Вопрос о том, в какой мере океаны и моря в силу своих природных свойств *в целом* могут оказаться объектом притязаний государств на господство, в частности, в какой мере они могут быть оккупированы, всегда вызывал споры. В XV веке великие морские державы — Испания и Португалия — исходили из возможности господства государства над морями. Получив согласие Святейшего Престола, они разделили между собой Новый Свет (открытие Америки Колумбом в 1492 г.), включая океаны, вдоль определенной линии. Она пересекала Западное полушарие от полюса до полюса и разделяла сферы интересов на еще не открытых территориях (Тордесильский договор 1494 г.)¹⁹⁶. Государственный контроль над морем, прежде всего над его прибрежной частью, признавал возможным английский филолог, теолог, юрист и политик *Джон Селден* в своей монографии «*Mare clausum*» (1635). Еще ранее, в 1609 г., голландец *Гуго Гроций* успешно обосновал тезис о свободе моря, отдаленного от побережья, оккупация которого невозможна (*Mare liberum*)¹⁹⁷. Теологические, естественноправовые, морально-философские и фактологические аргументы, которые приводили юристы-гуманисты в пользу свободы морей от суверенитета и права голландцев участвовать в мировой торговле на море без дополнительных разрешений, сегодня уже несостоятельны¹⁹⁸. Статус открытого моря как пространства с международным режимом, открытого для пользования на равных основаниях и поэтому не подлежащего присвоению, базируется не на мнимых «природных предпосылках». Он является *результатом нормативного решения, основанного на равновесии интересов*, следствием достигнутого в ходе многовековых исследований осознания того, что принцип свободы,

66

But Differentiated Responsibilities in International Law, AJIL 98 (2004) 276ff. См. ниже абз. 97, 148.

¹⁹⁶ См.: Раздел I. *Граф Витцум*, абз. 99; сноска 1: *Grewe* 175, 273ff, 293.

¹⁹⁷ См.: *Ziegler*, *Völkerrechtsgeschichte*, 1995, 129, 153ff, 168ff; *Fahl*, *Der Grundsatz der Freiheit der Meere in der Staatenpraxis von 1493–1648*, 1967; *Straumann*, *Hugo Grotius und die Antike*, 2007, 47ff, 55ff. Выводы монографии, которая первоначально была опубликована анонимно и основывалась на античных источниках, совпадали с интересами голландской Остиндской торговой компании. *Гроций* боролся при помощи аргументов секуляризации и естественного права против попыток Португалии исключить Голландию из (чрезвычайно прибыльной) торговли (специями) с Индией и Юго-Восточной Азией.

¹⁹⁸ Не содержат дополнительной информации термины римского и вещного права *res nullius* и *res communis omnium*. Тот факт, что открытое море свободно (от государственного господства), и принцип полной свободы действий (*laissez-faire*), ограниченный только такими нормами, как запрет на пиратство, — эти элементы либерального материального права могут быть объединены в термине *res communis omnium*. См.: *Wolfrum*, *Seerecht*, Kap 4 Rn 5ff.

нормативно установленный в XIX в., в наибольшей степени отвечает правильно понятым долгосрочным интересам всех государств¹⁹⁹.

67 В предл. 1 ст. 86 КМП содержится негативное определение открытого моря, согласно которому «положение данной Части применяется ко всем частям моря, которые не входят ни в исключительную экономическую зону, ни в территориальное море или внутренние воды какого-либо государства, ни в архипелажные воды государства-архипелага». Государствам запрещается подчинять открытое море или его части «своему суверенитету» (ст. 89 КМП). Согласно ст. 87 КМП оно «открыто для всех государств», включая государства, не имеющие выхода к морю: в этом проявляется *свобода открытого моря*. В таком контексте обеспечиваются и традиционные свободы судоходства (п. а абз. 1 ст. 87, ст. 90 КМП) и рыболовства (п. е абз. 1 ст. 87, ст. 116 КМП), и новые свободы полетов и прокладки кабелей и трубопроводов (ст. 112 и след. КМП)²⁰⁰, а также свобода возводить искусственные острова и другие установки и свобода научных исследований (абз. 1 ст. 87 КМП)²⁰¹. При осуществлении указанных свобод, перечень которых не является исчерпывающим, следует учитывать «заинтересованность других государств», а также «права, предусмотренные ... в отношении деятельности в Районе», т. е. разработку ресурсов недр частей моря, отдаленных от побережья (абз. 2 ст. 87 КМП): реализация принципа учета интересов (*due regard*). Государства обязаны принимать меры, необходимые «для сохранения живых ресурсов открытого моря» (ст. 117 и след. КМП)²⁰². Как исключительная экономическая зона и «Район», так и открытое море «резервируется для мирных целей» (ст. 88 КМП). Поскольку угроза и применение насилия запрещены нормами общего международного права, смысл ст. 88 КМП заключается в конкретизации цели КМП 1982 г.: «мир во всем мире посредством всемирного права». Статья 88 КМП не содержит нормативной

¹⁹⁹ Свобода открытого моря относится к *ius cogens*. См. Раздел 1. *Граф Витцтум*, абз. 120, 126.

²⁰⁰ Указанные четыре свободы соответствуют свободам, названным в (Женевской) Конвенции об открытом море 1958 г. И в предыдущей Конвенции перечень свобод не был исчерпывающим. См.: *Wolfrum*, Seerecht, Kap 4 Rn 25ff (судоходство), 94ff (полеты, прокладка трубопроводов), 100ff (рыболовство), 126ff (научные исследования).

²⁰¹ Следует отметить, что все свободы, за исключением свободы судоходства и полетов, ограничиваются другими положениями КМП (Части VI и XIII, ст. 116–120). В отношении рыболовства надлежит учитывать условия Раздела 2 (ст. 116 и след.).

²⁰² См. дело о южном голубом тунце (ITLOS Reports 1999, 280, 295ff). Наиболее ценными живыми ресурсами с экономической точки зрения являются трансграничные рыбные запасы и далеко мигрирующие виды рыб. В последнее время интерес представляют также генетические ресурсы открытого моря. Спорным является, насколько они относятся к режиму открытого моря или «Района». См.: *Proelß*, Marine Genetic Resources under UNCLOS and the CBD, GYIL 51 (2008) 417ff; *König*, Genetic Resources of the Deep Sea, FS Wolfrum, 2008, 141ff.

обязанности, выходящей за установленные рамки²⁰³. Кроме того, свобода открытого моря не означает свободы сброса в него отходов²⁰⁴.

Государственный суверенитет в открытом море проявляется в форме *юрисдикции государства в отношении судов, плавающих под его флагом*. Суда, плавающие под флагом определенного государства, имеют его «национальность» (ст. 91 КМП), а в открытом море подчиняются его исключительной юрисдикции (ст. 92 КМП)²⁰⁵. С этим связаны обязанности государства флага в отношении регистрации и контроля, а также принятия мер безопасности (ст. 94 КМП). Некоторые государства «удобных» флагов или «открытых реестров» рекламируют свои услуги, подчеркивая при этом предоставляемые благоприятные условия и низкие стандарты. Соглашение (ЮНКТАД) об условиях регистрации судов 1986 г.²⁰⁶ предписывает в этом случае обязательное наличие национальной собственности, экипажа, преимущественно состоящего из граждан данного государства или иной реальной связи (*genuine link*) с регистрирующим государством. Предл. 3 абз. 1 ст. 91 КМП также указывает, что между государством флага и судном должна существовать «реальная связь»; предл. 1 предусматривает право и обязанность государства устанавливать условия «предоставления своей национальности судам»²⁰⁷. Необходимость национальной принадлежности судов создает препятствия для международного преследования правонарушений в открытом море, например, нарушений правил безопасности, экологического права или правил рыболовства²⁰⁸. С другой стороны, в открытом море, а также в ИЭЗ иностранного государства (абз. 2 ст. 58 КМП²⁰⁹) каждое государство имеет право принимать меры против судов, которые занимаются пиратством или работорговлей или неправомерно используют флаг государства, ст. 110 КМП. Согласно ст. 100 КМП все государства обязаны сотрудничать в *пресечении пиратства* в максимально

²⁰³ В соответствии с Уставом ООН запрещены (только) любые угрозы силой или ее применение (ст. 301 КМП), но не испытания оружия.

²⁰⁴ Подробнее о положениях КМП в отношении защиты моря см. абз. 136 и след.

²⁰⁵ См. дело *о судне «Лотус»*. См.: Раздел 1. *Граф Витцтум*, абз. 49 и след.

²⁰⁶ ILM 26 (1987) 1236ff. К вопросу о реальной связи (по мнению некоторых авторов, слабой), указанной в абз. 1 ст. 91 КМП, см. МТМП по делу *о судне «Сайга» (№ 2)*, ITLOS Reports 1999, 10, 39ff; *Graf Vitzthum*, Die Organisation der Welt, FS Schröder, 2003, 135 (149ff); *Wolftrum*, Recht der Flagge und «Billige Flaggen», BerDGVR 31 (1990) 121ff.

²⁰⁷ Генеральная Ассамблея ООН неоднократно указывала ИМО на то, что должна быть исследована роль требования *genuine link* в связи с обязанностью государства флага эффективно контролировать суда, плавающие под его флагом. См.: UN Doc A/RES/59/24 v 4.2.2005, Oceans and the Law of the Sea, § 41.

²⁰⁸ См.: *Guilfoyle*, Shipping Interdiction and the Law of the Sea, 2009, 21ff.

²⁰⁹ Однако не в территориальном море или внутренних водах иностранного государства. Для этого всегда необходимо согласие прибрежного государства или, как в случае с Сомали, резолюция Совета безопасности ООН в соответствии с главой VII Устава ООН (см.: S/RES/1816 от 2.6.2008; S/RES/1838 от 7.10.2008; S/RES/1846 v 2.12.2008; S/RES/1851 от 16.12.2008).

возможной степени за пределами морских зон, контролируемых отдельными государствами. Под пиратством подразумевается не политически мотивированное применение насилия, а акты насилия, задержание или грабеж, совершаемые с *личными* целями (см. п. А ст. 101 КМП)²¹⁰. Однако из этого не следует обязанность участия в операциях по борьбе с пиратством²¹¹. Пиратские суда и летательные аппараты подлежат захвату согласно ст. 105 КМП (*право захвата*). Какие военные и другие государственные суда имеют право захватывать пиратские суда, устанавливает национальное право (спорно)²¹². В отсутствие вооруженного нападения в конкретном случае к борьбе с пиратством применяется не гуманитарное международное право²¹³, а общие принципы, связанные с защитой прав человека²¹⁴. Исходя из этих принципов является спорным, насколько вне связи с правом на самооборону или на необходимую помощь допустимо нападение на пиратские суда с применением оружия²¹⁵. В любом случае, недопустимо потопление предположительно пиратского судна только на основании подозрения. Вышеуказанным требованиям должны соответствовать военно-морские операции по борьбе с пиратством, осуществляемые в рамках региональных систем коллективной безопасности²¹⁶. Статья 108 и след. КМП содержат положения о предотвращении и преследовании торговли наркотиками и несанкционированного вещания из открытого моря. В отношении других судов за пределами морских зон, на которые распространяется юрисдикция отдельных государств, меры может принимать только государство флага; исключения допускаются только в случаях, установленных международными договорами (см. абз. 1 ст. 110 КМП). Подобные принципы закреплены в Конвенции о борьбе с незаконными актами,

²¹⁰ См.: *Trésoret*, *Seepiraterie*, 2011, 196ff.

²¹¹ См.: *Wolfrum*, in *Seerecht*, Kap 4 Rn 47; *Allmendinger/Kees*, «Störtebekers Erben», *NZWehrr* 2008, 60 (62f).

²¹² См. ст. 107 КМП: «... и уполномочены для этой цели». К вопросу об оценке с точки зрения немецкого права см.: *Braun/Plate*, *Rechtsfragen der Bekämpfung der Piraterie im Golf von Aden durch die Bundesmarine*, *DÖV* 2010, 203ff; *Jenisch*, *Pirateriebekämpfung vor Somalia auf dem Prüfstand*, *NordÖR* 2009, 385ff. *Zum Gerichtsstand bei Pirateriedelikten gegen deutsche Schiffe* *BGH, NJW* 2009, 3735f.

²¹³ См.: *König*, *Der Einsatz von Seestreitkräften zur Verhinderung von Terrorismus und Verbreitung von Massenvernichtungswaffen sowie zur Bekämpfung der Piraterie*, *BDGVR* 44 (2010) 203ff; *Maruhn*, *Streitkräfte zur Friedenssicherung im Ausland*, ebd 249ff.

²¹⁴ См.: *Fischer-Lescano/Kreck*, *Piraterie und Menschenrechte*, *AVR* 47 (2009) 481ff; v. *Arnauld*, *Die moderne Piraterie und das Völkerrecht*, *AVR* 47 (2009) 454 (471ff).

²¹⁵ Некоторые авторы (*Treves*, *Piracy, Law of the Sea, and Use of Force*, *EJIL* 20 (2009) 399 (412ff); v. *Arnauld* (сноска 215) 466ff) считают это возможным при наличии определенных узких предпосылок.

²¹⁶ К вопросу об операции ЕС «Аталанта» у побережья Сомали см. Совместный план действий 2008/851/GASP Совета от 10.11.2008 (ABl EU 2008, Nr L 301/33). — ФКС ФРГ установил в решении по делу Лиссабон, что он не рассматривает ЕС как региональную систему коллективной безопасности согласно абз. 2 ст. 24 Основного закона, см.: *BVerfG, NJW* 2009, 2267 (2274).

направленными против безопасности морского судоходства от 10.3.1988 г. (Конвенция СУА)²¹⁷, которая применяется как к пиратству, так и к политически мотивированным актам насилия, т. н. *морскому терроризму*²¹⁸. Юридический комитет ИМО разработал два протокола к этой Конвенции²¹⁹, которые вступили в силу 28.7.2010 г. и адаптировали Конвенцию к актуальным опасностям для судоходства. Согласно ст. 8bis Конвенции СУА на суда, в отношении которых возникает подозрение, может быть произведена высадка в открытом море с последующим досмотром, однако, как правило, только с согласия государства флага.

Традиционная *свобода рыболовства* в открытом море регулируется многочисленными международными конвенциями для отдельных морских регионов²²⁰. Постепенное развитие, направленное на международное «управление» особенно важными рыбными ресурсами открытого моря и Антарктики при участии как государств флагов, так и прибрежных государств, с учетом аспекта предотвращения негативных последствий и при повышении роли региональных рыболовных организаций, было ускорено при помощи *Соглашения об осуществлении положений Конвенции ООН по морскому праву, которые касаются сохранения трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб и управления ими 1995 г.*²²¹: это означает ограничение свободы рыболовства в отношении далеко мигрирующих видов рыб и видов рыб, которые встречаются как в пределах, так и за пределами ИЭЗ. Основу Соглашения составляет конкретизированное обязательство по сотрудничеству

69

²¹⁷ BGBl 1990 II, 469.

²¹⁸ См.: *Wolfsum*, in: Seerecht, Kap 4 Rn 58ff. К вопросу об Инициативе США о нераспространении и безопасности (*Proliferation Security Initiative — PSI*) см.: Malirsch/Prill, *The Proliferation Security Initiative and the 2005 Protocol to the SUA Convention*, ZaöRV 67 (2007) 229 ff.

²¹⁹ IMO Doc LEG/CONF.15/21 und 22 v 1.11.2005.

²²⁰ (Женевская) Конвенция о рыболовстве от 29.4.1958 г. была ратифицирована немногими государствами. В отношении разных видов живых ресурсов были заключены специальные конвенции, для реализации которых, как правило, создавались специальные органы. Соответствующие положения КМП устанавливают нормативные рамки для управления, использования и защиты определенных видов морских живых организмов. Прибрежные государства обязаны принимать меры по сохранению и использованию трансграничных рыбных запасов и далеко мигрирующих видов рыб. Общую информацию см.: *Burke*, *The New International Law of Fisheries*, 1994; *Czybulka* (примеч. 166) 808ff («каскадная система в праве рыболовства»).

²²¹ BGBl 2000 II, 1023. Об этом см.: *Davies/Redgwell*, *The International Legal Regulation of Straddling Fish Stocks*, BYBIL 67 (1996) 199ff; *Ziemer* (примеч. 159) 84 ff, 187ff; *Proelß*, *Meeresschutz*, 149ff. «Трансграничные запасы» являются рыбными запасами, которые встречаются в пределах и за пределами ИЭЗ. Соглашение подписали 59 государств (ФРГ — 28.8.1996 г.), ратифицировали — 80 (на 1.12.2012.); оно вступило в силу 11.12.2001. Поскольку сохранение морских живых ресурсов относится к исключительной компетенции ЕС, имплементация Соглашения осуществляется преимущественно на наднациональном уровне.

между прибрежными государствами и государствами, граждане которых занимаются промыслом в открытом море²²². Меры должны быть «сопоставимыми, обеспечивая сохранение трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб и управления ими в целом» (абз. 2 ст. 7); они должны приниматься в рамках соответствующих договоров и международных организаций. Доступ к региональным рыболовным организациям открыт для всех государств, которые проявляют «реальный интерес» (*real interest*) к соответствующему промыслу, абз. 3 ст. 8. Улучшение регулирования вследствие принятия Соглашения к КМП нивелируется в связи с заложенным в Соглашении структурным противоречием: с одной стороны, данное Соглашение об осуществлении положений КМП (*implementation agreement*) должно конкретизировать чрезмерно «мягкие» абз. 2 ст. 63 и ст. 64 КМП, но, с другой стороны, должно согласно предл. 2 ст. 4 Соглашения к КМП толковаться и применяться «в контексте Конвенции и сообразно с ней»²²³.

Таблица 2
Морская государственная территория («акватория») и негосударственная территория

Правовой статус	Пространство	Основа регулирования (КМП)	Ширина (в мм)	Внутренняя граница	Внешняя граница
Государственная территория (т. е. суверенитет прибрежного, островного государства или государства-архипелага)	Внутренние воды	ст. 8	зависит от топографии	линия наибольшего отлива вдоль берега	исходная линия
	Архипелажные воды	ст. 46 и след.	зависит от отношения площади воды к площади суши	линия наибольшего отлива вдоль берега	архипелажные исходные линии
	Территориальное море	ст. 2 и след.	до 12 мм	исходная линия	12 мм от исходной линии
Негосударственная территория	Прилежащая зона	ст. 33	до 12 мм	граница территориального моря со стороны моря (до 12 мм)	24 мм от исходных линий

²²² К вопросу об обеспечении своих прав прибрежными государствами и государствами порта см.: *Rayfuse, Non-Flag State Enforcement in High Seas Fisheries*, 2004, 327ff.

²²³ *Proelß, Meeresschutz*, 154ff.

– правомочия прибрежных государств («территория под функциональной юрисдикцией прибрежных государств»)	Исключительная экономическая зона	ст. 55 и след.	до 188 мм	граница территориального моря со стороны моря (до 12 мм)	200 мм от исходных линий
	Континентальный шельф	ст. 76 и след.	до 188 мм (зависит от топографии; при определенных условиях до 338 мм или более)	граница территориального моря со стороны моря (до 12 морских миль)	200 мм от исходных линий (при определенных условиях до 350 мм или более)
– без (суверенных) правомочий прибрежных или иных отдельных государств («глобальные пространства с международным режимом»)	Открытое море	ст. 86 и след.	–	граница исключительной экономической зоны со стороны моря (200 мм)	–
	Морское дно («Район»)	ст. 133 и след.	–	граница континентального шельфа со стороны моря	–

в) Морское дно («Район»): интернационализированное наследие человечества

В то время как в отношении открытого моря достаточно давно было признано, что его воды, в отличие от природных ресурсов, и воздушное пространство над ним не подлежат присвоению, потребность в эффективном управлении и справедливом распределении залежей марганцевой конкреции за пределами континентального шельфа в недрах морского дна, *отдаленно* от побережья, привела в 1970-е гг. к реализации планов интернационализации. Поскольку морское дно и недра находятся вне зоны национальной юрисдикции («Район»), природные богатства «Района» квалифицируются как *общее наследие человечества* (ст. 136 КМП)²²⁴. Это положение вытекает из концепции, согласно которой исследование, использование и эксплуатация негосударственной территории и ее ресурсов должны служить *всем*, включая неиндустриальные государства и будущие поколения, и поэтому деятельность в «Районе» должна осуществляться при условии сохранения окружающей среды, ресурсов и защиты рынка. На осуществлении принципа, согласно которому соответствующие доходы принадлежат

²²⁴ Об основаниях, целях и недостигнутых целях см.: *Graf Vitzthum, Die Bemühungen um ein Regime des Tiefseebodens, ZaöRV 38 (1978) 745ff.*

всему человечеству, настаивали государства, которые не обладали техническими средствами для добычи полезных ископаемых в недрах открытого моря в обозримом будущем²²⁵. На переговорах политическую выгоду им принес спорный тезис о том, что в отношении «Района», в отличие от водотоков (рыболовство, судоходство) и воздушного пространства (воздушный транспорт), не существовало признанной практики пользования и, соответственно, не были установлены ни привилегированные государства, ни правила пользования.

71 В целях детализации и практической реализации новой концепции наследия человечества были созданы две организации: *Международный орган по морскому дну* (ст. 156 и след. КМП) и его оперативный орган — «Предприятие» (ст. 170 и след. КМП²²⁶). «Орган является организацией, с помощью которой государства-участники ... организуют и контролируют деятельность в Районе, особенно в целях управления его ресурсами...» (абз. 1 ст. 157 КМП), «от имени всего человечества» (абз. 1 ст. 153 КМП), которому принадлежат права на ресурсы (абз. 2 ст. 137 КМП).

72 Часть XI КМП устанавливает *международный режим* для «Района», протяженность которого отмеряется от внешней границы континентального шельфа (п. 1 абз. 1 ст. 1 КМП). Поэтому ни одно государство не может «претендовать на суверенитет или <в отличие от континентального шельфа> суверенные права или осуществлять их» (абз. 1 ст. 137 КМП). Помимо запрета на присвоение, «Район» открыт для использования исключительно «в мирных целях» (ст. 141 КМП). В отличие от режима открытого моря, использование «Района» и его *минеральных* ресурсов (п. а ст. 133 КМП²²⁷) *не допускается без соответствующего разрешения*²²⁸. Ресурсы могут быть «отчуждены ... лишь в соответствии с ... нормами, правилами и процедурами Органа» (предл. 3 абз. 2 ст. 137 КМП). На основании п. о (ii) абз. 2 ст. 162 КМП Совет Органа в 2000 г. принял Правила поиска

²²⁵ В Декларации Генеральной Ассамблеи ООН об основных принципах в отношении морского дна (Res 2749 [XXV]) уже в 1970 г. было установлено, что любая деятельность в «Районе» должна совершаться на благо всего человечества с учетом особых потребностей развивающихся стран. При этом также должны учитываться интересы государств, недостаточно развитых в индустриальном отношении, которые добывают те же полезные ископаемые (марганец, железо, цинк, кобальт и никель) на суше и считают, что конкуренция, которая возникнет в результате разработки недр открытого моря, представляет угрозу для их доходов.

²²⁶ Согласно п. а абз. 2 ст. 153 и ст. 170 КМП Предприятие как оперативный орган должно непосредственно заниматься разработкой недр (прежде всего в интересах развивающихся стран).

²²⁷ Спорным является, относятся ли *живые* ресурсы к ресурсам морского дна (список литературы в сноске 203).

²²⁸ Подробнее см.: *Mahmoudi*, *The Law of Deep Sea-Bed Mining*, 1987; *Wolfrum*, *Internationalisierung*, 10ff; *ders.*, in: *Seerecht*, Kap 4 Rn 15ff; *Graf Vitzthum*, *International Seabed Area*, MPEPIL VI, 137ff).

и разведки полиметаллических конкреций в Районе, конкретизирующие общие положения КМП²²⁹. Приобретение прав разрешается только в случаях, установленных КМП. Полномочия отдельных государств ограничиваются морскими научными исследованиями (ст. 143 КМП) и защитой морской среды (ст. 145 КМП). Освоение ресурсов осуществляется согласно разделу 3 Части XI КМП. Международный орган по морскому дну (ст. 156 и след. КМП)²³⁰ регулирует освоение морских недр государствами и Предприятием²³¹.

Часть XI КМП²³², частично основанная на элементах плановой экономики, долгое время отвергалась крупными индустриальными государствами. Принимая во внимание, что против указанных положений возражали США, Великобритания и ФРГ, нельзя было исходить из действия Части XI как международного обычая. Многочисленные *Законы о разработке морских недр*²³³ как *односторонние* нормы предусматривали только выдачу национальных лицензий; поэтому они не нарушали международное право (спорно)²³⁴. Претензии Франции, Индии, Японии и СССР («государства-пионеры», осуществившие инвестиции на ранних этапах) на определенные части недр были зарегистрированы ООН (многосторонний подход). Государства, которые уже приняли законы об использовании «Района», регулировали территориальные конфликты.

Соглашение об осуществлении Части XI КМП 1994 г. (Соглашение к КМП) разрешило политические сомнения в отношении режима разработки

²²⁹ ISBA/6/A/18 от 13.7.2000. 7.5.2010 были приняты Правила поиска и разведки полиметаллических сульфидов в Районе (<http://www.isa.org.jm/en/documents/mcode>).

²³⁰ Согласно абз. 2 ст. 156 КМП все государства-участники КМП являются *ipso facto* членами Международного органа по морскому дну. Об Органе см.: *Nandan*, *Legislative and Executive Powers of the International Seabed Authority for the Implementation of the Law of the Sea Convention*, in: *Vidas/Østreng* (примеч. 125) 73ff. Споры, связанные с «Районом», относятся к исключительной компетенции «камеры по спорам, касающимся морского дна» МТМП (ст. 187 КМП). 1.2.2011 Камера приняла свое первое Консультационное заключение по вопросам компетенции и материальной ответственности. Споры по договорам о разработке подсудны Международному торговому арбитражу. См.: *Wolfrum*, in: *Seerecht*, Kap 6 Rn 82ff.

²³¹ Альтернативным вариантом является договор о совместном предприятии, оказании услуг или продукции между Предприятием и подрядчиком с целью разработки ресурсов на *партнерской* основе.

²³² См. положения о передаче технологий, сборах, конференциях по обзору, планированию производства. Последние позволяют существенно ограничить разработку ресурсов недр открытого моря в пользу государств, добывающих ресурсы на суше (см. выше сноску 226).

²³³ Закон США о глубоководных твердых минеральных ресурсах морских недр 1980 г.; Закон ФРГ о временном регулировании глубоководной добычи морских полезных ископаемых от 16.8.1980 г. (BGBl 1980 I, 1457; изменен законом от 10.2.1982 г., BGBl 1982 I, 136).

²³⁴ См.: *Churchill/Lowe* (сноска 117) 232ff.

ресурсов недр согласно КМП²³⁵. Оно вступило в силу 28.7.1996²³⁶, после того как 67 государств, в том числе 7 «государств-пионеров», включая ФРГ, заявили о своем согласии подчиниться Соглашению. Несмотря на то, что в Соглашении к КМП не тематизируется «изменение» режима, оно способствует существенной дерегуляции режима КМП. В случае противоречия между Соглашением к КМП и Частью XI КМП применяется Соглашение (абз. 1 ст. 2 Соглашения к КМП). Это позволило ФРГ стать участником Соглашения в 1994 г.²³⁷

- 75 Сомнения, связанные с практическими вопросами модифицированного режима морского дна и его частично сохранившейся дирижистской основой, а также с последствиями для политики распределения, не изменяют *общей* оценки: режим «Района», базирующийся на нормативном принципе наследия человечества и обязывающий государства к сотрудничеству, но лишь частично вошедший в общее международное право²³⁸, может иметь прецедентное значение применительно к иным территориям с международным режимом²³⁹. Международный режим морского дна со стороны моря от континентального шельфа и исключительной экономической зоны в будущем может способствовать «интернационализации» режимов территорий, на которых осуществляются функциональные права прибрежных государств²⁴⁰. Широкий диапазон международных режимов, используемых для глобальных пространств, пополнился режимом наследия человечества в отношении «Района», который действует *erga omnes* согласно ст. 138 КМП и отражает

²³⁵ *Jaenicke*, The United Nations Convention on the Law of the Sea and the Agreement Relating to the Implementation of the Convention, FS Bernhardt, 1995, 121ff; *Oxman*, The 1994 Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the UN Convention on the Law of the Sea, in: *Vidas/Østreg* (сноска 125) 15ff.

²³⁶ BGVl 1996 II, 2511.— Государства, ратифицировавшие Соглашение до его вступления в силу (более 50 государств, поскольку Соглашение вступило в силу с ратификацией шестидесятым государством в 1993 г.), не должны подчиняться Соглашению, если они не согласны с его содержанием.

²³⁷ Закон о трансформации в национальное право от 2.9.1994 г. (BGVl 1994 II, 1798). Соглашение к КМП содержит важные изменения, касающиеся необходимого большинства голосов при принятии решений Совета, а также соотношения между Ассамблеей и Советом.

²³⁸ *Wolfsum*, in: *Seerecht*, Kap 4 Rn 172ff.

²³⁹ Космическое пространство и Антарктика (см. абз. 76 и след., абз. 84 и след.). США присоединились к Соглашению, которое касается трансграничных рыбных запасов и запасов далеко мигрирующих рыб, но до сих пор не ратифицировали ни КМП, ни Соглашение о реализации; о критике такой «отстраненной» позиции см.: *Former Legal Advisers' Letter on Accession to the Law of the Sea Convention*, AJIL 98 (2004) 30ff. Россия стала участником КМП и Соглашения о реализации 12 марта 1997 г.

²⁴⁰ Например, режим транзитного прохода через проливы, используемые для международного судоходства (ст. 37 и след. КМП), обязанности производить отчисления и взносы в случае разработки ресурсов внешнего континентального шельфа, то есть за пределами 200 м (ст. 82 КМП).

цель устойчивого развития, поскольку учитывает интересы и права будущих поколений (см. абз. 114 и след.).

г) Космическое пространство: свобода и равенство, обязывающие к сотрудничеству

Космическое пространство определяется как сфера, лежащая за пределами воздушного пространства²⁴¹. Абстрактное правовое регулирование этой негосударственной территории (Вселенная и небесные тела) осуществляется на основании Договора о космосе от 27.1.1967, ратифицированного 101 государством (на 1.12.2012)²⁴², в котором не устанавливаются границы космического пространства. Поскольку атмосфера Земли постепенно переходит в космическое пространство, эта граница остается спорной²⁴³. Консенсус ограничивается тем, что пространство на расстоянии более 120 км от поверхности Земли, в любом случае, является космическим пространством; ученые пришли к общему мнению о границе на высоте «100 км над поверхностью Земли». Таким образом, дифференциация между земной орбитой (как относительно близкой к Земле части Солнечной системы) и дальним космосом с правовой точки зрения не проводится.

Согласно *принципу совместного использования*, закрепленному в ст. I Договора по космосу, исследование и использование космического пространства как *пространства с международным режимом, на которое не распространяются права отдельных государств*, «осуществляются на благо и в интересах всех стран, вне зависимости от состояния их экономического или научного развития и являются достоянием *всего человечества*» (province of all mankind), направленная на создание преференций для стран, не являющихся космическими державами, была модифицирована в морском праве как «общее наследие человечества» в отношении морского дна отдаленных

²⁴¹ Основная литература: *Peyrefitte*, Droit de l'espace, 1993; *Cheng*, Studies in Space Law, 1998.

²⁴² ВГВІ 1969 II, 1969 — Соглашение о деятельности государств на Луне и других небесных телах Солнечной системы от 5.12.1979 г. (ІІМ 18 [1979] 1434 [Договор о Луне]) не имеет большого значения, поскольку оно было подписано незначительным количеством государств (13 государств на 1.1.2012., среди которых нет космических держав). Согласно абз. 1 ст. XI Договора о Луне этот спутник Земли и его природные ресурсы являются «общим наследием человечества», которое не подлежит национальному присвоению. Договор о Луне содержит абсолютный запрет на размещение оружия на небесных телах.

²⁴³ Этот спорный вопрос пока не приобрел большого практического значения, см. выше абз. 30.

от побережья частей морского пространства²⁴⁴. «Пользование» в контексте Договора по космосу включает в себя коммерческое и некоммерческое использование космического пространства²⁴⁵. Ст. II Договора по космосу подчеркивает *запрет национального присвоения* как дополнительный аспект использования в интересах всего человечества. Этот запрет действует также как международное обычное право²⁴⁶ с момента принятия резолюций ГА ООН 1348 (XIII) от 13.12.1958 г. и 1962 г. (XVIII) от 1963 г.²⁴⁷ Таким образом, космическое пространство является примером *негосударственной территории с международным режимом*.

78 В 1970-е гг. некоторые экваториальные развивающиеся страны предприняли попытку распространить особый режим на *геостационарную орбиту* (ГСО) — орбиту спутников на высоте 35 787 км над экватором. Согласно теории линия разграничения воздушного и космического пространства ГСО находится в космическом пространстве. Спутники, установленные на ГСО, вращаются синхронно с Землей, что является благоприятной позицией для спутников. В *Боготской декларации* 1976 г.²⁴⁸ группа экваториальных государств заявила, что ГСО составляет «часть территории, на которую распространяется национальный суверенитет экваториальных государств». В качестве обоснования они привели тезис о том, что позиция геосинхронных спутников определяется силой притяжения участков Земли, находящихся под спутниками. Однако и это (псевдо)«естественнонаучное геополитическое» обоснование не оправдывает «присвоение орбиты». Не территория экваториальных государств, а сила притяжения всей Земли, «опосредованная» территорией, влияет на ГСО. Международное обычное право,

²⁴⁴ См. выше абз. 70 и след. Примером для Договора по космосу служил, в частности, Договор об Антарктике от 1.12.1959 (BGBl 1978 II, 1517), а он, в свою очередь, повлиял на Декларацию принципов, регулирующих режим дна морей и океанов и его недр за пределами действия национальной юрисдикции, от 17.12.1970 (Res 2749 [XXV]), включенную в текст Части XI КМП 1982 г. Критические замечания см.: *Bückling*, Die Freiheiten des Weltraumrechts und ihre Schranken, in: *Weltraumrecht*, 55 (75). О спорном значении понятия «достояние всего человечества» см. также: *Wolfrum*, Internationalisierung, 284.

²⁴⁵ См.: *Hobe*, in: *CoCoSL*, Art I Rn 36. Поэтому Договор о космосе не препятствует будущему коммерческому использованию небесных тел, например, добычи полезных ископаемых на Луне или астероидах, хотя следует соблюдать предл. 2 ст. IX об охране окружающей среды.

²⁴⁶ Использование космического пространства не является оккупацией. Использование негосударственной территории (например, судходство или рыболовный промысел в открытом море) одними исключает одновременное пользование другими, однако такое пользование, даже если оно осуществляется длительное время, не является присвоением.

²⁴⁷ Декларация правовых принципов, регулирующих деятельность государств по исследованию и использованию космического пространства от 13.10.1963 (A/RES 1962 [XVIII]).

²⁴⁸ Опубликовано в *v. Welck/Platzöder* (Hrsg), *Weltraumrecht*, 1987, 731.

которое сравнительно быстро развивается в этой области, всегда относило ГСО к космическому пространству (на которое суверенитет не распространяется) и никогда не устанавливало особых режимов для каких-либо зон, орбит, космических объектов. И эта позиция остается неизменной. На это основании экваториальные государства не могут рассчитывать на признание своего политического требования. Однако их указание на то, что сегменты ГСО являются «ограниченным природным ресурсом» (*scarce natural resource*), т.е. количество возможных позиций ограничено (см. п. 1 Боготской декларации), соответствует действительности. ГСО, включая диапазон частот, связана с проблемой распределения возможностей пользования²⁴⁹. Согласование международного режима ГСО, который учитывает принцип справедливости при использовании ограниченных природных ресурсов²⁵⁰, нейтрализовало угрозу монополизации космического пространства индустриальными государствами²⁵¹.

Использование и исследование космического пространства и небесных тел, а также доступ во все районы космоса и небесных тел открыты для всех государств на основе равенства (абз. 2, 3 ст. I Договора по космосу). В соответствии с общим международным правом действует принцип *свободы космического пространства* и, на нормативной основе, *равенства в космическом пространстве*. Государства должны осуществлять свою деятельность в космическом пространстве на основании «принципа сотрудничества и взаимной помощи», абз. 1 ст. IX ДК. В особенности, «государства содействуют и поощряют международное сотрудничество» в научных исследованиях, абз. 3 ст. I ДК²⁵². Свобода космического пространства ограничивается абз. 2 ст. IV ДК, согласно которой Луна и другие небесные тела используются *исключительно в мирных целях*. Согласно абз. 1 ст. IV ДК

²⁴⁹ Действующий на негосударственных территориях принцип преимущества первого пользователя («first come, first served») привел бы к несправедливому распределению: места для спутников заняли бы космические державы, прежде чем другие страны смогут достичь необходимого научно-технического уровня.

²⁵⁰ См., например, абз. 5 ст. 12 Устава Международного союза электросвязи 1989 г. (сноска 103): «справедливое, эффективное и экономичное использование орбиты геостационарных спутников»; абз. 2 ст. 33 обязывает государства-участников использовать эти ресурсы таким образом, чтобы был возможен доступ к орбите и частотам на *справедливой* основе. При этом должны учитываться особые потребности *развивающихся стран и географическое положение* определенных стран. См. также: *Will, Solar Power Satellites und Völkerrecht*, 2000, 160ff.

²⁵¹ См. Декларацию 41/65 от 3.12.1986 («Принципы, регулирующие дистанционное зондирование из космического пространства»).

²⁵² Попытки, предпринятые Комитетом ООН по космосу, с целью расширения обязанностей сотрудничества для помощи развивающимся государствам, не увенчались успехом. Только в отношении ГСО свобода пользования ограничена специальным правилом о доступе, основанном на принципе материального равноправия. Правовой статус космонавтов и космических объектов определяются исходя из государства флага (ст. V, VIII ДК).

размещение оружия массового уничтожения на небесных телах и в космическом пространстве запрещено. Объем и значение данного ограничения пользования являются спорными²⁵³. Дистанционное зондирование при помощи спутников (*remote sensing*)²⁵⁴ как систематическое слежение может нарушать государственный суверенитет. Спор о допустимости «наблюдения Земли» был разрешен принятием Генеральной Ассамблеей ООН прагматичных «*Принципов дистанционного зондирования Земли из космического пространства*» в 1986 г.²⁵⁵: для проведения зондирования достаточно консультаций. Использование спутников в неагрессивных целях по-прежнему разрешается.

80 Несмотря на то, что в космическом пространстве не существует экологических систем, данное пространство также нуждается в защите²⁵⁶. С одной стороны, люди могут изменить естественную среду, вследствие чего впоследствии могут возникнуть препятствия для деятельности. С другой стороны, деятельность в космическом пространстве может оказать негативное влияние на экологическую ситуацию на Земле. Космический мусор (*space debris*), состоящий преимущественно из выгоревших ракетных ступеней и выведенных из эксплуатации спутников, а также мелких частей этих объектов, возникающих при столкновениях, является основным источником загрязнения²⁵⁷. Не существует международного соглашения об «охране космической среды». Отдельные положения содержатся в различных международных договорах. *Основной принцип* сформулирован в ст. I ДК: любая деятельность в космическом пространстве должна производиться «на благо и в интересах всех стран». Косвенная обязанность охраны космического пространства следует из ст. IX ДК, согласно которой каждое государство

²⁵³ См.: *Proelß* (сноска 154) Rn 5ff; *Wolter*, Grundlagen «Gemeinsamer Sicherheit» im Weltraum nach universellem Völkerrecht, 2003; *Grossmann*, Weapons in Space, 2001; о ГСО см.: *Petersmann/Coenen/Grünwald*, Aufrüstung im All, 2003, 145f.

²⁵⁴ См.: *Klinner*, Satellitenfernerkundung in Völkerrecht, 1989; *Classen*, Fernerkundung und Völkerrecht, 1987; *de Graff/Reijnen*, Remote Sensing by Satellites, in: Benkö/de Graaff/Reijnen, Space Law in the United Nations, 1985, 1ff.

²⁵⁵ Res 41/65 (v 3.12.1986); *Christol*, Space Law, 1991, 469ff; *Gorove*, Developments in Space Law, 1991, 294ff, 311.

²⁵⁶ Общая информация см.: Bockstiegel (Hrsg), Environmental Aspects of Activities in Outer Space, 1990; *Hintz*, Weltraumrechtlicher Umweltschutz im völkerrechtlichen Regelungszusammenhang, 1995.

²⁵⁷ Вследствие цепных реакций при столкновениях орбиты могут стать непригодными для пользования. Увеличение количества космического мусора повышает вероятность столкновений с действующими объектами на орбите. Кроме того, такой космический мусор создает препятствия для астрономических наблюдений. Самая большая опасность для Земли в результате деятельности в космическом пространстве уже реализовалась в прошлом, когда советский спутник с ядерным реактором Космос-954 упал на территорию Канады. См.: *Hurwitz*, State Liability for Outer Space Activities, 1992, 113ff.

обязано учитывать интересы других государств при осуществлении деятельности в космическом пространстве²⁵⁸.

Основной принцип, предусмотренный в ст. I ДК, конкретизируется в ст. IX ДК. Космическое пространство, Луна и другие небесные тела (а также связанная с ними деятельность) должны быть *защищены от вредного загрязнения* согласно предл. 2 ст. IX ДК. При расширительном толковании с учетом предл. 1 ст. IX ДК можно сделать вывод о том, что следует избегать изменения космического пространства²⁵⁹. Только так может быть обеспечено, что сохранится ситуация, в которой гарантированы свобода и равенство пользования. Запрещено только вредное загрязнение. Согласно предл. 2 ст. IX ДК земная среда должна быть защищена от «неблагоприятных» изменений вследствие доставки внеземного вещества (*back contamination*). Кроме того, ст. IX ДК предусматривает обязанность проведения международных консультаций при планировании потенциально вредной деятельности. Положения о запрете на использование космического пространства для военных целей также имеют косвенное значение для охраны окружающей среды²⁶⁰. В космическом пространстве запрещены не только испытания ядерного оружия (ст. I Договора о частичном запрещении ядерных испытаний), но и использование техники, влияющей на окружающую среду, в военных целях (ст. II Конвенции о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду). Неимперативные принципы ООН, касающиеся использования ядерных источников энергии в космическом пространстве, 1992 г. не имеют практического значения для защиты окружающей среды. Актуальные предложения по развитию регулирования охраны космического пространства касаются предупреждения образования и устранения космического мусора²⁶¹. Несовершенство

²⁵⁸ *Marchisio* (CoCoSL, ст. IX (абз. 25)), считает, что из необходимости учитывать интересы следует обязанность соблюдать определенные стандарты при осуществлении деятельности в космическом пространстве. С его точки зрения, государство должно доказывать, что оно предприняло все необходимые меры, чтобы предотвратить нарушение интересов других государств. Сходство такого понимания с принципом предотвращения в международном обычном праве является очевидным. См. ниже абз. 108 и след.

²⁵⁹ См.: *Marchisio*, in CoCoSL, Art IX Rn 29. В качестве примеров приводится внесение радиоактивных, биологических или химических веществ. Оживленные дискуссии велись по предложениям о снижении уровня солнечного облучения посредством рефлекторов, зеркал или фильтров (*solar radiation management*). См. ниже абз. 150.

²⁶⁰ См. Конвенцию о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду от 18.5.1977 (BGBl 1983 II, 125), действие которой распространяется также на космическое пространство. До Конвенции, в 1963 г., был открыт для подписания Договор о частичном запрещении ядерных испытаний. Договор о всеобъемлющем запрещении ядерных испытаний (ДВЗЯИ), открытый для подписания в 1996 г., до сих пор не вступил в силу.

²⁶¹ См. Проект АМП «Международный инструмент для защиты окружающей среды от ущерба, наносимого космическим мусором» («*Buenos Aires International*

существующего регулирования охраны космического пространства связано с тем, что влиятельные государства по-прежнему заинтересованы, прежде всего, в *использовании* космического пространства, в частности, для связи и для противоракетной обороны.

82 Государства несут *ответственность* за свою деятельность в космическом пространстве и деятельность своих граждан (ст. VI ДК). Они несут *ответственность за ущерб*, причиненный объектами, запуск которых они произвели в космическое пространство (ст. VII ДК). Вопрос ответственности за ущерб усложняется проблемой определения государств, которые осуществляют запуск объекта, и государств, с территории которых производится запуск (*launching States*), например, в случае запуска с моря (*sea launching*) под «удобным» флагом. Указанный вопрос приобрел большое значение вследствие увеличения количества космического мусора (*space debris*) на орбите Земли и падения сгоревших спутников. В целях выполнения ст. VII ДК в 1972 г. была заключена *Конвенция о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами*²⁶². Она предусматривает абсолютную ответственность запускающего государства²⁶³ и/или собственника космического объекта за возмещение ущерба, причиненного космическим объектом на поверхности Земли или воздушному судну в полете. Конвенция не регулирует ответственность за причинение ущерба на негосударственной территории и ущерба для окружающей среды как таковой²⁶⁴. Даже если предположить, следуя господствующей доктрине, что действие Конвенции распространяется также на космический мусор (*space debris*), проблему защиты от космического мусора нельзя решить при помощи Конвенции. Для обоснования ответственности за «космические столкновения» необходимо доказать вину запускающего государства за неустранение мусора из космического пространства (ст. III Конвенции о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами). Может

Instrument on the Protection of the Environment from Damage Caused by Space Debris», отчет 66-й конференции АМП, 1994, 7, 9ff. Подробнее см.: *Wins* (сноска 77) 255ff.

²⁶² BGV 1975 II, 1209, ратифицирована 88 государствами (на 1.12.2012 г.).

²⁶³ Ответственность запускающего государства была оговорена, в частности, поскольку СССР в силу своей доктрины международного права, основанной на понятии государства, отвергал ответственность международных организаций, запускавших спутники. К этому вопросу и по теме в целом см.: *Wins* (сноска 77); *Pedrazzi*, *Outer Space, Liability for Damage*, MPEPIL VII, 1109 (Rn 5ff). В отношении определенных видов ущерба Конвенция предусматривает ответственность за создание опасности причинения ущерба. В особенности *коммерческая деятельность частных лиц* в космическом пространстве нуждается в регулировании.

²⁶⁴ Конвенция являлась основанием для выплаты компенсации Канаде за ущерб, причиненный в результате падения советского спутника Космос-954 на канадскую территорию, хотя компенсация была выплачена *ex gratia*.

быть очень сложным найти доказательства того, к какому государству относится часть объекта, причинившая ущерб (каузальность).

Главной организацией по разработке и развитию международного космического права с 1960-х гг. является *Комитет ООН по использованию космического пространства в мирных целях* (КОПУОС). Его юридический подкомитет разработал все ныне действующие универсальные конвенции, соглашения и договоры о космическом пространстве. Различные международные организации занимаются отдельными проблемами, связанными с космическим пространством. Особую роль играет Международный союз электросвязи (МСЭ)²⁶⁵. ИНТЕЛСАТ (International Telecommunication Satellite Union)²⁶⁶ обеспечивает сообщение при помощи спутниковой связи. Эта организация предоставляет свой «космический сегмент» (спутник связи и соответствующие устройства) на коммерческой основе. Аналогичные функции осуществляет организация ИНМАРСАТ, которая с 1983 г. эксплуатирует собственные спутники и была приватизирована в 1999 г.²⁶⁷, в отношении мобильной связи. Европейское космическое агентство (ЕКА), являющееся региональной организацией, ставит перед собой двойную задачу²⁶⁸: развивать европейскую космическую политику (политический заказ) и осуществлять миссии и программы в космическом пространстве (управленческие задачи)²⁶⁹. Уже долгое время ракета-носитель Ариан обеспечивает автономный доступ европейских стран к космическому пространству. Однако большое количество организаций не решает основной проблемы, которая заключается в том, что свобода космического пространства и связанные с этим обязанности сотрудничества *не обеспечиваются центральной управляющей организацией*. Не существует международной космической

²⁶⁵ См. выше абз. 36 и след. О прямом спутниковом телевидении см.: *Fisher, Prior Consent to International Direct Satellite Broadcasting*, 1990; *Achilleas, La télévision par satellite*, 1995.

²⁶⁶ Соглашение и Эксплуатационное соглашение о Международной организации спутниковой связи ИНТЕЛСАТ (BGBl 1973 II, 249, 308). Пользователи космического сегмента ИНТЕЛСАТ платят сборы.

²⁶⁷ Подробнее см. *Kanz, Inmarsat*, 2008.

²⁶⁸ Ст. *IIa* и *b* Конвенции об ЕКА (BGBl 1976 II, 1861). В то время как в ЕС входят 27 государств-членов, в ЕКА входят 17 государств-участников, двое из которых не являются членами ЕС. Уже в силу этого обстоятельства необходимо разграничить роль ЕС и ЕКА. См.: КОМ (2003) 673 v 11.11.2003 («Белая книга»), Космическая деятельность: Европейские горизонты в расширенном Европейском союзе.

²⁶⁹ Изобретения и технические данные становятся собственностью ЕКА, ориентированной на применение, принося, таким образом, пользу государствам-участникам ЕКА (ст. III Конвенции об ЕКА). Европа учитывает военные аспекты использования космического пространства: без спутников связи не может осуществляться координация военных операций. Большинство изобретений, связанных с космосом, может использоваться как в мирных, так и в военных целях (двойное использование).

организации, и в настоящее время развитие не идет по пути усиления многосторонних механизмов и создания новых организаций.

д) Антарктика: скорее «всемирный парк», чем «клуб»

- 84** Фактическая невозможность осуществления господства по-прежнему имеет решающее значение для Антарктики²⁷⁰, в отличие от открытого моря. Спорным остается вопрос, в какой мере экстремальный холод и ледяной покров, затрудняющие жизнедеятельность (во многих местах толщина ледяного панциря достигает 4 км), до сих пор не позволяли осуществлять господство над материком Антарктида и, соответственно, препятствовали потенциальному приобретению территориального верховенства. Семь государств (государства, предъявляющие территориальные претензии [*claimants*]: Австралия, Аргентина, Великобритания, Новая Зеландия, Норвегия, Франция и Чили) претендуют на суверенитет в отношении больших частей континента, не осуществляя эффективного контроля. Они определили *сектора*, вершину которых составляет Южный полюс, а основание 60° южной широты. Частично сектора пересекаются. Другие государства, также связанные *Договором об Антарктике* 1959 г. (ДА)²⁷¹, (Испания, Италия, Российская Федерация, США и еще около тридцати государств — государства, не предъявляющие территориальных претензий [*non-claimants*]), отвергают территориальные претензии. Они квалифицируют данный континент как *негосударственную территорию, не подлежащую национальному присвоению на постоянной основе*. Ст. IV ДА «замораживает» этот спорный вопрос. Она поддерживает статус-кво в отношении прав и претензий государств, ранее заявивших о них (*claimants*), с одной стороны, и непризнания этих прав и претензий другими государствами (*non-claimants*), с другой стороны, и одновременно запрещает заявление новых или расширенных территориальных претензий²⁷². Соответственно регулирование правового режима Антарктики осуществляется таким образом, чтобы оно соответствовало обеим позициям (наличие или отсутствие территориальных претензий, т.н. двухфокусная техника нормотворчества²⁷³). Территориальные претензии не были заявлены только на сектор между 90° и 150° западной долготы. В отношении указанной территории существует консенсус: она

²⁷⁰ *Auburn*, *Antarctic Law and Politics*, 1982; *Bush*, *Antarctica and International Law*, Bde I–III, 1982–1988; *Orrego Vicuña*, *Antarctic Mineral Exploitation*, 1988.

²⁷¹ BGVl 1978 II, 1517.

²⁷² См. предл. 2 абз. 2 ст. IV ДА. Данная норма не находится в противоречии с заявлением государством претензий на сектор как на ИЭЗ, поскольку права на ИЭЗ являются функциональными, а не территориальными (см. выше абз. 51, 53).

²⁷³ См.: *Kämmerer*, *Die Antarktis in der Raum- und Umweltschutzordnung des Völkerrechts*, 1994, 86ff.

является негосударственной. Согласно ст. 7 (и ст. 25) *Протокола об охране окружающей среды к Договору об Антарктике от 4 октября 1991 г.* (Мадридский протокол), одобренного подавляющим большинством, установлен запрет на разработку недр²⁷⁴; это значительно ослабило стимулы для «разморозивания» ранее заявленных прав или заявления новых прав. С точки зрения международного права следует отдать предпочтение тезису государств, не заявивших претензии (*non-claimants*)²⁷⁵.

Согласно ст. VI ДА «Антарктика» определяется как суша и море, а также шельфовые ледники южнее 60° южной широты. Пространства Антарктики используются (ст. I ДА) «в интересах всего человечества» исключительно для научных исследований» (ст. II, III ДА). Соответственно, фактическое проведение научных исследований как форма проявления заинтересованности является предпосылкой для принятия в (привилегированный) круг государств со статусом участника совещаний (абз. 2 ст. IX ДА). На данный момент (на 1.12.2012 г.) из 50 стран-участников ДА 28 стран (в том числе ФРГ) имеют статус участника совещаний. Только они участвуют в принятии решений («клубный характер» ДА). «Мероприятия военного характера», такие как создание военных баз (абз. 1 ст. I ДА), запрещаются так же, как «ядерные взрывы ... и удаление ... радиоактивных материалов» (абз. 1 ст. V ДА). Попытка согласовать режим использования полезных ископаемых не увенчалась успехом: Австралия и Франция в 1989 г. отказались подписывать Конвенцию по регулированию освоения минеральных ресурсов Антарктики от 2.6.1988²⁷⁶; поэтому Конвенция по освоению ресурсов пока остается «руиной» (однако 17 государств уже подписали эту Конвенцию).

Поскольку Антарктика является «холодильной камерой» Земли, она имеет большое значение для развития всемирного климата²⁷⁷. Постепенное изменение Антарктической системы, в частности, под влиянием рекомендаций, выработанных консультативными совещаниями, в направлении режима научных исследований и охраны окружающей среды, нашло свое выражение в Мадридском протоколе об охране окружающей среды 1991 г., к которому на данный момент существует шесть приложений²⁷⁸. Требование

85

86

²⁷⁴ BGBl 1994 II, 2478. См.: *Podehl*, Das Umweltschutzprotokoll zum Antarktisvertrag als Ergebnis der Verhandlungen über die Rohstoffnutzung in der Antarktis, 1993; *Pannatier*, L'Antarctique et la protection de l'environnement, 1994.

²⁷⁵ См. также: *Wolfrum*, Internationalisierung, 36ff.

²⁷⁶ ILM 27 (1988) 868. К Конвенции по освоению ресурсов см.: *Wolfrum*, The Convention on the Regulation of Antarctic Mineral Resource Activities, 1991. Радикальное изменение взглядов на эту проблему произошло вследствие крупных аварий судов в водах Антарктики (*Bahía Paraíso*) и у берегов Аляски (*Exxon Valdez*).

²⁷⁷ Глобальное потепление может способствовать уменьшению толщины антарктических льдов и повышению среднего уровня моря.

²⁷⁸ Они ориентируются на ранее принятые рекомендации или адаптируют международные конвенции по защите окружающей среды к особенностям Антарктики.

НПО объявить Антарктику «всемирным парком» было частично исполнено с вступлением в силу Мадридского протокола 14.1.1998²⁷⁹. Нормы Мадридского протокола являются относительно прогрессивными. Несмотря на то, что в нем прямо не указан принцип предотвращения²⁸⁰, в основе Мадридского протокола лежит *идея предотвращения*. Согласно абз. 2 ст. 3 действительность в сфере действия ДА должна планироваться и осуществляться таким образом, чтобы ограничить отрицательное воздействие на окружающую среду Антарктики. Это соответствует принципу 15 Рио-де-Жанейрской декларации 1992 г.²⁸¹ В ФРГ Протокол был трансформирован в национальное право посредством Закона от 22.9.1994²⁸². Кроме случаев научно-исследовательской деятельности, не имеющей влияния или имеющей незначительное влияние на окружающую среду (обязанность предварительного уведомления, см. абз. 1 § 6 Закона), Закон предусматривает необходимость получения разрешения для любой деятельности, осуществляемой гражданами или юридическими лицами ФРГ или в рамках территориального верховенства ФРГ в Антарктике (см. абз. 1 § 3 Закона). Если Федеральное ведомство ФРГ по охране окружающей среды получит информацию о планируемой деятельности, объем последствий которой является спорным с научной точки зрения, оно не вправе ни безосновательно отклонить ходатайство о выдаче разрешения, ни выдать разрешение на основании отсутствия угрозы для нанесения ущерба окружающей среде. В каждом случае должно быть проведено исследование обстоятельств, чтобы могли быть в должной степени учтены требования, связанные как с принципом предотвращения, так и с принципом свободы научно-исследовательской деятельности. Режим, установленный в Законе, является как преувеличенно сложным, так и противоречивым²⁸³.

87 Базирующийся на Договоре об Антарктике и детально разработанный правовой режим называется *Антарктической системой*²⁸⁴. Он создает первичные основы для *совместного управления* государствами-участниками.

²⁷⁹ См.: Barnes, Legal Approach of Environmental Protection in Antarctica, in: Joyner/Chopra (Hrsg), The Antarctic Legal Regime, 1988, 241ff.

²⁸⁰ Доктрина исходит из того, что Протокол основывается на принципе предотвращения, см., например, Podelt (сноска 275) 56; Krüger, Anwendbarkeit von Umweltschutzverträgen in der Antarktis, 2000, S. 22. Bastmeije (The Antarctic Environmental Protocol and its Domestic Legal Implementation, 2003, 293f), в противоположность этому, исходит из того, что недостаточно конкретное нормирование принципа предотвращения подразумевает более подробный анализ этой проблемы в конкретном случае. Конвенция по регулированию освоения минеральных ресурсов Антарктики, отказ ключевых государств от принятия которой повлекло за собой принятие Протокола, содержал в абз. 1 ст. 4 ссылку на принцип предотвращения.

²⁸¹ См. ниже абз. 112.

²⁸² BGBl. 1994 I, 2593.

²⁸³ Подробнее см.: Proelß/Blitza/Oliva, Die Genehmigung wissenschaftlicher Forschung in der Antarktis im Lichte von Umweltschutz und Forschungsfreiheit (UBA-Studie), 2012.

²⁸⁴ См.: Kämmerer 75ff.

Режим совместного управления включает в себя разработку рекомендаций (абз. 1 ст. IX ДА) и конкретизирующих приложений к Мадридскому протоколу в рамках ежегодных консультативных совещаний. Кроме того, действуют независимые друг от друга, но пересекающиеся с другими нормами об Антарктике международные конвенции: например, Конвенция о сохранении антарктических тюленей от 1.6.1972²⁸⁵ и Конвенция о сохранении морских живых ресурсов Антарктики от 20.5.1980²⁸⁶. Согласно абз. 2 ст. 4 Мадридского протокола он не затрагивает прав и обязанностей, предусмотренных в обоих указанных конвенциях, а также в Международной конвенции регулирования китобойного промысла²⁸⁷. Это положение было трансформировано в национальное право ФРГ в абз. 7 и 8 § 17 Закона о трансформации. Целью этих положений является предотвращение двойного прохождения процедуры о выдаче разрешения. Опасность двойного прохождения процедуры о выдаче разрешения существует, только поскольку сфера действия Закона о трансформации Мадридского протокола пересекается со сферами действия законов о трансформации Конвенции о сохранении антарктических тюленей, Конвенции о сохранении морских живых ресурсов и Международной конвенции регулирования китобойного промысла. Поэтому применяется режим § 17 Закона о трансформации Мадридского протокола, если специальные конвенции не содержат положений, регулирующих соответствующие случаи.

Учитывая общее количество государств, участвующих в Антарктической системе, можно представить себе сложности определения Антарктики как *глобального* пространства с международным режимом. В отличие от режима морского дна²⁸⁸, «совместное управление» не является универсальным и не осуществляется международными организациями, поэтому интернационализация в узком смысле этого понятия не произошла. Тот факт, что стороны Договора об Антарктике представляют около 80% населения Земли, несмотря на положение о *pacta tertiis*, означает лишь большую репрезентативность этой группы государств и их «системы».

88

²⁸⁵ BGBl 1987 II, 90 (16 государств-участников на 1.12.2012).

²⁸⁶ BGBl 1982 II, 420 (35 государства-участника, на 1.12.2012). ЕС стала участником Конвенции о сохранении морских живых ресурсов Антарктики в 1981 г. (см. Решение 81/691/EWG от 4.9.1981, ABJ EG 1981, Nr L 252/26). В связи с параллельными сферами ведения на государственной территории и на межгосударственном уровне и в связи с исключительной компетенцией ЕС в отношении морских живых ресурсов (см. п. d абз. 1 и абз. 2 ст. 3 в сочетании со ст. 216 ДФЕС) государства-члены ЕС обязаны в рамках работы Комиссии по рыболовству присоединиться к позиции ЕС. Общие принципы применения Конвенции были утверждены на уровне ЕС постановлением VO (EG) Nr 601/2004 v 22.3.2004 (ABJ EG 2004, Nr L 97/16).

²⁸⁷ См.: Приложение II к ст. 7 Мадридского протокола. Литература см. сноски 169, 323.

²⁸⁸ См. абз. 70 и след.

II. Окружающая среда в международном праве

1. Международное право охраны окружающей среды: обзор

- 89 В начале XXI в. человечество столкнулось со специфическими угрозами для природных условий его обитания. Охрана окружающей среды в широком смысле этого понятия приобретает все большее значение ввиду загрязнения воздуха, воды и почвы, уменьшения биологического разнообразия видов и изменения климата. Эта тенденция развития отражает также возрастание сознания ответственности за окружающую среду и угрожающие ей опасности, которое обострилось, в частности, в связи с крупными авариями на нефтяных танкерах, предприятиях химической промышленности и атомных электростанциях. Поэтому охрана окружающей среды стала предметом многочисленных национальных, наднациональных и международных правовых норм. Общепризнанного *определения* понятия «окружающая среда» не существует. В нашем обзоре понятие «окружающая среда» следует понимать как подверженные возможному воздействию человека земные и космические пространства, которые в своей целостности образуют комплекс взаимозависимых сфер, состоящий из геосферы, гидросферы, биосферы и атмосферы, включая их экосистемы. При этом речь идет о разнородных предметах: различных категориях пространства (суша, море, атмосфера, космическое пространство), формах окружающей среды и экологических ценностях, а также о взаимосвязях между ними и взаимосвязях между ними и человеком. Экологический комплекс выполняет разнообразные функции. Его способность к регенерации открывает возможность переносить определенные нагрузки и восстанавливать экологическое равновесие. В случае превышения критического уровня достигнутое равновесие нарушается и даже иногда не подлежит восстановлению. После того как *Томас Роберт Мальтус* (1766–1834 гг.) обратил внимание на критический уровень численности населения²⁸⁹, Римский клуб²⁹⁰ в 1972 г. развил понятие *предел нагрузки на экологию Земли*. Многие проблемы окружающей среды носят трансграничный характер. Поэтому их решение может осуществляться только на основе международного *сотрудничества*. Международные решения составляют предмет международного права охраны окружающей среды.
- 90 Международное экологическое право содержит нормы, касающиеся отношений субъектов международного права и окружающей среды. Оно основывается на *источниках* международного права²⁹¹. Возрастает значение не имеющих обязательной силы инструментов так называемого «мягкого

²⁸⁹ *Malthus, Das Bevölkerungsgesetz (vollst. Ausgabe nach der 1. Aufl. v. 1798, hrsgg. und übers. v. Barth), 1977.*

²⁹⁰ Meadows (Hrsg), *Die Grenzen des Wachstums*, 1972.

²⁹¹ К вопросу о потенциальном влиянии на общее международное право см.: *Dolzer/Kreuter-Kirchhof*, in *Bewahrung*, 91ff.

права» (*soft law*)²⁹²: стандартов, руководящих положений и основных категорий. Принадлежность нормы к международному экологическому праву подразумевает законченность и единообразие этой области права, которых в действительности не существует²⁹³. Кроме того, международная деятельность по охране окружающей среды не может рассматриваться в отрыве от смежных экономических вопросов (транспорта, торговли, добычи полезных ископаемых, производства энергии, туризма) и социальных вопросов (нищеты, голода, миграции, коренных народов, религии). Взаимосвязи существуют также с защитой прав человека («третьего поколения»). «Право на окружающую среду», «на здоровье» или «на воду» может быть гарантировано только там, где дышать воздухом и пить воду можно без ущерба для здоровья²⁹⁴. Охрана окружающей среды также играет определенную роль в праве, касающемся вооруженных конфликтов и охраны культурных ценностей²⁹⁵, не говоря уже о противоречивых взаимосвязях с правом международной торговли и транспорта²⁹⁶. Таким образом, международное экологическое право, регулирующее деятельность различных субъектов и содержащее многочисленные нормы и предметы, является *разделом права, пересекающимся с другими разделами и нуждающимся в систематизации*.

91
 Регулирование охраны окружающей среды часто осуществляется на глобальном уровне или, по крайней мере, на уровне континентов. Достаточно абстрактные концепции (например, о потребностях мирового сообщества в целом), стандарты и принципы (например, принцип учета интересов и принцип предотвращения), как правило, изначально конкретизируются в региональных и двусторонних соглашениях; более подробное регулирование при необходимости осуществляется на национальном уровне. Большое значение *общих принципов* (см. ниже абз. 105 и след.) и т.н. «*мягкого права*» (*soft law*) отражает структурную особенность международного права охраны окружающей среды по сравнению с общим международным правом, основанном на устаревших категориях запретов и рекомендаций.

²⁹² См.: Раздел 1. *Граф Витцум*, абз. 152.

²⁹³ См.: *Proelß*, in: *Bewahrung*, 7 (9): международное экологическое право демонстрирует «типичные симптомы... фрагментации международного права».

²⁹⁴ Общая информация к этому вопросу см. ниже абз. 118 и след.

²⁹⁵ См. Конвенцию о запрещении военного или любого иного враждебного использования средств воздействия на природную среду (сноска 261). Кроме того, о косвенном негативном воздействии на окружающую среду см. абз. 3 ст. 35, абз. 1 ст. 55 Дополнительного протокола I 1977 г. к Женевским конвенциям 1949 г. (BGBl 1990 II, 1550). Об охране окружающей среды в ходе ведения военных действий см. Раздел 8. *Bome*, абз. 70, а также *Vöneky*, *Die Fortgeltung des Umweltvölkerrechts in internationalen bewaffneten Konflikten*, 2001.

²⁹⁶ *Herrmann/Weiß/Ohler*, *Welthandelsrecht*, 2. Aufl 2007, Rn 522ff; *Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht*, 2. Aufl 2009, Rn 348ff; *Herdegen*, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 9. Aufl 2011, 90ff. По теме в целом см. также: Раздел 6. *Дольцер*, абз. 30 и след.

Международные организации и новые институционализованные формы управления, связанные с охраной окружающей среды (Международный совет по изменению климата, Межправительственная научно-политическая платформа по биоразнообразию и экосистемным услугам), играют важную роль. С некоторыми другими разделами международного права международное право окружающей среды объединяет *слабость механизмов имплементации и контроля*²⁹⁷. Международные и национальные неправительственные организации (НПО), количество которых постоянно растет, например Гринпис, Всемирный союз охраны природы (ВСОП), Всемирный фонд дикой природы (ВВФ), играют большую роль в развитии инструментов экологического права и контроля их эффективности²⁹⁸. Однако *государства* по-прежнему являются основными субъектами, осуществляющими нормотворчество (и несущими ответственность) в рамках международного права окружающей среды²⁹⁹. Особенно сильное влияние на международное и на национальное экологическое право оказывает право ЕС³⁰⁰.

2. Развитие международного экологического права

- 92 Рост производства и потребления на душу населения в большинстве индустриальных государств и скачкообразный прирост населения и ускорение индустриализации во многих развивающихся странах приводит к увеличению нагрузки на окружающую среду. Это нашло свое отражение в *истории* международного экологического права. Современный уровень его развития является результатом относительно короткого, эклектичного и динамичного развития. Первые нормы, содержавшие элементы регулирования в отношении окружающей среды, существовали уже в XVIII в.; они касались, в основном, использования и охраны трансграничных водотоков³⁰¹. Важнейшие политико-правовые стимулы для развития права в этой области дали

²⁹⁷ См.: *Ehrmann*, *Erfüllungskontrolle im Umweltvölkerrecht*, 2000; *Fitzmaurice*, *Compliance with Multilateral Environmental Agreements*, *HYBIL* 20 (2007) 19ff; к вопросу о роли международных судов см.: *Stephens*, *International Courts and Environmental Protection*, 2009.

²⁹⁸ Ограниченные возможности участия, предоставленные НПО (выступают наблюдателями на переговорах по договорам, в рамках консультативных органов и т. п.) могут быть расширены. См.: *Oberthür*, *Participation of Non-Governmental Organisations in International Environmental Cooperation*, 2002.

²⁹⁹ Имплементация норм международного права часто влечет за собой изменения национального законодательства, связанные со значительными расходами.

³⁰⁰ Европейское право охраны окружающей среды в дальнейшем рассматриваться не будет. См.: *Epiney*, *Umweltrecht in der Europäischen Union*, 2. Aufl 2005; *Krämer*, *EC Environmental Law*, 5. Aufl 2003.

³⁰¹ См.: Договор о границах между Австрией и Венецией от 17.8.1754 г. (40 CTS 215); Договор о дружбе, торговле и мореплавании между Великобританией и США от 19.11.1794 («Договор Джея», 52 CTS 243).

конференции ООН в Стокгольме (1972 год) и в Рио-де-Жанейро (1992 год). На сегодняшний день регулирование охраны окружающей среды на основании *договоров* является особенно подробным. По сравнению с соседским правом, основанным на международном обычае, оно является более конкретным и дифференцированным³⁰².

а) Истоки: соседское право и конвенции об охране видов флоры и фауны

Потребность в разрешении *конфликтов интересов между соседними государствами* явилась *первым* фактором для возникновения международного права охраны окружающей среды. Такие конфликты возникают, если деятельность на территории одного государства («государство-источник») негативно влияет на окружающую среду другого государства («государство-потерпевший») ³⁰³. В этом случае территориальный суверенитет государства-источника вступает в противоречие с неприкосновенностью государства-потерпевшего, также основанного на суверенитете. В споре с Мексикой об отборе воды американскими фермерами из пограничной реки Рио-Гранде в конце XIX в. министр юстиции США *Хармон* придерживался точки зрения, согласно которой суверенитет дает государству право использовать свою территорию по своему усмотрению ³⁰⁴. *Доктрина Хармона* основывалась на неверной предпосылке, в соответствии с которой *суверенитет* может определяться и осуществляться в одностороннем порядке. Противоположная позиция абсолютной территориальной неприкосновенности (государства-потерпевшего) была сформулирована *Максом Хубером* в 1907 г. в связи с межконтинентальным конфликтом по водопользованию ³⁰⁵. Обе позиции несовместимы с существованием множества в одинаковой степени суверенных государств ³⁰⁶. США вскоре отказались от доктрины Хармона ³⁰⁷. Развитие принципа соседского права в международном праве охраны окружающей среды напротив направлено на бесконфликтное сосуществование государств ³⁰⁸. В этой связи было установлено два по-прежнему актуальных принципа: запрет причинения значительного трансграничного

93

³⁰² К вопросу о данной проблеме см.: *Ong, International Environmental Law's «Customary» Dilemma: Betwixt General Principles and Treaty Rules, IYIL 1 (2006) 3ff.*

³⁰³ Терминология в соответствии с *Beyerlin, Umweltvölkerrecht, Rn 116.*

³⁰⁴ *Official Opinions of the Attorney-General of the United States, Bd XXI (1898) 281.*

³⁰⁵ *Berber, Die Rechtsquellen des internationalen Wassernutzungsrechts, 1955, 19.*

³⁰⁶ *Fröhler/Zehetner, Rechtsschutzprobleme bei grenzüberschreitenden Umweltbeeinträchtigungen, Bd I, 1979, 70.* Конкурирующие абсолютные претензии ограничиваются друг другом и поэтому являются относительными.

³⁰⁷ *McCaffrey, The Harmon Doctrine One Hundred Years Later, NRJ 36 (1996) 965 (997).*

³⁰⁸ См.: *Wolfrum, Entwicklung des Völkerrechts von einem Koordinations- zu einem Kooperationsrecht, in: Müller-Graff/Roth (Hrsg), Recht und Rechtswissenschaft, 2000, 421ff.*

ущерба окружающей среде и принцип сбалансированного совместного использования трансграничных ресурсов.

- 94 Запрет причинения ущерба встречается еще в гражданских кодификациях XIX в.³⁰⁹ Определяющим для признания всеобъемлющего запрета на причинение значительного ущерба окружающей среде путем трансграничного загрязнения воздуха считается арбитражное решение *по делу о плавильном заводе в Трейле* 1938 г. Выбросы вредных веществ металлургическим заводом по производству цинка в канадском населенном пункте Трейл нанесли ущерб окружающей среде США в сопредельном штате Вашингтон. Арбитраж указал в своем решении, что по международному праву ни одно государство не вправе «использовать или позволять использовать свою территорию в целях нанесения вреда посредством выброса газов непосредственно на территории либо путем их переноса на территорию другого государства..., если это воздействие имеет серьезные последствия...» (*«to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another [. . .], when the case is of serious consequence [. . .]»*)³¹⁰. В 1949 г. МС подчеркнул, что на государства возлагаются широкие обязанности «не допускать сознательного использования своей территории для действий, нарушающих права других государств» (*«not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States»*)³¹¹. Вторым принципом является *принцип сбалансированного совместного использования трансграничных ресурсов*, содержание которого было в существенной степени определено международным водным правом³¹². Еще в т.н. *споре о просачивании Дуная* 1927 г. между федеральными землями Вюртемберг и Пруссия в качестве истцов и Баден в качестве ответчика Конституционный суд Веймарской Республики ссылаясь на международное право, согласно которому «правомерные интересы заинтересованных государств должны быть справедливым образом взвешены в соотношении друг с другом»³¹³.
- 95 Помимо международного соседского права как международного обычая с начала XX в. *конвенции о защите флоры и фауны* явились вторым фактором развития международного права окружающей среды. В числе первых примеров — международные договоры, преимущественно основанные

³⁰⁹ § § 906, 823, 1004 Гражданского Уложения ФРГ в противоположность § 903 Гражданского Уложения ФРГ.

³¹⁰ *Арбитражное решение по делу о плавильном заводе в Трейле (Trail Smelter, RIAA III, 1938, 1965)*, основано на: *Eagleton, Responsibility of States in International Law, 1928, 80*: «Государство всегда обязано защищать другие государства от вредных действий индивидов, находящихся в пределах их юрисдикции» (*«A State owes at all times the duty to protect other States against injurious acts by individuals from within its jurisdiction»*).

³¹¹ *Дело о канале Корфу* (ICJ Reports 1949, 4, 22).

³¹² К этому вопросу и к дальнейшему тексту см.: *Reichert, Gewässerschutz, Rn 119ff.*

³¹³ RGZ 116, Anhang, 18 (31ff).

на антропоцентрическом подходе, подразумевающим, что сокращение поголовья определенных видов является «эффективной мерой для сохранения» (*effective preservation measure*), в том числе Договор о регулировании лова лососей в бассейне Рейна от 1885 г.³¹⁴, Конвенция об охране диких животных, птиц и рыб Африки от 1900 г.³¹⁵, Конвенция об охране птиц, полезных в сельском хозяйстве, от 1902 г.³¹⁶, Конвенция о сохранении флоры и фауны в их естественном состоянии от 1933 г.³¹⁷, а также Конвенция об охране природы и защите фауны и флоры в Западном полушарии от 1940 г.³¹⁸ Негативные экономические последствия практически полного уничтожения китов в районе Шпицбергена и в южной Атлантике привели к заключению *Конвенции о регулировании китобойного промысла*³¹⁹ в 1931 г., замененной (несколько) более эффективной конвенцией в 1946 г.³²⁰ По аналогии были созданы многочисленные специальные конвенции о рыболовстве³²¹.

Большое количество специальных конвенций позволяет учитывать тот факт, что сохранение животного и растительного мира, существующих в определенных регионах в специфических условиях, требует применения правовых инструментов, учитывающих эти особенности; немногочисленные общие принципы международного обычного права недостаточно специфичны. Кроме того, обычное право не считается общепризнанным юридическим основанием для охраны негосударственных территорий. Конвенции об охране видов растений и животных направлены на *долгосрочное обеспечение использования* фауны и флоры. На основе концепции бережного отношения из национального охотничьего, рыболовного и водного права с начала 1990-х гг. развивается новая, уже повсеместно признанная концепция

96

³¹⁴ Договор о регулировании лова лососей в бассейне Рейна от 30.6.1885 (RGBI 1886, 192).

³¹⁵ Конвенция об охране диких животных, птиц и рыб Африки от 19.5.1900 (188 CTS 418).

³¹⁶ RGBI 1906, 89.

³¹⁷ Конвенция о сохранении флоры и фауны в их естественном состоянии от 8.11.1933 (172 LNTS 241).

³¹⁸ Конвенция об охране природы и защите фауны и флоры в Западном полушарии от 12.10.1940 (161 UNTS 193).

³¹⁹ Конвенция о регулировании китобойного промысла от 24.9.1931 (155 LNTS 349).

³²⁰ Международная конвенция о регулировании китобойного промысла от 2.12.1946 (BGBl 1982 II, 559). О работе Международной китобойной комиссии см.: *Proelß, Meeresschutz, 177ff.*

³²¹ Среди конвенций и соглашений, принятых с целью предотвращения перелова, следует отметить следующие: Конвенцию по регулированию размеров ячей рыболовных сетей и допустимых для лова размеров рыб от 5.4.1946 (BGBl 1959 II, 1513); Международную конвенцию по рыболовству в северной части Тихого океана от 9.5.1952 (205 UNTS 65); (Восточноевропейское) Соглашение о сотрудничестве в области морского рыболовства от 28.7.1962 (460 UNTS 220); (Европейское) соглашение о рыболовстве от 9.3.1964 (BGBl 1969 II, 1898); Конвенцию по сохранению живых ресурсов Юго-Восточной Атлантики от 23.10.1969 (BGBl 1976 II, 1545).

*устойчивого развития*³²². Рамсарская конвенция 1971 г.³²³, Вашингтонская конвенция 1973 г.³²⁴, Боннская конвенция о сохранении мигрирующих видов диких животных 1979 г.³²⁵ и Конвенция об охране дикой фауны и флоры и природных сред обитания в Европе 1979 г.³²⁶ наглядно подтверждают, что в 1970-е гг. началось осмысление значимости экологических условий для решения проблемы охраны видов растений и животных. Актуальным и важным звеном в этой цепи является Конвенция о биологическом разнообразии 1992 г.³²⁷

б) Основные конференции по вопросам экологии

- 97 Вопреки соответствующим договорам и судебным решениям, окружающая среда как предмет международного права приобрела *общеполитическое значение* только в 1960-е гг. Результаты исследования проблем вредного воздействия пестицидов, опубликованные в 1962 г.³²⁸ и загрязнение нефтью морского пространства у берегов Западной Европы после аварии танкера «Тори Каньон» в 1967 г. послужили причиной возникновения страхов у населения³²⁹. Последствия «кислотных дождей» для лесов и озер Скандинавии сделали очевидной необходимость принятия эффективных мер. Генеральная Ассамблея ООН провела 5–16 июня 1972 г. в Стокгольме *Конференцию ООН по проблемам окружающей среды*. Кроме Плана действий³³⁰, Конференция приняла *Стокгольмскую декларацию*³³¹. Издание перечня принципов, не влекущих за собой юридических обязательств, стимулировало дальнейшее политическое развитие. Принцип 21 распространяет запрет на причинение трансграничного ущерба окружающей среде на негосударственные территории. Однако запрет нанесения ущерба релативизируется, поскольку одновременно подчеркивается право на использование ресурсов, вытекающее из суверенитета, чтобы учесть разницу в уровне

³²² См. абз. 114 и след.

³²³ Конвенция о водно-болотных угодьях, имеющих международное значение главным образом в качестве местообитания водоплавающих птиц от 2.2.1971 (996 UNTS 245; BGBI 1976 II, 1265).

³²⁴ Конвенция о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения от 3.3.1973 (993 UNTS 243; BGBI 1975 II, 773; ILM 12 [1973] 1055). См. ниже абз. 155.

³²⁵ Конвенция о сохранении мигрирующих видов диких животных от 23.6.1979 г. (ILM 19 [1980] 15); см. ниже абз. 155.

³²⁶ BGBI 1984 II, 618.

³²⁷ BGBI 1993 II, 1742. См. ниже абз. 156 и след.

³²⁸ Carson, Silent Spring, 1962.

³²⁹ См.: Stansfield, Torrey Canyon, MPEPIL IX, 948ff.

³³⁰ Action Plan for the Human Environment.

³³¹ Declaration of the UN Conference on the Human Environment (ILM 11 [1972] 1416).

экономического развития между Севером и Югом³³². Развивающиеся страны выражали опасения, что охрана окружающей среды, форсируемая индустриальными государствами, может помешать им в реализации планов социально-экономического развития³³³. Поэтому в Принципе 11 подчеркивается: «Экологическая политика всех государств должна служить увеличению существующего или будущего потенциала развивающихся стран, но не препятствовать достижению лучших условий жизни для всех» («*The environmental policies of all States should enhance and not adversely affect the present or future potential of developing countries, nor should they hamper the attainment of better living conditions for all*»). Установив тесную связь между охраной окружающей среды и развитием³³⁴, Стокгольмская декларация создала основу для концепции устойчивого развития, которая выступила на первый план два десятилетия спустя³³⁵. Последствием «Стокгольма» стало учреждение *Программы ООН по окружающей среде (ЮНЕП)* со штаб-квартирой в Найроби³³⁶. ЮНЕП создает институциональные рамки координации различных мероприятий по охране окружающей среды как в системе ООН, так и за ее пределами³³⁷ и выполняет методические функции в развитии международного экологического права.

В последующие десятилетия международное экологическое право развивалось более динамично. Были заключены многочисленные двусторонние, региональные и универсальные соглашения и конвенции. Как правило, они регламентировали охрану отдельных элементов окружающей среды (моря, воздуха, внутренних водоемов, животного и растительного мира) в соответствии с *отраслевым* подходом. Помимо названных инструментов развитию права способствовали многочисленные декларации государственных и негосударственных организаций, не влекущие за собой юридических обязательств. В этой связи следует упомянуть ЮНЕП³³⁸, Европейскую

98

³³² К вопросу о неравномерности экономического развития и конфликте между Севером и Югом см.: Раздел 6. *Дольцер*, абз. 106 и след.

³³³ Уже при подготовке Конференции в Стокгольме развивающиеся страны инициировали принятие Генеральной Ассамблеей ООН резолюции о том, что индустриальные государства несут основную ответственность за проблемы, связанные с загрязнением окружающей среды, и за их решение (Res 2849 (XXVI) от 17.1.1972).

³³⁴ *Hunter/Salzman/Zaelke*, *International Environmental Law and Policy*, 1998, 286ff.

³³⁵ См. абз. 114 и след. Поскольку одновременно упоминаются особые экономические и социальные права развивающихся стран, уже в этом документе присутствует идея общей ответственности, но в разной степени.

³³⁶ Генеральная Ассамблея ООН (Res 2997 [XXVIII] v 15.12.1972).

³³⁷ О статусе, структуре и программе действий ЮНЕП, не обладающей правосубъектностью, см.: *Kiss/Shelton*, *International Environmental Law*, 2000, 86ff.

³³⁸ См., в особенности, *UNEP Draft Principles of Conduct in the Field of the Environment for the Guidance of States in the Conservation and Harmonious Utilization of Natural Resources Shared by Two or More States* v 19.5.1978 (ILM 17 [1978] 1091).

экономическую комиссию ООН (ЕЭК ООН)³³⁹, ОЭСР, Ассоциацию международного права (АМП) и Институт международного права (ИМП), а также ВСОП и ВВФ³⁴⁰. Через десять лет после Стокгольмской конференции по проблемам окружающей среды Генеральная Ассамблея ООН приняла *Всемирную хартию природы*³⁴¹. Хартия в неимперативном порядке закрепляет охрану природы в ее целостности, и в этом проявляется эгоцентричный, *интегральный* подход. В течение 1980-х гг. пробелы действующего правового регулирования становились все более очевидными. Применение многочисленных конвенций не преодолело недостатки. Кроме того, секторальный подход частично оказывался слишком узким для решения многих комплексных проблем. Возникли и новые угрозы для окружающей среды, например озоновая дыра и глобальное потепление, которые, бесспорно, имели глобальный характер и поэтому требовали универсального сотрудничества и более общего подхода.

- 99 В этой связи Генеральная Ассамблея ООН в 1983 г. создала Всемирную комиссию по окружающей среде и развитию, которая в своем заключительном отчете («отчет Брундтланда») ³⁴² в 1987 г. вынесла на повестку дня мировой политики *концепцию устойчивого развития*³⁴³. Вскоре после этого была созвана *Конференция ООН по окружающей среде и развитию (ЮН-СЕД)*, перед которой была поставлена задача «способствовать дальнейшему развитию международного экологического права, учитывая ... особые потребности и проблемы развивающихся стран, и в этом контексте рассмотреть возможность установления общих прав и обязанностей государств в отношении окружающей среды...» («[t]o promote the further development of international environmental law, taking into account [. . .] the special needs and concerns of the developing countries») ³⁴⁴. После интенсивной подготовки ³⁴⁵ 3–14 июня 1992 г. в *Рио-де-Жанейро* состоялась *Всемирная встреча на высшем уровне по проблемам Земли*³⁴⁶. На ней выявились масштабные

³³⁹ См. декларации и рекомендации ЕЭК ООН по охране водотоков, сокращению отходов и защите видов. ЕЭК ООН отвечала за разработку конвенций о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния (см. ниже абз. 146), об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте (см. ниже абз. 109), а также по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер (см. ниже абз. 131).

³⁴⁰ См., например, Всемирную стратегию сохранения природы, в 1980 г. совместно разработанную ЮНЕП, ВСОП и ВВФ.

³⁴¹ Res 37/728, 10.1982 (ILM 22 [1983] 455); см.: *Kiss/Shelton* (примеч. 340) 64f.

³⁴² World Commission on Environment and Development (Hrsg), *Our Common Future*, 1987.

³⁴³ См. абз. 114 и след.

³⁴⁴ Генеральная Ассамблея ООН: Res 228 (XLIV) v 22.12.1989 (Conference on Environment and Development).

³⁴⁵ О работе Подготовительного комитета см.: *Johnson*, *The Earth Summit*, 1993, 19ff.

³⁴⁶ О Рио-де-Жанейрской конференции см.: *Malanczuk*, *Die Konferenz der Vereinten Nationen über Umwelt und Entwicklung (UNCED) und das internationale Umweltrecht*,

противоречия интересов, особенно в рамках длительного конфликта между Севером и Югом³⁴⁷. Индустриальные государства были заинтересованы в решении глобальных экологических проблем при участии развивающихся стран, но сами не были готовы к резкому снижению высокого уровня производства и потребления. Развивающиеся страны, в свою очередь, по-прежнему опасались чрезмерно ограничить свое экономическое развитие в случае принятия обязательств по охране окружающей среды. Поэтому они требовали, чтобы «Север» вознаградил «Юг» за согласие сотрудничать в области охраны окружающей среды освобождением от долгов и финансовой и технологической помощью. Документы, принятые на Встрече на высшем уровне в Рио-де-Жанейро, отражают этот неразрешимый конфликт между охраной окружающей среды и развитием³⁴⁸. Кроме конвенций об охране климата (см. ниже абз. 147 и след.) и защите биологического разнообразия (см. ниже абз. 156 и след.), а также Принципов лесоводства³⁴⁹, не влекущих за собой юридических обязательств, следует отметить Рио-де-Жанейрскую декларацию и «Повестку дня на XXI век».

*Рио-де-Жанейрская декларация об окружающей среде и развитии*³⁵⁰, являющаяся «наиболее значительной глобальной декларацией универсально действующих прав и обязанностей государств в отношении окружающей среды» (*the most significant universally endorsed statement of general rights and obligations of states affecting the environment*)³⁵¹, состоит из 27 (в отдельности) неимперативных³⁵² принципов, конкретизирующих концепцию устойчивого развития (*sustainable development*). В соответствии с антропоцентрическим подходом, определенным в Принципе 1, «право на развитие» должно осуществляться таким образом, чтобы будущие поколения могли удовлетворить свои потребности (Принцип 3). Применительно к устойчивому развитию охрану окружающей среды понимают как интегральную часть процесса развития (Принцип 4). Доступ граждан к информации, касающейся окружающей среды, и возможность участия граждан в судебных и административных процедурах (Принцип 10), принятие мер предосторожности

100

FS Bernhardt, 1996, 985ff.

³⁴⁷ См. также: *Beyerlin*, in: *Bewahrung*, 213ff.

³⁴⁸ См.: Сборник документов в 6 томах *Robinson* (Hrsg), *Agenda 21 and the UNCED Proceedings*, 1992.

³⁴⁹ *Statement of Principles for a Global Consensus on the Management, Conservation and Sustainable Development of all Types of Forests* v 13.6.1992 (ILM 31 [1992] 881). См.: *Schulte zu Sodingen*, *Der völkerrechtliche Schutz der Wälder*, 2002, 185ff; *Krohn*, *Die Bewahrung tropischer Regenwälder durch völkerrechtliche Kooperationsmechanismen*, 2002, 168ff.

³⁵⁰ *Declaration on Environment and Development* 13.6.1992 (ILM 31 [1992] 876).

³⁵¹ *Birnie/Boyle/Redgwell*, *International Law and the Environment*, 112.

³⁵² Принципы являются неимперативными, несмотря на формулировку «государства будут» (*States Shall*), напоминающую императивные нормы.

и оплаты издержек по принципу «загрязнитель платит»³⁵³, а также оценка экологических последствий (принципы 15–17) должны найти отражение в национальном экологическом законодательстве. Всемирная борьба за искоренение бедности подчеркивается как основная задача (Принцип 5). Ввиду различного вклада в ухудшение состояния окружающей среды и в решение экологических проблем государства несут общую, но дифференцированную ответственность (*common but differentiated responsibilities*, Принцип 7); по крайней мере, в области охраны климата указанный «базовый принцип нормотворчества» заменяет собой «классический принцип международного права, принцип равенства государств, и создает основы для новой открытости в международном сотрудничестве»³⁵⁴.

101 «Повестка дня на XXI век»³⁵⁵, подробная программа действий, содержит *детальные указания в отношении экологической политики и политики развития* для достижения цели устойчивого развития. Осуществление Повестки дня является в первую очередь задачей государств и международных организаций, но также должно поддерживаться НПО и широкой общественностью. Повестка дня включает в себя разные предметы — от политики развития и различных аспектов охраны окружающей среды до прав женщин и коренных народов, а также финансовые, технические, институциональные и правовые вопросы осуществления отдельных мер.

102 Эйфорические настроения, возникшие в результате Рио-де-Жанейрской конференции, в течение 1990-х гг. уступили место разочарованию не только в области охраны климата. Для мониторинга процессов, инициированных Рио-де-Жанейрской конференцией, была создана *Комиссия ООН по устойчивому развитию* (КУР) при Экономическом и социальном совете ООН (ЭКОСОС)³⁵⁶. На основании отчетов Комиссии в июне 1997 г. («Рио+5») Генеральная Ассамблея ООН констатировала, что состояние окружающей среды в целом ухудшилось и во многих областях возросла необходимость действия. В частности, вновь было выдвинуто требование улучшить внутреннюю координацию в рамках неоднородной системы ООН³⁵⁷.

³⁵³ См. ниже абз. 112 и след.

³⁵⁴ *Kreuter-Kirchhof*, Kooperationsformen, 557. См. также: *Kellersmann*, Die gemeinsame, aber differenzierte Verantwortlichkeit von Industriestaaten und Entwicklungsländern für den Schutz der globalen Umwelt, 2000, 35ff; *Stone*, Common But Differentiated Responsibilities in International Law, AJIL 98 (2004) 276ff.

³⁵⁵ UN Doc A/CONF.151/26/Rev.1 (1992), опубликована в Robinson (сноска 351), Vol IV, 1ff.

³⁵⁶ Генеральная Ассамблея ООН (Res 47/191 22.12.1992).

³⁵⁷ Генеральная Ассамблея ООН: UN-Generalversammlung, Res S/19–2 («Programme for the Further Implementation of Agenda 21») от 28.6.1997. КУР организовала свою работу на основании долгосрочных программ, которые касались, в частности, охраны пресных водоемов, охраны морей, устойчивого земледелия, энергии, а также защиты озонового слоя и климата.

В рамках КУР была подготовлена *Всемирная встреча на высшем уровне по устойчивому развитию*, проведенная в 2002 г. в *Йоханнесбурге* с целью придать новые импульсы процессу, начатому десять лет назад в Рио, и конкретизировать широкое понятие устойчивого развития³⁵⁸. Уже в преддверии Встречи в Декларации тысячелетия ООН 2000 г. содержался призыв к ратификации и выполнению различных конвенций³⁵⁹. Встреча в верхах, которая вновь находилась в центре внимания мировой общественности³⁶⁰, приняла Йоханнесбургскую декларацию и развернутый План осуществления³⁶¹; оба документа не содержат юридических обязательств. Декларация ограничивается общей формулировкой признания концепции устойчивого развития и международной солидарности. План осуществления содержит, в частности, инициативу более интенсивного привлечения частного сектора за счет создания государственно-частных партнерских структур (*Public-Private-Partnerships*) между международными организациями, НПО, коммерческими предприятиями и индивидами, в частности, с целью искоренения бедности, устойчивого использования природных ресурсов, развития здравоохранения, поддержки устойчивого развития на региональном уровне и улучшения организационных структур для поддержки устойчивого развития.

Результаты Конференции ООН по устойчивому развитию, проведенной в Рио-де-Жанейро в 2012 г. через 20 лет после первого саммита по проблемам Земли («Рио+20»), являются спорными. Заключительный документ («*The Future We Want*»)³⁶² этой последней крупной конференции также не является императивным и не содержит существенных изменений по сравнению с предыдущими конференциями, помимо отдельных оснований в разделе «Океаны и моря», внушающих некоторый оптимизм (например, достижение устойчивого максимально возможного вылова как цель рыболовной политики и сохранение биологического разнообразия территорий с международным режимом, открытого моря и морского дна). В связи с противоположными интересами *государств-членов БРИКС* (Бразилия, Россия, Индия, Китай, ЮАР) не был достигнут консенсус по снижению субсидий для ископаемых видов топлива и государственной поддержке развития возобновляемых источников энергии, необходимых для охраны климата. Изначально запланированное расширение функций ЮНЕП не было реализовано. Вместо этого было принято решение заменить созданную в 1992 г. КУР, на которую возлагались большие надежды, на «универсальный межправительственный

³⁵⁸ Генеральная Ассамблея ООН (Res 55/199 20.12.2000).

³⁵⁹ Генеральная Ассамблея ООН (Res 55/2, United Nations Millenium Declaration) 8.9.2000.

³⁶⁰ См.: *Beyerlin/Reichard*, The Johannesburg Summit, ZaöRV 63 (2003) 213ff.

³⁶¹ UN Doc A/CONF.199/20, Report of the World Summit on Sustainable Development, Iff, 6ff.

³⁶² UN Doc A/RES/66/288 v 11.9.2012, Annex.

политический форум на высшем уровне» («*universal, intergovernmental high-level political forum*»), статус и функции которого пока не определены³⁶³. Очевидно, что более амбициозные документы не могли быть приняты в связи с мировым финансовым кризисом.

3. Общие принципы международного экологического права

- 105 Стокгольмская и Рио-де-Жанейрская декларации³⁶⁴, многочисленные конвенции об охране окружающей среды, заявления, например КУР и ЮНЕП³⁶⁵, а также научные публикации³⁶⁶ позволяют отметить, что в последние десятилетия международное право сосредоточено на формулировании общих принципов охраны окружающей среды. Наряду с исторически сложившимися принципами соседского права как международного обычая³⁶⁷ и новыми концепциями, пока не получившими нормативного закрепления (общее наследие человечества [*common heritage of mankind*]³⁶⁸, общая задача человечества [*common concern of mankind*]³⁶⁹, общая, но дифференцированная ответственность [*common but differentiated responsibilities*]³⁷⁰), формируется концепция устойчивого развития, принцип предотвращения и принцип ответственности причинителя вреда. Несмотря на то, что правовая квалификация этих идей является спорной и должна определяться для каждого термина отдельно, все они в дальнейшем будут объединены понятием «*принципы*». Как требования оптимизации они устанавливают цель максимального осуществления определенной «идеальной задачи»³⁷¹. Следует различать материальное

³⁶³ Там же, § 84.

³⁶⁴ См. абз. 104 и след.

³⁶⁵ UN Doc E/CN.17/1996/17/Add 11.3.1996, Report of the Expert Group Meeting on Identification of Principles of International Law for Sustainable Development; UN Doc UNEP/IEL/WS/3/24.10.1996, Final Report of the Expert Group Workshop on International Environmental Law Aiming at Sustainable Development.

³⁶⁶ См.: Lang, UN-Principles and International Environmental Law, MPYUNL 3 (1999) 157ff; Schroeder, Die Koordinierung der internationalen Bemühungen zum Schutz der Umwelt, 2005; Durner (примеч. 302). Критические замечания см.: Beyerlin, «Prinzipien» im Umweltvölkerrecht — ein pathologisches Phänomen?, FS Steinberger, 2002, 31ff. Обзор см.: Epiney, Zur Einführung — Umweltvölkerrecht, JuS 2003, 1066 (1067ff).

³⁶⁷ См. абз. 94 и след.

³⁶⁸ См.: Wolfrum, Common Heritage of Mankind, EPIL I (1992) 692ff.

³⁶⁹ См.: Hunter/Salzman/Zaelke (примеч. 338) 343ff. В Рамочной конвенции об изменении климата 1992 г. и в Киотском протоколе 1997 г. охрана атмосферы Земли рассматривается как «предмет общей озабоченности человечества» и поэтому является задачей всех государств.

³⁷⁰ См.: Kiss/Shelton (примеч. 293) 257ff. Концепция основывается на принципе сотрудничества. Большой объем ответственности индустриальных государств следует из более широких возможностей защиты и их ответственности за загрязнение. См.: Kreuter-Kirchhof, Kooperationsformen, 515ff; Loibl, Umweltrecht, Rn 2389.

³⁷¹ Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs, 1995, 177ff.

содержание и формальную правовую природу («мягкое» или «жесткое» право). Независимо от *формального* аспекта императивности норм, они оказывают значительное *материальное* влияние на действительность, несмотря на то что применение абстрактных норм в конкретных случаях может быть проблематичным. Прежде всего такая дифференциация отражает упомянутые выше (см. абз. 91) структурные особенности международного права охраны окружающей среды по сравнению с общим международным правом. Догматическая классификация норм международного права охраны окружающей среды и их включение в устаревшую систему категорий источников права должны быть разработаны в будущем.

а) Запрет на трансграничное загрязнение (решение по делу плавильного завода в Трейле) и принцип предотвращения

*Запрет причинения значительного трансграничного ущерба окружающей среде (obligation not to cause significant harm)*³⁷² уже не относится к спорным международным обычаям; он считается общепризнанным принципом права и формулируется как *sic utere tue ut alienam non laedas*: «используй твое так, чтобы не причинить ущерба чужому»³⁷³. Несмотря на то, что данный принцип считается общепризнанным, до сих пор сложно установить, в каких случаях значительного трансграничного загрязнения он применяется³⁷⁴. Общепризнанное *определение понятия «загрязнение окружающей среды»*³⁷⁵, разработанное ОЭСР в 1974 г., сформулировано как «внесение человеком ... в окружающую среду веществ или энергии, оказывающих вредное влияние, вследствие которого возникает опасность для здоровья человека, причиняется вред живым ресурсам и экосистемам, наносится ущерб здоровой окружающей среде, нарушаются другие виды ее использования» (*«the introduction by man [. . .] of substances or energy into the environment resulting in deleterious effects of such a nature as to endanger human health, harm living resources and ecosystems, and impair or interfere with amenities and other legitimate uses of the environment»*)³⁷⁶. Это определение применяется теперь

³⁷² Epiney, Das «Verbot erheblicher grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen», AVR 33 (1995) 309 (318).

³⁷³ К вопросу об ограничении см.: Hinds, Das Prinzip «sic utere tu out alienum non laedas» und seine Bedeutung im internationalen Umweltrecht, AVR 30 (1992) 298 (301ff).

³⁷⁴ К этому и другим вопросам о значении, сфере применения и правовых последствиях решения по делу о плавильном заводе в Трейле см.: Bratspies/Miller, Transboundary Harm in International Law, 2006.

³⁷⁵ См.: Kiss, The International Protection of the Environment, in: Macdonald/Johnston (Hrsg), The Structure and Process of International Law, 1983, 1069 (1072); ders/Shelton (сноска 340) 268ff.

³⁷⁶ OECD, Recommendation C(74)224 of the Council on Principles Concerning Transfrontier Pollution 14.11.1974, Teil A (Introduction).

к любым видам человеческой деятельности, если они влекут за собой вредные последствия для окружающей среды. Наличие признака *ущерба* окружающей среде иногда зависит от оценки³⁷⁷. Ущерб является *трансграничным*, если он оказывает влияние на территорию другого государства. Из этого следует, как определяется понятие *соседа*: не географическая близость или даже общая граница, а каузальная связь между вредной деятельностью и нанесением ущерба окружающей среде являются определяющими³⁷⁸. Однако МС ООН на сегодняшний день исходит из *универсального, независимого от географического контекста* действия запрета причинения значительного трансграничного ущерба окружающей среде. В консультативном заключении *по ядерному оружию* 1996 г. МС так формулирует этот тезис: «Существование общего обязательства государств, предусматривающего, что деятельность, осуществляемая в пределах их юрисдикции и контроля, не должна наносить ущерб окружающей среде других государств или районов за рамками национального контроля, уже является частью системы международного экологического права» («*The existence of the general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or of areas beyond the national control is now part of the corpus of international law relating to the environment*»)³⁷⁹.

107 Запрет причинения трансграничного ущерба окружающей среде не может быть абсолютным. Еще в арбитражном решении *по делу о плавильном заводе в Трейле* содержался ограничительный критерий *значительности* ущерба, на который также ссылался арбитраж по делу *об озере Лану* в 1957 г.³⁸⁰

³⁷⁷ См. решение МС ООН *по делу о целлюлозных заводах на реке Уругвай*, ICJ Rep 2010, 14, 92 (§ 236): «...Суд будет в целом взвешивать и оценивать данные» («[...] the Court will principally weigh and evaluate the data»). Суд отказался от возможности получить научное заключение о потенциальном воздействии целлюлозного завода на окружающую среду согласно ст. 50 Статута. Критические замечания в связи с таким подходом в особом мнении судей *Аль-Хасавне* (*Al-Khasawneh*) и *Зимма* (*Simma*), там же, 108, 109ff (§ § 2ff).

³⁷⁸ *Kunig*, *Nachbarschaftliche Staatsverpflichtungen bei Gefährdungen und Schädigungen der Umwelt*, BerDGVR 32 (1992) 9 (12ff). *Schröder*, *Waldschäden als Problem des internationalen und des europäischen Rechts*, DVBl 1986, 1173 (1176ff). Шрёдер сомневается, в какой мере следует учитывать загрязнение, распространяемое на большие расстояния, в рамках принципа *sic utere tuo*. Не существует эффективного международного обычая и в отношении последствий *кумулярованного* загрязнения, т.е. в отношении выбросов, которые произошли на территории нескольких государств, если каждый выброс в отдельности является незначительным. См. также решение МС ООН *по делу о целлюлозных заводах на реке Уругвай*, ICJ Rep 2010, 14, 94ff.

³⁷⁹ ICJ Rep 1996, 226 (§ 29). См. также решение МС ООН *по делу о целлюлозных заводах на реке Уругвай*, ICJ Rep 2010, 14, 55f.

³⁸⁰ В этом решении арбитраж толковал подлежащий применению Договор о границах 26.5.1866 (Байонский договор), на нарушение которого ссылалась Испания, с точки зрения международного права и, в особенности, с точки зрения запрета трансграничного загрязнения.

В этом решении арбитраж поддержал французский проект по отводу воды из реки Фонт-Вив, которая соединяет озеро Лану во французских Пиренеях с французско-испанской пограничной рекой Карол, с целью производства электроэнергии, хотя запрет трансграничного загрязнения не был упомянут в решении. С точки зрения арбитража, отведенная вода будет вновь возвращаться в пограничную реку; *значительного* изменения качества воды также не произойдет³⁸¹. Незначительные воздействия признаны по обычному праву исключением из запрета причинения ущерба, причем значительность должна оцениваться с точки зрения государства-потерпевшего³⁸².

В связи с развитием из запрета причинения значительного трансграничного ущерба окружающей среде *общего принципа предотвращения* и подтверждением МС ООН, что данный принцип является частью международного обычного права³⁸³, возникает вопрос о том, сохранил ли запрет свое значение. Сомнения связаны с целевой установкой принципа предотвращения. Он предусматривает только обязанность государства действовать (*obligation of conduct*) с надлежащей осмотрительностью (*due diligence*), т.е. заранее принимать все объективно и субъективно возможные меры для предотвращения причинения значительного трансграничного ущерба³⁸⁴. Соблюдение технических стандартов, таких как «лучшие из существующих технологий» или «передовая экологическая практика», при этом имеет большое значение. Может ли государство по-прежнему привлекаться к ответственности, исходя из запрета причинения значительного трансграничного ущерба, т.е. исходя из результата (*obligation of result*)³⁸⁵, если оно изначально проявило надлежащую осмотрительность с целью предотвращения ущерба? Данный вопрос до сих пор окончательно не решен³⁸⁶. Практика отдельных государств не позволяет дать однозначный

108

³⁸¹ Арбитражное решение по делу *об озере Лану* (RIAA XII, 281, 303).

³⁸² *Sachariew*, The Definition of Thresholds of Tolerance for Transboundary Environmental Injury under International Law, NILR 37 (1990) 193ff.

³⁸³ Решение МС ООН по делу *о целлюлозных заводах на реке Уругвай*, ICJ Rep 2010, 14, 55f (§ 101); см. также арбитражное решение по делу *о железной дороге «Iron Rhine» («Ijzeren Rijn»)*, § 59.

³⁸⁴ Там же; см. также комментарий Комиссии международного права к ст. 3 Проекта статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности (YBILC 2001/II-2, 154).

³⁸⁵ См.: RIAA III, 1905 bzw 1938, 1965

³⁸⁶ *Beyrerlin/Marauhn*, International Environmental Law, 40f, устанавливают, что существует два аспекта общего правила о непричинении вреда: «В рамках своей запретительной функции оно <правило о непричинении вреда> запрещает государствам причинять значительный трансграничный ущерб окружающей среде. В рамках своей превентивной функции оно обязывает каждое государство заранее принимать адекватные меры по контролю и регулированию потенциальных источников значительного трансграничного вреда» («*In its prohibitive function, it forbids any state from causing significant transboundary environmental harm. In its preventive function, 'no harm' obliges every state of origin 'to take adequate measures to control and regulate in advance sources of potential significant transboundary harm'*»).

ответ на этот вопрос. МС ООН и Рио-де-Жанейрская декларация³⁸⁷ не содержат информации о запрете значительного трансграничного ущерба. Поэтому следует исходить из того, что данный запрет продолжает действовать *параллельно* с принципом предотвращения только в случаях, в которых государство допустило *использование чрезвычайно рискованной технологии*³⁸⁸.

109 По вопросам применения указанных запретов и принципов надлежит проводить интенсивные консультации. Из положений *материального* права выводятся *процедурные* обязанности, одновременно являющиеся необходимым продолжением материальных прав³⁸⁹. Первичной считается обязанность *информировать* потенциальные государства-потерпевшие об инцидентах, в результате которых мог быть нанесен значительный трансграничный ущерб окружающей среде³⁹⁰, и начинать консультации. На основании принципа 19 Рио-де-Жанейрской декларации, соответствующих норм различных многосторонних соглашений по охране окружающей среды и ст. 8 и 9 Проекта статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности Комиссии международного права³⁹¹ в настоящее время превалирует справедливое мнение о том, что эти процедурные обязанности являются частью международного обычного права³⁹². Это также касается обязанности по проведению *оценки воздействия на окружающую среду (ОВОС)* перед проведением проектов, потенциально опасных для окружающей среды. В отношении проектов, в результате которых влияние оказывается на окружающую среду за пределами отдельного государства (например, трансграничные трубопроводы), осуществление ОВОС предписано Конвенцией об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте (Конвенция Эспо) 1991 г.³⁹³ В решении по *делу о целлюлозных заводах на реке Уругвай* МС ООН установил: «Сейчас необходимость проведения оценки воздействия

³⁸⁷ В принципе 2 Рио-де-Жанейрской декларации говорится только о том, что «...государства... несут ответственность за обеспечение того, чтобы деятельность в рамках их юрисдикции или контроля не наносила ущерба окружающей среде других государств или районов за пределами действия национальной юрисдикции» («*States have [...] the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction*»).

³⁸⁸ Подробнее см.: *Proelß*, Das Urteil des IGH im Pulp Mills-Fall und seine Bedeutung für die Entwicklung des Umweltvölkerrechts, FS Schröder, 2012, 611 (620ff); см. также: *Birnie/Boyle/Redgwell*, International Law and the Environment, 147ff, особенно 150f.

³⁸⁹ *Birnie/Boyle*, International Law and the Environment, 126ff.

³⁹⁰ См. также принцип 19 Рио-де-Жанейрской декларации (см. ниже абз.105).

³⁹¹ См. сноску 387.

³⁹² См.: *Odendahl*, Umweltpflichtigkeit 139ff; *Beyerlin/Marauhn*, International Environmental Law, 227ff. В решении по *делу о целлюлозных заводах на реке Уругвай* МС ООН подчеркнул тесную связь между обязанностью по предоставлению информации и принципом предотвращения и прямо указал на то, что принцип предотвращения имеет статус международного обычая, ICJ Rep 2010, 14, 56 (§ 102).

³⁹³ На 1.12.2012 г. 45 государств-участников Конвенции, в том числе ФРГ и ЕС.

на окружающую среду может рассматриваться как требование общего международного права, если существует риск того, что предложенная промышленная деятельность могла бы оказать значительное негативное воздействие на окружающую среду в трансграничном контексте, в особенности на совместные ресурсы» («[I]t may now be considered a requirement under general international law to undertake an environmental impact assessment where there is a risk that the proposed industrial activity may have a significant adverse impact in a transboundary context, in particular, on a shared resource»)³⁹⁴. Однако требования, которые должны предъявляться к ОВОС в конкретном случае, не регулируются общим международным правом³⁹⁵. Они следуют из международных договоров, права ЕС и/или национального права.

Проблематичным является соотношение материальных принципов и процедурных обязанностей. В решении по делу о целлюлозных заводах на реке Уругвай МС ООН подчеркнул, что между обеими категориями существует «функциональная связь» («functional link»), однако отказался сделать вывод о том, что нарушение процедурной обязанности о предоставлении информации автоматически влечет за собой нарушение применимых в данном случае материально-правовых принципов, в особенности принципа предотвращения³⁹⁶. Кроме того, МС усмотрел в установлении судом факта нарушения Уругваем обязанности предоставления информации достаточную компенсацию³⁹⁷. Выраженное в этом решении нивелирование процедурных требований в связи с охраной окружающей среды представляется чрезвычайно сомнительным³⁹⁸. Обязанности по предоставлению информации и проведению консультаций играют важную роль в имплементации и применении материального права на практике (охрана окружающей среды при помощи процедуры) и даже являются единственной возможностью обеспечить действенность международного экологического права³⁹⁹.

110

б) Принцип пропорционального совместного использования трансграничных ресурсов

Суть принципа пропорционального совместного использования трансграничных ресурсов⁴⁰⁰ заключается в том, что при использовании ресурсов

111

³⁹⁴ Решение по делу о целлюлозных заводах на реке Уругвай, ICJ Rep 2010, 14, 83 (§ 204).

³⁹⁵ Там же, 83f (§ 205).

³⁹⁶ Там же, 47ff (§ 71ff).

³⁹⁷ Там же, 102ff (§ § 269, 272ff). Об удовлетворении претензий как правовом последствии ответственности государств см.: Раздел 7. Шрёдер, абз. 32.

³⁹⁸ Справедливая критика в особом мнении судей Аль-Хасавне и Зиммы, ICJ Rep 2010, 14, 108, 120 (§ 26f).

³⁹⁹ Подробное описание и критические замечания: Proelß (сноска 391) 616ff.

⁴⁰⁰ В различных источниках используются разные термины со сходными значениями: разумное / сбалансированное / честное / соразмерное / справедливое /

должны учитываться интересы других государств, на территорию которых также простираются эти ресурсы. Несмотря на то, что этот принцип обсуждался с 1970-х гг. в связи с руководящими положениями ЮНЕП по использованию различных совместных природных ресурсов (*shared natural resources*)⁴⁰¹ (минералы, залежи нефти и газа, леса, горы, воздух)⁴⁰², он, в значительной степени, сформировался в международном водном праве⁴⁰³. Целью принципа равного использования (*equitable utilization*) соответственно является не установление схематичного равенства заинтересованных сторон, а дифференцированный баланс интересов, который должен учитывать особые обстоятельства каждого дела и, таким образом, устанавливать «справедливый» баланс экономических и экологических интересов⁴⁰⁴. Критерии были установлены АМП в *Хельсинкских правилах пользования водами международных рек* (1966), не являющихся обязательными⁴⁰⁵. В соответствии с указанными критериями принимаются во внимание численность населения сопредельных государств, их социальноэкономические потребности, а также наличие дополнительных водных ресурсов. На практике принцип сбалансированного совместного использования (трансграничных ресурсов) был закреплен в двусторонних и многосторонних соглашениях и договорах по отдельным водным ресурсам⁴⁰⁶, а также в предл. 1 абз. 1 ст. 5 *Конвенции ООН о праве несудоходного использования международных водотоков* от 21 марта 1997 г.⁴⁰⁷ МС ООН подтвердил действие указанного принципа в отношении внутренних вод⁴⁰⁸. Несмотря на признание международным правом принципа сбалансированного совместного использования (трансграничных ресурсов), этот принцип малоэффективен уже в силу своей неопределенности. В конечном итоге *только грубые нарушения* указанного принципа *могут быть однозначно установлены*, как в деле «Габчиково-Надьмарош». Таким образом, подтверждается тот факт, что принцип совместного использования (трансграничных ресурсов) следует понимать как указание, адресованное государствам, искать справедливый баланс

пропорциональное (совместное) пользование трансграничными / разделенными / совместными ресурсами.

⁴⁰¹ Об основаниях акта см.: *Reinicke*, Die angemessene Nutzung gemeinsamer Naturgüter, 1991, 8ff.

⁴⁰² См.: *Odendahl* (сноска 292) 163ff; *Durner*, Common Goods, 2001, 74ff.

⁴⁰³ См.: *Reichert*, Gewässerschutz, 119ff.

⁴⁰⁴ См. также решение МС ООН *по делу о целлюлозных заводах на реке Уругвай*, ICJ Rep 2010, 14, 74f (§ 175, 177).

⁴⁰⁵ ILA (Hrsg), Report of the Fifty-second Conference Held at Helsinki, 1966–7, 484ff.

⁴⁰⁶ Ссылки см.: *Reinicke* (ссылка 404) 37ff; *Ule*, Das Recht am Wasser, 1998, 165ff.

⁴⁰⁷ Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses, ILM 36 (1997) 700.

⁴⁰⁸ *Решение по делу Габчиково-Надьмарош*, ICJ Rep 1997, 7, 56 (§ 85).

интересов. В морском праве также необходимо стремиться «к достижению справедливого решения» (*equitable solution*) по специфическим вопросам делимитации⁴⁰⁹.

в) Принцип предупреждения и принцип ответственности причинителя вреда

Основу принципа предупреждения (*Vorsorgeprinzip, precautionary principle*), происходящего из немецкого экологического права⁴¹⁰ и закрепленного в праве ЕС⁴¹¹, составляет идея, согласно которой защита окружающей среды наиболее эффективна, когда предупреждается само причинение ущерба окружающей среде. После того как идее предупреждения впервые было уделено особое внимание в рамках конференций по охране Северного моря в 1980-е гг., она была закреплена в конвенциях об охране моря⁴¹², внутренних вод⁴¹³, видов животных и растений⁴¹⁴, а также климата⁴¹⁵ и признана как принцип охраны окружающей среды в целом в Рио-де-Жанейрской декларации 1992 г. (принцип 15)⁴¹⁶. Насколько принцип предупреждения в этой связи уже является частью международного права, до сих пор однозначно не установлено⁴¹⁷. Результаты дискуссии на эту тему были и остаются незначительными. Было бы целесообразно сконцентрироваться на том, каким образом идея

⁴⁰⁹ См. абз. 1 ст. 74 и абз. 1 ст. 83 КМП. См. также выше абз. 59.

⁴¹⁰ *Sands, Principles I*, 208. О принципе предупреждения в немецком праве см.: *Schmidt/Kahl, Umweltrecht*, 7. Aufl 2006, 9f, 95f.

⁴¹¹ См. абз. 2 ст. 191 ДФЕС.

⁴¹² См. п. а абз. 2 ст. 2 Конвенции по охране морской среды Северо-Восточной Атлантики (ОСПАР) от 22.9.1992 (BGBl 1994 II, 1360). См. также определение загрязнения в № 4 абз. 1 ст. 1 КМП («... которое приводит или может привести к ... пагубным последствиям»).

⁴¹³ См. п. а абз. 5 ст. 2 Конвенции по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер от 17.3.1992 (BGBl 1994 II, 2334).

⁴¹⁴ См. п. 9 Преамбулы Конвенции о биологическом разнообразии (КБР) от 22.6.1992 (BGBl 1993 II, 1742).

⁴¹⁵ См. абз. 3 ст. 3 Рамочной конвенции ООН об изменении климата от 29.5.1992 (BGBl 1993 II, 1784).

⁴¹⁶ Принцип 15 гласит: «В целях защиты окружающей среды государства в соответствии со своими возможностями широко применяют принцип принятия мер предосторожности. В тех случаях, когда существует угроза серьезного или необратимого ущерба, отсутствие полной научной уверенности не используется в качестве причины для отсрочки принятия экономически эффективных мер по предупреждению ухудшения состояния окружающей среды».

⁴¹⁷ Обоснованный дифференцированный подход см.: *Birnie/Boyle/Redgwell, International Law and the Environment*, 159ff; *Beyerlin/Marauhn, International Environmental Law*, 55f. См. также: *Trouwborst, Evolution and Status of the Precautionary Principle in International Law*, 2002. Камера по спорам, касающимся морского дна, отвечает на вопрос, в принципе, утвердительно, ILM 50 (2011), 455 (§§ 131, 135).

предупреждения может эффективно применяться на практике⁴¹⁸. Проблема квалификации принципа предупреждения связана прежде всего с тем, что концепции данного принципа в разных конвенциях отличаются⁴¹⁹. В принципе, во всех конвенциях речь идет о рисках для окружающей среды, причем неизвестно, насколько они реализуются, что важно с экономической точки зрения: *управление рисками и оценка рисков*⁴²⁰. Какие правовые последствия вытекают из применения данного принципа (например, переход бремени доказывания на государство, которое ссылается на незначительность деятельности, потенциально вредной для окружающей среды⁴²¹, или обязанность государства принимать меры, если существует возможность причинения ущерба окружающей среде⁴²²), однозначно не установлено⁴²³. Бесспорно, принцип предупреждения с середины 1980-х гг. применялся государствами на практике и упоминался в многочисленных международных договорах, сферы действия которых частично пересекаются. Это обстоятельство, а также содержащийся в нем запрет оптимизации и его направленность на управление рисками, вследствие чего он является неопределенным с научной точки зрения, дают возможность в будущем, особенно в связи с проблемой изменения климата, развить на базе данного принципа *процедурный механизм оценки*, позволяющий разрешать коллизии между разными

⁴¹⁸ См.: *Proelß*, Das Umweltrecht vor den Herausforderungen des Klimawandels, JZ 2011, 495ff.

⁴¹⁹ См. также: *Böckenförde*, The Operationalization of the Precautionary Approach in International Environmental Law Treaties, ZaöRV 63 (2003) 313 (314); *Epiney/Scheyli*, Strukturprinzipien, 45: «Наряду с вопросом о том, насколько принцип или правило поведения являются международным обычаем, всегда возникает вопрос о нормативном содержании правила».

⁴²⁰ *Epiney/Scheyli*, Strukturprinzipien, 91f; *Beyerlin/Marauhn*, International Environmental Law, 55. — От принципа предотвращения (см. выше абз. 108 и след.) принцип предупреждения отличается тем, что причинно-следственная связь между деятельностью и ущербом окружающей среде не требуется; см.: *Cameron/Abouchar*, The Status of the Precautionary Principle in International Law, in: Freestone/Hey (Hrsg), The Precautionary Principle and International Law, 1996, 29 (45). В связи с принципом предупреждения требования к вероятности причинения ущерба тем ниже, чем значительнее потенциальный ущерб.

⁴²¹ В целом одобрительно *Request for Examination*, Diss Op *Weeramantry*, ICJ Rep 317, 343; *Verschuuren*, Principles, 87; отклоняет такой подход МС ООН в решении по *делу о целлюлозных заводах на реке Уругвай*, ICJ Rep 2010, 14, 71 (§ 164); *Birnie/Boyle/Redgwell*, International Law and the Environment, 158f. Положения о переходе бремени доказывания содержатся только в п. с абз. 3 ст. 3 Приложения II ОСПАР; Прельсс предполагает, что это правило также применимо к п. а абз. 2 ст. 2 ОСПАР, см.: *Proelß*, Meeresschutz, 203f.

⁴²² См., например, п. а абз. 2 ст. 2 ОСПАР.

⁴²³ Однозначный ответ см.: *Birnie/Boyle/Redgwell*, International Law and the Environment, 160ff.

режимами экологического международного права⁴²⁴ (например, между КБР и Рамочной конвенцией об изменении климата и Киотским протоколом⁴²⁵).

После того как ОЭСР⁴²⁶ и ЕС⁴²⁷ сформулировали первые определения *принципа ответственности загрязнителя (polluter pays-principle)* в начале 1970-х гг., он был закреплён на универсальном уровне в Принципе 16 Рио-де-Жанейрской декларации: «Национальные власти должны стремиться содействовать интернализации экологических издержек..., принимая во внимание подход, согласно которому загрязнитель должен, в принципе, покрывать издержки, связанные с загрязнением, должным образом учитывая общественные интересы и не нарушая международную торговлю и инвестирование» («*National authorities should endeavour to promote the internalization of environmental costs [...] taking into account the approach that the polluter should, in principle, bear the cost of pollution, with due regard to the public interest and without distorting international trade and investment*»). Являясь одновременно *принципом распределения издержек*, принцип ответственности причинителя вреда возлагает на виновника загрязнения ответственность за издержки, связанные с предотвращением или ликвидацией последствий загрязнения. Это положение базируется на представлении о том, что экономический стимул поведения отсутствует, если издержки оплачиваются третьими лицами и «загрязнитель» может не включать эти расходы в свои расчеты. Принуждение к «интернализации» «внешних последствий» должно привести к изменению поведения в пользу охраны окружающей среды⁴²⁸. Многие аспекты принципа ответственности причинителя вреда до сих пор остаются спорными. Следовательно, пока еще рано говорить о его универсальном действии как международного обычая⁴²⁹, несмотря на его включение в различные международные договоры⁴³⁰.

⁴²⁴ Proelß (сноска 421) 499ff; подробнее см.: Güssow, Sekundärer maritimer Klimaschutz, 2012, 227ff. С точки зрения права ЕС КОМ(2000) 1 endg v 2.2.2000, 3ff; см. также: Arndt, Das Risikoverständnis der Europäischen Union unter besonderer Berücksichtigung des Vorsorgeprinzips, in: Jaeckel/Janssen (Hrsg), Risikodogmatik im Umwelt- und Technikrecht, 2012, 35 (45ff).

⁴²⁵ Wolfrum/Matz, Conflicts in International Environmental Law, 2003, 78ff.

⁴²⁶ Guiding Principles Concerning International Economic Aspects of Environmental Policies (ILM 11 [1972] 1172ff). О роли ОЭСР см.: Brown Weiss et al, International Environmental Law and Policy, 1998, 523ff.

⁴²⁷ Заявление Европейского Совета и входящих в Совет представителей правительств государств-членов от 22.11.1973 о Программе действий ЕС по охране окружающей среды (ABl EG 1973, Nr C 112/1).

⁴²⁸ Feess, Umweltökonomie und Umweltpolitik, 1995, 18f.

⁴²⁹ Epiney/Scheyli, Strukturprinzipien, 154ff.

⁴³⁰ См., например, п. b абз. 5 ст. 2 Конвенции ЕЭК ООН о водотоках; п. b абз. 2 ст. 2 ОСПАР.

г) Концепция устойчивого развития

114 После Встречи на высшем уровне в Рио-де-Жанейро, состоявшейся в 1992 г., концепция «устойчивого развития» (*sustainable development*) стала доминирующей на национальном⁴³¹, наднациональном⁴³² и международном уровне⁴³³. Сегодня указанная концепция пронизывает все разделы экологического права, однако ее содержание и статус остаются спорными. Одним из характерных признаков неопределенности содержания концепции является бледность соответствующего немецкого термина (*Nachhaltigkeit*); поэтому он частично заменяется не менее расплывчатыми выражениями: «способность поддержания стабильности» (*Bestandsfähigkeit*), «долговечность» (*Dauerhaftigkeit*) или «перспективность» (*Zukunftsfähigkeit*). Поскольку термин «*Nachhaltigkeit*» уже широко используется в других политических контекстах, невозможно не согласиться с утверждением, согласно которому речь идет о бессодержательном слове-паразите, о «заклинании»⁴³⁴, которому можно присвоить практически любое значение.

115 Термин «устойчивое развитие» (*Nachhaltigkeit*) применялся в германском лесном праве еще в XVIII в. и обозначал принцип, согласно которому для получения постоянного дохода, связанного с лесом, нельзя изымать большее количество древесины, чем может быть компенсировано за счет роста оставшихся и высадки новых деревьев. Этот принцип *бережного отношения*, который связывает использование и сохранение, имеет место также в области охраны видов растений и животных⁴³⁵. В начале 1970-х гг. соотношение между социоэкономическим развитием, с одной стороны, и возрастающими рисками причинения ущерба окружающей среде, с другой стороны, воспринималось как неразрешимое противоречие. В отчете Брундтланда 1987 г. была предпринята попытка преодолеть этот антагонизм с помощью интеграционного подхода⁴³⁶. Устойчивое развитие определялось как концепция, «которая соответствует современным потребностям и не лишает

⁴³¹ К вопросу об имплементации в ФРГ см.: *Rehbinder*, Das deutsche Umweltrecht auf dem Weg zur Nachhaltigkeit, NVwZ 2002, 657ff.

⁴³² В праве ЕС указанный принцип закреплен в Преамбуле и абз. 3 ст. 3 Договора о ЕС, ст. 11 ДФЕС, а также в ст. 37 Хартии ЕС об основных правах. См.: *Epiney*, Zum Konzept der Nachhaltigen Entwicklung in der EU, in: *Lang/Hohmann/Epiney* (Hrsg.), Das Konzept der Nachhaltigen Entwicklung, 1999, 43 (47ff); *Frenz/Unnerstall*, Nachhaltige Entwicklung im Europarecht, 1999.

⁴³³ *Rest*, Die rechtliche Umsetzung der Rio-Vorgaben in der Staatenpraxis, AVR 34 (1996) 145 (151ff); *Bartholomäi*, Sustainable Development und Völkerrecht, 1997.

⁴³⁴ *Kahl*, Der Nachhaltigkeitsgrundsatz im System der Prinzipien des Umweltrechts, Festschrift Schmidt, 2002, 111 (113f).

⁴³⁵ См. абз. 95 и след.

⁴³⁶ Об истории развития понятия см.: *Schröder*, Sustainable Development, AVR 34 (1996) 251ff; *Beaucamp*, Das Konzept der zukunftsfähigen Entwicklung im Recht, 2002, 15ff.

будущие поколения возможности удовлетворять их собственные потребности. <При этом речь идет о> типе развития, интегрирующем производство с сохранением и развитием ресурсов и связывающем оба аспекта с обеспечением адекватного благосостояния для всех и равным доступом к ресурсам» («*that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs. <This is> a type of development that integrates production with resource conservation and enhancement, and that links both to the provision for all of an adequate livelihood base and equitable access to resources*») ⁴³⁷. Вскоре после этого концепция была признана Рио-де-Жанейрской декларацией ⁴³⁸.

Устойчивое развитие или развитие, не оказывающее негативного воздействия на окружающую среду, имеет *антропоцентрическую направленность*. Оно нацелено на долгосрочное удовлетворение социальноэкономических потребностей всех людей, на адекватные условия жизни для всего населения Земли (*intragenerational equity*), причем не за счет будущих поколений (*intergenerational equity*) ⁴³⁹. Достижение этой цели возможно, только если соответствующие *экологические, экономические и социальные* задачи в силу их взаимозависимости будут осуществляться на основе *комплексного подхода* ⁴⁴⁰. Таким образом, экономическое развитие и борьба с бедностью стали центральными темами международной политики по охране окружающей среды. С таким *интегративным* подходом несовместимы требования об ограничении открытого понятия устойчивого развития аспектом защиты окружающей среды ⁴⁴¹.

Вследствие того, что понятие «устойчивое развитие» нуждается в конкретизации, оно не может рассматриваться как признанный международный обычай, и из его упоминания в большинстве соответствующих международных договоров, заключенных с 1992 г., не следуют юридические обязательства ⁴⁴². МС ООН в решении по делу *Габчиково-Надьмарош* определил «устойчивое развитие» как «концепцию»: «Необходимость совместить

⁴³⁷ WCED (Hrsg), *Our Common Future*, 1987, 39ff. Ebd, 43, der voranstehende Satz.

⁴³⁸ «В целях достижения устойчивого развития защита окружающей среды должна составлять неотъемлемую часть процесса развития и не может рассматриваться в отрыве от него» (Принцип 4).

⁴³⁹ Об этом см.: *Brown Weiss*, *Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment*, AJIL 84 (1990) 198ff.

⁴⁴⁰ World Bank (Hrsg), *World Development Report 2003*, 14; см. также решение МС ООН по делу о *целлюлозных заводах на реке Уругвай*, ICJ Rep 2010, 14, 75 (§ 177). Отдельные случаи применения см.: *Schrijver/Weiss* (Hrsg), *International Law and Sustainable Development*, 2004.

⁴⁴¹ Об иной точке зрения см.: *Kahl* (примеч. 378) 126ff; *Epiney*, *Sustainable Use of Freshwater Resources*, ZaöRV 63 (2003) 377 (379).

⁴⁴² См. также: *Beyerlin*, *Umweltvölkerrecht*, Rn 37; *Birnie/Boyle*, *International Law and the Environment*, 95ff; *Beaucamp* (примеч. 383) 79ff.

экономическое развитие с охраной окружающей среды адекватно выражена в концепции устойчивого развития» («[The] need to reconcile economic development with protection of the environment is aptly expressed in the concept of sustainable development») ⁴⁴³. Концепция еще не является «принципом, обладающим нормативной ценностью» ⁴⁴⁴. Однако квалификация концепции как «мягкого» права (*soft law*) ничего не говорит о его влиянии на юридическую практику и правовую политику.

4. Охрана окружающей среды и права человека

- 118 В результате создания дифференцированной системы норм международного экологического права в 1970-е гг. *связи с другими разделами международного права* являются важной темой, находящейся в центре внимания. Возрастающее значение индивидуально-правовых аспектов, т.е. в данном случае взаимосвязей между охраной окружающей среды и правами человека ⁴⁴⁵, связано с развитием международного права в целом от формального права, регулирующего отношения между государствами, в направлении правопорядка, основанного на ценностях, легитимация которого связана с правами индивида ⁴⁴⁶, что подчеркивается признанием действия основных прав человека *erga omnes* ⁴⁴⁷. На вопрос, существует ли особое право индивида на незагрязненную окружающую среду ⁴⁴⁸, на сегодняшний день приходится ответить, что на глобальном уровне соответствующая гарантия до сих пор отсутствует. Несмотря на то, что еще в принципе I Стокгольмской декларации установлено, что «человек имеет основное право на свободу, равенство и благоприятные условия жизни в окружающей среде, качество которой позволяет вести достойную и процветающую жизнь, и несет главную ответственность за охрану и улучшение окружающей среды на благо нынешнего и будущих поколений» («[m]an has the fundamental right to freedom, equality and adequate conditions of life, in an environment of a quality that permits a life of dignity and well-being, and he bears a solemn responsibility to protect and improve the environment for present and future generations»), на основании этого принципа в международном праве не возникло основное право

⁴⁴³ ICJ Reports 1997, 7 (§ 140).

⁴⁴⁴ См.: там же, 85 (особое мнение судьи *Виранмантри* (*Weeramantri*), который придерживается противоположной точки зрения).

⁴⁴⁵ Общая информация см.: *Boyle*, Environment and Human Rights, MPEPIL III, 446ff; *Beyerlin/Marauhn*, International Environmental Law, 391ff; *Birnie/Boyle/Redgwell*, International Law and the Environment, 268ff.

⁴⁴⁶ См. Раздел 1. *Граф Витцтум*, абз. 8, 71; Раздел 3. *Кау*, абз. 14 и след., 229 и след.

⁴⁴⁷ См. Решение МС ООН по делу «*Барселона Трэжин*», ICJ Rep 1970, 3, 32.

⁴⁴⁸ Например, *Riedel*, Menschenrechte der dritten Dimension, EuGRZ 1989, 9ff; *Fitzmaurice*, The Human Right to Water, Fordham ELR 18 (2007) 537ff

человека на благоприятную окружающую среду⁴⁴⁹. Соответствующая гарантия закреплена только в ст. 24 региональной Африканской хартии прав человека и народов⁴⁵⁰.

Косвенно индивидуально-правовой аспект охраны окружающей среды **119** входит в состав прав человека «первого и второго поколения», включенных в Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г. (МПГПП)⁴⁵¹ и Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (МПЭСКП)⁴⁵². Это касается прежде всего права на жизнь (ст. 6 МПГПП), а также права на свободное передвижение и свободный выбор места жительства на территории собственной страны (ст. 12 МПГПП), права на здоровье (ст. 12 МПЭСКП) и права на достаточный уровень жизни (ст. 11 МПЭСКП)⁴⁵³. В особом мнении к решению МС ООН по делу Габчиково-Надьмарош охрана окружающей среды была обозначена как «*condicio sine qua non* многочисленных прав человека»⁴⁵⁴. Несмотря на то, что права человека «первого и второго поколения» не были «направлены на охрану окружающей среды как таковой»⁴⁵⁵, существуют многочисленные защитные нормы, которые регулярно нарушаются или могут быть нарушены при нанесении ущерба окружающей среде.

Более проблематичной является *эффективность защиты прав человека на практике*⁴⁵⁶. Судебная практика до сих пор очень ограничена. Например, Межамериканская комиссия по правам человека исходит из того, что право на жизнь нарушается, только если действия государства, которые могут быть ему вменены, такие как выдача концессионного разрешения на разработку природных ресурсов, или его полное бездействие привели к *значительному* **120**

⁴⁴⁹ См. также принцип 2 Проекта декларации ООН о принципах прав человека и окружающей среде (<<http://fletcher.tufts.edu/multi/www/1994-decl.html>>): «Все люди имеют право на безопасную, здоровую и экологически благоприятную окружающую среду» («*All persons have the right to a secure, healthy and ecologically sound environment*»). Проект был отклонен многими государствами и не получил дальнейшего развития, см.: *Birnie/Boyle/Redgwell, International Law and the Environment*, 278ff.

⁴⁵⁰ African Charter on Human and Peoples' Rights от 27.6.1981 (1520 UNTS 217). К вопросу о толковании ст. 24 см. Отчет Африканской комиссии по правам человека от 27.10.2001, Application No 155/96, *SERAC v Nigeria*, § 52, на сайте <http://www.achpr.org/files/sessions/30th/communications/155.96/achpr30_155_96_eng.pdf>.

⁴⁵¹ BGBl 1973 II, 1534.

⁴⁵² BGBl 1973 II, 1570.

⁴⁵³ К вопросу об изменении климата см. неимперативную Мальскую декларацию о человеческом факторе в глобальном изменении климата от 14.11.2007 (<http://www.ciel.org/Publications/Male_Declaration_Nov07.pdf>).

⁴⁵⁴ Особое мнение судьи Вирамантри (*Weeramantry*) в решении МС ООН по делу *Габчиково-Надьмарош*, ICJ Rep 1997, 7, 88, 91.

⁴⁵⁵ Решение ЕСПЧ по делу Киргатов (*Kyratatos*) против Греции, § 52.

⁴⁵⁶ К вопросу о нарушении ст. 8 ЕКПЧ посредством загрязнения окружающей среды см.: EGMR, EuGRZ 1995, 530ff (*Лопес Остра* (*López Ostra*) против Испании).

ухудшению состояния окружающей среды. При этом было установлено, что могут быть нарушены только права граждан государства, проживающих на его территории, в особенности представителей коренных народов⁴⁵⁷. Жалоба, поданная эскимосами Аляски и Канады в 2005 г., о том, что их права были нарушены в результате глобального потепления, причиной которого являются выбросы парниковых газов промышленными предприятиями США, была отклонена Межамериканской комиссией по правам человека на основании того, что доказывание представляется проблематичным⁴⁵⁸. Обеспечение соблюдения прав человека в связи с качеством окружающей среды в целом неэффективно, в первую очередь, поскольку сложно найти доказательства для вменения государству в вину причинения ущерба.

121 Роль защиты прав индивида в контексте международного права охраны окружающей среды остается ограниченной. В будущем, в особенности в связи с изменением климата⁴⁵⁹, представляется целесообразным включить в вышеуказанные принципы международного экологического права элемент, связанный с правами человека⁴⁶⁰. Концепция справедливости и соразмерности, являющаяся частью этих принципов, теоретически открыта для включения в нее стандартов, связанных с правами человека. Насколько и в каком объеме международное сообщество сочтет учет таких стандартов легитимным и даже желательным (до сих пор это признано только в отношении сопредельных государств), покажет будущее. Кроме того, доступ к информации, релевантной для окружающей среды, и право на участие в административных процедурах и судебных процессах регулирует (*Орхусская*) Конвенция о доступе к информации, участии общественности в процессе принятия решений и доступе к правосудию по вопросам, касающимся окружающей среды от 25.6.1998⁴⁶¹. В ней закреплены права общественности на участие в определенных процедурах принятия решений, за счет чего усиливается взаимосвязь между охраной окружающей среды и правами человека.

⁴⁵⁷ См. Отчет о ситуации с правами человека в Эквадоре 1997 г., OEA/Ser.L/V/II.96, doc 10, rev 1, chap VIII, <<http://www.cidh.oas.org/countryrep/ecuador-eng/chaper-8.htm>>.

⁴⁵⁸ См.: *Abate*, Climate Change, the United States, and the Impacts of Arctic Melting, Stanford JIL 43 (2007) 3ff.

⁴⁵⁹ В особенности, проблема т. н. *климатических беженцев* должна быть решена на международном уровне. В этой связи возможна разработка дополнительного протокола по проблемам беженцев к Конвенции ООН по защите климата, см.: *Biermann/Boas*, Für ein Protokoll zum Schutz von Klimaflüchtlingen, VN 1/2008, 10ff. В качестве исходного документа могут быть использованы Руководящие принципы по вопросу о перемещении лиц внутри страны, принятые в 1998 г. Комиссией ООН по правам человека и ГА (<<http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/43ce1cff2.pdf>>).

⁴⁶⁰ *Birnie/Boyle/Redgwell*, International Law and the Environment, 299f; *Shelton*, Equitable Utilization of the Atmosphere, in *Humphreys (Hrsg)*, Human Rights and Climate Change. 2010, 91ff.

⁴⁶¹ ILM 38 (1999) 517. См. *Beyerlin/Marauhn*, International Environmental Law, 234ff mwN.

5. Инструменты международного экологического права по сферам

Рассматриваемые в дальнейшем в соответствии с общими принципами инструменты международного экологического права по сферам, как правило, следуют одному из двух способов регулирования: фрагментарному подходу (*piecemeal approach*) или подходу, основанному на рамочной конвенции и протоколах (*framework convention and protocol approach*)⁴⁶². Согласно первому подходу выделяются отдельные экологические аспекты из обширного комплекса проблем и регулируются специальными положениями. Преимущество данного метода состоит в том, что регулирование специфической экологической проблемы, как правило, может быть создано быстро и эффективно. Необходимое для этого совпадение интересов государств, которых касается данная проблема, может быть достигнуто, прежде всего, на региональном уровне. Однако существует опасность того, что в правовых инструментах не могут быть учтены сложные фактические взаимосвязи. С этой точки зрения, предпочтительнее подход, основанный на рамочной конвенции и протоколах, который применяется в особенности в отношении глобальных экологических проблем (климат, озоновый слой, охрана флоры и фауны). Для него характерно подробное регулирование определенного комплекса проблем в рамках процедуры, состоящей из нескольких стадий: в то время как рамочная конвенция содержит общие принципы мирного урегулирования споров и т. д., конкретные права и обязанности конкретизируются позже в протоколах. Таким образом, системы договоров могут быть адаптированы к новым проблемам и новым данным, иногда в рамках упрощенной процедуры изменения договора (*tacit acceptance*)⁴⁶³. В сфере охраны флоры и фауны, а также частично в сфере защиты определенных видов природной среды от загрязнения часто используется сходный подход, основанный на конвенциях и приложениях (*convention and annexes approach*), в рамках которого охраняемые виды флоры и фауны (или вредные вещества, выброс которых должен быть ограничен) подразделяются в зависимости от степени угрозы вымирания (или, соответственно, степени вредности веществ) и вносятся в отдельные

122

⁴⁶² См.: *Beyerlin/Marauhn*, International Environmental Law, 269ff.

⁴⁶³ Наиболее сложная процедура действует для Монреальского протокола по веществам, разрушающим озоновый слой (см. ниже абз. 151 и след.): согласно п. с абз. 9 ст. 2 изменения приложений должны «по возможности» осуществляться на основании консенсуса, но, по меньшей мере, необходимо согласие 2/3 участников. Кроме того, большинство индустриальных государств и развивающихся стран должны одобрить решение. Однако не существует возможности исключения (*opting out*), при которой действие измененных норм не распространялось бы на участников, не согласных с изменениями (см. п. d абз. 9 ст. 2).

приложения к конвенции, т. н. внесение в перечни (*listing*)⁴⁶⁴. В зависимости от того, в каком приложении содержится предмет, применяются различные режимы. В отношении изменений приложений (т. н. перенесение в другой перечень), как правило, действует упрощенная процедура изменения договора⁴⁶⁵.

а) Охрана внутренних вод

123 В начале XXI в. загрязнение водных пространств, количество наводнений и недостаток воды в различных регионах существенно возросли. Шестая часть населения Земли — более одного миллиарда человек — не имеет доступа к чистой воде. Споры о водных ресурсах играют большую роль во многих международных конфликтах⁴⁶⁶. Нормы международного права о *трансграничных водах*, которых в мире более пятисот, отражают многочисленные функции, которые выполняют вода и пресноводные экосистемы⁴⁶⁷. Одновременно оно конкретизирует виды причиняемого ущерба, типичные для указанных систем.

124 Право о внутренних водоемах и водотоках относится к старейшим подразделам международного экологического права с наиболее подробным регулированием. Возникновение первых цивилизаций было связано с крупными реками (Инд, Ганг, Нил, Евфрат и Тигр). Уже в древние эпохи возникали конфликты по поводу использования ограниченных водных ресурсов⁴⁶⁸. Расцвет промышленности и торговли в Европе и Северной Америке в XVIII в. привел к интенсивному использованию вод. На крупных реках увеличилось судоходство. С развитием индустриализации и ростом населения в середине XIX в. развиваются новые формы водопользования. Для массового индустриального производства и для выработки энергии использование воды было необходимой предпосылкой. Поэтому уже на ранней стадии возникали межгосударственные конфликты, для разрешения которых заключались

⁴⁶⁴ Например, СИТЕС и Боннская конвенция о сохранении мигрирующих видов диких животных (см. ниже абз. 155).

⁴⁶⁵ В большинстве случаев перенесение в другой перечень должно быть одобрено на конференции государств-участников большинством в 2/3 голосов. Такие решения являются обязательными для тех участников, которые не заявили о своем несогласии в рамках определенного срока.

⁴⁶⁶ К вопросу о связи между международным экологическим правом и международной безопасностью см.: *Matz-Lück*, The Benefits of Positivism, in: Nolte (Hrsg), Peace through International Law, 2009, 125 (126ff).

⁴⁶⁷ *Reimann*, Die nicht-navigatorische Nutzung internationaler Süßwasserressourcen im Umweltvölkerrecht, 1999, 312ff.

⁴⁶⁸ *Bruhác*, The Law of Non-navigational Uses of International Watercourses, 1993, 9.

многочисленные международные договоры и выносились судебные и арбитражные решения⁴⁶⁹.

В области использования водных пространств для целей *судоходства* Великобритания и США еще в 1794 г. заключили первый договор по вопросу судоходства — *Договор Джея*⁴⁷⁰. Общие интересы государств в отношении неограниченной торговли уже в начале XIX в. способствовали установлению свободы судоходства по важнейшим рекам Европы: на основании Заключительного акта Венского конгресса 1815 г.⁴⁷¹, специальных актов по Эльбе⁴⁷², Рейну⁴⁷³ и Дунаю⁴⁷⁴, измененных затем Версальским договором 1919 г.⁴⁷⁵ В 1929 г. Постоянная палата международного правосудия в решении *по делу о комиссии по Одере* установила, что интересы сопредельных государств в отношении судоходства составляют «основу общего права, необходимой характеристикой которого является полное равенство всех прибрежных государств при использовании реки по всему ее течению и исключение любых привилегий одних прибрежных государств по сравнению с другими» (*«basis of a common legal right, the essential features of which are the perfect equality of all riparian States in the use of the whole course of the river and the exclusion of any preferential privilege of any one riparian State in relation to the others»*)⁴⁷⁶. Сегодня свобода судоходства по большим европейским рекам обеспечена международным правом.

В отличие от судоходства, *несудоходные* виды пользования трансграничными водами часто вызывают конфликты. В зависимости от климатических условий и социальноэкономического положения региона на первый план выдвигаются *количественные* (отбор воды) или *качественные* вопросы (загрязнение воды). К общим принципам⁴⁷⁷ для установления баланса противоположных интересов использования и защиты относятся запрет существования трансграничного загрязнения, являвшийся предметом решения

⁴⁶⁹ Документацию см.: *Sohnle*, Le droit international des ressources en eau douce, 2002, 469ff.

⁴⁷⁰ Договор о дружбе, торговле и мореплавании от 19.11.1794 (52 CTS 243).

⁴⁷¹ Часть VII (Судоходство по рекам) Заключительного акта от 9.6.1815 г. (Hauff [Hrsg], Die Verträge von 1815 und die Grundlagen der Verfassung Deutschlands, 1864, 4ff).

⁴⁷² Акт о судоходстве по Эльбе от 23.6.1821 г. и Дополнительный акт от 13.4.1844 г. См.: *Hannsmann*, Elbe, in: Kimminich/von Lersner/Storm (Hrsg), Handbuch des Umweltrechts, Bd I, 1994, Sp 476ff mwN.

⁴⁷³ Майнцкий акт о судоходстве по Рейну от 31.3.1831 г. и Маннгеймский акт от 17.10.1868.

⁴⁷⁴ См.: *Beyerlin*, Donau, in: Kimminich/von Lersner/Storm (примеч. 412) Sp 401f mwN.

⁴⁷⁵ Часть XII (порты, водные пути и железные дороги) Версальского договора от 28.6.1919 (Sonderdruck № 140 RGBI 1919, 687).

⁴⁷⁶ PCIJ, Series A, No 23, 5, 27.

⁴⁷⁷ *Brown Weiss*, The Evolution of International Water Law, RdC 331 (2007-VI) 163 (184ff); Новые подходы к «Gemeinschaft an Gewässern») см.: *Lorenzmeier*, Wasser als Ware, 2008, 73ff.

ППМП *по делу о делимитации по реке Маас* 1937 г.⁴⁷⁸ и арбитражного решения *по делу озера Лану* 1957 г.⁴⁷⁹, а также принцип сбалансированного совместного использования трансграничных ресурсов, отраженный в судебных решениях по поводу конфликтов в федеративных государствах, например, в Швейцарии⁴⁸⁰, США⁴⁸¹ и ФРГ⁴⁸². Признание указанного принципа международным правом способствовало его закреплению в *Хельсинкских правилах пользования водами международных рек* 1966 г., подготовленных АМП и не являющихся обязательными⁴⁸³. Запрет причинения ущерба и принцип сбалансированного совместного использования были кодифицированы в *Конвенции ООН о праве несудоходного использования международных водотоков*⁴⁸⁴ и подтверждены решением МС ООН по делу *Габчикова-Надьма-рош*⁴⁸⁵. Конвенция, принятая после переговоров, длившихся десятилетиями, в рамках Комиссии международного права⁴⁸⁶ 21.5.1997, до сих пор не вступила в силу. Она следует традиционной схеме распределения компетенций, но содержит также значительное нововведение: распространение действия на грунтовые воды в рамках концепции гидрографического единства. Центральной проблемой является соотношение между совместным использованием и запретом на причинение ущерба из соседского права. 21.2.2008 Комиссия международного права приняла *Проект статей по праву трансграничных водоносных горизонтов*⁴⁸⁷. Их нормативное содержание, регулирующее прежде всего вопросы процедуры, в основном соответствует положениям Конвенции 1997 г., но они могут применяться независимо от того, связаны ли трансграничные водоносные горизонты (*transboundary aquifers*)

⁴⁷⁸ ППМП постановила в отношении договора между Бельгией и Нидерландами об отводе воды из реки Маас: «Что касается каналов, то каждое из двух государств вправе изменять их на своей территории ..., если только это не повлияет на водораздел по договору и объем воды, отводимой из питающего канала для поддержания нормального уровня воды и течения в канале Зюйд-Виллемсваарт» (PCIJ, Series A/B, No 70, 1937, 4, 26 [*Diversion of Water*]).

⁴⁷⁹ См. абз. 97.

⁴⁸⁰ О решениях Федерального суда Швейцарии 1878 и 1892 гг. см.: *Schindler, The Administration of Justice in the Swiss Federal Court in Intercantonal Disputes*, AJIL 23 (1929) 149 (169ff).

⁴⁸¹ 206 US 46 (1907) 100 (*Kansas v Colorado*).

⁴⁸² Решение Конституционного суда Веймарской Республики *по делу о просачивании Дуная* 1927 г. (RGZ 116, Anchang, 18 [31f]).

⁴⁸³ ILA (Hrsg), Report of the Fifty-second Conference held at Helsinki, 1966, 484ff.

⁴⁸⁴ Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses v 21.5.1997 (ILM 36 [1997] 700).

⁴⁸⁵ ICJ Reports 1997, 7 (§ 53, 85).

⁴⁸⁶ См.: *McCaffrey/Rosenstock*, The International Law Commissions Draft Articles on International Watercourses, RECIEL 5 (1996) 89ff.

⁴⁸⁷ UN Doc A/CN.4/591.

с водоемами на поверхности⁴⁸⁸. *Проект статей* исходит из традиционного принципа, согласно которому территориальный суверенитет распространяется на трансграничные природные ресурсы. До сих пор проект статей не был включен в императивный правовой акт.

Традиционные принципы международного соседского права в целом оказались несостоятельными по сравнению с договорным регулированием. Поэтому возрастает значение *двусторонних и региональных соглашений об охране вод*. После того как еще в XIX в. были заключены отдельные межгосударственные соглашения по количественным⁴⁸⁹ и качественным⁴⁹⁰ аспектам охраны вод, количество международных договоров в XX в. постоянно возрастает. В Северной Америке Договор о пограничных водах от 11 января 1909 г.⁴⁹¹, на основе которого была создана Международная объединенная комиссия (International Joint Commission), установил институциональные рамки сотрудничества между США и Канадой в отношении пограничных вод⁴⁹². 127

В *Европе* важные импульсы возникли в результате сотрудничества прибрежных государств на *Рейне*, по крайней мере, после Второй мировой войны. Для борьбы с высоким уровнем загрязнения в середине XX в. в 1950 г. была создана *Международная комиссия по защите Рейна от загрязнения*. Этот первоначально неофициальный орган, созданный прибрежными государствами в составе Швейцарии, Франции, ФРГ, Люксембурга 128

⁴⁸⁸ См.: *Matz-Lück* (сноска 469) 133; там же 141ff к вопросу об обосновании подхода, которому следовала Комиссия международного права.

⁴⁸⁹ См.: Гаагский договор между Нидерландами и Бельгией о регулировании водоотбора из реки Маас от 12.5.1863 г. (Robb [Hrsg], *International Environmental Law Reports*, Bd I, 1999, 572ff). См. также примеч. 418 в наст. разделе.

⁴⁹⁰ См.: Байоннский договор о границах между Францией и Испанией от 26.5.1866 (132 CTS 359).

⁴⁹¹ Договор между США и Великобританией о пограничных водах между США и Канадой от 11.1.1909 (AJIL 4 [1910], Suppl, 239).

⁴⁹² *Huber*, *Internationales Wasserrecht*, 1911, 6ff; *Utton*, *Canadian International Waters*, in: Beck (Hrsg), *Waters and Water Rights*, Vol V, 1991, 51ff. — За пределами Европы, кроме того, были заключены следующие соглашения: Соглашение о качестве воды в Великих озерах от 22.11.1978 между США и Канадой (1153 UNTS 187); Соглашение о сотрудничестве в бассейне реки Амазонка от 3.7.1978 между Бразилией, Бразилией, Колумбией, Эквадором, Гайаной, Перу, Суринамом и Венесуэлой (ILM 17 [1978] 1045); Правительственное соглашение о совместном строительстве ГЭС на Паране от 19.10.1979 между Аргентиной, Парагваем и Бразилией (ILM 19 [1980] 615); Соглашение о плане действий по экологически рациональному использованию общей системы реки Замбези от 28.5.1987 между Ботсваной, Мозамбиком, Замбией, Танзанией и Зимбабве (ILM 27 [1988] 1109); Договор о совместном использовании вод реки Ганг в Фаракке от 2.12.1996 между Бангладешем и Индией (ILM 36 [1997] 519); Конвенция о сотрудничестве по устойчивому развитию бассейна реки Меконг (с протоколом) от 5.4.1995 между Камбоджей, Лаосом, Таиландом и Вьетнамом (2069 UNTS 35844).

и Нидерландов, приобрел официальный статус в 1963 г.⁴⁹³ *Конвенция об охране Рейна от химического загрязнения*⁴⁹⁴, вступившая в силу в 1979 г., преследовала цель улучшения качества воды за счет уменьшения сбросов определенных вредных веществ. Особенно сложным оказалось установление максимально допустимого количества веществ, которые квалифицировались как *особо* вредные (и поэтому их содержание должно было быть постепенно сведено к нулю)⁴⁹⁵. Попытки уменьшить загрязнение Рейна солями, возникшее в результате сбросов из эльзасских калиевых карьеров, привели к принятию в 1976 г. *Конвенции об охране Рейна от загрязнения хлоридами*⁴⁹⁶, вступившей в силу только в 1985 г. Целью Конвенции изначально являлось постепенное улучшение качества воды до такой степени, чтобы на немецко-голландской границе не превышался определенный показатель содержания хлорид-ионов. В 1991 г. стороны согласовали измененную концепцию в рамках Дополнительного протокола⁴⁹⁷. Перед этим, 1 ноября 1986 г., на складе химикатов под Базелем вспыхнул пожар и несколько тонн токсичных веществ вместе с водой для тушения оказалось в Рейне, вследствие чего была нарушена экосистема реки на участке длиной 200 км. Разработанная после аварии *«Программа действий: Рейн»*⁴⁹⁸, принятая уже 1 октября 1987 г., поставила перед прибрежными государствами конкретные цели. Состояние экосистемы реки необходимо было восстановить до такой степени, чтобы ранее обитавшие там виды, например лосось, вновь могли появиться в Рейне. Кроме того, река должна была служить источником питьевой воды. Также преследовалась цель сократить содержание вредных веществ в речных отложениях. Конкретизация указанных задач осуществлялась, в частности, в рамках программы *«Лосось 2000»*⁴⁹⁹. Программы действий «Рейн» и «Лосось 2000» достигли своих целей и даже частично их превосходили. Выполнению программ способствовало политическое давление,

⁴⁹³ (Бернское) Соглашение о создании Международной комиссии по защите Рейна от загрязнения от 29.4.1963 и Протокол (BGBl 1965 II, 1433). Впоследствии ЕЭС также стало участником соглашения на основании Дополнительного соглашения, вступившего в силу 1.2.1979 (BGBl 1979 II, 87). Комиссия была уполномочена проводить исследования для установления степени загрязнения, разрабатывать предложения по защите и подготавливать международные соглашения. Она не имела права принимать юридически обязательные акты.

⁴⁹⁴ Конвенция от 3.12.1976 (BGBl 1978 II, 1054).

⁴⁹⁵ *Nollkaemper*, *The River Rhine: From Equal Apportionment to Ecosystem Protection*, RECIEL 5 (1996) 152 (155).

⁴⁹⁶ Конвенция от 3.12.1976 (BGBl 1978 II, 1065).

⁴⁹⁷ Дополнительный протокол от 25.9.1991 (BGBl 1994 II, 1303).

⁴⁹⁸ Internationale Kommission zum Schutz des Rheins (Hrsg), *Das Aktionsprogramm Rhein*, 1987.

⁴⁹⁹ Internationale Kommission zum Schutz des Rheins (Hrsg), *Ökologisches Gesamtkonzept für den Rhein «Lachs 2000»*, 1991; dies (Hrsg), *Programm für die Rückkehr von Langdistanz-Wanderfischen in den Rhein (Lachs 2000)*, 1994; dies (Hrsg), *Hochwasservorsorge*, 2002.

которое компенсировало отсутствие юридических обязательств и способствовало новой ориентации международного сотрудничества в отношении охраны вод⁵⁰⁰.

Сотрудничество в бассейне Рейна не ограничивается охраной собственности Рейна. В начале 1960-х гг. были также образованы международные *комиссии по Боденскому озеру, рекам Мозель и Саар*. Комиссии осуществляют координацию деятельности прибрежных государств по защите вод от загрязнения и сотрудничества с другими комиссиями бассейна Рейна. Германия, Франция и Люксембург как прибрежные государства в 1961 г.⁵⁰¹ учредили *Международную комиссию по охране Мозеля от загрязнения*. Одновременно Германия и Франция подписали практически идентичный *Протокол о Сааре*⁵⁰² по созданию соответствующей комиссии. В целях улучшения координации совместной деятельности по охране вод, в частности, с другими организациями, обе комиссии в 1991 г. образовали совместный секретариат в Трире⁵⁰³. **129**

Несмотря на неопределенность территориального статуса Боденского озера⁵⁰⁴, прибрежные государства определили режим пользования в ряде соглашений, которые касаются также охраны вод. *Международная комиссия по охране вод Боденского озера* была создана в 1959 г. на основании *Соглашения об охране Боденского озера от загрязнения*, которое вступило в силу в 1961 г.⁵⁰⁵ В 1967 г. Комиссия издала неимперативные «Руководящие положения по поддержанию чистоты Боденского озера», которые многократно актуализировались⁵⁰⁶. ФРГ, Австрия и Швейцария в 1966 г. определили количественные аспекты в *Соглашении о регулировании водоотбора из Боденского озера*⁵⁰⁷. *Соглашение о судоходстве по Боденскому озеру* (Верхнее озеро, включая озеро Уберлинген), заключенное между Германией, Австрией и Швейцарией в 1973 г.⁵⁰⁸, предусматривало регулирование дополнительных источников загрязнения. На основании указанного Соглашения была создана Международная комиссия судоходства по Боденскому озеру. Одновременно Швейцария и Германия заключили *Договор о судоходстве по Нижнему озеру и Рейну между Констанцем и Шаффхаузеном*⁵⁰⁹. **130**

⁵⁰⁰ Reichert, Gewässerschutz, 156ff.

⁵⁰¹ Протокол от 20.12.1961 г. (BGBl 1962 II, 1103).

⁵⁰² Протокол от 20.12.1961 г. (BGBl 1962 II, 1106).

⁵⁰³ Beyerlin, Mosel, in: Kimminich/von Lersner/Storm (примеч. 412), Bd II, 1994, Sp 1408 (1409ff).

⁵⁰⁴ См. выше абз. 19.

⁵⁰⁵ Соглашение от 27.10.1960 г. (GBI BW 1962, 1).

⁵⁰⁶ См.: Internationale Gewässerschutzkommission für den Bodensee (Hrsg), Richtlinien für die Reinhaltung des Bodensees, 2001.

⁵⁰⁷ Соглашение и Протокол от 30.4.1966 г. (BGBl 1967 II, 2314).

⁵⁰⁸ Соглашение и Протокол от 1.6.1973 г. (BGBl 1975 II, 1406, 1411).

⁵⁰⁹ Договор от 1.6.1973 (BGBl 1975 II, 1412).

131 После того как недостатки политики охраны вод, основанной на *специальном* регулировании, стали очевидными, на уровне ООН были созданы более широкие концепции. В этих рамках под эгидой ЕЭК ООН в 1992 г. была принята *Конвенция по охране и использованию трансграничных водотоков и международных озер (Конвенция ЕЭК ООН о водотоках)*⁵¹⁰. Региональная рамочная конвенция обязывает государства-участников осуществлять определенные принципы и меры в отношении трансграничных вод, развивающие *концепцию устойчивого развития*. На этой основе на субрегиональном уровне за одно десятилетие были заключены конвенции и соглашения, в частности, о реках Маас (1994 и 2002)⁵¹¹, Шельда (1994)⁵¹², Дунай (1994)⁵¹³, Одер (1996)⁵¹⁴, португало-испанских пограничных водах (1998)⁵¹⁵ и о Рейне (1999)⁵¹⁶. К этому собранию документов относятся также Соглашение о международной комиссии по защите Эльбы⁵¹⁷, договоры о пограничных водах, которые ФРГ заключила с Нидерландами⁵¹⁸, Польшей⁵¹⁹ и Чехией⁵²⁰.

132 Конвенция ЕЭК ООН о водотоках разграничивает обязанности, которые должен выполнять *каждый* участник при использовании трансграничных вод (ст. 2–8), и обязанности, которые должны выполнять участники, если они являются *сопредельными государствами одной прибрежной зоны*

⁵¹⁰ Конвенция от 17.3.1992 (BGBl 1994 II, 2334) вступила в силу 6.10.1996.

⁵¹¹ Соглашение об охране реки Маас от 26.4.1994 (ILM 34 [1995] 851) вступило в силу 1.1.1998, заменено Международным соглашением о Маасе от 3.12.2002 (вступило в силу 1.12.2006).

⁵¹² Соглашение о защите реки Шельда от 26.4.1994 (ILM 34 [1995] 859) вступило в силу 1.1.1998.

⁵¹³ Конвенция о сотрудничестве по защите и устойчивому использованию реки Дунай (Конвенция о защите Дуная) от 29.6.1994 (BGBl 1996 II, 874) вступила в силу 22.10.1998.

⁵¹⁴ Договор о Международной комиссии по защите Одера от загрязнения (Договор об Одере) от 11.4.1996 (BGBl 1997 II, 1708) вступил в силу 28.4.1999.

⁵¹⁵ Конвенция о сотрудничестве по защите и устойчивому использованию вод в водосборных районах Испании и Португалии от 30.11.1998 (Luso-American Foundation [Hrsg], Shared Watersystems and Transboundary Issues, 2000, 429ff).

⁵¹⁶ Конвенция о защите Рейна от 12.4.1999 (BGBl 2001 II, 850) вступила в силу 1.1.2003.

⁵¹⁷ Соглашение о Международной комиссии по защите Эльбы (Соглашение по Эльбе) от 8.10.1990 (BGBl 1992 II, 943) вступило в силу 30.10.1993.

⁵¹⁸ Дополнительный протокол от 22.8.1996 к Договору Федеративной Республики Германия и Королевства Нидерланды о регулировании сотрудничества в устье реки Эмс (Договор о районе Эмс-Долларт) от 8.4.1960 (Протокол о регулировании сотрудничества по защите водных ресурсов и природы в устье реки Эмс [Протокол Эмс-Долларт об охране окружающей среды: BGBl 1997 II, 1703]), вступил в силу 24.9.1997.

⁵¹⁹ Договор между ФРГ и Республикой Польша о сотрудничестве в водном хозяйстве на приграничных водах от 19.5.1992 (BGBl 1994 II, 60) вступил в силу 26.9.1996.

⁵²⁰ Договор между ФРГ и Чешской Республикой о сотрудничестве в водном хозяйстве на приграничных водах от 12.12.1995 (BGBl 1997 II, 925).

трансграничного водотока (ст. 9–16)⁵²¹. Еще в «Повестке дня на XXI век» выдвигалось требование развивать *комплексное* хозяйственное использование вод, ориентированное на охрану экосистем. Интеграционное управление водными ресурсами («*integrated water resources management*») с целью поддержания функционирования водных экосистем («*aquatic ecosystems*») должно применяться ко всему бассейну водоема или водотока⁵²². С *территориальной* точки зрения, *комплексный* подход требует применения концепции *водосборного бассейна* (*Drainage Basin*), которую Ассоциация международного права сформулировала в своих резолюциях, принятых в Дубровнике в 1956 г. и в Нью-Йорке в 1958 г.⁵²³, а Институт международного права включил в Зальцбургскую резолюцию 1961 г.⁵²⁴ Хельсинкские правила АМП 1966 г. определяют «международный водосборный бассейн» (*international drainage basin*) как «географический район на территории двух или более государств, обозначенный границами водораздела системы, в которую входят наземные и подземные воды, имеющие общий сток». Начиная с *Сеульских правил о международных грунтовых водах* 1986 г. АМП включает в «релевантный бассейн» и грунтовые воды, которые гидрологически не связаны с поверхностными водами⁵²⁵. В итоге АМП распространила концепцию водосборного бассейна, первоначально ориентированную лишь на использование ресурсов, также на экологическую защиту. Комиссия международного права ООН применила этот подход в Проекте статей по праву трансграничных водоносных горизонтов⁵²⁶.

В соответствии с комплексным подходом рамочная Конвенция ЕЭК ООН и основанные на ней специальные соглашения направлены на регулирование *различных антропогенных нагрузок на воды*. За счет улучшения качества воды должна обеспечиваться охрана морской среды, особенно прибрежных районов вблизи устья рек, от загрязнения со стороны суши⁵²⁷. Поэтому конвенции о Дунае и Рейне содержат отсылки к конвенциям о защите Черного моря от загрязнения⁵²⁸ и об охране морской среды Северо-Восточной

⁵²¹ См. определения в абз. 3 и 4 ст. 1 Конвенции ЕЭК ООН о водотоках. Прибрежные государства должны заключить дву- и многосторонние соглашения об отдельных водотоках или адаптировать существующие договоры таким образом, чтобы они не противоречили Конвенции ЕЭК ООН о водотоках.

⁵²² Этот аспект, связанный с экосистемами, особо подчеркивается в Конвенции о Рейне 1999 г.

⁵²³ ILA (Hrsg), Report of the Forty-seventh Conference, 1957, 241ff; dies (Hrsg), Report of the Forty-eight Conference, 1959, VIIIff.

⁵²⁴ IDI (изд.), Tableau des Résolutions adoptées (1957–1991), 28ff.

⁵²⁵ ILA (Hrsg), Report of the Sixty-second Conference held at Seoul, 1986, 251ff. См.: *Reimann* (примеч. 407) 353ff.

⁵²⁶ См. выше абз. 126.

⁵²⁷ См. п. 3 Преамбулы Конвенции ЕЭК ООН о водотоках.

⁵²⁸ Конвенция о защите Черного моря от загрязнения от 21.4.1992 (ILM 32 [1993] 1110).

Атлантики⁵²⁹. Указанные конвенции затрагивают также *количественные аспекты*, поскольку они содержат обязанности по рациональному водопользованию и сохранению водных источников⁵³⁰. Одновременно будет разрабатываться проблема наводнений⁵³¹.

б) Охрана моря

- 134 Большинство международных договоров по охране окружающей среды затрагивает отдельные аспекты охраны моря. Только ст. 192 КМП носит *всеобъемлющий* характер: «Государства обязаны защищать и сохранять морскую среду». Названная основная обязанность, одновременно являющаяся международным обычаем, действие которой *erga omnes* частично признается⁵³², направлена на охрану моря как таковую. Однако из этого не следует, что перестает действовать «суверенное право» государств «разрабатывать свои природные ресурсы в соответствии со своей политикой в области окружающей среды и в соответствии с их обязанностью защищать и сохранять морскую среду» (ст. 193 КМП). В процессе расширения прав прибрежных государств («распространение сухопутного режима на морские территории») происходит *зонирование охраны морской среды*. С одной стороны, на внутренние воды, архипелажные воды и территориальное море как (морскую) часть государственной территории распространяется международное соседское право; морские территории, на которые распространяются функциональные права прибрежных государств (прилежащая зона, ИЭЗ, континентальный шельф), также во многих отношениях контролируются прибрежными государствами, которые в этой связи обладают особыми правами, но и специальными обязанностями. Например, сохранение и использование живых ресурсов в ИЭЗ относится к компетенции прибрежного государства. Им соответствуют «суверенные права», п. а абз. 1 ст. 56 КМП⁵³³. При этом должны соблюдаться⁵³⁴ принципы, *применимые к любым зонам*

⁵²⁹ О взаимовлиянии работы Комиссии по охране вод и директивой ЕС, устанавливающей рамки деятельности Сообщества в области водной политики (ABl EG 2000, Nr L 327/1) см.: Reichert, Gewässerschutz, 327ff.

⁵³⁰ См. п. b абз. 2 ст. 2 Конвенции ЕЭК ООН о водотоках; предл. 1 абз. 1 ст. 2 Конвенции о защите Дуная; п. e абз. 1 ст. 3 Конвенции о защите Рейна.

⁵³¹ Конкретные меры основаны на принципе предупреждения и принципе ответственности причинителя вреда. Они дополняются запретами ухудшения состояния вод и распространения загрязнения и «принципом устойчивого развития» (ст. 4).

⁵³² За применение *erga omnes* см.: Ragazzi, The Concept of International Obligations *Erga Omnes*, 1997, 158ff; Lagoni, Die Abwehr von Gefahren für die marine Umwelt, BDGVR 32 (1991) 87 (147f); Proelß, Meeresschutz, 77ff; о дифференцированном подходе см.: Hafner, in: Seerecht, Kap 5 Rn 39ff.

⁵³³ См. выше абз. 54 и след.

⁵³⁴ К вопросу о взаимосвязи между рыболовством и окружающей средой см. Wolff (сноска 158) 48ff, 93ff, 117ff.

в соответствии с частью XII КМП, в особенности, принцип предупреждения⁵³⁵. С другой стороны, существуют положения об охране открытого моря, морского дна со стороны моря от ИЭЗ и континентального шельфа, а также ресурсов этих территорий с глобальным международным режимом⁵³⁶. Потенциальные противоречия между использованием и охраной моря как источника резервов питания, энергетических и сырьевых резервов, в конечном итоге, не разрешаются КМП 1982 г. (Часть XII) в пользу одной из целей.

Вплоть до 1960-х гг. заключались преимущественно конвенции и соглашения о рыболовстве и о принадлежности и разграничении территорий. Защита моря и сохранение морской среды стали предметом международных договоров только потому, что в результате использования супертанкеров, а также повышенной токсичности сбрасываемых в море веществ (радиоактивных отходов, пластикового мусора, химикатов) резко возросла опасность аварий и долговременного загрязнения, охватывающего большие территории и представляющего опасность для здоровья людей. Ключевыми событиями были аварии нефтяных танкеров «Торри Каньон» (1967) и «Амоко Кадис» (1978). Мировое сообщество отреагировало на катастрофу «Торри Каньон» заключением нескольких конвенций по борьбе с загрязнением нефтью⁵³⁷. Например, Международная конвенция о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью от 29.11.1969⁵³⁸ предусматривает ответственность судовладельца за ущерб от загрязнения нефтью в территориальном море и ИЭЗ, однако не исключает возможности ограничения ответственности в случае предоставления обеспечения (исключения: умысел или халатность)⁵³⁹. Для возмещения ущерба от загрязнения нефтью на основании *Международной конвенции о создании Международного фонда для компенсации ущерба от загрязнения нефтью* от 18.12.1971⁵⁴⁰ был создан международный фонд. Взносы в данный фонд, который компенсирует недостачу в случае неполного

135

⁵³⁵ См.: *Dzidzorni*, Four Principles in Marine Environment Protection, ODIL 29 (1998) 91 (97ff). В решении по делу о южном голубом тунце МТМП подчеркнул связь между охраной морей и принципом предупреждения и, таким образом, конкретизировал КМП, ITLOS Rep 1999, 280, 296 (§ § 70, 77); *Fabra*, The LOSC and the Implementation of the Precautionary Principle, YIEL 10 (1999) 15 (24). См. также: *Land Reclamation-Fall*, ITLOS Rep 2003, 10, 26 (§ 99).

⁵³⁶ Об охране морской среды за пределами национальной юрисдикции (открытое море и морское дно) см.: *Warner*, Protecting the Oceans Beyond National Jurisdiction, 2009, 27ff, 67ff.

⁵³⁷ Перечень см.: *Bussek*, Schutz der Meere vor Verschmutzung, 1993, 161.

⁵³⁸ BGBl 1975 II, 305; новая редакция: BGBl 1996 II, 670.

⁵³⁹ Кроме того, за последнее время были приняты: Международная конвенция об ответственности и компенсации за ущерб в связи с перевозкой морем опасных и вредных веществ от 3.5.1996 (ABl EG 2002, Nr L 337/57); Международная конвенция о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения бункерным топливом от 23.3.2001 (BGBl 2006 II, 579).

⁵⁴⁰ BGBl 1975 II, 320; новая редакция: BGBl 1996 II, 685.

возмещения ущерба, за каждое государство вносятся лицами, получившими более 150 000 т нефти, транспортировавшей по морю, в год (ст. 10); государства могут вносить взносы за своих граждан (ст. 14). Концепции охраны морей, основанные на ответственности государств флагов, содержались и в конвенциях, принятых ранее. Особо следует упомянуть *Международную конвенцию по предотвращению загрязнения моря нефтью* от 12.05.1954 (ОЙ-ЛПОЛ)⁵⁴¹, которая впоследствии была заменена Международной конвенцией по предотвращению загрязнения с судов 1973 г. (МАРПОЛ)⁵⁴²

136 Центральную роль в глобальной охране морской среды играет *Часть XII Конвенции ООН по морскому праву* 1982 г. И помимо ст. 192 и след. Конвенция в основном содержит рамочные положения. Они либо нуждаются в конкретизации, либо включают в себя уже существующие нормы и развивают их, не отменяя (ст. 237 КМП). В ст. 194 и след. КМП содержится общая формулировка в отношении возможных мер государства по защите и сохранению морской среды⁵⁴³, которые затем конкретизируются⁵⁴⁴. Последующие положения предусматривают следующие случаи: загрязнения из источников, расположенных на суше (ст. 207 КМП); загрязнения, вызываемые захоронением (ст. 210 КМП); загрязнения с судов (ст. 211 КМП); загрязнения, вызываемые деятельностью на морском дне (ст. 208 КМП); загрязнения, вызываемые деятельностью в «Районе» (ст. 209 КМП); наконец, загрязнения из атмосферы или через нее (ст. 212 КМП). Указанные положения нуждаются в дополнениях⁵⁴⁵.

137 Заложенная в КМП «многоуровневая» модель может быть продемонстрирована на примере загрязнения с судов⁵⁴⁶. Статья 211 КМП нуждается в конкретизации, однако ее абз. 1 прямо указывает на международную морскую организацию, ИМО («действуя через компетентную международную организацию») ⁵⁴⁷. Таким образом, государства-участники должны принимать меры по защите *в рамках ИМО*. Если эти меры являются общепризнанными (в абз. 5 речь идет об общепринятых международных нормах

⁵⁴¹ BGVl 1956 II, 379.

⁵⁴² BGVl 1982 II, 2 (с протоколом от 17.2.1978 [BGVl 1984 II, 230]).

⁵⁴³ Согласно абз. 1 ст. 194 КМП государства принимают необходимые меры «для предотвращения, сокращения и сохранения под контролем загрязнения морской среды» и при этом прилагают усилия «согласовать свою политику в этом отношении». Абз. 2 ст. 194 КМП не выходит за рамки традиционного принципа предотвращения.

⁵⁴⁴ К вопросу об актуальных проблемах см.: *Hakapää*, in: *Bewahrung*, 237 (242ff).

⁵⁴⁵ «Государства принимают другие меры, которые могут быть *необходимы* для предотвращения, сокращения и сохранения под контролем такого загрязнения» (абз. 2 ст. 207; абз. 2 ст. 208; абз. 2 ст. 210; абз. 2 ст. 212 КМП). См.: *Hafner*, in: *Seerecht*, Kap 5 Rn 103ff.

⁵⁴⁶ К вопросу о развитии см.: *Tan*, *Vessel-Source Marine Pollution*, 2006, 107ff.

⁵⁴⁷ UN Doc A/52/491 от 20.10.1997, § 9.

и стандартах⁵⁴⁸), прибрежные государства могут согласно абз. 5 ст. 211 КМП объявить их обязательными даже для судов под флагом третьих государств, находящихся в их исключительной экономической зоне, несмотря на свободу судоходства в этой зоне (абз. 1 ст. 58 КМП). Релевантными в этой связи являются положения Международной конвенции по предотвращению загрязнения с судов 1973 г. (МАРПОЛ)⁵⁴⁹, которая уже в 1970-е гг. способствовала усилению охраны в отношении загрязнения с судов. МАРПОЛ, вступившая в силу 1 января 1983 г., считается рамочной конвенцией. Ее значение можно оценить только в совокупности с шестью приложениями⁵⁵⁰. Цель МАРПОЛ — предотвращение загрязнения моря сбросами отходов, «обусловленными эксплуатационными требованиями»⁵⁵¹.

Абз. 6 ст. 211 КМП предоставляет прибрежным государствам возможность при определенных условиях принимать «специальные обязательные меры по предотвращению загрязнения с судов» «в четко обозначенном районе» их ИЭЗ. Предпосылкой является признание ИМО особого статуса названного района. Кроме того, меры либо должны соответствовать международным правилам и нормам ИМО, касающимся районов с особым статусом, либо обычаям судоходства, либо должны быть признаны ИМО. Однако ИМО пока не принимала решений на основании абз. 6 ст. 211⁵⁵². В пределах исключительной экономической зоны могут быть установлены только такие

138

⁵⁴⁸ См.: *Schult*, Schiffssicherheit, 72ff; *Molenaar*, Coastal State Jurisdiction over Vessel-Source Pollution, 1998, 140ff.

⁵⁴⁹ См. выше абз. 545.

⁵⁵⁰ Кроме нефти (Приложение I), МАРПОЛ применяется к ядовитым жидким веществам, перевозимым наливом, к вредным веществам, перевозимым в упаковке, сточным водам и мусору с судов (Приложения II–V). Приложения III–VI являются факультативными (см. ст. 14 МАРПОЛ); Приложение VI (Загрязнение воздуха) вступило в силу 19.5.2005 г., в октябре 2008 г. были введены более жесткие ограничения для выбросов вредных веществ, поскольку CO₂ до сих пор не учитывался, которые вступили в силу в отношении стран-участников 1.7.2010. См.: *Proelß/O'Brien*, Völker- und europarechtliche Anforderungen an Abgasemissionen von Seeschiffen, NordÖR 2011, 97ff.

⁵⁵¹ Государство флага должно принимать меры по преследованию нарушений МАРПОЛ и сообщать о них в ИМО (ст. 8). Действие МАРПОЛ не распространяется на государственные суда (ст. 3). Запрет на создание более благоприятных условий для судов государств, не являющихся участниками конвенции (абз. 4 ст. 5), не означает, что действие Конвенции автоматически распространяется на третьи государства; это положение следует толковать ограничительно в соответствии с правилом *pacta tertiis*. См.: *Wolftrum*, Recht der Flagge und «Billige Flaggen», BerDGVR 31 (1990) 121 (139f); *Nuñez-Müller*, Die Staatszugehörigkeit von Handelsschiffen im Völkerrecht, 1994, 261; *Proelß*, Meeresschutz, 129ff.

⁵⁵² Критерии, установленные ИМО (IMO Doc A 22/Res 927 v 15.1.2002), относятся не к «районам с особым статусом» согласно абз. 6 ст. 211 КМП, а к иным зонам (*Special Areas und Particularly Sensitive Sea Areas*). ИМО еще предстоит разработать специальные критерии по абз. 6 ст. 211 КМП и унифицировать требования. Подробнее см.: *Schult* (примеч. 115) 141ff, 202ff.

районы, которые остаются в рамках ограниченных прав ИЭЗ⁵⁵³. Статьи 218, 220 КМП наделяют прибрежное государство и государство порта специальными правами, связанными с обеспечением выполнения судами требований охраны морской среды. В то время как ст. 220 КМП устанавливает права прибрежного государства по обеспечению выполнения требований, объем которых уменьшается по мере удаления соответствующей зоны от побережья, новая экологическая норма абз. 1 ст. 218 КМП (действие которой как международного обычая еще не признано⁵⁵⁴) дает государству порта право начать расследование и, если это оправдано доказательствами, возбудить разбирательство в отношении любого загрязнения, последовавшего в результате сброса с этого судна и угрожающего морской среде, за пределами морской акватории прибрежного государства или его ИЭЗ. В отличие от других норм КМП, направленных на охрану морской среды, которые базируются на концепции принятия мер «наиболее заинтересованным лицом», в данном случае указанная концепция модифицируется постольку, поскольку государство порта выступает как представитель международного экологического сообщества⁵⁵⁵. Концепция опеки в современном международном праве, а также представление о дублировании функций (*dédoulement fonctionnel*) здесь уже частично проявляются⁵⁵⁶. Это не изменяет основного принципа КМП и конвенций ИМО, согласно которым *первичная ответственность* за охрану морской среды возлагается на *государства флага* (абз. 2 ст. 211 КМП, ст. 217 КМП).

139 *Конвенция по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов* от 29.12.1972 (Лондонская конвенция)⁵⁵⁷ является основным инструментом конкретизации ст. 210 КМП в связи с загрязнением посредством сброса. Согласно п. *b* абз. 1 ст. III Лондонской конвенции она не применяется к сбросам, являющимся результатом нормальной эксплуатации судов, а согласно п. *c* абз. 1 ст. III — также к сбросам, связанным с эксплуатацией минеральных ресурсов морского дна (ст. 145, 209 КМП). Сброс веществ, указанных в Приложении I (в том числе определенных тяжелых металлов и радиоактивных материалов), запрещен, сброс веществ,

⁵⁵³ См.: *Lagoni*, Die Errichtung von Schutzgebieten in der ausschließlichen Wirtschaftszone aus völkerrechtlicher Sicht, NuR 24 (2002) 121 (127); *Jarass* (примеч. 155) 29ff, 35; Ehlers/Erbguth (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen im Seerecht II, 2003, 15ff., 29ff., 43ff.; *Proelß*, in: Seerecht, Kap 3 Rn 266ff; *Hafner*, ebd, Kap 5 Rn 97ff.

⁵⁵⁴ См.: *Lagoni* (сноска 535); *Graf Vitzthum/Talmon* (сноска 149) 137; противоположная точка зрения см.: *Hafner*, in: Seerecht, Kap 5 Rn 185f.

⁵⁵⁵ *König* (сноска 165) 227ff; *Molenaar* (сноска 551) 135ff.

⁵⁵⁶ Понятие введено *Scelle* (Le phénomène du dédoublement fonctionnel, FS Wehberg, 1956, 324ff). Согласно его концепции государственные органы при осуществлении своих полномочий, с функциональной точки зрения, действуют как представитель международного сообщества, не обладающего правосубъектностью.

⁵⁵⁷ BGBl 1977 II, 180 (mit Änd v 11.10.1978 [BGBl 1987 II, 118]).

указанных в Приложении II (иных тяжелых металлов, драгоценных и цветных металлов, а также крупных предметов), допускается только при наличии специального разрешения. Сброс прочих отходов возможен при наличии общего разрешения: запрет с оговоркой о возможности разрешения как традиционная схема регулирования техники и охраны окружающей среды. Лондонская конвенция дополнена Протоколом от 7.11.1996 г.⁵⁵⁸, который вместо традиционной модели регулирования предусматривает принципиальный запрет сбросов и выдачу разрешения только в исключительных случаях (принцип негативного списка, *reverse listing*)⁵⁵⁹. В понятие «сброс» входит также захоронение отходов и веществ на дне моря и в его недрах, а также затопление и оставление нефтяных буровых платформ (абз. 4 ст. 1).

Борьба с загрязнением моря из находящихся на суше источников пока малоэффективна. Это объясняется избыточными расходами, финансовыми проблемами предприятий, ростом безработицы и ухудшением инфраструктуры в случае внедрения необходимых мер. До сих пор не выработан универсальный договор, который касался бы исключительно этого наиболее опасного источника загрязнения. КМП ограничивается положениями, призывающими государства прилагать усилия в этом направлении (ст. 207).

Региональные концепции представляют собой третий уровень регулирования международного права охраны морей после КМП и конкретизирующих правовых актов международного права. Наличие закрытых и полузакрытых морей, на берегах которых расположены индустриальные государства, которые проводят сходную экологическую политику, способствует заключению региональных соглашений и конвенций, которые в будущем могут стать моделью для универсальных конвенций. В качестве примера можно привести *Соглашение о сотрудничестве по борьбе с загрязнением Северного моря нефтью* от 9.6.1969⁵⁶⁰. Другие соглашения не ограничиваются определенными вредными веществами. Широкая сфера применения отличает конвенции, заключенные по Северо-Восточной Атлантике и европейским окраинным морям, Персидскому заливу, Карибскому бассейну, центрально- и западноафриканским береговым, а также южной и юго-восточной

140

141

⁵⁵⁸ ПЛМ 36 (1997) 4.

⁵⁵⁹ С ноября 2006 г. (см.: Res LP. I(1) v 2.11.2006) в приложении I содержатся также «потоки углекислого газа, являющиеся результатом процессов улавливания углекислого газа для связывания». Таким образом, сброс углекислого газа может быть допустимым с точки зрения международного права, см.: *Friedrich*, Carbon Capture and Storage, ZaöRV 67 (2007) 211ff; *Proelß/Güssow*, Carbon Capture and Storage from the Perspective of International Law, EYIEL 2 (2011) 151ff.

⁵⁶⁰ BGBl 1969 II, 2066. Более широкую сферу действия имеет Соглашение о сотрудничестве по борьбе с загрязнением Северного моря нефтью и другими вредными веществами от 13.9.1983 (BGBl 1990 II, 70; 1995 II, 179).

части Тихого океана⁵⁶¹. Указанные соглашения отличаются сходной структурой и, как правило, являются результатом успешного выполнения программы ЮНЕП по региональным морям⁵⁶².

- 142 Из действующих региональных соглашений следует упомянуть *Осло-Парижскую конвенцию по охране морского пространства Северо-Восточной Атлантики* (ОСПАР)⁵⁶³ и *Конвенцию по защите морской среды района Балтийского моря* от 9.4.1992 (Хельсинкская конвенция)⁵⁶⁴. Их прогрессивность связана с ориентацией на принцип предупреждения, выработкой жестких механизмов в отношении институционального сотрудничества, разрешения споров и адаптации⁵⁶⁵. Для имплементации каждой конвенции была создана специальная международная организация⁵⁶⁶. Они направлены уже не только на сокращение и предотвращение загрязнения моря (противодействие опасности), но и на «защиту моря», т. е. на активные комплексные действия по охране морской среды, в том числе при загрязнении из источников, расположенных на суше, с учетом взаимосвязи с охраной природы и сохранением флоры и фауны.

в) Охрана воздуха и климата

Охрана воздуха и атмосферы

- 143 Регулирование охраны воздуха и атмосферы отличается меньшей интенсивностью, чем регулирование охраны моря. Значение названных сфер окружающей среды проявилось лишь в последнее время — на саммитах по защите климата с 1997 г. в Киото до 2012 г. в Дохе. В отличие от воды, которая является источником важных ресурсов питания, воздух не играет роли

⁵⁶¹ Информация о Средиземном море: Graf Vitzthum/Imperiali (ред.), *La protection régionale de l'environnement marin*, 1992; Zoller, *Völker- und europarechtliche Aspekte des Mittelmeerumweltschutzes*, 1996. Балтийское море: Dieter, *Das Umweltregime der Ostsee: völker- und europarechtliche Aspekte*, 1993. Северное море: *IJlstra*, The 1993 Copenhagen Ministerial Meeting, *IJMCL* (1994) 173ff; Cron, *Das Umweltregime der Nordsee*, 1995. Северо-Восточная Атлантика: Lagoni, *Regional Protection of the Marine Environment in the Northeast Atlantic under the OSPAR Convention of 1992*, in: Nordquist/Moore/Mahmoudi (ред.), *The Stockholm Declaration and Law of the Marine Environment*, 2003, 183 ff; Proelß, *Meeresschutz*, 191 ff.

⁵⁶² Программа включает в себя 18 регионов. В рамках ЮНЕП разработаны планы действий, которые преимущественно привели к заключению региональных конвенций и соглашений по охране моря. Обзор см.: Hafner, in: Seerecht, Kap 5 Rn 213ff.

⁵⁶³ См. выше сноску 415.

⁵⁶⁴ BGBl 1994 II, 1397.

⁵⁶⁵ См.: Proelß, *Meeresschutz*, 201ff; Lagoni (сноска 564) 184 к вопросу об ОСПАР. К вопросу о Хельсинкской конвенции см., например, Ehlers, *Der Schutz der Ostsee*, NuR 23 (2001) 661ff.

⁵⁶⁶ В отличие от инструментов Хельсинкской конвенции, решения комиссии ОСПАР являются обязательными для государств-участников; поэтому они должны быть трансформированы в национальное право. См.: абз. 3 ст. 10, абз. 5 ст. 13 ОСПАР.

в этой связи. Использование воздуха в экономике, помимо использования для целей воздушного транспорта, ограничено. Однако воздух считается *типичным трансграничным ресурсом*⁵⁶⁷, в частности, в связи с переносом вредных веществ⁵⁶⁸. На сегодняшний день охрана климата, которая поддерживается Межправительственной группой экспертов по изменению климата (МГЭИК)⁵⁶⁹ находится в центре внимания мировой политики по охране окружающей среды. В конечном итоге, речь идет о том, чтобы ограничить потепление климата до уровня, пригодного для человека и окружающей среды⁵⁷⁰.

Воздушное пространство, заполненное молекулами воздуха, относится к *государственной территории*, поскольку оно располагается над определенным государством⁵⁷¹. Экспансионистские амбиции государств затрагивают воздушное пространство в меньшей степени, чем другие сферы окружающей среды. Поэтому вместо концепции международного соседского права могут применяться соглашения об охране с широкими сферами действия, включающими и воздушное пространство над негосударственными территориями. На первый план выдвигаются не территориальные, а *функциональные* концепции, учитывающие сложные взаимодействия: эмиссию, перенос, кумуляцию и распределение молекул. Эти соглашения являются достаточно прогрессивными инструментами.

Некоторые соглашения об охране воздуха носят *региональный* характер. В связи с различным уровнем индустриализации, неотложности решения проблем и экологического сознания населения применение региональных инструментов представляется целесообразным. Всемирный консенсус часто не может быть достигнут. Объем и качество выбросов в атмосферу в развивающихся странах существенно отличается от индустриальных государств. На данном этапе создание *всеобщих* инструментов нецелесообразно, если не ввести положений, которые предусматривают исключения для развивающихся стран. Индустриальные государства, напротив, опасаются,

144

145

⁵⁶⁷ Barberis, Los recursos naturales compartidos entre estados y el derecho internacional, 1979: здесь атмосфера отнесена к «общим ресурсам». О юридическом понятии «атмосфера» см.: *Wustlich*, Die Atmosphäre als globales Umweltgut, 2003, 59ff, ebd, 79ff.

⁵⁶⁸ *Brunnée*, Entwicklungen im Umweltvölkerrecht am Beispiel des sauren Regens und der Ozonschichtzerstörung, 1988.

⁵⁶⁹ МГЭИК была создана не на основании международного договора, а на основании соглашения между Всемирной метеорологической организацией и ЮНЕП. К вопросу о включении этой организации-гибрида в систему международных организаций и анализе ее первых публикаций см.: *Bolle*, Das Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), 2011, 25ff, 108ff.

⁵⁷⁰ Научные исследования показали, что, даже если исходить из наиболее оптимистичной модели, является вероятным повышение средней температуры, как минимум, на 1 °C до конца века; см.: IPCC, Climate Change 2007: Synthesis Report, 44f.

⁵⁷¹ См.: абз. 30 и след.

что они будут вынуждены уступить свои позиции в конкурентной борьбе, если примут на себя договорные обязательства по сокращению выбросов в отраслях, которые составляют опору их экономики, но не играют роли для конкурентов.

146 *Конвенция о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния* 1979 г., вступившая в силу в 1983 г., считается наиболее важным региональным международным договором⁵⁷². Рамочная конвенция, содержащая положения о сотрудничестве в области научных исследований и обмена информацией, отражает состояние международного обычного права. В преамбуле содержится ссылка на Принцип 21 Стокгольмской декларации 1972 г., который в то время выходил за рамки международного обычая. В соответствии с Конвенцией государства должны заботиться о том, чтобы не причинить ущерба окружающей среде за пределами собственной государственной территории. Однако «трансграничное загрязнение воздуха на большие расстояния» (п. *b* ст. 1) имеет место только тогда, когда оно распространяется на территорию другого государства. Таким образом, Конвенция остается в традиционных границах международного соседского права. Государства-участники Конвенции *сконцентрированы в Европе и на побережье Атлантики*. основополагающим ориентиром является Совместная программа наблюдения и оценки распространения загрязнителей воздуха на большие расстояния в Европе⁵⁷³.

147 *Рамочная конвенция ООН об изменении климата* от 15 мая 1992 г.⁵⁷⁴, вступившая в силу в 1994 г. и направленная на охрану воздуха и атмосферы, если обратить внимание на положения по процедуре, может быть претворена в жизнь только при условии принятия дополнительных конкретизирующих правил. Первые две конференции участников Конвенции не принесли существенных результатов, поскольку на них не были приняты обязательства по сокращению выбросов. В 1997 г. в Киото был предпринят второй шаг в многоступенчатом процессе защиты климата: согласно Протоколу выбросы шести газов, оказывающих вредное воздействие на климат, в 2008–2012 гг. надлежит сократить в среднем на 5,2% по сравнению с 1990 г.⁵⁷⁵

⁵⁷² BGBI 1982 II, 373.

⁵⁷³ См. Протокол от 28.9.1984 (Burhenne, 979:84/A). Критические замечания см.: Kiss, *Droit international de l'environnement*, 206ff.

⁵⁷⁴ BGBI 1993 II, 1784; ILM 31 (1992) 849. Конвенция основана на идее устойчивого развития (абз. 1 и 4 ст. 3), принципе предупреждения (абз. 2 ст. 3) и *общей, но дифференцированной ответственности* (абз. 1 ст. 3). О деталях техники регулирования см.: *Dolzer*; *Die internationale Konvention zum Schutz des Klimas und das allgemeine Völkerrecht*, FS Bernhardt, 1995, 957ff. На основании Рамочной конвенции об изменении климата, отражающей принцип предосторожности, в Бонне был создан секретариат по вопросам климата.

⁵⁷⁵ ILM 37 (1998) 22. См.: *Bail*, *Das Klimaschutzregime nach Kyoto*, EuZW 1998, 457ff; *Oberthur/Ott*, *Das Kyoto-Protokoll*, 2000; *Brunnée*, *The Kyoto Protocol*, ZaöRV 63

Киотский протокол от 10 декабря 1997 г., включающий конкретные обязательства, мог вступить в силу 16 февраля 2005 г. при условии его ратификации по меньшей мере 55 государствами, в том числе индустриальными государствами, на которые в 1990 г. приходилось 55% эмиссии углекислого газа. ЕС и Германия ратифицировали Протокол 31 мая 2002 г., после того как 7-я конференция государств-участников Конвенции 9 ноября 2001 г. приняла пакет документов, состоявший из 15 решений о конкретизации и имплементации Киотских механизмов (*Marrakesh Accords*)⁵⁷⁶. Конференция положительно ответила на вопрос, вызывавший дискуссии и не урегулированный Киотским протоколом: в какой мере поглощение углекислого газа лесами и почвами может быть учтено при определении объема обязательств государств-участников по сокращению выбросов (*учет накопления и оседания*)⁵⁷⁷. Россия, индустриальное государство в стадии перехода к рыночной экономике, после длительных сомнений 18 ноября 2004 г. присоединилась к Протоколу. По состоянию на 1 января 2012 г. Протокол подписали 190 государств-участников. США, выбрасывающие в атмосферу углекислый газ в наибольшем объеме *на душу населения*, до сих пор не ратифицировали протокол; однако более 400 американских крупных городов и несколько американских штатов выступили с региональными инициативами и добровольно подчинились требованиям Киотского протокола.

Рамочная конвенция об изменении климата и Киотский протокол основаны, в существенной степени, на принципе общей, но дифференцированной ответственности (*common but differentiated responsibilities*). Например, согласно абз. 2 ст. 4 Конвенции только индустриальные государства (т.н. стороны, включенные в приложение I) обязаны проводить национальную политику и принимать меры по охране климата, чтобы ограничить изменение климата посредством уменьшения объема антропогенных выбросов парниковых газов, а также посредством охраны и расширения поглотителей и хранилищ парниковых газов. Приложение B к Киотскому протоколу устанавливает индивидуальные обязанности по ограничению *только* для этих государств (таким образом, не для Китая и Индии); для государств с переходной экономикой (например, России) для сравнения может быть установлен

148

(2003) 255ff.

⁵⁷⁶ См.: UN Doc FCCC/CP/2001/13/Add.1–3 v 21.1.2002.

⁵⁷⁷ *Kreuter-Kirchhof*, Kooperationsformen, 54ff; *Wustlich* (примеч. 519) 279ff.; *Wustlich* (сноска 570) 279ff. Другие меры в области лесного, сельского или пастбищного хозяйства могут быть зачтены как меры по снижению, если они не ограничиваются наличием углеводородов (биомассы). Кроме того, должен быть учтен вторичный выброс CO₂ при использовании биомассы. Меры также должны способствовать поддержанию биологического разнообразия и устойчивого пользования природных ресурсов. — Спорным является, насколько улавливание и геологическое хранение углекислого газа (*carbon capture and storage*) следует считать уменьшением выбросов у источника или снижением.

другой базовый год, нежели 1990, или другой период (см. абз. 5 ст. 3 Киотского протокола). Для *выполнения индивидуальных обязанностей по ограничению* согласно абз. 3 ст. 3 Киотского протокола используются *чистые изменения в величине выбросов*, т.е. выбросов из источников за вычетом абсорбции поглотителями парниковых газов. Противоположные интересы индустриальных государств и развивающихся стран должны быть сбалансированы в рамках Киотского протокола при помощи *гибких экономических инструментов*⁵⁷⁸. Согласно механизму экологически чистого развития (*clean development mechanism*), предусмотренному ст. 12 Киотского протокола, индустриальные государства могут выполнять часть своих обязательств посредством реализации проектов по сокращению выбросов в развивающихся странах. Межгосударственная торговля квотами на выбросы загрязнителей воздуха (*emissions trading*) также считается важным инструментом⁵⁷⁹, который может только дополнять национальные меры по сокращению выбросов. Директива 2003/87/EG о системе *торговли сертификатами на выброс парниковых газов в Европейском Сообществе* вступила в силу 25 октября 2003 г. На основании Директивы с 1 января 2005 г. на территории ЕС введена система торговли сертификатами на выбросы. Проблемы имплементации и применения Конвенции связаны с необходимостью создания законодательных основ, административной базы, а также с высокими издержками⁵⁸⁰. С 2012 г. в системы торговли сертификатами на выбросы включено также воздушное сообщение в Европе и за ее пределами⁵⁸¹.

149 В связи с неоднозначностью диагноза и лечения «болезни климата» и политическими разногласиями Конвенция ООН об изменении климата была

⁵⁷⁸ Критические замечания см.: *Winter*, in: *Bewahrung*, 49ff.

⁵⁷⁹ См.: *Jochem*, *Rahmenbedingungen für ein internationales System handelbarer Emissionsrechte im Kyoto-Protokoll*, ZfU 1999, 349ff; *Giesberts/Hilf*, *Handel mit Emissionszertifikaten*, 2002, 57ff. Сам протокол не является правовой основой глобальной системы торговли сертификатами на выброс парниковых газов.

⁵⁸⁰ Основным элементом европейской системы торговли квотами на выбросы является введение механизма «ограничивай и торгуй» (*Cap-and-trade*). Общий объем выбросов углекислого газа ограничивается абсолютной величиной; однако адресаты положений могут выполнить свои обязательства посредством закупки сертификатов. Отличие от Киотского протокола заключается в том, что торговля осуществляется не между государствами, а между предприятиями. Они могут либо сокращать выбросы своего предприятия, либо докупать права на выбросы. В Германии Директива была трансформирована в национальное право Законом о торговле квотами на выброс парниковых газов (TEHG, BGBl 2004 I, 1578). См.: *Kobes*, *Grundzüge des Emissionshandels in Deutschland*, NVwZ 2004, 513ff.

⁵⁸¹ См.: Директива 2008/101/EG от 19.11.2008 о включении воздушного сообщения в системы торговли сертификатами на выбросы внутри Сообщества (ABl EU 2009, Nr L 8/3). Суд ЕС установил, что включение перелетов, осуществляемых за пределами ЕС, для расчета количества сертификатов за полеты в ЕС или из ЕС не противоречит международному праву и абз. 1 ст. 351 ДФЕС, см. EuGH, Rs C-366/10, Rn 49ff [*Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten*]. Крит *Proelß* (сноска 90) 154ff.

разработана как *рамочная* конвенция. Таким образом, существует теоретическая возможность адаптировать правовые инструменты к новой информации о проблеме. Поэтапное внедрение регулирования стало возможным благодаря накопленному позитивному опыту по охране «озонового слоя» (см. ниже абз. 151). Однако значительно более существенные экономические последствия сокращения выбросов углекислого газа привели к безрезультатному прекращению *переговоров по новому договору*, предусматривающему расширение обязанностей по сокращению выбросов с 2013 г., *который должен был заменить Киотский протокол*. Государства, включенные в приложение I, пришли к единому мнению относительно необходимости более далеко идущих обязательных целей, чтобы предотвратить повышение температуры более чем на 2 °С. Независимо от посткиотского процесса, ЕС поставил перед собой цель к 2020 г. достичь сокращения выбросов парниковых газов на 20% по сравнению с 1990 г.⁵⁸² В особенности в связи с противодействием таких стран с переходной экономикой, как Китай⁵⁸³ и Индия, которые ссылаются на первичную ответственность западных индустриальных государств, на последних конференциях государств-участников не мог быть достигнут консенсус о конкретных обязанностях по сокращению выбросов. Например, в заключительном документе Копенгагенской конференции 2009 г. (*Copenhagen Accord*) содержатся только общие утверждения о том, что следует принять меры, чтобы ограничить повышение температуры максимально 2 °С⁵⁸⁴. В отношении механизмов для достижения этой цели, начиная с Копенгагенской конференции, вместо механизма «ограничивай и торгуй», применяемому в ЕС к торговле сертификатами на выбросы, все чаще используется малоэффективный метод обещания и проверки (*pledge and review*). Согласно этому подходу отдельные государства сообщают компетентному органу (секретариату РКИК ООН), на сколько они хотели бы сократить выбросы (*pledge*)⁵⁸⁵; после чего на очередной конференции РКИК проверяется, насколько этих добровольных сокращений достаточно, чтобы ограничить повышение температуры на 2 °С. Поскольку до конца первого периода по Киотскому протоколу (31.12.2012) не было достигнуто соглашение о заключении нового договора, на саммите по защите климата в Дохе (2012) было принято решение продлить Киотский протокол до 2020 г. Этот Протокол Киото II обязателен только для тех государств, которые выразили свое согласие с продлением протокола⁵⁸⁶. Параллельно до 2015 г. должна

⁵⁸² КОМ (2008) 30 endg v 23.1.2008.

⁵⁸³ По абсолютному объему выбросов (не на душу населения) Китай уже обогнал США.
⁵⁸⁴ FCCC/CP/2009/L.7 v 18.12.2009, § 1.

⁵⁸⁵ См.: там же, § 4. Подход является сомнительным еще и потому, что установление базового года также зависит от усмотрения отдельных государств.

⁵⁸⁶ Многие государства, в том числе Россия, Канада, Япония и Новая Зеландия, заявили, что они не будут участвовать в Протоколе Киото II.

быть заключена новая глобальная конвенция по охране климата, которая должна вступить в силу в 2020 г. На основании в целом негативных результатов международной политики по охране климата перспективы реализации этого плана на сегодняшний день представляются туманными.

150 На вопрос, как можно мотивировать государства принимать участие в охране климата, по-прежнему не существует однозначного ответа. Не решен и вопрос о контроле над соблюдением обязательств по сокращению выбросов (*compliance*)⁵⁸⁷. Также не определены санкции в случае нарушения соответствующих международных обязательств (*enforcement*) и ответственность за ущерб, причиненный в результате изменения климата⁵⁸⁸. Поэтому охрана климата в целом, а в последнее время и на уровне ЕС является *основной экспериментальной площадкой*, которая отражает, с одной стороны, динамику развития и необходимость реформирования международного права окружающей среды и, с другой стороны, в частности на примере принципа общей, но дифференцированной ответственности индустриальных государств и развивающихся стран (абз. 1 ст. 3 Рамочной конвенции), его в высшей степени политическую и глобальную природу. В свете последних событий представляется маловероятным, что цель ограничения повышения температуры 2 °С может быть достигнута посредством сокращения выбросов. Из этого следует, что параллельно с приложением усилий для существенного сокращения выбросов (*mitigation*) и мерами по адаптации к изменению климата (например, расширением заливных площадей, сооружением дамб и т. д.) (*adaptation*) могут быть приняты меры для улавливания и хранения CO₂ уже выброшенного в атмосферу (например, улавливание и геологическое хранение углекислого газа (*carbon capture and storage*)) или даже предприятия прямое вмешательство в природные процессы с целью увеличения возможности поглощения CO₂ экосистемами или замедления действия парникового эффекта в атмосфере (т.н. *Climate Engineering*)⁵⁸⁹. Дискуссия о допустимости и совместимости таких мер с международным правом только началась⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ См.: *Holtwisch*, Das Nicheinhalteverfahren des Kyoto-Protokolls, 2006.

⁵⁸⁸ См.: *Verheyen*, Climate Change Damage and International Law, 2005; *Kehrer*, Staatenverantwortlichkeit und Meeresspiegelanstieg, 2009; Faure/Peeters (Hrsg), Climate Change Liability, 2011.

⁵⁸⁹ The Royal Society, Geoengineering the Climate (RS Policy Document 10/09), 2009; *Rickels et al*, Gezielte Eingriffe in das Klima?, 2011.

⁵⁹⁰ См., например: *Rayfuse/Laurence/Gjerde*, Ocean Fertilisation and Climate Change, *IJMC* 23 (2008) 297ff; *Bodansky*, May We Engineer the Climate?, *Climatic Change* 33 (1996) 309ff; *Rickels et al* (сноска 592) 95ff.

Охрана озонового слоя

Уровень осознания проблемы охраны озонового слоя сегодня достаточно высок⁵⁹¹. Этот слой стратосферы поглощает определенный спектр ультрафиолетового излучения Солнца (ультрафиолет В). Галогенированные углеводороды и галоны разрушают этот защитный слой, вследствие чего излучение достигает поверхности Земли в большом объеме и представляет потенциальную опасность для здоровья. Центральным элементом охраны озонового слоя как общего достояния являются международные *договоры об озоновом слое*. По мере расширения потока информации о причинах, масштабе и последствиях вредного воздействия увеличивался и объем регулирования. По *Венской конвенции об охране озонового слоя* 1985 г.⁵⁹², являющейся рамочной, можно судить о недостатке конкретной информации о фактических взаимосвязях, существовавшей на момент ее принятия. Конвенция содержит абстрактную обязанность защиты от опасностей, связанных с изменением озонового слоя. Кроме того, она обязывает расширить исследования проблем разрушения озона (ст. 3), сотрудничество и обмен информацией. Организационная часть Конвенции рассчитана на ее последующую конкретизацию.

151

В то время как Венская конвенция содержит процедурные положения, *Монреальский протокол* от 16 сентября 1987 г.⁵⁹³, принятый на основании Конвенции и вступивший в силу в 1989 г., предусматривает поэтапное сокращение выбросов веществ, под действием которых разрушается слой атмосферного озона. Протокол как самостоятельный договор определяет детальный график сокращения галогенных углеводородов. Таким образом, впервые было заключено соглашение всемирного масштаба, которое устанавливало конкретные цели и календарные сроки сокращения угрожающих окружающей среде веществ. Однако для развивающихся стран были предусмотрены исключения⁵⁹⁴. В отношении ЕС действует особый режим⁵⁹⁵. Согласно положению о *динамичной корректировке* (п. с абз. 9 ст. 2)

152

⁵⁹¹ *Bleischwitz*, Die Globalisierung der Umweltpolitik, 1991; *Mumelter*, Der Schutz der Ozonschicht in der Europäischen Gemeinschaft und in Österreich, 1993.

⁵⁹² BGBl 1988 II, 901. О дискуссии см.: *Ott*, Umweltregime im Völkerrecht, 1998, 47ff, 111ff.

⁵⁹³ BGBl 1988 II, 1014 (на 1.12.2012 г. — 197 государств-участников). Это был первый правовой акт в истории ООН, который действовал во всем мире. О механизме *Non-compliance* Монреальского протокола см.: *Ohlhoff*, Methoden der Konfliktbewältigung bei grenzüberschreitenden Umweltproblemen im Wandel, 2003, 309ff.

⁵⁹⁴ При определенных обстоятельствах развивающиеся страны могут отложить все меры на срок до 10 лет (абз. 1 ст. 5 Монреальского протокола). О дифференциации обязательств индустриальных государств и развивающихся стран см.: *Bloch*, Technologietransfer zum internationalen Umweltschutz, 2007, 134ff, 149ff.

⁵⁹⁵ Европейское Сообщество рассматривается как единое целое. Отдельные государства-члены, таким образом, получают возможность сокращать выбросы в более длительные сроки, если другие государства-члены выполнили норму раньше.

государства-участники могут принять большинством в 2/3 голосов решение об изменении графика сокращений, которое без ратификации вступает в силу для всех государств-участников: законодательные полномочия для «совещания сторон договора»⁵⁹⁶.

153 Поскольку сокращение ХФУ и других галонов на основании Монреальского протокола сочли недостаточным, в Протокол внесли *корректировки и поправки*⁵⁹⁷. Посредством «корректировок» (*adjustments*) были сокращены сроки в графике, посредством «поправок» (*amendments*) Протокол был пересмотрен на основании традиционных процедур международного права⁵⁹⁸. Институциональные рамки были изменены посредством введения *Озонового фонда*, из которого развивающиеся страны могли получать средства для проведения мер согласно протоколу на основании *Лондонского пересмотра в 1990 г.* Кроме того, Протокол был дополнен положениями о разрешении споров, конкретизированными *Копенгагенским пересмотром 1992 г.* В дальнейшем Протокол пересматривался каждые два года: в *Монреале* (17 сентября 1997 г.), в *Пекине* (3 декабря 1999 г.); соответственно 193 и 184 участников Протокола (по состоянию на 1.12.2012 г.).

154 В целом договоры по озоновому слою отмечают *постепенное улучшение* охраны окружающей среды. Динамика в развитии системы международных договоров проявляется здесь так же, как (осторожное) установление относительного характера принципа равенства государств. Развивающиеся страны пользуются привилегиями; но и ЕС как объединение государств добились особого статуса. В долгосрочной перспективе тактические ограничения могут способствовать развитию стратегии *универсальности* и, таким образом, эффективности охраны окружающей среды при помощи международного права.

г) Охрана флоры и фауны и биологического разнообразия

155 В то время как охрана моря, воздуха, озонового слоя и атмосферы связана с определенной категорией пространства, растительный и животный мир являются *специальными объектами охраны*⁵⁹⁹. Флора и фауна, только частично связанные с определенной территорией, относятся к всемирным

⁵⁹⁶ См. выше сноску 466. См. также: *Schuppert*, Neue Steuerungsinstrumente im Umweltvölkerrecht am Beispiel des Montrealer Protokolls und des Klimaschutzrahmenübereinkommens, 1998.

⁵⁹⁷ BGBl 1991 II, 1332 (Лондонский пересмотр 29.6.1990 г., вступил в силу 10.8.1992., на 1.12.2012–197 сторон). BGBl 1993 II, 2183 (Копенгагенский пересмотр 25.11.1992 вступил в силу 14.6.1994, на 1.12.2012–197 сторон).

⁵⁹⁸ См. ст. 39 и след. Конвенции о ПМД.

⁵⁹⁹ *Stoll/Schillhorn*, Das völkerrechtliche Instrumentarium und transnationale Anstöße im Recht der natürlichen Lebenswelt, NuR 1998, 625ff.

природным богатствам. Отдельные государства могут оказывать только ограниченное влияние на *мигрирующие* виды диких животных, включенные в объекты охраны на основании Конвенции 1979 г.⁶⁰⁰ (Боннская конвенция) и Соглашения 1995 г.⁶⁰¹ Решение защищать определенные виды животных связано с осознанием того, что заинтересованность отдельных государств в использовании указанных ресурсов отступает перед совместным интересом охраны животного мира. Если природные богатства на долгосрочной основе принадлежат определенному государству (например, лес), на них распространяется территориальный суверенитет. В отношении таких объектов международно-правовое регулирование охраны практически не развивается. Например, Вашингтонская конвенция о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения, от 1973 г. (СИТЕС)⁶⁰² только частично составляет исключение. Международно-правовая защита видов в этом случае одновременно служит экономическим интересам отдельных государств, поскольку животные составляют также их капитал, который благодаря туризму и торговле приносит проценты. СИТЕС оказалась эффективной для сохранения отдельных видов животных (африканский слон, леопард и т. д.). В приложения к Конвенции, в которые включены охраняемые виды растений и животных в соответствии со статусом охраны, на сегодняшний день включены 8000 видов животных и 40000 видов растений⁶⁰³.

К конвенциям по охране флоры и фауны, в которых в *наибольшей степени* проявляется *экологическая ориентация*, относятся (Рамсарская) конвенция о водно-болотных угодьях 1971 г., а также Конвенция об охране дикой флоры и фауны и их естественной среды обитания в Европе 1979 г.⁶⁰⁴ Кроме того, известны различные конвенции нового типа, которые преследуют цель охраны отдельных видов или сортов с точки зрения их экологического значения для биологического разнообразия (концепция самостоятельной ценности; *intrinsic value*) и поэтому не основаны на перечнях. *Конвенция*

156

⁶⁰⁰ Конвенция о сохранении мигрирующих видов диких животных от 23.6.1979 г. (BGBl 1984 II, 569); см.: *Proelß*, Migratory Species, International Protection, MPEPIL VII 160 (Rn 9ff).

⁶⁰¹ См. выше абз. 69.

⁶⁰² BGBl 1975 II, 773. См.: *Sand*, Endangered Species, International Protection, MPEPIL III, 423 (Rn 6ff).

⁶⁰³ Приложение I содержит виды, которым угрожает исчезновение; торговля этими видами может осуществляться только в исключительных случаях. Приложение II содержит виды, которые могут оказаться под угрозой исчезновения, если торговля не будет строго регламентирована. Приложение III включает все виды, международная торговля которыми подлежит ограничениям.

⁶⁰⁴ BGBl 1976 II, 1265 (водно-болотные угодья); BGBl 1984 II, 618 (дикие растения и животные).

о биологическом разнообразии (КБР) от 5 июня 1992 г.⁶⁰⁵ заслуживает особого внимания. Она применяется к компонентам биологического разнообразия в пределах национальной юрисдикции договаривающихся сторон и к процессам и деятельности, которые осуществляются как в пределах национальной юрисдикции, так и за ее пределами (ст. 4). Целью Конвенции является охрана видов как в их естественной среде обитания, так и *ex situ*, т.е. вне этой среды (в зоопарках, генных банках данных и т.д.). В Конвенции признается, что сохранение разнообразия генетических ресурсов как объектов национального суверенитета объединяет все государства как общая задача человечества (*common concern of humankind*)⁶⁰⁶. В этой связи на все государства возлагаются обязательства, дифференцированные в зависимости от близости к предмету и уровня развития. Помимо охраны биотопов в Конвенции речь идет об устойчивом использовании флоры и фауны (см. ст. 3) и справедливом распределении прибыли от использования генетических ресурсов.

157 Статья 15 и след. КБР имеют большое значение для регулирования охраны и использования генетических ресурсов, основанных на режиме доступа и распределения (*access and benefit sharing*), который действует также в отношении морского дна⁶⁰⁷. На основании этих положений договаривающиеся стороны, на территории которых расположена большая часть генетических ресурсов (как правило, речь идет о развивающихся странах, которым свойственно значительное биологическое разнообразие)⁶⁰⁸, предоставляют другим государствам доступ (*access*) к этим ресурсам на основании национального права. В качестве компенсации они могут пользоваться выгодами от коммерческого использования ресурсов (*benefit sharing*). Такие преимущества могут вытекать также из участия в научно-исследовательской работе и ее результатах, а также из передачи технологий (см. абз. 6 и 7 ст. 15, ст. 16 КБР). Определяющим фактором является то, что доступ осуществляется на условиях, которые согласуются между государством, предоставляющим ресурсы, и государством, которое хочет использовать эти ресурсы на основании договора, см. абз. 4 ст. 15 КБР. Таким образом, КБР не затрагивает принцип государственного суверенитета.

158 Характер ст. 15 и след. КБР как «мягкого» права, который связан, прежде всего, с инициативой развивающихся государств, привел к тому, что только незначительная часть договаривающихся сторон приняла соответствующие нормы. Договоры между государствами, предоставляющими ресурсы,

⁶⁰⁵ BGV1 1993 II, 1742.

⁶⁰⁶ Это понятие означает, что меры по охране должны приниматься также в интересах всего человечества. См.: Krohn (примеч. 355) 277.

⁶⁰⁷ См.: Stoll, in: *Bewahrung*, 159ff.

⁶⁰⁸ Согласно ст. 2 КБР генетические ресурсы определяются как «генетический материал, представляющий фактическую или потенциальную ценность».

и государствами, желающими использовать ресурсы, заключались редко. *Боннские руководящие принципы по обеспечению доступа к генетическим ресурсам и справедливого и равноправного распределения выгод от их использования*, которые были приняты на 6-й конференции сторон в 2002 г., не являются юридически обязательными и не могут облегчить доступ. После сложных переговоров на 10-й конференции сторон в 2010 г. наконец удалось принять *Нагойский протокол*, конкретизирующий ст. 15 и след. и п. j ст. 8 (о традиционных знаниях коренных народов)⁶⁰⁹. Он устанавливает требования к процедуре при осуществлении компенсации и содержит в приложении перечень «денежных и неденежных выгод» («monetary and non-monetary benefits»), например, «совместные права на интеллектуальную собственность». Кроме того, он предусматривает создание национальных контактных пунктов (*focal points*) и международного центрального управления (*access and benefit-sharing clearing-house*), которые должны обеспечивать обмен информацией и прозрачность. Нагойский протокол является самостоятельным договором, который должен быть ратифицирован договаривающимися сторонами КБР. Для его принятия необходимо 50 ратификаций, на 1.12.2012 г. его ратифицировали только 20 государств. *Картахенский протокол по биологической безопасности* от 29.1.2000⁶¹⁰ также является камнем преткновения. Этот протокол не был ратифицирован США, основным экспортером генетически измененных продуктов. Кроме того, США предпринимают попытки подорвать основы протокола за счет международных торговых соглашений.

В заключение можно констатировать, что природные ресурсы, значение которых для мировой экосистемы доказано и которые тесно связаны с территориальным суверенитетом и верховенством, как, например, влажные тропические леса, не стали основным предметом обязательных защитных конвенций⁶¹¹. От установления глобального значения для экологии еще далеко до эффективной имплементации универсальных защитных конвенций, рассчитанной на перспективу, поскольку международный режим до сих пор основан на функциях национальных государств. В *Стратегическом плане по биологическому разнообразию на период 2011–2020*, принят на 10-й конференции сторон КБР в Нагое, установлено, что «цели биологического разнообразия на 2010 г. не были достигнуты, по крайней мере, на глобальном уровне» («[t]he 2010 biodiversity target has not been achieved, at least not

159

⁶⁰⁹ UNEP/CBD/COP/DEC/X/1 v 29.10.2010, Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising From their Utilization.

⁶¹⁰ ПЛМ 39 (2002) 1027; вступил в силу 11.9.2003 (на 1.12.2012–164 государства-участника). См.: *Böckenförde* (сноска 422) 313ff; *Herrmann/Weiß/Ohler* (сноска 299) Rn 599f.

⁶¹¹ К вопросу о Конвенции ООН о борьбе с опустыниванием см. *Kellersmann* (сноска 394) 253ff.

at the global level») ⁶¹². Поэтому в плане предусмотрено 20 целей, которые должны быть достигнуты до 2020 г., но не являются императивными (т. н. *цели по биоразнообразию, принятые в Айти*). Согласно *Цели 11* должны охраняться не менее 17% экосистем Земли, находящихся на суше, и не менее 10% побережья и моря, согласно *Цели 12* до 2020 г. должно быть остановлено исчезновение видов и улучшено правовое положение видов, нуждающихся в охране. Договаривающиеся стороны должны регулярно отчитываться о результатах имплементации. Межправительственная научно-политическая платформа по биоразнообразию и экосистемным услугам (*Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services – IPBES*), созданная в 2012 г., является организацией нового типа, которая, как и Международный совет по изменению климата, осуществляет управление в области охраны окружающей среды (*environmental governance*) ⁶¹³. Она должна анализировать развитие научных исследований и давать политические консультации. И в этой связи будущее покажет, какие обязанности добровольно возложат на себя государства, чтобы удовлетворить эти амбициозные требования.

д) Защита от отходов и вредных веществ

160 *Функциональный* подход дополняет приведенные правила охраны окружающей среды, ориентированные на категорию пространства или на объект. В качестве нейтральных пунктов обмена информацией и управления часто используются международные организации, например, Международная морская организация (ИМО), связанная с выполнением Конвенции МАР-ПОЛ. На государства-участников международных договоров возлагаются обязательства по сотрудничеству и обмену информацией. Между договаривающимися сторонами на основании договоров действуют обязанности по сотрудничеству и предоставлению информации, которые выходят за рамки международного обычая (см. выше абз. 109 и след.). В последнее время участники договоров предоставляют друг другу право *контроля (monitoring)*, сравнимое с правом участия наблюдателей в инспекциях по Договору об Антарктике и Договору по космосу. *Роттердамская конвенция о процедуре предварительного согласия в отношении отдельных опасных химических веществ и пестицидов в международной торговле* от 11 сентября 1998 г. ⁶¹⁴ основывается на принципе *предварительного согласия (prior consent)*. В 2001 г. в Стокгольме была принята универсальная

⁶¹² См.: CBD Decision X/2, Strategic Plan for Biodiversity 2011–2020, § 7, <<http://www.cbd.int/decision/cop/?id=12268>>.

⁶¹³ Информация к Международной платформе см. сноску 572.

⁶¹⁴ ILM 38 (1999) 1.

Конвенция о стойких органических загрязнителях, основанная на принципе предотвращения. Цель Конвенции — всемирный запрет особо опасных для здоровья веществ (*persistent organic pollutants*)⁶¹⁵.

В связи с проблемой *утилизации отходов*, требующей безотлагательно-го решения, следует упомянуть соглашения, предмет которых составляют трансграничные перевозки отходов. «Чрезвычайная ситуация с мусором», возникшая в индустриальных государствах, привела к росту экспорта отходов в развивающиеся страны («мусорный туризм») ⁶¹⁶. Чтобы учесть связанные с этим опасности, *Базельская конвенция о контроле над трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением* от 22 мая 1989 г. ⁶¹⁷ устанавливает ряд процедурных предпосылок; однако их исполнение зависит от усмотрения государств-участников. И в этой Конвенции основополагающим является принцип предварительного согласия (*prior consent*): каждая экспортная поставка зависит от предварительного согласия потенциального государства-импортера. Перевозка отходов на негосударственные территории относится к сфере действия Конвенции при условии участия в перевозке, по меньшей мере, двух государств. Кроме того, предусмотрено несколько абсолютных запретов на экспорт. Вследствие многочисленных исключений Конвенция пока не оправдала ожиданий ⁶¹⁸.

⁶¹⁵ ПЛМ 40 (2001) 532 (2.5.2001). Как и СИТЕС, приложения этой Конвенции, вступившей в силу 17.5.2004, перечисляют группы веществ, производство которых и/или торговля которыми должны быть запрещены или ограничены. После выделения эти вещества очень медленно разлагаются.

⁶¹⁶ См.: Rublack, Der grenzüberschreitende Transfer von Umweltrisiken im Völkerrecht, 1993, 28ff.

⁶¹⁷ BGBl 1994 II, 2703. См.: Ott, *Umweltregime*_ 71ff, 122ff; Ehrmann (сноска 300) 357ff.

⁶¹⁸ 12.12.1999 г. был согласован Дополнительный протокол, регулирующий *финансовую компенсацию* при трансграничных перевозках опасных отходов, если ущерб причинен физическим лицам или если загрязнению подверглись почва и вода.

ШЕСТОЙ РАЗДЕЛ

Экономика и культура

Рудольф Дольцер

Оглавление (краткий обзор содержания по абзацам) Абзацы

I. Экономика в международном праве	1–118
1. Обзор международно-правовых аспектов экономического сотрудничества	1–14
а) Международное экономическое право	10
б) Международный экономический порядок	12
2. Стандарты международного экономического права	15–41
а) Принцип недискриминационности	16
б) Принцип наибольшего благоприятствования	19
в) Принцип национального режима	23
г) Принцип взаимности, справедливости	26
д) Право на развитие, устойчивое развитие	30
е) Рациональность, прозрачность, надлежащее управление	37
3. Защита чужой собственности и статус транснациональных корпораций	42–62
а) Защита иностранных инвестиций	42
б) Транснациональные корпорации	53
4. Система всемирной торговли	63–99
а) Инструменты свободной всемирной торговли: ГАТТ и ВТО	63
б) Инвестиционные меры, связанные с торговлей	90
в) Инструменты региональной экономической интеграции	93
г) Прочие инструменты, связанные с торговлей	98
5. Международное налоговое право	100–105
6. Международное право экономического развития	106–118
а) Основы и развитие	106
б) Международный валютный фонд и группа Всемирного банка	109
в) Сырьевые соглашения и соглашение Котону	114
II. Культура в международном праве	119–164
1. Обзор права культурных ценностей	119–121
2. Информационная свобода и система культуры	122–123

3. Культурные потребности как критерий ограничения свободы перемещения товаров и услуг 124–127
4. Право на язык 128–129
5. Культурные ценности и их охрана. 130–164
 - а) Определение культурной ценности 136
 - б) Носители культурных ценностей 140
 - в) Культурные ценности в вооруженных конфликтах 145
 - г) Регулирование в мирное время 150
 - д) Возвращение культурных ценностей 157
 - е) Охрана культурных ценностей в море 160
 - ж) Архивные материалы, археология, архитектура 162

Литература

- Bishop, R. Doak/Crawford, James/Reisman, W. Michael*, Foreign Investment Disputes, Cases Materials and Commentary, 2005.
- Carreau, Dominique/Juillard, Patrick*, Droit international économique, 4. Aufl 2010
- Dolzer, Rudolf*, New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property, AJIL 75 (1981) 553ff
- ders*, Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht, 1985
- ders*, Formen der Streitbeilegung im multilateralen Wirtschaftsrecht, FS Doehring, 1989, 143ff
- ders/Jayme, Erik/Mußgnug, Reinhard (Hrsg)*, Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes, 1994
- ders/Stevens, Margrete*, Bilateral Investment Treaties, 1995
- ders*, The Notion of Investment in Recent Practice, FS Feliciano, 2005, 261ff
- ders*, Meistbegünstigungsklauseln in Investitionsschutzverträgen, FS Ress, 2005, 47ff
- ders*, Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties, The International Lawyer 2005, 87ff
- ders*, Schirmklauseln in Investitionsschutzverträgen, FS Tomuschat, 2006, 281ff
- ders*, Neuverhandlungsklauseln im aktuellen Recht der Auslandsinvestitionen, FS Bothe, 2008, 595ff
- ders*, Fair and Equitable Treatment: Judicially Manageable Criteria, FS Carreau/Juillard, 2009, 83ff
- ders*, Contemporary Law of Foreign Investment: Revisiting the Status of International Law, FS Schreuer, 2009, 818ff
- ders/Schreuer, Christoph*, Principles of International Investment Law, 2. Aufl 2012 [*Dolzer/Schreuer*, Principles]
- Eitel, Tono*, Beutekunst — Die letzten deutschen Kriegsgefangenen, FS Delbrück, 2005, 192ff

- Fechner, Frank/Oppermann, Thomas/Prott, Lyndel V. (Hrsg)*, Prinzipien des Kulturgüterschutzes, 1996
- Francioni, Francesco*, Beyond State Sovereignty: The Protection of Cultural Heritage as a Shared Interest of Humanity, Michigan JIL 25 (2004) 1209ff
- Hahn, Michael*, Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie, 1996
- Hauser, Heinz/Schanz, Kai-Uwe*, Das neue GATT: Die Welthandelsorganisation nach Abschluss der Uruguay-Runde, 1995
- Herdegen, Matthias*, Internationales Wirtschaftsrecht, 9. Aufl 2011 [*Herdegen, Wirtschaftsrecht*]
- ders*, Principles of International Economic Law, 2012
- Herrmann, Christoph/Weiß, Wolfgang/Ohler, Christoph*, Welthandelsrecht, 2. Aufl 2007 [*Herrmann/Weiß/Ohler, Welthandelsrecht*]
- Hilf, Meinhard/Oeter, Stefan (Hrsg)*, WTO-Recht, 2. Aufl 2010 [*Hilf/Oeter (Hrsg), WTO-Recht*]
- Kowalski, Wojciech W.*, Restitution of Works of Art Pursuant to Private and Public International Law, RdC 288 (2001) 19ff
- Langer, Stefan*, Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung, 1995
- Lowenfeld, Andreas*, International Economic Law, 2. Aufl 2008
- Matsushita, Mitsuo/Schoenbaum Thomas J./Mavroidis, Petros C.*, The World Trade Organization, Law, Practice and Policy, 3. Aufl 2011
- Meng, Werner*, Gedanken zur Frage der unmittelbaren Anwendung von WTO-Recht in der EG, FS Bernhardt, 1995, 1063ff
- Pallas, Nadine*, Maritimer Kulturgüterschutz, 2004
- Permanent Court of Arbitration (Hrsg), Resolution of Cultural Property Disputes, 2004
- Petersmann, Ernst-Ulrich*, International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System, 1997
- Prieß, Hans-Joachim/Berrisch, Georg M. (Hrsg)*, WTO-Handbuch, 2003
- Reichelt, Gerte (Hrsg)*, Neues Recht zum Schutz von Kulturgut, 1997
- Scott, Hal S.*, International Finance: Law and Regulation, 3. Aufl 2012
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz*, International Economic Law, 3. Aufl 1999
- Senti, Richard*, WTO, 2000
- ders*, Welthandelsorganisation (WTO) in a Nutshell, 2009
- von Schorlemer, Sabine*, Internationaler Kulturgüterschutz, 1992
- Shihata, Ibrahim*, The World Bank in a Changing World: Selected Essays and Lectures, Bd I (1991), Bd II (1995)
- Siehr, Kurt*, International Art Trade and the Law, RdC 243 (1993-VI) 13ff
- Stoll, Peter-Tobias/Schorkopf, Frank*, WTO — Welthandelsordnung und Welthandelsrecht, 2002
- dies*, WTO — World Economic Order, World Trade Law, 2006
- Streinz, Rudolf*, Internationaler Schutz von Museumsgut, 1998

- Tietje, Christian*, Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung, 1998
- ders (Hrsg)*, Internationales Wirtschaftsrecht, 2009 [Tietje (Hrsg), Internationales Wirtschaftsrecht]
- Vogel, Klaus/Lehner, Moris*, Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen: Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen, 5. Aufl 2008 [Doppelbesteuerungsabkommen]
- Wolfrum, Rüdiger (Hrsg)*, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2012 [MPEPIL]
- Wyss, Martin Philipp*, Kultur als eine Dimension der Völkerrechtsordnung, 1992

Договоры и декларации

- Всеобщий единый почтовый договор об учреждении Всемирного почтового союза от 9.10.1874 в редакции от 10.9.1981 (BGBl 1981 II, 674) 98
- IV Гагская конвенция о законах и обычаях сухопутной войны от 18.10.1907 [Гагская конвенция о сухопутной войне, в приложении] (RGBl 1910, 107) 137, 146
- Договор о защите учреждений, служащих целям науки и искусства, а также исторических памятников от 15.4.1935 (ZaöRV 16 [1955/56] 78) [«пакт Рериха»] 121, 147
- (Чикагская) Конвенция о международной гражданской авиации от 7.12.1944 (BGBl 1956 II, 411), последнее изменение BGBl 1999 II, 307 98
- Соглашение Международного валютного фонда от 1./22.7.1944 (BGBl 1952 II, 638), новая редакция 1976 г. (BGBl 1978 II, 13), последнее изменение: BGBl 1991 II, 814 [Соглашение МВФ] 109
- Соглашение Международного банка реконструкции и развития от 1/22.7.1944 (BGBl 1952 II, 664), последнее изменение: BGBl 1992 II, 1134 [Соглашение МБРР] 112
- Генеральное соглашение о тарифах и торговле от 30.10.1947 (BGBl 1951 II, 173; Приложение I, 4) [ГАТТ 1947] 5, 14, 16 и след., 63 и след., 124 и след.
- Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4.11.1950 (BGBl 1952 II, 685, 953) [ЕКПЧ]; Протокол № 1 от 20.3.1952 (BGBl 1956 II, 1879); Протокол № 12 от 4.11.2000 (<<http://conventions.soe.int/Treaty/GER/Treaties/Html/177.htm>>) 43, 142 и след.
- Конвенция о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта от 14.5.1954 (BGBl 1967 II, 1235) 137, 144, 147
- Европейская культурная конвенция от 19.12.1954 (BGBl 1955 II, 1128) 156, 163
- Соглашение Международной финансовой корпорации (МФК) от 12.7.1956 (BGBl 1956 II, 749) 113

- Договор об образовании Европейского экономического сообщества от 25.3.1957 (BGBl 1957 II, 766), с момента вступления в силу Лиссабонского договора от 13.12.2007 (BGBl 2008 II, 1038) действует как Договор о функционировании Европейского союза (консолидированная редакция: ABl EU 2010, Nr C 83/47) [ДФЕС] 88, 96, 118, 125, 127, 129, 139
- Соглашение Международной ассоциации развития (МАР) от 26.1.1960 (BGBl 1960 II, 2137) 113
- Декларация о неотъемлемом суверенитете над природными ресурсами от 14.12.1962 (A/RES/1803 [XVII]; ILM 1/2 [1962–1963] 223) 106
- Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств от 18.3.1965 (BGBl 1969 II, 371) [Вашингтонская конвенция] 51
- Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации от 7.3.1966 (BGBl 1969 II, 961) 142
- Международный пакт о гражданских и политических правах от 19.12.1966 (BGBl 1973 II, 1533) [МПГПП] 123, 128, 142
- Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (BGBl 1973 II, 1570) [МПЭСКП] 143
- Европейская конвенция об охране археологического наследия от 6.5.1969 (BGBl 1974 II, 1285) 163
- Соглашение о сотрудничестве между Соединенными Штатами Америки и Мексиканскими Соединенными Штатами в отношении возвращения и реституции похищенных археологических, исторических и культурных ценностей от 17.7.1970 (ILM 9 [1970] 1028) 156
- Конвенция о мерах, направленных на запрещение и предупреждение незаконного ввоза, вывоза и передачи права собственности на культурные ценности от 14.11.1970 (ILM 10 [1971] 289) [Конвенция ЮНЕСКО о незаконном перемещении культурных ценностей] 138, 144, 149 и след.
- Конвенция об охране всемирного культурного и природного наследия от 16.11.1972 (BGBl 1977 II, 215) 144, 151
- Декларация о неотъемлемом суверенитете над природными ресурсами (A/RES/3171 [XXVIII] от 17.12.1973; AJIL 68 [1974] 381) 44
- Соглашение о международной торговле текстильными изделиями от 20.12.1973 (ABl EG 1974, Nr L 118/1) [МФА] 82
- Декларация об установлении нового международного экономического порядка от 1.5.1974 (A/RES/3201 [S-XV]; ILM 13 [1974] 715) 107
- Хартия экономических прав и обязанностей государств от 12.12.1974 (A/RES/3281 [XXIX]; ILM 14 [1975] 251) 30, 44
- Соглашение о создании Международного фонда сельскохозяйственного развития (МФСР) от 13.6.1976 (BGBl 1978 II, 140) 113
- Конвенция об охране археологического, исторического и художественного наследия американских наций от 16.6.1976 (ILM 15 [1976] 1350) 156

- Декларация ОЭСР о международных инвестициях и многонациональных компаниях от 21.6.1976 (ILM 15 [1976] 967) 49
- (Венская) Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров от 11.4.1980 (BGBl 1989 II, 588), Berichtigung in: BGBl 1990 II, 1699 98
- Конвенция ЕЭС о праве, применяемом к договорным обязательствам от 19.6.1980 (BGBl 1986 II, 810) 98
- Соглашение об учреждении Общего фонда для сырьевых товаров от 27.6.1980 (BGBl 1985 II, 715) 117
- Африканская хартия прав человека и народов от 27.6.1981 (опубликована в Simma/Fastenrath [ред.], Menschenrechte, 5-е изд. 2004, 707) 142
- Конвенция ООН по морскому праву от 10.12.1982 (BGBl 1994 II, 1799) [КМП] 160 и след.
- Конвенция об охране архитектурного наследия Европы от 3.10.1985 (BGBl 1987 II, 623) 164
- Конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций от 11.10.1985 (BGBl 1987 II, 455) [МИГА] 50
- Картахенское соглашение от 26.7.1988 (ILM 28 [1989] 1165) [Андский пакт] 96
- Европейская конвенция о трансграничном телевидении от 5.5.1989 (BGBl 1994 II, 639) 125
- Устав и конвенция Международного союза электросвязи от 30.6.1989 (BGBl 1994 II, 147) 98
- Договор о создании Общего рынка между Аргентинской Республикой, Федеральной Республикой Бразилия, Республикой Парагвай и Республикой Уругвай от 26.3.1991 (ILM 30 [1991] 1041) [МЕРКОСУР] 96
- Европейская конвенция об охране археологического наследия от 16.1.1992 (BGBl 2002 II, 2709) [Мальтийская конвенция] 163
- Европейская хартия региональных языков и языков меньшинств от 5.11.1992 (BGBl 1998 II, 1314) 128
- Соглашение о Североамериканской зоне свободной торговли от 17.12.1992 (ILM 32 [1993] 296) [НАФТА] 97
- Международное соглашение по тропической древесине от 26.1.1994 (ABl EG 1996 Nr L 208/4) [МСТД] 98
- Соглашение об учреждении Всемирной торговой организации от 15.4.1994 (BGBl 1994 II, 1441, 1625) [соглашение о ВТО] 20, 27, 70
- Генеральное соглашение по торговле услугами от 15.4.1994 (BGBl 1994 II, 1473 bzw 1643) [ГАТС] 88, 125
- Соглашение по торговым аспектам прав на интеллектуальную собственность от 15.4.1994 (BGBl 1994 II, 1565 bzw 1730) [ТРИПС] 89
- Соглашение по субсидиям и компенсационным мерам от 15.4.1994 (опубликовано в *Tietje*, WTO, 2003, 169) 77

- Соглашение по инвестиционным мерам, связанным с торговлей от 15.4.1994 (опубликовано в *Tietje*, WTO, 2003, 140) [ТРИМС] 92
- Соглашение по применению статьи VI ГАТТ от 15.4.1994 (опубликовано в *Tietje*, WTO, 2003, 144) [соглашение по антидемпинговым мерам] 72 и след.
- Соглашение по текстилю и одежде от 15.4.1994 (ABl EG 1994, Nr. L 336/50) 82
- Соглашение по сельскому хозяйству от 15.4.1994 (ABl EG 1994, Nr L 336/22) 82
- Договор к Энергетической хартии и протокол от 17.12.1994 (BGBl 1997 II, 4, 102; BGBl 1998 II, 3009) 98
- Дополнительный протокол к Асунсьонскому соглашению о структуре МЕРКОСУР от 17.12.1994 (ILM 34 [1995] 1244) 96
- Рамочная конвенция о защите национальных меньшинств от 1.2.1995 (BGBl 1997 II, 1408) 128
- Международное соглашение по натуральному каучуку от 17.2.1995 (BGBl 1997 II, 576) 116
- Конвенция ЮНИДРУА о похищенных или незаконно вывезенных культурных ценностях от 24.6.1995 (ZVglRWiss 95 [1996] 214) 153, 162
- Римский статут Международного уголовного суда от 17.7.1998 (BGBl 2000 II, 1393) 148
- Второй протокол к Гаагской конвенции 1954 г. о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта от 26.3.1999 (ILM 38 [1999] 769) 148
- Соглашение между Европейским союзом и государствами Африки, Карибского бассейна и Тихоокеанского региона от 23.6.2000 (BGBl 2002 II, 325) [Соглашение Котону] 30, 39, 118
- Международное соглашение по кофе от 25.9.2001 (BGBl 2002, 2374) 116
- Конвенция ЮНЕСКО об охране подводного культурного наследия от 2.11.2001 (ILM 41 [2002] 40) 161
- Всеобщая декларация ЮНЕСКО о культурном разнообразии от 2.11.2001 (ILM 41 (2002) 57) [Декларация ЮНЕСКО о культурном разнообразии] 121
- Конвенция об охране нематериального культурного наследия от 17.10.2003 (<www.unesco.org/culture/ich/index.php>) 121
- Конвенция ЮНЕСКО об охране и поощрении разнообразия форм культурного самовыражения от 20.10.2005 [конвенция ЮНЕСКО о культурном разнообразии] 121, 126, 134
- Рамочная конвенция Совета Европы о значении культурного наследия для общества от 27.10.2005 (CETS Nr. 199) [Рамочная конвенция Совета Европы о культурном наследии] 156
- Декларация Генеральной Ассамблеи ООН о правах коренных народов (ILM 46 [2007] 1013)

Судебная практика

Постоянная палата международного правосудия

Решение по делу о сербских займах от 12.7.1929, PCIJ, Series A, No 20 [*дело о сербских займах*] 55

Международный суд

Решение по делам о континентальном шельфе Северного моря (North Sea Continental Shelf) (ФРГ против Дании; ФРГ против Нидерландов) от 20.2.1969, ICJ Rep 1969, 3 [*дела о континентальном шельфе Северного моря*] 29

Решение по делу о компании «Барселона Трэкшн, Лайт энд Пауэр Лимитед» (Вторая стадия)» (Бельгия против Испании) от 5.2.1970, ICJ Rep 1970, 3 [*дело «Барселона Трэкин»*] 54

Решение по делу о военной и военизированной деятельности в Никарагуа и против Никарагуа (Никарагуа против США) от 27.6.1986, ICJ Rep 1986, 14 [*дело Никарагуа*] 2, 31

Решение о проекте Габчиково-Надьмарош (Gabcikovo-Nagymaros Project) (Венгрия против Словакии) от 25.9.1997, ICJ Rep 1997, 92 [*дело Габчиково-Надьмарош*] 36

Международный арбитраж

Арбитражное решение по делу Тексас Оверсиз Петролеум Компани энд Калифорния Азиатик Ойл Компани (Texas Overseas Petroleum Co & California Asiatic Oil Co) против Правительства Ливийской Арабской Республики от 19.1.1977, ILM 17 (1978) 1 [*дело о ливийской нефти*] 58

Арбитражное решение по делу Правительство Кувейта против Америкэн Индепендент Ойл Компани (American Independent Oil Company) от 24.3.1982, ILM 21 (1982) 976 [*дело Аминойл*] 59

Арбитражное решение по делу Metalclad Corporation против Мексиканских Соединенных Штатов от 30.8.2000, ILR 119, 615 [*дело «Metalclad»*] 29

Арбитражное решение по делу S.D. Myers Inc. против Канады от 13.11.2000, 121 ILR 72 [*дело «S.D. Myers»*] 97

Арбитражное решение по делу Técnicas Medioambientales SA против Мексиканских Соединенных Штатов от 29.5.2003, ILM 43 (2004) 133 [*дело «Тестед»*] 22

Арбитражное решение по делу Лэйвен Груп Инк. и Рэймонд Лэйвен (Loewen Group, Inc., and Raymond Loewen) против США от 26.6.2003, ILM 42 (2003) 811 [*дело Лэйвен*] 97

Арбитражное решение по делу Сименс против Аргентины от 3.8.2004, ICSID Case No ARB 02/8 [*дело Сименс*] 22

Арбитражное решение по делу Плама Консорциум Лимитед (Plama Consortium Limited) против Болгарии от 8.2.2005, ILM 44 (2005) 721 [дело *Плама*] 22

Арбитражное решение по делу «Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A.» и «Vivendi Universal S.A.» против Аргентины от 3.8.2006, ICSID Case No ARB/03/19 [дело «*Suez/Vivendi*»] 22

Третейские группы ГАТТ и Апелляционный орган ВТО

Доклад третейской группы ГАТТ по делу «Канада — Применение Закона о рассмотрении иностранных инвестиций от 7.2.1984, ГАТТ BIDS 30th Suppl (1984) 140 [дело *о FIRA*] 91

Доклад третейской группы ГАТТ «США — Ограничения на импорт тунца» от 16.8.1991, ILM 30 (1991) 1598 [*первое дело об импорте тунца*] 84

Доклад третейской группы ГАТТ «США — Ограничения на импорт тунца» от 16.6.1994, ILM 33 (1994) 839 [*второе дело об импорте тунца*] 84

Доклад Апелляционного органа ВТО «ЕС — Меры в отношении мяса и мясных продуктов (гормоны)» от 16.1.1998, WT/DS 26/AB/R и WT/DS 48/AB/R, принят 13.2.1998, EuZW 1998, 157 (выдержка) [дело *о гормонах*] 37

Доклад третейской группы ВТО «США — Запрет на импорт определенных креветок и продуктов из креветок» от 15.5.1998, WT/DS 58/R, ILM 37 (1998) 834; доклад Апелляционного органа ВТО от 12.10.1998, WT/DS 58/AB/R, ILM 38 (1999) 118 [дело «*США — креветки — черепахи*»] 84

Ссылка Эквадора на ст. 21.5 «ЕС — Режим импорта, продажи и распределения бананов» от 12.4.1999, WT/DS 27/RW/ECU, EuZW 1999, 431 (выдержка) [дело *о рынке бананов*] 17

Доклад Апелляционного органа ВТО «ЕС — Меры в отношении асбеста и асбестосодержащих продуктов» от 12.3.2001, WT/DS 135/AB/R, ILM 40 (2001) 1193 [дело *об асбесте*] 84

Доклад Апелляционного органа ВТО «США — Режим налогообложения корпораций при продажах за рубеж (Foreign Sales Corporations)» от 30.8.2002, WT/DS 108/ARB [дело «*Foreign Sales Corporations*»] 77

Доклад третейской группы ВТО от 12.8.2009, WT/DS363/R, и доклад Апелляционного органа ВТО от 21.12.2009, WT/DS363/AB/R, «Китай — Публикации и аудиовизуальная продукция» [дело *Китай — аудиовизуальная продукция*] 124

Доклад третейской группы ВТО от 30.6.2010, WT/DS316/R, и доклад Апелляционного органа ВТО от 18.5.2011, WT/DS316/AB/R, «Европейские сообщества и отдельные государства-члены Европейских сообществ — Меры в отношении торговли крупными воздушными судами» [дело *ЕС — крупные воздушные суда*] 75

- Доклад Апелляционного органа ВТО от 21.12.2011, WT/DS396/AB/R, WT/DS403/AB/R «Филиппины — Налоги на крепкие спиртные напитки» [дело Филиппины — акцизы на крепкие спиртные напитки] 75
- Доклад третейской группы ВТО от 31.3.2011, WT/DS353/R, и доклад Апелляционного органа ВТО от 12.3.2012, WT/DS353/AB/R, «Соединенные Штаты Америки — Меры в отношении торговли крупными воздушными судами» (вторая жалоба) [дело США — крупные воздушные суда] 75
- Доклад третейской группы ВТО от 5.7.2011, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, и доклад Апелляционного органа ВТО от 31.1.2012, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, «Китай — Меры в отношении экспорта различных видов сырья» [дело Китай — сырье] 84

Европейский суд по правам человека

- Решение от 5.1.2000 № 33202/96 [Байелер (Beyeler) против Италии], Reports of Judgments and Decisions 2000 138

Суд Европейских Сообществ/суд первой инстанции

- Решение от 9.3.1999, Rs C-212/97, по делу «Centros Ltd/Erhvervs- og Selskabsstyrelsen», Slg 1999, I-1459 [*Сентрос (Centros)*] 54
- Решение от 23.11.1999, Rs C-149/96, Португалия против Европейского совета, Slg 1999, I-8395 [*Португалия против Европейского совета*] 27, 65
- Решение от 2.5.2001, Rs C-307/99, «OGT Fruchthandels-gesellschaft mbH», Slg 2001, I-3159 [Фрухтхандельсгезелльшафт (Fruchthandels-gesellschaft)] 65
- Решение от 2.5.2001, Rs T-174/00, «Biret International SA», Slg 2002, II-17 [Бирэт (Biret)] 65
- Решение от 5.11.2002, Rs C-208/00, «Überseering BV/Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)», Slg 2002, I-9919 [*Уберзееринг (Überseering)*] 54
- Решение Европейского суда первой инстанции от 3.1.2005, Rs T-19/01, «Chiquita Brands' и др., Slg 2005, II-315 [Чикита (Chiquita)] 65
- Решение от 1.3.2005, Rs C-377/02, «Van Parys», Slg 2005, I-1465 [Ван Парис (Van Parys)] 65
- Решение от 14.12.2005, Rs T-69/0, FIAMM, ABI EU 2006, № C 48/22 [FIAMM] 65
- Решение от 30.4.2009, Rs C-531/07, LIBRO, ABI EU 2009 Nr 153/9 [LIBRO] 65

Немецкие суды

- Решение Федерального Конституционного суда от 22.6.1972, BGHZ 59, 82 [толкование понятия *добрые нравы (gute Sitten)* в контексте § 138 Гражданского уложения] 150

Решение Федерального Верховного суда от 21.5.1974 (общая коллегия по гражданским делам), BGHZ 62, 340 [*экспроприация имущества юридического лица на территории иностранного государства*] 46

Решение Федерального Верховного суда от 21.3.1986, BGHZ 97, 269 [*доктрина о применении к юридическим лицам права государства местонахождения их главного управления*] 54

Решение Федерального Конституционного суда от 22.3.1995, BVerfGE 92, 203 [*директива ЕЭС о телевидении*] 125

Решение Федерального Конституционного суда от 28.1.1998, IPrax 1998, 482 [*картины князя Лихтенштейнского*] 133

Решение Федерального Верховного суда от 13.3.2003, BGHZ 154, 185 54

Британские суды

Королевство Испания против Christie, Manson & Woods Ltd (1986) 1 WLR 1120 (ChD) [*маркиза де Санта Крус*] 133

Итальянские суды

Республика Эквадор против Danusso, Tribunale di Torino, RivDirProc 1982, 625 [*артефакты доколумбовых цивилизаций*] 133

Канадские суды

Мексиканские Соединенные Штаты против Metalclad Corporation, Верховный суд Британской Колумбии, 119 ILR 645 29

Новозеландские суды

Генеральный прокурор Новой Зеландии против Ортиса (Ortiz) и других, 78 ILR 591 [*деревянная дверь сокровищницы народа маори*] 133

Суды США

Собрание произведений искусства Веймара против Elicofon, 678 F2 d 1150 (2 d Cir 1982) [*портреты Дюрера*] 133

Автокефальная греческая православная церковь против Гольдберга, 717 F. Supp. 1374 (SD Ind 1989); подтверждено: 917 F2 d 278 (7th Cir 1990) [*четыре византийские мозаики XVI в.*] 133

I. Экономика в международном праве

1. Обзор международно-правовых аспектов экономического сотрудничества

Мировая торговля товарами и услугами с 1985 г. росла значительно быстрее, чем мировой валовой продукт, иногда более чем на 10% в год. Еще больше увеличились международные потоки капитала; оборот на валютных рынках достигает от 1 до 3 трллионов долларов США в день¹. Всемирные иностранные инвестиции, которые в 2007 г. достигли 1,979 трллионов долларов США, также выросли сильнее, чем торговля. После того как вследствие всемирного финансового кризиса в 2008 г. объем иностранных инвестиций упал на 14% до 1,697 трллионов долларов США, в 2010 г. он составил 1,24 трллионов долларов США². При этом инвестиции в страны с переходной экономикой впервые превзошли инвестиции в индустриальные государства³. Это развитие, направленное на ликвидацию границ и глобализацию рынков, вероятно, в ближайшее время продолжится и ускорится, поскольку после краха плановой экономики в странах Центральной и Восточной Европы, страны с переходной экономикой⁴, в частности, Китай и другие будут более активно участвовать в мировом хозяйстве и одновременно будут сокращать расходы на мобильность предприятий, включая существующие на сегодняшний день более 65 000 многонациональных и транснациональных корпораций, за счет развития информационных и коммуникационных технологий. Количество и значение таких предприятий из стран с переходной экономикой, в частности, государственных предприятий, растет⁵.

Международно-правовой порядок межгосударственных экономических отношений зависит, с одной стороны, от традиционного национального экономического порядка («народное хозяйство») и, с другой стороны, от фактических комплексных международных экономических связей («мировое хозяйство»). С точки зрения международного права, противоположностью экономической глобализации, т. е. растущей трансграничной и даже трансрегиональной интеграции и взаимозависимости, является государственный суверенитет⁶. На основании *принципа суверенитета*, определяемого как правовая независимость отдельных государств во внутренних делах

¹ Это соответствует одной трети годового ВВП ФРГ.

² UNCTAD (Hrsg.), World Investment Report 20011, 3 и след.

³ Laza Kekic, The Global Economic Crisis and FDI Flows to Emerging Markets, Columbia FDI Perspectives, 2009.

⁴ После длительных переговоров Китай стал членом ВТО в декабре 2001 г., Тайвань — в январе 2002 г. В 2012 г. в ВТО вступила Россия.

⁵ UNCTAD (Hrsg.), World Investment Report 2010, 29.

⁶ См.: Dolzer, Wirtschaftliche Souveränität im Zeitalter der Globalisierung, FS Steinberger, 2002, 137 ff; Jackson, Sovereignty-Modern: A New Approach to an Outdated Concept, AJIL 97 (2003) 782 ff.

и международных отношениях, и *принципа территориальности*, согласно которому на все лица и вещи, находящиеся на территории государства, распространяется его господство, каждое государство имеет право самостоятельно регулировать свои торговые и экономические связи⁷. В принципе, не существует обязанности вести торговлю с другими государствами⁸. Ограничения экспорта, в целом, допустимы⁹. В общем международном праве не действует принцип «открытой двери»: «политика открытых дверей» (*open door policy*) является принципом торговой политики¹⁰. Территориальный суверенитет и территориальное верховенство разграничивают экономические пространства. Однако они могут способствовать и преодолению границ, что можно проиллюстрировать на примере Европы (Европейские сообщества/ Европейский союз) и Северной Америки (НАФТА). Четкие, бесспорные границы являются предпосылкой трансграничных экономических отношений. Неточности при установлении государственной границы и соответственное расширение территориальной сферы действия национального законодательства могут привести к острой напряженности между сопредельными государствами в современных условиях, когда международные экономические отношения становятся все более тесными; в качестве примера такого конфликта можно привести спор о применении закона США «О свободе Кубы и демократической солидарности» (*Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act*), принятого в 1996 г., к европейским фирмам и их представителям¹¹. Экстерриториальное применение национального права является важной проблемой международного экономического права¹².

3 Государства имеют право ограничивать межгосударственную торговлю и экономические связи посредством протекционистских и экспортных таможенных пошлин или импортных квот. Однако возможность

⁷ См. Раздел 5. *Прельсс*, абз. 2.

⁸ См. обоснование решения Международного суда по делу *Никарагуа*, ICJ Rep 1986, 14, 138: «Государство не обязано поддерживать торговые отношения с определенной страной дольше, чем оно того желает, если не существует соответствующего соглашения или иных конкретных юридических обязательств...» («A State is not bound to continue particular trade relations longer than it sees fit to do so, in the absence of a treaty commitment or other specific legal obligation [...]»); см. также *Mosler*, *The International Society as a Legal Community*, 1980, 151.

⁹ См.: *Puttler*, *Völkerrechtliche Grenzen von Export- und Reexportverboten*, 1989.

¹⁰ Однако см. также Декларацию о дружественных отношениях (*Friendly Relations Declaration*) (1970). Объяснения см.: *Graf zu Dohna*, *Die Grundprinzipien des Völkerrechts über die freundschaftlichen Beziehungen und die Zusammenarbeit zwischen den Staaten*, 1973 (текст: 267 ff).

¹¹ К вопросу о рассмотрении спора в ВТО см.: *Harck-Oluf*, *Der Helms-Burton Act vor der WTO*, RIW 1999, 350 ff; см. также статьи: *Lowenfeld* и *Clagett*, опубликованные в *AJIL* 90 (1996) 419 и след. и 434 ff.

¹² См.: *Dolzer*, *Extraterritoriale Anwendung von nationalem Recht aus der Sicht des Völkerrechts*, in: *Globale Wirtschaft — nationales Recht*, 41. Bitburger Gespräche, 2003, 71 ff. К вопросу о экстерриториальном действии экспроприации см. ниже абз. 46.

«рениационализации» права международной торговли на практике ограничена уже вследствие распространения норм Всемирной торговой организации (ВТО)¹³. Напротив, до сих пор было проще способствовать развитию сотрудничества при помощи либерализации торговли, преференциальных пошлин и режима наибольшего благоприятствования¹⁴. Государства, ориентированные на экспорт и зависящие от поставок сырья, как, например, ФРГ, выступают за последний подход: за *либерализацию* торговых отношений и увеличение роли соответствующих международных организаций, включая правовое регулирование и создание институциональных рамок для разрешения споров.

Правовой порядок экономического сотрудничества имеет, в частности, 4 аспекты, связанные с *политикой помощи развивающимся странам, правами человека и экологической политикой*. Может быть установлена зависимость либерализации международной торговли от развития охраны окружающей среды или защиты прав человека. *Помощь развивающимся странам* также может сопутствовать развитию экономических отношений¹⁵. Вид и объем помощи государствам, недостаточно развитым в индустриальном отношении, может быть связана с целями экономического развития, развития прав человека или экологическими целями; например, может быть оговорено прощение долга в обмен на принятие государством-должником мер экологического характера (*debt for nature*). На конференции ООН по окружающей среде и развитию в Рио-де-Жанейро (1992) был согласован иной подход, сформулированный как «общая, но дифференцированная ответственность» (*common but differentiated responsibilities*)¹⁶. «Вмешательство» сопредельных государств или мирового сообщества с целью охраны окружающей среды, например, для сохранения влажных тропических лесов или незаменимых месторождений, противоречит принципам территориального верховенства и суверенитета.

Основой существующего международного экономического порядка является прежде всего ВТО. Кроме того, существуют специальные договоры 5 и другие международные организации, в особенности, ООН и ее специализированные учреждения. ВТО с одним из ее соглашений «ГАТТ 1994» служит устранению *торговых* барьеров. Для осуществления и всемирного распространения либерализации соглашения ГАТТ/ВТО содержат, в частности, такие принципы мировой торговли как принцип наибольшего

¹³ См. ниже абз. 64.

¹⁴ К вопросу о принципе наибольшего благоприятствования см. ниже абз. 19 ff, 67 ff.

¹⁵ *Vonessen*, Europäische Entwicklungshilfe und Umweltschutz, 1996, 31 ff.

¹⁶ См. Раздел 5. *Прельсс*, абз. 102, 104, 141, 144. См. также: *Kellersmann*, Die gemeinsame, aber differenzierte Verantwortlichkeit von Industriestaaten und Entwicklungsländern für den Schutz der globalen Umwelt, 2000.

благоприятствования и принцип взаимности¹⁷. Ключевыми являются положения, направленные на либерализацию торговли, применение которых теперь поддерживается новыми организационными структурами¹⁸. Целью международного сотрудничества в области товарообмена и валютного регулирования является создание *свободного рынка*. Освобождение развивающихся стран от обязанности соблюдать принцип взаимности является модификацией данной концепции.

6 Общее международное право содержит незначительное количество положений об иностранных инвестициях¹⁹. Дружественные государства заключают двусторонние соглашения; до Второй мировой войны такие положения входили в т.н. договоры о дружбе, торговле и судоходстве, после нее — в *двусторонние договоры о защите инвестиций*, содержащие специальное регулирование инвестиционных вопросов. Поскольку регулирование при помощи таких договоров оказалось успешным, вследствие чего к 2010 г. их количество возросло до 2800, возник вопрос о необходимости унификации регулирования в этой области при помощи многостороннего соглашения о защите инвестиций, которое могло бы стать второй основой глобального порядка регулирования свободного мирового рынка наряду с ГАТТ²⁰. Амбициозная попытка ОЭСР заключить такое соглашение не увенчалась успехом, и переговоры были завершены в 1998 г. Неизвестно, удастся ли достичь многостороннего консенсуса по этому вопросу. Таким образом, регулирование в области инвестиций, в отличие от торговли, пока основывается на системе двусторонних договоров.

7 Понятие *мировое хозяйство* отличается от понятий мировой торговли и международных инвестиций тем, что оно включает в себя области, выходящие за рамки обмена товарами, коммерческими услугами и интеллектуальной собственностью, в частности, валютную и социальную политику. Политика в этих областях влияет на форму и объем международных товаропотоков. Вследствие расширения участия развивающихся стран в мировом хозяйственном обороте развитие конъюнктуры в этих странах приобретает большое значение и для индустриальных государств. Поэтому они в собственных интересах должны заботиться об экономической и политической стабилизации развивающихся стран²¹.

8 Поскольку на сегодняшний день между народами развиваются тесные связи не только в сфере экономики, но и по вопросам прав человека, экологии, охраны флоры и фауны, ресурсов и культурных ценностей, СМИ,

¹⁷ См. ниже абз. 19 и след., 26 и след.

¹⁸ К вопросу о системе соглашений ВТО см. ниже абз. 70 и след.

¹⁹ См.: Dolzer/Schreuer, Principles, 2008.

²⁰ См. ниже абз. 49. См. также: UNCTAD (Hrsg.), World Investment Report 2010, 100.

²¹ К вопросу о международном праве экономического развития см. ниже абз. 106 и след.

информационной и демографической политики, возникает вопрос, насколько право государств на экономическую изоляцию, основанное на международном праве, по-прежнему актуально. На первый план выступают солидарность и взаимозависимость людей, групп и народов, например, в целях охраны окружающей среды; устаревшие принципы ограничения, только формального сотрудничества государств релативируются. Идея единого мира (one world), которая зародилась уже в 1944 г. в Бреттон-Вудс во время переговоров и принятия соглашений о МВФ, МБРР и Международной торговой организации (МТО), которая должна была быть создана позже, проявилась в 1960-е и 1970-е гг. в требованиях о создании *нового международного экономического порядка*, ориентированного на развивающиеся страны. Несмотря на то, что эта идея не была реализована²², идея *единого мира* — не в форме мирового правительства, а в форме глобального регулирования секторальных принципов и элементов этого порядка — может быть претворена в жизнь в XXI в.

Пока остается открытым вопрос, какие правовые инструменты являются адекватными для регулирования прогрессирующей экономической глобализации; в целом интернационализация права существенно отстает от экономической интеграции. Это проявилось, в частности, в рамках глубокого финансового кризиса, начавшегося в 2007 г. На данный момент существуют многочисленные формы и типы правовых инструментов, которые, в той или иной степени, являются юридическим ответом на экономическую глобализацию. Только право ВТО на сегодняшний день является комплексной универсально-секторальной системой регулирования. В финансовой сфере в последнее время было принято большое количество кодексов поведения, из которых не следуют юридические обязательства, а инвестиционная область по-прежнему преимущественно регулируется двусторонними договорами. Частично встречается даже одностороннее регулирование глобальной экономической деятельности, особенно в отношении экстерриториального применения национального права. В остальном международное экономическое право представляет собой многоуровневое не систематизированное регулирование, в котором сосуществуют и играют все большую роль неформальное сотрудничество, кодексы поведения (в отличие от 1970-х гг., они принимаются предприятиями по собственной инициативе), новые международные организации, унификация и гармонизация национального права, саморегулирование экономики как проявление приватизации в широком смысле, а также определенная регионализация. Многие говорят о том, что логика экономической глобализации требует развития глобального правового регулирования в среднесрочной перспективе, которое учитывает преимущества экономической глобализации, но одновременно придает им

²² См. ниже абз. 107.

определенную направленность и включает их в систему социальных и экологических целей, признанных мировым сообществом.

Экономическая глобализация, которая начала развиваться с 1860 г. и до сих пор находится на начальной стадии развития, может быть успешно осуществлена, только если ее последствия для роста и распределения благосостояния на национальном и международном уровне не явятся препятствием для ее широкого признания. Несмотря на финансовый и экономический кризис 2008 г. глобализация продолжает развиваться. Однако формы ее проявления изменились.

Первая фаза глобализации заключалась в одностороннем расширении рынков западных транснациональных корпораций. За ней последовала вторая фаза, в рамках которой, напротив, сфера деятельности предприятий из стран с переходной экономикой (как правило, государственных предприятий и фондов) распространилась на индустриальные государства. Последствия выразились в том, что развитие тесных трансграничных взаимосвязей увеличило вероятность возникновения международных кризисов. В конечном итоге силы глобализации привели к сокращению экономической власти индустриальных государств и государств с переходной экономикой. Такая компенсация асимметрии следует из внутренней логики глобальной экономической системы.

Маловероятно, что развитие актуальной центробежной тенденции приведет к нивелированию глобализации. В связи с новыми тенденциями страны с переходной экономикой выдвинули требования об изменении структуры международных организаций, в особенности Международного валютного фонда и Всемирного банка, а также процедуры принятия решений в рамках G8. Первые изменения в этом направлении уже претворяются в жизнь. Организация G8 утрачивает свое влияние по сравнению с G20. Экономический кризис 2008 г. пока не привел к фундаментальной реформе правил мировой торговли с целью предотвращения будущих кризисов, несмотря на заявления и обещания политиков. Причиной являются разные концепции экономической свободы и скептицизм в англо-американском экономическом пространстве в отношении необходимости существования и деятельности международных организаций. Кроме того, еще не сформировалось единое мнение о причинах кризиса.

а) Международное экономическое право

- 10** Правовые рамки экономического сотрудничества определяются, в основном, международным экономическим правом. В то время как национальное экономическое право включает в себя, с одной стороны, «публичное право» (конституционное и административное право, например, разрешения и лицензии, дополнительные условия и контроль злоупотребления доминирующим положением) и, с другой стороны, «частное право» (торговое право, корпоративное право и т.д., например, формальные требования при

учреждении юридических лиц), для раздела права «международное экономическое право» принципиален вопрос: относится он *только к международному праву* (т.е. международному публичному праву, регулирующему международное хозяйство) или *также к национальному праву* (т.е. также праву отдельных государств, регулирующему международное хозяйство)? Англо-американская доктрина представляет первую точку зрения, согласно которой только нормы, принятые в рамках международного права, включая право международных организаций, относятся к этому разделу (*international economic law*). Вторую точку зрения представляет, в основном, континентально-европейская доктрина. Согласно этой точке зрения, международное экономическое право регулирует взаимоотношения между субъектами права, участвующими в трансграничном хозяйственном обороте²³.

В важных областях, например в области инвестиций в добывающую промышленность в развивающихся странах, точка зрения, ограничивающая регулирование нормами международного права, недостаточна для решения ключевых проблем. В этой области так же, как во многих других областях экономики, действия участника экономических отношений, в частности, транснациональных корпораций²⁴, определяются в первую очередь не международным правом. Напротив, решающую роль играют положения национального права и национальное правоприменение, прежде всего, право внешней торговли в широком смысле, а также концессионное и корпоративное право и, кроме того, налоговое право, которое одновременно является предметом многочисленных двусторонних соглашений²⁵. Обе группы норм, которые тесно связаны друг с другом на практике, образуют в материальном и функциональном отношении неразделимый конгломерат для нормативного регулирования *единого жизненного процесса*²⁶. Поэтому к международному экономическому праву также относятся положения национального права, регулирующие трансграничную экономическую деятельность. Национальное право является одним из источников. В дальнейшем эти нормы²⁷, а также право Европейских сообществ/Европейского союза²⁸

11

²³ Эту точку зрения представляет также *Herdegen*, Internationales Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2003, § 1 Rn. 10 ff. — В рамках этой доктрины, в этот раздел права входит также *lex mercatoria*: комплекс частично неписаных правил, которые предприятия и отрасли устанавливают по собственной инициативе. См.: *Fortier*, New Trends in Governing Law: The New, New Lex Mercatoria, or, Back to the Future, ICSID R-FILJ 16 (2001) 10 ff; см. также *Charnovitz*, What is International Economic Law? JIEL 14 (2011), 3 ff.

²⁴ См. ниже абз. 42 и след.

²⁵ См. ниже абз. 100 и след.

²⁶ См.: *Herdegen*, International Economic Law, MPEPIL V (2012) 777 (778).

²⁷ Основополагающая информация см., например: *Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, 1990.

²⁸ По европейскому праву см.: *Herdegen*, Europarecht, 14. Aufl. 2012; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 5. Aufl. 2011.

рассматриваться не будут. В нашем контексте на первый план выступает перспектива международного права, т.е. той части международного экономического права, которая регулируется нормами международного права. При такой постановке вопроса следует учитывать, что это *только часть*, причем меньшая часть, международного торгового и экономического права.

б) Международный экономический порядок

- 12 Международный хозяйство сегодня является системой преимущественно *свободного* экономического обмена. Становление этого, в существенной степени открытого порядка, определялось в основном практическими соображениями, а не внутренней систематикой. Многочисленные интервенционистские меры, исторические случайности и несостоявшиеся реформы по-прежнему характеризуют состояние системы. Устав ООН, также созданный преимущественно под влиянием западных индустриальных государств, основывается на концепции свободного экономического оборота. Несмотря на то, что не была создана Международная торговая организация (МТО), которая должна была устанавливать институциональные рамки для либерализации мировой торговли после Второй мировой войны (создание ВТО в 1994 г. частично компенсировало это упущение)²⁹, и США не ратифицировали³⁰ *Гаванскую хартию* 1948 г.³¹, удалось создать институциональные рамки для другой существенной материальной и процедурной части в форме *Международного валютного фонда и группы Всемирного банка*³²; они должны стабилизировать валюты и стимулировать экономическое развитие. Первенство в области регионального сотрудничества государственных сообществ принадлежит *Европейскому союзу*, поскольку в этом случае сотрудничество становится все более тесным. Государства передают все больше компетенций и полномочий Европейскому союзу, который, таким образом, не ограничивается отменой государственного регулирования³³. Согласование позиций государств, ориентированных на рыночную экономику, происходит, прежде всего, в рамках ОЭСР³⁴.
- 13 Международный экономический порядок, установленный после Второй мировой войны, основывается на определенных *принципах*. Помимо принципа соответствия экономического и международно-правового порядка и преимущественно частного, негосударственного управления

²⁹ См. ниже абз. 64.

³⁰ Wilcox, A Charter for World Trade, 1949.

³¹ Хартия не была принята, в частности, в связи с ее перфекционистским содержанием. К этому вопросу см. ниже абз. 63.

³² См. ниже абз. 112 и след.

³³ См. ниже абз. 96 и след.

³⁴ *Trüe*, Organization for Economic Co-operation and Development, International Energy Agency (IEA), MPEPIL VII (2012), 1028 ff.

международными товаропотоками к ним относятся, в особенности, следующие аспекты:

- система международного валютного регулирования, включая конвертируемость валют;
- добровольное международное сотрудничество на открытых рынках;
- саморегуляция за счет спроса и предложения (т.е. преимущественное регулирование товарообмена за счет ценовых механизмов);
- принцип наибольшего благоприятствования и недискриминационности в связи с импортом и экспортом товаров (свободные экономические зоны и таможенные союзы признаются при определенных условиях), а также
- развитие правового регулирования, хотя механизмы разрешения споров существенно отличаются в зависимости от области (иностранские инвестиции, международная торговля, международные организации, как, например, Всемирный банк или Международный валютный фонд)³⁵. В сфере частного права особое значение имеют арбитражные разбирательства в Международной торговой палате (МТП) или разбирательства на основании регламента Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ)³⁶.

Эта система в существенной степени определяется правилами, системами ценностей и потребностями западных индустриальных демократических стран, чем объясняется изначальное неприятие Москвой системы бреттон-вудских соглашений. С самого начала было очевидно, что правила международной торговли ГАТТ были ориентированы на свободную торговлю, но эта цель не могла быть достигнута *uno actu*. Международный торговый порядок формировался постепенно в результате многочисленных раундов переговоров; кроме того, имели место регулярные нарушения и обходжения правил, причем существующие правовые санкции часто не применялись. Кульминацией переговоров явился Уругвайский раунд (1986–1993), в результате которого была принята новая редакция ГАТТ 1994 и создана ВТО; таким образом, были созданы актуальные, подробные правовые рамки мирового экономического порядка с необходимыми организационными структурами. Концепция свободной торговли основывалась на убеждении, что свободный рынок является оптимальной предпосылкой для экономической свободы и возможности развития для всех, в частности, для тех, кто до сих пор не имел успеха³⁷. Государства с большим потенциалом в области промышленности и с высоким уровнем конкуренции исходили из того, что

14

³⁵ См.: *Dolzer*, Formen der Streitbeilegung im multilateralen Wirtschaftsrecht, FS Doehring, 1989, 143 (157 ff.). См. также *Dolzer/Schreuer*, Principles, 211ff mwN.

³⁶ *Herdegen*, Wirtschaftsrecht, § 9 Rn 7ff.

³⁷ Сходный «либералистский» подход лежит в основе принципа свободы морей, см. Раздел 5. *Прельсс*, абз. 61 и след.

всемирная система «свобода для всех» (*free for all*) даст стимул для развития стран, не развитых в индустриальном отношении (*aid by trade*): чем более свободными будут рамки для торговли, тем больше будет эффект повышения благосостояния для каждого торгового партнера. Этой основополагающей концепции, базирующейся на исторических работах *Адама Смита* и *Давида Рикардо*³⁸, не противоречит тот факт, что правила международной торговли изначально не являлись инструментом политики помощи развивающимся странам. Новая ВТО существенно не изменила этих основ³⁹.

2. Стандарты международного экономического права

- 15 В рамках международного экономического права в разных контекстах были выработаны принципы, которые действуют в отношении не только отдельных его разделов, но и нескольких или всех секторов и частично являются определяющими; значение этих принципов устанавливается в каждом отдельном случае на основании конкретных норм. Эти принципы обозначаются здесь как *стандарты*⁴⁰. Они будут рассмотрены как своего рода общая часть перед инвестиционными и торговым правом.

а) Принцип недискриминационности

- 16 По общему определению дискриминация означает неодинаковый подход к аналогичным объектам или ситуациям и проистекающие из этого негативные последствия для заинтересованных лиц⁴¹. В отдельных случаях до сих присутствует неопределенность при применении и толковании этого стандарта⁴². С одной стороны, в международном праве не существует общего принципа, согласно которому государства должны применять друг к другу равные критерии; с другой стороны, в международном экономическом праве запрещение дискриминации является существенным элементом многосторонних и двусторонних договоров⁴³. С точки зрения международного права, этот принцип действует на межгосударственном и внутригосударственном

³⁸ *Smith*, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, 1776; *Ricardo*, On the Principles of Political Economy and Taxation, 1817.

³⁹ См. ниже абз. 64.

⁴⁰ См.: *Schwarzenberger*; The Principles and Standards of International Economic Law, RdC 117 (1966) 1 (66 и след.); см. также: *Herdegen*, Principles of International Economic Law 2012, глава 5.

⁴¹ *Kewenig*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen, Bd. 1, 1972, 196.

⁴² *Dolzer*, Generalklauseln in Investitionsschutzverträgen, FS Eitel, 2003, 291 и след.; *Diebold*, Standards of Non-Discrimination in International Economic Law, ICLQ 60 (2011) 831 (832 ff); Tietje (Hrsg), Internationales Wirtschaftsrecht, § 1 Rn 89 ff.

⁴³ В общем см.: *Cullet*, Differential Treatment in International Law, EJIL 10 (1999) 549 ff.

уровне. Запрещение дискриминации на *межгосударственном* уровне не следует отождествлять с принципом суверенного равенства государств. В отличие от этого принципа, относящегося только к равенству «перед международным правом», запрещение дискриминации в материальном отношении требует «равенства в правах». Помимо этого внешнего компонента принцип недискриминационности может проявляться как запрещение дискриминации *внутри* государства как в области экономических отношений, так и в других областях. Примерами проявления запрещения дискриминации на внутригосударственном уровне являются запрещение расовой дискриминации, минимальные стандарты правового положения иностранцев и принцип национального режима ГАТТ⁴⁴.

В международном экономическом праве запрещение дискриминации как *гарантия прав, обеспечивающая свободу деятельности*, является необходимым фактором конкуренции, поскольку посредством регулирования импорта или установления режима наибольшего благоприятствования для национальных лиц на обоих уровнях — межгосударственном и внутригосударственном — могут быть введены дискриминационные ограничения. В торговле между государствами-членами ГАТТ любая дискриминация запрещена. Принцип недискриминационности, закрепленный в преамбуле ГАТТ как инструмент для достижения цели либерализации торговли, конкретизируется как общий режим наиболее благоприятствуемой нации на межгосударственном уровне (см. абз. 1 ст. I ГАТТ), а также как предоставление национального режима на внутригосударственном уровне (например, абз. 4 ст. III ГАТТ); эти недискриминационные нормы будут в дальнейшем рассмотрены отдельно. Принцип *недискриминационности*, таким образом, является *основным структурным принципом ГАТТ*⁴⁵ и других соглашений ВТО⁴⁶. Вопросы, связанные с дискриминацией, были центральным пунктом многолетнего спора о режиме рынка бананов ЕС⁴⁷. Не только в рамках системы соглашений ВТО/ГАТТ, но и в других разделах международного

17

⁴⁴ См. *Tietje*, Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung, 1998, 190 ff.; *Tietje* (Hrsg), Internationales Wirtschaftsrecht, § 1 Rn 94.

⁴⁵ *Benedek*, Die Rechtsordnung des GATT aus völkerrechtlicher Sicht, 1990, 53. К вопросу о принципе недискриминационности в ГАТТ см. *Stoll/Schorkopf*, WTO, 2002, абз. 112 и след.; *Investment Treaties*, AJIL 100 (2008) 48ff; *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg), WTO Handbuch, BI 1 Rn 14.

⁴⁶ См. также *Göttsche*, in: Hilf/Oeter (Hrsg), WTO-Recht, § 5 Rn 40.

⁴⁷ См. различные решения органов ВТО для разрешения споров, в которых было неоднократно установлено, что пересмотренное постановление ЕС о рынке бананов не соответствует праву ВТО. К этому вопросу см.: *Cascante/Sander*, Der Streit um die EG-Bananenmarktordnung, 1999. Позже США и ЕС пришли к соглашению, см.: WT/DS27/58 от 2.7.2001. С точки зрения ЕС, особая сложность состоит в том, чтобы, с одной стороны, сохранить традиционные преференции для стран АКТ в сфере торговли бананами, а с другой стороны, учесть интересы латиноамериканских

и наднационального права, например, в праве ЕС, международной защиты прав человека и международного экономического права вне сферы регулирования ГАТТ принцип недискриминационности играет важную роль.

- 18 Принцип недискриминационности нашел свое выражение также в положениях о *защите инвестиций*⁴⁸. Например, абз. 3 ст. 2 Модельного договора (МД) к договорам ФРГ о поддержке инвестиций 2008 г. содержит обширный запрет на дискриминацию капиталовложений. С этим принципом тесно связаны следующие статьи. В абз. 1 ст. 3 МД закреплен принцип национального режима; согласно этому принципу, капиталовложениям инвесторов из государств-членов договора должен предоставляться не менее благоприятный режим, чем капиталовложениям национальных лиц. Кроме того, абз. 1 ст. 3 МД содержит положение о режиме наибольшего благоприятствования. Согласно этому положению, договаривающаяся сторона обязана предоставлять капиталовложениям инвесторов другой договаривающейся стороны преференции, которые действуют в отношении капиталовложений инвесторов из третьих стран. Абз. 2 ст. 3 МД распространяет запрещение дискриминации на любую деятельность инвесторов, связанную с капиталовложениями. Однако исключением из этого правила являются преференции для государств-членов экономических союзов, как, например, ЕС (абз. 3 ст. 3 МД)⁴⁹ и преференции на основании соглашений об избежании двойного налогообложения и других соглашений по налоговым вопросам (абз. 4 ст. 3 МД). При сравнении двусторонних соглашений прослеживаются различия в отношении действия принципа недискриминационности на разных стадиях инвестиционного цикла. Например, различия между двусторонними соглашениями в Европе и в США состоят в том, что в соглашениях США принципы наибольшего благоприятствования и национального режима действуют уже на стадии разрешения инвестиции и, таким образом, обеспечивают право на разрешение инвестиции, тогда как европейские соглашения защищают инвестиции только при их соответствии национальному праву⁵⁰. На практике также существуют большие различия

экспортеров и США, см. доклады Апелляционного органа ВТО, WT/DS27/AB/RW2/ECU и WT/DS27/AB/RW/US.

⁴⁸ См.: *Dolzer* (сноска 42) 296 ff; *Dolzer/Schreuer*, Principles.

⁴⁹ См. ниже абз. 96 и след.

⁵⁰ Многостороннее соглашение по инвестициям (МАИ), которое обсуждалось на переговорах ОЭСР до 1998 г., но не было заключено, также содержало принципы национального режима и наибольшего благоприятствования в отношении разрешения инвестиций. Оно предоставляло иностранным инвесторам право на недискриминационное разрешение инвестиций, которое подлежало судебной защите. Большинство двусторонних договоров о защите инвестиций до сих пор обеспечивают возможность обращения в суд только на стадии после осуществления инвестиции. См. ниже абз. 49.

между соглашениями в отношении допустимых исключений из принципа недискриминационности⁵¹.

б) Принцип наибольшего благоприятствования

Важным проявлением запрещения дискриминации является принцип наибольшего благоприятствования. Он означает, что одно государство предоставляет другому государству те же преференции в связи с применением своего права или административных мер, что и третьему государству при аналогичных обстоятельствах. Таким образом, критерием является наиболее благоприятный режим, предоставляемый какому-либо государству⁵². Английский термин *most-favoured-nation clause* адекватно выражает это содержание. Принцип наибольшего благоприятствования обеспечивает право на защиту в случае, если к инвесторам из одного государства применяется менее благоприятный режим, чем к инвесторам из государства с наиболее благоприятным режимом. Обязанность применения наибольшего благоприятствования, таким образом, *только* устанавливает *стандарты* для применения одинакового режима. Требование одинакового обращения можно вывести из этого только косвенно. Это означает, что государство, ссылающееся на принцип наибольшего благоприятствования, не может непосредственно требовать применения (обширных) привилегий, предоставленных третьим лицам; дополнительное первичное обязательство государства, применяющего режим, при этом не возникает⁵³. Условие о режиме наибольшего благоприятствования содержится, в особенности, в торговых соглашениях, но применяется и в других областях, например, в дипломатическом и консульском праве или в праве о статусе иностранцев. Как правило, на сегодняшний день наибольшее благоприятствование предоставляется на основе взаимности и обязательности применения⁵⁴. Однако обычно из этого правила исключаются преференции, связанные с образованием таможенных союзов и зон свободной торговли, а также с облегчением пограничного режима; кроме того, исключения распространяются на системы преференций, основанные на тесных национальных, культурных или экономических связях⁵⁵.

Наиболее важная обязанность соблюдения принципа наибольшего благоприятствования в международном экономическом праве содержится в *абз.*

⁵¹ *Canner*, The Multilateral Agreement on Investment, Cornell Int'l LJ 31 (1998) 657 (661).

⁵² См.: *Hilf / Geiß*, Most-Favoured-Nation Clause, MPEPILV III (2012) 468 ff.

⁵³ *Tietje*, Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung, 1998 195.

⁵⁴ К вопросу о формах наибольшего благоприятствования см.: *Kramer*, Die Meistbegünstigung, RIW 1989, 473 (474 и след.).

⁵⁵ *Dolzer/Schreuer*; Principles, 2008.

1 ст. I ГАТТ⁵⁶. На основании Соглашения об учреждении Всемирной торговой организации 1994 г. механизм наибольшего благоприятствования был включен в новый торговый порядок для услуг (абз. 1 ст. II; абз. 1 ст. XVI ГАТС) и в Соглашение по торговым аспектам прав на интеллектуальную собственность (предл. 1 ст. 4 ТРИПС). Таким образом, принцип наибольшего благоприятствования стал *частью основных положений всемирной экономической «конституции»*⁵⁷. Эти положения могут быть изменены только единогласно всеми государствами-членами ВТО (абз. 2 ст. X Соглашения о ВТО). Сфера действия принципа наибольшего благоприятствования ГАТТ распространяется на все положения публичного права, связанные с экспортом и импортом товаров и, особенно, с обязательными государственными взносами (налогами, таможенными пошлинами, сборами). Содержание обязанности применения принципа наибольшего благоприятствования заключается в том, что торговые преференции, предоставляемые одному государству в отношении определенных товаров, должны применяться и к другим государствам (не обязательно государствам-членам договора) в отношении аналогичных товаров, т. е. к иностранным товарам должны применяться одинаковые требования. В целом принцип наибольшего благоприятствования абз. 1 ст. I ГАТТ имеет *широкую сферу применения*, хотя на практике его применение связано со значительными проблемами, поскольку не существует ясности в отношении предпосылок этой нормы⁵⁸.

21 Система соглашений ГАТТ/ВТО также содержит многочисленные *положения о исключениях* в отношении обязанности непосредственно применять принцип наибольшего благоприятствования. Абз. 2 и 3 ст. I ГАТТ регулируют исключения в связи с историческими соглашениями о преференциях, которые уже утратили свое торгово-политическое значение. Особенно важное исключение из принципа наибольшего благоприятствования закреплено в абз. 4–10 ст. XXIV ГАТТ, согласно которым возможны исключения для таможенных союзов и зон свободной торговли и с целью создания таких союзов и зон. При этом преференции предоставляются членам этих союзов и зон, но не третьим государствам. Исключения содержатся также в абз. 5 ст. XXV ГАТТ (*waiver clause*), согласно которому «при исключительных обстоятельствах» могут быть установлены общие таможенные преференции для определенных государств. На этом основывается также т. н. положение, предоставляющее возможность (*enabling clause*), принятое в конце Токийского раунда в 1979 г., согласно которому допустимы преференции в отношении товаров

⁵⁶ К вопросу о формулировке положения см. сноску 207.

⁵⁷ Langer, Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung, 1995, 108.

⁵⁸ См.: Goco, Non-discrimination, «Likeness», and Market Definition in World Trade Organization Jurisprudence, JWT 2006, 315ff.

из развивающихся стран⁵⁹. Его смысл заключается в том, что государствам, находящимся в невыгодном экономическом положении, должны быть предоставлены формальные конкурентные преимущества, чтобы создать базу для развития возможностей на рынке. Эта концепция помощи развивающимся странам основана на идее содействия развитию равенства посредством неравной степени поддержки (*inégalité compensatrice*)⁶⁰.

Двусторонние соглашения о защите инвестиций также включают в себя принцип наибольшего благоприятствования в отношении инвестора⁶¹. Договаривающиеся стороны обязуются обеспечивать для инвестиций физических или юридических лиц из другого государства и для самих инвесторов не менее благоприятные условия, чем для инвестиций и инвесторов из третьих государств. В некоторых соглашениях преференции, связанные с членством или с ассоциацией с таможенным, экономическим или финансовым союзом, Общим рынком или зоной свободной торговли, *исключаются* из сферы действия принципа наибольшего благоприятствования. Во многих соглашениях определенные чувствительные отрасли экономики государства, в котором производятся инвестиции, также являются важным исключением⁶².

22

в) Принцип национального режима

Наряду с принципом наибольшего благоприятствования, второй основой принципа недискриминационности является обязанность предоставления национального режима⁶³. Согласно этому принципу на иностранных лиц должен распространяться тот же режим, что и на национальных. В «классическом международном праве» этот принцип не признавался: не существовало запрета на дискриминацию иностранцев по сравнению с собственными

23

⁵⁹ Опубликовано в: BISD 26 (1980), Suppl, 203ff, а также в: *Hummer/Weiß*, Vom GATT 47 zur WTO94, 1997, 259ff; критическая оценка успеха: *Choi/Lee*, Facilitating Preferential Trade Agreements between Developed and Developing Countries: A Case for «Enabling» the Enabling Clause, Minnesota JIL 21 (2011) 1ff.

⁶⁰ К этой тематике см.: *Häberli*, Das GATT und die Entwicklungsländer, in: Cottier (Hrsg), GATT — Uruguay Round, 1995, 135 ff.

⁶¹ См.: *Dolzer*, Meistbegünstigungsklauseln in Investitionsschutzverträgen, FS Ress, 2005, 47 ff; *Dolzer/Schreuer*, Principles, 2008.

⁶² *Dolzer/Schreuer*; Principles, 2008. Насколько сфера действия принципа наибольшего благоприятствования распространяется и на вопросы разрешения споров, окончательно не установлено (см., например, арбитражные решения по делам *Маффейцини против Испании*, ICSID Case No ARB/97/7, ICSID R-FILJ 16 (2001) 212; *Tecmed против Мексики*, ICSID Case No ARB [AF]/00/2, ILM 43 (2004) 133; *Плама против Болгарии*, ICSID Case No ARB 02/34, ILM 44 (2005) 721; *Сименс против Аргентины*, ICSID Case No ARB 02/8; *Suez/Vivendi против Аргентины*, ICSID Case No ARB 03/19); и помимо этого существует неопределенность при толковании данного принципа.

⁶³ К вопросу о принципе национального режима см. также: *Vinuesa*, National Treatment, Principle, MPEPIL VII (2012) 486 ff.

гражданами в связи с экономической деятельностью. В противоположность концепции минимальных стандартов для иностранцев особенно в Латинской Америке долгое время поддерживалась концепция принципа национального режима, согласно которой иностранцы, проживающие на территории другого государства, вправе требовать такого же уровня защиты, как граждане этого государства, но не более высокого уровня защиты, ссылаясь при этом на минимальные стандарты международного права (доктрина *Кальво*)⁶⁴. В рамках *права о статусе иностранцев* принцип национального режима не стал частью общего международного права. Однако принцип национального режима *ст. III ГАТТ* наряду с принципом наибольшего благоприятствования абз. 1 ст. I ГАТТ играет решающую роль для конкретизации принципа недискриминационности в системе соглашений ВТО/ГАТТ: иностранные продукты не должны подвергаться дискриминации ни по сравнению друг с другом, ни по сравнению с отечественными продуктами⁶⁵. Как и абз. 1 ст. I ГАТТ, принцип национального режима, выраженный в ст. III ГАТТ, защищает от дискриминации *de jure* и *de facto*.

24 Статья III ГАТТ запрещает применять разные режимы к импортированным и отечественным товарам в связи с определенными мерами, указанными в абзацах этой нормы. В то время как абз. 1 ст. III является общим правилом, абз. 2 и 3 ст. III ГАТТ конкретизируют принцип недискриминационности применительно к обложению налогами и сборами. Таким образом, принцип национального режима обеспечивает отсутствие дискриминации иностранных товаров со стороны государства после того, как товары пересекли границу и поступили во внутригосударственный товарооборот⁶⁶. Однако главным положением по этому вопросу в соглашении ГАТТ является *абз. 4 ст. III ГАТТ*. Согласно этому положению государство обязано представлять импортированным товарам в отношении правовых и административных норм, «затрагивающих их внутреннюю продажу, предложение к продаже, покупку, транспортировку, распределение или использование», не менее благоприятный режим, чем аналогичным отечественным продуктам. Как и в абз. 1 ст. I ГАТТ, иностранные продукты сравнимы, если они являются «аналогичными» (*like products*)⁶⁷. В 2011 г. Апелляционный орган ВТО должен был принять решение, является ли филиппинский налог

⁶⁴ См.: *Herdegen* § 6 Rn. 24.; см. также *Juillard*, *Calvo Doctrine/Calvo Clause*, MPEPIL (2012) 1086ff.

⁶⁵ Принцип национального режима закреплен также в абз. 1 ст. XVII ГАТС и ст. 3 ТРИПС.

⁶⁶ *Tietje*, *Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung*, 1998 221 ff. Подробнее к вопросу о принципе национального режима в ГАТТ см.: *Herrmann / Weiß / Ohler*, *Welthandelsrecht*, 2003, Rn. 509ff.

⁶⁷ К вопросу об аналогичных товарах см. в особенности *дело об асбесте* (Отчет Апелляционного органа ВТО «ЕС — Меры в отношении асбеста и асбестосодержащих

на импортные крепкие спиртные напитки дискриминацией согласно абз. 2 ст. III ГАТТ. Для этого было необходимо установить, являются ли филиппинские и иностранные крепкие спиртные напитки, производимые из разного сырья, аналогичными (*like products*). Апелляционный орган ответил на этот вопрос утвердительно, поскольку спиртные напитки, подлежащие сравнению, были конкурирующими продуктами, несмотря на различия в химическом составе, и являлись взаимозаменяемыми на релевантном рынке⁶⁸.

Во многих *двусторонних* договорах о защите инвестиций закреплён принцип национального режима. Согласно этому принципу договаривающиеся стороны не должны предоставлять капиталовложениям иностранных инвесторов менее благоприятный режим, чем капиталовложениям собственных граждан. Это правило распространяется и на режим для граждан и предприятий в рамках их деятельности, связанной с инвестициями, особенно в сфере управления и использования капиталовложений. Применение принципа национального режима в большинстве случаев зависит от наличия аналогичных обстоятельств (идентичные или схожие ситуации — *identical or similar situations*) деятельности иностранного и отечественного инвестора⁶⁹. Проблематичным является тот факт, что часто ни договор, ни приложения к нему не содержат определения необходимой предпосылки «аналогичные обстоятельства»; в этом отношении не существует общепризнанной практики, а критерии права ВТО не всегда можно перенести на право иностранных инвестиций. Вследствие различий в национальных стандартах для инвестиций существует также политический аспект проблемы, согласно которому объём защиты со стороны разных государств существенно отличается и существует опасность появления «нахлебников», которые требуют высокого уровня защиты своих граждан в иностранных государствах, но при этом не предоставляют соответствующих гарантий гражданам иностранных государств⁷⁰. Эта проблема имманентно присуща принципу национального режима в целом.

25

г) Принцип взаимности, справедливости

Принцип *взаимности* представляет собой самостоятельную основу международного права⁷¹. По содержанию он близок к принципу *bona fides*

26

продуктов» от 18.9.2000, WT/DS 135/R) и ниже абз. 84; см.: *Diebold*, Non-Discrimination in International Trade in Services: «Likeness» in: WTO/GATS, 2010.

⁶⁸ Доклад Апелляционного органа ВТО от 21.12.2011, WT/DS396/AB/R, WT/DS403/AB/R «Филиппины — Налоги на крепкие спиртные напитки». Rn. 125, 148f.

⁶⁹ *Dolzer/Schreuer*, Principles, 2008.

⁷⁰ К вопросу толкования стандартов международным арбитражем: *Dolzer/Schreuer*, Principles, 2008.

⁷¹ К этому вопросу и к последующим вопросам см.: *Simma*, Reciprocity, MPEPIL VIII (2012) 651ff; см. также: *Paulus*, Reciprocity Revisited, in: Fastenrath et al (Hrsg), From Bilateralism to Community Interest, 2011, 113ff; *Stoll*, The World Trade Organization as

и запрету злоупотребления правом. Взаимность обозначает взаимоотношение между двумя или несколькими государствами, которые обеспечивают в отношении друг друга одинаковый или, по крайней мере, сходный режим. Этот *общий принцип международного права* следует отграничивать от социологических категорий, в особенности от фактических ожиданий взаимности. Его значение обусловлено отсутствием эффективных механизмов реализации в международном праве⁷². Этот принцип заключается, прежде всего, в том, что государство, которое основывает свое требование на определенной норме международного права, должно само признавать обязательность соблюдения этой нормы. Особенно в праве вооруженных конфликтов, в дипломатическом и консульском праве, а также в праве о статусе иностранцев принцип взаимности является адекватным инструментом для обеспечения соблюдения права и эффективности международного права. На идее взаимности основывается также факультативное положение абз. 2 ст. 36 Устава МС. Принцип взаимности действует уже при заключении международных договоров и признании международных обычаев⁷³. Он также является определяющим для системы санкций международного права⁷⁴. Он проявляется в форме таких санкций как, например, реторсия, репрессалия и прекращение договора и приостановление его действия вследствие его нарушения (см. ст. 60 ВКПМД).

27 *В международном торговом праве* принцип взаимности означает, что торговые преференции, предоставляемые государствами друг другу, должны быть сбалансированы и уступкам одного государства должны соответствовать равноценные торговые преференции со стороны других государств⁷⁵. В Соглашении о ВТО этот принцип не сформулирован прямо и императивно; однако он упоминается в преамбуле и поэтому является базовым принципом «всемирной торговой конституции». Принцип взаимности, который присутствует и в абз. 3 ст. XIX ГАТТ, применяется не столько как действующее право, сколько, прежде всего, в рамках тарифных переговоров (ст. XXVIII *bis* ГАТТ), а также при вступлении новых членов (ст. XII Соглашения о ВТО). В связи с правоотношениями между договаривающимися сторонами он играет роль при применении односторонних ответных мер

a Club: Rethinking Reciprocity and Common Interest, in: Fastenrath et al (Hrsg), From Bilateralism to Community Interest, 2011, 172ff.

⁷² *Simma*, Reciprocity, MPEPIL VIII (2012) 651 Rn 1.

⁷³ Подробно см.: *Simma*, Das Reziprozitätselement in der Entstehung des Völkergewohnheitsrechts, 1970.

⁷⁴ См. Раздел 7. *Шредер*, абз. 104 и след.

⁷⁵ Подробнее см.: *Brösskamp*, Meistbegünstigung und Gegenseitigkeit im GATT, 1990; *Langer* (сноска 57) 85 ff. См. также аргументацию Европейского суда по делу *Португалия против Европейского Совета* к вопросу о непосредственном применении права ВТО в национальном праве, ниже сноска 205.

согласно ст. XXIII ГАТТ; в этой связи он уже был предметом споров⁷⁶. Действие принципа взаимности в рамках ГАТТ не распространяется на развивающиеся страны, от которых согласно абз. 8 ст. XXXVI ГАТТ не ожидают уступок, не совместимых с их особыми потребностями.

Однако принцип взаимности является *инородным телом* в рамках *многостороннего порядка, основанного на обязательном действии принципа наибольшего благоприятствования*⁷⁷. Согласно либеральной экономической теории каждая мера, направленная на либерализацию, с макроэкономической точки зрения, служит интересам того государства, которое ее принимает. Кроме того, следует отметить, что цель взаимности в практике международных экономических отношений так или иначе не может быть достигнута, поскольку торговые партнеры часто стремятся к односторонним привилегиям. Поэтому принцип взаимности в этой области следует понимать в основном как «политический параметр» для переговоров⁷⁸. При этом он действует как корректива, которая, в конечном итоге, основывается на принципе справедливости международных экономических отношений. В международном инвестиционном праве значение принципа взаимности заключается в том, что он представляет собой противовес принципу национального режима⁷⁹. Условие о применении национального режима⁸⁰, содержащееся в большинстве двусторонних договоров о защите инвестиций, при прямом и негибком применении часто могло бы приводить к неадекватным результатам, особенно когда материальные стандарты в обоих государствах существенно отличаются. В то время как некоторые инвестиционные договоры пытаются преодолеть это несоответствие посредством установления материальных стандартов, классические международные договоры об авторских правах ограничивают действие принципа национального режима при помощи положений о взаимности⁸¹.

28

⁷⁶ См., например, *Withdrawal of Tariff Concessions under Article XXVIII:3 GATT 1947*, L/4636, GATT BISD 25 (1979), Suppl. 42 ff.

⁷⁷ См.: *Dolzer*, Reziprozität als Standard der EG-Drittlandsbeziehungen, in: *Hilf/Tomuschat*(Hrsg), EG und Drittlandsbeziehungen nach 1992, 1991, 111 (116); *Wolftrum*, Das internationale Recht für den Austausch von Waren und Dienstleistungen, in: *Schmidt* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht.

⁷⁸ В отношении ст. XXVIII bis ГАТТ *Wolftrum* (см. выше) указывает на то, что в процессе переговоров каждая сторона сама решает, достигнут ли, с ее точки зрения, сбалансированный результат. См. также: *Beise/Oppermann/Sander*, Grauzonen im Welthandel, 1998, 39, с точки зрения которых принцип взаимности на сегодняшний день приобретает торгово-политическое значение только при достижении договоренностей, поскольку он не имеет большого экономического значения вследствие гибкости обменных курсов.

⁷⁹ См. выше абз. 23 и след.

⁸⁰ См.: *Dolzer/Schreuer*, Principles, 178ff; *Dolzer/Stevens*, Bilateral Investment Treaties, 1995, 63ff.

⁸¹ См., например, абз. 7 ст. 2, абз. 8 ст. 7 Пересмотренной Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений от 24.7.1971 (BGBl 1973 II, 1071 ff). Этот подход частично использовался в рамках переговоров о Многостороннем соглашении по инвестициям (Multilateral Agreement on Investment — MAI).

29 Как и национальное право, международное право не может полностью отказаться от абстрактных правовых принципов и общих положений. Необходимость заполнения пробелов законодательства и установления общих принципов толкования имеют приоритет над ориентацией исключительно на неоднозначность правоприменения. В то время как общее международное право включает в себя такие принципы как добрые нравы и, согласно решению МС, также принцип адекватности применения (*Billigkeit; equity*)⁸², в международном экономическом праве часто применяется принцип справедливости (*Fairness*): например, договоры о защите инвестиций обычно содержат положение о справедливом и адекватном режиме (*fair and equitable treatment*), хотя его применение в конкретных случаях может быть проблематичным⁸³. ГАТТ содержит положения о необходимости обеспечить долю справедливой торговли в международной торговле, которая на практике вычисляется исходя из развития за прошедшие годы (ст. 2 преамбулы Соглашения о ВТО, ст. XVIII ГАТТ)⁸⁴. В ТРИПС включено положение, согласно которому процедуры, обеспечивающие соблюдение прав на интеллектуальную собственность, должны быть «равными для всех и справедливыми» (ст. 41). Ответ на вопрос о юридическом содержании положения о справедливости будет зависеть от ситуации в каждом конкретном случае⁸⁵. Можно привести многочисленные аргументы в пользу того, что следует признать принцип справедливости как особую форму проявления принципов добрых нравов и адекватности⁸⁶. Принцип справедливого и адекватного обращения

В частности, принцип национального режима в области авторского права в узком смысле должен был быть ограничен принципом взаимности, в то время как исключения из более ранних соглашений об интеллектуальной собственности должны были остаться в силе. К этому вопросу см. *Haedick*, *Urheberrecht als Investitionsschutz*, GRUR Int 1998, 631 (634).

⁸² Решение МС по делам о континентальном шельфе Северного моря, ICJ Rep 1969, 3, 53; к вопросу о принципе *equity*, см. также: *Franconi*, *Equity in International Law*, MPEPIL III(2012) 632 ff.

⁸³ См.: *Dolzer/Schreuer*, *Principles*, 2008; *Dolzer*, *Fair and Equitable Treatment*, FS Carreau/Juillard, 2009, 83ff; *ders*, *Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties*, *The International Lawyer* 2005, 87ff; *Kläger*, *Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice*, JWIT 2005, 357ff; *Orakhelashvili*, *The Normative Basis of «Fair and Equitable Treatment»*, AVR 46 (2008) 74ff; *Tudor*, *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, 2008.

⁸⁴ В дискуссиях последних десятилетий по вопросам торговой политики развивающиеся страны требовали от индустриальных государств большей справедливости. В связи с увеличением разницы зарплат и ростом мобильности капитала адресат претензий может измениться, особенно в отношении сельского хозяйства и текстильной промышленности, которые до сих пор практически не регулируются ГАТТ.

⁸⁵ См. подробнее: *Franck*, *Fairness in International Law and Institutions*, 1995.

⁸⁶ Арбитражное решение по делу «Sempra Energy International» против Аргентины от 29.6.2010, CSID Case No ARB/02/16.

в последнее время неоднократно являлся центральным элементом арбитражных решений по инвестиционным спорам и послужил основанием для ограничения сферы действия положений о косвенной экспроприации. Часто данный принцип конкретизируется при помощи понятия «легитимные ожидания» (*legitimate expectations*). Существенные различия наблюдаются в отношении толкования понятия «минимальные стандарты». Эти различия можно продемонстрировать на примере арбитражных решений по делам Глэмис Голд (Glamis Gold) против США (2009) и Мэррил и Ринг (Merril & Ring) против Канады (2010): в то время как первое решение опускает современные минимальные стандарты до уровня 1927 г. в интерпретации решения по делу Нир (Neer) против Мексики, второе решение основывается на том, что сегодняшние минимальные стандарты незначительно отклоняются от принципа справедливого и адекватного обращения. Решение по делу Мэррил и Ринг против Канады с методической точки зрения справедливо указывает на то, что общие правовые принципы и арбитражная практика имеют большое значение, в особенности в спорах по инвестиционным делам⁸⁷.

д) Право на развитие, устойчивое развитие

Несмотря на то, что внутренний суверенитет каждого государства является **30** бесспорным, правовые границы права на развитие по-прежнему не определены. Вследствие неравномерности экономического развития развивающиеся страны были вынуждены вскоре после завершения деколонизации выдвигать требование о праве на развитие. Их политическая стратегия заключалась в том, чтобы провозгласить эти требования в организациях, в которых преобладают развивающиеся страны. ЮНКТАД постоянно разрабатывала новые, часто радикальные концепции. В рамках Генеральной Ассамблеи ООН стремление к изменению мирового экономического порядка достигло кульминации, когда была принята неимперативная *Хартия экономических прав и обязанностей государств*⁸⁸: она была принята без согласия индустриальных государств. Ранее Генеральная Ассамблея уже объявляла т. н. декады развития в 1961 и 1971 гг. Первые успехи в области правового регулирования были достигнуты сначала в сфере торгового права, когда развивающиеся страны были освобождены от обязанности соблюдать принцип взаимности в рамках ГАТТ (абз. 8 ст. XXXVI) и когда им были предоставлены таможенные преференции согласно абз. 5 ст. XXV; затем в 1979 г. развивающиеся страны были освобождены от общей обязанности соблюдать

⁸⁷ См.: Dolzer/Schreuer, Principles, 2008.

⁸⁸ Хартия экономических прав и обязанностей государств от 12.12.1974, UN GA Res 3281 (XXIX), UNYB 28 (1974) 402 ff.

принцип равенства (дифференцированный и более благоприятный режим — *differential and more favourable treatment*). ЕС предоставила многим бывшим колониям Франции и Великобритании — ранее в рамках соглашений Ломе, с 2000 г. в рамках соглашения Котону — особые права, в частности, в отношении торговли сельскохозяйственной продукцией и поддержки добывающей промышленности, причем в этом случае было необходимо согласие ГАТТ⁸⁹. В ноябре 2001 г. развивающимся странам удалось внести многочисленные темы, связанные с экономикой развивающихся стран, в повестку дня Дохского раунда переговоров⁹⁰. Однако данный раунд переговоров до сих пор не завершен и так и не привел к желаемым результатам⁹¹.

31 В области *инвестиционного права* политика развивающихся стран была долгое время направлена на экономическую независимость, причем центральными темами были право на лишение собственности, с одной стороны, и особые правила для многонациональных корпораций, с другой стороны; однако эти требования не привели к принятию юридических обязательств. В отношении *финансовой и технической помощи* индустриальных государств развивающиеся страны по понятным соображениям регулярно требовали твердых обещаний. По крайней мере, в некоторых случаях им удалось добиться заявлений, не обязывающих юридически, о том, что государственная помощь развивающимся странам должна составлять 0,7% от ВВП соответствующего индустриального государства⁹². Эта цель до сих пор не была достигнута даже приблизительно; в последние годы этот показатель составляет, как правило, около 0,3%. Из международного права не следует обязанность предоставлять помощь развивающимся странам⁹³. Также не существует обязанности прощать долги⁹⁴. Однако существенное уменьшение помощи развивающимся странам постыдно с точки зрения

⁸⁹ См. ниже абз. 118.

⁹⁰ См. заявление министров от 14.11.2001, WT/MIN(01)/DEC/1.

⁹¹ Подробнее об актуальном статусе переговоров см.: *Kessie*, The Doha Development Agenda at aCrossroad: What Are the Remaining Obstacles to the Conclusion of the Round — Part III, EYIEL 3(2012) 549ff; *Meng*, Die Doha-Runde — eine unendliche Geschichte, in: Giegerich (Hrsg.), Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise, 2011, 155ff; *Rieck*, Die Doha Development Agenda — ein Turmbau zu Babel? Zur Verhandlungsarchitektur der Welthandelsrunde, in Meng/Ress/Stein (Hrsg.), Europäische Integration und Globalisierung, 2011, 459ff.

⁹² См. гл. 33, пкт. 33.13 Повестки дня на XXI в. (1992); пкт. 79 Плана осуществления, принятого на Всемирной встрече в верхах по устойчивому развитию в Йоханнесбурге (2002) и Монтеррейский консенсус Международной конференции по финансированию развития от 22.3.2002 (A/CONF.198/11). См. также Брюссельскую декларацию Третьей конференции ООН по наименее развитым странам от 2.7.2001 (A/CONF.191.12). См. также A/Res/63/178 от 26.3.2009.

⁹³ См. также: МС, дело Никарагуа, ICJ Rep 1986, 14, 138.

⁹⁴ См.: *Dolzer*, Staatliche Zahlungsunfähigkeit: Zum Begriff und zu den Rechtsfolgen im Völkerrecht, FS Partsch, 1989, 531 ff; *Kämmerer*, State Bankruptcy, MPEPIL IX (2012) 489 (490).

морали и солидарности несмотря на то, что при этом учитывается помощь странам Центральной и Восточной Европы и преимущества и недостатки помощи развивающимся странам являются спорными.

В 1977 г. право на развитие приобрело новый статус, когда Комиссия ООН по правам человека назвала его «*правом человека*». В 1981 г. Генеральная Ассамблея ООН обозначила его даже как «неотъемлемое право человека», и оно было конкретизировано в декларации 1986 г. (*Декларация о праве на развитие*)⁹⁵. В резолюциях Комиссии ООН по правам человека право на развитие характеризовалось как «неотъемлемая часть основных прав человека»⁹⁶. Однако одновременно возникает впечатление, что право на развитие больше не играет важной роли⁹⁷. С юридической точки зрения, носитель, адресат и содержание соответствующего права человека на развитие изначально не были определены.

За последнее десятилетие постановка вопросов в отношении права на развитие изменилась. В связи с конкретизацией функций международных организаций, особенно Всемирного банка и МВФ, в отношении помощи развивающимся странам возник вопрос, насколько должна оказываться помощь, если правительство развивающейся страны на практике не осуществляет политику, которая, исходя из общего понимания, способствует развитию страны. Ответ на этот вопрос заключался в установлении минимальных требований к надлежащему управлению (*good governance*), т. е. к надлежащему осуществлению работы правительства. В связи с ограничением запрета на вмешательство во внутренние дела был определен новый аспект, связанный с правом на развитие: борьба с коррупцией⁹⁸.

Право на развитие также было непосредственно затронуто, когда речь шла о привлечении развивающихся стран к охране глобальных экологических ценностей (климат, озоновый слой, биологическое разнообразие, международные воды)⁹⁹. Развивающиеся страны были сдержанны в рамках

⁹⁵ Res 41/128 от 4.12.1986. Этот тезис был утвержден Венской декларацией по правам человека от 25.6.1993, ILM 32 (1993) 1663, A/Res/64/172 от 18.12.2009 и A/Res/65/219 от 31.3.2011. К вопросу о Декларации см.: *Kunig/Uerpman*, Die Wiener Menschenrechtserklärung von 1993, VRÜ 27 (1994) 32 ff.

⁹⁶ См. Res 1998/72 от 22.4.1998; Res 1999/79 от 28.4.1999; Res 2000/5 от 13.4.2000; см. также пкт. 11 Декларации тысячелетия Генеральной Ассамблеи ООН, Res 55/2 от 18.9.2000.

⁹⁷ См., например, A/HRC/RES/12/23 от 12.12.2009; A/HRC/12/L.6 от 25.9.2009; A/HRC/19/52 от 19.11.2011. К вопросу обо всем комплексе проблем см.: *Scharpenack*, Das «Recht auf Entwicklung», 1996; v. *Schorlemer*, Recht auf Entwicklung — Quo vadis?, *Friedens-Warte* 72 (1997) 121 ff; *Tietje*, Internationales Wirtschaftsrecht und Recht auf Entwicklung als Elemente einer konstitutionalisierten globalen Friedensordnung, FS Delbrück, 2005, 783 ff.

⁹⁸ См. ниже абз. 39 и след.

⁹⁹ 99 См. Раздел 5. *Прельсс*, абз. 117 и след.; *Alam/Karim*, Linkages of Development and Environment: in Search of an Integrated Approach through Sustainable Development,

соответствующих переговоров, поскольку они исходили из того, что, таким образом, могут возникнуть препятствия для их стратегического экономического развития. Однако было очевидно, что долгосрочное эффективное регулирование возможно, только если развивающиеся страны, на которые также существенно влияют эти проблемы, будут в нем участвовать. Компромисс заключался в согласовании концепции общей, но дифференцированной ответственности (*common but differentiated responsibilities*). В соответствии с этой концепцией развивающиеся страны выражают свою принципиальную готовность участвовать в осуществлении конвенций как договаривающиеся стороны, однако их обязательства по сравнению с обязательствами индустриальных государств, в большей или меньшей степени, ограничены. Помимо установления этого особого статуса, развивающиеся страны добились включения в текст конвенций, в той или иной форме, положений о том, что они исходят из финансовой и технологической помощи индустриальных государств при осуществлении конвенций¹⁰⁰.

- 35 Последствия вредного воздействия на окружающую среду во многих случаях проявляются не там, где находится источник вредного воздействия, не сразу и не в краткосрочной перспективе, а постепенно в форме процесса и трансгранично. Долгосрочное и трансграничное воздействие является наиболее сложной проблемой, которая стоит перед экологической политикой. Однако в повседневной международной политике экологические проблемы до сих пор отступают на второй план перед актуальными острыми проблемами, особенно борьбой за искоренение бедности в странах третьего мира. Поэтому регулирование международных экономических отношений должно содержать структурные превентивные элементы для долгосрочной защиты окружающей среды¹⁰¹. *Принцип устойчивого развития*, в действительности, не нов, хотя он получил широкое распространение только в последнее время. Изначально эта концепция, указывавшая на практические требования при использовании леса, возникла, вероятно, в немецком лесном хозяйстве. Впоследствии этот принцип впервые был признан на международном уровне в 1980 г.; следует отметить, что он был признан под давлением НПО, например, Международного союза охраны природы и природных ресурсов (МСОП) и ВВФ, поскольку их работа в этой области в меньшей степени связана с повседневными проблемами в краткосрочной перспективе, чем

Georgetown JIL 43 (2011/2012) 345ff.

¹⁰⁰ См.: *Dolzer*, Technologische Zusammenarbeit zur Förderung nachhaltiger Entwicklung, FS Hahn, 1997, 353ff; *Kellersmann* (сноска 16); *Timmermann*, Der Transfer von Umwelttechnologien in Entwicklungsländer, VRÜ 32 (1999) 314ff; *Bloch*, Technologietransfer zum internationalen Umweltschutz, 2007.

¹⁰¹ *Dolzer*, Structural Obstacles Confronting the Formulation and Implementation of an Effective International Environmental Policy, in *Dolzer/Thesing* (Hrsg), *Protecting our Environment*, 2000, 347.

работа правительств. В рамках международного права этот принцип был впервые включен в юридический документ, соглашение АСЕАН, в 1985 г. Его определение, ставшее классическим, было сформулировано комиссией *Брундтланда* (1987): она понимала под этим «развитие, которое удовлетворяет потребности настоящего времени, но не ставит под угрозу способность будущих поколений удовлетворять свои потребности». Особенно важную роль этот принцип играл в работе конференции в Рио-де-Жанейро (1992), на которую впоследствии часто ссылались. Для осуществления планов конференции ЭКОСОС в 1993 г. создал *Комиссию ООН по устойчивому развитию*, однако она не получила полномочий для эффективной практической деятельности. Принцип устойчивого развития признан в таких правовых актах международного права, как Преамбула ГАТТ и Европейского Банка Реконструкции и Развития (ЕБРР), а также в ст. 3 Договора о Европейском союзе. Конференция в Йоханнесбурге (2002) не привела к новому пониманию устойчивого развития и его практического значения. Федеральный канцлер Меркель внесла предложение о принятии хартии устойчивого экономического развития, в которой должны быть закреплены основополагающие принципы функционирования экономики на международном уровне (предварительно только для государств-членов G20). Это предложение содержит элементы мирового порядка экологической и социальной рыночной экономики¹⁰². На конференции в Рио-де-Жанейро в 2012 г. («Рио двадцать лет спустя») не удалось принять императивные правила для достижения устойчивого экономического развития, а также модели «Зеленой экономики» (*Green Economy*)¹⁰³.

Статус принципа устойчивого развития в общем международном праве не определен¹⁰⁴. В то время как некоторые понимают его только как общую направленность для будущих экологических норм, т.е. только как политический постулат, представители противоположной точки зрения исходят из того, что речь идет о принципе, признанном международным обычным правом, из которого можно делать нормативные выводы. От решения этого вопроса зависит, например, насколько Всемирный банк, в соглашении об учреждении которого не содержатся нормы, напрямую связанные с экологией, обязан соблюдать принцип устойчивого развития в связи с тем,

36

¹⁰² *Merkel/Balkenende*, FAZ v 17.3.2009.

¹⁰³ Report of the United Nations Conference on Sustainable Development, A/CONF. 216/16.

¹⁰⁴ *Barral*, Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm, EJIL 23 (2012) 377ff; *Beyerlin*, Umweltvölkerrecht, 2000, Rn 37 mwN; *ders*, Sustainable Development, MPEPIL IX (2012) 716 (719f); *Gehne*, Nachhaltige Entwicklung als Rechtsprinzip, 2011; *Lang/Hohmann/Epiney*, Das Konzept der Nachhaltigen Entwicklung, 1999; *Schröder*, Sustainable Development, AVR 34 (1996) 251 (271ff); *Kotzur*, Nachhaltigkeit im Völkerrecht, JöR (NF) 57 (2009) 503ff; *Voigt*, Sustainable Development as a Principle of International Law, 2009; см. Раздел 5. *Прельсс*, абз. 110 и след.

что в ст. I содержится понятие развития; если исходить из эволюционного толкования, на этот вопрос следует ответить положительно¹⁰⁵. Независимо от этого, дальнейшая *специальная конкретизация принципа* устойчивого развития *для каждой области*, которая уже осуществлена, например, в Рамочной конвенции о защите климата или в Конвенции о биологическом разнообразии, представляется целесообразной¹⁰⁶. Понятие устойчивого развития уже использовалось в практике МС. В решении по делу *Габчиково-Надьмарош* большинство судей выступило за ограниченное применение этого принципа, интерпретируя его как концепцию (*concept of sustainable development*)¹⁰⁷. Таким образом, суд обозначил свое мнение о том, что считает принцип устойчивого развития *только политическим постулатом*, а не конкретным правовым принципом. Судья Виранантри (*Weeramantry*) высказал особое мнение и критиковал в нем мнение большинства, подчеркнув нормативный характер принципа, который, с его точки зрения, уже является частью современного международного права¹⁰⁸. Мнение большинства судей представляется убедительным в связи с тем, что из принципа *in vacuo* на сегодняшний день не могут быть сделаны конкретные выводы в рамках международного экономического права. С другой стороны, эта точка зрения является одновременно чрезмерно ограничительной: при заполнении пробелов регулирования и при толковании можно уже сегодня придать этому принципу юридическое значение.

е) Рациональность, прозрачность, надлежащее управление

- 37 Значение *рациональности* как критерия для принятия решений в международном экономическом праве постоянно растет¹⁰⁹. Рациональность как стандарт должна гарантировать, что меры, имеющие международное значение, соответствуют принципу научности или убедительности и, таким образом, исключаются протекционистские меры, которые осуществляются под предлогом, в целом, допустимых критериев, например, охраны здоровья или предотвращения опасности, и создают препятствия для свободы торговли или других признанных международных принципов свободного обмена товарами. В связи с ростом влияния научных достижений на продукты, с одной стороны, и постоянной предрасположенностью национальных групп

¹⁰⁵ См.: *Dolzer*, The World Bank and the Global Environment: Novel Frontiers? FS Shihata, 2001, 141 ff. См. также ниже сноски 117, 121.

¹⁰⁶ См.: *Schröder* (сноска 104) 273 ff.

¹⁰⁷ МС, решение по делу *Габчиково-Надьмарош*, ICJ Rep 1997, 7, 78.

¹⁰⁸ Там же, Sep Op *Weeramantry*, 95.

¹⁰⁹ См.: *Herdegen*, Der Beitrag des Internationalen Wirtschaftsrechts zu Good Governance und Rationalität des Staatshandelns, in: Giegerich (Hrsg), Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise, 2011, 229 ff.

и правительств к применению нетарифных протекционистских мер, с другой стороны, проблема рациональности выдвигается на первый план. Общую проблему можно проиллюстрировать на примере вопроса о влиянии использования гормональных средств в скотоводстве¹¹⁰. Соответствующий спор между ЕС и США (и Канадой) длится уже два десятилетия. По требованию потребителей ЕЭС ввело обширный запрет на импорт мясных продуктов, содержащих искусственные гормоны, в 1988 г.¹¹¹ В соответствии с Соглашением ВТО по применению санитарных и фитосанитарных мер¹¹² следовало установить, основываются ли меры ЕЭС на международных нормах ФАО и ВОЗ (*Codex Alimentarius*), а также на «доступных научных доказательствах». Третьей группой ВТО, которая была создана по инициативе США, приняла решение о том, что мясо из США, содержащее искусственные гормоны, соответствует критериям Кодекса¹¹³. С точки зрения третьей группы, степень риска могла быть оценена только на основании научных критериев, а субъективные социально-экономические соображения, на которых основывается политическое решение, не должны были учитываться. Этот подход был проблематичным с точки зрения национального суверенитета, ответственности в демократическом правовом государстве и принципа предотвращения. Доклад *Апелляционного органа* ВТО в рамках процедуры обжалования вновь расширило полномочия государств по принятию решений. С одной стороны, государствам были предоставлены более широкие полномочия при оценке, с другой стороны, было признано, что мнения меньшинства тоже могут иметь юридическое значение, если они выдвигаются квалифицированными и признанными учеными¹¹⁴. В целом юридическое

¹¹⁰ Другим примером являются меры ЕС по запрету на импорт генетически измененных продуктов питания. В этой связи см. дело «ЕС — Меры в отношении допуска на рынок и маркетинга генетически измененных продуктов», WT/DS 291/23, WT/DS 292/17, WT/DS 293/17, WT/DS 293/18).

¹¹¹ RL 88/196/EWG от 7.3.1988, AB/EГ 1988, № L 70/16.

¹¹² Опубликовано в *Tietje*, WTO, 2009, 109.

¹¹³ См.: *Hilf/Eggers*, Der WTO-Panelbericht im EG/USA-Hormonstreit, EuZW 1997, 559 ff.

¹¹⁴ Отчет Апелляционного органа ВТО «ЕС — Меры в отношении мяса и мясных продуктов (гормоны)» от 16.1.1998, WT/DS 26/AB/R и WT/DS 48/AB/R. См. *Thomas*, Where's the Beef? Mad Cows and the Blight of the SPS Agreement, *Vanderbilt J Transnat'l L* 32 (1999) 487ff; *Walker*, Keeping the WTO from Becoming the «World Trans-Science Organization»: Scientific Uncertainty, Science Policy, and Factfinding in the Growth Hormones Dispute, *Cornell Int'l LJ* 31 (1998) 251 ff. В последнее время органами ВТО рассматривался вопрос о том, насколько Европейский союз до сих пор нарушает Соглашение ВТО по применению санитарных и фитосанитарных мер, несмотря на изменения, внесенные в законодательство (RL 2003/74/EG v 22.9.2003, AB/EГ 2003, Nr L 262/17), и насколько США имеют право продолжать применять ответные меры в отношении европейской продукции (см.: доклады третьей группы и Апелляционного органа по делу «США — Продление отказа от выполнения обязательств (US – Continued Suspension of Obligations), WT/DS 320). В мае 2009 г. стороны достигли предварительного соглашения, но оставили открытым основной спорный

значение рационального обоснования решений по вопросам внешней торговли сохранилось, но теперь оно могло быть основано не на единственно правильном научном мнении, а на ряде убедительных научных решений.

38 В то время как рациональность базируется на убедительном научном обосновании, *прозрачность* означает предсказуемость действий и юридических требований¹¹⁵. Таким образом, стандарт прозрачности имеет значительно более широкую сферу применения, чем стандарт рациональности. Прозрачность имеет большое значение для регулирования международных экономических отношений на разных уровнях. Например, правила свободной конкуренции и торговли не действуют, если сделки, не основанные на рыночных принципах, скрываются от общественности. Поэтому Всемирный банк и ОЭСР развивают новые концепции по борьбе с коррупцией. Принцип прозрачности также играет роль, если экономически релевантные правила отдельных государств и их применение на практике доступны всем и создаются препятствия для отдельных участников рынка в получении информации, которая могла бы обеспечить им преимущество. Кроме того, принцип прозрачности может применяться к процессам принятия решений на международном уровне. Например, против организации работы ВТО часто выдвигался аргумент, что отсутствует информация о том, какие решения принимаются какими органами на основании каких критериев¹¹⁶.

39 Понятие *надлежащее управление* (*good governance*) трудно и перевести, и определить¹¹⁷. Несмотря на это, оно на сегодняшний день уже относится к стандартам международного экономического права, поскольку оно не только является ключевым для актуальной концепции по борьбе за искоренение бедности, но и изменило направленность практики политики в области помощи развивающимся странам. Выражение можно перевести как «надлежащее ведение дел правительством».

При этом *good governance* обозначает установление и осуществление государственных функций, которое на практике способствует устойчивому

вопрос. В соответствии с соглашением США сокращает объем ответных мер, а ЕС обеспечивает доступ говядины, не содержащей искусственных гормонов, на свои рынки. Открытым остался вопрос, насколько данное соглашение является «обойдно признанным решением» в соответствии с Договоренностью о правилах и процедурах разрешения споров.

¹¹⁵ Hilpold, Das Transparenzprinzip im internationalen Wirtschaftsrecht, EuR 1999, 597 ff.

¹¹⁶ См.: Marceau/Pedersen, Is the WTO Open and Transparent?, JWT 33 (1999) 5 ff; Weiss/Steiner, Transparency as an Element of Good Governance in the Practice of the EU and the WTO, Fordham ILJ 2006/2007, 1545ff; Collins-Williams/Wolfe, Transparency as a Trade Policy Tool: The WTO's Cloudy Windows, WTR 9 (2010) 551ff.

¹¹⁷ Brown Weiss/Sornarajah, Good Governance, MPEPIL IV (2012) 516ff Rn 3; Maldonado, Good Governance: Begriff, Inhalt und Stellung zwischen allgemeinem Völkerrecht und Souveränität (в печати). К вопросу о *good governance* в ВТО см.: Esty, Good Governance at the World Trade Organization, JIEL 10 (2007) 509ff.

экономическому и социальному развитию страны и, таким образом, идет на пользу всем слоям населения¹¹⁸. Несмотря на то, что это определение на первый взгляд кажется банальным, за последнее десятилетие разработка практического значения этого определения привела к новым решениям с учетом критики о неэффективности традиционной политики помощи развивающимся странам.

Долгое время эта политика формировалась для отдельных проектов (например, Всемирного банка)¹¹⁹ или секторов (например, по валютным вопросам со стороны МВФ). Теперь *good governance* является исходным пунктом для анализа, целью которого является создание необходимых общих рамочных условий для эффективной политики помощи развивающимся странам и сотрудничества, выходящих за рамки отдельных проектов и отраслей¹²⁰. Успех политики будет измеряться не краткосрочными эффектами отдельных проектов или мер, а долгосрочным вкладом в развитие страны. Особенно Всемирный банк и Международный валютный фонд учли основанные на этом принципе практические требования и стараются использовать их в своей работе на местах. Другие международные организации и отдельные государства следуют им в определенной степени. Для Всемирного банка и Международного валютного фонда в этой связи возникли юридические вопросы в отношении определения и ограничения их целей и допустимости новой концепции их деятельности в соответствии с этими целями с точки зрения международного права¹²¹. Уставы обеих организаций запрещают им

¹¹⁸ См.: *Dolzer/Herdegen/Vogel, Good Governance, 2007*. Определение *good governance* содержится в Соглашении Котону между ЕС и государствами АКТ (см. ниже абз. 118) в абз. 3 ст. 9: «В рамках политической и административной системы, основанной на соблюдении прав человека, демократических принципов и принципов правового государства, ответственное государственное управление означает прозрачное и ответственное управление человеческими, природными, экономическими и финансовыми ресурсами и их использование для сбалансированного и устойчивого развития. В него входят однозначные правила для административных процедур, прозрачные и ответственные государственные органы, приоритет закона при управлении и распределении ресурсов и разработка и осуществление мер, особенно для предотвращения и борьбы с коррупцией». См. также Sano/Alfredsson (Hrsg.), *Human Rights and Good Governance, 2002*; *Brown Weiss/Sornarajah, Good Governance, MPEPIV IV (2012) 516ff.*

¹¹⁹ См.: *Theobald, Die Weltbank: Good Governance und die Neue Institutionenökonomie, Verwaltungsarchiv 89 (1998) 467 ff.* См. также: *Kingsbury, Operational Policies of International Institutions as Part of the Law-Making Process: The World Bank and Indigenous Peoples, FS Brownlie, 1999, 323 ff.*

¹²⁰ См.: *Dolzer, Die Relevanz rechtsstaatlicher Normen und Institutionen für den Aufbau und den Bestand von Demokratien, in: Konrad-Adenauer-Stiftung (Hrsg.), Demokratiereport — Demokratie und Rechtsstaat, 2006.*

¹²¹ К вопросу о роли прав человека в работе Всемирного банка и МВФ см.: *Suchsland-Maser, Menschenrechte und die Politik multilateraler Finanzinstitute, 1999*; к вопросу об Инспекционной группе Всемирного банка см.: *Alfredsson, The Inspection Panel of the World Bank, 2001*; *Buß, Zwischen Immunität und Rechtsschutz: Das Inspection Panel*

вмешиваться во внутренние дела государства-заемщика; они должны ограничиваться соответственно «повышением производительности труда, уровня жизни и улучшением условий труда» (ст. 1 iii Устава Всемирного банка), содействием «стабильности валют» и поддержкой «упорядоченного валютного режима» (ст. 1 iii Соглашения Международной валютного фонда). Однако вполне оправдано, что обе организации включили понятие *good governance* в основные направления своей деятельности: практика показала, что применение принципа *good governance* не только способствует достижению определенных уставами целей, но и дает новые стимулы для их достижения.

40 *Всемирный банк* с 1998 г. учитывает в рамках *оценки политики и институтов страны (Country Policy and Institutional Assessments)* не только поставленные экономические цели, но и наличие и эффективность государственных институтов, необходимых для достижения этих целей¹²². В этой связи также следует упомянуть, что при распределении финансов МАР принимается во внимание, насколько эффективно были проведены проекты. Объем помощи для государств, в которых были установлены серьезные проблемы с *good governance*, уменьшается. Устойчивый рост и устойчивая политика развития определяются Всемирным банком уже не только на основании макроэкономических показателей, борьбы за искоренение бедности и социальных факторов, но и в зависимости от государственных институтов. Таким образом, список факторов, релевантных для юридического определения эффективного использования средств Всемирного банка, существенно расширился. Для этого Всемирный банк создал систему критериев, которые относятся к категориям хозяйственное управление, структурная политика, учет социальных аспектов и эффективность государственного аппарата. Борьба с коррупцией («злоупотребление служебным положением на государственной должности для получения личной выгоды») является одной из наиболее важных целей. Основные вопросы, связанные с надлежащим управлением, касаются контролируемой ответственности лиц, уполномоченных принимать решения, прозрачности процедуры принятия решений, создания справедливого, предсказуемого и стабильного правопорядка и возможности участия в процедуре принятия решений тех слоев населения, которых это решение затрагивает. С точки зрения экономически целесообразного использования существующих ресурсов и предотвращения постановки непродуктивных государственных задач, на решения Всемирного банка влияет тот факт, что государство использует необычно большую часть своего бюджета для военных целей. Если государство в такой ситуации принимает решение о сокращении военных расходов,

innerhalb der Weltbankgruppe, RIW 1998, 352. О создании аналогичного органа МВФ ведутся переговоры. См. также выше сноску 105.

¹²² World Bank (Hrsg), *Country Assessments and IDA Allocations*, 1999; dies (Hrsg), *Governance, The World Bank's Experience*, 1994; см. также: *Maldonado* (сноска 117).

Всемирный банк оказывает ему помощь. Исполнительный совет Международного валютного фонда в 1997 г. принял руководящие принципы о роли МВФ по вопросам *governance*¹²³. В них МВФ подчеркивает, что к его компетенции относятся только меры по осуществлению целей, установленных в Соглашении МВФ, и он не имеет права ставить условия, связанные с политическими аспектами, за рамками полномочий в соответствии с Соглашением. Согласно руководящим принципам к *good governance* относятся такие общие принципы, как прозрачность, принципы правового государства, справедливость. К сфере валютного регулирования относится специальное требование о создании эффективных институтов в области финансов, налогообложения, центральных банков, счетных палат и статистических учреждений; в сфере законодательства и административного управления речь идет в первую очередь об эффективном налоговом праве и создании функционирующей банковской системы. Эффективное использование государственных средств и укрепление частного сектора должно учитываться в рамках регулярных консультаций с государствами-членами и при распределении средств, а также при индивидуальных консультациях, которые МВФ проводит с конкретными государствами.

В целом правила *good governance*, которые постоянно развиваются, могут оказаться фактором существенного ограничения суверенитета с точки зрения государств-заемщиков; поэтому неудивительно, что эти правила подвергаются критике как неадекватное ужесточение кредитных условий. Однако, в конечном итоге, они, в сущности, являются обратной стороной ответственного отношения к праву на развитие, которое направлено на долгосрочное благосостояние всех слоев населения. Правила *good governance* отражают осознание того, что наиболее важные предпосылки для развития могут быть созданы только в самом государстве и оно в этом — но только в этом — заслуживает поддержки международного сообщества. 41

3. Защита чужой собственности и статус транснациональных корпораций

а) Защита иностранных инвестиций

Без защиты чужой собственности и иностранных инвестиций невозможно плодотворное международное экономическое сотрудничество. Защита иностранных инвестиций и собственности всегда играла ключевую роль в международном экономическом праве и в целом в международном праве. Традиционно такая защита осуществляется на основании обычного *права о статусе иностранцев*, в особенности на основании правил, применяемых 42

¹²³ См.: IMF (Hrsg.), *Good Governance — The IMF's Role*, 1997. Исполнительный совет вновь утвердил руководящие принципы в феврале 2001 г.

в случае лишения собственности¹²⁴. Кроме того, государства заключают двусторонние и многосторонние договоры, чтобы обеспечить более высокий уровень защиты¹²⁵. Региональные соглашения, в частности, НАФТА, АСЕАН и Соглашение Котону и секторальный Договор к Энергетической хартии 1994 г. также содержат положения об иностранных инвестициях. Страховые компании (государственные или частные, национальные или транснациональные) также могут снижать риски, связанные с иностранными инвестициями¹²⁶. Транснациональные корпорации тоже принимают меры по защите своих инвестиций, заключая с государствами, в которых осуществляются инвестиции, «интернационализованные договоры»¹²⁷. Кроме того, следует заметить, что временные ограничения перемещения капитала должны соответствовать правилам МВФ.

43 *Экспроприация* определяется как любое отчуждение имущества на основании акта государственного органа или закона¹²⁸. Экспроприация может также выражаться в форме правового или фактического ограничения пользования, которое равнозначно отчуждению (ползучая экспроприация)¹²⁹. Под *национализацией* понимают отчуждение имущества отдельных или всех отраслей производства народного хозяйства. *Конфискация* определяется как безвозмездная экспроприация. В целом, экспроприация допустима как по международному, так и по конституционному праву (см., например, абз. 3 ст. 14 Основного закона Германии). Это право является выражением территориального суверенитета и верховенства. Не существует общего запрета на экспроприацию с точки зрения прав человека¹³⁰. Однако экспроприация с точки зрения международного права допустима только при определенных условиях. Содержание этих условий (т.н. минимальных стандартов) является спорным. Так называемая доктрина *Кальво*, согласно которой экспроприация не зависела от минимальных стандартов и защита иностранцев сводилась

¹²⁴ Общая информация см.: *Dolzer/Schreuer*, Principles, 2008; *Dolzer*, Eigentum, Enteignung und Entschädigung im geltenden Völkerrecht, 1985; *Karl*, Internationaler Investitionsschutz — Quo vadis?, *ZVglRWiss* 99 (2000) 143ff; *Seidl-Hohenveldern*, International Economic Law, 3. Aufl 1999, 133ff; *Ohler*, Der Schutz privaten Eigentums als Grundlage der internationalen Wirtschaftsordnung, *JZ* 2006, 875ff; *Kläger*, Einführung in das internationale Enteignungs- und Investitionsrecht, *JuS* 2008, 969ff; *Reinisch*, in Tietje (Hrsg), Internationales Wirtschaftsrecht, § 8.

¹²⁵ См.: *Dolzer/Schreuer*, Principles; *Dolzer/Stevens* (сноска 80).

¹²⁶ См., например, страховые программы по линии «Гермес», с одной стороны, и работу МИГА, с другой стороны, см. ниже абз. 50.

¹²⁷ См. ниже абз. 53 и след.

¹²⁸ *Dolzer/Schreuer*, Principles, 2008.

¹²⁹ Там же.

¹³⁰ См. ст. 1 Первого дополнительного протокола к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1952).

к применению национального режима¹³¹, не получила широкого признания, и на сегодняшний день ее придерживаются только отдельные авторы.

Минимальные стандарты для допустимой экспроприации, которые будут представлены в дальнейшем, являются наиболее распространенными. Экспроприация должна служить преимущественно интересам общества; чисто фискальные основания в этом случае недостаточны. Экспроприация не должна нарушать договорные обязательства государства, осуществляющего отчуждение. Она не должна быть ни произвольной, ни дискриминационной. *Обязанность государства по выплате компенсации* также относится к минимальным стандартам. Мнение развивающихся стран, высказанное в рамках дискуссий о «новом мировом экономическом порядке», о том, что выплата компенсации «возможна», но не обязательна¹³², было отвергнуто индустриальными государствами¹³³; на сегодняшний день этой точки зрения уже никто не придерживается. Она препятствовала интеграции развивающихся стран в мировое хозяйство. Процедура и размер компенсации являются по-прежнему спорными, особенно между индустриальными государствами и развивающимися странами. Наиболее распространенное среди западных юристов-международников мнение находит свое отражение в доктрине *Халла*. Согласно этой доктрине компенсация должна быть «скорой, адекватной и эффективной» (*prompt, adequate, and effective*)¹³⁴. Компенсация должна выплачиваться сразу, одновременно с экспроприацией. Она должна, в принципе, соответствовать *полной рыночной стоимости* предприятия («адекватность»). Она должна выплачиваться в *свободно конвертируемой валюте*, т.е. быть «эффективной». В отношении размера компенсации, например, в ст. 2 № 2 с) неимперативной Хартии экономических прав и обязанностей государств от 12.12.1974 речь идет не об адекватной, а о «соответствующей» компенсации¹³⁵. Практика иранско-американского арбитража в Гааге, в конечном итоге, не внесла ясности в вопрос, насколько

¹³¹ См. выше абз. 23 и след.

¹³² UN GA Res 3171 (XXVIII) от 17.12.1973.

¹³³ См. также ниже абз. 106 и след.

¹³⁴ *Herdegen, Wirtschaftsrecht*, § 20 Rn 10.

¹³⁵ «Каждое государство имеет право: ... национализировать, экспроприировать или передавать иностранную собственность. В этом случае государство, принимающее такие меры, должно выплачивать соответствующую компенсацию с учетом его соответствующих законов и постановлений и всех обстоятельств, которые это государство считает уместными». См. Хартию экономических прав и обязанностей государств от 12.12.1974, UN GA Res 3281 (XXIX); к этому вопросу см.: *Sternberg, Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten*, 1983, 74ff. — Хартия также подтверждает «полный постоянный суверенитет» каждого государства «над всеми своими богатствами, природными ресурсами...» (гл. I, абз. 1, ст. 2). Еще в более ранних декларациях Генеральной Ассамблеи ООН, например в Декларации 1962 г. (тогда при согласии индустриальных государств), было закреплено, что достаточна «разумная» компенсация.

международный обычай исходит из принципа полной компенсации¹³⁶. Соглашения о паушальной компенсации (*lump sum agreements*), на основании которых должен определяться размер компенсации в случае сложных споров о наличии международно-правовой обязанности по выплате компенсации, не противоречат принципу полной компенсации. На основании таких соглашений размер компенсации при экспроприации во многих случаях существенно ниже, чем стоимость имущества. Однако эти соглашения носят характер мирового соглашения; они также, как правило, являются частью более широкого политического компромисса. На практике обычно используется выплата в рассрочку. Поэтому и принцип *немедленной* компенсации релативируется¹³⁷. В последнее время вопрос о процедуре и размере компенсации вызывает значительно меньший интерес. Развивающиеся страны прилагают намного больше усилий, чем раньше, к привлечению и удержанию международного инвестиционного капитала, который всегда было трудно привлечь, поскольку он может быть вложен в любой стране мира. Уже по этой причине они более осторожно относятся к экспроприации, чем в 1950-е и 1960-е гг.¹³⁸ Несмотря на это, в международном праве, регулирующем экспроприацию, остаются неясности¹³⁹. Сложные вопросы в этой связи возникли в 2008 г., когда Исландия, с точки зрения европейских банков, предоставила исландским кредиторам привилегии в ущерб иностранным.

45 Согласно традиционному мнению, которое уже не является актуальным, *требование компенсации* основано на международном праве. По этому мнению, требование, как правило, может быть предъявлено только через дипломатическое представительство государства истца¹⁴⁰. Таким образом, лицо, лишенное собственности, зависит от дипломатической защиты. Ее эффективность зависит, в частности, от взаимоотношений между государством истца и государством, осуществившим экспроприацию. Следует различать

¹³⁶ См.: *Herdegen* (сноска 20) § 17 абз. 8.

¹³⁷ См.: *Gloria*, in: *Ipsen, Völkerrecht*, 5. Aufl 2004, § 47 Rn 26.

¹³⁸ В то время наблюдалось «перемещение» инвестиций. Инвестиции концентрировались в политически «надежных» государствах-поставщиках сырья, например, в Австралии и Канаде, и в то же время инвесторы временно избегали некоторых «радикальных» африканских и латиноамериканских стран.

¹³⁹ См., например, меры по национализации газодобывающей отрасли, примененные в Боливии летом 2006 г.; с тех пор Венесуэла и Аргентина также осуществили национализацию.

¹⁴⁰ Эта функциональная аргументация вызывает сомнения. Если государство обязано выплачивать компенсацию на основании международного права, оно должно будет соответственно изменить свое национальное законодательство и предоставить индивидуам право предъявлять требование о компенсации непосредственно государству. В этом случае межгосударственные требования в итоге будут субсидиарными, т. е. их можно предъявить после того, как лицо, лишенное собственности, проиграет судебный процесс.

право государства защищать своих граждан и внутригосударственное право лиц требовать защиты от своего государства¹⁴¹.

Экстерриториальное действие акта экспроприации является специальной проблемой международного права экспроприации, релевантной и для судебной практики¹⁴². При этом речь идет о том случае, когда физическое или юридическое лицо, имущество которого в одном государстве было экспроприровано, является собственником имущества, находящегося за пределами этого государства. Вопрос заключается в том, может ли государство, применившее экспроприацию, распространить ее и на иностранное имущество собственника. Если экспроприация признана иностранным государством, на территории которого находится имущество, государство, применившее экспроприацию, может экспроприировать и иностранное имущество. Из принципа территориальности следует, что не существует обязанности признавать экспроприацию¹⁴³. Если иностранное государство не признает экспроприацию, государство, применившее экспроприацию, не может осуществить ее на территории иностранного государства. Поэтому в отношении юридических лиц используется, в частности, следующая аргументация: экспроприация применяется не к юридическим лицам, а «только» к правам отдельных участников. Таким образом, предприятие контролируется государством, применившим экспроприацию, вследствие чего оно может распоряжаться иностранным имуществом юридического лица. Верховный суд ФРГ считает, что эта аргументация («прием с использованием искусственной правовой конструкции») приводит к недопустимому обходу принципа территориальности. Он относит иностранное имущество к «отщепившемуся юридическому лицу», которое отделилось от юридического лица, продолжающего существовать в государстве, применившем экспроприацию, и состоит из тех же участников¹⁴⁴.

Экспроприация имущества, находящегося на территории государства, применившего экспроприацию, регулируется — в соответствии с международным правом — его национальным правом¹⁴⁵. В лучшем случае

¹⁴¹ Основополагающая информация см.: *Doehring*, Die Pflicht des Staates zur Gewährung diplomatischen Schutzes, 1959.

¹⁴² См.: *Herdegen*, Die extraterritoriale Wirkung der Enteignung von Mitgliedschaftsrechten, 1989; *Lederer*, Die internationale Enteignung von Mitgliedschaftsrechten, 1989.

¹⁴³ *Herdegen*, Wirtschaftsrecht, § 20 Rn 15ff.

¹⁴⁴ BGHZ 62, 340, 343. Теория отделения не учитывает территориального верховенства государства, применившего экспроприацию, в отношении прав, основанных на участии, см. *Herdegen*, Die extraterritoriale Wirkung der Enteignung von Mitgliedschaftsrechten an Gesellschaften in der Bundesrepublik Deutschland, ZGR 1991, 547 (551). Федеральный Верховный суд ФРГ до сих пор применял теорию отделения только при конфискации и экспроприации прав иностранных участников.

¹⁴⁵ 145 Рассмотренный выше вопрос о компенсации, необходимой с точки зрения международного права, при экспроприации в отношении иностранцев не связан с этой

проводится проверка соответствия меры публичному порядку (*ordre public*) (ст. 6 Вводного закона к Гражданскому уложению ФРГ), особенно если экспроприированное имущество позже перемещается за границу¹⁴⁶. Согласно доктрине «государственного акта» (*Act of State*) правомочность суверенных актов иностранных государств не подлежит проверке¹⁴⁷. Однако как раз экспроприация, конфискация и национализация являются исключением¹⁴⁸.

48 Для защиты иностранных инвестиций заключаются двусторонние и многосторонние международные договоры. *Двусторонние* договоры о защите инвестиций являются более подробными и конкретными по сравнению с традиционными договорами о дружбе, торговле и судоходстве. ФРГ использует Модельный договор¹⁴⁹. Эта модель двустороннего договора о защите инвестиций впервые использовалась в договоре между ФРГ и Пакистаном 1959 г.; с тех пор ФРГ заключила более 135 таких договоров¹⁵⁰. Другие индустриальные государства также следуют этой практике. С начала 1980-х гг. к ней присоединились и США, но на основании более широкой концепции, которая регулирует и доступ на рынок для американских инвесторов¹⁵¹. С декабря 2009 г. заключение таких договоров относится уже не к компетенции государств-членов ЕС, а к компетенции ЕС. Правовые акты, регулирующие последствия изменения компетенции, еще не приняты. В целом договоры основаны на единой модели регулирования. В начале содержатся положения о понятии инвестиций¹⁵², круге индивидов и юридических лиц, которые могут ссылаться на договор, а также о времени действия договора. В следующий раздел входят положения о согласованном правовом режиме инвестиций, подлежащих защите, например, о справедливом обращении, о полной защите и безопасности, а также о национальном режиме и режиме наибольшего благоприятствования¹⁵³. Часто устанавливается, что нарушение договора страны, в которой осуществляются инвестиции, с инвестором считается одновременно нарушением двустороннего договора

проблемой.

¹⁴⁶ Информация о делах, релевантных в этой связи, например, об индонезийском табаке и чилийской меди см.: *Herdegen, Wirtschaftsrecht*, § 19 Rn 18.

¹⁴⁷ Эта доктрина основана не на международном праве; однако она применяется, в особенности в США, *Fonteyne, Acts of State, EPIL I (1992) 17ff.*

¹⁴⁸ См.: *Herdegen, Wirtschaftsrecht*, § 19 Rn 20; общая информация см. *Gloria, in: Ipsen (Fn 137) § 47 Rn 31.*

¹⁴⁹ Данные на 2008 г. см.: *Dolzer/Schreuer, Principles, 2008.*

¹⁵⁰ Список актуальных договоров о защите инвестиций с многими государствами на сайте Форума международных договоров о защите инвестиций (International Investment Agreements Forum) (<www.unctad.org>).

¹⁵¹ К вопросу о развитии практики см. *Dolzer/Schreuer, Principles, 17ff.*

¹⁵² См.: *Dolzer, The Notion of Investment in Recent Practice, FS Feliciano, 2005, 261ff.*

¹⁵³ К этим вопросам см. выше абз. 19 и след., 23 и след., 26 и след.

о защите инвестиций («защитное положение»)¹⁵⁴. Доступ к национальным судам и режим во время вооруженных конфликтов также относятся к этому разделу. Более подробно регулируются вопросы о переводе средств предприятия из страны, в которой осуществляются инвестиции, в государство его регистрации, включая вопрос конвертируемости валют. Центральными положениями являются правила о понятии, допустимости и правовых последствиях экспроприации; как правило, оговаривается обязанность выплаты компенсации, соответствующей рыночной стоимости. Большое значение, в частности, в превентивном смысле, имеют положения о разрешении споров¹⁵⁵. При этом регулируются процедуры для разрешения споров как между страной, в которой осуществляются инвестиции, и инвестором, так и между государствами, заключившими договор.

Переговоры о *Многостороннем* соглашении по инвестициям (МАИ) 49 были начаты ОЭСР в 1995 г., чтобы заменить «лоскутное одеяло» двусторонних договоров единой международной системой регулирования, предоставляющей иностранным инвестициям всеобъемлющую защиту¹⁵⁶. При этом защита должна была распространяться на любые виды имущественных ценностей (в частности, косвенно контролируемые), соответствующие понятию инвестиции; США предприняли попытку включить в это понятие интеллектуальную собственность. Соглашение должно было применяться не только к уже осуществленным инвестициям (как в традиционных договорах между европейскими государствами), но и к выдаче разрешений на осуществление инвестиций, как в договорах США; и в этом случае должны были действовать принципы наибольшего благоприятствования и национального режима. Принятие новых правовых актов, ограничивающих инвестиции, должно было быть запрещено (*standstill*). При экспроприации компенсация должна была выплачиваться по доктрине *Халла*. Спорным, в частности,

¹⁵⁴ См.: *Dolzer*, Schirmklauseln in Investitionsschutzverträgen, FS Tomuschat, 2006, 281ff; *v. Walter*, Die Reichweite von Schirmklauseln in Investitionsschutzabkommen nach der jüngsten ICSID-Spruchpraxis, RIW 2006, 815ff.; *Dolzer/Schreuer*, Principles, 153ff.

¹⁵⁵ См.: *Dolzer/Schreuer*, Principles, 211ff.

¹⁵⁶ См.: *Karl*, Das Multilaterale Investitionsabkommen, RIW 1998, 432; *Malanczuk*, State-State and Investor-State Dispute Settlement in the OECD Draft Multilateral Investment Agreement, JIEL 3(2000) 417ff. — ОЭСР при этом основывалась на своих неимперативных руководящих принципах 1961 г. (Codes of Liberalisation of Current Invisible Operations and of Capital Movements), 1976 г. (Declaration on International Investment and Multinational Enterprises, ILM 15 [1976] 967ff; как приложение 1: Guidelines for Multinational Enterprises; руководящие принципы были изменены в 2000 г.), а также на Руководящих принципах Всемирного банка об обращении с прямыми иностранными инвестициями (ICSID R-FILJ 7 [1992] 297ff). См.: *Tschofen*, Multilateral Approaches to the Treatment of Foreign Investment, ICSID R-FILJ 7 (1992) 384ff; *Petersmann*, Codes of Conduct, EPIL I (1992) 627ff; *Buxbaum/Riesenfeld*, Investment Codes, EPIL II (1995) 1439ff; *Friedrich*, Codes of Conduct, in MPEPIL. Документация о переговорах по МАИ находится на сайте <www.oecd.org/daf/mai>.

являлся вопрос, в какой мере МАИ должно учитывать социальные и экологические потребности. Предметом дискуссий являлось также, насколько цели сектора могли быть изъяты из сферы действия соглашения; это требование выдвигали, например, Франция и Канада по аналогии с ГАТТ для сферы культуры. В целом МАИ оказалось чрезмерно амбициозным проектом глобального регулирования для обеспечения свободного доступа иностранных инвестиций на национальные рынки по аналогии с правилами ВТО в отношении торговли. Индустриальные государства также не смогли прийти к консенсусу по существенным вопросам, вследствие чего переговоры завершились в 1998 г. безрезультатно. Важные цели, поставленные в МАИ, по-прежнему остаются актуальными¹⁵⁷. В мае 2006 г. ОЭСР впервые представило «Политические условия для инвестиций» в форме анкеты, адресованной правительствам. Документ содержит правила («good practices») для поддержки частных инвестиций, создающих стимулы для экономического роста и устойчивого развития¹⁵⁸.

50 Наиболее важным действующим *многосторонним* договором является Конвенция об учреждении *Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (МИГА)* от 11.10.1985¹⁵⁹. На основании инициативы Совета управляющих Всемирного банка МИГА страхует некоммерческие инвестиционные риски в развивающихся странах и способствует притоку капитала в эти страны. Страховка покрывает риски трансферта (ограничения при обмене/переводке валют), риск экспроприации, а также риск нарушения договора и риск вооруженного конфликта. Дочерняя структура Всемирного банка на практике играет роль, прежде всего, в случае ползучей экспроприации и валютных ограничений¹⁶⁰.

51 Согласно Конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами (*Конвенции ИКСИД*)¹⁶¹ Международный центр по разрешению инвестиционных споров при согласии сторон проводит арбитражное разбирательство между государством, в котором осуществляются инвестиции, и предприятием и принимает решение,

¹⁵⁷ *Dazu Karl, On the Way to Multilateral Investment Rules, ICSID R-FILJ 17 (2002) 293ff; Kurtz, A General Investment Agreement in the WTO?, UPennJIEL 23 (2002) 713.*

¹⁵⁸ OECD (Hrsg), Policy Framework for Investment, 2006.

¹⁵⁹ BGBl 1987 II, 455ff. См.: *Ebenroth/Karl, Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur, 1989; Rindler, DerSchutz von Auslandsinvestitionen durch die MIGA, 1999; Schaufelberger, Laprotection juridique des investissements dans les pays en voie de développement, 1993; Shihata, MIGA and Foreign Investment, 1988; Stern, Die Multilaterale Investitions-Garantie-Agentur (MIGA), 1990.*

¹⁶⁰ Членами МИГА являются более 177 государств (на 20.9.2012).

¹⁶¹ ИКСИД (International Centre for Settlement of Investment Disputes) был создан в 1965 г. под эгидой Всемирного банка; подробнее см.: *Schreuer et al, The ICSID Convention, 2009.*

исполнение которого обязательно с точки зрения международного права¹⁶²; таким образом, можно избежать непредсказуемости результатов разрешения спора в национальном суде. Согласно ст. 42 Конвенции ИКСИД, как правило, применяется право государства, в котором осуществлялись инвестиции, а международное право применяется только постольку, поскольку оно может быть применимым (*those rules of international law as may be applicable*). На практике многие суды толковали эту норму, существенно ограничивая сферу применения национального права, следующим образом: нормы международного права должны не только заполнять пробелы национального права, но и применяться в случае противоречия между международным и национальным правом, поскольку они всегда должны иметь преимущество перед национальным правом¹⁶³. В целом ИКСИД расширяет права предприятий за рамки их статуса в общем международном праве. На практике ИКСИД заслужил широкое признание, и договаривающиеся стороны все чаще туда обращаются. На данный момент 147 государств являются членами Конвенции. В сентябре 2012 г. производство по 249 спорам было завершено, а 156 споров находилось на рассмотрении¹⁶⁴. Международные механизмы разрешения споров приобретают все большее практическое значение как в сфере инвестиций, так и в сфере торговли.

Вне рамок международного права существуют *государственные* программы по защите инвестиций¹⁶⁵. Помимо защиты инвесторов (при помощи договора о гарантиях) они могут служить целям экологической политики и политики помощи развивающимся странам. В ФРГ («страховки Гермес») они формально основаны на бюджетном законодательстве федерации¹⁶⁶. На рынке *частных* страховок в связи с иностранными инвестициями следует упомянуть, в частности, «Лloydс» (Лондон).

52

б) Транснациональные корпорации

Основными участниками международного оборота товаров, услуг и платежного оборота являются частные предприятия. При этом важную роль играют транснациональные корпорации, которые, как правило, обладают значительной экономической мощью, в последнее время также корпорации из стран

53

¹⁶² См. ст. 53 Конвенции ИКСИД.

¹⁶³ *Dolzer*; in: Binder et al (Hrsg), *International Investment Law for the 21st Century — Essays in Honour of Christoph Schreuer*, 2009, 818ff.

¹⁶⁴ См. сайт ИКСИД: <<http://icsid.worldbank.org>>.

¹⁶⁵ См.: *Herdegen*, *Wirtschaftsrecht*, § 23 Rn 35ff.

¹⁶⁶ Гарантии «Гермес» официально обозначаются как «федеральные гарантии капиталовложений за границей». К вопросу о защите прав при помощи административного права: *Sellner/Külpmann*, *Rechtsschutz bei der Gewährung von Hermes-Bürgschaften*, *RIW* 2003, 410ff.

с переходной экономикой¹⁶⁷. Эти корпорации определяются как частные или публичные *предприятия, которые владеют организациями за пределами границ государства их местонахождения или контролируют их*¹⁶⁸. В данном контексте с транснациональными корпорациями связаны вопросы дипломатической защиты и характеристики их договоров с государствами.

54 *Дипломатическая защита* транснациональных корпораций зависит от их национальной принадлежности¹⁶⁹. Международное право на основании критерия реальной связи (*genuine link*)¹⁷⁰ исходит из применения национального права. В различных национальных правовых порядках используются разные привязки. Согласно доктрине учреждения, именуемой также доктриной инкорпорации, которая превалирует в англо-американском праве, применяется право государства, в котором юридическое лицо было учреждено. Преимущество этого подхода заключается в возможности однозначно установить национальную принадлежность. Предприятие может повлиять на выбор государства, предоставляющего дипломатическую защиту, приняв решение об учреждении по праву определенного государства. Однако это может быть и недостатком, поскольку международное право требует существования реальной связи с государством, предоставляющим дипломатическую защиту. Эта проблема не возникает при применении доктрины местонахождения, распространенной в континентальной Западной Европе¹⁷¹. В рамках этой доктрины определяющим критерием является местонахождение главного управления, т. е. место, «где реализуются решения руководящих органов»¹⁷². В этом случае возникают сложности, например, при смене государства местонахождения¹⁷³. Наконец, *доктрина контроля* абстрагируется от предприятия как юридического лица и определяет принадлежность в зависимости

¹⁶⁷ Общая информация см.: *Wildhaber*, Internationalrechtliche Probleme multinationaler-Korporationen, BerDGVR 18 (1978) 7ff; *Schwartzmann*, Beteiligung privater Unternehmen im Wirtschaftsvölkerrecht, ZVglRWiss 102 (2003) 75ff.

¹⁶⁸ *Epping*, in *Ipsen* (сноска 137) § 8 Rn 16.

¹⁶⁹ Аналогичные вопросы возникают в связи с гражданством физических лиц; см. Раздел 3. Хайльброннер, абз. 99 и след.

¹⁷⁰ Подробно к вопросу о критерии реальной связи: (*genuine link*) *Ziegenhain*, Extraterritoriale Rechtsanwendung und die Bedeutung des Genuine-Link-Erfordernisses, 1992; *Sloane*, Breaking the Genuine Link, Harvard ILJ 51 (2009) 1ff; см. Раздел 3. Хайльброннер, абз. 104 и след., 116 и след.

¹⁷¹ К вопросу о дискуссии в отношении совместимости доктрины учреждения и доктрины местонахождения со свободой выбора местонахождения согласно Договору о ЕС см. так же решения Суда ЕС по делам Сентрос, Уберзееринг и «Inspire Art» (Slg 1999, I-1459; Slg 2002, I-9919; Slg 2003, I-10155), а также BGHZ 154, 185; BGHZ 164, 148. К вопросу о состоянии дискуссии на данный момент см. *Leible/Hoffmann*, «Überseering» und das (vermeintliche) Ende der Sitztheorie, RIW 2002, 925; *Roth*, Internationales Gesellschaftsrecht nach Überseering, IPRax 2003, 117.

¹⁷² BGHZ 97, 269, 272 со ссылками на *Sandrocki Großfeld*.

¹⁷³ С точки зрения *Gloria*, in: *Ipsen* (сноска 137) § 24 Rn 23 «основной недостаток доктрины местонахождения...» заключается еще и в том, что «не учитывается, насколько

от того, какое гражданство имеет большинство участников предприятия. Эта доктрина является, как правило, невыгодной для предприятия¹⁷⁴. Поэтому она на данный момент применяется только в военное время¹⁷⁵.

Транснациональные корпорации часто заключают даже *договоры с государствами*, чтобы избежать применения общего национального права к их деятельности. Например, в отношении долгосрочных проектов, влияющих на общее экономическое развитие страны, в которой осуществляется деятельность корпораций, существуют определенные особенности (*economic development agreements*). Основой юридического подхода к составлению таких договоров является принцип территориального суверенитета. Еще Постоянная палата международного правосудия установила в решении по *делу о сербских займах*, что при отсутствии специальных соглашений между государством и иностранным предприятием к правоотношениям между ними применяется национальное право государства, в котором предприятие осуществляет свою деятельность¹⁷⁶. Однако она одновременно указала на то, что государственный суверенитет включает в себя полномочия по заключению специальных соглашений, в частности, с иностранными предприятиями.

Таким образом, возможны разные режимы регулирования: от полного подчинения национальному законодательству страны, в которой осуществляются инвестиции, что характерно для индустриальных государств, до всеобъемлющего соглашения об исключительном применении норм международного права¹⁷⁷. В международной *юридической практике* за последние пять десятилетий произошла метаморфоза правоотношений между

в национальном праве, на основании которого юридическое лицо приобрело правоспособность, местонахождение и используется в качестве привязки».

¹⁷⁴ В решении по делу «Барселона Трэкшн» (*Barcelona Traction*), ICJ Rep 1970, 3, 39, МСотклонил иск в ущерб участникам: не было признано право Бельгии на предъявление иска, поскольку предприятие было зарегистрировано в Канаде, несмотря на то что большинство долей принадлежали гражданам Бельгии. К другому результату пришел МС в решении по делу «Элеттроника Сикюла» (*Electronica Sicula (ELSI)*), ICJ Rep 1989, 15. См.: *Dolzer, Zur Bedeutung der ELSI-Entscheidung des Internationalen Gerichtshofs*, IPRax 3 (1992) 137f.

¹⁷⁵ Вышеуказанные национальные привязки могут привести к разным национальным принадлежностям одного предприятия. В этом случае международное право следует эффективной национальной принадлежности.

¹⁷⁶ ППМП, решение по делу о сербских займах, PCIJ, Series A, No 20, 41: «Любой договор, не являющийся договором между государствами как субъектами международного права, основан на национальном праве определенного государства» («Any contract which is not a contract between States in their capacity as subjects of international law is based on the municipal law of some country»). Вопрос материальной ответственности суд на затрагивал.

¹⁷⁷ Особенно в этой сфере регулирования очевидно, что отграничение международного права от национального права в практике международного экономического права является искусственными неадекватным.

развивающимися странами и транснациональными корпорациями¹⁷⁸. Основным импульсом для этого процесса явилось стремление транснациональных корпораций добиться наибольшей *правовой стабильности* на все время проведения проекта; если правительства часто сменяются, и соответственно, часто изменяется правопорядок, планирование экономической деятельности также оказывается под вопросом. В то время как юридическая практика в первые десятилетия после 1945 г. основывалась преимущественно на этих соображениях, положение начало изменяться с увеличением роли государственного суверенитета в развивающихся странах. Их требование «*неотъемлемого суверенитета над природными ресурсами*» отразилось, в частности, на правовых рамках долгосрочных взаимоотношений с транснациональными корпорациями. Сознание суверенитета, в особенности, проявилось в нефтяной промышленности в 1970-е гг., когда ОПЕК удалось существенно повысить цены на нефть за короткий срок. В то время как на этой стадии содержание переговоров сводилось к прерогативе государственного суверенитета, на следующей стадии, в 1980-е гг., эта позиция принципиально не изменилась, но часто модифицировалась с учетом *признания необходимости практического сотрудничества*, легитимных интересов транснациональных корпораций и необходимости применения гибкого регулирования к долгосрочным взаимоотношениям и сопровождалась дифференцированным развитием национального законодательства.

57 Эти разные подходы привели к тому, что в прошлом при *составлении конкретных договоров* возникли многочисленные модели, которые можно свести к нескольким основным структурным типам. Характерным являлось условие о применимом праве, согласно которому договоры подчинялись «общим правовым принципам», но эти принципы в договоре не определялись, несмотря на то что в национальном праве развивающихся стран не было соответствующих положений. Еще на ранней стадии корпорации выдвинули требование о включении прямой ссылки на международное право: при помощи указания в договоре на международное право и соглашения о подсудности международному арбитражу в случае разногласий должна была быть ликвидирована зависимость от непредсказуемого развития национального права. Соответствующие условия устанавливались частично для всего договора, частично для отдельных аспектов, в особенности для размера компенсации при экспроприации.

¹⁷⁸ Подробнее см.: *El-Koshi*, The Particularity of the Conflict Avoidance Methods Pertaining to Petroleum Agreements, ICSID R-FILJ 11 (1996) 272ff; *Delaume*, The Proper Law of State Contracts Revisited, ICSID R-FILJ 12 (1997) 1ff; *Bernardini*, The Renegotiation of Investment Contracts, ICSID R-FILJ 13 (1998) 411ff; *Leben*, La théorie du contrat d'Etat et l'évolution du droit des investissements, RdC 302 (2003) 197ff; *Dolzer/Schreuer*, Principles, 72ff.

Квалификация таких договоров с догматической точки зрения всегда являлась сложным вопросом. Их отнесение к категории международных договоров противоречит основному принципу квалификации, согласно которому частные лица, в принципе, не могут являться стороной международных договоров. Чтобы обойти эту проблему, была предпринята попытка обосновать ограниченную правоспособность частных лиц в международном праве именно в таких случаях¹⁷⁹. Эта теория была подвергнута критике, поскольку согласие отдельного государства не может являться основанием для признания (пусть даже частичной) правоспособности в международном праве другой договаривающейся стороны, являющейся частным лицом¹⁸⁰; однако применение международного права по аналогии исходя из воли сторон достаточно обосновано¹⁸¹. Но таким образом нельзя решить основную проблему. *Указание на международное право как часть договора подчиняется национальному праву, что содержит угрозу одностороннего изменения условий государством, заключившим договор. При этом должен учитываться принцип добросовестности.*

В поисках альтернативных концепций регулирования, равноценных с функциональной точки зрения, в этой связи стали часто использоваться условия о стабильности¹⁸². *Эти условия основывались на принципе, согласно которому, с одной стороны, в большей степени признается государственный суверенитет страны, в которой осуществляются инвестиции, но, с другой стороны, стабильность применяемого права достигается посредством «замораживания правового регулирования» для партнера по договору: право, действующее на момент заключения договора, должно действовать в течение всего срока действия договора. Иногда такие условия применялись только к налоговому праву, реже к трудовому и социальному праву. В отношении действия во времени и дифференцированного подхода к предпрятию и его иностранным сотрудникам при свободном*

¹⁷⁹ 179 Böckstiegel, Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen, 1971; арбитр Р. Дюпюи в арбитражном решении по делу о ливийской нефти, Тексас Оверсиз Петролеум и Калифорния Эзизитик Ойл (Texas Overseas Petroleum Co. & California Asiatic Oil Co.) против Ливии, ILM 17 (1978) 1ff. Мнение об однозначном признании интернационализации посредством полного исключения национального права разделили не все арбитры. К вопросу об арбитражных решениях по делам о ливийской нефти см. также: Greenwood, State Contracts in International Law, BYBIL 53 (1982) 27ff.

¹⁸⁰ Heintschel v Heinegg, in Ipsen (сноска 137) § 9 Rn 11. — Менее убедительными являются аргументы о территориальном суверенитете государства регистрации и о принципе *peracta sunt servanda*.

¹⁸¹ Heintschel v Heinegg, там же, Rn 12f.

¹⁸² См.: Weil, Les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique, FS Rousseau, 1974, 301ff; Paasivirta, Internationalization and Stabilization of Contracts versus State Sovereignty, BYBIL (1989) 315ff; Faruque, Validity and Efficacy of Stabilization Clauses, J Int Arbitrat 23 (2006) 317ff.

*трансферте валюты также существовали различные подходы к регулированию. Все эти подходы в равной степени связаны с вопросом об их юридической эффективности: насколько они действительно предотвращают изменение законодательства государством, в котором осуществляются инвестиции*¹⁸³?

60 Фаза роста взаимного учета интересов государства и частных лиц и связанное с этим уменьшение роли суверенитета за последние два десятилетия в договорной практике транснациональных корпораций выразилась в том, что правила международного права в различной форме были признаны как дополнение и коррективы принципа применения национального права государства, в котором осуществляются инвестиции¹⁸⁴. В зависимости от ситуации эта концепция может быть обоснована принципом обязательного применения международного права на территории государства, в котором осуществляются инвестиции, согласно национальной конституции, а также волей сторон договора. В договорной практике стороны часто не могут принять решение о конкретном договорном регулировании в отношении иерархии правовых норм в случае конфликта между национальным и международным правом. Несмотря на связанную с этим неопределенность, первый опыт применения таких условий договора на практике был преимущественно позитивным для обеих сторон, хотя не все детали такого юридического оформления компромисса на данный момент изучены.

61 Другим важным аспектом новейшей договорной практики является признание *условий о пересмотре (renegotiation clauses)*. Это означает, что стороны непосредственно в инвестиционном договоре оговаривают, что в случае изменения ситуации в экономической, финансовой или правовой сфере они готовы вести переговоры о пересмотре в соответствии с принципом добросовестности и адаптировать договор к изменившейся ситуации. Установление конкретных обстоятельств, при наличии которых возникает обязанность вести переговоры о пересмотре, определение цели этих переговоров, а также отграничение роли сторон от роли судов или арбитража зависят от воли сторон; общепринятая практика еще не сформировалась. Часто договором устанавливается, что целью адаптации договора является сохранение «экономического равновесия между сторонами». Гибкость такого договорного регулирования позволяет признать суверенитет государства, на территории которого осуществляются инвестиции, возможность изменения политического, экономического

¹⁸³ См. арбитражное решение по делу *Аминоил*, ILM 21 (1982) 976ff; к этому вопросу см.: *Redfern*,

The Arbitration between the Government of Kuwait and Aminoil, BYBIL 55 (1984) 65ff.

¹⁸⁴ См. выше абз. 51.

и финансового фона договора и одновременно юридически признать легитимные интересы транснациональной корпорации при имплементации договора, возникающие в случае таких изменений; концепция легитимных ожиданий (*legitimate expectations*)¹⁸⁵, таким образом, связывает воднино противоположные концепции одностороннего утверждения суверенитета государством, на территории которого осуществляются инвестиции, и исключительной заинтересованности предприятия в правовой стабильности, т. е. в конечном итоге *суверенитета и правовой стабильности*. Применение таких условий на практике в ближайшие десятилетия покажет, насколько они действительно удовлетворяют минимальные требования к правовой стабильности и позволяют создать устойчивую правовую основу для долгосрочных договорных отношений. В любом случае, полезность международных инвестиционных договоров по-прежнему неоспорима.

С точки зрения развивающихся стран, транснациональные корпорации носят амбивалентный характер, причем в последнее время в большей степени подчеркиваются их достоинства. С одной стороны, инвестиции таких предприятий потенциально способствуют развитию: создание рабочих мест, развитие инфраструктуры, передача ноу-хау, концессионная плата. С другой стороны, государственное регулирование и политика не всегда могут эффективно применяться в отношении таких предприятий в силу их экономической и политической мощи. Иногда транснациональные корпорации предпринимают попытки вмешательства во внутреннюю политику государства, в котором осуществляются инвестиции¹⁸⁶. Поэтому неудивительно, что *проект кодекса поведения транснациональных корпораций*, который должен был установить баланс интересов между государствами, в которых осуществляются инвестиции, и предприятиями, до сих пор не принят¹⁸⁷; в рамках ОЭСР индустриальные государства в 2001 и 2011 гг. изменили и расширили Руководящие принципы для транснациональных корпораций 1976 г.¹⁸⁸ Таким образом, правовой статус транснациональных корпораций остается на повестке дня международного права и в XXI в. Спорным также остается

62

¹⁸⁵ *Dolzer*, New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property, AJIL 75 (1981) 553 (579f); *Dolzer/Schreuer*, Principles, 133ff.

¹⁸⁶ Известным примером является ситуация в Чили перед свержением президента *Альенде*.

¹⁸⁷ См.: *Murphy*, Taking Multinational Corporate Codes of Conduct to the Next Level, Colum J Transnat «L 43 (2005) 389ff; *Strohscheidt*, UN-Normen zur Unternehmensverantwortung?, VN53(2005) 138ff; *Stiglitz*, Regulating Multinational Corporations, AMUILR 2008, 451 ff.

¹⁸⁸ Руководящие принципы опубликованы в ILM 40 (2001) 237ff; OECD (Hrsg), OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2011; см. также: *Heinemann*, Business Enterprises in Public International Law, in: Fastenrath et al (Hrsg), From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Bruno Simma, 2011, 718ff.

вопрос о том, насколько необходимо глобальное соглашение об обязательных международных социальных¹⁸⁹ и экологических¹⁹⁰ стандартах.

4. Система всемирной торговли

а) Инструменты свободной всемирной торговли: ГАТТ и ВТО

- 63 *Генеральное соглашение о тарифах и торговле* ГАТТ (General Agreement on Tariffs and Trade) было результатом ряда международных конференций после Второй мировой войны, направленных на реорганизацию всемирной торговой и валютной системы. В то время как Гаванская хартия 1948 г.¹⁹¹, содержащая подробные правила в отношении торговли, конкуренции, политики помощи развивающимся странам и рынка труда, не была принята, в частности, вследствие того, что она была отвергнута Конгрессом США, в 1947 г. удалось подписать ГАТТ, регулирующее, по крайней мере, материально-правовые аспекты. Впоследствии договаривающиеся стороны учли необходимость дальнейшей либерализации и приняли более подробное регулирование в рамках ГАТТ, практически полностью исчерпав и расширив сферу его действия. Организационная структура имплементации ГАТТ, которая изначально была рудиментарной, была приближена к статусу международной организации. В рамках раундов переговоров по международной торговле постепенно снижались таможенные пошлины, а затем и торговые барьеры.
- 64 За последние десятилетия правила ГАТТ в отношении торговли только частично соблюдались на практике; также редко применялись санкции для принуждения к соблюдению этих правил¹⁹². В 1994 г. в рамках Уругвайского раунда¹⁹³ была достигнута цель, не достигнутая сразу после Второй

¹⁸⁹ Подкомитет Комиссии ООН по правам человека принял 13.8.2003 «Нормы об ответственности транснациональных корпораций и других предприятий в связи с правами человека. Эти нормы являются неимперативными стандартами поведения транснациональных корпораций, см.: Doc E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.1. К этому вопросу см.: *Fastenrath, Die Verantwortlichkeiten transnationaler Unternehmen und anderer Wirtschaftsunternehmen im Hinblick auf die Menschenrechte*, in von Schorlemer (Hrsg), «Wir, die Völker (...)» — Strukturwandel in der Weltorganisation, 2006, 69ff. В 2011 г. специальный представитель ООН подготовил доклад о Руководящих принципах предпринимательской деятельности с точки зрения прав человека.

¹⁹⁰ См.: *Böttger; Die Umweltpflichtigkeit von Auslandsdirektinvestitionen im Völkerrecht*, 2002.

¹⁹¹ Опубликована в: *Deutsches Handels-Archiv 1949*. См.: *Wilcox, A Charter for World Trade, 1949*; v. *Mickwitz, Die Welthandels-Charta, EA 1948, 1547ff.*

¹⁹² См.: *Kopke, Rechtsbeachtung und -durchsetzung in GATT und WTO, 1997.*

¹⁹³ Название раунда связано с тем, что восьмой раунд переговоров по ГАТТ, закончившийся в 1993 г., был открыт в 1986 г. на морском курорте Пунта-дель-Эсте в Уругвае Конференцией министров. О проблемах в ходе переговоров см.: *May, Die Uruguay-Runde, 1994, 16ff.*

мировой войны: создание *Всемирной торговой организации*¹⁹⁴, всеобъемлющего кодекса, регулирующего все аспекты международной торговли, и эффективной системы разрешения разногласий согласно марракешскому *Соглашению об учреждении Всемирной торговой организации* (World Trade Organization — WTO) и двадцати международным соглашениям, из которых шестнадцать (ГАТТ, ГАТС, ТРИПС и дополнительные соглашения по специальным вопросам) действуют в отношении всех членом WTO («многосторонние»), а четыре оставшихся, в отношении государств, подписавших эти соглашения («плюрилатеральные»). Из последних четырех соглашений на сегодняшний день действуют только соглашение по торговле гражданской авиатехникой и соглашение по правительственным закупкам. Пересмотренная редакция ГАТТ («ГАТТ 1994») была включена в эту систему соглашений¹⁹⁵, вступившую в силу 1.1.1995¹⁹⁶. В отличие от ГАТТ 1947, комплекс соглашений WTO следует принципу «единого соглашения» (*single undertaking approach*). Государства, желающие стать членами соглашений, могут только ратифицировать основные соглашения в комплексе (*en bloc*) или отказаться от вступления в WTO¹⁹⁷. После того как Конференция министров в Сिएтле (США) в ноябре 1999 г. не привела к желаемому результату, через два года в Дохе (Катар) была достигнута договоренность о проведении нового раунда переговоров¹⁹⁸. Время покажет, насколько новый раунд увенчается успехом¹⁹⁹. После того как было объявлено, что раунд завершился безрезультатно²⁰⁰, переговоры были продолжены в 2011 г. Однако до сих

¹⁹⁴ См.: *Senti*, WTO, 2000, 15ff; *Benedek* (сноска 45) 69ff.

¹⁹⁵ Всемирный торговый порядок теперь имеет три основы: ГАТТ, ГАТС и ТРИПС; он дополняется четырьмя плюрилатеральными соглашениями и объединяется посредством WTO.

¹⁹⁶ BGBI 1994 II, 1438 (Закон ФРГ о трансформации в национальное право); соглашения WTO: BGBI 1994 II, 1625. Сборник наиболее важных правовых актов см.: *Tietje*, WTO, 2009. Введение в право WTO: *Senti*, Welthandelsorganisation (WTO) in a Nutshell, 2009. Подробный обзор всемирного торгового права см.: *Hilf/Oeter* (Hrsg), WTO-Recht; *Senti* (сноска 194); *Stoll/Schorkopf* (сноска 45); *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, The World Trade Organization, 3. Aufl 2011; *Trachtman*, The Constitutions of the WTO, JWT 40 (2006) 623ff; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Welthandelsrecht. К вопросу об истории создания см.: *Hudec*, Enforcing International Trade Law, 1993. Дополнительную литературу см.: *Hauser/Schanz*, Das neue GATT, 1995; *Petersmann*, Towards the «Constitutionalization» of the Bretton Woods System Fifty Years after its Foundation, FS Bernhardt, 1995, 1087 (1107ff); *Beise*, Vom alten zum neuen GATT, in: Graf Vitzthum (Hrsg), Europäische und Internationale Wirtschaftsordnung aus der Sicht der Bundesrepublik Deutschland, 1994, 179ff.

¹⁹⁷ См.: *Oppermann*, Die Europäische Gemeinschaft und Union in der Welthandelsorganisation (WTO), RIW 1995, 919ff.

¹⁹⁸ Дохийская декларация от 14.11.2001, WT/MIN(01)/DEC/1.

¹⁹⁹ См. сноску 91.

²⁰⁰ Handelsblatt, 22.6.2007, Welthandelsrunde offenbar am Ende, 7.

пор конфликт интересов и стратегий между США и странами с переходной экономикой не удалось разрешить.

ГАТТ/ВТО и принципы международной торговли

- 65 Международный торговый оборот увеличился в несколько раз после окончания Второй мировой войны. Об этом свидетельствует, в частности, количество государств-членов ВТО. В то время как сторонами бреттон-вудского соглашения 1948 г. были только 23 государства, марракешские соглашения подписали 111 государств²⁰¹. Центральным элементом всемирного торгового порядка на сегодняшний день является комплекс соглашений ГАТТ/ВТО²⁰². Согласно приложению 1 А к Соглашению о ВТО в этот комплекс входят, кроме текста «ГАТТ 1947» в актуальной редакции²⁰³ и связанных с ним международных соглашений, ряд договоренностей (*understandings*) Уругвайского раунда об интерпретации различных норм ГАТТ, а также Марракешский протокол. Таким образом, в отношении всемирной торговли действует ряд принципов. Их целью является либерализация до сих пор не полностью свободной всемирной торговли и обеспечение равных возможностей для торговых партнеров. Принципы являются обязательными только для государств-членов; индивиды, как правило, не могут основать на этих принципах свои правовые претензии²⁰⁴. *Непосредственное* действие принципов ГАТТ в ЕС и государствах-членах ЕС по-прежнему является спорным²⁰⁵.

²⁰¹ См.: *Senti*, GATT-WTO. Die neue Welthandelsordnung nach der Uruguay-Runde, 1994, 21 ff.

²⁰² См. выше сноску 196.

²⁰³ См.: *Moore*, The Decisions Bridging the GATT 1947 and the WTO Agreement, AJIL 90 (1996) 317 ff.

²⁰⁴ Однако в Постановлении ЕС о торговых барьерах закреплена процедура подачи заявления в Европейскую комиссию об установлении возможных нарушений правил международной торговли (VO [EG] Nr 3286/94 des Rates v 22.12.1994, ABI EG 1994, Nr L 349/71); см.: *Cascante*, Rechtsschutz von Privatrechtssubjekten gegen WTO-widrige Maßnahmen in den USA und in der EG, 2003.

²⁰⁵ См. решение суда ЕС от 23.11.1999 о прямом действии ГАТТ (RsC-149/96, Португалия против Европейского совета); примечание к этому решению *Egli/Kokott*, AJIL 94 (2000) 740; кроме того, решение суда ЕС от 2.5.2001 (RsC-307/99, «OGT Fruchthandelsgesellschaft mbH» и от 1.3.2005 (RsC-377/02, «VanParys»). К вопросу об ответственности ЕС за нарушение права ВТО см. решения Европейского суда первой инстанции от 11.1.2002 (RsT-174/00, «Biret International SA»), от 3.2.2005 (RsT-19/01, «Chiquita Brands») и от 14.12.2005 (RsT-69/01, «FIAMM»), а также решение суда ЕС в апелляционной инстанции от 30.9.2003 (RsC-93/02, «BiretII»). См. также *Meng*, Gedanken zur Frage der unmittelbaren Anwendung von WTO-recht in der EG, FS Bernhardt, 1995, 1063 ff; *Petersmann*, Darf die EG das Völkerrecht ignorieren?, EuZW 1997, 325 ff; *Cottier*, A Theory of Direct Effect in Global Law, FS Ehlermann, 2002, 99 ff; *Hörmann/Göttsche*, Die Haftung der EG für WTO-Rechtsverletzungen, RIW 2003, 689 ff; *Weiß*, Zur Haftung der EG für die Verletzung des WTO-Rechts, EuR 2003, 1077 ff; *Griller*, Europarechtliche Grundfragen der Mitgliedschaft in der WTO, FS Fischer, 2004, 53 ff; *Mögele*, Die Rechtswirkungen von WTO-Bestimmungen in der

В целом в правовой системе ГАТТ можно выделить семь прямых или косвенных *принципов*: принципы наибольшего благоприятствования и недискриминационности, взаимности, особого учета экономических потребностей развивающихся стран (солидарности), сбалансированности прав и обязанностей, государственной ответственности за ущерб, нанесенный в результате правомерной экономической деятельности, добросовестной торговли (*fair trade*, направленный в основном против демпинга и субсидий), а также мирного урегулирования споров²⁰⁶.

Основным является рассмотренный выше принцип *наибольшего благоприятствования* (ст. I)²⁰⁷. Если одно государство предоставляет другому государству, независимо от того, является ли оно членом ВТО, торговые преференции, оно должно, в принципе, предоставлять их всем остальным членам ВТО «немедленно и безусловно». Таким образом, должны быть созданы равные условия для конкуренции всех государств на международных рынках, причем допустимы исключения для экономически слабых государств²⁰⁸. Другим, более значительным исключением являются *таможенные союзы* и *зоны свободной торговли* (абз. 5 ст. XXIV)²⁰⁹, на которые условие о наибольшем благоприятствовании не распространяется. Эта схема противоречит целям ГАТТ/ВТО с той точки зрения, что таможенные союзы и зоны свободной торговли способствуют устранению торговых ограничений в их пределах, но одновременно укрепляют торговые барьеры «снаружи»; наиболее известным выражением в этой связи является «крепость-Европа».

Gemeinschaftsrechtsordnung, FS Schmidt, 2006, 129 ff; *Steinberger*, The WTO Treaty as a Mixed Agreement, EJIL 17 (2006) 837ff; *Antoniadis*, The European Union and WTO Law, WTR 2007, 45 ff; *Proelß*, WTO Regulations and European Community Law, in Chirathivat/Knippling/Ryan/Welfens (Hrsg), The EU and ASEAN Facing Economic Globalization, 2007, 193 ff; *Hilpold*, Die EU im GATT/WTO System, 2009; к вопросу о прямом действии решений Органа по разрешению споров (Dispute Settlement Body) в ЕС см.: *Tancredi*, On the Absence of Direct Effect of the WTO Dispute Settlement Body's Decisions in the EU Legal Order, in: Cannizzaro/Palchetti/Wessel (Hrsg), International Law as Law of the European Union, 2012, 249ff; zur dezentralen Durchsetzung des WTO-Rechts in der Europäischen Union s *Heidfeld*, Die dezentrale Durchsetzung des WTO-Rechts in der Europäischen Union, 2012.

²⁰⁶ См.: *Benedek* (сноска 45) 51ff.

²⁰⁷ Абз. 1 ст. I ГАТТ: «В отношении таможенных пошлин и сборов всякого рода, налагаемых на ввоз и вывоз или в связи с ними или налагаемых на международный перевод платежей за импорт или экспорт, в отношении метода взимания таких пошлин и сборов, в отношении всех правил и формальностей в связи с ввозом и вывозом и в отношении всех вопросов, указанных в абз. 2 и 4 ст. III любое преимущество, льгота, привилегия или освобождение, предоставляемые любой договаривающейся стороной любому товару, происходящему из или предназначенному для любой другой страны, должны немедленно и безусловно предоставляться аналогичному товару, происходящему из или предназначенному для территорий других договаривающихся сторон».

²⁰⁸ К этому вопросу см. выше абз. 20 и след. и абз. 78 и след.

²⁰⁹ См. ниже абз. 93 и след.

Особенно в связи с тем, что переговоры Дохийского раунда до сих пор не завершены, увеличилось количество двусторонних и региональных торговых соглашений. Регионализация создает опасность ограничения глобальной либерализации, достигнутой при помощи ГАТТ²¹⁰, а также дальнейшей дифференциации правил торговли (*spaghetti bowl effect*)²¹¹. Таким образом, существует угроза раздробления и ослабления международного торгового права²¹².

68 Принцип наибольшего благоприятствования дополняется принципом национального режима (абз. 4 ст. III)²¹³. Этот принцип нашел свое выражение в абз. 1 ст. I, ст. III, а также в ст. XIII ГАТТ²¹⁴. Согласно этому принципу импортные или экспортные ограничения, например, количественные ограничения торгового оборота (см. ст. XI), допускаются только в том объеме, в котором они действуют в отношении третьих государств. Принцип *взаимности*²¹⁵, прямо упомянутый в Преамбуле ГАТТ/ВТО, практически не может быть осуществлен в действительности, поскольку торговые партнеры как раз стремятся к тому, чтобы получить торговые или конкурентные преимущества. Поэтому из принципа взаимности можно вывести только требование «честной игры» (*fair play*) как выражение принципа добросовестности.

69 Предметом принципа допустимости только тарифных ограничений (*Tariffs only*) является ограничение торгово-политических защитных мер таможенными пошлинами и запрещение нетарифных торговых ограничений. Вследствие достигнутого в рамках раундов ГАТТ понижения таможенных пошлин возросла роль нетарифных торговых ограничений во всемирной торговле. Поскольку разные формы нетарифных ограничений существенно отличаются друг от друга, их трудно контролировать²¹⁶. В отдельных случаях они носят характер злоупотреблений; особенно это касается процедурных правил и технических норм. Однако запрещение нетарифных ограничений не является абсолютным. Например, в принципе, запрещены только количественные ограничения экспорта и импорта (абз. 1 ст. XI). Принцип

²¹⁰ См.: *Meng*, Die Doha Runde — eine unendliche Geschichte, in Giegerich (Hrsg), Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise, 2011, 155 (165f).

²¹¹ К понятию «эффект миски со спагетти» («spaghetti bowl effect») см.: *Bhagwati*, U.S. Trade Policy: The Infatuation with Free Trade Agreements in ders/Krueger (Hrsg), The Dangerous Drift to Preferential Trade Agreements, 1995; к вопросу о дифференциации правил торговли см.: *Leal-Arcas*, Proliferation of Regional Trade Agreements: Complementing or Supplanting Multilateralism?, Connecticut JIL 11 (2010–2011) 597ff.

²¹² См.: *Delimatis*, The Fragmentation of International Trade Law, JWT 45 (2011) 87ff. См. также ниже абз. 93.

²¹³ См. выше абз. 23 и след.

²¹⁴ Подробнее см.: *Tietje*, Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung, 1998, 263ff.

²¹⁵ См. выше абз. 26 и след.

²¹⁶ Перечень см.: *Aufflistung bei Senti* (Fn 194) 236ff. См.: *Malacrida*, Towards Sounder and Fairer WTO Retaliation, JWT 42 (2008) 3ff.

добросовестной торговли (*fair trade*) направлен против любых ограничений конкуренции, в особенности против таких ограничений, которые связаны с государственными субсидиями или с демпингом, применяемым преимущественно частными предприятиями. Этот принцип действует также в отношении антидемпинговых мер и мер, направленных на отмену или ограничение субсидий²¹⁷.

Система соглашений ВТО

После Второй мировой войны было очевидно, что существует потребность в создании нового порядка мировой торговли. В 1948 г. не удалось создать международную торговую организацию на основании Гаванской хартии вследствие блокады со стороны США. В качестве рудимента изначально запланированной международной торговой организации было принято соглашение ГАТТ 1947. Этот временный режим оставался в силе до 1994 г. Основные принципы ГАТТ 1947 — принцип недискриминационности и принцип наибольшего благоприятствования, сегодня являются важными принципами права ВТО. *Всемирная торговая организация* (ВТО) «обеспечивает общие институциональные рамки для осуществления торговых отношений между ее членами в вопросах, относящихся к соглашениям и связанным с ними правовым документам, включенным в Приложения к настоящему Соглашению <о ВТО>» (абз. 1 ст II Соглашения о ВТО). Соглашение о ВТО наряду с ГАТТ 1994, которое является частью системы соглашений ВТО, и другими соглашениями являются единым сводом норм о международных торговых отношениях. ВТО одновременно является торговой организацией и международным форумом для проведения переговоров. В отличие от ГАТТ 1947, ВТО является международной организацией, имеющей статус юридического лица (абз. 1 ст. VIII). Вступая в ВТО, государства-члены становятся договаривающимися сторонами всех заключенных под ее эгидой соглашений и договоренностей, которые в качестве приложений являются составной частью Соглашения о ВТО. Таким образом, недостаточно развитая организационная структура ГАТТ преодолена. К функциям ВТО относятся, прежде всего, имплементация и развитие системы соглашений (см. ст. III)²¹⁸.

В рамках системы соглашений ВТО большое значение приобрело *урегулирование споров*. ГАТТ 1947 содержал только рудиментарные положения по этому вопросу; урегулирование споров относилось к компетенции сторон договора (ст. XXIII), причем на практике сначала запрашивалось

²¹⁷ Подробнее см. *Stoll/Schorkopf* (сноска 45) Rn 220ff; *Tietje*, Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung, 1998, 287ff; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Welthandelsrecht, Rn 507ff.

²¹⁸ Схему структуры ВТО см.: *Strukturschema der WTO bei Petersmann* (сноска 196) 1114; к вопросу о месте в системе права см.: *Stoll*, Die WTO: Neue Welthandelsorganisation, neue Welthandelsordnung, ZaöRV 54 (1994) 257ff.

заклучение третейской группы (*panel*) по спорному вопросу. Поскольку до 1994 г. для вступления в силу доклада третейской группы было необходимо согласие обеих сторон, механизм ГАТТ по урегулированию споров являлся неэффективным инструментом; часто встречались как разные формы нарушений договора, так и неиспользование существующих возможностей оспаривания²¹⁹. Согласно праву ВТО (Договоренность о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров)²²⁰ признание сторонами спора более не требуется. Доклад третейской группы не вступает в силу только тогда, когда договаривающиеся стороны ГАТТ в рамках процедуры консенсуса не признают его: стороны спора имеют право оспорить доклад только в рамках *апелляции* (абз. 4 ст. 16 Договоренности). Решение Апелляционного органа (*Appellate Body*, ст. 17) придает процедуре характер *арбитража*. Процедура урегулирования споров ВТО распространяется также на услуги и интеллектуальную собственность. Большое количество обращений для урегулирования споров после создания новой системы говорит о том, что, несмотря на некоторые недостатки, процедура за короткое время получила широкое признание.

Демпинг/Антидемпинг

- 72 Основным положением ГАТТ о *демпинге*²²¹ является абз. 1 ст. VI ГАТТ. Согласно этому положению демпинг имеет место, если цена экспортируемого товара при обычном ходе торговли ниже нормальной цены на аналогичный

²¹⁹ См.: *Kopke*, Rechtsbeachtung und -durchsetzung in GATT und WTO, 1997, 243ff.

²²⁰ BGBl 1994 II, 1598f (на английском языке) и 1749 (на немецком языке). К вопросу о процедуре см.: *Pescatore/Davey/Lowenfeld*, Handbook of GATT/WTO Dispute Settlement (2 Bde, Loseblattslg), 1995; *Petersmann*, International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System, 1997; *Sittmann*, Das Streitbeilegungsverfahren der World Trade Organization, RIW 1997, 749ff; *Schloemann/Ohlhoff* «Constitutionalization» and Dispute Settlement in the WTO, AJIL 93 (1999) 424ff; *Vermulst/Mavroidis/Waer*, The Functioning of the Appellate Body after Four Years, JWT 33 (1999) Nr 2, 1ff; *Ruffert*, Der Entscheidungsmaßstab im WTO-Streitbeilegungsverfahren, ZVglRWiss 100 (2001) 304ff; *Oesch*, Standards of Review in WTO Dispute Resolution, JIEL 6 (2003) 635ff; *Schollendorff*, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Spruchpraxis des Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO), 2005; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Welthandelsrecht, § 10; *Wolfrum/Stoll/Kaiser* (Hrsg.), WTO-Institutions and Dispute Settlement, 2006; по актуальным решениям в рамках урегулирования споров ВТО см.: *Krallmann*, WTO Dispute Settlement — Current Cases, EYIEL 3 (2012) 577ff.

²²¹ Введение в тематику см. *Nettesheim*, Ziele des Antidumping- und Antisubventionsrechts, 1994; *Hoekman/Mavroidis*, Dumping, Antidumping and Antitrust, JWT 30 (1996) Nr 1, 27 (31ff); *Vermulst/Driessen*, New Battle Lines in the Anti-Dumping War, JWT 31 (1997) Nr 3, 135ff; *Vermulst/Komuro*, Anti-Dumping Disputes in the GATT/WTO, JWT 31 (1997) Nr 1, 5ff; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Welthandelsrecht, Rn 645ff. К вопросу об антидемпинговом праве ЕС и особенно о соотношении между антидемпинговым и антимонопольным правом ЕС см. *Wessely*, Das Verhältnis von Antidumping- und Kartellrecht in der Europäischen Gemäßinschaft, 1999.

товар, предназначенный для потребления в экспортирующей стране, и вследствие этого причиняется существенный ущерб промышленности на территории импортирующего государства. Таким образом, для установления демпинга, как правило, необходимо провести сравнение цен; при этом должна быть установлена разница между ценой товара на внутреннем рынке и экспортной ценой. Однако ст. VI ГАТТ не содержит информации о том, как должны вычисляться цены, которые необходимо сравнить, и какие конкретные товары должны или могут учитываться при сравнении²²². Более подробное регулирование содержится в Соглашении по применению ст. VI ГАТТ 1994 г.²²³, которое существенно ограничивает сферу применения демпинговых мер.

ГАТТ предусматривает императивные положения для *антидемпинговых мер*, осуществляемых на национальном и наднациональном уровне. Соответствующие положения регулируют в первую очередь борьбу с демпингом. Она имеет большое значение для всемирной торговли и на практике также может приобретать протекционистский характер²²⁴. 73

ГАТТ не запрещает демпинг и субсидии как таковые. Согласно абз. 1 ст. VI ГАТТ демпинг подлежит устранению как проявление «недобросовестной конкуренции»²²⁵. Для этого государствам предоставляются механизмы борьбы с демпингом. В случае ограничения конкуренции вследствие демпинга ГАТТ предусматривает *право государств вводить антидемпинговую пошлину* в размере, не превышающем «демпинговой маржи» (абз. 2 ст. VI ГАТТ). Предпосылки для осуществления таких мер были конкретизированы и ограничены в рамках Уругвайского раунда. В целом, согласно абз. 1 ст. VI ГАТТ государства-члены соглашения не обязаны запрещать экспорт товаров по ценам ниже рыночных; однако могут быть введены ответные меры в форме антидемпинговых пошлин, если наносится ущерб рынку страны-импортера. В то время как ранее антидемпинговые меры являлись прерогативой индустриальных государств (США, ЕС, Австралия и Канада), после завершения Уругвайского раунда такие меры стали все чаще применяться на практике развивающимися странами²²⁶. В настоящее время 74

²²² *Schoch*, Unbestimmte Rechtsbegriffe im Rahmen des GATT, 1994, 114f.

²²³ Соглашение по применению ст. VI ГАТТ от 15.4.1994 (Соглашение об антидемпинге) опубликовано в *Tietje*, WTO, 2003, 144. Подробнее см.: *Palmeter*, A Commentary on the WTO-Anti-Dumping Code, JWT 30 (1996) Nr 4, 43ff.

²²⁴ *Don/Xu/Liu*, Antidumping and the WTO, JWT 32 (1998) Nr 1, 19 (22).

²²⁵ В абз. 1 ст. VI закреплено, что «демпинг... должен подлежать осуждению, если он причиняет или угрожает причинить существенный ущерб отрасли промышленности, созданной на территории договаривающейся стороны, или существенно сдерживает создание отрасли отечественной промышленности».

²²⁶ Обзор в отношении применения антидемпинговых мер государствами-членами ВТО см.: *Miranda/Torres/Ruiz*, The International Use of Antidumping: 1987–1997, JWT 32 (1998) Nr 5, 5ff; обзор в отношении споров о применении антидемпинговых мер

дискутируется вопрос о том, насколько в соглашениях о зонах свободной торговли положения об антидемпинговых мерах следует заменить политическими мерами по защите конкуренции²²⁷.

Проблема субсидий в ГАТТ

- 75 Предоставление государственных субсидий является проблематичным в связи с потенциальным эффектом ограничения конкуренции. В отличие от демпинга, который применяется в основном частными предприятиями, субсидии являются *государственными выплатами* и, таким образом, формой *интервенции государства в экономику*. Согласно ГАТТ они, как правило, запрещены. Этот запрет в отношении экспортных субсидий закреплен в абз. 4 ст. XVI ГАТТ. Согласно абз. 3 ст. VI ГАТТ в качестве ответной меры для борьбы с субсидиями разрешается взимать компенсационные пошлины в течение не более пяти лет. На практике государственная поддержка экспорта постоянно растет. Например, развитие судостроения определяется, в существенной степени, не рыночными механизмами, а конкуренцией между экспортными субсидиями разных государств²²⁸. В самолетостроении государственные субсидии также играют большую роль, причем совместимость таких мер с правом ВТО является спорной. Уже много лет ведутся споры между Европейским союзом и США о государственных субсидиях, предоставляемых конкурирующим концернам Airbus и Боинг. В 2011 г. Апелляционный орган принял решение о том, что Airbus получил недопустимые государственные субсидии от Европейского союза, а также четырех государств-членов ЕС²²⁹. Через год Апелляционный орган подтвердил решение третейской группы 2011 г., согласно которому Боинг получил недопустимые субсидии от правительства США, вследствие чего конкуренту

и в отношении антидемпинговых мер в некоторых государствах см.: *He/Sappideen*, Mapping Anti-Dumping Disputes from 1995 to 2011: The Changing Pattern, JWIT 13 (2012) 125ff.

²²⁷ См.: *Nielsen/Kate*, Trusting Antitrust to Dump Antidumping, JWT 31 (1997) Nr 6, 29ff; *Vermulst*, Anti-dumping in the Second Millenium: The Need to Revise Basic Concepts, FS Jackson, 2000, 259ff.

²²⁸ *Scheffler*, Juristische Aspekte der Subventionsproblematik im GATT, RIW 1993, 401 (402); подробнее см.: *Bandtel*, Dumping in der Seeschiffahrt, 1999. К вопросу о развитии субсидий в ВТО см.: *Stoler*, The Evolution of Subsidies Disciplines in GATT and the WTO, JWT 44 (2010) 797ff

²²⁹ Доклад третейской группы ВТО от 30.6.2010, WT/DS316/R, и доклад Апелляционного органа ВТО от 18.5.2011, WT/DS316/AB/R, «Европейские сообщества и отдельные государства-члены Европейских сообществ — Меры в отношении торговли крупными воздушными судами»; к решению третейской группы см.: *McGivern*, Aircraft Subsidies and WTO Rules: The Airbus Decision, Air and Space Law 35 (2010) 305ff.

Боинга Airbus был нанесен существенный ущерб²³⁰. Вероятно, последуют новые арбитражные разбирательства по вопросу о том, насколько выполнение соответствующих решений осуществлено в соответствии с требованиями права ВТО.

Статья XVI ГАТТ, регулирующая субсидии, предусматривает *особый режим* для субсидий в отношении сырьевых товаров *в сельском хозяйстве*; согласно абз. 3 следует *только избежать* предоставления субсидий для экспорта сырьевых товаров (продукция сельского и лесного хозяйства, рыболовства, а также минеральное сырье). Однако предоставление субсидий для сырьевых товаров не должно приводить к тому, чтобы договаривающаяся сторона, предоставляющая субсидии, получила «большую, чем справедливую долю в мировом экспорте данного товара». Соглашения ВТО по сельскому хозяйству и по субсидиям содержат специальные положения о субсидиях в сельском хозяйстве. Особый режим для сельского хозяйства, которое в наибольшей степени подвергается государственному регулированию, связан с интенсивной поддержкой отечественного сельского хозяйства отдельными государствами²³¹. 76

*Соглашение ВТО по субсидиям и компенсационным мерам*²³² конкретизирует предпосылки разрешения субсидий и ответных мер. До завершения Уругвайского раунда проблема заключалась в том, что не существовало общепринятого определения понятия субсидии; в ст. 1 Соглашения по субсидиям и компенсационным мерам впервые введено подробное двухуровневое *определение понятия субсидии*²³³. Согласно этому определению можно исходить из существования субсидии, если оказывается финансовое содействие или иная форма поддержки доходов и цен со стороны правительства и, таким образом, предоставляется преимущество. Применительно к допустимости субсидий Соглашение о субсидиях проводит различие между запрещенными субсидиями, запретом на применение незапрещенных субсидий, если они вызывают неблагоприятные 77

²³⁰ Доклад третьей группы ВТО от 31.3.2011, WT/DS353/R, и доклад Апелляционного органа ВТО от 12.3.2012, WT/DS353/AB/R, «Соединенные Штаты Америки — Меры в отношении торговли крупными воздушными судами» (вторая жалоба) [дело США — крупные воздушные суда; комментарии к спору см.: *Kendler*; *Delayed Fight: The World Trade Organization Dispute Settlement Mechanism, Negotiation, and the Transatlantic Conflict over Commercial Aircraft*, BCICLR 35 (2012) 253ff.

²³¹ К вопросу о субсидиях ЕС в отношении сахара см.: *Reithmann*, *Welthandelsrecht und europäische Agrarpolitik*, ZEuS 2006, 99ff. См. также: *Ehlers/Wolffgang/Schröder*; *Subventionen im WTO- und EG-Recht*, 2006; общая информация о соглашении по сельскому хозяйству см.: McMahon (Hrsg), *Research Handbook on the WTO Agriculture Agreement*, 2012.

²³² Соглашение по субсидиям и компенсационным мерам (ССКМ) опубликовано в *Tietje*, WTO, 2003, 169.

²³³ *Grave*, *Der Begriff der Subvention im WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen*, 2002, 82ff; *Herrmann/Weiß/Ohler*, *Welthandelsrecht*, Rn 683ff.

последствия, и субсидиями, разрешенными в порядке исключения. Согласно ст. 3 субсидии запрещены, если они влияют на экспортную деятельность²³⁴ или на использование отечественных товаров вместо импортных. Субсидии, предусмотренные Соглашением ВТО по сельскому хозяйству²³⁵, являются прямым исключением из запрета. Вторая категория субсидий, «подлежащих оспариванию» и, следовательно, проверке в рамках процедуры урегулирования споров (ст. 5), связана с определенными неблагоприятными последствиями (*adverse effects*), которые следует предотвращать, например, нанесение ущерба промышленности государства-члена Соглашения, аннулирование или сокращение выгод, извлекаемых государствами-членами Соглашения из ГАТТ, или серьезное ущемление интересов другого государства-члена Соглашения; последнее имеет место, например, если общий объем субсидирования превышает 5% стоимости товара (абз. 1 ст. 6). К категории разрешенных субсидий в соответствии со ст. 8 относятся гранты на исследовательскую деятельность, помощь неблагополучным регионам в общих рамках регионального развития и содействие адаптации предприятий к новым экологическим требованиям.

Положения об исключениях

- 78** Включение положений о специфических исключениях в отдельные статьи и обширные общие положения об исключениях являлись важной предпосылкой для признания государствами-членами ВТО обязательств по ГАТТ²³⁶. Большое практическое значение имеет положение абз. 5 ст. XXV ГАТТ об освобождении от обязательств²³⁷. Согласно этому положению договаривающиеся стороны могут «в исключительных

²³⁴ Приложение I Соглашения по субсидиям и компенсационным мерам содержит перечень примеров запрещенных экспортных субсидий (например, предоставление прямых субсидий, освобождение от налогов и отчислений на социальное страхование, предоставление государственных гарантий). В марте 2000 г. Орган по разрешению споров (Dispute Settlement Body; ОРС) принял доклады третьей группы и Апелляционного органа, согласно которым налоговые льготы, предоставлявшиеся определенным экспортным предприятиям в США, квалифицировались как запрещенные экспортные субсидии («США — Режим налогообложения корпораций при продажах за рубеж (Foreign Sales Corporations FSC)»). На этом основании Европейские сообщества были уполномочены отменить торговые концессии, предоставленные США, в размере 4 млрд долларов США ежегодно (см.: WT/DS 108/ARB от 30.8.2002). Это была самая жесткая санкция за все время существования ВТО. 1.3.2004 Европейские сообщества установили постепенно возрастающие штрафные таможенные пошлины на определенные виды товаров из США (VO EG 2193/2003, AB1 EU 2003, Nr L 328/3). К этому вопросу см. *Carmichael*, Foreign Sales Corporations — Subsidies, Sanctions, and Trade, Vanderbilt J Transnat'l L 35 (2002) 151ff.

²³⁵ Опубликовано в: *Tietje*, WTO, 2003, 79.

²³⁶ См.: *Benedek* (сноска 45) 160ff; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Welthandelsrecht, Rn 741ff.

²³⁷ См. выше абз. 21.

обстоятельствах» освободить определенных членов соглашения от обязательств при одобрении большинством в две трети голосов (*waiver clause*) и разрешить этим членам соглашения принимать защитные меры²³⁸. Это положение сохранилось в ГАТТ 1994, однако теперь необходимо большинство в три четверти голосов и особое обоснование²³⁹. Все действующие освобождения (*waiver*) должны рассматриваться каждые два года²⁴⁰. Несмотря на то, что решения об освобождении согласно абз. 5 ст. XXV ГАТТ должны носить временный характер, инструмент освобождения в практике ГАТТ также использовался для того, чтобы создать *правовое основание для постоянного освобождения развивающихся стран (Generalized System of Preferences)* посредством введения определенных таможенных преференций²⁴¹.

Другое исключение регулируется положением о защитных мерах (*escape clause*) ст. XIX ГАТТ. Оно уполномочивает договаривающиеся стороны принимать *меры по защите отечественных производителей*, если существует опасность существенного ущерба. Эти полномочия зависят от определенных процедурных предпосылок. Соглашение ВТО по защитным мерам²⁴² предусматривает более строгие условия и более высокие требования к проверке их наличия. В дискуссии о том, насколько защитные меры могут применяться против всех или селективно против отдельных стран-экспортеров, был найден компромисс: селективные меры против отдельных стран-экспортеров запрещены; распределение квот между другими договаривающимися сторонами допустимо только при выполнении целого ряда жестких условий²⁴³. Защитные меры могут применяться не более четырех лет. Вследствие того, что ГАТТ установил жесткие условия, «теневые» защитные меры, прямо не указанные в ГАТТ, быстрый рост которых подвергался критике, были устранены²⁴⁴.

²³⁸ Herdegen, Wirtschaftsrecht, § 10 Rn. 37f.

²³⁹ См. абз. 3 ст. IX Соглашения о ВТО.

²⁴⁰ См.: «Договоренность об освобождении от обязательств согласно Генеральному соглашению о тарифах и торговле 1994», № 2 (опубликована в *Hummer/Weiß* (сноска 59) 801)). Просьба об освобождении от обязательства должна подаваться в установленном порядке; в частности, должны быть указаны причины, по которым государство-член ВТО не может достичь своих политических целей при помощи мер, не противоречащих ГАТТ. Абз. 3 ст. IX ГАТТ регулирует решение Конференции министров об освобождении от обязательства.

²⁴¹ См. выше абз. 21.

²⁴² Соглашение о защитных мерах от 15.4.1994, опубликовано в *Tietje*, WTO, 2009, 220. *Heselhaus*, Die Welthandelsorganisation, JA 1999, 76 (78).

²⁴³ К юридическим вопросам, связанным с «теневыми» мерами см.: *Beise/Oppermann/Sander* (сноска 78), см. также: *Benedek* (сноска 45) 181ff; *Hilpold*, Die Neuregelung der Schutzmaßnahmen im GATT/WTO-Recht und ihr Einfluss auf «Grauzonenmaßnahmen», ZaöRV 55 (1995) 89 ff.

- 80 Исключения, содержащиеся в ст. XXI ГАТТ, связаны с существенными интересами безопасности (*security exception*)²⁴⁵. Соответствующие меры могут применяться в отношении расщепляемых материалов или материалов, из которых они производятся, торговли оружием, боеприпасами и военными материалами, а также в военное время или в других чрезвычайных обстоятельствах в международных отношениях. Особенно последняя категория предоставляет широкие возможности установления привязки и интерпретации²⁴⁶.
- 81 Помимо исключений по соображениям безопасности, в ГАТТ содержатся иные общие исключения в ст. XX a–j, которые предваряет вводное положение (*chapeau*)²⁴⁷. Статистически государства особенно часто ссылаются на это положение для обоснования введения нетарифных торговых ограничений. В отличие от ст. XXV ГАТТ, ст. XX не содержит специальных положений о процедуре, при помощи которой можно было бы контролировать примененные меры, вследствие чего их применение и интерпретация в первую очередь контролируется третейскими группами ГАТТ. Согласно ст. XX ГАТТ государства-члены ВТО могут вводить меры по ограничению торговли независимо от договорных обязательств при определенных условиях. К таким мерам относятся меры по обеспечению публичного порядка, а также жизни и здоровья людей, животных и растений, меры по защите национальных культурных ценностей или по охране исчерпаемых природных богатств, а также по охране общественной морали (*public morals*), если подобные меры проводятся одновременно с ограничением внутреннего производства или потребления²⁴⁸. Все эти торговые ограничения не должны применяться способом, который может служить средством произвольной или неоправданной дискриминации в отношениях между странами,

²⁴⁵ См.: *Giardina*, The Economic Sanctions of the United States Against Iran and Libya and the GATT Security Exception, FS Seidl-Hohenveldern, 1998, 219ff; *Hahn*, Vital Interests and the Law of GATT, Michigan J Int'l L 12 (1991) 558ff; *ders*, Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie, 1996, 285ff; *Kuilwijk*, Castro's Cuba and the US Helms-Burton Act, JWT 31 (1997) Nr 3, 49ff.

²⁴⁶ См. также ниже абз. 87.

²⁴⁷ Подробнее к вопросу об общих исключениях из ГАТТ и ГАТС см. *Ayres/Mitchell*, General and Security Exceptions under the GATT and the GATS, in Carr/Bhuiyan/Alam (Hrsg), International Trade Law and the WTO, 2012.

²⁴⁸ К вопросу об исключениях, связанных с окружающей средой, в ст. XX ГАТТ: *Diem*, Freihandel und Umweltschutz in GATT und WTO, 1996; *Schoenbaum*, International Trade and Protection of the Environment, AJIL 91 (1997) 268 (273ff); к вопросу об исключении, связанном с публичным порядком (*ordre public*), в ст. XX ГАТТ см.: *Feddersen*, Der ordre public in der WTO, 2002. В связи со вступлением Китая в ВТО значение исключения, связанного с общественной моралью, возросло, к этому вопросу см., например, Доклад третейской группы ВТО от 12.8.2009, WT/DS363/R, и доклад Апелляционного органа ВТО от 21.12.2009, WT/DS363/AB/R, «Китай — Публикации и аудиовизуальная продукция».

в которых преобладают одинаковые условия, или скрытым ограничением международной торговли.

Помимо указанных исключений, система соглашений ГАТТ/ВТО содержит также специальные положения *о товарах*. Текстиль и одежда, которые были изначально исключены из сферы действия ГАТТ, были включены в новую редакцию ГАТТ в рамках системы соглашений ВТО на основании специального соглашения. В то время как Соглашение о международной торговле текстильными изделиями 1974 г. еще содержало положения о квотах и обязательства по самоограничению, в действующем соглашении о текстиле в рамках системы ВТО все торговые ограничения были постепенно отменены до 2005 г.²⁴⁹ В рамках *Соглашения по сельскому хозяйству* многочисленные нетарифные ограничения были трансформированы в таможенные пошлины, и пошлины были снижены²⁵⁰.

ГАТТ/ВТО и охрана окружающей среды

«Потенциальное противоречие между торговлей и охраной окружающей среды»²⁵¹ сохранилось и после Уругвайского раунда. Требования создать «Эко-ГАТТ»²⁵² не были одобрены. Статья XX (g) ГАТТ содержит общие *исключения в интересах экологии* только «для сохранения исчерпаемых природных ресурсов, если подобные меры проводятся одновременно с ограничением внутреннего производства или потребления». Соответствующие меры должны быть направлены преимущественно на защиту окружающей среды или быть необходимыми для нее. В этой связи является спорным, насколько к импортным товарам могут применяться ограничения «только» потому, что они производились в государстве происхождения при условиях, которые, возможно, представляли угрозу для окружающей среды. К торговым ограничениям в пользу окружающей среды, которые не связаны

²⁴⁹ См.: Соглашение по текстилю и одежде, опубликованное в *Hummer/Weiß* (сноска 59) 907ff; *Stoll/Schorkopf* (сноска 45) Rn 253ff. Однако и после 2005 г. продолжают действовать ограничения торговли текстильными товарами между ЕС и Китаем.

²⁵⁰ *Prieß/Pitschas*, in: *Prieß/Berrisch* (Hrsg), *WTO-Handbuch*, 2003, Kap B.1.2; *Stoll/Schorkopf* (сноска 45) Rn 243; O'Connor (Hrsg), *Agriculture in WTO-Law*, 2005.

²⁵¹ Уже в преамбуле Соглашения об учреждении ВТО противопоставляются цели, связанные с торговлей, и цели устойчивого развития, а также охраны и сохранения окружающей среды, см. также: *Gramlich*, *GATT und Umweltschutz*, AVR 4 (1995) 131 (141).

²⁵² См.: *Esty*, *Greening the GATT*, 1994; näher zum Verhältnis von Handel und Umweltschutz, *Beylerlin/Maruhn*, *International Environmental Law*, 2011, 423ff; *Epiney*, *Welthandel und Umwelt*, DVBl 2000, 77ff; *Helm*, *Sind Freihandel und Umweltschutz vereinbar?*, 1995; *Leirer*, *Rechtliche Grundfragen des Verhältnisses internationaler Umweltschutzabkommen zum GATT*, 1998; *Moncayo v. Hase*, *Umweltschutz im internationalen und regionalen Freihandel*, 1999; *Puth*, *WTO und Umwelt*, 2003; *ders*, *WTO und Umwelt*, in *Hilf/Oeter* (Hrsg), *WTO-Recht*, 549ff; *ders*, *WTO und Umwelt*, in: *Hilf/Oeter* (Hrsg), *WTO-Recht*, 549ff; *Trüeb*, *Umweltrecht in der WTO*, 2001.

с охраной здоровья населения или сохранением ограниченных ресурсов (например, дополнительным налогам на импортные товары, транспортируемые на большие расстояния, запретам на ввоз животных продуктов, произведенных с нарушением национальных защитных норм, или на ввоз банок для напитков)²⁵³, ст. XX ГАТТ ГАТТ применяется редко. Если в рекомендации третьей группы мера, связанная с охраной окружающей среды, будет объявлена противоречащей ГАТТ, государство на практике не будет опротестовывать решение²⁵⁴.

84 Изначально третейские группы ГАТТ применяли, в особенности к ст. XX (b) и (g) ГАТТ, связанным с охраной окружающей среды, ограничительное толкование. Принципу свободной торговли всегда отдавалось предпочтение перед требованиями охраны окружающей среды. В качестве примера можно привести дела об импорте тунца, точнее, о запрете США на импорт тунца, который вылавливался способом, наносящим ущерб окружающей среде²⁵⁵. Аналогичные проблемы были связаны с запретом США на импорт креветок для защиты определенных видов морских черепах²⁵⁶. В последнее время третейские группы ГАТТ придавали большее значение *охране окружающей среды и здоровья*. Например, в сентябре 2000 г. третейская группа установила, что запрет Франции на использование определенных асбестовых волокон не противоречит ст. XX (b) ГАТТ²⁵⁷. Апелляционный орган применил еще более широкий подход и обосновал его новым определением понятия «аналогичный продукт» (*like product*) в абз. 4 ст. III ГАТТ: ответ на вопрос, насколько два продукта являются «аналогичными», вследствие чего к одному из них не может применяться «менее благоприятный» режим, должен учитывать также риски для здоровья (в конкретном случае — содержание канцерогенов), поскольку они относятся к аспектам физических

²⁵³ Примеры см.: *Diem* (сноска 248) 24ff.

²⁵⁴ Обзор см., например, *Kopke*, Rechtsbeachtung und -durchsetzung in GATT und WTO, 1997, 243ff.

²⁵⁵ К вопросу о запрете США на импорт тунца в отношении Мексики: Доклад третейской группы ГАТТ «США — Ограничения на импорт тунца» от 16.8.1991, ILM 30 (1991) 1598ff; к вопросу о споре между ЕС и США: Доклад третейской группы ГАТТ «США — Ограничения на импорт тунца» от 16.6.1994, ILM 33 (1994) 839ff. Подробнее о делах об импорте тунца см.: v. *Bogdandy*, Internationaler Handel und nationaler Umweltschutz, EuZW 1992, 243ff; *Kingsbury*, The Tuna-Dolphin Controversy, YIEL 5 (1994) 1 (11ff); *Diem* (сноска 248) 112ff.

²⁵⁶ Доклад третейской группы ВТО «США — Запрет на импорт определенных креветок и продуктов из креветок» от 15.5.1998, WT/DS 58/R; доклад Апелляционного органа ВТО от 12.10.1998, WT/DS 58/AB/R. Подробнее см.: *Cone*, The Appellate Body, the Protection of Sea Turtles and the Technique of «Completing the Analysis», JWT 33 (1999) Nr 2, 51ff; *Howse*, The Turtles Panel, JWT 32 RIW 2000, 88 (93ff); *Mavroidis*, Trade and Environment after the Shrimps-Turtles Litigation, JWT 34(2000) 73ff.

²⁵⁷ Доклад третейской группы ВТО «ЕС — Меры в отношении асбеста и асбестосодержащих продуктов» от 18.9.2000, WT/DS 135/R.

качеств продукта. Следовательно, не был нарушен абз. 4 ст. III ГАТТ; одновременно Апелляционный орган утвердил доклад третьей группы в отношении ст. XX (b)²⁵⁸.

Толкование ст. XX (g) ГАТТ играло роль также в споре между США, Мексикой и Европейским союзом, с одной стороны, и Китаем, с другой стороны, о различных экспортных пошлинах и квотах на вывоз редкого сырья (в частности, цинка, магнезия, кокса и боксита). Истцы обосновали свою жалобу тем, что Китай нарушил правила ГАТТ, ограничив экспорт, тогда как Китай ссылался, в частности, на основания для ограничительных мер, связанные с охраной окружающей среды и здоровья народонаселения. Китай указал на то, что экспортные ограничения применяются к энергоемкой продукции, при производстве которой перерабатывается большое количество сырья и выделяются вредные вещества. При применении ограничений на экспорт снижается объем производства в Китае и, таким образом, уменьшаются выбросы вредных веществ. Третья группа приняла решение о том, что ст. XX (b) и (g), а также абз. 2 (a) ст. XI в данном случае неприменимы, поскольку государство не вправе ссылаться на исключение, связанное с охраной окружающей среды, не принимая при этом эффективных мер для устойчивого и экологичного использования природных ресурсов на собственной территории²⁵⁹. Апелляционный орган подтвердил, что экспортные ограничения Китая являются нарушением ГАТТ, но отклонил интерпретацию ст. XX (g), предложенную третьей группой, и постановил, что из формулировки «меры проводятся одновременно с...» («made effective in conjunction with») в ст. XX (g) не следует, что экспортные ограничения должны обеспечить эффективность национальных мер²⁶⁰.

Проблемы связаны также с *многосторонними конвенциями* об охране окружающей среды, для которых частично существуют собственные механизмы разрешения споров; таким образом, возникает угроза принятия противоречащих друг другу решений²⁶¹. Например, является спорным

85

²⁵⁸ Доклад Апелляционного органа ВТО «ЕС — Меры в отношении асбеста и асбестосодержащих продуктов» от 12.3.2001, WT/DS 135/AB/R. См.: *Marceau/Trachtman*, *The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade*, JWT 36 (2002) Nr 3, 811; *Regan*, *Regulatory Purpose and «Like Products» in Article III: 4 of the GATT*, JWT 36 (2002) Nr 3, 443ff.

²⁵⁹ Доклад третьей группы ВТО от 5.7.2011, WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, «Китай — Меры в отношении экспорта различных видов сырья»; подробнее см.: *Franke*, *WTO, China — Raw Materials: Ein Beitrag zu fairem Rohstoffhandel?*, 2012.

²⁶⁰ Доклад Апелляционного органа ВТО от 31.1.2012, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R.

²⁶¹ См.: *Marceau*, *Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions*, JWT 35 (2001) Nr 6, 1081ff.; *Neumann*, *Die Koordination des WTO-Rechts mit anderen völkerrechtlichen Ordnungen*, 2002.

вопрос, насколько ограничения на ввоз и вывоз галогенированных углеводородов на основании Монреальского протокола²⁶² совместимы с положениями ГАТТ²⁶³. Эта проблема усугубляется тем, что ГАТТ 1994, в отличие от ГАТТ 1947, является *lex posterior* для Монреальского протокола. Если установлено противоречие между определенными мерами по охране окружающей среды и ГАТТ, существует возможность подать заявку на освобождение от обязательств (*waiver*) согласно абз. 5 ст. XXV, хотя это связано со сложной процедурой. Более целесообразным представляется изменение ст. XX, чтобы наконец использовать возможность сближения целей торговой и экологической политики, упущенную во время Уругвайского раунда²⁶⁴. Возможно было бы также заключить специальное соглашение по ст. XX (условие о координации), устанавливающее критерии и принципы координации противоречащих друг другу норм.

ГАТТ/ВТО и права человека

- 86** Все чаще поднимается вопрос о том, насколько и при каких условиях допустимо прекратить выполнять обязанности, связанные с ВТО, по отношению к договаривающимся сторонам, которые существенно нарушают права человека²⁶⁵. В прошлом имел большее значение вопрос, насколько такие меры

²⁶² См.: Раздел 5. Прельсс, абз. 148 и след.

²⁶³ См.: OECD (Hrsg), *Trade Measures in Multilateral Environmental Agreements*, 1999.

²⁶⁴ Того же мнения придерживался *Gramlich* (сноска 251) 160f. — *Комитет ВТО по торговле и окружающей среде*, созданный в 1995 г., изучал соотношение между торговыми мерами и мерами по охране окружающей среды в свете концепции устойчивого развития, но это не привело к видимым результатам. При этом выяснилось, и это неудивительно, что ВТО считает себя в первую очередь представителем интересов свободной торговли (а не окружающей среды). На практике коллизии между торговыми экологическими нормами, как правило, связаны с тем, что в национальном правительстве не существует консенсуса между компетентными министерствами. В целом было бы целесообразно отнести эту тему не только к компетенции ВТО, но и к компетенции ЮНЕП как основной организации по охране окружающей среды на международном уровне.

²⁶⁵ К этому комплексу вопросов см.: *Hoe Lim*, *Trade and Human Rights, What's at Issue?*, *JWT* 35(2001) 275ff; *Cottier*, *Trade and Human Rights*, *JIEL* 5 (2002) 111; *Petersmann*, *Human Rights and the Law of the World Trade Organization*, *JWT* 37 (2003) Nr 1, 241ff; *Cottier/Pauwelyn/Burgi* (Hrsg), *Human Rights and International Trade*, 2005; *Aaronson*, *Seeping in Slowly*, *WTR* 2007, 413ff; *Hilpold*, *Human Rights and WTO law*, *AVR* 45 (2007) 484ff; *Sutherland*, *Transforming Nations*, *Foreign Affairs* 2008, 125ff; *Petersmann*, *Human rights, International Economic Law and Constitutional Justice*, *EJIL* 19 (2008) 955ff; *Konstantinov*, *Human Rights and the WTO: Are They Really Oil and Water?*, *JWT* 43(2009) 317ff; *Cottier*, *Handel und Menschenrechte — Humanisierung des WTO-Rechts*, in: *Giegerich* (Hrsg), *Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise*, 2011, 203ff; *Hilpold*, *WTO Law and Human Rights: Bringing Together Two Autopoietic Orders*, *Chinese JIL* 10 (2011) 323ff. К вопросу интеграции положений об охране труда в систему соглашений ВТО см.: *Wolffgang/Feuerhake*, *Core Labour Standards in World Trade Law*, *JWT* (2002) 883ff; *Razavi*, *Labour Standards and WTO*, *JWIT* 11 (2010) 880ff;

нарушают не только общий запрет вмешательства²⁶⁶. Например, в национальном праве США уже много лет применяются правовые инструменты, которые позволяют осуществлять меры, связанные с торговлей, с целью защиты прав человека²⁶⁷. В рамках ГАТТ не является спорным, что меры по защите прав человека допустимы, если они ограничивают только такие права, которые в конкретном случае являются особыми и выходят за пределы общих обязанностей по ГАТТ и, таким образом, не входят в сферу действия принципа наибольшего благоприятствования²⁶⁸. Например, Общая система преференций (ОСП) ЕС устанавливает в отношении развивающихся стран, что в случае рабства, принудительного труда или нарушения положений МОТ предоставленные права могут отменяться в одностороннем порядке²⁶⁹; аналогичное положение содержит Соглашение Котону 2000 г. (ст. 9)²⁷⁰.

В связи с общими обязанностями по ГАТТ возникает вопрос, насколько договаривающаяся сторона может применять меры в одностороннем порядке на основании исключения по соображениям безопасности (*security exception*) в соответствии со ст. XXI ГАТТ²⁷¹, если другая договаривающаяся сторона грубо нарушает права человека. Поскольку права человека имеют первостепенное значение, такие действия можно оправдать в связи с «серьезным кризисом в международных отношениях» (ст. XXI [b] [iii] ГАТТ)²⁷². Это можно было бы обосновать и тем, что репрессивные меры со стороны третьих государств в связи с нарушением прав человека, действующим *erga omnes*, в настоящее время считаются допустимыми с точки зрения общих принципов международного права²⁷³. Такому подходу не противоречит тот факт, что ст. XXI следует понимать как исчерпывающее

87

Kagan, Making Free Trade Fair: How the WTO Could Incorporate Labor Rights and Why It Should, Georgetown JIL 43 (2011) 195ff.

²⁶⁶ См. Раздел I. *Граф Витцум*, абз. 15, 76 и след.

²⁶⁷ См.: *Zoller, Enforcing International Law through US Legislation*, 1985.

²⁶⁸ К вопросу о предоставлении особых прав на основании освобождения (*waiver*) абз. 5 ст. XXV ГАТТ. См. также выше абз. 21, 78.

²⁶⁹ См. Раздел III Постановления ЕС № 3281/94 от 19.12.1994, ABI EG 1994, Nr L 348/1; Постановление ЕС № 552/97 от 24.3.1997, ABI EG 1997, Nr L 85/8. VO (EG) Nr 980/2005 v 27.6.2005, ABI EG 2005, Nr L 169/1; VO (EG) Nr 732/2008 v 22.7.2008, ABI EG 2008, Nr L 211/1; VO (EU) Nr 512/2011 v 11.5.2011, ABI EU 2011, Nr. L 145/28.

²⁷⁰ Ко всему комплексу вопросов см.: *Hoffmeister, Menschenrechts- und Demokratieklauseln in den vertraglichen Außenbeziehungen der Europäischen Gemeinschaft*, 1998.

²⁷¹ См. выше абз. 80.

²⁷² См. так же: *Hahn, Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie*, 1996, 360. Аналогично *Kuilwijk, Castro's Cuba and the US Helms-Burton Act*, JWT 31 (1997) Nr 3, 49 (54).

²⁷³ См.: *Frowein, Reactions by Not Directly Affected States to Breaches of Public International Law*, RdC248 (1994-IV) 345 (405ff); *ders, Obligations erga omnes*, MPEIL VII (2012) 916 ff.

положение в отношении применения репрессивных мер в рамках сферы действия ГАТТ²⁷⁴. Используемое здесь широкое толкование исключения по соображениям безопасности (*security exception*), в принципе, может создать почву для злоупотреблений. Из этого следует, что в случае спора о наличии предпосылок, указанных в ст. XXI, должна существовать возможность проверки убедительности утверждения при оценке отдельного государства в рамках ГАТТ²⁷⁵.

ГАТС и ТРИПС

88 Помимо ГАТТ 1994, особое значение имеют, следующие соглашения, заключенные в Марракеше в рамках переговоров по ВТО:

- *Генеральное соглашение по торговле услугами* (General Agreement on Trade in Services — ГАТС). ГАТС расширяет сферу действия ГАТТ 1947, применявшегося только к товарам, на различные виды услуг²⁷⁶. Например, абз. 1 ст. II ГАТС обязывает договаривающиеся стороны соблюдать принцип наибольшего благоприятствования и в отношении услуг и лиц, оказывающих услуги²⁷⁷. Статья II обязывает соблюдать принцип прозрачности применительно к релевантным мерам и международным соглашениям. Экономическая интеграция, проводимая в отношении услуг в рамках ЕС (ст. 56 и след. ДФЕС), является допустимой согласно ст. V ГАТС. Общие исключения и исключения из соображений безопасности предусмотрены ст. IV и XIVbis. Среди специальных обязательств государств-членов ВТО, указанных в разделе III, следует выделить обязанность по обеспечению доступа на рынок (ст. XVI ГАТС) и принцип национального режима для услуг и лиц, оказывающих услуги (ст. XVII ГАТС).

²⁷⁴ См. выше абз. 80. См. также: *Hahn* (сноска 272) 365ff. Однако ФРГ придерживается противоположной точки зрения, которая была выражена в споре с Исландией в 1974 г., см. ГАТТ-Док С/М/103, 15f.

²⁷⁵ В решении об интерпретации 1982 г. договаривающиеся стороны ГАТТ (старой редакции) подтвердили применение механизма разрешения споров к ст. XXI ГАТТ, см. ГАТТ BISD 29(1983), Suppl. 23.

²⁷⁶ BGBl 1994 II, 1473 (на английском языке) bzw 1643 (на немецком языке). — К вопросу об исключениях см.: *Barth*, Die Handelsregeln der neuen Welthandelsorganisation, NJW 1994, 2811f. К вопросу о ГАТС см.: *Berr*; L'accord général sur le commerce des services, AFDI 40 (1994) 748ff; *Chang et al.*, GATS, the Modes of Supply and Statistics on Trade in Services, JWT 33 (1999) Nr 3, 93ff; *Koehler*, Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen, 1999; *Krancke*, Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels, 1999; *Pitschas*, Die Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels im Rahmen des GATS, RIW 2003, 676ff; *Welf*, Das WTO-Finanzdienstleistungsabkommen, 1999; *Leroux*, Trade in Financial Services under the World Trade Organization, JWT 36 (2002) Nr 3, 413ff; *Sapir*, The General Agreement on Trade in Services, JWT 33(1999) Nr 1, 51ff; *Wolfrum* (Hrsg), WTO — Trade in Services, 2008; *Munin*, Legal Guide to GATS, 2010.

²⁷⁷ Формулировка «немедленно и безусловно» (см. выше абз. 67) присутствует и здесь.

Соглашение по торговым аспектам прав на интеллектуальную собственность (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights — ТРИПС)²⁷⁸. Уже сегодня создание ценности за счет интеллектуальной собственности приближается к уровню создания ценности за счет традиционного производства. Споры об интеллектуальной собственности, вероятно, приобретут в будущем еще большее значение. ТРИПС учитывает этот важный аспект международной торговли, устанавливая минимальные стандарты для охраны интеллектуальной собственности. Таким образом, должны быть предотвращены игнорирование и нарушение прав, связанных с интеллектуальной собственностью, которые все чаще встречаются на международном уровне, но только в отношении торговых аспектов²⁷⁹. Основные части (пересмотренной) Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1971 г. применяются по аналогии (ст. 9)²⁸⁰. Разделы III и IV содержат положения о внутригосударственных судебных процессах, связанных с установлением прав на интеллектуальную собственность или с возмещением ущерба при нарушении таких прав. Как ГАТТ, так и ТРИПС направлено на гармонизацию национальных защитных механизмов.

б) Инвестиционные меры, связанные с торговлей

Между международной торговлей и международными инвестициями существуют *взаимные связи* на разных уровнях²⁸¹. В определенных рамках решения предпринимателей о торговле и инвестициях являются альтернативными, причем не всегда ясно, какому решению следует отдать предпочтение. Чем выше юридические или фактические барьеры для торговли

²⁷⁸ BGBl 1994 II, 1565 (на английском языке) и 1730 (на немецком языке). См.: Beier (Hrsg), FromGATT to TRIPS, 1996; *Geisel*, Das TRIPS-Übereinkommen in der WTO-Rechtsordnung, 2003; *Gervais*, The TRIPS Agreement, 1998; *Stahelin*, Das TRIPS-Abkommen — Immaterialgüterrechte im Licht der globalisierten Handelspolitik, 1997; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Welthandelsrecht, Rn 906ff; *Mitchell/Voon*, TRIPS, in Bethlehem et al (Hrsg), The Oxford Handbook of International Trade Law, 2010, 186ff.

²⁷⁹ К вопросу об охране интеллектуальной собственности в международном праве также вне связи с торговлей см.: *Buck*, Geistiges Eigentum und Völkerrecht, 1994.

²⁸⁰ Особые положения существуют для товарных знаков (ст. 15 и след.), географических наименований (ст. 22 и след.), промышленных образцов и полезных моделей (ст. 25 и след.), а также патентов (ст. 27 и след.). Согласно ТРИПС к праву интеллектуальной собственности применяются принцип национального режима (ст. 3) и наибольшего благоприятствования (ст. 4).

²⁸¹ См., например: *Markusen*, FDI and Trade, in: Bora (Hrsg), Foreign Direct Investment, 2002, 93ff; см. также: OECD (Hrsg), Foreign Direct Investment, Trade and Employment, 1995; United Nations Conference on Trade and Development (Hrsg), Assessing the Impact of the Current Financial and Economic Crisis on Global FDI Flows, 2009 (<www.unctad.org>).

с определенными странами, тем более целесообразно принять решение в пользу инвестиций в иностранном государстве; этот принцип действует и в обратном случае. В конкретном случае часто являются решающими прагматические соображения, связанные с оценкой ситуации на рынке.

91 Взаимодействие может проявляться и в том, что меры, изначально направленные на инвестиции могут также оказывать влияние на торговлю. Например, Канада в 1980-е гг. приняла соответствующее законодательство²⁸². Третьей группой ГАТТ в то время установлена, что эта мера нарушает принцип национального режима согласно абз. 4 ст. III ГАТТ²⁸³. В целом в этой связи можно представить себе положения как в отношении экспорта, так и в отношении импорта, которые ограничивают торговлю: для импорта, например, «требование местного компонента», согласно которому минимальный объем исходных продуктов или определенная доля для локального производства должна покрываться из ресурсов страны, в которой осуществляются инвестиции (*local content requirement*); требования по описанию производственных процессов, трансферу технологии, составлению торгового баланса или по доле участия, а также в отношении гражданства сотрудников также относятся к этой категории. Меры, связанные с инвестициями, могут оказывать влияние на экспорт, если они, например, вынуждают инвестора продавать определенную часть продукции за границей или головное предприятие транснациональной корпорации предоставить дочерней компании в стране, в которой осуществляются инвестиции, исключительное право на сбыт. Другим примером является требование к иностранным сотрудникам инвестора тратить или инвестировать определенную часть доходов внутри страны.

92 В рамках ГАТТ 1994 в *Соглашении по инвестиционным мерам, связанным с торговлей* (ТРИМС), впервые были введены положения²⁸⁴, которые должны были регулировать инвестиции на основании принципа свободы торговли и, таким образом, сокращать протекционизм в этой сфере. Не увенчалась успехом попытка США повсеместно ввести принцип свободного доступа на рынки. Соглашение устанавливает, что инвестиционные меры, влияющие на торговлю товарами, недопустимы, если они нарушают принцип

²⁸² Канадский закон о рассмотрении иностранных инвестиций (*Foreign Investment Review Act*) предусматривал, что иностранные предприятия могут осуществлять инвестиции в Канаде, только если они покупают преимущественно канадские продукты.

²⁸³ Доклад третьей группы ГАТТ по делу «Канада — Применение Закона о рассмотрении иностранных инвестиций» от 1.2.1984, GATT BISD 30 (1984), Suppl, 140ff. К делу о FIRA-Fall см. также *Tietje*, Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung, 1998, 227, 233.

²⁸⁴ См.: *Brewer/Young*, Investment Issues at the WTO, JIEL 1 (1998) 457; *Koulen*, Foreign Investment in the WTO, in: *Nieuwenhuys/Brus* (Hrsg), Multilateral Regulation of Investment, 2001, 181ff.

национального режима или запрет количественных ограничений. В приложении к Соглашению описываются виды недопустимых инвестиционных мер, например, условия об использовании местных резервов, определенные ограничения ввоза производственных изделий, экспортные ограничения или ограничение доступа к иностранной валюте, если доходы от экспорта поступают в иностранной валюте. Комитет по связанным с торговлей инвестиционным мерам контролирует имплементацию Соглашения. Субсидии и налоговые льготы не входят в сферу действия Соглашения, как и услуги и финансовые операции. В среднесрочной перспективе можно будет установить, насколько ТРИМС следует рассматривать как меру для расширения полномочий ВТО²⁸⁵. Если на этот вопрос будет дан утвердительный ответ, ВТО стала бы международной организацией с широкими полномочиями для регулирования международных экономических процессов, вследствие чего ее название следовало бы изменить. Необходимым условием являлся бы добровольный отказ, в частности, развивающихся стран от суверенитета в этой сфере, который, вероятно, будет осуществляться постепенно.

в) Инструменты региональной экономической интеграции

Согласно абз. 5 ст. XXIV ГАТТ разрешается региональная экономическая интеграция в форме *таможенных союзов и зон свободной торговли*²⁸⁶. *Региональные организации, как и ВТО, преследуют цель либерализации торговли товарами и услугами. Однако они стремятся к осуществлению этой цели в первую очередь на региональном уровне, как правило, со значительно большей интенсивностью*²⁸⁷. *В связи с намечающимся образованием экономических блоков не может быть установлено однозначно, насколько таможенные союзы и зоны свободной торговли в сотрудничестве с ВТО и ее органами станут катализаторами либерализации мировой торговли*²⁸⁸.

²⁸⁵ См. текст преамбулы ТРИМС; к вопросу об идее и необходимости глобального инвестиционного соглашения под эгидой ВТО см.: *Collins, A New Role for the WTO in International Investment Law: Public Interest in the Post-Neoliberal Period*, Connecticut JIL 25 (2009/2010) 1ff.

²⁸⁶ Согласно ст. XXIV это допускается, только если такие договоренности способствуют развитию всемирной торговли в целом, негативно не влияют на государства, не являющиеся членами региональных соглашений, и применяются «в отношении практически всей торговли», т. е. не ограничены отдельными отраслями. Однако на практике ни одно региональное объединение не было запрещено на основании ГАТТ. Подробнее см.: *Borrmann, Regionalisierungstendenzen im Welthandel*, 1995; *Benedek* (сноска 45) 63ff; *Herrmann/Weiß/Ohler, Welthandelsrecht*, Rn 601ff.

²⁸⁷ *Oppermann, The International Economic Order: Regionalization versus Globalization, Law and State* 58 (1998) 36ff.

²⁸⁸ Однако см.: *Langer* (сноска 57) 176f.

В зависимости от степени интеграции следует различать следующие категории:

- 94 – *зоны свободной торговли* (определение в абз. 8 в ст. XXIV ГАТТ) являются экономическими объединениями государств с целью устранения внутренних торговых барьеров²⁸⁹; как правило, не ставится цель экономической интеграции; в большинстве случаев приоритетом является снижение внутренних таможенных пошлин²⁹⁰;
- 95 – *таможенные союзы* (определение в абз. 8 а ст. XXIV ГАТТ)²⁹¹ устанавливают единый таможенный тариф для третьих государств. Их внутренние границы не являются таможенными границами; по структуре таможенные союзы в большинстве случаев, а зоны свободной торговли иногда связаны с международной организацией. *Общим рынком* называют таможенный союз с более высокой степенью интеграции, т. е. либерализованы также перемещение лиц, услуг, капитала и организация платежей. Модель *экономического и валютного союза* ЕС (см., например, ст. 120 и след. ДФЕС) подразумевает еще более высокий уровень интеграции; помимо обмена товарами и услугами, целью является унификация и интеграция экономических и политических структур («обусловленность целью»).
- 96 Среди региональных *таможенных союзов* только ЕС (абз. 1 ст. 23 ДФЕС), являющийся одновременно стороной ВТО²⁹², имеет международное значение. *Андский пакт* (Картахенское соглашение 1969 г.)²⁹³ также предусматривал устранение таможенных пошлин до 1975 г., однако эта цель на сегодняшний день еще не достигнута. Объединение, переименованное в 1996 г. согласно Трухуйскому протоколу в Андское сообщество, теперь ставит перед собой цель создания общего рынка. Экономически значительно более похожие государства объединения *Коно Сур* (Бразилия, Аргентина, Уругвай и Парагвай), между которыми 1.1.1995 вступило в силу Соглашение о *Меркосур* (или Меркосуль), планируют создание общего рынка²⁹⁴.

²⁸⁹ См.: *Fischer*; ÖHVR, Bd I, Rn 2201; *Köbele*, Free Trade Areas, MPEPIL IV (2012) 239ff.

²⁹⁰ Признание зон свободной торговли таможенной территорией согласно ст. XXIV не является само собой разумеющимся: слабая интеграция может привести к дискриминации третьих государств и служить поводом для неприменения принципа наибольшего благоприятствования.

²⁹¹ *Fischer*; in: *Ipsen* (сноска 137) § 46 Rn 31ff.

²⁹² См.: *Oppermann* (сноска 197) 925ff; *Hahn*, Die EU als WTO Mitglied: Machtinteressen einer Rechtsgemeinschaft, in: Giegerich (Hrsg), Internationales Wirtschafts- und Finanzrecht in der Krise, 2011, 173 (180ff); к вопросу о ранее действовавших положениях см. *Hilf/Jacobs/Petersmann* (Hrsg), The European Community and GATT, 1986.

²⁹³ ILM 28 (1989) 1165.

²⁹⁴ См. Договор о создании Общего рынка между Аргентинской Республикой, Федеративной Республикой Бразилия, Республикой Парагвай и Восточной Республикой Уругвай (Асунсьонский договор) от 26.3.1991, ILM 30 (1991) 1041, а также дополнительный протокол к Асунсьонскому договору о структуре Меркосур от 17.12.1994,

На африканском континенте Экономическое сообщество стран Западной Африки (ЭКОВАС) и Западно-африканский экономический и валютный союз (ЗАЭВС) не достигли больших практических успехов²⁹⁵. Кроме того, в ноябре 1999 г. было создано Восточно-африканское сообщество (ВАС), а в марте 2001 г. Африканский союз (АС), заменивший Организацию африканского единства (ОАЕ)²⁹⁶. В отличие от этих организаций, «Новое партнерство в интересах развития Африки» (НЕПАД) является в основном политической инициативой африканских государств с целью противодействия экономической маргинализации и искоренения бедности.

За последние годы возникли многочисленные региональные *зоны свободной торговли*, некоторые из которых в будущем могут стать таможенными союзами. В качестве примера можно привести Европейскую экономическую зону (ЕЭЗ)²⁹⁷, в рамках которой большинство государств-членов Европейской ассоциации свободной торговли (ЕАСТ), не вошедших в ЕС при его расширении в 1995 г., образуют зоны свободной торговли с ЕС. После того как в 1995 г. ЕС и 12 средиземноморских государств на основании Барселонской декларации планировали создать «Европейско-средиземноморскую зону свободной торговли» к 2010 г., в июле 2008 г. в Париже был создан Союз для Средиземноморья, объединение государств-членов ЕС и средиземноморских государств, включая Мавританию и Иорданию, который начал свою работу только в марте 2010 г. Азиатско-тихоокеанское экономическое сотрудничество (АТЭС), созданное в 1989 г., считает себя «нотариусом» «открытого регионализма»²⁹⁸. В январе 2004 г. Южноазиатская

97

ILM 34 (1995) 1244; к вопросу о Меркосур см.: Filho/Toscano (Hrsg.), *The Law of Mercosur*, 2010; Gardini, *MERCOSUR: What You See Is Not (Always) What You Get*, ELJ17 (2011), 683ff; Haller, *Mercosur*, 2001; Wehner, *Der Mercosur*, 1999. В декабре 2005 г. постоянный Арбитражный суд Меркосур принял первое решение, которое было ориентировано на практику суда ЕС, см.: Piscitello/Schmidt, *Der EuGH als Vorbild: erste Entscheidung des ständigen Mercosur-Gerichts*, EuZW 2006, 301ff.

²⁹⁵ См.: van den Boom, *Regionale Kooperation in Westafrika: Politik und Probleme der ECOWAS*, 1996; Ng'ong'ola, *Regional Integration and Trade Liberalisation in Africa*, JWT 33 (1999) Nr 1, 145ff.

²⁹⁶ См.: Packer/Rukare, *The New African Union and its Constitutive Act*, AJIL 96 (2002) 365ff; к вопросу об Африканском союзе см.: Barthel, *Die neue Sicherheits- und Verteidigungsarchitektur der Afrikanischen Union*, 2011; Jeng, *Peacebuilding in the African Union*, 2012; Viljoen, *African Union (AU)*, MPEPI I (2012) 162ff.

²⁹⁷ См.: Herdegen (сноска 20) § 12 Rn 19ff.

²⁹⁸ Grote, *Asia-Pacific Economic Co-operation (APEC)*, MPEPI I (2012) 674ff; Linnan, *APEC Quo Vadis?*, AJIL 89 (1995) 824ff; Garnaut, *Open Regionalism and Trade Liberalization: an Asia-Pacific Contribution to the World Trade System*, 1996; Dieter, *Asiatisch-Pazifische Wirtschaftsgemeinschaft und Welthandelsorganisation*, in: *Außenpolitik* 1996, 275ff; Aggarwal/Morrison (Hrsg.), *Asia-Pacific Crossroads: Regime Creation and the Future of APEC*, 1998; Won-Mog Choi, *Regional Economic Integration in East Asia*, JIEL 6 (2003) 49ff; Fazzone, *The Trans-Pacific Partnership*, Georgetown JIL 43 (2012) 695ff.

ассоциация регионального сотрудничества (СААРК) также приняла решение о создании региональной зоны свободной торговли, а в июле 2005 г. вступило в силу соглашение о свободной торговле между АСЕАН (Ассоциация государств Юго-восточной Азии — Association of Southeast Asian Nations) и Китаем²⁹⁹. Соглашение об этой, самой крупной на данный момент зоне свободной торговли вступило в силу в январе 2010 г. Численность населения в государствах, которые входят в зону свободной торговли, составляет 1,8 миллионов, однако торговый оборот меньше, чем в ЕС и в зоне свободной торговли НАФТА. Около 90% ранее взимавшихся (достаточно низких) таможенных пошлин были отменены на основании соглашения, но оно не повлияло на существенные нетарифные барьеры. В будущем к соглашению должны присоединиться другие азиатские государства. В целом пока окончательно не установлено, насколько развитие региональных организаций находится в неразрешимом противоречии с ГАТТ и может, в конечном итоге, его разрушить или направлено на создание своего рода дополнительной основы системы соглашений, на что надеется ГАТТ. В июле 2006 г. в рамках ВТО были введены новые правила нотификации региональных торговых договоренностей и проверки их соответствия соглашениям ВТО. Значительной является зона, созданная на основе заключенного между США, Канадой и Мексикой в 1992 г. *Соглашения о Североамериканской зоне свободной торговли* (North American Free Trade Agreement — НАФТА)³⁰⁰. Положения Соглашения об инвестициях в последние годы часто становились предметом арбитражных разбирательств³⁰¹.

²⁹⁹ См.: *Greenwald*, The Asean-China Free Trade Area (ACFTA): A Legal Response to China's Economic Rise?, DJCIL 15 (2005) 193ff. Zur Regionalisierung im asiatischen Wirtschaftsraum im Allgemeinen s. *Sen*, «New Regionalism» in Asia: A Comparative Analysis of Emerging Regional and Bilateral Trading Agreements involving ASEAN, China and India, JWT 40 (2006) 553ff; *Chirathivat/Knippling/Ryan/Welfens* (Hrsg), European Union and ASEAN: Historical Dimensions, Comparative Analysis and Politico-Economic Dynamics, 2005; *Roberts*, ASEAN Regionalism, 2011.

³⁰⁰ См. только: *Herdegen*, Wirtschaftsrecht § 12 Rn 27ff; *Körner*, Entwicklungstendenzen der Wirtschaftsintegration in Nordamerika, in: *Filc/Köhler* (Hrsg), Integration oder Desintegration der Weltwirtschaft, 1994, 207ff; Соглашение расширяет сферу действия соглашения о свободной торговле между США и Канадой (КУФТА) 1988 г., направленного на устранение всех таможенных барьеров, на юг. За последнее время США заключили соглашения о свободной торговле с 19 государствами, в частности, с Чили (вступило в силу 1.1.2004), с центральноамериканскими государствами и с Доминиканской Республикой (вступили в силу в отношении Сальвадора 1.3.2006, в отношении Гондураса и Никарагуа 1.4.2006, в отношении Гватемалы 1.7.2006, в отношении Доминиканской Республики 1.3.2007 и в отношении Коста-Рики 1.1.2009), с Перу (вступило в силу 1.1.2009), с Колумбией (вступило в силу 22.11.2006), с Панамой (вступило в силу 11.7.2007) и с Кореей (вступило в силу 15.3.2012).

³⁰¹ См.: *Dolzer/Schreuer*, Principles, 2008.

г) Прочие инструменты, связанные с торговлей

Помимо системы соглашений ВТО, на международном уровне существует ряд договоров, регулирующих отдельные аспекты международных торговых отношений. Например, многочисленны *сырьевые соглашения*, для имплементации которых существуют специальные организации, направленные на регулирование ценообразования на определенные продукты. В свою очередь, это оказывает косвенное влияние на производство, спрос и предложение, а следовательно, и на объем мировой торговли в этой сфере³⁰². Соглашения по международному *договорному праву* способствуют развитию международной торговли при помощи унификации права. Особого упоминания заслуживает (Венская) Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров от 11.4.1980³⁰³, а на региональном уровне Постановление ЕС от 17.6.2008 (Рим I)³⁰⁴, которое заменило Конвенцию ЕЭС о праве, применяемом к договорным обязательствам от 19.6.1980³⁰⁵ в отношении всех государств-членов соглашения, кроме Дании. В последнее время в ЕС ведутся дискуссии о введении единого европейского договорного права для потребителей и предприятий. Таким образом, могли бы заключаться договоры на основании норм, единых на территории ЕС³⁰⁶. Многочисленные договоры регулируют отдельные аспекты *оказания услуг* на международном уровне, особенно транспортных (унификация правовых норм и тарифов, транспортировка опасных грузов и т.д.)³⁰⁷, включая международную гражданскую авиацию³⁰⁸, банковскую и страховую деятельность³⁰⁹, почтовое сообщение (на основе Всеобщего единого почтового договора об учреждении

³⁰² См. ниже абз. 116. См., например, Международное соглашение по тропической древесине (МСТД; пересмотренная редакция от 26.1.1994, ABI EG 1996 Nr L 208/4).

³⁰³ BGBl 1989 II, 588; исправленная редакция 1990 II, 1699. См., например: *Corvaglia*, Das einheitliche UN-Kaufrecht, 1998; Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht — CISG, 5. Aufl 2008; *Knetsch*, Das UN-Kaufrecht in der Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit, 2011; *Piltz*, Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht, NJW 2011, 2261 ff; Honsell (Hrsg), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Aufl 2010.

³⁰⁴ Постановление ЕС 593/2008 Европейского Парламента и Совета от 17.6.2006 о праве, применимом к договорным обязательствам, ABI EG 2008, Nr. L 177/6.

³⁰⁵ BGBl 1986 II, 810.

³⁰⁶ См.: *Eidenmüller*, Der Vorschlag für eine Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, JZ 67 (2012) 269ff; *Grigoleit*, Die Europäische Kommission und ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften 9 (2011) 560ff; *Ludwigs*, Verwirklichung des Binnenmarktes durch ein «Gemeinsames Europäisches Kaufrecht»? : Das optionale Modell im Kreuzfeuer der Kompetenzkritik, EuZW 23 (2012) 608ff.

³⁰⁷ Подробнее см.: *Herdegen*, *Wirtschaftsrecht* § 14 Rn 4ff.

³⁰⁸ (Чикагская) Конвенция о международной гражданской авиации от 7.12.1944 (BGBl 1956 II, 411), последнее изменение BGBl 1999 II, 307.

³⁰⁹ *Herdegen*, *Wirtschaftsrecht* § 14 Rn 24ff.

Всемирного почтового союза от 9.10.1874³¹⁰), телекоммуникацию (на основе Устава и конвенции Международного союза электросвязи³¹¹, а также с учетом распространения сферы действия ГАТС на телекоммуникацию³¹²) и энергетический сектор (договор к Энергетической хартии)³¹³.

- 99 В связи с развитием глобализации экономики все большее значение приобретает унификация правового регулирования поглощения предприятий³¹⁴. В рамках ЕС после многолетних переговоров в декабре 2003 г. была принята соответствующая директива³¹⁵.

5. Международное налоговое право

- 100 Налоговое право в основном относится к компетенции отдельного государства. Оно определяет обязанность по уплате налогов, налогооблагаемую базу, размер налогов. Однако и международное право содержит положения в области налогового права, касающиеся *территориальной и персональной сферы применения национального налогового законодательства*. Уже в прошлом разграничение сфер применения национального права в этой области имело большое практическое значение, особенно для транснациональных корпораций, в связи с существенными различиями между национальными нормами налогового права. В будущем значение может только возрасти вследствие углубления международных экономических связей. Основными международными договорами являются *соглашения об избежании двойного налогообложения*; с 1953 г. ФРГ заключила почти 100 таких соглашений³¹⁶. Как правило, они следуют единому образцу, разработанному ОЭСР, хотя в отношении развивающихся стран возросло значение *Типовой конвенции ООН*.

- 101 Международное право в связи с территориальным верховенством позволяет государствам облагать налогами все экономические ценности и процессы на своей территории, даже если физические лица и предприятия не имеют гражданства данного государства. Исходя из этого *принципа*

³¹⁰ В редакции от 10.9.1981 (BGBl 1981 II, 674).

³¹¹ BGBl 1994 II, 147; изменения в BGBl 1996 II, 1306; новая редакция в BGBl 2001 II, 365.

³¹² См. выше абз. 88; см. Mathew, The WTO Agreements on Telecommunications, 2003.

³¹³ Энергетическая хартия от 17.12.1994, BGBl 1997 II, 4; BGBl 1998 II, 3009; см. Baltag, The Energy Charter Treaty, 2012; Parish, An Introduction to the Energy Charter Treaty, The American Review of International Arbitration 20 (2009) 191ff; Roe/Happold, Settlement of Investment Disputes under the Energy Charter Treaty, 2011; Waelder, International Investment under the 1994 Energy Charter Treaty, JWT 29 (1995), 5ff.

³¹⁴ См.: Zschocke/Schuster, Handbuch zum Übernahmerecht, 2003.

³¹⁵ Директива ЕС 2004/25/EG Европейского Парламента и Совета о предложениях о поглощении от 21.4.2004, ABl EG 2004, Nr L 142/12.

³¹⁶ См.: Vogel/Lehner (Hrsg), Doppelbesteuerungsabkommen, 4. Aufl 2003.

налогообложения у источника также не обязательно постоянно проживать или находиться на территории государства. С другой стороны, *принцип налогообложения всемирного дохода* позволяет государству облагать налогом и такие экономические ценности и процессы налогоплательщика, которые приобретаются или происходят в иностранных государствах. Поскольку оба этих принципа соответствуют международному праву, могут возникнуть коллизии, например, если индивид подлежит налогообложению в двух или более государствах. Согласно общему международному праву налогообложение одного и того же процесса в двух государствах допустимо. Негативные последствия двойного налогообложения предприятий могут повлиять и на макроэкономическую ситуацию, если компании по этой причине окажутся неконкурентоспособными и, может быть, даже будут вынуждены переехать в другое государство.

Иногда с целью избежания высоких налогов создаются т.н. «базовые компании», участники которых находятся в третьих государствах; таким образом, вследствие перевода прибыли в страны с низкими налогами («налоговые оазисы») могут пострадать государства постоянного проживания участников. **102**

Двойного налогообложения можно избежать посредством одностороннего отказа от налогового требования или посредством соответствующих двусторонних соглашений. Государство проживания может зачесть налоги, уплаченные в государстве, в котором производились ценности или осуществлялись процессы, вплоть до размера собственного налога³¹⁷. Возможно также полное освобождение от уплаты налогов на экономические ценности, созданные за пределами границ государства, и от налогообложения подразделения предприятия, находящегося в иностранном государстве, как это было сделано, например, в Швейцарии и Нидерландах. **103**

Соглашения об избежании двойного налогообложения основаны на принципе, согласно которому каждое государство применяет свое национальное право, но оно ограничивается согласно положениям соглашения. Таким образом, государству не предоставляются дополнительные полномочия в отношении налогообложения и не предусматривается раздел собранных налогов. Смысл заключается только в том, чтобы зафиксировать отказ определенного государства; только в этом узком смысле делятся источники налогов³¹⁸. Для достижения этой цели государства могут использовать метод зачета или метод освобождения. При этом в отношении «аффилированных лиц» оговариваются правила, согласно которым учитываются различия между такими предприятиями и независимыми предприятиями в отношении расчета прибыли при налогообложении («принцип вытянутой руки») **104**

³¹⁷ См., например, § 34с Закона ФРГ о подоходном налоге.

³¹⁸ См.: *Vogel*, in: *Vogel/Lehner* (сноска 317) Einl Rn 67ff.

(*arms length principle*)). Но и эти условия не заменяют национальное право, применимое к трансферту, а только ограничивают их. Методы сравнения аффилированных лиц и отдельных предприятий при этом всегда связаны с особыми проблемами³¹⁹.

- 105 Даже если государство может применять свое налоговое законодательство к ценностям или процессам на территории иностранных государств, оно может *осуществлять принудительное исполнение* только с согласия суверенного государства; это означает, что государство нуждается в ведомственной и правовой помощи. Международные соглашения, например конвенции ОЭСР и Совета Европы³²⁰, частично регулируют и этот вопрос.

6. Международное право экономического развития

а) Основы и развитие

- 106 *Международное право экономического развития* сформировалось в процессе деколонизации. Новые экономически слабые государства Африки и Азии искали возможности обеспечения своего экономического развития, при которых не пришлось бы отказываться от завоеванного национального самоопределения. ООН оказалась подходящей платформой и в 1960-е гг. установила принципы для экономического развития государств с недостаточно развитой промышленностью; особенно ЮНКТАД приняла на себя эти функции. Развивающиеся страны опасались того, что они могут быть вынуждены стать поставщиками дешевого сырья и поэтому требовали «неотъемлемого национального суверенитета» над их природными ресурсами³²¹. Кроме того, они указывали на протекционизм «Севера», противоречащий принципам либерализации, например, в таких отраслях как сельское хозяйство, текстильная промышленность и производство одежды.
- 107 Требования об установлении «нового» порядка в итоге вошли в Декларацию об установлении нового международного экономического порядка и Хартию экономических прав и обязанностей государств 1974 г.³²² Однако *новый всемирный экономический порядок* не был воплощен в жизнь, поскольку амбициозная концепция была недостаточно конкретной и продолжал существовать антагонизм между Севером и Югом. И в 1980-е гг.

³¹⁹ См.: *Eigelshoven*, in: Vogel/Lehner (сноска 317) Art 9 Rn 59ff.

³²⁰ Подробнее о международном налоговом праве см.: *Margalioth*, Taxation, International, MPEPIL IX (2012) 769.

³²¹ См., например, Декларацию Генеральной Ассамблеи ООН о неотъемлемом суверенитете над природными ресурсами, UN GA Res 1803 (XVII) v 14.12.1962. К вопросу о формулировке: *Chimni*, The Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources, IJIL 38 (1998) 208ff; *Schrijver*, Sovereignty over Natural Resources, 1997.

³²² См.: *Herdegen*, Wirtschaftsrecht, § 4 Rn 76ff; *Waelde*, A Requiem for the «New International Economic Order», FS Seidl-Hohenveldern, 1998, 771ff.

не произошло радикальных изменений в пользу развивающихся стран. Далекоидущие планы, как, например, создание *Кодекса поведения* для трансфера технологий³²³, так и остались проектами.

В прошлом десятилетии мировое сообщество предпринимало попытки найти новые способы преодоления противостояния между Севером и Югом. В соответствии с концепцией общей, но дифференцированной ответственности (*common but differentiated responsibilities*³²⁴), вошедшей в многочисленные международные договоры, развивающиеся страны, в принципе, принимают на себя те же обязанности, что и индустриальные государства, но индустриальные государства, со своей стороны, принимают на себя «обязательство» оказать им помощь в исполнении этих обязанностей посредством финансовой помощи и трансфера технологий. Однако в последнее время все чаще выдвигаются требования о соблюдении развивающимися странами принципа надлежащего управления (*good governance*)³²⁵.

б) Международный валютный фонд и группа Всемирного банка

Международный валютный фонд (МВФ), созданный на основании Бреттон-вудского соглашения от 22.7.1944, не является специальным инструментом политики экономической помощи развивающимся странам. Однако на сегодняшний день его услуги в существенной степени оказываются странам с недостаточно развитой промышленностью. Изначально его цель заключалась в том, чтобы восстановить международную систему платежей после Второй мировой войны. Посредством предоставления валюты³²⁶ он должен был помочь государствам-членам преодолеть временный платежный дефицит³²⁷. МВФ руководит Советом управляющих, в который каждое государство-член направляет представителя; он принимает основные решения, в то время как Исполнительный совет отвечает за ведение дел (ст. XII). Для каждого государства-члена МВФ определяется квота в зависимости от экономических показателей. От этой квоты зависит сумма взноса, а также количество голосов в органах МВФ. Таким образом, *не* действует принцип «одно государство — один голос» (*one state, one vote*); вместо этого

³²³ Текст проекта и комментарий см.: *Fikentscher, The Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology*, 1980.

³²⁴ См. выше абз. 34.

³²⁵ Подробнее см. выше абз. 39 и след.

³²⁶ С формальной точки зрения речь идет о приобретении «твердых» валют на валюту приобретающего государства, связанном с обязательством выкупа в течение определенного срока. С экономической точки зрения эта операция, как правило, является выдачей кредита. См.: *Gold, The Stand-By Arrangements of the International Monetary Fund*, 1970.

³²⁷ *Lucke, Internationaler Währungsfonds: Strukturen, Finanztransaktionen und Konditionalität aus völkerrechtlicher Sicht*, 1997; *Tetzlaff, Weltbank und Währungsfonds*, 1996.

голоса «взвешиваются»³²⁸. Объем права государства-члена получать средства МВФ также определяется его квотой. Если возникает кризис платежей, государство может приобрести дополнительные особые права на получение средств. При этом речь идет о единице, составленной из основных мировых валют. Специальные права дают возможность покупать валюту у МВФ. До сих пор этой возможностью пользовались в основном развивающиеся страны, но и бывшие социалистические страны во время дефолта³²⁹. В сентябре 2009 г. государства-члены G20 на саммите в Питтсбурге пришли к соглашению о том, что в будущем квоты в МВФ должны быть изменены таким образом, чтобы развивающиеся страны и страны с переходной экономикой приобрели больший вес.

110 МВФ выделяет средства при определенных условиях, например, проведения определенных экономических и структурных реформ³³⁰. Государство-бенефициар должно их официально признать (*декларация о намерениях (letter of intent)*)³³¹. Учитывая суверенитет государств, условия сформулированы таким образом, что неисполнение условий не повлечет за собой негативные последствия, но может поставить под вопрос выдачу новых кредитов³³². Тезис *Вольфганга Фридманна (Wolfgang Friedmann)*³³³ о существовании и эффективности санкции посредством исключения участия (*sanction of non-participation*) находит в этом свое эмпирическое подтверждение. Некоторые развивающиеся страны рассматривают МВФ как инструмент индустриальных государств для оказания давления. Эта критика справедлива в том отношении, что индустриальные государства в силу системы распределения голосов имеют большой вес в МВФ, в отличие от Генеральной ассамблеи ООН. Однако следует также учитывать тот факт, что предоставление средств

³²⁸ На этом основывались требования развивающихся стран о «демократизации» МВФ, а также некоторых других организаций и процедур в рамках «семьи ООН».

³²⁹ Помимо распределения средств, МВФ также контролирует политику государств-членов в отношении обменных курсов (ч. 3 ст. IV Соглашения о МВФ). Последняя редакция этого Соглашения опубликована в BGBI 1991 II, 814.

³³⁰ В сентябре 2002 г. были приняты новые руководящие принципы в отношении предъявляемых условий. Они должны повысить эффективность программ, финансируемых МВФ; кроме того, они в большей степени, чем раньше, подчеркивают роль национальных правительств в программах экономических и финансовых реформ (*ownership*). В связи с международным финансовым кризисом МВФ пересмотрел условия выдачи кредитов и создал новый кредитный механизм, т. н. гибкую кредитную линию (*flexible credit line*), в марте 2009 г. Впервые в истории МВФ при выдаче кредита не устанавливаются условия программы, если государство ранее выполнило жесткие квалификационные критерии (ретроспективная кондициональность; «*ex ante conditionality*»). См. ниже абз. 112.

³³¹ С формальной точки зрения государство вносит в МВФ предложение о планируемых реформах в декларации о намерениях (*letter of intent*), на основании которого МВФ принимает решение о выдаче кредита.

³³² См. также: *Herdegen*, *Wirtschaftsrecht*, § 26 Rn 8.

³³³ *Friedmann*, *The Changing Structure of International Law*, 1964.

МВФ является краткосрочной помощью для восстановления платежеспособности в чрезвычайной ситуации. При этом логично принимать во внимание причины возникновения таких чрезвычайных ситуаций. Систему, в рамках которой странам-донорам предоставляется возможность в большей степени влиять на решения, чем странам-бенефициарам, нельзя рассматривать как «недемократическую», несправедливую или не соответствующую предмету регулирования, не учитывая этих особенностей. В 2006 г. обострились дискуссии о реформе МВФ. Причины заключались, в частности, в том, что крупные должники (например, Аргентина и Бразилия) досрочно выполнили свои обязательства, а региональные соглашения о создании финансовых резервов в Азии и Латинской Америке оказались реальной конкуренцией для МВФ. Основное предложение о реформе со стороны самого МВФ связано с требованием создать в МВФ систему многосторонних консультаций, при помощи которой можно было бы контролировать деятельность всех членов (не только должников) в отношении валютных курсов, финансовых рынков и макроэкономических рисков, а также эффектов глобализации. Изменение распределения голосов в МВФ вновь стоит на повестке дня. В сентябре 2006 г. было принято решение об увеличении квот Китая, Кореи, Мексики и Турции.

Вследствие финансовых кризисов в Азии, России и Латинской Америке в конце 1990-х гг. большое значение приобрели вопросы о причинах и способах борьбы с валютными потрясениями, поскольку такие экономические перепады приводят к политической и социальной напряженности и являются проблемой для всей мировой экономики. В этой связи было выдвинуто требование о создании надежного механизма для усиления контроля международной финансовой системы и улучшения координации деятельности контрольных органов. Поэтому семь ведущих индустриальных государств (G7) создали в начале 1999 г. так называемый «Форум финансовой стабильности» для предотвращения кризисов на международных финансовых рынках. Форум финансовой стабильности (*Financial Stability Forum*) должен своевременно устанавливать проблемы и недостатки на рынках, контролировать соблюдение принципа прозрачности и предлагать концепции по предотвращению кризисов. При этом национальные и международные контрольные органы должны сотрудничать, чтобы заблаговременно принять меры в случае отклонений в банковской, страховой сфере и в торговле ценными бумагами. В Форум входят министры финансов и директора центральных банков (уже) восьми государств (G8), а также представители международных финансовых организаций, таких как Всемирный банк и МВФ³³⁴. В качестве реакции на международный финансовый кризис Форум финансовой

111

³³⁴ См.: *Tietmeyer*, *Evolving Cooperation and Coordination in Financial Market Surveillance*, in: *Finance & Development*, Sept 1999, 20ff.

стабильности в апреле 2009 г. был преобразован в Совет по финансовой стабильности (СФС; *Financial Stability Board*). Как часть глобальной архитектуры финансовых рынков Совет по финансовой стабильности был наделен более широкими полномочиями, для чего были созданы необходимые материально-технические предпосылки. Кроме того, в состав Совета вошли новые участники. СФС был учрежден в июне 2009 в Базеле. Создание *Совета по финансовой стабильности* следует рассматривать в контексте принятия мер для преодоления международного финансового кризиса, начавшегося в 2007 г., на международном уровне. Для предотвращения подобных кризисов в будущем склонность участников финансовых рынков к рискам должна быть ограничена посредством устранения неадекватных стимулов, и, кроме того, глобальные финансовые рынки должны более строго контролироваться эффективными регулируемыми органами. На саммите в сентябре 2009 г. в Питтсбурге главы государств и правительств ведущих индустриальных государств и стран с переходной экономикой (G20) пришли к соглашению об ужесточении требований, предъявляемых к основному капиталу и ликвидности банков и других финансовых учреждений, об ограничении вознаграждений для банковских работников и о многостороннем диалоге, чтобы предотвратить опасный дисбаланс между крупными национальными экономиками. Объединение G20 рассматривается как «высший форум международного экономического сотрудничества» и заменило объединение G8, в котором страны с переходной экономикой и с высокими темпами экономического развития не имели права голоса. Данная договоренность является важным шагом на пути реорганизации глобальных финансовых рынков. Следует учесть, что рынок «не может эффективно выполнять свойственную ему экономическую функцию без принятия мер, основанных на солидарности и взаимном доверии»³³⁵.

112 *Международный банк реконструкции и развития* («Всемирный банк») также изначально не был создан для помощи развивающимся странам, что следует, в частности, из названия³³⁶. Как и МВФ, он был учрежден на основании Бреттон-вудского соглашения от 22.7.1944; члены обеих организаций идентичны. Банк финансируется за счет взносов государств-членов и средств, зарабатываемых на международных финансовых рынках. Его деятельность также была направлена на восстановление после Второй мировой войны. Его основная функция заключается в предоставлении долгосрочных кредитов с постоянной процентной ставкой, связанных с проектами, и в организации кредитов или долей в кредитах, не связанных с проектами, для

³³⁵ So Papst *Benedikt XVI*, Enzyklika — *Caritas in Veritate*, 2009, Nr 35.

³³⁶ Kapur/Lewis/Webb (Hrsg), *The World Bank*, Bd I: History, 1997, 57ff; *Shihata*, *The World Bank in a Changing World*, Bd I, 1991, 8. См. также Соглашение о Международном банке реконструкции и развития (BGBI 1952 II, 637, 664) в актуальной редакции от 30.6.1987 (BGBI 1992 II, 1134).

развивающихся стран, в основном стран с переходной экономикой. Не существует безусловного требования в отношении получения кредита, основанного на международном праве; предоставление кредитов осуществляется на усмотрение банка³³⁷. В прошлом Всемирный банк финансировал преимущественно проекты по улучшению инфраструктуры. На сегодняшний день на первый план выдвинулась консультативная деятельность Банка, а учреждения, оказывающие помощь в экономическом развитии, играют более значительную роль. Деятельность Банка в развивающихся странах подвергалась критике в связи с тем, что он шел на поводу у правительств развивающихся стран и финансировал дорогие и сомнительные с технологической точки зрения проекты (например, строительство дамб) вместо того, чтобы уделять больше внимания децентральным, экологичным проектам, «адаптированным» с социальной и культурной точки зрения. В последнее время Всемирный банк отреагировал на эту критику и установил новые приоритеты. В частности, он исходит из комплексного подхода к политике помощи развивающимся странам (*Комплексная концепция развития; Comprehensive Development Framework*), основанном на соответствующей всеобъемлющей концепции развивающейся страны. Таким образом, приоритеты страны-бенефициара учитываются в большей степени, чем раньше (в экспертных кругах для обозначения этой концепции используется термин «собственность на проекты» (*project ownership*)); экологическим потребностям также уделяется больше внимания³³⁸.

В группу Всемирного банка входят также *Международная ассоциация развития* (International Development Association — МАР), созданная в 1960 г., и *Международная финансовая корпорация* (International Finance Corporation — МФК), созданная в 1956 г.³³⁹ В то время как кредиты Всемирного банка, как правило, предоставляются на 15 лет (в исключительных случаях 25) под проценты («жесткие кредиты»), МАР выдает развивающимся странам беспроцентные кредиты или кредиты с низкой процентной ставкой преимущественно на 50 лет, причем начало погашения кредита откладывается на 10 лет («мягкие кредиты»). Поскольку многие развивающиеся страны были не в состоянии обслуживать кредиты Всемирного банка, стало очевидно, что необходимо создать МАР. Кредиты МАР, как правило, могут получить только наименее развитые страны. Задачей МФК является

113

³³⁷ См.: *Schütz*, *Solidarität im Wirtschaftsvölkerrecht*, 1994, 172.

³³⁸ См.: *Dolzer*, *Umweltbelange im Recht der Weltbank*, in: Breuer (Hrsg), *Regelungsmaß und Steuerkraft des Umweltrechts*, 2000, 73ff; *Shihata* (сноска 337), Bd II, 1995, 184ff; *Wade*, *Greening the Bank*, in: Kapur/Lewis/Webb (Hrsg)(сноска 337) Bd II, 1997, 611ff.

³³⁹ Соглашения об учреждении опубликованы в BGBI 1956 II, 749 (МФК) и 1960 II, 2137 (МАР); последняя редакция Соглашения о МФК см. BGGI 1992 II, 1228. К вопросу об МФК см. *Woicke*, *Geschäftszweck: Förderung des privaten Sektors. Die Internationale Finanz-Corporation (IFC)*, VN 1999, 157ff.

содействие притоку частных инвестиций в развивающиеся страны. Она не предоставляет кредитов государствам. Ее создание стало необходимым, поскольку предоставление кредитов частным инвесторам не было предусмотрено уставом Всемирного банка³⁴⁰. Увеличение экономической мощи частного сектора в последние годы привело также к увеличению роли МФК в рамках структуры Всемирного банка.

в) Сырьевые соглашения и соглашение Котону

Сырьевые соглашения

114 Заключение сырьевых соглашений³⁴¹ в прошлом было связано с представлением, что свободная торговля будет способствовать конкуренции между странами-поставщиками сырья, конкуренция приведет к падению цен на сырье и вследствие этого могут возникнуть экономические кризисы в странах-поставщиках сырья с недостаточно развитой промышленностью. Поэтому под влиянием ЮНКТАД был заключен ряд международных сырьевых соглашений с целью *стабилизации рыночных цен* (и доходов от экспорта) на такие товары, которые расширили круг действовавших на тот момент соглашений³⁴². Сырьевые соглашения признаны секторальными соглашениями, подлежащими специальному режиму, согласно абз. 4 ст. XXXVI и абз. 2 ст. XXXVIII ГАТТ и инструментами торговой политики согласно ст. 207 ДФЕС.

115 Соответствующие соглашения, зарекомендовавшие себя на практике, можно разделить на несколько типов. В сырьевых *картелях* участвуют только добывающие страны. Наиболее известным примером является ОПЕК (Организация стран-экспортеров нефти; *Organisation of Petroleum Exporting Countries*), созданная в 1960 г. и успешно проводящая политику в интересах стран-экспортеров нефти³⁴³. Картели добывающих стран, как правило,

³⁴⁰ Группа Всемирного банка является не единственной международной организацией, предоставляющей кредиты развивающимся странам. Помощь развивающимся странам посредством выдачи кредитов, а также в некоторых случаях распределения дополнительных средств оказывает также Международный фонд сельскохозяйственного развития (МФСР), созданный 13.6.1976, BGBl 1978 II, 1405. Целью МФСР и выдачи кредитов является улучшение питания в особенно бедных странах. См.: *Talbot, The Four World Food Agencies in Rome: FAO, WFP, WFC, IFAD, 1990.*

³⁴¹ См.: *Schraven, Internationale und supranationale Rohstoffverwaltung, 1982; Pelikahn, Internationale Rohstoffabkommen, 1990; Michaelowa/Naini, Der gemeinsame Fonds und die speziellen Rohstoffabkommen, 1995.*

³⁴² Стабилизация экспортных цен на сырье на более высоком уровне, чем мировая рыночная цена, равносильна предоставлению финансовой помощи странам-экспортерам. Прямая финансовая помощь более целесообразна с точки зрения политики помощи развивающимся странам.

³⁴³ Другие примеры см.: *Gloria, in: Ipsen (сноска 137) § 46 Rn 34.* Газодобывающие государства также создали объединение. В качестве посредника между производителями

стремятся к тому, чтобы посредством ограничения добычи и экспорта сырья, а также посредством ценовых сговоров поддерживать высокий уровень цен на мировом рынке и за счет этого увеличивать прибыль. Такие картели имеют большое значение для экономического развития развивающихся стран. Например, высокий уровень цен на нефть с начала 1970-х гг. способствовал экономическому подъему во многих странах-членах ОПЕК. С другой стороны, в этой связи ухудшились перспективы развивающихся стран, не обладающих существенными запасами энергоносителей и сырья.

Как добывающие страны, так и страны-импортеры являются сторонами сырьевых *соглашений*, как правило, на паритетной основе, причем голоса взвешиваются в рамках соответствующих групп. Соглашения должны учитывать интересы обеих сторон: обеспечение снабжения сырьем в достаточных количествах по доступным ценам для стран-импортеров и обеспечение уровня цен для получения достаточной прибыли для стран-экспортеров. Большинство таких соглашений обязывают стороны только сообщать информацию и проводить консультации о ситуации на рынке. Некоторые соглашения предусматривают также меры по совершенствованию рыночных структур (например, за счет маркетинга, финансирования научно-исследовательской деятельности и проектов)³⁴⁴. Механизмы рыночного регулирования (например, системы квот) не встречаются в новых соглашениях. В частности, Международное соглашение по натуральному каучуку 1995 г.³⁴⁵, которое предусматривало стабилизацию цен на природный каучук при помощи резервных запасов (ст. 26 и след.) до 1999 г., было досрочно расторгнуто в октябре 1999 г.³⁴⁶ Новые соглашения, в первую очередь, направлены на развитие общего или административного сотрудничества.

Учрежденный на основании соглашения от 27.6.1980³⁴⁷ *Общий фонд для сырьевых товаров* финансирует создание резервных запасов (*buffer stocks*), из которых в рамках сырьевых соглашений могут выкупаться избытки сырья с целью влияния на рыночное предложение («первое окно»). Эту функцию можно сравнить с функцией центральных банков при поддержании валютных курсов. Этот фонд, финансируемый, прежде всего, индустриальными государствами, является частью *Интегрированной программы для сырьевых товаров*, организованной ЮНКТАД; США никогда не участвовали в этой программе, Франция вышла из программы в 1998 г. так же, как и другие

и потребителями в сфере энергетики должен выступать Международный энергетический форум (*International Energy Forum*), к этому вопросу см.: *Dolzer, Energy Cooperation in International Organizations*, RdC (im Erscheinen).

³⁴⁴ См., например, Международное соглашение по кофе 2001 г., BGBl 2002 II 2374.

³⁴⁵ BGBl 1997 II, 576.

³⁴⁶ См. 6-й отчет федерального правительства ФРГ о деятельности Общего фонда для сырьевых товаров и отдельных сырьевых соглашениях, BT-Drs 14/9875 v 21.8.2002.

³⁴⁷ BGBl 1985 II, 715. Соглашение вступило в силу в 1989 г.

индустриальные государства до нее. Изначальная концепция «корзины», состоящей из многих сырьевых товаров, основывалась на представлении о том, что регулирование вряд ли станет необходимым для нескольких сырьевых товаров одновременно и, таким образом, могут быть сэкономлены средства, поскольку они будут вноситься только один раз, а использоваться для разных целей³⁴⁸. Однако возможности Фонда по-прежнему ограничены. Например, финансирование *резервных запасов* и международная координация хранения резервов в рамках сырьевых соглашений не были реализованы на практике. Основной функцией Фонда по-прежнему является финансирование проектов, например, по повышению продуктивности и улучшению качества, диверсификации и научным исследованиям; выполнение этой функции должно повысить конкурентоспособность сырья из развивающихся стран и стран с переходной экономикой («второе окно»)³⁴⁹.

Соглашение Котону

- 118** Соглашение Котону о партнерстве³⁵⁰ является, как и Ломейские конвенции, заключенные первоначально на пять лет в 1975 г., основой создания ассоциации согласно ст. 218 ДФЕС между странами Е(Э)С и АКТ. Оно было заключено в марте 2000 г.³⁵¹ и изменено в июне 2005 г.³⁵², и в мае 2010 г.³⁵³ По сравнению с Ломейскими конвенциями в новом Соглашении сместились приоритеты. Основной целью Соглашения, заключенного на 20 лет, является *борьба за искоренение бедности*, которая должна вестись «в соответствии с целями устойчивого развития и постепенной интеграции стран АКТ в мировую экономику». Соглашение одновременно предусматривает политический диалог, который включает в себя темы от защиты прав человека,

³⁴⁸ Интегрированная программа для сырьевых товаров также содержит элементы третьего типа сырьевых соглашений (обязательства по поставке и приемке) как дополнительные меры. В отличие от квот и резервных запасов, обязательства направлены не на смягчение эффектов чрезвычайных ситуаций, а на установление «нормального» количества по «нормальным» ценам, чтобы обеспечить последовательность развития.

³⁴⁹ См. ВТ-Drs 14/9875 (сноска 347). Проекты «второго окна» финансируются только из добровольных взносов.

³⁵⁰ См., например, *Arts*, ACP-EU Relations in a New Era: The Cotonou Agreement, CMLRev 40 (2003) 95ff; *Feuer*, Un nouveau paradigme pour les relations entre l'Union européenne et les états ACP, RGDIP 106 (2002) 269ff; *Vincent*, L'entrée en vigueur de la convention de Cotonou, Cahiers de droit européen 2003, 157ff.

³⁵¹ ABI EG 2000, Nr L 317/3.

³⁵² Новая редакция вступила в силу 1.7.2008. См. Изменения к Соглашению о партнерстве между странами Африки, Карибского и Тихоокеанского бассейнов и Европейским сообществом и его членами от 23.6.2000 (ABI EG 2005, Nr L 209/26).

³⁵³ Соглашение о внесении второго изменения в Соглашение о партнерстве между странами Африки, Карибского и Тихоокеанского бассейнов и Европейским сообществом и его членами от 23.6.2000, подписанное в Котону 23.6.2000 г. и измененное в Люксембурге 25.6.2005 г. (ABI EU 2010, Nr. L 287/3). Планируется завершить процесс ратификации в конце 2012 г.

надлежащего управления, предотвращения конфликтов до вопросов миграции³⁵⁴. Действовавшие до сих пор торговые преференции в отношении стран АКТ (страны ЕС гарантировали практически всем товарам из 79 стран АКТ свободный доступ на внутренний рынок без таможенных пошлин) до конца 2007 г. должны постепенно быть заменены «новыми правилами торговли, соответствующими режиму ВТО»³⁵⁵. Под ними подразумеваются региональные *соглашения об экономическом сотрудничестве*, в которых закрепляется взаимный свободный доступ на рынки. Переговоры по этим соглашениям начаты в сентябре 2002 г., но до сих пор не завершены. В качестве промежуточной меры были заключены временные соглашения с отдельными странами и группами стран, соответствующие правилам ВТО. Переговоры по региональным соглашениям о партнерстве продолжаются. Соглашение Котону содержит новые основы сотрудничества по финансированию экономического развития. Вместо применявшихся ранее восьми инструментов финансирования³⁵⁶ теперь используются два основных инструмента (обеспечение дополнительных дотаций и инвестиций). Финансовые средства предоставляются из Европейского фонда развития (ЕФР)³⁵⁷. В отношении определенных сельскохозяйственных товаров и товаров горнодобывающей промышленности, цены на которые подвержены сильным колебаниям в зависимости от ситуации на мировом рынке и от уровня производства/добычи, по-прежнему может предоставляться «адекватная» финансовая поддержка.

В ноябре 2010 г. Совет министров АКТ решил создать комитет, в который должны войти послы, чтобы разработать перспективный план сотрудничества между ЕС и странами АКТ после 2020 г., когда срок действия Соглашения Котону истечет. В ноябре 2010 г. Европейская комиссия издала т.н. «Зеленую книгу» «Политика ЕС в отношении развивающихся стран для поддержания роста и устойчивого развития — За более эффективную

³⁵⁴ См.: *Hilpold*, EU Development Cooperation at a Crossroad: The Cotonou Agreement of 23 June 2000 and the Principle of Good Governance, EFAR 7 (2002) 53ff; *Nwobike*, The Emerging Trade Regime Under the Cotonou Partnership Agreement: Its Human Rights Implications, JWT 40 (2006) 291ff. Критические замечания к соглашениям об экономическом партнерстве см. *Hallaert*, Economic Partnership Agreements: Tariff Cuts, Revenue Losses and Trade Diversion in Sub-Saharan Africa, JWT 44 (2010) 223ff.

³⁵⁵ Конференция министров приняла в Дохе 14.11.2001 решение об освобождении (*waiver*), на основании которого ЕС имеет право сохранить действующую систему до этого момента, см. WT/MIN(01)/15.

³⁵⁶ Структурная адаптация, СТАБЕКС, СИСМИН, экстренная помощь и помощь беженцам, региональное сотрудничество, начисление процентов, помощь согласно программе и венчурный капитал.

³⁵⁷ Бюджет 10-го ЕФР, который создан на период с 2008 до 2013 г. и вступил в силу 1.7.2008, составляет 23,97 млрд евро, из которых 21,97 млрд евро отводится на непосредственное планирование программ. Таким образом, бюджет существенно увеличен по сравнению с 9-м ЕФР, бюджет которого составлял 13,5 млрд евро.

политику ЕС в отношении развивающихся стран»³⁵⁸ и, таким образом, начала процедуру консультаций о перспективах политики ЕС в отношении развивающихся стран, которая должна завершиться разработкой подробной программы изменения политики помощи развивающимся странам. Вопрос о перспективах сотрудничества между ЕС и странами АКТ остается открытым.

II. Культура в международном праве

1. Обзор права культурных ценностей

119 Культура как предмет международного права принципиально отличается от экономической проблематики. Однако торговля предметами искусства приобрела большое экономическое значение. Параллели прослеживаются также при анализе структуры правового регулирования. Территориальный суверенитет является релевантным для обеих сфер регулирования, как и право на самоопределение народов. Характерным признаком системы норм в обоих случаях является *пересечение разных разделов права*, а именно национального, материального, частного и публичного права, международного частного права и международного права.

120 *Понятие культуры* в международном праве формировалось из специальных понятий, подчеркивавших его разные аспекты в соответствии с содержанием отдельных международных договоров. Понятие культуры сложно определить, поскольку его понимают по-разному в разных культурах³⁵⁹. В принципе, понятие культуры в международном праве соответствует европейскому понятию культуры, которое, таким образом, приобретает универсальный характер; *Опперманн (Oppermann)* определяет ее как особую сферу, которая выходит за пределы образования и научных исследований и характеризуется соприкосновением общества с духовным миром (литература,

³⁵⁸ КОМ(2010) 629 endg.

³⁵⁹ Энциклопедия Брокгауза определяет культуру в узком смысле как «сферы деятельности, в которых человек может создавать продукты, формы произведения, формы поведения и идеи, рассчитанные на длительное существование и отражающие коллективную смысловую связь». Оксфордский словарь английского языка понимает под культурой «развитие и облагораживание ума, вкуса и манер; результат такого развития и облагораживания; интеллектуальную сторону цивилизации» («the training and refinement of mind, tastes and manners; the condition of being thus trained and refined; the intellectual side of civilisation»). Лярусс определяет культуру как «совокупность приобретенных знаний: совокупность социальных, религиозных структур, интеллектуальных, художественных феноменов, характеризующих общество» («ensemble des connaissances acquises: ensemble des structures sociales, religieuses, des manifestations intellectuelles, artistiques qui caractérisent une société»). См. *Lord Slynn of Hadley*, *Law and Culture — A European Setting*, in: Peterson (Hrsg) *The Tanner Lectures on Human Values*, 1995, 47f.

искусство, архитектура, СМИ, культурный обмен, сохранение культурного наследия и культурной идентичности и др.)³⁶⁰.

Вопросами культуры занимались еще «отцы-основатели» современного международного права. Как *Гуго Гроций* (1583–1645), так и *Эмерик де Ваттель* (1714–1767) выступали за то, чтобы отменить варварский военный обычай целенаправленного уничтожения культурных ценностей врага³⁶¹; в XIX в. этот вопрос по-прежнему оставался предметом дискуссий³⁶². Только после Второй мировой войны на первый план выступили новые аспекты. С одной стороны, рассматривалась охрана культурных ценностей в мирное время; с другой стороны, речь шла о *возвращении культурных ценностей* на их историческую родину³⁶³. После 1970 г. возникла тема самобытности национальной культуры в контексте экономической глобализации. Между поборниками глобальной экономической свободы, включая выбор языка и отрицание влияния на культуру, и приверженцами права на *сохранение культурной идентичности* периодически возникали трения. В 1990-е гг. особенно Франция настаивала на введении норм международного права о сохранении национальной идентичности, подчеркивая, таким образом, центральную роль культуры в ее национальной идентичности. В рамках переговоров по ГАТТ и дискуссии о системе многосторонних соглашений в отношении иностранных инвестиций эти темы рассматривались с точки зрения международного права³⁶⁴. ЮНЕСКО приняла в 2001 г. Всеобщую декларацию о культурном разнообразии³⁶⁵, а в октябре 2003 г. — Конвенцию об охране нематериального культурного наследия³⁶⁶. В 2005 г. последовала Конвенция

³⁶⁰ *Oppermann/Classen/Nettesheim* (сноска 28) § 34 Rn 40; см. также: *Blanke*, Europa auf dem Weg zu einer Bildungs- und Kulturgemeinschaft, 1994, 6; к вопросу о различных подходах к определению в международном праве см.: *O'Keefe*, «The Right to take part in cultural life» under Article 15 of the ICESCR, ICLQ 47 (1998) 905 ff.

³⁶¹ *Grotius*, Vom Recht des Krieges und des Friedens, 1625, Ausg Tübingen 1950, 521; *de Vattel*, Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, 1758, Ausg Tübingen 1959, 453; к вопросу об историческом развитии см. *Wyss*, Kultur als eine Dimension der Völkerrechtsordnung, 1992, 86ff.

³⁶² См.: *Fiedler*, Zur Entwicklung des Völkergewohnheitsrechts im Bereich des internationalen Kulturgüterschutzes, FS Doehring, 1989, 203ff.

³⁶³ К вопросу о развитии см.: *Hammer*, Zur Geschichte des rechtlichen Kulturgüter- und Denkmalschutzes, in: Fechner/Oppermann/Protz (Hrsg), Prinzipien des Kulturgüterschutzes, 1996, 63ff.

³⁶⁴ См.: *Hahn*, Eine kulturelle Bereichsausnahme im Recht der WTO?, ZaöRV 56 (1996) 315ff; *Footer/Graber*, Trade Liberalization and Cultural Policy, Journal of International Economic Law 3 (2000) 115ff; см. также выше абз. 49.

³⁶⁵ ILM 41 (2002) 57ff; немецкий текст опубликован в Deutsche UNESCO-Kommission (Hrsg), Übereinkommen über Schutz und Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen, 2006, 103.

³⁶⁶ На данный момент ФРГ находится в процессе ратификации, см. BT-Drs 17/8121 v 13.12.2011. Конвенция вступила в силу 20.4.2006, на данный момент 143

ЮНЕСКО о культурном разнообразии³⁶⁷. Амбивалентность тезиса о культурной самобытности с точки зрения политики мира до сих пор не преодолена; в то время как одна философская школа исходила из «мира посредством культуры» (*Перих*)³⁶⁸, другая философская школа выражала опасения в связи с угрозой столкновения различных культурных способностей и форм достижения власти³⁶⁹. На сегодняшний день также не решен вопрос о том, насколько государства в будущем в свете развития новых технологий фактически могут ограничивать поток коммуникации, если они не хотят самоизолироваться³⁷⁰.

2. Информационная свобода и система культуры

- 122 В *Уставе ООН* сотрудничество в сфере культуры является одной из целей деятельности ООН (абз. 3 ст. 1, ст. 55); вследствие того, что Генеральная ассамблея может передать компетенцию согласно ст. 13 одновременно с компетенцией по защите прав человека, *Опперманн* высказал справедливое мнение о том, что Устав ООН основывается на концепции «принципиально свободного и открытого мирового культурного порядка»³⁷¹. Представлению о мирном обмене между разными культурами соответствуют также *двусторонние* соглашения о культурных обменах, регулирующих обмены в сфере

государства-члена (на 1.8.2012); см.: *Francioni*, Beyond State Sovereignty: The Protection of Cultural Heritage as a Shared Interest of Humanity, Michigan JIL 25 (2004) 1209 (1222ff); *Odenthal*, Die Bewahrung des immateriellen Kulturerbes als neues Thema des Völkerrechts, SZIER 2005, 445ff; *Lixinski*, Selecting Heritage: The Interplay of Art, Politics and Identity, EJIL 22 (2011) 81; *Lenzerini*, Intangible Cultural Heritage: The Living Culture of Peoples, EJIL 22 (2011) 101.

³⁶⁷ Вступила в силу 18.3.2007, ратифицирована ФРГ 12.3.2007, опубликована в Deutsche UNESCO-Kommission (сноска 367) 15; см.: *Froehlich*, Das Verhältnis von Kultur und WTO, in *Hilf/Niebsch* (Hrsg), Perspektiven des Internationalen Wirtschaftsrechts, 2006, 97ff; *Steinkamp* (Hrsg), Kulturelle Vielfalt — Unser gemeinsamer Reichtum, 2007; *Neuwirth*, United in Divergency, ZaöRV 66 (2006) 819ff; *Wouters/De Meester*, The UNESCO Convention on Cultural Diversity and WTO Law, JWT 42 (2008) 205ff; *Cornu*, La Convention pour la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles, JDI 2006, 429ff; *Ruiz Fabri* (Hrsg), La Convention de l'UNESCO sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles — Premier bilan et défis juridiques, 2010; *Schorlemer/Stoll* (Hrsg), The UNESCO Convention on the Protection and Promotion of the Diversity of Cultural Expressions: Explanatory Notes, 2012.

³⁶⁸ См.: *Boguslavsky*, Der Begriff des Kulturguts und seine rechtliche Relevanz, in: *Dolzer/Jaume/Mußnug* (Hrsg), Rechtsfragen des internationalen Kulturgüterschutzes, 1994, 3.

³⁶⁹ См.: *Huntington*, The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order, 1996; немецкий перевод: Kampf der Kulturen, 1998.

³⁷⁰ См.: *Grewlich*, Governance in Cyberspace, RIW 2000, 337ff; *Sommermann*, Kultur im Verfassungsstaat, VVDStRL 65 (2006), 7 (22ff).

³⁷¹ *Oppermann*, Cultural and Intellectual Cooperation, EPIL I (1992) 886 (889).

образования, искусства и науки; многочисленные соглашения о культурных обменах заключила ФРГ³⁷².

ЮНЕСКО, специализированное учреждение ООН по вопросам образования, науки и культуры, была создана в 1945 г. как международная организация для развития международного обмена в этих областях и способствовала, особенно в сфере охраны культурных ценностей, заключению глобальных соглашений для развития культурной открытости³⁷³. Ее штаб-квартира находится в Париже; членами ЮНЕСКО являются 195 государств. В связи с тем что развивающиеся и социалистические страны в то время составляли большинство, в 1970-е гг. в деятельности ЮНЕСКО изменились приоритеты: с одной стороны, речь шла о *преогативе национальной культуры*, например, в связи с требованием о возвращении культурных ценностей на историческую родину, с другой стороны, о новом глобальном информационном порядке, в рамках которого должен был быть усилен контроль суверенного государства над потоком информации в ущерб свободе информации и свободе слова согласно ст. 19 Международного пакта о гражданских и политических правах, что отвергалось западными государствами. Спор по этому вопросу достиг кульминации на заседании Генеральной ассамблеи ООН в 1982 г., на котором была принята резолюция о запрете на вещание спутникового телевидения на территории суверенного государства, если оно не даст предварительного согласия (*prior consent*); западные государства проголосовали против этой резолюции³⁷⁴. В конечном итоге продолжал действовать принцип свободы телевидения, но принимающее государство имело право на глушение (*jamming*), если это было технически возможно³⁷⁵. Вследствие развития современных информационных технологий и их ключевой роли в интеграции национальной экономики в мировую тема полной национальной изоляции перестала быть актуальной³⁷⁶. Не только репрессивное ограничение свободы слова, но и сохранение национальной идентичности оказывают влияние на международный обмен культурными ценностями в узком смысле; это проявилось в 1990 гг. не только в отношениях между индустриальными государствами и развивающимися странами, но и между США и Францией³⁷⁷. Также следует учитывать значительный

123

³⁷² См.: *Schirmer*, Die klassischen Kulturabkommen der Bundesrepublik Deutschland mit auswärtigen Staaten, 1970.

³⁷³ США вышли из состава ЮНЕСКО в декабре 1984 г. и вновь вступили в нее 1.10.2003.

³⁷⁴ UN GA Res 37/92 (1982).

³⁷⁵ *Malanczuk*, Das Satellitenfernsehen und die Vereinten Nationen, ZaöRV 44 (1984) 257ff.

³⁷⁶ Общая информация к этому вопросу см.: *Grewlich*, Access to Global Networks — European Telecommunications Law and Policy, GYIL 41 (1999) 9ff.

³⁷⁷ См.: *Prowda*, US Dominance in the «Marketplace of Culture» and the French «Cultural Exception», NYJILP 29 (1996/97) 193ff; *Bishop*, France and the Need for Cultural Exception, NYJILP 29 (1996/97) 187ff.

экономический потенциал культурных ценностей в современном обществе, для которого характерно развитие все более тесных информационных связей. Интенсивные дискуссии о многостороннем соглашении по борьбе с контрафактной продукцией, переговоры по которому велись с 2008 до 2011 г.³⁷⁸, также отражают этот конфликт.

3. Культурные потребности как критерий ограничения свободы перемещения товаров и услуг

- 124 В рамках системы соглашений ВТО, действующих с 1994 г.³⁷⁹, международный обмен товаров и услуг, связанных с культурой, является предметом сложного регулирования, состоящего из трех частей. «Высокая культура», например государственное финансирование музыки, живописи или искусства в целом, не относится к сфере действия ГАТТ. Борьба за исключения, связанные с культурой (*cultural exception*), касалась, прежде всего, индустрии развлечений (развлечения и шоу-бизнес; *entertainment and showbusiness*). Компромисс, достигнутый в рамках Уругвайского раунда, привел к тому, что *художественный фильм как таковой* (частота изображения и звука, зафиксированная на материальном носителе) рассматривается как товар, и поэтому на него распространяются принципы наибольшего благоприятствования и национального режима³⁸⁰; однако при установлении квот определенных фильмов в кинотеатрах (*screen quote*) прямо указано, что принцип национального режима не применяется (абз. 10 ст. III и ст. IV ГАТТ). Превентивная охрана культурных ценностей³⁸¹ является предметом положения об исключениях³⁸² ст. XX (f), согласно которому государства имеют право принимать меры по *охране существующих национальных культурных ценностей*, а именно художественных, исторических или археологических. Однако это право можно реализовать только при условии, что меры не являются дискриминационными и не влекут за собой скрытого ограничения международной торговли³⁸³. В деле Китай–аудиовизуальная продукция, в котором рассматривался вопрос о совместимости китайской цензуры

³⁷⁸ См.: *Uerpmann-Witzack*, Das Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) als Prüfstein für die Demokratie in Europa, AVR 49 (2011), 103ff.

³⁷⁹ Двусторонние торговые соглашения также могут содержать положения об обмене товарами и услугами в сфере культуры; см.: *Mayer-Robitaille*, L'impact des accords de libre-échange américains sur le statut juridique des biens et services culturels, AFDI 50 (2004) 715ff.

³⁸⁰ См.: *Hahn* (сноска 366) 328ff, подтверждено докладом Апелляционного органа ВТО от 21.12.2009, WT/DS363/AB/R, 74ff «Китай — Публикации и аудиовизуальная продукция».

³⁸¹ *Streinz*, Internationaler Schutz von Museumsgut, 1998, 192f.

³⁸² *Hahn* (сноска 366) 341.

³⁸³ См.: *Schorlemer*, Internationaler Kulturgüterschutz, 1992, 467ff.

с правилами ГАТТ и ГАТС, Китай обосновал свою точку зрения, сославшись на охрану общественной морали согласно Art XX (a), что было признано арбитрами, но, в конечном итоге проиграл процесс, поскольку, с точки зрения Апелляционного органа ВТО, меры, принятые Китаем, выходили за рамки необходимого и могли быть заменены более мягкими мерами³⁸⁴.

*Показ фильма рассматривается как услуга и, таким образом, подпадает под действие ГАТС, причем ЕС использовала свое право не применять условие о наибольшем благоприятствовании, вследствие чего в этом случае не действуют положения ВТО*³⁸⁵. Совет Европы и ЕС приняли специальные правовые акты в отношении трансграничного телевидения, согласно которым большая часть эфирного времени в государствах-членах должна использоваться для показа европейских произведений³⁸⁶. Если бы применялось ГАТС, национальные ограничения были бы возможны только для защиты общественной морали, но не для *сохранения культурной идентичности*. Индустриальные государства придерживаются единого мнения в отношении того, что культурное многообразие должно являться целью глобального информационного порядка³⁸⁷. ЕС даже обязана принимать меры для достижения этой цели согласно ст. 22 Хартии основных прав ЕС³⁸⁸. На мировом рынке кино- и телеиндустрии продукты США являются доминирующими: после авиационной промышленности эта отрасль является самой крупной экспортной отраслью США³⁸⁹.

20.10.2005 ЮНЕСКО приняла *Конвенцию об охране и поощрении разнообразия форм культурного самовыражения*³⁹⁰. Согласно Конвенции признается двойная природа культурных ценностей: с одной стороны, они являются товаром, а с другой стороны, предметом государственного финансирования.

³⁸⁴ Доклад Апелляционного органа ВТО от 21.12.2009, WT/DS363/AB/R, 91ff «Китай — Публикации и аудиовизуальная продукция», см.: *Pauwelyn, Squaring Free Trade in Culture with Chinese Censorship: The WTO Appellate Body Report on China — Audiovisuals*, Melb JIL 11 (2010) 1ff.

³⁸⁵ См. документ GATS/EL/31 от 15.4.1994; см. также: *Pleitgen, Von Uruguay über Paris nach Hongkong? Die audiovisuelle Industrie im Spannungsfeld zwischen Welthandel und kultureller Vielfalt*, AfP 2005, 1ff. К вопросу о соответствии европейских правил о квотах и субсидиях с международным торговым правом см.: *Döpfkens, Handelsliberalisierung im Bereich audiovisueller Medien*, 2010.

³⁸⁶ См.: Европейская конвенция Совета Европы о трансграничном телевидении, BGBl 1994 II, 639, новая редакция в BGBl 2000 II, 1090; см. также: Директиву ЕС 2010/13/EU от 10.3.2010, AB1 EU 2010, Nr L 95/1; к вопросу о предыдущей Директиве см. также: BVerfGE 92, 203., см. также: *Keller, European and International Media Law*, 2011

³⁸⁷ См.: OECD (Hrsg), *Global Information Infrastructure*, 1997, 64ff.

³⁸⁸ См.: *Ennuschat*, in: Tettinger/Stern (Hrsg), *Europäische Grundrechte-Charta*, 2006, Art 22.

³⁸⁹ *Pleitgen* (сноска 387) 1; см. также: *Graber, Handel und Kultur im Audiovisionsrecht der WTO*, 2003; *Grewlich, Konflikt und Ordnung in der globalen Kommunikation*, 1997; *Wolfrum* (Hrsg), *Recht auf Information — Schutz vor Information*, 1986.

³⁹⁰ См. выше сноску 369; 148 из 154 государств проголосовали за, только США и Израиль — против (Австралия, Либерия, Никарагуа и Гондурас воздержались).

Государства имеют право принимать меры по охране собственного культурного разнообразия в рамках осуществления суверенитета (ст. 6). Соответствие таких защитных механизмов, например, праву ВТО еще не исследовано; ст. 20, которая должна применяться в таких случаях, содержит формулировку, направленную на компромиссное решение: обязанности на основании Конвенции равносильны применимым положениям других международных договоров (взаимная поддержка; *mutual supportiveness*)³⁹¹. В то время как некоторые рассматривают этот случай как практически не скрытую протекционистскую меру, особенно канадской и французской индустрии, в форме «культурного освобождения» в ущерб американскому экспорту, другие авторы подчеркивают необходимость охраны культуры, особенно коренных народов и в развивающихся странах³⁹².

127 На *европейском* уровне противоречие между свободой перемещения товаров и охраной культурных ценностей³⁹³ разрешается при помощи ст. 36 ДФЕС, согласно которой недискриминационные ограничения экспорта и импорта с целью охраны национальных культурных ценностей, представляющих художественную, историческую или археологическую ценность, допустимы, если они не являются скрытыми торговыми ограничениями. Предпосылка применения этой статьи заключается в том, что мера не является экономической и ее целью не является влияние на экономику³⁹⁴, а также не существует исчерпывающего положения в праве ЕС, регулирующего этот случай³⁹⁵. Постановление о вывозе культурных ценностей³⁹⁶ в третьи страны и директива о возвращении культурных ценностей, неправомерно вывезенных с территории государства-члена ЕС³⁹⁷, не являются такими исчерпывающими положениями, поскольку они касаются только

³⁹¹ См.: *Hahn*, A Clash of Cultures? The UNESCO Diversity Convention and International Trade Law, *Journal of International Economic Law* 9 (2006) 515ff; *Graber*, The New UNESCO Convention on Cultural Diversity: A Counterbalance to the WTO?, *Journal of International Economic Law* 9 (2006) 553ff; *Burri Nenova*, Trade and Culture in International Law: Paths to (Re)conciliation, *JWT* 44 (2010), 49ff.

³⁹² См.: *Schorlemer*, Kulturpolitik im Völkerrecht verankert, *VN* 2005, 217ff.

³⁹³ См.: *Seidl-Hohenveldern*, Kulturgüterschutz durch die Europäische Union versus Warenverkehrsfreiheit, in: *Fechner/Oppermann/Protz* (сноска 365) 113ff.

³⁹⁴ *Müller-Graff*, in: v. d. Groeben/Schwarze (Hrsg), *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, Bd 1, 6. Aufl 2003, Art 30 Rn 33ff, к вопросу о ст. 30 Договора о ЕС в старой редакции.

³⁹⁵ См.: *Müller-Graff* (сноска 396) Art 30 Rn 13ff mwN.

³⁹⁶ Постановление (ЕЭС) Совета № 3911/92 от 9.12.1992, *ABl EG* 1992, Nr L 395/1, заменено Постановлением (ЕС) Совета № 116/2009 от 18.12.2008, *ABl EG* 2009, Nr L 39/1.

³⁹⁷ Директива 93/7/EWG, *ABl EG* 1993, Nr L 74/74; последнее изменение внесено на основании Директивы 2001/38/EG от 5.6.2001, *ABl EG* 2001, Nr L 187/43; трансформирована в немецкое право в форме Закона ФРГ о защите культурных ценностей от 15.10.1998, *BGBI* 1998 I, 3162; см. *Preuschen*, *Kulturgütersicherungsgesetz* und *EG-Recht*, *EuZW* 1999, 40ff.

определенных видов культурных ценностей³⁹⁸. Применение защитной меры оправдано, только если она целесообразна и необходима для предотвращения опасности, в особенности вывоза национальной культурной ценности, которую нельзя защитить при помощи мер, ограничивающих свободу перемещения товаров в меньшей степени³⁹⁹. В соответствии с этим определением *соразмерными мерами* являются, в особенности, государственное право преимущественной покупки со стороны государства и запреты на экспорт с оговоркой о возможной выдаче разрешения⁴⁰⁰. Исключение с целью охраны национальных культурных ценностей в ст. 36 ДФЕС в рамках систематики связано с абз. 4 ст. 167 ДФЕС, согласно которому ЕС должен учитывать в своей деятельности общие культурные аспекты⁴⁰¹. Установление ограниченных цен на книги в праве ЕС отражает большое значение книжного дела для культуры⁴⁰². Суд ЕС в этой связи принял решение, согласно которому охрана книг как культурных ценностей не является основанием для введения мер по ограничению ввоза в контексте ст. 36 ДФЕС, но признается необходимой в соответствии с общественным интересом, что считается неписанным основанием⁴⁰³.

4. Право на язык

Особенно представители национальных *меньшинств* претендуют на право сохранять свой язык как выражение культурной идентичности⁴⁰⁴. Право на пользование родным языком является одним из основных прав в рамках защиты национальных меньшинств в международном праве⁴⁰⁵. Согласно ст. 27 Международного пакта о гражданских и политических правах представители этнических, религиозных или языковых меньшинств имеют право

128

³⁹⁸ См.: *Berndt*, *Internationaler Kulturgüterschutz*, 1998, 142ff; *Müller-Graff* (сноска 396) Art 30 Rn 63; см.: *Streinz* (сноска 383) 117ff; см. *Siehr*, *Kulturgüterschutz innerhalb der Europäischen Union*, *ZVglRWiss* 95 (1996) 170ff.

³⁹⁹ См.: *Berndt* (сноска 400) 140, 146ff; *Leible/Streinz*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), *Das Recht der Europäischen Union*, *LoseblattsJg*, Art 36AEUV Rn 31.

⁴⁰⁰ См.: *Berndt* (сноска 400) 147.

⁴⁰¹ См.: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn 28) § 22 Rn 39, § 34 Rn 44.

⁴⁰² См.: *Engelmann*, *Die Zukunft der Buchpreisbindung im europäischen Binnenmarkt*, 2002; *Everling*, *Buchpreisbindung im deutschen Sprachraum und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1997.

⁴⁰³ Решение Суда ЕС от 30.4.2009 (Rs C-531/07, *LIBRO*), Rn 32ff; см.: *Leible/T.Streinz*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg), *Das Recht der Europäischen Union*, *LoseblattsJg*, Art 36 AEUV Rn 31.

⁴⁰⁴ См.: *Klein*, *Menschenwürde und Sprache*, in: *Grözinger* (Hrsg), *Sprache und Identität im Judentum*, 1998, 59ff; *Varennes*, *Sprachminderheiten, Völkerrecht und Nichtdiskriminierung*, HV-I 1999, 241ff.

⁴⁰⁵ *Hobe*, *Völkerrecht*, 9. Aufl 2008, 464: общая информация к этому вопросу см.: *Schweizer u Kahl*, *Sprache als Kultur- und Rechtsgut*, *VVDStRL* 65 (2006), 347ff bzw 386ff.; *Arzo*, *Language Rights as Legal Norms*, *European Public Law* 15 (2009), 541ff.

пользоваться родным языком. Копенгагенский заключительный акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе от 29.6.1990 также направлен на защиту пользования языками национальных меньшинств. В связи с их культурной идентичностью представители национальных меньшинств имеют право, в частности, говорить на родном языке в частном и публичном контексте, а также распространять информацию и обмениваться информацией на родном языке. Несмотря на необходимость изучать официальные языки соответствующего государства, должна быть предоставлена возможность обучения на родном языке и, в меру необходимости и возможности, использования родного языка при обращении в государственные органы⁴⁰⁶. Из *Европейской хартии региональных языков и языков меньшинств* Совета Европы 1992 г.⁴⁰⁷ не следуют индивидуальные права представителей меньшинств, однако она подчеркивает общее культурное значение языка⁴⁰⁸. Рамочная конвенция Совета Европы о защите национальных меньшинств 1995 г. также поддерживает идею свободного пользования языком⁴⁰⁹.

129 В рамках *ЕС 23* государственных языка 27 государств-членов ЕС признаны официальными языками⁴¹⁰. Таким образом, граждане ЕС имеют право обращаться в органы ЕС на одном из официальных языков на их выбор и получать ответ на этом языке⁴¹¹. Абз. 4 ст. 41 Хартии прав человека ЕС от декабря 2000 г. гарантирует это право как часть «права на надлежащее управление»⁴¹². В то время как на официальных встречах министров и глав государств и правительств осуществляется перевод на все официальные языки, на рабочих совещаниях более низкого уровня с согласия всех участников из прагматических и финансовых соображений такой режим часто отменяется. Потребность в практическом разрешении проблемы, которое

⁴⁰⁶ См. IV № 30 и след. Заключительного акта СБСЕ от 29.6.1990, Bull BReg 1990, 757ff.

⁴⁰⁷ BGI 1998 II, 1315ff.

⁴⁰⁸ Klein (сноска 406) 66f.

⁴⁰⁹ BGI 1997 II, 1408ff, см. также: Тематический комментарий № 3 Консультативного совета к Рамочной конвенции от 5.7.2012, The Language Rights of Persons Belonging to National Minorities under the Framework Convention, ACFC/44DOC (2012) 001 rev.

⁴¹⁰ Постановление № 1 о регулировании языкового вопроса, ABI 1958, 385; о разграничении понятий языки договоров, официальные и рабочие языки см.: Weber, in: v. d. Groeben/Schwarze (сноска 396), Bd 4, 2004, Art 290 Rn 1ff. На основании Постановления (ЕС) № 920/2005 от 13.6.2005, ABI EU 2005, Nr L 156/3 об изменении Постановления 1958 г. с 2007 г. ирландский (гэльский) язык стал равноправным официальным языком ЕС. В связи с тем, что пока не нанято достаточное количество переводчиков, этот язык сохраняет особый статус, см. VO (EU) Nr 1257/2010 v 20.12.2010, ABI EU 2010, Nr L 343/5.

⁴¹¹ См. ст. 24 ДФЕС. См. Oppermann, Reform der EU-Sprachenregelung? NJW 2001, 2663ff. Равный статус всех языков ЕС необходим для демократичности и прозрачности. Однако на практике он часто приводит к олень крупным затратам на перевод, поскольку все правовые акты и официальные публикации ЕС должны переводиться на все официальные языки.

⁴¹² См.: Galetta/Grzeszick, in: Tettinger/Stern (сноска 390), Art 41 Rn 73ff.

можно было бы связать с различными языковыми контекстами в ЕС (например, общение с гражданами, коллективные политические органы, органы управления ЕС), существенно возросла после расширения ЕС⁴¹³.

5. Культурные ценности и их охрана

Как и в других разделах международного права, система норм международного права в отношении культурных ценностей и их охраны возникла в XX в. В то время как основу регулирования составляют международные договоры, в отношении отдельных вопросов сформировались также международные обычаи. В отличие, например, от морского или экономического права, регулирование в отношении культурных ценностей на данный момент является менее развитым, но оно в совокупности позволяет уже сегодня говорить о *международном праве культурных ценностей*⁴¹⁴. Тот факт, что развитие права в этой области протекало медленно и нерешительно, связан не только с проблемой национального суверенитета. Отсутствие консенсуса об основах и направленности международной концепции в отношении культурных ценностей и сегодня препятствует развитию более фундаментального порядка.

Стремления и борьба (речь идет о «войнах во имя искусства» (*art wars*)), связанные с правовым статусом и режимом культурных ценностей, в будущем станут более интенсивными. Одна из причин заключается в том, что торговля ценными предметами искусства будет расширяться. В дискуссии о *возвращении культурных ценностей на историческую родину* на сегодняшний день также не достигнуто соглашение. Например, это касается требований Греции или развивающихся стран о возвращении древностей, вывезенных за границу в колониальную эпоху, но и споры, связанные с последствиями Второй мировой войны, до сих пор не разрешены⁴¹⁵. Кроме того, проекты, направленные на ускорение экономического развития, могут оказывать негативное влияние на культурное наследие соответствующего государства; поэтому Всемирный банк учитывает этот аспект при оценке

⁴¹³ В результате расширения ЕС в 2004 г. появилось еще девять языков, после вступления Болгарии и Румынии — еще два. См. также *Oppermann* (сноска 371).

⁴¹⁴ См.: *Streinz* (сноска 343) 201; *O'Keefe*, Formulating General Principles by Reference to International Standards, in: *Fechner/Oppermann/Protz* (Fn 326) 277ff; а также: *den Beitrag von Protz*, The International Legal Protection of the Cultural Heritage, ebd, 295ff.

⁴¹⁵ См.: *Freitag*, «Cultural Heritage»: Rückgabeansprüche von Ursprungsländern auf «ihre» Kulturgut?, in: *Fechner/Oppermann/Protz* (сноска 365) 175ff; см. также: *Wyss*, Rückgabeansprüche für illegal ausgeführte Kulturgüter, ebd, 202ff; v. *Schorlemer*, Stolen Art, *GYIL* 41 (1998) 317ff; *Weber*, Wem gehört der Schatz des Priamos?, *Praxis/Forum* 1999, 36ff; *Eitel*, Beutekunst — Die letzten deutschen Kriegsgefangenen, *FS Delbrück*, 2005, 192ff.; *Baufeld*, Beutekunst, *Osteuropa* 2005, 207ff; см.: *Franz/Hartmann*, Raub- und Beutekunst, *Osteuropa* 2006, 401ff.

своих проектов⁴¹⁶. В целом можно предположить, что *охране национальной культурной идентичности* будет уделяться большее внимание во внутренней и внешней политике многих государств вследствие развития глобальных экономических структур.

132 Существующий правовой порядок в отношении культурных ценностей определяется совокупностью *норм международного права* (и права ЕС) и национального права, *сферы действия которых пересекаются*⁴¹⁷. В рамках национального права не существует законченного правового регулирования; право в отношении культурных ценностей состоит из многочисленных положений о добросовестном приобретении предметов культуры⁴¹⁸, защите государственных интересов при помощи запретов на экспорт или уголовного права⁴¹⁹ и публичного права⁴²⁰. Конституционное право также содержит положения в этой связи⁴²¹. Для международных легальных или нелегальных операций важное значение имеют нормы *коллизийного права*: часто в конкретном случае юридическая оценка зависит от того, право какого государства является применимым исходя из международного частного права того государства, в котором на данный момент находится предмет культуры⁴²². В этой области национальные нормы в существенной степени пока не ограничиваются нормами международного права. Из этого следуют расхождения и противоречия в международном порядке. Эти вопросы могут быть решены только на основании международной договоренности между государствами, в форме многостороннего соглашения или системы двусторонних соглашений.

133 Ключевым вопросом в этой связи является наличие *специального права в отношении культурных ценностей*, ограниченное от общего вещного права⁴²³. В целом существует тенденция развития специального раздела права,

⁴¹⁶ *Francioni*, Thirty Years On: Is the World Heritage Convention Ready for the 21st Century?, *ItYIL* 12 (2002) 13; см. также выше абз. 112.

⁴¹⁷ Общий обзор см.: *Siehr*, Vereinheitlichung des Rechts der Kulturgüter in Europa?, in: Basedow u a (Hrsg), *Aufbruch nach Europa*, 2001.

⁴¹⁸ Подробнее к гражданско-правовой проблематике см. *Anton*, *Rechtshandbuch Kulturgüterschutz und Kunstrestitutionsrecht*, Bd 1–3, 2010.

⁴¹⁹ К вопросу уголовного преследования нелегальной торговли культурными ценностями в США см.: *Petr*, Trading Places: Illicit Antiquities, Foreign Cultural Patrimony Laws, and the U. S. National Stolen Property Act after *United States v Schultz*, *Hastings ICLR* 28 (2005) 503ff.

⁴²⁰ См.: *Schorlemer* (сноска 385) 402ff, 518ff.

⁴²¹ С точки зрения сравнительного правоведения см.: *Häberle*, Nationalverfassungsstaatlicher und universeller Kulturgüterschutz — ein Textstufenvergleich, in: *Fechner/Oppermann/Protz* (Fn 365) 91ff.

⁴²² См.: *Armbrüster*, *Privatrechtliche Ansprüche auf Rückführung von Kulturgütern ins Ausland*, *NJW* 2001, 3581ff; *Siehr*, *FS Fausto Pocar*, 2009, 879ff.

⁴²³ См. известные дела о:

– двух портретах Дюрера: *Собрание произведений искусств Веймара против «Elicofon»*, 678 F2 d 1150 (2 d Cir 1982);

но это развитие еще не завершилось. Это связано с проблемой формулировки общепризнанного определения предмета культуры. Для расширения сферы действия права об охране и защите предметов культуры необходимо сформулировать специальные положения, которые корректно описывают отличия этих предметов от других вещей. При этом, возможно, возникает необходимость также создать специальные положения, позволяющие дифференцировать различные виды предметов культуры⁴²⁴.

Такие противоречия и несоответствия между нормами об охране культурных ценностей связаны с *множественностью целей*, достижению которых должны способствовать эти нормы; эти *rationes* частично пересекаются и способствуют возникновению синергетического эффекта, а частично противоречат друг другу. Следует ли исходить из того, что основная цель международной охраны культурных ценностей заключается в том, чтобы право на распоряжение предметами культуры принадлежало тому государству или той нации, для которых культурная ценность имеет особое значение в связи с их культурной или исторической или политической идентичностью, как требует «*национальная школа*»? Или следует считать основной целью охраны культурных ценностей их лучшую сохранность и доступность для максимального количества людей, независимо от того, где ценности находятся, в соответствии с точкой зрения «*интернационалистов*»? Действительно ли следует считать культурный национализм реликтом старого мышления в эпоху глобализации культуры⁴²⁵? Противоположность этих

134

- картине «Маркиза де Санта Крус» Франсиско де Гойи: *Королевство Испания против «Christie, Manson & Woods Ltd»* (1986) 1 WLR 1120 (ChD);
- картине князя Лихтенштейнского: Решение Федерального конституционного суда ФРГ от 28.1.1998, 2 BvR 1981/97, IPrax 1998, 482ff;
- деревянной двери сокровищницы народа маори: *Генеральный прокурор Новой Зеландии против Оптиса (Ortiz) и других*, 18 ILR 591ff;
- артефактах доколумбовых цивилизаций: *Республика Эквадор против Дануссо (Danusso)*, Tribunale di Torino, RivDirProc 1982, 625;
- четырех византийских мозаиках XVI в.: *Автокефальная греческая православная церковь против Гольдберга (Goldberg)*, 717 F. Supp. 1374 (SD Ind 1989); bestätigt: 917 F2 d 278 (7th Cir 1990).

К этому вопросу см. также: *Siehr*, International Art Trade and the Law, RdC 243 (1993-VI) 13ff; *Jayne*, Neue Anknüpfungsmaximen für den Kulturgüterschutz im internationalen Privatrecht, in: Dolzer/Jayne/Mußnug (сноска 370) 35ff; *Mußnug*, Museums- und Archivgut als «res extra commercium»?; ebd, 199ff; *Weber*, Unveräußerliches Kulturgut im nationalen und internationalen Rechtsverkehr, 2002; см. также: *Freitag* (сноска 417) 186ff.

⁴²⁴ См.: *Merryman*, The Free International Movement of Cultural Property, NYJILP 31 (1998) 1 (14).

⁴²⁵ См.: *Merryman*, The Public Interest in Cultural Property, Cal LR 77 (1989) 339, 361ff; ту же точку зрения представляет *Siehr*, Die Schweiz und der Kulturgüterschutz in Europa, in: Fechner/Oppermann/Prott (сноска 365) 145ff, см. также: *Fishman*, Locating the International Interest in Intranational Cultural Property Disputes, Yale JIL 35 (2010) 347.

подходов, которые приводят к постановке различных целей, лежит в основе многих дискуссий и разногласий. Действующее международное право также не избавлено от таких противоречий, а конвенции, принятые за последние 50 лет, частично склоняются к одному, частично к другому подходу. Концепцию, преимущественно основанную на первой точке зрения, при желании можно вывести из Конвенции ЮНЕСКО о культурном разнообразии 2005 г.; однако учитывая отдельные аспекты Конвенции, особенно о соотношении с принципами свободы экономической деятельности, можно сказать, что Конвенция также не является однозначной⁴²⁶. Помимо глобальных интересов мирового сообщества и национальных интересов отдельных государств, личные права создателей и собственников культурных ценностей, сохранение произведений искусства и рыночные интересы также являются возможными предметами защиты⁴²⁷.

- 135 «Интернационалисты» подчеркивают идею *культурной ценности как общего наследия человечества*, которую высказал еще судья сэра Александер Кроук в 1813 г.⁴²⁸ «Национальное направление» основывает свою концепцию на *культурном аспекте права на самоопределение*. Эта позиция следует исторической аргументации, согласно которой культурные ценности должны защищаться на основании взаимного соблюдения суверенитета властителями или на основании тесной связи с территорией и должны быть связаны с конкретным государством⁴²⁹. Применительно к вооруженным конфликтам подчеркивалось, что уничтожение культурных ценностей не служит военным целям. Все подходы тесно связаны с моральным императивом каждого цивилизованного общества уважать и сохранять культуру как выражение человечности; *Блунтшли* призывал военачальников в 1878 г. вести войну «не как варвары, а как цивилизованные мужчины»⁴³⁰.

а) Определение культурной ценности

- 136 Если рассматривать *культуру как юридическое понятие*, возникает необходимость определения. Правовая защита и сохранение «культуры» может обеспечиваться и контролироваться, если хотя бы в общих чертах будет

⁴²⁶ См. выше абз. 126.

⁴²⁷ См.: *Jayme*, Globalization in Art Law: Clash of Interests and International Tendencies, *Vanderbilt J Transnat'l L* 38 (2005) 927ff; *Fechner*, Wohin gehören Kulturgüter?, FS *Mußgnug*, 2005, 485ff.

⁴²⁸ *Сэр Александер Кроук (Alexander Croke)*, судья Вице-адмиральского суда Галифакса в процессе о призах в отношении захваченного британским капером французского судна «*Маркиз де Сомэрюэль*», на борту которого находились картины *Сальватора Розы*, предназначенные для Пенсильванской академии изящных искусств, см.: *Fiedler* (сноска 364) 204.

⁴²⁹ См.: *Fiedler* (сноска 364) 211f.

⁴³⁰ *Bluntschli*, Das moderne Völkerrecht, 3. Aufl 1878, 363.

достигнуто согласие об ограничении понятия. Это требование не зависит от того, что в национальном праве понятие искусства уже в силу его природы трудно определить. Однако нет необходимости давать единое определение для всех норм международного права. Поэтому международные договоры используют различные подходы⁴³¹ в зависимости от специального предмета регулирования в соответствии с целями отдельного договора⁴³².

В Гаагской конвенции о законах и обычаях сухопутной войны 1907 г. вопросу определения не было уделено особого внимания; она определяла предмет защиты от преднамеренного уничтожения или повреждения в общих чертах, как частную собственность, включая в это понятие также культурные ценности, находящиеся в частной собственности, и «собственность общин, учреждений церковных, благотворительных и образовательных, художественных и научных». Гаагская конвенция о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта 1954 г.⁴³³ содержит определение культурной ценности, состоящее из двух частей. Сначала устанавливается, что к нему относятся все движимые и недвижимые ценности, «которые имеют большое значение для культурного наследия каждого народа»; затем эта формулировка иллюстрируется примерами: «такие как памятники архитектуры, искусства или истории, религиозные или светские, археологические месторасположения, архитектурные ансамбли, которые в качестве таковых представляют исторический или художественный интерес, произведения искусства, рукописи, книги, другие предметы художественного, исторического или археологического значения, а также научные коллекции или важные коллекции книг, архивных материалов или репродукции ценностей, указанных выше»; в определенном объеме также подлежат защите места, в которых находятся культурные ценности (ст. 1 [b] [c]). Принадлежность к культурным ценностям согласно этому общему определению может устанавливаться определенным государством в одностороннем порядке. Другой подход используется в отношении укрытий, предназначенных для сохранения культурных ценностей в случае вооруженного конфликта, а также для центров сосредоточения культурных ценностей и «других недвижимых культурных ценностей, имеющих очень большое значение»; они подлежат специальной защите и в мирное время путем внесения в Международный реестр, хотя другие государства в рамках процедуры регистрации могут

137

⁴³¹ К вопросам, освещенным ниже, см.: *Fechner*, *Prinzipien des Kulturgüterschutzes*, in: *Fechner/Oppermann/Protz* (сноска 365) 11ff; см. также *Siehr*, *Kulturgüter in Friedens- und Freundschaftsverträgen*, FS Delbrück, 2005, 695ff.

⁴³² К вопросу о различных концепциях культуры см. *O'Keefe* (сноска 362) 905. С юридической точки зрения, культуру нельзя определить в широком антропологическом смысле как все характеристики и идеи, на которых основывается конкретное общество.

⁴³³ BGBl 1967 II, 1235.

направлять возражения на основании, что «ценность не является культурной ценностью»⁴³⁴.

138 Подход, согласно которому государства определяют понятие в *одностороннем порядке* в рамках, установленных договаривающимися сторонами, непосредственно реализован в *Конвенции о мерах, направленных на запрещение и предупреждение незаконного ввоза, вывоза и передачи права собственности на культурные ценности* 1970 г.⁴³⁵ В соответствии с этой Конвенцией «культурной ценностью» должны считаться все «ценности религиозного или светского характера, которые рассматриваются каждым государством как представляющими значение для археологии, доисторического периода, истории, литературы, искусства и науки». В культурное наследие государства включают, в частности, то, что его граждане или иностранцы создали или нашли на территории этого государства⁴³⁶. В целом смысл заключается в том, чтобы найти проход между Сциллой и Харибдой: слишком широкие возможности отдельного государства при определении понятия культуры может помешать другим государствам признать это определение (а с ним и Конвенцию); слишком жесткие международные ограничения могут подвергнуться критике в связи с недостаточным объемом защиты. Тот факт, что Конвенция была изначально ратифицирована небольшим количеством государств, на практике связан с широкими полномочиями отдельных государств в рамках Конвенции. На данный момент Конвенцию ратифицировали 122 государства (на 1.8.2012), последней ее ратифицировала Палестина.

139 Даже государства-члены *ЕС*, несмотря на региональную ограниченность и культурную однородность, не смогли достичь согласия в отношении содержания понятия культурной ценности. В контексте ст. 36 ДФЕС государства могут принимать особые меры, ограничивающие свободу перемещения товаров с целью защиты «культурных ценностей»; в этой связи отдельные государства имеют возможность самостоятельно определять понятие в определенных рамках, соблюдение которых контролируется органами ЕС⁴³⁷. В отношении возвращения ценностей, неправомерно вывезенных с территории государства-члена, директива 93/7/ЕЭС от 15.3.1993 устанавливает, что государства определяют указанные в ней категории, такие как «памятники»

⁴³⁴ Подробнее см. ст. 12 Исполнительного регламента Конвенции, BGBl 1967 II, 1271, 1279.

⁴³⁵ ЦМ 10 (1971) 289ff. ФРГ ратифицировала Конвенцию в 2007 г.

⁴³⁶ Подробнее см. ст. 4. В этой связи см. также Европейскую конвенцию по правам человека 5.1.2000, жалоба № 33202/96 (Байелер (*Beyeler*) против Италии), см. примечание: Rudolf, AJIL 94 (2000) 736.

⁴³⁷ См.: Müller-Graff (сноска 396) Rn 66; Röss, Kultur und Europäischer Binnenmarkt, 1991.

или «коллекция», посредством конкретизации в каждом отдельном случае, но и тогда действует только запрет злоупотребления правом⁴³⁸.

б) Носители культурных ценностей

Разнообразие моделей правового регулирования на международном уровне отражается также в различиях относительно основ принадлежности культурных ценностей к носителям прав, признанным международным правом. Международное сообщество, государство, народ и индивид приводятся в качестве носителей культурных прав, однако разные подходы на сегодняшний день до конца не продуманы и не согласованы друг с другом. Принцип *верховенства государства в отношении культурных ценностей*, вытекающий из общих правил о государственном суверенитете, не является спорным. В этих рамках государство имеет право принимать правовые акты о купле и продаже, а также об экспорте и импорте культурных ценностей. Государство может обязывать собственников сохранять культурные ценности и заботиться о них, а также само предоставлять для этого средства. В принципе, следует признать право государства на экспроприацию культурных ценностей на своей территории, даже если они принадлежат иностранным собственникам; однако до сих пор не установлено, насколько государство обладает этим правом, если культурная ценность ввозится на территорию государства на ограниченное время для выставки и запрещение экспроприации не оговорено⁴³⁹.

В рамках различных подходов к регулированию, при которых культурная ценность рассматривается, прежде всего, с точки зрения государственного суверенитета и идентичности, возникают специальные вопросы, особенно в отношении критериев принадлежности культурной ценности к определенному государству и права на ее возвращение в случае нелегального или даже легального вывоза. В отношении *принадлежности культурной ценности к национальной культуре* можно себе представить разные подходы. В первую очередь, может быть установлена связь с государственной территорией, на которой была создана культурная ценность. Гражданство автора также может служить в качестве связки. Наконец,

⁴³⁸ Директива ЕС 93/7/EWG от 15.3.1993, ABI EG 1993, Nr L 74/74, последние изменения внесены на основании Директивы 2001/38/EG от 5.6.2001, ABI EG 2001, Nr L 187/43.

⁴³⁹ Специальная защита при проведении выставок предусмотрена Законом ФРГ о защите культурных ценностей 1998 г. (сноска 399). Согласно этому закону немецкие государственные органы могут гарантировать возвращение культурной ценности иностранному лицу, предоставляющему ее для выставки, вследствие чего до ее возвращения третьи лица не могут предъявлять требования. См.: *Jayme, Das Freie Geleit für Kunstwerke*, 2001.

можно установить, что государство может претендовать на произведение искусства, если оно имеет особое значение для государственной идентичности, независимо от места создания или гражданства автора. В конкретных случаях выбор разных связей может привести к коллизии государственных претензий⁴⁴⁰.

142 Как и в других контекстах, право народа на *самоопределение* является основным выражением правоспособности народа⁴⁴¹. Несмотря на то, что Устав ООН прямо не указывает на культурный аспект права на самоопределение, Генеральная ассамблея ООН постановила, что существует не только политический и экономический, но и культурный аспект права на самоопределение⁴⁴². Согласно этой резолюции ни одно государство не имеет права «лишать народы их национальной идентичности и культурного наследия». В этой связи особенно должны защищаться права коренных народов⁴⁴³. В Африканской хартии прав человека и народов говорится о праве на «экономическое, социальное и культурное развитие с должным учетом самобытности и при равноправном доступе к общему наследию человечества»⁴⁴⁴. Пока не существует однозначной практики отдельных государств в отношении культурного аспекта права на самоопределение; однако следует отметить, что различные аспекты права на самоопределение на практике неразрывно связаны между собой и поэтому из лишения культурных прав в экстремальном случае может следовать право на отделение. Современное международное право обязывает государства также защищать культурные интересы *меньшинств*⁴⁴⁵. Например, согласно ст. 27 МПГПП государство не должно лишать меньшинства права «совместно с другими членами той же группы пользоваться своей культурой»; ЕКПЧ содержит акцессорное

⁴⁴⁰ См.: *Jayne*, Rechtsbegriffe und Kunstgeschichte, in Reichelt (Hrsg), Neues Recht zum Schutz von Kulturgut, 1997, 11 (16); *Müller-Katzenburg*, Internationale Standards im Kulturgüterverkehr und ihre Bedeutung für das Sach- und Kollisionsrecht, 1996, 142ff; *Hanisch*, Der Fall des Liotard und die nationale Zuordnung eines Kunstwerks, in: Frank (Hrsg), Recht und Kunst, 1996, 19ff; *Mußnug*, Die Staatsangehörigkeit des Kulturguts, FS Ress, 2005, 1531ff.

⁴⁴¹ См. Раздел 3. Хайльброннер / Kay, абз. 122 и след.

⁴⁴² UN GA Res 2131 (XX) v 21.12.1965.

⁴⁴³ Ст. 3 Декларации ООН о правах коренных народов, UN GA Res 61/295 от 13.9.2007; см. *Kuprecht*, Human Rights Aspects of Indigenous Cultural Property Repatriation, FS Siehr, 2010, 191ff; *Wiessner*, The Cultural Rights of Indigenous Peoples: Achievements and Continuing Challenges, EJIL 22 (2011) 121ff; *Engle*, On Fragile Architecture: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples in the Context of Human Rights, EJIL 22 (2011) 141ff.

⁴⁴⁴ Статья 22 der «Банжунской хартии прав человека и народов» от 27.6.1981, немецкий перевод см.: Simma/Fastenrath (Hrsg), Menschenrechte, 5. Aufl 2004, 707ff. См. также UN GA Res 57/249 (2003) zu «Culture and Development».

⁴⁴⁵ См. Раздел 3. Хайльброннер / Kay, абз. 324 и след.

право защиты меньшинств от дискриминации (ст. 14)⁴⁴⁶. Объем обязательства согласно ст. 27 МПГПП еще окончательно не установлен; в особенности существует неопределенность в отношении того, какие конкретные действия обязано совершать государство. Согласно абз. 2 ст. 2 Международной конвенции ООН о ликвидации всех форм расовой дискриминации 1966 г.⁴⁴⁷ государства обязаны, «когда обстоятельства этого требуют», принимать меры для защиты определенных расовых групп также в сфере культуры.

Нельзя однозначно ответить на вопрос, насколько и в какой форме индивиды имеют право на культуру (*a right to culture*)⁴⁴⁸. Следуя Всеобщей декларации прав человека ООН (ст. 22 и 27) ст. 19 МПГПП предусматривает, что каждый человек имеет право, в частности, получать и распространять информацию и идеи посредством художественных форм выражения; Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (МПЭСКП) устанавливает право индивида на участие в культурной жизни (абз. 1 ст. 15); региональные пакты о правах человека содержат аналогичные формулировки⁴⁴⁹. В ЕКПЧ прямо не упоминается защита культурных прав или ценностей; однако признано, что сфера действия ст. 10 или 8 ЕКПЧ или абз. 1 ст. 1 1-го дополнительного протокола может распространяться на такие случаи⁴⁵⁰. ЮНЕСКО предприняла попытку определить форму и содержание права на культуру в своих рекомендациях⁴⁵¹.

Во многих правовых актах культурные ценности обозначаются как наследие человечества (*common heritage of mankind*)⁴⁵². Еще в 1813 г. в решении судьи из Галифакса было установлено, что искусство и наука «считаются не особенностью той или иной нации,

143

144

⁴⁴⁶ См. Раздел 3. *Хайльброннер / Кау*, абз. 256. 1.4.2005 вступил в силу 12-й дополнительный протокол к ЕКПЧ, который предусматривает также общую защиту от дискриминации.

⁴⁴⁷ BGBl 1969 II, 961.

⁴⁴⁸ Существование этого права подтверждают *Protz*, Cultural Rights as Peoples' Rights in International Law, in: Crawford (Hrsg), The Rights of Peoples, 1988, 93ff; *Francioni* (сноска 368) 1212ff; *ders*, The Human Dimension of International Cultural Heritage Law: An Introduction, EJIL 22 (2011) 9ff; см. также: *O'Keefe*, Cultural Life, Right to Participate in, International Protection, in MPEPIL.

⁴⁴⁹ См.: *Wyss* (сноска 363) 196ff sowie *O'Keefe* (сноска 362).

⁴⁵⁰ См.: *Ress*, Kulturgüterschutz und EMRK, FS Mußgnug, 2005, 499ff.

⁴⁵¹ См.: *Ress*, Kulturgüterschutz und EMRK, FS Mußgnug, 2005, 499ff.

⁴⁵² Понятие культурного «наследия» трудно определить с юридической точки зрения. На практике его часто предпочитают понятию культурной «собственности», которое подчеркивает в первую очередь индивидуальное право распоряжения и исключения из пользования, см. также: *Friego*, Cultural Property v Cultural Heritage: A «Battle of Concepts» in International Law?, IRRC 86 (2004) 367ff; *Francioni*, Cultural Heritage, in MPEPIL.

а собственностью всего человечества, и существуют в общих интересах всего человеческого рода» («are considered not as the peculium of this or of that nation, but as the property of mankind at large and as belonging to the common interests of the whole species») ⁴⁵³. Во второй половине XX в. эта концепция нашла свое выражение, в частности, в Гаагской конвенции 1954 г., согласно которой ущерб, наносимый культурным ценностям одного народа, одновременно «является ущербом для культурного наследия всего человечества, поскольку каждый народ вносит свой вклад в мировую культуру». В Преамбуле к Конвенции ЮНЕСКО 1970 г. ⁴⁵⁴ речь идет о культурном достоянии каждого народа «и культурного достояния всех народов», а в Преамбуле к Конвенции ЮНЕСКО об охране всемирного культурного и природного наследия 1972 г. ⁴⁵⁵ установлено, что «исчезновение любых объектов культурного или природного наследия представляет собой пагубное обеднение достояния всех народов мира» и что «некоторые ценности культурного и природного наследия представляют исключительный интерес и поэтому должны сохраняться как часть всемирного наследия человечества». Такие формулировки в императивных правовых актах неизбежно вызывают вопрос о юридическом содержании концепции «общего наследия человечества». Следует ли в этом контексте понимать «человечество» как новый субъект международного права, отличный от государства? В морском праве и в отношении негосударственных пространств в целом концепция общего наследия в последнее время приобрела конкретное юридическое содержание: присвоение этих пространств запрещено, при их использовании должны учитываться интересы человечества и, в особенности, развивающихся стран ⁴⁵⁶. Если провести сравнение с культурной областью, то следует констатировать, что в этой области юридический контекст имеет другую структуру: в связи с культурными ценностями речь не идет ни о запрете присвоения, ни о распределении преимуществ, связанных с пользованием. В этом случае трудно сделать другие юридические выводы ⁴⁵⁷.

⁴⁵³ См. выше абз. 430.

⁴⁵⁴ См. выше абз. 138 и ниже абз. 150.

⁴⁵⁵ Конвенция ЮНЕСКО об охране всемирного природного и культурного наследия 1972 г., BGBl 1977 II, 215.

⁴⁵⁶ См. Раздел 5. *Прельсс*, абз. 66 и след.

⁴⁵⁷ См.: *Dolzer*, Die Deklaration des Kulturguts zum «common heritage of mankind», in: *Dolzer/Jaume/Mußgnug* (сноска 370) 13ff; противоположная точка зрения см.: *Francioni* (сноска 368) 1209ff.

в) Культурные ценности в вооруженных конфликтах

Международно-правовая защита культурных ценностей во время войны⁴⁵⁸ исторически возникла раньше, чем договоренность о регулировании в мирное время. Причина заключалась в том, что культурные ценности подвергались опасности в результате военных действий, а также в связи с захватом произведений искусства противника как выражением права на трофеи, которое долгое время признавалось. Еще *Гроций* указал на то, что вывоз произведений искусства победителем вызывает у побежденного постоянное чувство унижения, вследствие чего возникает потенциальная опасность для будущего⁴⁵⁹. *Наполеон* организовал во время захватнических войн систематическое расхищение произведений искусства; выставление этих произведений во французских музеях должно было «иллюстрировать европейское единство под началом Франции на примере объединенных трофеев»⁴⁶⁰. Однако уже тогда этот план противоречил правосознанию европейского сообщества государств, и Франции пришлось согласиться с требованиями пострадавших государств о реституции⁴⁶¹.

У истоков современной системы многосторонних международных договоров о защите культурных ценностей в случае вооруженных конфликтов стоит *Гаагская конвенция о законах и обычаях сухопутной войны* 1907 г.⁴⁶² Невзирая на отсутствие прямого упоминания культурных ценностей, большое значение имеют положения о запрете присвоения и уничтожения собственности врага, нападения на незащищенные города или строения и, в особенности, осуждении мародерства (ст. 22 и след.). Защита культурных ценностей особенно тесно связана с требованием уважения частной собственности и соответствующим запретом конфискации или грабежа (ст. 46,

⁴⁵⁸ К вопросу о гуманитарном международном праве см.: Раздел 8. *Bome*, абз. 56 и след., *Wolfrum*, Cultural Property, Protection in Armed Conflict, in MPEPIL; *Schreuer*, The Protection of Investments in Armed Conflicts, TDM 9 (2012), issue 3.

⁴⁵⁹ См.: *Fiedler* (сноска 325) 212. На той же идее основывалась деятельность американских и британских офицеров подразделения охраны памятников, произведений искусства и архивов после беспрецедентного в новейшей истории расхищения произведений искусства национал-социалистами. К этому вопросу см. Висбаденский манифест, процитированный *Wyss* (сноска 3) 88f; *Nicholas*, Der Raub der Eugora, 1995. См. также: Процесс против военных преступников перед Международным военным трибуналом, Bd I, 1947, 267ff.

⁴⁶⁰ *Wyss* (сноска 363) 3.

⁴⁶¹ См.: *Fiedler* (сноска 364) 203ff; *Wescher*, Kunstraub unter Napoleon, 2. Aufl 1978.

⁴⁶² RGBl 1910, 107f; точнее, речь идет о «Положении о законах и обычаях сухопутной войны», являющемся приложением к IV Гаагской конвенции. К вопросу о Гаагской конвенции 1899 г. и о дальнейшем развитии см. *Hönes*, Zum Kulturbegriff der Haager Konventionen von 1899 bis heute, DÖV 1998, 985ff; *Herdegen*, Der Kulturgüterschutz im Kriegsvölkerrecht, in: *Dolzer/Jayme/Mußnug* (сноска 370) 161ff; *Mußnug*, Der kriegsrechtliche Kulturgüterschutz, FS Jeserich, 1994, 333ff; *Wolfrum*, Protection of Cultural Property in Armed Conflict, IYHR 32 (2002) 305ff.

47); к частной собственности приравнивается собственность церковных, благотворительных, образовательных, художественных и научных учреждений (ст. 56). Гаагская конвенция и сегодня остается в силе. По разным причинам она не достигла своих целей в обоих мировых войнах, в частности, вследствие недостаточно конкретного обозначения объектов защиты⁴⁶³. Во время Второй мировой войны немецкое нацистское руководство организовало в нарушение Гаагской конвенции систематическое расхищение чужих произведений искусства, особенно принадлежавших евреям, чтобы украсить ими свои служебные кабинеты и частные дома. После Второй мировой войны советские военнослужащие и частные лица вывезли из Германии в Советский Союз около 200 000 предметов и экспонатов, захваченных во время войны и оккупации, и в течение десятилетий отрицали их существование; в 1997 г. Россия предприняла попытку конфисковать эти предметы на основании закона. Российский Конституционный суд в 1999 г. принял решение, обоснованное тем, что, несмотря на Гаагскую конвенцию и два двусторонних российско-германских соглашения, эти меры оправданы как «компенсаторная реституция»⁴⁶⁴. В дипломатической среде к предметам, вывезенным нацистами, применяется понятие «похищенное искусство» («Raubkunst»), а к предметам, вывезенным в Советский Союз, — понятие «трофейное искусство» («Beutekunst») ⁴⁶⁵.

147 Несмотря на такого рода злоупотребления, в рамках *Женевских конвенций* 1949 г. также не удалось принять специальные положения о защите культурных ценностей. Это произошло только в 1954 г. в рамках *Гаагской конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта*⁴⁶⁶. При этом были учтены механизмы регулирования т. н. Пакта Рериха, который был принят американскими государствами в 1935 г.⁴⁶⁷ Развитие договоренностей 1907 г. в Гаагской конвенции 1954 г. выразилось в том, что

⁴⁶³ См.: *Buhse*, *Der Schutz von Kulturgut im Krieg*, 1959.

⁴⁶⁴ Перевод решения на немецкий язык опубликован (с примечаниями) в *Schröder*, *Wem gehört die Beutekunst? Zum zweiten Beutekunst-Urteil des russischen Verfassungsgerichts, Osteuropa-Recht* 2000, 29ff; см. также *Dolzer*, «Kompensatorische Restitution»? *NJW* 2000, 560ff; v. *Schorlemer* (Fn 417) 317ff; *Stumpf*, *Kulturgüterschutz im internationalen Recht unter besonderer Berücksichtigung der deutsch-russischen Beziehungen*, 2003; *Schoen*, *Der rechtliche Status von Beutekunst*, 2004; *Baufeld*, *Beutekunst — Versuch einer neuen juristischen Deutung, Osteuropa-Recht* 2005, 207ff; allgemein zum Zweiten Weltkrieg *Kowalski*, *Restitution of Works of Art Pursuant to Private and Public International Law*, *RdC* 288 (2001) 154ff; подробнее: *Fiedler*, *Kulturgüter als Kriegsbeute?*, 1995; *Jenschke*, *Der völkerrechtliche Rückgabanspruch auf in Kriegszeiten widerrechtlich verbrachte Kulturgüter*, 2005.

⁴⁶⁵ *Eitel* (сноска 417) 191.

⁴⁶⁶ *BGBI* 1967 II, 1235; подробнее см.: *Toman*, *Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict*, 1996; *Desch*, *Der Schutz von Kulturgut bei bewaffneten Konflikten nach der Konvention von 1954*, *HV-I* 1999, 230ff.

⁴⁶⁷ «Пакт Рериха», *ZaöRV* 16 (1955/56) 78f.

были более конкретно определены объекты защиты (ст. 1). «Общие положения о защите» (ст. 2–7) содержат ряд превентивных мер, которые стороны принимают в мирное время для защиты культурных ценностей, например, обозначение культурных ценностей отличительным знаком и введение уставов и инструкций для военнослужащих. Во время вооруженного конфликта согласно ст. 4 стороны обязаны запретить использование культурных ценностей в военных целях (за исключением случаев крайней необходимости), кражи, грабежи, незаконное присвоение или акты вандализма, реквизицию и репрессивные меры в отношении культурных ценностей; также прямо запрещена конфискация с целью репарации (абз. 3 ст. 4). Специальная защита предусмотрена для тех культурных ценностей, которые внесены в Международный реестр Генеральным директором ЮНЕСКО (ст. 8–12); запрещены любые враждебные акты, направленные против таких ценностей, и их использование в военных целях, если командир дивизии не констатирует «неизбежную военную необходимость». Обязанности оккупирующего государства закреплены в протоколе⁴⁶⁸ 1954 г.; согласно этому протоколу оно обязано предотвращать вывоз культурных ценностей с оккупированных территорий. Кроме того, Гагская конвенция 1954 г. была дополнена ст. 53 и абз. 4 [d] ст. 85 *Дополнительного протокола I*, а также ст. 16 *Дополнительного протокола II* 1977 г. к Женевским конвенциям 1949 г., которые запрещают враждебные акты, направленные против культурных ценностей и мест отправления культа и их использование для поддержки военных усилий или применение к ним репрессивных мер в международных конфликтах⁴⁶⁹. Однако эти правила следует толковать ограничительно, поскольку не существует возможности оправдания мер на основании «неизбежной военной необходимости».

В случае нарушения положений Гагской конвенции 1954 г. договаривающиеся стороны должны применять уголовные или дисциплинарные санкции (ст. 28). Однако тот факт, что Гагская конвенция не предусматривает непосредственной уголовной ответственности, подвергался критике⁴⁷⁰. Поэтому меры для обеспечения соблюдения Конвенции были расширены в рамках Протокола II к Гагской конвенции, принятого в 1999 г. и вступившего в силу в 2004 г.⁴⁷¹ Протокол II был согласован также с учетом событий

148

⁴⁶⁸ BGBl 1967 II, 1100.

⁴⁶⁹ BGBl 1990 II, 1551; BGBl 1990 II, 1637.

⁴⁷⁰ См.: *Partsch*, in: Fleck (Hrsg), *Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, 1999, 377 (403).

⁴⁷¹ ILM 38 (1999) 769; ратифицирована ФРГ 7.7.2009, BGBl 2009 II, 716; см.: *Henckaerts*, *New Rules for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict*, HV-I 1999, 147ff; *Penkny*, *Der Schutz von Kulturgütern bei bewaffneten Konflikten im Lichte jüngster völkerrechtlicher Entwicklungen*, HV-I 2003, 27ff; *Frulli*, *The Criminalization of Offences against Cultural Heritage in Times of Armed Conflict: The Quest for Consistency*, EJIL 22 (2011) 203ff.

во время войн в бывшей Югославии. Обстрел старого города в Дубровнике, имеющего статус объекта Всемирного наследия ЮНЕСКО, а также разрушения в Мостаре, Вуковаре и Сараево производились, в частности, с целью систематического уничтожения культурного наследия этнических групп как метода ведения войны. Устав Международного трибунала по бывшей Югославии 1993 г. содержит под заголовком «Нарушение законов или обычаев войны» состав нанесения ущерба культурным ценностям (ст. 3 [d])⁴⁷². Согласно ст. 8 Римского статута Международного уголовного суда 1998 г. нанесение ущерба культурным ценностям также является военным преступлением⁴⁷³. К юрисдикции «чрезвычайных палат» в судах Камбоджи по преступлениям режима красных кхмеров 1975–1979 гг. согласно ст. 7 Закона об учреждении чрезвычайных палат относятся нарушения Гаагской конвенции 1954 г.⁴⁷⁴ Однако состав «культурный геноцид» пока не признан⁴⁷⁵.

149 Война в Ираке 2003 г. наглядно продемонстрировала, что соответствующие нормы не утратили своего значения и в наше время⁴⁷⁶. Еще в 2001 г. разрушение талибами двух гигантских статуй Будды в афганском Бамияне вызвало возмущение во всем мире и послужило поводом для принятия декларации ЮНЕСКО, касающейся преднамеренного разрушения культурного наследия в 2003 г.⁴⁷⁷ Однако это не предотвратило целенаправленного разрушения повстанцами святынь Тимбукту (Мали), относящихся к всемирному культурному наследию, в 2012 г. Что касается действия положений международного военного права как *международных обычаев*, то оно

⁴⁷² См.: *Francioni* (сноска 3) 1215ff.

⁴⁷³ К вопросу о международном уголовном праве см.: Раздел 7. *Шредер*, абз. 37 и след.

⁴⁷⁴ Создание палат связано с соглашением между ООН и Камбоджей, текст которого является приложением к резолюции ГА ООН 57/228 от 22.5.2003; немецкий перевод см.: HV-I 2005, 59.

⁴⁷⁵ *Cassese*, *International Criminal Law*, 2003, 96f., *O'Keefe*, *Protection of Cultural Property under International Criminal Law*, Melb JIL 11 (2010) 339ff; см. в этом контексте: *Vrdoljak*, *Genocide and Restitution: Ensuring Each Group's Contribution to Humanity*, EJIL 22 (2011) 17ff.

⁴⁷⁶ В связи с разграблением Иракского национального музея, Национальной библиотеки, археологических раскопок и других иракских учреждений после свержения *Саддама Хусейна* в апреле 2003 г. Совет безопасности ООН призвал государства вернуть предметы в Ирак и пресечь торговлю предметами, в отношении которых существует подозрение, см. пкт. 7 Резолюции 1483 (2003) от 22.5.2003; см.: *Puong*, *The Protection of Iraqi Cultural Property*, ICLQ 53 (2004) 985ff; *Sandholtz*, *The Iraqi National Museum and International Law*, Colum J Transnat'l L 44 (2005) 185ff; *Gerstenblith*, *From Bamiyan to Baghdad: Warfare and the Preservation of Cultural Heritage at the Beginning of the 21st Century*, GJIL 37 (2006) 245ff; *Weber*, *Verbote des Handels mit irakischen Kulturgütern*, SZIER 2006, 425ff; *Patron*, *The Looting of Iraqi Archaeological Sites*, GWILR 40 (2008) 465ff.

⁴⁷⁷ См.: *Francioni/Lenzerini*, *The Destruction of the Buddhas of Bamiyan and International Law*, EJIL (2003) 619ff; *Goy*, *La destruction intentionelle du patrimoine culturel en droit international*, RGDI 109 (2005) 273ff.

должно определяться в результате анализа практики государств в каждом отдельном случае. Однако в последнее время все большее признание получает точка зрения о том, что основные положения уже действуют как международные обычаи⁴⁷⁸.

г) Регулирование в мирное время

Только в 1970 г. было принято первое специальное соглашение об охране в мирное время, *Конвенция о мерах, направленных на запрещение и предупреждение незаконного ввоза, вывоза и передачи права собственности на культурные ценности*⁴⁷⁹. Особенно страны Третьего мира настаивали на введении регулирования, чтобы более эффективно бороться с нелегальным вывозом культурных ценностей в будущем. Конвенция обязывает все договаривающиеся стороны ввести запрет на вывоз культурных ценностей, на которые не выдано свидетельство о разрешении (ст. 6). Не существует аналогичного общего запрета на ввоз в случае нелегального вывоза; только в случае каржи из государственного учреждения государство-импортер обязано на основании заявления принять меры по получению и возвращению культурной ценности. Это правило действует и в случае промежуточного добросовестного приобретения, но в этом случае в сочетании с обязанностью государства, из которого вывезена культурная ценность, выплатить приобретателю адекватную компенсацию (абз. 2 ст. 7 [b]). Если ценность не украдена в государстве-экспортере, из самой Конвенции не следует обязанность возвращения; однако Конвенция ссылается на национальное право государства-импортера, в котором может быть установлено применение положений только в случае приобретения ценности государственными учреждениями страны-импортера, как, например, в США⁴⁸⁰. Согласно ст. 3 ввоз, вывоз и передача собственности считаются незаконными, если они совершены в нарушение правил, принятых государствами-участниками в соответствии с Конвенцией. Насколько ст. 3 применяется непосредственно, что можно предположить на основании формулировки, является спорным⁴⁸¹. ФРГ до сих пор не ратифицировала Конвенцию, поскольку был установлен ряд недостатков (в частности, широкое понятие культуры, слишком существенное влияние на торговлю предметами искусства и антиквариатом, большая

150

⁴⁷⁸ См.: v. *Schorlemer* (Fn 385) 297ff; Henckarts/Doswald-Beck (Hrsg), *Customary International Humanitarian Law*, Vol I, 2005, 127ff; см. также *Francioni* (сноска 418) 14.

⁴⁷⁹ См. выше абз. 138.

⁴⁸⁰ *Strein* (сноска 383) 89f.

⁴⁸¹ Противоположной точки зрения на основании истории создания придерживается *Strein* (сноска 383) 88.

нагрузка на таможенную службу)⁴⁸². Несмотря на это, Федеральный Верховный суд ФРГ в 1972 г. принял решение, согласно которому Конвенцию можно учитывать при конкретизации понятия добрых нравов в § 138 Гражданского уложения ФРГ⁴⁸³; решение подверглось критике в литературе⁴⁸⁴.

151 В отличие от Конвенции 1970 г., *Конвенция ЮНЕСКО об охране всемирного культурного и природного наследия* 1972 г.⁴⁸⁵ направлена не на юридические проблемы⁴⁸⁶, а на защиту определенных культурных ценностей от традиционных причин разрушения, а также от воздействия, связанного с социальными и экономическими факторами; угроза для культурных ценностей в результате внешних воздействий постоянно растет⁴⁸⁷. Неудивительно, что эту Конвенцию, в отличие от Конвенции 1970 г., ратифицировало большинство государств (189 на 1.8.2012). В соответствии с Конвенцией к культурному наследию относятся памятники, ансамбли и достопримечательные места, «представляющие выдающуюся универсальную ценность» (ст. 1). Следует отметить, что каждое государство обязуется по возможности принимать меры для выявления, охраны и сохранения культурного и природного наследия (ст. 5). Государства-участники представляют «Комитету Всемирного наследия ЮНЕСКО» перечень культурных и природных ценностей для включения в «Список всемирного наследия», причем решение от включения в Список зависит от того, насколько репрезентативным является объект для определенного вида феноменов⁴⁸⁸. Комитет также принимает решение о мерах финансовой поддержки из фонда, которым он управляет; однако объем фонда достаточно скромн. На сегодняшний день в список входят 962 объекта из 157 государств-участников (из них 37 в Германии

⁴⁸² См.: *Blumenwitz*, *Rechtliche Schwierigkeiten bei der Rückgabe rechtswidrig nach Deutschland verbrachter Kunstschatze an die Herkunftsstaaten und künftige Lösungsansätze*, FS Röss, 2005, 3 (11ff).

⁴⁸³ BGHZ 59, 82.

⁴⁸⁴ См., например: *Siehr*, *Nationaler und internationaler Kulturgüterschutz — Eingriffsnormen und der internationale Kunsthandel*, FS Lorenz, 1991, 525ff.

⁴⁸⁵ BGBl 1977 II, 215. См.: *Fitschen*, *Internationaler Schutz des kulturellen Erbes der Welt*, in: Fiedler (Hrsg.), *Internationaler Kulturgüterschutz und deutsche Frage*, 1991, 183ff; *Francioni* (сноска 418) 13ff, ders (Hrsg.), *The 1972 World Heritage Convention*, 2008; v. *Schorlemer*, *Compliance with the UNESCO World Heritage Convention*, GYIL 51 (2008) 321ff.

⁴⁸⁶ МС учел в своем решении о предварительной защите по вновь возникшему спору между Камбоджей и Таиландом ущерб, нанесенный в результате военных действий храму Преах-Вихеар, который уже внесен в перечень всемирного культурного наследия ЮНЕСКО, см.: МС, Запрос о толковании решения по делу о храме Преах-Вихеар от 15.6.1962 (Камбоджа против Таиланда), постановление от 18.7.2011, № 53.

⁴⁸⁷ v. *Schorlemer*, *Der internationale Schutz von Kulturgütern gegen Umwelteinflüsse*, in: *Fechner/Oppermann/Prott* (сноска 326) 225ff.

⁴⁸⁸ См.: v. *Schorlemer* (сноска 385) 135f., *Gornig*, *Schutz der Kulturgüter vor Umwelteinflüssen und natürlichen Gefahren im nationalen und internationalen Recht*, FS Fiedler, 2011, 389ff.

на 1.8.2012); в «Список Всемирного наследия, находящегося под угрозой» входит 38 памятник⁴⁸⁹.

В последнее время возникли конфликты, связанные с локальными мероприятиями по развитию городской инфраструктуры в Германии, которые, с точки зрения Комитета ЮНЕСКО, нарушают целостность охраняемых памятников. Кельнский собор был снова вычеркнут из Списка наследия, находящегося под угрозой, в июне 2006 г., после того как городская администрация ограничила строительство в его окрестностях⁴⁹⁰. В том же году Комитет принял решение о внесении дрезденской долины Эльбы в Список наследия, находящегося под угрозой, в связи с планированием нового моста⁴⁹¹. При этом следует отметить, что включение памятника в Список Всемирного наследия ЮНЕСКО, с юридической точки зрения, не является основанием для абсолютного запрета новых инфраструктурных проектов. В свете обязанностей государств-участников согласно ст. 4, 5 включение в список является только фактором оценки. Статья 6 можно интерпретировать, как максимум, как обязанность сотрудничества с Комитетом⁴⁹². Интересный факт заключается в том, что дрезденская долина Эльбы — только второй памятник, входивший в список, и окончательно исключенный из него.

Несмотря на обязанность защищать культурные ценности, очевидно, что Конвенция придает большое значение *государственному суверенитету* (см. ст. 6), хотя в Преамбуле речь идет о «всеобщем наследии человечества»⁴⁹³. Без согласия государства Комитет не может принимать меры даже при непосредственной опасности для культурной ценности; государство не обязано подавать заявку о помощи (см. ст. 19). Государства оказывают помощь по просьбе других государств (ст. 6); в межгосударственных отношениях запрещены только преднамеренные действия, которые могут нанести ущерб объектам защиты. С точки зрения права культурных ценностей и экологического права, это регулирование является неудовлетворительным. Очевидно, что культурное наследие не подлежит доверительному управлению мирового сообщества⁴⁹⁴; насколько государство на основании Конвенции может рассматриваться как «доверительный управляющий общими культурными

152

⁴⁸⁹ Немецкие памятники, включенные в Список Всемирного наследия ЮНЕСКО, а также список культурных ценностей под угрозой опубликованы в приложении Sart II Nr 410.

⁴⁹⁰ Подробнее см.: *Zacharias*, Cologne Cathedral versus Skyscrapers, MPYUNL 2006, 273.

⁴⁹¹ UNESCO World Heritage Committee, 33rd session, WHC-09/33.COM/20 v 25.6.2009.

⁴⁹² *Francioni* (сноска 418) 25f; см. также: *Kotzur*, Die Dresdner Waldschlösschenbrücke: rechtlich rundum beleuchtet, Deutscher Verwaltungsgerichtstag 16 (2010), 327ff; см.: Высший административный суд земель Берлин-Бранденбург, BauR 2010, 1809 об охране «вида» из исторического парка, относящегося к всеобщему культурному наследию, на окрестности как основания для требований к плану застройки.

⁴⁹³ *Francioni* (сноска 418) 18.

⁴⁹⁴ См.: *Streinz* (сноска 343) 79.

ценностями», представляется сомнительным в свете подчернутой ведущей роли суверенитета⁴⁹⁵. Представление о всемирном наследии всего человечества пробуждает юридические ожидания, которых содержание Конвенции не оправдывает. Это касается также «Района» морского дна и его недр как общего наследия человечества⁴⁹⁶.

153 В связи с очевидными недостатками Конвенции 1970 г., не позволяющими многим государствам ее признать, в 1990-е гг. была предпринята новая попытка создать международное регулирование для предотвращения нелегального вывоза культурных ценностей; т. н. *Конвенция ЮНИДРУА о похищенных или незаконно вывезенных культурных ценностях* 1995 г.⁴⁹⁷ направлена на согласование между государствами-участниками минимальных стандартов при обработке запросов о возвращении и реституции незаконно вывезенных культурных ценностей. Национальные нормы многих государств, применявшиеся до сих пор, разрешали, например, добросовестное приобретение похищенного имущества и применяли разное регулирование к предметам, вывезенным незаконно (но не похищенным). В основном Конвенция ЮНИДРУА 1995 г. направлена на создание специальных положений в отношении трансграничного перемещения культурных ценностей; при этом производится дифференциация между похищенными и «только» незаконно вывезенными культурными ценностями.

154 В отношении *похищенных ценностей*, как и в немецком праве, добросовестное приобретение в принципе невозможно; владелец, обязанный вернуть вещь, имеет право на компенсацию, если он проявил надлежащую осмотрительность при приобретении. Установленный таким образом поворот бремени доказывания мог бы усложнить нелегальную торговлю. Срок давности требования о возвращении истекает через три года с момента получения информации о его местонахождении и владельце. В отношении *незаконно вывезенных ценностей*, к которым относятся также временно вывезенные, но вопреки договоренности не возвращенные культурные ценности, государство происхождения может требовать возвращения только при наличии определенных предпосылок. Оно должно доказать, что нелегальный вывоз нанес конкретный ущерб одному из указанных интересов: материальное

⁴⁹⁵ *Streinz* (сноска 383) 79 со ссылками на литературу. К вопросу о ситуации в ФРГ см.: *Fastenrath*, *Der Schutz des Weltkulturerbes in Deutschland*, DÖV 2006, 1017ff; *v. Bogdandy/Zacharias*, *Zum Status der Weltkulturerbekonvention im deutschen Rechtsraum*, NVwZ 2007, 527ff.

⁴⁹⁶ См. Раздел 5. *Прельсс*, абз. 72, а также выше абз. 144.

⁴⁹⁷ ZVgIRWiss 95 (1996) 214ff (не подписана ФРГ); см.: *Prott*, *Kulturgüterschutz nach der UNIDROIT-Konvention und nach der UNESCO-Konvention*, ZVgIRWiss 95 (1996) 188ff; *dies*, *The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects*, *Unif L Rev* 14 (2009) 215ff; *Reichelt*, *Die UNIDROIT-Konvention 1995 über gestohlene oder unerlaubt ausgeführte Kulturgüter — Grundzüge und Zielsetzungen*, in: *ders* (Hrsg.), *Neues Recht zum Schutz von Kulturgut*, 1997, 550ff.

сохранение ценности, сохранение целостности ценности, сохранение информации или традиционное или ритуальное использование туземцами или племенами (абз. 3 ст. 5).

За этим компромиссом скрывается принципиальный вопрос, давно являющийся предметом дискуссий, насколько и при каких условиях государства должны признавать публичное право третьего государства в целом и экспорт культурных ценностей в частности при транснациональных операциях и объявлять его применимым на основании своего национального права. В этой связи не существует общепризнанных международных обычаев. Традиционная практика, согласно которой в принципе не подобает применять иностранное публичное право в рамках своего национального правопорядка («мы не прислужники чужого государства») ⁴⁹⁸, в качестве руководства уже не отвечает духу времени, по крайней мере, в отношении культурных ценностей. С другой стороны, государство и в этой области не будет заинтересовано в применении любого иностранного публичного права. «Золотая середина», найденная Конвенцией ЮНИДРУА, в основном отражает современный уровень развития дискуссии в международном праве.

На европейском уровне Совет Европы заключил *Европейскую культурную конвенцию* в 1954 г. ⁴⁹⁹ Конвенция основывается на идее «общего культурного наследия Европы», которое связано не только с поддержкой изучения языков, истории и цивилизации других стран-участниц, но и с облегчением перемещения лиц и обмена культурными ценностями (ст. 2, 4). С сегодняшних позиций, связанные с этим цели остаются настолько же актуальными, как и в 1954 г., особенно в контексте сотрудничества между Южной, Центральной и Восточной Европой ⁵⁰⁰. Совет Европы принял 27.10.2005 дополнительную Рамочную конвенцию о значении культурного наследия для общества ⁵⁰¹.

д) Возвращение культурных ценностей

За общей темой «возвращения» культурных ценностей скрываются в зависимости от применения понятия многочисленные юридические комплексы и вопросы, которые так или иначе связаны с *требованием возвращения* со стороны государства происхождения после незаконного или даже

⁴⁹⁸ Hierzu *Herdege*, *Wirtschaftsrecht*, § 2 Rn 52, 73ff.

⁴⁹⁹ BGBl 1955 II, 1128.

⁵⁰⁰ Для американского континента — особенно в связи с постколониальными требованиями бывших колоний Центральной и Латинской Америки в сфере культуры — в 1976 г. в Сан Сальвадоре была принята Конвенция, см. ILM 15 (1976) 1350. См.: *Müller-Katzenburg* (сноска 442) 95f. США заключили двусторонние соглашения, причем соглашение с Мексикой 1970 г. послужило образцом; см.: ILM 9 (1970) 1028ff.

⁵⁰¹ CETS Nr 199. Конвенция вступила в силу 1.6.2011, но еще не ратифицирована ФРГ.

правомерного перемещения⁵⁰². Ответ на этот вопрос в конкретном случае будет зависеть от международного частного права государства, в котором находится ценность или, если применимы нормы международного права (например, при перемещении в результате военных действий), от положений применимых международных договоров или обычаев⁵⁰³. Если перемещение является правомерным по праву страны происхождения на момент перемещения, по состоянию международного права на сегодняшний день страна происхождения не имеет права требовать возвращения. Это правило действует и в том случае, когда страна происхождения может доказать, что эта ценность относится к национальному культурному наследию. На основании этого принципа производится юридическая оценка «мраморной коллекции Элджина» («Elgin Marbles») (английское обозначение скульптур Парфенона в афинском Акрополе), которая долгое время была предметом дискуссий⁵⁰⁴.

158 В целом, это правило распространяется на все случаи перемещения в контексте ранее существовавших колониальных ситуаций в широком смысле этого понятия. Проблема правовой политики, которая связана с тем, что при этом аргументация основывается на случайных происшествиях, различных формах давления и ликвидированных исторических структурах, не может быть решена в пользу государства происхождения на основании норм современного международного права о применении права во времени. Право на культурное самоопределение не имеет обратного действия, даже если сегодня оно приобрело статус *ius cogens*⁵⁰⁵. Этому принципа на европейском уровне придерживается, в частности, директива ЕС 93/7/ЕЭС от 15.3.1993 о возвращении культурных ценностей, незаконно вывезенных с территории государства-члена ЕС⁵⁰⁶; ст. 2, согласно которой незаконно вывезенные культурные ценности подлежат возвращению, действует только с момента вступления директивы в силу⁵⁰⁷.

159 Эти принципы не распространяются на вопрос, насколько и при каких условиях *добровольное возвращение* культурной ценности представляется

⁵⁰² См.: Greenfield, *The Return of Cultural Treasures*, 3. Aufl 2005; Palmer (Hrsg), *The Recovery of Stolen Art*, 1998; Prott/O'Keefe, *Law and the Cultural Heritage*, Bd II, 1989, 814ff; Freytag (Fn 417) 175ff; Weber (сноска 417) 357ff; Wjss, Rückgabeansprüche für illegal ausgeführte Kulturgüter, in: Fechner/Oppermann/Prott (Fn 326) 201ff, Wjss, Rückgabeansprüche für illegal ausgeführte Kulturgüter, in: Fechner/Oppermann/Prott (Fn 365) 201ff. См. также: Hailbronner, Frachtgut gesunkener Schiffe und Kulturgüterschutz vor deutschen Gerichten, JZ 2002, 957ff.

⁵⁰³ См.: Siehr, *Internationaler Rechtsschutz von Kulturgütern*, SZIER 2005, 53ff.

⁵⁰⁴ См.: Frank, *Der Anspruch Griechenlands auf die «Elgin Marbles» im Britischen Museum in London*, in: Frank (сноска 399) 1ff; Rudenstine, *Lord Elgin and the Ottomans: the Question of Permission*, Cardozo LR 23 (2002) 449ff.

⁵⁰⁵ См. выше абз. 142.

⁵⁰⁶ См. выше абз. 139; подробнее см. Streinz (сноска 383) 120ff.

⁵⁰⁷ Hierzu im Einzelnen Müller-Katzenburg (Fn 442) 117.

более целесообразным, чем раньше, в свете национальных интересов страны происхождения. В особенности это касается практики государственных музеев. В последнее время они приняли ряд *кодексов поведения* разного содержания, которые устанавливают повышенные требования к сбору информации, а также запреты на приобретение объектов неизвестного происхождения, но не имеют обратной силы⁵⁰⁸; к этой теме относится также составление реестра похищенных культурных ценностей, банка данных Международного фонда исследований в области искусства (*International Foundation for Art Research*) в Нью-Йорке⁵⁰⁹. Часто возникают проблемы в связи с тем, что особенно жертвы принудительных продаж или конфискации в «Третьем Рейхе» не могут доказать свои права собственника, как и актуальные владельцы, в частности музеи, часто не могут доказать добросовестное приобретение. В этой связи в 1998 г. была разработана *Вашингтонская декларация* как заключительный документ конференции об имущественных ценностях жертв Холокоста, в которой участвовали представители 44 стран, в том числе ФРГ⁵¹⁰. Из декларации не вытекают юридические обязательства; тем не менее она была имплементирована федерацией, землями и муниципалитетами ФРГ в форме «Инструкции по возвращению культурных ценностей, которых были лишены собственники вследствие нацистского преследования». Согласно инструкции, если существуют сомнения в отношении отношений собственности, бремя доказывания несут музеи; если они не могут однозначно установить собственника, действует предположение в пользу лиц, подвергшихся преследованию, и ценности должны быть им возвращены или должна быть выплачена компенсация, размер которой, однако, являются спорным⁵¹¹. Для разрешения споров существует Консультационная комиссия, состоящая из восьми представителей науки и политиков. Для установления происхождения художественных произведений, согласованного в Вашингтонской декларации, также был создан банк данных⁵¹². Принципы Вашингтонской декларации были подтверждены в *Терезиенштадтской декларации* 2009 г. при участии ФРГ⁵¹³.

⁵⁰⁸ См.: *Streinz* (сноска 383) 198f.

⁵⁰⁹ <<http://www.ifar.org/>>. См.: *Radcliffe*, *The Work of the International Art and Antiques Loss Register*, in: *Palmer* (сноска 504) 189ff.

⁵¹⁰ Опубликована в *Permanent Court of Arbitration (Hrsg), Resolution of Cultural Property Disputes*, 2004, 431; к вопросу о конференции см. *Eitel*, «Nazi-Gold» und andere Holocaust-Vermögenswerte, *FS Ipsen*, 2000, 57ff.

⁵¹¹ К вопросу о споре о возвращении картины Эрнста Людвиг Кирхнера «Берлинская уличная сцена» см.: *Huttenlauch*, *Street Scenes and Other Scenes from Berlin — Legal Issues in the Restitution of Art after the Third Reich*, *GLJ 7* (2006) 819ff.

⁵¹² <<http://www.lostart.de/>>.

⁵¹³ Терезиенштадтская декларация от 30.6.2009, *Prague Holocaust Era Assets Conference*, немецкий перевод на сайте: <<http://www.lostart.de/>>; см. также *Martinek*, *Die*

е) **Охрана культурных ценностей в море**

160 Вследствие появления новых технологий для извлечения предметов со дна подводная археология начала привлекать внимание в последние десятилетия. В этой связи в *Конвенцию ООН по морскому праву* 1982 г. (КМП) были включены положения в отношении зон⁵¹⁴. В целом КМП обязывает государства охранять археологические объекты и сотрудничать для этой цели (ст. 303). В то время как на внутренние воды и территориальное море распространяется суверенитет прибрежного государства, а в отношении прилегающей зоны ему предоставляются широкие права в случае извлечения археологических объектов (см. ст. 303), археологические объекты на континентальном шельфе и в открытом море охраняются в интересах всего человечества. «Стране происхождения» или «государству археологического происхождения» предоставляются преференциальные права (ст. 149)⁵¹⁵.

161 Недостатки регулирования КМП, особенно отсутствие необходимых определений, привели к принятию *Конвенции ЮНЕСКО об охране подводного культурного наследия* в 2001 г.⁵¹⁶ Она защищает все следы человеческого существования, имеющие культурный, исторический или археологический характер, которые находятся под водой не менее 100 лет (ст. 1, 2). Центральным элементом и здесь является распределение компетенций, связанное с морскими зонами; положения КМП остаются в силе (ст. 3). Спорными были, прежде всего, полномочия прибрежного государства в исключительной экономической зоне и на континентальном шельфе. Согласно ст. 9 и 10 все государства несут ответственность за охрану культурных ценностей в этих зонах; прибрежное государство принимает меры, как правило, после консультаций с другими заинтересованными государствами. В одностороннем порядке оно может только принимать меры для предотвращения непосредственной опасности.

Wiedergutmachung NS-bedingter Kulturgutverluste als Soft Law-Problem, FS Fiedler, 2011, 415ff.

⁵¹⁴ К вопросу о развитии права см.: *Korthals Altes*, Submarine Antiquities, SJILC 4 (1976) 77; *Prott/O'Keefe*, Maritime Archaeology, EPIL III (1997) 298ff; см.: *Graf Vitzthum/Talmon*, Alles fließt — Kulturgüterschutz und innere Gewässer im Neuen Seerecht, 1998; *Pallas*, Maritimer Kulturgüterschutz, 2004, 175ff. К вопросу о зонах согласно КМП см.: Раздел 5. *Граф Витцтум*, абз. 38 и след.

⁵¹⁵ См.: *Caflich*, Submarine Antiquities and the International Law of the Sea, NYIL 13 (1982) 3ff; *Strati*, Deep Seabed Cultural Property and the Common Heritage of Mankind, ICLQ 40 (1991) 859ff.

⁵¹⁶ ILM 41 (2002) 40. Конвенция вступила в силу 2.1.2009, но еще не ратифицирована ФРГ. См.: *Rau*, Kulturgüterschutz im Meer: eine erste Analyse der neuen UNESCO-Konvention, ZaöRV 61 (2001) 833ff; *Pallas* (Fn 516) 360ff; *Siehr*, Die UN-Konvention über den Schutz des kulturellen Erbes unter Wasser und das Internationale Sachenrecht, FS Fiedler, 2011, 447ff.

ж) Архивные материалы, археология, архитектура

В зависимости от определения культурной ценности на *архивы* особого значения может распространяться действие положений об охране культурных ценностей. Например, в сферу действия *Конвенции ЮНИДРУА 1995 г.*⁵¹⁷ входят архивы, включая фоно-, фото- и киноархивы⁵¹⁸. Вопрос территориальной принадлежности отдельных частей крупных архивов можно решить на основании особой связи отдельной части с определенной территорией («принцип географического понятия») или на основании целостности архива как единой исторической величины («принцип происхождения»). В Венской конвенции о правопреемстве государств в отношении государственного имущества, архивов и долгов подчеркивается географический компонент по требованию развивающихся стран; однако Конвенция в целом не получила широкого признания⁵¹⁹. **162**

Вслед за Европейской культурной конвенцией 1954 г.⁵²⁰, носившей общий характер, специальная Европейская конвенция 1969 г. должна была обеспечивать охрану *археологических* культурных ценностей⁵²¹. Эта конвенция была пересмотрена в рамках Европейской конвенции 1992 г. об охране археологического наследия (Мальтийская конвенция)⁵²². Конвенция направлена на сохранение ценностей посредством специальной защиты, особых положений о раскопках, включения археологических соображений в политику в связи с разграничением территорий и с ОВОС, а также с публикациями специальной информации. На межгосударственном уровне согласован взаимный обмен информацией, а также меры по борьбе с нелегальной торговлей. Положения об экспорте и импорте в этой Конвенции, в целом отличающейся слабым регулированием, отсутствуют. **163**

Специальная Конвенция об охране *архитектурного* наследия была принята европейскими государствами в 1985 г. (Гранадская конвенция)⁵²³. К такому наследию относятся памятники, ансамбли и места, имеющие выдающееся значение. Конвенция должна охранять разнообразие европейских **164**

⁵¹⁷ См. выше абз. 153 и след.

⁵¹⁸ См. приложение к ст. 2 j.

⁵¹⁹ См.: v. *Schorlemer* (сноска 385) 325; см. Раздел 3. *Хайльброннер*, абз. 189 и след.

⁵²⁰ См. выше абз. 156.

⁵²¹ BGBl 1974 II, 1285; см. v. *Schorlemer* (сноска 383) 454ff; общая информация см.: *Fechner*, *Rechtlicher Schutz archäologischen Kulturguts*, 1991, *Anton*, *Neuer Schutz archäologischer Kulturgüter*, FS Fiedler, 2011, 319ff.

⁵²² BGBl 2002 II, 2709; см.: *Hönes*, *Das Europäische Übereinkommen zum Schutz des archäologischen Erbes vom 16.1.1992*, NuR 2005, 751ff.

⁵²³ BGBl 1987 II, 623; см.: *Szabó*, *The Council of Europe and Historical Preservation*, *European Integration Studies 4* (2005) 95ff, см. также: Рекомендацию по историческим городским ландшафтам, *Records of the General Conference*, 36th session 2011, Vol 1, 50ff, принятую 10.11.2011 ГА в рамках ЮНЕСКО.

культурных наследий как общее наследие всех европейцев. Государства-участники составляют списки охраняемых объектов; они контролируют и выделяют средства для охраны ценностей. Если частный собственник не заботится о своей ценности, ее можно экспроприировать (ст. 4). На межгосударственном уровне Конвенция предусматривает согласование, взаимный обмен и привлечение экспертов (ст. 17–20).

СЕДЬМОЙ РАЗДЕЛ

Ответственность, международное уголовное право, разрешение споров и санкции

Майнхард Шрёдер

Оглавление (краткий обзор содержания по абзацам) Абзацы

I. Нарушения международного права как ключевая тема настоящего раздела	1–3
II. Международная ответственность	4–37
1. Понятие и терминология	4–5
2. Основания и концепция ответственности государств	6–21
а) Правовая основа	6
б) Общая характеристика	8
в) Подходы к расширению концепции ответственности	15
3. Отдельные проблемы	22–34
а) Проблемы вменения ответственности государствам	22
б) Исключение ответственности государств	28
в) Правовые последствия ответственности государств	32
4. Ответственность международных организаций	35–37
а) Практическое значение	35
б) Применимые правила	36
III. Международное уголовное право	38–59
1. Общая концепция	38–47
а) Понятие и критерии	38
б) Связь с принципами обеспечения мира и безопасности человечества	43
2. Основные элементы нормативного регулирования	48–58
а) Отграничение от уголовной юрисдикции государства	48
б) Составы преступлений и предпосылки наказуемости	51
в) Общие принципы уголовного права и санкции	53
г) Уголовная юрисдикция международных судов, в особенности МУС	54
д) Уголовный процесс	57
3. Оценка	59
IV. Разрешение споров	60–105

1. Обязанность мирного разрешения споров	60–67
а) Правовая основа	60
б) Место в правовой системе	63
в) Предмет	65
г) Содержание и границы	67
2. Общий обзор средств разрешения споров	68–70
3. Дипломатические процедуры	71–76
а) Переговоры и консультации	71
б) Процедуры с участием третьих сторон	73
4. Разрешение споров третейскими судами	77–86
а) Общая характеристика	77
б) Формы проявления	80
в) Отдельные вопросы производства в международном арбитраже	82
г) Практическое значение	85
5. Международный Суд ООН	87–105
а) Основы	87
б) Подсудность	90
в) Основания принятия решений	94
г) Структура	95
д) Процессуальные основы	99
е) Выводы	105
 V. Санкции	 106–119
1. Общая характеристика	106–108
а) Определение и ограничение понятия	106
б) Критика концепции санкций	108
2. Формы проявления	109–113
3. Отдельные проблемы	114–118
а) Мирные репрессалии	114
б) Экономические санкции	118

Литература

- Abi-Saab, Georges/Dominicé, Christian/Gaja, Giorgio/Dupuy, Pierre-Marie/Chinkin, Christine/Gattini, Andrea/Lowe, Vaughan/Gray, Christine/Pellet, Alain/Crawford, James, Symposium: State Responsibility, EJIL 10 (1999) 339ff [Autor, Symposium]*
- Ambos, Kai, Internationales Strafrecht, 3. Aufl 2011 [Ambos, Internationales Strafrecht]*
- Arangio-Ruiz, Gaetano/Vereshchetin, Vladlen S./Bennouna, Mohammed/Crawford, James/Tomuschat, Christian/Bowett, Derek/Simma, Bruno/*

- Condorelli, Luigi*, Symposium: Counter-measures and Dispute Settlement: The Current Debate Within the ILC, EJIL 5 (1994) 20ff
- Arsanjani, Mahnoush*, The Rome Statute of the International Criminal Court, AJIL 93 (1999) 22ff
- Bassiouni, M. Cherif*, Commentaries on the International Law Commission's 1991 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, 1993
- Broomhall, Bruce*, International Justice and the International Criminal Court: Between Sovereignty and the Rule of Law, 2004
- Cassese, Antonio*, International Criminal Law, 2008
- Combacau, Jean*, Sanctions, EPIL IV (2000) 311ff
- Crawford, James*, State Responsibility, MPEPIL IX, 517ff [*Crawford*, State Responsibility]
- Diaconou, Ion*, Peaceful Settlement of Disputes Between States, in MacDonald/Johnston (Hrsg), The Structure and Process of International Law, 1983, 1095
- Doehring, Karl*, Die Selbstdurchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen. Einige Einzelprobleme der Repressalie, ZaöRV 47 (1987) 44ff
- Fiedler, Wilfried*, Gegenmaßnahmen, BerDGVR 37 (1997) 9ff [*Fiedler*, Gegenmaßnahmen]
- Fischer, Horst/Lüder, Sascha (Hrsg), Völkerrechtliche Verbrechen vor dem Jugoslawien-Tribunal, nationalen Gerichten und dem Internationalen Strafgerichtshof, 1999 [Fischer/Lüder (Hrsg), Verbrechen]
- Frowein, Jochen A.*, Obligations erga omnes, MPEPIL VII, 916ff
- Fukatsu, Eiichi*, Coercion and the Theory of Sanctions in International Law, in MacDonald/Johnston (Hrsg), The Structure and Process of International Law, 1986, 1187ff [*Fukatsu*, Theory of Sanctions]
- Günther, Carsten*, Die Klagebefugnis der Staaten in internationalen Streitbelegungsverfahren, 1999
- Harders, J. Enno*, Responsibility and Liability of International Organisations, in Wolfrum (Hrsg), United Nations, Law, Policies and Practice, 1995, Vol 2, Sec 114, 1092ff
- Kewenig, Wilhelm A.*, Die Anwendung wirtschaftlicher Zwangsmaßnahmen im Völkerrecht, BerDGVR 22 (1982) 7ff [*Kewenig*, Zwangsmaßnahmen]
- Klein, Eckart*, Gegenmaßnahmen, BerDGVR 37 (1997) 39ff [*Klein*, Gegenmaßnahmen]
- Kreß, Klaus*, International Criminal Law MPEPIL V, 717ff
- McCormack, Timothy/Simpson, Gerry (Hrsg), The Law of War Crimes, 1997
- Merrills, John Graham*, International Dispute Settlement, 4. Aufl 2005 [*Merrills*, International Dispute Settlement]
- Murphy, Sean D.*, Progress and Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, AJIL 93 (1999) 57ff [*Murphy*, ICTY]
- Pellet, Alain*, Judicial Settlement of International Disputes, MPEPIL VI, 526ff
- Pellet, Alain/Miron, Alina*, Sanctions, MPEPIL IX, 1ff

- Randelzhofer, Albrecht*, Probleme der völkerrechtlichen Gefährdungshaftung, BerDGVR 24 (1984) 35ff [*Randelzhofer*, Gefährdungshaftung]
- Rauschning, Dietrich*, Verantwortlichkeit der Staaten für völkerrechtswidriges Verhalten, BerDGVR 24 (1984) 13ff
- Roggemann, Herwig*, Der Ständige Internationale Strafgerichtshof und das Statut von Rom 1998, NJ 1998, 505ff
- Rosenne, Shabtai*, International Court of Justice (ICJ), MPEPIL V, 459ff
- Schmalenbach, Kirsten*, Die Haftung Internationaler Organisationen im Rahmen von Militäreinsätzen und Territorialverwaltungen, 2004 [*Schmalenbach*, Haftung]
- Tomuschat, Christian*, Das Strafgesetzbuch der Verbrechen gegen den Frieden und die Sicherheit der Menschheit, EuGRZ 1998, 1ff [*Tomuschat*, Strafgesetzbuch]
- Triffiterer, Otto (Hrsg), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, 2. Aufl 2008
- Werle, Gerhard*, Völkerstrafrecht, 3. Aufl 2012
- Zemanek, Karl/Hafner, Gerhard/Wittich, Stephan*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit und die Sanktionen des Völkerrechts, ÖHVR, Bd I, 2004, 505ff (Rn 2682ff)
- Zimmermann, Andreas/Tomuschat, Christian/Oellers-Frahm, Karin/Tams, Christian (Hrsg), The Statute of the International Court of Justice, 2. Aufl 2012 [Zimmermann u a (Hrsg), ICJ Statute]

Договоры и резолюции

- Договор о дружбе, торговле и судоходстве между США и Великобританией от 19.11.1794 (Martens [2. Serie], Bd V, 640) [Договор Джея] 78
- 1-я Гаагская конвенция о мирном решении международных столкновений от 29.7.1899 (RGBl 1901, 392, 482) 63, 75
- 2-я Гаагская конвенция о мирном решении международных столкновений от 18.10.1907 (RGBl 1910, 5, 375) 63, 75, 78, 82, 84
- Договор об отказе от войны от 27.8.1928 (RGBl 1929 II, 97) [пакт Брианна-Келлогга] 63
- Общий акт о мирном разрешении международных споров от 26.9.1928 (93 LNTS 343) 78
- Устав ООН от 26.6.1945 (BGBl 1973 II, 431), последние изменения от 28.8.1980 (BGBl 1980 II, 1252) [Устав ООН] 29, 34, 44, 58, 61, 62, 64, 67, 68, 70, 87–90, 93, 105, 106, 112–114
- Статут Международного суда от 26.6.1945 (BGBl 1973 II, 505) [статут МС] 11, 36, 88–104
- Американский договор о мирном разрешении споров от 30.4.1948 (55 UNTS 30) [Боготский пакт] 60

- Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него от 9.12.1948 (BGBl 1954 II, 730) [конвенция о геноциде] 55, 104
- Европейская конвенция о мирном урегулировании споров от 29.4.1957 (BGBl 1961 II, 82) 60, 70, 82
- (Женевская) конвенция об открытом море от 29.4.1958 (BGBl 1972 II, 1089) 20
- Международный пакт о гражданских и политических правах от 19.12.1966 (BGBl 1973 II, 1533) [МПГПП] 49
- Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела от 27.1.1967 (BGBl 1969 II, 1969) [Договор о космосе] 20, 35
- Венская конвенция о праве международных договоров от 23.5.1969 (BGBl 1985 II, 927) [Конвенция о ПМД] 24, 75
- Конвенция о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами от 29.3.1972 (BGBl 1975 II, 1209) 20, 34, 35
- Хартия экономических прав и обязанностей государств от 12.12.1974 (GA Res 3281 [XXIX]) 120
- Венская конвенция о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера от 14.3.1975 (AJIL 69 [1975] 730) 76
- Заключительный акт конференции по безопасности и сотрудничеству в Европе от 1.8.1975 (EA 1975, D 437) 60
- Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении договоров от 22.8.1978 (ILM 17 [1978] 1488) 76
- Манильская декларация о мирном разрешении международных споров от 15.11.1982 (GA Res 37/10, Annex) 60, 67
- Конвенция ООН по морскому праву от 10.12.1982 (BGBl 1994 II, 1799) [КМП] 20, 34, 60, 76, 81
- Протокол № 7 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 22.11.1984 (ÖBGBl 1988/628) [7-й Дополнительный протокол к ЕКПЧ] 49
- Венская конвенция о праве договоров между государствами и международными организациями или между международными организациями от 21.3.1986 (BGBl 1990 II, 1414) [WVKIO] 24
- Декларация о предотвращении и устранении споров и ситуаций, которые могут угрожать международному миру и безопасности, и роль ООН в этой области от 5.12.1988 (GA Res 43/51, Annex) 60
- Договоренность о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, приложение 2 к Соглашению об учреждении Всемирной торговой организации (ВТО) от 15.4.1994 (BGBl 1994 II, 1749) 34, 60
- Римский статут Международного уголовного суда от 17.7.1998 (BGBl 2000 II, 1394; 2187 UNTS 3) 38, 43, 46, 49, 50–52, 54–56

Судебная практика

Постоянная палата международного правосудия

Решение по делу о палестинских концессиях Мавромматиса (*Mavrommatis*) (Греция против Великобритании) от 30.8.1924, PCIJ, Ser A, No 2, 12 [*дело о концессиях Мавромматиса*] 33, 65

Решение по делу о фабрике в Хожуве (Chorzów) (Германия против Польши) от 13.9.1928, PCIJ, Ser A, No 17, 29 [*дело о фабрике в Хожуве*] 8, 32

Международный суд

Консультативное заключение об условиях приема государства в члены ООН от 28.5.1948, ICJ Rep 1948, 57 [*дело о приеме государства в члены ООН*] 106

Решение по делу о проливе Корфу (Великобритания против Албании) от 9.4.1949, ICJ Rep 1949, 4 [*дело о проливе Корфу*] 11, 14

Консультативное заключение о возмещении за увечья, понесенные на службе ООН от 11.4.1949, ICJ Rep 1949, 174 [*Бернадот (Bernadotte)*] 35, 36

Решение по делу об Англо-иранской нефтяной компании от 22.7.1952, ICJ Rep 1952, 93 [*дело об Англо-иранской нефтяной компании*] 91

Решение по делу Ноттебома (Лихтенштейн против Гватемалы) от 6.4.1955, ICJ Rep 1955, 4 [*Ноттебом (Nottebohm)*] 107

Решение по делу о некоторых норвежских займах (Франция против Норвегии) от 6.7.1957, ICJ Rep 1957, 9 [*дело о норвежских займах*] 92

Решение по делу о праве прохода через территорию Индии (Португалия против Индии) от 26.11.1957, ICJ Rep 1957, 146 [*дело о праве прохода через территорию Индии*] 2

Решение по делу о Юго-Западной Африке (предварительные возражения) (Эфиопия против ЮАР, Либерия против ЮАР) от 21.12.1962, ICJ Rep 1962, 328 [*предварительные возражения по делу о Юго-Западной Африке*] 65

Решение по делу о Юго-Западной Африке (вторая фаза) (Эфиопия против ЮАР, Либерия против ЮАР) от 18.7.1966, ICJ Rep 1966, 4 [*решение по делу о Юго-Западной Африке*] 14

Решение по делу о континентальном шельфе Северного моря (ФРГ против Дании; ФРГ против Нидерландов) от 20.2.1969, ICJ Rep 1969, 3 [*дело о континентальном шельфе Северного моря*] 106

Решение по делу о компании «Барселона Трэкшн, Лайт энд Пауэр Лимитед» (*Barcelona Traction, Light and Power Co, Ltd*) (вторая фаза) (Бельгия против Испании) от 5.2.1970, ICJ Reports 1970, 3 [*дело Барселона Трэкшн*] 16, 106

Постановления об испытаниях ядерного оружия (временная защита) (Австралия против Франции; Новая Зеландия против Франции)

- от 22.6.1973, ICJ Rep 1973, 99 и 135 [*дело о французских ядерных испытаниях*] 104
- Решение по делу о юрисдикции над рыбными промыслами (существо вопроса) (ФРГ против Исландии, Великобритания против Исландии) от 25.7.1974, ICJ Rep 1974, 3 и 174 [*дело об исландских рыбных промыслах*] 67, 92
- Решение по делу, касающемуся дипломатического и консульского персонала в Тегеране (США против Ирана) от 24.5.1980, ICJ Rep 1980, 2 [*дело о тегеранских заложниках*] 11, 16, 25, 30, 34, 92, 104
- Решение по делу о континентальном шельфе (Тунис против Ливийской Арабской Джамахирии) от 24.2.1982, ICJ Rep 1982, 18 [*спор между Тунисом и Ливией о континентальном шельфе*] 95
- Решение по делу о военных действиях и действиях военного характера в Никарагуа и против Никарагуа (существо спора) (Никарагуа против США) от 27.6.1986, ICJ Reports 1986, 14 [*дело о Никарагуа*] 30, 92, 106, 116
- Постановление по спору в отношении сухопутных и морских границ и границ между островами (Сальвадор против Гондураса) от 29.5.1987, ICJ Rep 1987, 176 [*дело о пограничном споре*] 91
- Решение по делу о пограничных и трансграничных вооруженных действиях (Никарагуа против Гондураса) от 31.3.1988, ICJ Rep 1988, 91 [*дело о пограничных вооруженных действиях*] 92
- Постановление по делу о проходе через Большой Бельт (временные меры) (Финляндия против Дании) от 29.7.1991, ICJ Rep 1991, 12 [*дело о Большом Бельте*] 104
- Постановление по делу, касающемуся применения Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (временные меры) (Босния-Герцеговина против Сербии и Черногории) от 8.4.1993, ICJ Rep 1993, 3 [*дело о Конвенции о геноциде*] 104
- Решение по делу о Восточном Тиморе (Португалия против Австралии) от 30.6.1995, ICJ Reports 1995, 89 [*дело о Восточном Тиморе*] [*дело о Восточном Тиморе*] 16
- Консультативное заключение по делу о правомерности угрозы применения или применения ядерного оружия от 6.7.1996, ICJ Reports 1996, 226 [*консультативное заключение о ядерном оружии для ВТО*] 93
- Консультативное заключение по делу о правомерности угрозы применения или применения ядерного оружия от 6.7.1996, ICJ Reports 1996, 226 [*консультативное заключение о ядерном оружии для ГА ООН*] 116
- Решение по делу, касающемуся проекта Габчикова-Надьмарош (Gabcikovo-Nagymaros) (Венгрия против Словакии) от 25.9.1997, ICJ Rep 1997, 7 [*дело Габчикова-Надьмарош*] 118

- Решение по вопросам толкования и применения Монреальской конвенции 1971 г., возникшим в связи с воздушным инцидентом в Локерби (предварительные возражения) от 27.2.1998, ICJ Rep 1998, 9 и 115 [дело о Локерби] 48
- Постановление по делу, касающемуся Венской конвенции о консульских сношениях (временные меры) (Парагвай против США) от 9.4.1998, ICJ Rep 1998, 248 [дело Бреарда (Breard)] 91, 104
- Решение по делу, касающемуся сухопутной и морской границы между Камеруном и Нигерией при участии Экваториальной Гвинеи (предварительные возражения) от 11.6.1998, ICJ Rep 1998, 275 [дело о сухопутной и морской границе между Камеруном и Нигерией] 92
- Решение по делу, касающемуся юрисдикции в отношении рыболовства (юрисдикция суда) (Испания против Канады) от 4.12.1998, ICJ Rep 1998, 432 [дело о судне «Эстай» (Estai)] 92
- Постановление по делу о Венской конвенции о консульских сношениях (предварительные меры) (ФРГ против США), от 3.3.1999, ICJ Rep 1999-I, 9 [дело Лаграндов (La Grand) I] 91
- Решение по делу о Венской конвенции о консульских сношениях (существо дела) (ФРГ против США) от 27.6.2001 ICJ Rep 2001, 466 [дело Лаграндов (La Grand) II] 10, 104
- Консультативное заключение по делу о последствиях строительства стены на Оккупированной палестинской территории от 9.7.2004, ICJ Reports 2004, 136 [консультативное заключение о стене] 16, 18
- Решение по делу, касающемуся применения Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Босния-Герцеговина против Сербии и Черногории) от 26.2.2007, ICJ Reports 2007, 43 [второе дело о конвенции о геноциде] 26
- Решение по делу, касающемуся определенных вопросов, связанных со взаимной помощью по уголовным делам от 4.6.2008, ICJ Rep 2008, 177 [дело о помощи по уголовным делам] 91

Постоянная палата третейского суда

Арбитражное решение по делу острова Пальмас (Нидерланды против США) от 4.4.1928, RIAA II, 829 [дело об острове Пальмас] 83

Международный арбитраж

Арбитражное решение по делу о судне «Алабама» от 14.9.1872, Martens, NRG, Bd XX, 767 [дело о судне «Алабама»] 75, 83

Арбитражное решение по делу Томаса Х. Юмэнса (Thomas H. Youmans) (США) против Мексики от 23.11.1926, RIAA IV, 110 [дело Юмэнса (Youmans)] 23, 82

- Арбитражное решение по делу об инциденте в городе Наулила (Naulilaa) от 31.7.1928, RIAA II, 1011 [*дело об инциденте в городе Наулила*] 83, 109, 115
- Арбитражное решение по делу исполнителя завещания Жана-Батиста Кэра (Jean-Baptiste Caire) (Франция) против Мексики от 7.6.1929, RIAA V, 516 [*дело Кэра (Caire)*] 24, 83
- Заключение по делу о судне «I'm Alone» от 5.1.1935, RIAA III, 1616 [*дело о судне «I'm Alone»*] 83
- Арбитражное решение по делу о плавильном заводе в Трейле (Trail Smelter) (США против Канады) от 16.4.1938 и 11.3.1941, RIAA III, 1905, 1938 [*дело о плавильном заводе в Трейле*] 83
- Арбитражное решение по делу озера Лану (Lac Lanoux) (Испания против Франции) от 16.11.1957, RIAA XII, 281 [*дело об озере Лану*] 83
- Арбитражное решение по делу о проливе Бигль (Аргентина против Чили) от 18.2.1977, ILM 17 (1978) 623 [*дело о проливе Бигля*] 83
- Арбитражное решение по соглашению от 27.3.1946 об обслуживании авиатехники между США и Францией от 9.12.1978, RIAA XVIII, 416 [*дело о соглашении об обслуживании авиатехники*] 30, 115
- Арбитражное решение по делу о судне «Радужный воин» («Rainbow Warrior») (Новая Зеландия против Франция) от 6.7.1986, ILM 26 (1987) 1346 [*дело о судне «Радужный воин»*] 83

Международный трибунал по бывшей Югославии

- Решение апелляционной инстанции от 2.10.1995 [Прокурор против Душко Таджича (Dusko Tadić), он же «Дуле»], ILM 35 (1996) 35 [*дело Таджича*] 25, 46
- Приговор от 5.3.1998 [Прокурор против Дражена Эрдемовича (Drazen Erdemovic)], ILM 37 (1998) 1182 [*дело Эрдемовича*] 53
- Решение от 14.12.1999 [Прокурор против Горана Елисича (Goran Jelisić), <<http://www.un.org/icty/jelisić/trial1/judgement/jel-tj991214e.pdf>>] [*дело Елисича*] 50

Международный трибунал по Руанде

- Решение от 7.6.2001 [Прокурор против Игнаса Багилишемы (Ignace Bagilishema)] <<http://www.ict.r.org>> [*дело Багилишемы*] 51

Специальный суд по Сьерра-Леоне

- Приговор от 26.4.2012 [Прокурор против Чарльза Тейлора (Charles Taylor)], <<http://www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=k%2b03KREEPCQ%3d&tabid=107>> 53

Международный уголовный суд

- Приговор от 14.3.2012 [Прокурор против Томаса Любанги Дьило (Thomas Lubanga Dyilo)], <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1379838.pdf>> 59

Международный трибунал по морскому праву

Решение по делу о судне «Сайга» № 1 (The M/V «Saiga» No 1) (Сент-Винсент и Гренадины против Гвинеи) от 4.12.1997, ITLOS Rep 1997, 4 [дело о судне «Сайга» (№ 1)] 33

Европейский суд по правам человека

Решение от 2.5.2007, Nr. 71412/01, EuGRZ 2007, 522 [Бехрами (Behrami) и Сарамати (Saramati) против Франции] 26

Немецкие суды

Федеральный конституционный суд ФРГ, постановление от 31.3.1987, BVerfGE 75, 1 [не bis in idem] 49

Федеральный конституционный суд ФРГ, постановление от 8.5.2007, BVerfGE 118, 124 [дело о чрезвычайном положении в Аргентине] 28

Суды Великобритании

Королева против Боу Стрит Метрополитен Стипендиари Меджистрейт (Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate), в отсутствие Пиночета Угарте (Pinochet Ugarte), Палата лордов, решения от 25.11.1998 и 24.3.1999, [1998] 3 WLR 1456, [1999] 2 WLR 827 [дело Пиночета] 48

Швейцарские суды

Федеральный суд Швейцарии, Лозанна, решение от 15.7.1982, EuGRZ 1983, 435 [похищение, нарушающее международное право] 27

I. Нарушения международного права как ключевая тема настоящего раздела

На первый взгляд отдельные темы данного раздела представляются неоднородными. Однако при более глубоком рассмотрении можно установить внутреннюю взаимосвязь, основанную на нарушении *международного права*. В отношении правил об ответственности государств и международных организаций (абз. 4 и след.) это представляется очевидным. Поскольку ответственность наступает, в конечном итоге, в результате действий физических лиц, в связи с новыми перспективами развития следует рассмотреть вопрос о том, какие тяжкие правонарушения квалифицируются как уголовные деяния с точки зрения международного права, за которые физические лица могут быть привлечены к уголовной ответственности международным сообществом (абз. 38 и след.). Нередки случаи, когда конкретное государство оспаривает свою ответственность по международному праву по существу или правовые последствия такой ответственности. В этом контексте принципы и инструменты разрешения споров (абз. 58 и след.) следует рассматривать как подсистему международного правопорядка, которая дополняет и усиливает материально-правовые нормы о международной ответственности¹. Это имеет большое значение, поскольку в настоящее время возможности применения *односторонних* контрмер при международно-правовых нарушениях ограничены. Только если конфликт не может быть разрешен мирными средствами, в частности в судебном порядке, или государство-нарушитель не выполняет решение суда, может подниматься вопрос о применении санкций, соответствующих международному праву².

Несмотря на внутреннюю взаимосвязь, каждая тема данного раздела имеет самостоятельное значение, поскольку нарушения международного права не всегда одновременно затрагивают все подсистемы международного права. Органы и инструменты для разрешения споров следует рассматривать не только в контексте нарушений международно-правовых обязательств. Для подтверждения этого тезиса можно указать на то, что юрисдикция Международного суда, установленная в ст. 36 (абз. 2) Статута МС, выходит за эти рамки.

Предметы данного раздела *тесно связаны с основными проблемами международного права*. Это касается, например, проблематики существования *ius cogens*, которое способствует развитию ответственности государств

¹ Zemanek, Responsibility of States: General Principles, EPIL IV (2000) 219; см. также: Riphagen, Implementation of International Responsibility, YBILC 1986 II/1, 1. Это понятие ответственность, как она понимается здесь, следует отграничивать от понятия «ответственности» государств или сообщества государств (например, за состояние окружающей среды, защиты прав человека или справедливый мировой экономический порядок).

² Подробнее см. ниже абз. 107 и след.

erga omnes³. Международная правосубъектность индивида является предпосылкой реально действующего международного уголовного права и его изъятия из сферы действия принципа территориального и личного верховенства государств. Мирное разрешение споров относится к фундаментальным принципам, которые государства должны соблюдать в международных отношениях. Санкции связаны с общей проблемой возможности принуждения к соблюдению норм международного права⁴, и не должны, в частности, нарушать принцип неприменения силы.

II. Международная ответственность

1. Понятие и терминология

- 4 Международное право устанавливает обязательства по совершению действий или воздержанию от действий, которые субъекты международного права должны выполнять в рамках международных отношений. Международно-правовые правила о международной ответственности предполагают наличие этих обязательств. Поэтому они иногда характеризуются как т.н. «вторичные нормы»⁵, регулирующие исключительно предпосылки ответственности государств и международных организаций за нарушения международного права и правовые последствия такой ответственности. Сегодня эти правила обычно рассматриваются в рамках *понятия ответственности* (ответственность государств, ответственность международных организаций).
- 5 В немецкой юридической литературе также встречаются обозначения международно-правовой деликт⁶ или *международно-правовое нарушение* и его последствия или возмещение⁷. Термин «деликт» представляется менее удачным, поскольку он создает впечатление, что нарушения международного права по содержанию равнозначны правонарушениям в национальном законодательстве, что не соответствует действительности⁸.

³ Подробнее см. ниже абз. 16 и след.

⁴ *Combacau*, Sanctions, 311. См. выше: Раздел 1. *Граф Вунцтум*, абз. 51.

⁵ Критические замечания см.: *Simma*, Grundfragen der Staatenverantwortlichkeit in der Arbeit der International Law Commission, ArchVR 24 (1986) 357 (362). *Зимма* подчеркивает, что при определении правовых последствий проявляется специфика нарушенной первичной правовой нормы. См. также: *Rauschnig*, Verantwortlichkeit der Staaten, 13ff; *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht Bd I/3, 2. Aufl 2002, § 173 II.1.

⁶ в. *Münch*, Das völkerrechtliche Delikt in der Entwicklung der modernen Völkerrechtsgemeinschaft, 1963; *Schlochauer*, Die Entwicklung des völkerrechtlichen Deliktsrechts, ArchVR 16 (1974/75) 239ff; *Kunig*, Das Völkerrechtliche Delikt, JURA 1986, 344ff; см. также: *Schwarzenberger*, International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Bd I, 3. Aufl 1957, 562ff.

⁷ См.: *Guggenheim*, Lehrbuch des Völkerrechts, Bd I, 1951, 509ff; *Wengler*, Völkerrecht, Bd I, 1964, 489ff; *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl 1984, § § 1262ff.

⁸ По этому вопросу см.: *Kunig* (Fn 6); *Ipsen*, in: ders. (Fn 1), § 39 Rn 15; см. также: *Brownlie*, Principles of Public International Law, 6. Aufl 2003, 439f.

2. Основания и концепция ответственности государств

а) Правовая основа

За нарушения международно-правовых обязательств, которые могут быть ему вменены, ответственность в соответствии с международным правом несет государство. Этот принцип уже давно является общепризнанным. Начиная с 20-х гг. XX в. предпринимались попытки его кодификации⁹. Еще в 1953 г. Комиссии по международному праву было поручено разработать проект кодификации¹⁰. Работа над проектом была завершена только в 2001 г. После длительных переговоров был представлен текст Проекта статей об *ответственности государств за международно-противоправные деяния*, состоящий из 59 статей¹¹. Принятие проекта стало возможным лишь благодаря тому, что наиболее спорные аспекты были исключены из текста. В частности, проект не разграничивает понятия международного деликта и международного преступления, поскольку определения являются спорными. Кроме того, было исключено спорное положение об обязательной процедуре разрешения споров¹².

В противоположность изначальному плану, проект был сформулирован не как международная конвенция, а как приложение к *резолюции Генеральной Ассамблеи ООН* (т.н. *Резолюция об ответственности государств*)¹³. Поэтому нормы проекта являются обязательными только в части, в которой они относятся к международному обычному праву. В будущем должна быть созвана *международная конференция*, которая обсудит и, возможно, примет соответствующую конвенцию, включающую положения об обязательном разрешении споров¹⁴. Однако уже сейчас Проект статей КМП оказывает влияние на практику международных судов¹⁵.

⁹ Conférence pour la codification du droit international, Bases de discussion, Tome III, 1929. К вопросу об историческом развитии ответственности государств см.: *Nolte*, From Dionisio Anzilotti to Roberto Ago — The Classical Law of State Responsibility and the Traditional Primacy of a Bilateral Conception of Inter-State Relations, EJIL 13 (2002), 1083; *Crawford*, State Responsibility, 518ff.

¹⁰ Резолюция ГА № 799 (VIII) от 7.12.1953.

¹¹ Доклад Комиссии по международному праву, Пятьдесят третья сессия (2001), Глава IV. Комментарий КМП к статьям в интернете <http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/commentaries/9_6_2001.pdf>; выдержка из комментария опубликована в *Harris*, Cases and Materials on International Law, 7. Aufl 2010, 423ff.

¹² К вопросу о разработке статей см.: *Crawford*, State Responsibility, 518ff.

¹³ Резолюция ГА ООН № 56/83 от 12.12.2001, в дальнейшем цитируется как Резолюция об ответственности государств, опубликована на немецком языке в Sart II Nr 6. Критические замечания см.: *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (Fn 5) § 173 VII.3.

¹⁴ См. ILC Rep (сноска 11) para 72f.

¹⁵ См.: *Villalpando*, Le codificateur et le juge face à la responsabilité internationale de l'État, AFDI 55 (2009) 39 (50ff).

б) Общая характеристика

- 8 Нарушение государством международного права имеет место, если государству присваивается действие или бездействие, нарушающее международно-правовое обязательство¹⁶. Обычно ответственность государств возникает только по отношению к субъектам международного права, права которых нарушаются. Нарушение является основанием для возникновения *особого правоотношения* с субъектом международного права, права которого нарушены. Таким образом должны учитываться интересы потерпевшей стороны, направленные на реституцию, компенсацию и/или сатисфакцию, для предотвращения односторонних контрмер¹⁷. Поскольку функция таких правоотношений заключается в восстановлении положения до совершения нарушения¹⁸, основанием для их установления могут служить такие принципы международного права, как принцип консенсуса, а также принцип применения силы и обязанности мирного урегулирования¹⁹.
- 9 *Участниками правоотношения* являются субъект, совершивший нарушение международного права, и потерпевшее государство. Нарушитель должен обладать международной право- и дееспособностью. Только при наличии обеих предпосылок он может быть субъектом нарушения и нести ответственность за выполнение международно-правовых обязательств. Государство-нарушитель не обладает дееспособностью, если оно является т. н. несостоявшимся государством (*failed state*). Государство, права которого нарушены, должно обладать только международной правоспособностью; наличие дееспособности не требуется. Некоторые авторы в немецкой доктрине предполагают, что, помимо право- и дееспособности, необходима деликтоспособность нарушителя и потерпевшего. Под деликтоспособностью подразумевается особая способность совершать нарушения международно-го права и быть объектом таких нарушений²⁰. Однако целесообразность дополнительного критерия деликтоспособности вызывает сомнения. В рамках совещаний КМП этот критерий был отклонен²¹.
- 10 Потерпевший должен быть субъектом права, предусмотренного международным правом и нарушенного в результате невыполнения международно-правового обязательства. Поэтому, например, нарушение

¹⁶ См. ст. 2 СОГ.

¹⁷ Обобщающий анализ см.: Ago, YBILC 1971 II/1, 206.

¹⁸ Дело о фабрике в Хожуве, PCIJ, 1928, Series A, No 17, 47; Ago (сноска 17) 210; Riphagen, YBILC 1980 II/1, 112f.

¹⁹ Спорно, подробнее см.: Ipsen (сноска 8) § 39 Rn 8ff. См. также выше: Раздел 1. *Граф Виттум*, абз. 45 и след.

²⁰ См. напр.: Dahm/Delbrück/Wolfrum (сноска 5) § 173 V; Schlochauer (сноска 6) 247f; Kunig (сноска 6) 346f; v. Arnould, Völkerrecht, 2012, Rn 308f; противоположная точка зрения см.: Ipsen (сноска 8) § 39 Rn 29.

²¹ YBILC 1971 II/1, 224.

индивидуальных прав порождает ответственность государства, хотя индивид не вправе предъявить жалобу о нарушении своих прав²². Статьи 42 и 48 Резолюции об ответственности государств конкретизируют, при каких условиях государство может потребовать привлечения другого государства к международно-правовой ответственности. В то время как ст. 42 предоставляет право призвать нарушителя к ответственности потерпевшему государству, ст. 48 также предоставляет такое право государствам, права которых не были нарушены, в особенности в случае, если нарушенное обязательство действует по отношению ко всему международному сообществу (ст. 48 (абз. 1 b) Резолюции об ответственности государств). В таком объеме это правило на сегодняшний день не является частью международного обычного права.

Правовым основанием *нарушенного обязательства* может быть любая норма международного права, входящая в перечень ст. 38 (абз. 1) Статута Международного Суда, если на момент совершения деяния норма вступила в силу для соответствующего государства (ст. 3, 12 и след. Резолюции об ответственности государств). Бездействие приравнивается к действию, если норма международного права обязывает государства к совершению действия²³. Нарушение обязательства всегда указывает на запрещенное посягательство на права других субъектов международного права²⁴. Последнее обстоятельство необходимо рассматривать в контексте принципа взаимности, которым в значительной степени обуславливается возникновение и соблюдение международно-правовых норм²⁵.

В связи с ответственностью государств спорным является вопрос, насколько ответственность зависит от наличия вины²⁶. Международная практика является неоднородной, но существует тенденция, что при активных нарушениях международно-правовых обязательств и отсутствии особых обстоятельств, как правило, доказательств вины не требуется²⁷. Однако для установления ответственности, если выполнение международного обязательства зависит от усмотрения государства или речь идет о бездействии, требуется

²² См. решение МС ООН по делу Лаграндов II, ICJ Rep 2001, 466 (§ 77).

²³ См. ст. 2 Резолюции об ответственности государств. Это также соответствует судебной практике международных судов: решение по *делу о проливе Корфу* (ICJ Rep 1949, 22f) и решение по *делу о тегеранских заложниках* (ICJ Rep 1980, 30ff).

²⁴ См.: Специальный докладчик Аго (*Ago*), YBILC 1971 II/1, 220.

²⁵ К вопросу о принципе взаимности см.: *Simma*, Reciprocity, EPIL IV (2000) 29.

²⁶ *Brownlie*, System of the Law of Nations, Part I (State Responsibility), 1986, 40f; *Bedjaoui*, Responsibility of States: Fault and Strict Liability, EPIL IV (2000) 212; *Rousseau*, Droit international public, Tome V, 1983, Nr 13ff; *Ipsen* (сноска 1) § 39 Rn 35ff; *Ipsen*, in: *ders* (сноска 8) § 39 Rn 35ff; см. также *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 5) § 183.

²⁷ *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 5) 945f; *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1266; *Zemanek*, Schuld- und Erfolgshaftung im Entwurf der Völkerrechtskommission über Staatenverantwortlichkeit, FS Bindschedler, 1980, 315 (322); *Brownlie* (сноска 8) 445ff; *Rousseau* (сноска 26) Nr 16ff.

выполнение дополнительных предпосылок. Во избежание несоразмерных последствий в таких случаях ответственность государства наступает, только если государство при проявлении надлежащей осмотрительности (*due diligence*)²⁸ было в состоянии предвидеть и предотвратить нарушение международного права. Вопрос о том, насколько следует рассматривать это требование как объективированный элемент вины²⁹ или как основание для исключения противоправности³⁰, имеет только теоретическое значение. Резолюция об ответственности государств соответствует этой правовой оценке. Она не требует виновного поведения государства для обоснования международно-правовой ответственности, но допускает возможность ссылки на форс-мажор³¹. Таким образом, бремя доказывания изменяется в пользу государства, права которого нарушаются³². В целом можно исходить из того, что доказательство вины не является обязательной предпосылкой для наступления международно-правовой ответственности с точки зрения международного обычного права³³.

13 Для возложения ответственности на государство недостаточно того, что государство нарушило принятое международное обязательство. Необходимо, чтобы нарушение могло быть *вменено государству*³⁴. При этом речь идет не о каузальности, а о правовой связи действующего субъекта с государством³⁵. Деяние субъекта в конечном итоге должно являться деянием государства (*act of state*) и, соответственно, присваиваться государству, которому предъявляются требования. Деяние может быть квалифицировано как государственный акт в соответствии с международно-правовыми критериями³⁶, только если действия осуществляются государственными органами или другими государственными функционерами в рамках их компетенции (подробнее см. абз. 22 и след.).

14 Наличие ущерба как критерий ответственности существует в национальном, но не в международном праве. С точки зрения международного

²⁸ См.: *Koivorova*, Due Diligence, MPEPIL II, 236ff; *Horbach*, Liability versus Responsibility under International Law, 1996.

²⁹ См., например, *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1267.

³⁰ См.: *Ipsen* (сноска 8) § 39 Rn 40; см. также: *J. Wolf*, Die gegenwärtige Entwicklung der Lehre über die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Staaten, ZaöRV 43 (1983) 481 (512).

³¹ См. ст. 2 и 23 Резолюции об ответственности государств и дополнительно комментарий КМП к ст. 2 (сноска 11).

Simma (сноска 5) 340.

³² См. также: *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 5) § 183 I.4.

³⁴ См. ст. 2 Резолюции об ответственности государств. О проблеме вменения см. также: *Rousseau* (сноска 26) Nr 3; *Christenson*, The Doctrine of Attribution in State Responsibility, in: Lillich (Hrsg), International Law of State Responsibility for Injuries to Aliens, 1983, 321ff.

³⁵ *Ipsen* (сноска 8) § 40 Rn 2.

³⁶ *Ipsen* (сноска 8) § 40 Rn 35; *J. Wolf*, Zurechnungsfragen bei Handlungen von Privatpersonen, ZaöRV 45 (1985) 232 (249).

права, «ущербом» считается нарушение международного права как таковое³⁷. По этой причине, если из нарушенной нормы не вытекает иное, от *критерия ущерба* как предпосылки наступления ответственности государств *можно отказаться*³⁸. Однако при определении правовых последствий ответственности (см. ниже абз. 32 и след.) этот критерий имеет большое значение³⁹.

в) Подходы к расширению концепции ответственности

Существует два подхода к расширению концепции ответственности государств. С одной стороны, ведется дискуссия о существовании международно-правовых норм специального характера, нарушение которых влечет за собой особые правовые последствия. С другой стороны, все чаще ставится вопрос, насколько и в каких случаях государства должны нести ответственность за разрешенные, но сопряженные с риском действия. 15

Обязательства erga omnes

В решении по делу о компании «Барселона Трэкшин» (*Barcelona Traction*) Международный Суд ООН провел разграничение между международно-правовыми обязанностями в отношении отдельного государства и обязанностями в отношении международного сообщества в целом. К обязанностям в отношении международного сообщества в целом, т.н. обязательствам *erga omnes*, суд отнес запрет агрессии, геноцида, рабства и расовой дискриминации, а также уважение основных прав человека. Все государства должны быть заинтересованы в выполнении *обязательств erga omnes*⁴⁰. *В настоящее время* эти обязательства являются в основном общепризнанными⁴¹. 16

³⁷ См. решение МС ООН по делу о проливе Корфу, ICJ Rep 1949, 35, а также решение МС ООН по делу о Юго-Западной Африке, ICJ Rep 1966, 32; *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1264.

³⁸ См.: *Simma* (сноска 5) 365; *Zemanek*, in ÖHVR, Bd I, 2004, Rn 2702ff.

³⁹ См.: *Zemanek*, in ÖHVR, Bd I, 2004, Rn 2439, 2499ff; *Kunig* (сноска 6) 350.

⁴⁰ ICJ Rep 1970, 32; в связи с дипломатическим и консульским правом см. решение МС ООН по делу о *тегеранских заложниках*, ICJ Rep 1980, 42; решение МС ООН по делу о *Восточном Тиморе*, ICJ Rep 1995, 90, 102; консультативное заключение МС ООН по делу о *стене*, ICJ Rep 2004, 136, 199.

⁴¹ См.: *Verdross/Simma* (сноска 7) § § 50, 1343; *Dahm/Delbrück/Wolfrum*, Völkerrecht, Bd I/1, 1989, § 8 II.1.c; *Frowein*, Verpflichtungen erga omnes, 250; *Schindler*, Die erga omnes-Wirkung des humanitären Völkerrechts, FS Bernhardt, 1995, 199ff; *Simma*, Does the UN-Charter Provide an Adequate Legal Basis for Individual or Collective Responses to Violations erga omnes?, in: Delbrück (Hrsg), The Future of International Law Enforcement. New Scenarios — New Law, 1993, 125 (126ff); *M. Ragazzi*, The Concept of International Obligations *Erga Omnes*, 2000; *Cassese*, International Law, 2. Aufl 2005, 262ff (расширенная ответственность государств (*aggravated state responsibility*)).

17 Аналогичное содержание имел проект КМП, принятый в первом чтении⁴². КМП интегрировала обязанности *erga omnes* в концепцию ответственности государств. Нарушение обязательств *erga omnes* и *ius cogens* вошло в категорию «международных преступлений». Под «международными преступлениями» подразумевались нарушения норм международного права, значение которых настолько велико, что их нарушение должно считаться преступлением. Остальные нарушения, имеющие только относительное действие, обозначались как «деликты»⁴³. Помимо неоднозначности определения международных преступлений⁴⁴, критике была подвергнута основанная на разграничении преступлений и деликтов *система правовых последствий*⁴⁵. Так, наряду с обычными правовыми последствиями, правопослушные государства должны были при наличии определенных обязательств нести «солидарные обязанности». В третьем чтении КМП отказалась от понятий «преступление» и «деликт». Поэтому они не включены в Резолюцию об ответственности государств и, вероятно, не будут играть роли в будущем, например, при изменении договоров на основании резолюции.

18 Однако ст. 40 и 41 Резолюции об ответственности государств имеют сходное содержание: при серьезных нарушениях императивных норм международного права государства должны *сотрудничать* с целью прекращения нарушения. Они *не должны признавать* правомерным положение, сложившееся в результате такого нарушения, и не должны оказывать помощи или содействия для ее *сохранения*⁴⁶. Ст. 40 (абз. 2) Резолюции об ответственности государств конкретизирует, при каких условиях нарушение императивных норм международного права квалифицируется как серьезное. Статья 41 определяет особые правовые последствия серьезных нарушений в смысле ст. 40 Резолюции. Ст. 41 (абз. 2) отражает принцип *ex iniuria ius*

⁴² Опубликовано в ILM 37(1998) 410.

⁴³ Ст. 19 (абз. 3) Проекта Комиссии по международному праву (первое чтение, 1996 г.), см. ILM 37 [1998] 440ff.

⁴⁴ См.: Hofmann, Zur Unterscheidung von Verbrechen und Delikt im Bereich der Staatenverantwortlichkeit, ZaöRV 45 (1985) 195 (220); Simma (сноска 5) 376; также см. статьи в сборнике: Weiler/Cassese/Spinedi (Hrsg), International Crimes of State: A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility, 1989; Rosenstock, Crimes of States — an Essay, FS Zemanek, 1994, 321ff. К проблеме терминологии см.: Hofmann, ebd, 205; Simma (сноска 5) 378.

⁴⁵ См.: Frowein, Verpflichtungen erga omnes, 248; Hofmann (сноска 44) 221ff; Starace, La Responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale, RdC 153 (1976-V) 267ff, 289ff; de Hoogh, Obligations erga omnes and International Crimes, 1996.

⁴⁶ См.: Czaplinski, UN Codification of Law of State Responsibility, AVR 41 (2003) 62ff; В монографии Paulus, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, 2001, 404ff рассматривается понятие «потерпевшее государство» согласно ст. 43 (абз. 2) Проекта КМП; критические замечания см.: Cassese (сноски 41) 269: «минималистский подход» (*minimalist approach*). См. консультативное заключение МС ООН по делу о стене, ICJ Rep 2004, 136.

non oīitur. Поскольку в ст. 40 содержится критерий серьезности нарушения, вероятно, что юридические проблемы, связанные с разграничением понятий «преступление» и «деликт», возникнут при толковании ст. 40 и след.⁴⁷

Ответственность за деятельность, сопряженную с риском

С начала XX в. обсуждается вопрос, насколько и при каких условиях государства на основании международного права несут ответственность за действия, которые *сопряжены с риском* и могут быть вменены. Изначально этот вопрос рассматривался в связи с правовым режимом иностранных граждан. Предполагалось, что при ущербе, причиненном иностранным гражданам в результате массовых беспорядков или военных действий в ситуации, аналогичной гражданской войне, должна наступать абсолютная ответственность государства, *независимо от наличия вины*⁴⁸. Сегодня в первую очередь, хотя не исключительно, имеют значение технические риски в результате использования атомной энергии и космического пространства в мирных целях, а также причинение ущерба окружающей среде на море и на суше. В этом контексте рассматривается вопрос об условиях применения положений об *ответственности государств за действия, сопряженные с рисками*⁴⁹. При этом речь идет не только об отказе от применения принципа вины в определенных случаях, но и о юридической оценке незапрещенного поведения, сопряженного с особыми рисками причинения ущерба. В этой связи возникает вопрос, насколько такие действия являются основанием для возникновения ответственности государств, если государство не учитывает современный уровень развития науки и техники при выдаче разрешения или контроле опасных видов деятельности и вследствие этого причиняется ущерб⁵⁰, или необходимо создать специальный состав для таких случаев. Кроме того, спорным является вопрос, насколько причинение ущерба в результате незапрещенной деятельности может считаться нарушением международного права⁵¹?

Включение незапрещенных действий, сопряженных с особым риском нанесения ущерба, в классическую концепцию ответственности государств противоречит позиции некоторых государств, согласно которой такие действия подлежат ответственности не на основании противоправности,

⁴⁷ См.: *Brownlie* (сноска 8) 507ff.

⁴⁸ См.: *Fauchille*, *Traité de droit international public*, I/1, 1921, 521f.

⁴⁹ *Rudolf*, *Haftung für rechtmäßiges Verhalten im Völkerrecht*, FS Mühl, 1981, 535 (541ff); *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1269; *Kunig*, *Völkerrecht und Risiko*, JURA 1996, 593; *Dederer*, *Staatenverantwortlichkeit (State responsibility) und Haftung (liability) im Bereich der «ultrahazardous activities»*, in: Hecker/Hendler/Reiff/Proelß (Hrsg), *Verantwortlichkeit und Haftung für Umweltschäden*, 2012; *Tanzi*, *Liability for Lawful Acts*, MPEPIL VI, 837ff.

⁵⁰ *Herdegen*, *Völkerrecht*, 12. Aufl 2012, § 58 Rn 12.

⁵¹ См.: *Ipsen*, in: *ders* (сноска 8) § 39 Rn 51ff.

а на основании создания опасности при определенных обстоятельствах⁵². Кроме того, возможны случаи, в которых несоблюдение надлежавшей осмотрительности не может быть вменено государству (абз. 12)⁵³ или отсутствием государственного акта (абз. 13)⁵⁴. Поэтому необходимо найти ответ на вопрос о существовании особых правил для правомерного поведения, сопряженного с риском. Международное обычное право не содержит ответа на этот вопрос, поскольку практика международных судов по этому предмету ограничена, практика государств не имеет общих тенденций, а в юридической доктрине вопрос остается спорным⁵⁵. Запрет злоупотребления правами, который иногда использовался в качестве обоснования, также не является убедительным аргументом в данном контексте, поскольку его существование и содержание в международном праве является спорным⁵⁶.

21 Принятый Комиссией по международному праву в 2001 г. *Проект статей о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности*⁵⁷ основан на принципах предотвращения⁵⁸ и сотрудничества⁵⁹. Для определенных видов опасной деятельности государства должны устанавливать обязанность предварительного получения разрешения. В связи с деятельностью, сопряженной с риском причинения трансграничного ущерба, необходимо уведомление сопредельных государств и проведение консультаций⁶⁰. Проект также предусматривает процедуру разрешения споров, в рамках которой может быть создана независимая комиссия по установлению фактов. Если одно из государств-участников откажется назначить членов комиссии, по ходатайству другой стороны членов комиссии может назначить

⁵² См.: *Bedjaoui* (сноска 26) 360, 361; к вопросу о договорной практике см., например, ст. 22 (абз. 3) Женевской Конвенции об открытом море от 29.4.1958 г., ст. 110 (абз. 1) Конвенции по морскому праву, ст. VI Договора о космосе от 27.01.1967 г., ст. II Конвенции о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами от 29.3.1972 г. См. также: *Dederer* (сноска 49) III. 1.a) и 2.a).

⁵³ *Rudolf* (сноска 49) 542.

⁵⁴ *Randelzhofer*, *Gefährdungshaftung*, 63.

⁵⁵ См.: *Rudolf* (сноска 49) 544; *Randelzhofer*, *Gefährdungshaftung*, 65; *Gündling*, *Verantwortlichkeit der Staaten für grenzüberschreitende Umweltbeeinträchtigungen*, *ZaöRV* 45 (1985) 265 (286f); *Vendross/Simma* (сноска 7) § 1269; *Rousseau* (сноска 26) Nr 22.

⁵⁶ *Randelzhofer*, *Gefährdungshaftung*, 45; *Ipsen* (сноска 8) § 39 Rn 44ff; по проблеме в целом см.: *Kiss*, *Abuse of Rights*, *EPIL* I (1992) 1ff.

⁵⁷ Доклад Комиссии международного права, пятьдесят третья сессия (2001), Глава V.— См.: *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 5) § 175 V.; *Dolzer*, *Völkerrechtliche Verantwortlichkeit und Haftung für Umweltschäden*, *BerDGVR* 29 (1992) 195 (228ff); *Erichsen*, *Das Liability Project der ILC*, *ZaöRV* 51 (1991) 94ff; *Harndt*, *Völkerrechtliche Haftung für die schädlichen Folgen nicht verbotenen Verhaltens*, 1993, § 1.

⁵⁸ Ст. 3 Проекта (сноска 57). См. также: *Quentin-Baxter*, *YBILC* 1981 II/2, 146ff, 148, (§ 177); *Barboza*, *YBILC* 1986 I, 196 (§ 25); *Randelzhofer*, *Gefährdungshaftung*, 69f.

⁵⁹ Ст. 4 Проекта (сноска 57).

⁶⁰ См. ст. 6–11 Проекта (сноска 57).

Генеральный секретарь ООН⁶¹. КМП рекомендовала Генеральной Ассамблее принять проект в качестве рамочной конвенции. Однако Генеральная Ассамблея не последовала этой рекомендации. В 2006 г. она приняла представленный КМП Проект принципов, касающихся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности⁶². Шесть принципов содержат положения о предотвращении причинения ущерба и сотрудничестве, а также о компенсации за причинение ущерба. Однако принципы не могут рассматриваться как проект, устанавливающий правовой режим ответственности в отношении незапрещенных видов деятельности, связанных с особыми рисками, который мог бы послужить основой для международной конвенции.

3. Отдельные проблемы

а) Проблемы вменения ответственности государств

С точки зрения международного обычного права государство должно **22** отвечать за любые нарушения международного права, возникающие в результате действий его *органов*, независимо от осуществляемых ими функций и уровня, на котором они действуют⁶³. Если речь идет о федеративном государстве, действия органов субъектов федерации, как правило, квалифицируются как действия федерации⁶⁴. На практике чаще всего в этом контексте рассматриваются решения административных органов, если они не могут быть обжалованы на внутригосударственном уровне⁶⁵. Однако в качестве нарушения также могут квалифицироваться законодательные акты (классическим примером являются законы об экспроприации и национализации имущества), если нарушением является принятие или отказ от принятия законодательных актов, а не определенная практика их применения⁶⁶. Наконец, государства несут ответственность за окончательные решения судов последней инстанции, нарушающие международное право⁶⁷. В прошлом большое значение имели серьезные нарушения принципов правосудия в отношении иностранцев и представителей определенных государств (*déni de justice, denial of justice*)⁶⁸.

⁶¹ См. ст. 19 Проекта (сноска 57).

⁶² GA/RES/61/36 Annex; см. также YBILC 2006 II/1, 101ff (комментарий).

⁶³ В этом смысле также ст. 4 Резолюции об ответственности государств; *Ipsen* (сноска 8) § 40 Rn 5; *Brownlie* (сноска 26) 132; *Zemanek*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit, Rn 2453ff.

⁶⁴ *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 5) § 176 II.4.

⁶⁵ Примеры см.: *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1273.

⁶⁶ *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1271; *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 5) § 176 V.1.

⁶⁷ См.: *Schlochauer* (сноска 6) 251f.

⁶⁸ К вопросу о понятии и содержании см.: *Focarelli*, Denial of Justice, MPEPIL III, 36ff.

- 23 Кроме того, государства несут ответственность за действия лиц, непосредственно не относящихся к государственному аппарату, но уполномоченных осуществлять публично-правовые функции. Это касается юридически самостоятельных носителей административных функций, таких как корпорации публичного права, учреждения, фонды или организации, которым государство делегировало определенные полномочия (см. ст. 7 Резолюции об ответственности государств). Вменение государству деяний лиц, фактически осуществляющих административные функции, возможно только в чрезвычайных ситуациях (стихийные бедствия, войны)⁶⁹. Однако даже в таких случаях сложно доказать, что государство было согласно с осуществлением ими полномочий⁷⁰.
- 24 Действия государственных органов и иных субъектов принятия решений, наделенных полномочиями по осуществлению определенных публичных функций, вменяются государству также в случае превышения полномочий или действий вопреки указаниям (т. н. действия *ultra vires*) (см. ст. 7 Резолюции об ответственности государств). Спорным является вопрос, насколько это правило также действует в случаях, когда для государства-потерпевшего было очевидно, что уполномоченная организация действовала за рамками своих полномочий⁷¹. В качестве аргумента против такого исключения приводятся решения международного арбитража⁷², а также тезис, согласно которому знание превышения полномочий, как правило, не дает возможности предотвратить ущерб⁷³. Несмотря на это, сложно доказать существование международного обычая о вменении действий государству в случае очевидного превышения полномочий⁷⁴.
- 25 Ответственность государств, в принципе, не распространяется на правонарушения, совершаемые *частными лицами*. Государство должно нести ответственность за такие нарушения только в том случае, если в связи

⁶⁹ См. ст. 8 Резолюции об ответственности государств. Примеры см.: *Ipsen*, in: *ders* (сноска 8) § 40 Rn 16/18, *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 5) § 177 II 2; *David*, La responsabilité internationale de l'Etat après l'aff. Bosnie c/Serbie, FS Bothe, 2008, 865ff; *Epiney*, Zur Rechtsfigur des de facto-Organen im Recht der Staatenverantwortlichkeit, FS Bothe, 2008, 883ff.

⁷⁰ См.: *Ipsen* (сноска 8) § 40 Rn 17, 19.

⁷¹ Эту точку зрения поддерживает, например, *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 5) § 176 II.2; *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1274; *Brownlie* (сноска 8) 434ff; см. также ст. 10 Резолюции об ответственности государств; противоположная точка зрения см. в: *Ipsen* (сноска 8) § 40 Rn 28.

⁷² Арбитражные решения по делу *Юмэнса* (RIAA IV, 110ff) и делу *Кэра* (RIAA V, 516ff).

⁷³ См.: *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1274.

⁷⁴ См. соответствующие исключения для явных нарушений права в ст. 46 Венской Конвенции о праве международных договоров и ст. 46 Венской Конвенции о праве договоров между государствами и международными организациями.

с этими нарушениями ему самому может быть вменено противоправное деяние⁷⁵. Как правило, речь идет о бездействии государства. Например, когда государство не проявляет надлежащую осмотрительность (*due diligence*) и поэтому не пресекает нарушения прав иностранцев и прав иностранных государств частными лицами или не предпринимает мер по преследованию и наказанию таких правонарушителей⁷⁶. В международной практике также известны примеры оказания поддержки и поощрения государством совершения правонарушений частными лицами⁷⁷. Ст. 8 Резолюции об ответственности государств регулирует такие случаи. Согласно этому положению государству вменяются фактические действия лица или группы лиц, совершаемые по указанию или под руководством и/или контролем государства. В решении по делу о Конвенции о геноциде Международный суд в связи с вопросом вменения выдвинул требование об обеспечении эффективного контроля, хотя такой подход связан с определенными проблемами⁷⁸.

Если государство участвует в миссиях международных организаций, например ООН или НАТО, предоставляя военный или гражданский персонал, возникает вопрос, кому вменяются нарушения международного права: государству и/или международной организации. Если исходить из ст. 8 Проекта статей об ответственности международных организаций, разработанных КМП⁷⁹, вменение зависит от эффективного контроля, осуществляемого на месте⁸⁰. ЕСПЧ в решении по делу Бехрами (*Behrami*) и др., в котором рассматривалось поведение французских, немецких и норвежских солдат в Косово, установил, что *поведение нельзя вменить государствам*, 26

⁷⁵ Присвоение (вменение) только на основании ст. 11 Резолюции об ответственности. По этому вопросу см. решение Международного Суда по делу о *тегеранских заложниках* (ICJ Rep 1980, 30f). *Herdegen* (сноска 50) § 58 Rn 6; *David* (сноска 69); *Wolfrum*, State Responsibility for Private Actors, in Ragazzi (Hrsg), International Responsibility Today, 2005, 423ff; *Kees*, Responsibility for Private Actors, MPEPIL VIII, 959ff.

⁷⁶ Основополагающие принципы сформулированы *Максом Хубером* в решении относительно британского имущества в деле об *Испанском Марокко* от 1.5.1925 г. (RIAA II, 615, 636, 642, 645f); из более поздней судебной практики см. решение Международного Суда по делу о *тегеранских заложниках* (ICJ Rep 1980, 31f). См. также: *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1281; *Brownlie* (сноска 26) 159ff; *Rousseau* (сноска 26) Nr68ff; *Sperduti*, Responsibility of States for Activities of Private Law Persons, EPIL IV (2000) 216; *Wolf* (сноска 30). Материалы дела см.: *Ipsen* (сноска 8) § 40 Rn 30ff.

⁷⁷ Например, в случае одобрения представителями правительства занятия американского посольства США в Тегеране, см. решение по делу о *тегеранских заложниках* (IGH, ICJ Rep 1980, 34). Таким образом, международно-правовая ответственность также распространяется на случаи, в которых государство совершает активные действия.

⁷⁸ ICJ Rep 2007, 43, 208 (§ 400); однако в решение по делу Таджики от 2.10.1995, ILM 35 (1996), 35 (§ § 120, 131, 137) выдвигается требование общего контроля (*overall control*).

⁷⁹ Текст с комментариями КМП <http://untreaty.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_11_2011.pdf>.

⁸⁰ К вопросу о критериях см. *Peters*, Die Anwendbarkeit der EMRK in Zeiten komplexer Hoheitsgewalt und das Prinzip der Grundrechtstoleranz, AVR 48 (2010) 1 (37ff).

предоставившим военных, поскольку Совет Безопасности обладал «всей полнотой полномочий и контрольных функций» (*«ultimate authority and control»*). Поэтому, с точки зрения ЕСПЧ, ответственность должна нести исключительно ООН⁸¹. Решение было справедливо подвергнуто критике. Оно не содержит объективных критериев для отграничения ответственности государств от ответственности международных организаций и отклоняется от признанных критериев ст. 7 Резолюции об ответственности государств без убедительных оснований⁸².

- 27 Трудности вызывает квалификация таких форм поведения государства, которые облегчают совершение или способствуют совершению международно-противоправного деяния *другим* государством. Естественно, могут складываться ситуации, когда может быть обоснована ответственность за «*пособничество*»⁸³. Определение состава пособничества (см. ст. 16 Резолюции об ответственности государств) пока недостаточно конкретно⁸⁴. При определении должно учитываться, что по действующему праву государства не обязаны реагировать на нарушения международного права другими государствами и поэтому не обязаны без особых оснований подвергать проверке собственные действия на предмет наличия признаков пособничества⁸⁵.

б) Исключение ответственности государств

- 28 Нарушение международного права не влечет за собой ответственности государства, если потерпевшее государство явно было согласно с совершением этого действия⁸⁶ и нарушение не распространялось на *ius cogens* или обязательства *erga omnes*. В определенных случаях ответственность может исключаться также в случаях форс-мажора, в которых поведение, соответствующее международному праву, невозможно, и случайных событий, если эти события являются непредсказуемыми, неизбежными и не поддающимися контролю

⁸¹ EuGRZ 2007, 522 (Ziff 146ff).

⁸² P. Klein, Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d'opérations de paix et étendu du pouvoir de contrôle de la Cour Européenne de Droit de l'Homme: Quelques considérations critiques sur l'arrêt Behrami und Saramati, AFDI 53 (2007) 43 (52ff) указывает на самоограничение судей по фактическим и политическим причинам (vgl ebd, 56ff); Hafner; The ECHR Torn between the United Nations and the States: The Behrami and Saramati Case, FS Bothe, 2008, 103ff.

⁸³ Следует отграничивать этот вопрос от вопроса об ответственности государства за международно-правовые нарушения других государств, которые зависят от него фактически или юридически. В настоящее время такие случаи встречаются редко; они не рассматриваются в данном контексте, см. ст. 17 Резолюции об ответственности государств и Verdross/Simma (сноска 7) § 1286; Klein, Beihilfe zum Völkerrechtsdelikt, FS Schlochauer, 1981, 425 (427f).

⁸⁴ См. ст. 16 Резолюции об ответственности государств (см. 15 наст. разд.).

⁸⁵ Подробнее см.: Klein (сноска 83) 434, 436; Simma (сноска 5) 379f.

⁸⁶ См. также ст. 20 Резолюции об ответственности государств.

государства. Государство не может ссылаться на форс-мажор, если его действия привели к такой ситуации или повысили риск возникновения такой ситуации (ст. 23 Резолюции об ответственности государств)⁸⁷. Как правило, государство *не может ссылаться на т. н. состояние необходимости*, за исключением случаев, в которых это необходимо для защиты жизненно важных интересов государства, совершающего нарушение, если при этом не нарушаются существенные интересы других государств или международного сообщества в целом. Кроме того, запрещено ссылаться на состояние необходимости, если это исключено на основании особых международно-правовых обязательств или если государство способствовало возникновению состояния необходимости. В этом случае также *исключены* нарушения *ius cogens* (см. ст. 25, 26 Резолюции об ответственности государств). Международная практика соответствует содержанию Резолюции⁸⁸. В понятие «состояние необходимости» входит также экономическое и финансовое чрезвычайное положение государства⁸⁹. Однако такое чрезвычайное положение не может являться основанием для отклонения частноправовых требований о погашении долга, поскольку отсутствует международноправовое правоотношение, которое должно быть приостановлено в условиях чрезвычайного положения⁹⁰.

Наконец, ответственность государства может исключаться, если действия государства являются реакцией на предшествующее нарушение международного права. В таких случаях государство может участвовать *в коллективных принудительных мерах международной организации* (см. абз. 113 и след.), осуществить свое право на *самооборону* в рамках Устава ООН⁹¹ или принять *контрмеры*.

Под *контрмерами* подразумеваются меры, которые принимает государство в качестве реакции на предшествующее нарушение его прав, если оно защищает и реализует их самостоятельно. Понятие контрмер является по двум причинам более узким, чем понятие санкций (абз. 107). Во-первых, оно обозначает только односторонний ответ конкретного субъекта международного права на предшествующее нарушение международного права. Меры, принимаемые международными организациями, например ООН,

⁸⁷ См. ст. 23 Резолюции об ответственности государств (сн. 15 наст. разд.).

⁸⁸ Решение Международного суда по делу *Габчиково-Надьмарош*, ICJ Rep 1997, 7, 39f (§ 51f); подробнее см.: *Reinisch*, Sachverständigengutachten zur Frage des Bestehens und der Wirkung des völkerrechtlichen Rechtfertigungsgrundes «Staatsnotstand», ZaöRV 68 (2008) 4ff.

⁸⁹ *Reinisch* (сноска 86) 10ff.

⁹⁰ См.: BVerfGE 118, 124, 135, 139f (*решение по делу об аргентинских государственных займах*); *Reinisch* (сноска 86) 27; *Hobe*, Völkerrechtlicher Notstand im internationalen Investitionsrecht, 2011, 121ff; крит *Schill*, Der völkerrechtliche Staatsnotstand in der Entscheidung des BVerfG zu Argentinischen Staatsanleihen: Anachronismus oder Avantgarde? ZaöRV 68 (2008) 47ff; v. *Arnauld* (Fn 20) Rn 425.

⁹¹ См. ст. 21 и 22 Резолюции об ответственности государств.

не входят в это понятие⁹². Во-вторых, контрмеры, в принципе, является международно-противоправным действием, однако как средство прекращения международно-противоправного деяния является оправданной⁹³.

- 31 Понятие контрмеры сформировалось в основном в результате работы КМП в связи с понятием мирной репрессалии⁹⁴, а также нашло отражение в международной судебной практике⁹⁵. Резолюция об ответственности государств содержит ограничения для государства, принимающего контрмеры, как в отношении *целей*, которые оно может преследовать, так и в отношении выбираемых им *средств*. Например, контрмеры могут быть приняты только с целью побудить противоправно действующее государство к правомерному поведению⁹⁶. При этом не допускаются отступления от основных прав человека, закрепленных в Международных Пактах ООН по правам человека, или от императивных норм международного права⁹⁷. До принятия контрмер потерпевшее государство должно потребовать от ответственного государства выполнения его международно-правовых обязательств и уведомить его о намеченных контрмерах⁹⁸. И, наконец, контрмеры должны быть *соразмерными* и могут приниматься только до прекращения международно-противоправных действий или международно-противоправного положения⁹⁹. Эти ограничения права на контрмеры в основном соответствуют также международному обычному праву. Контрмеры по-прежнему, как правило, принимаются в форме репрессалий (к вопросу об отдельных аспектах см. 115 и след.).

в) Правовые последствия ответственности государств

- 32 Особое правоотношение, возникающее в результате нарушения международного права (абз. 8), порождает — если иное не предусмотрено специальными соглашениями (абз. 34) — обязанность ответственного государства прекратить дальнейшие нарушения и ликвидировать по мере возможности

⁹² Fiedler; Gegenmaßnahmen, 12f.

⁹³ К этой конструкции см. ст. 22 Резолюции об ответственности государств. К вопросу о реторсиях см. абз. 111.

⁹⁴ См.: v. Arnault (сноска 20) Rn 416; Stein/von Buttlar; Völkerrecht, 13. Aufl 2012, Rn 1151.

⁹⁵ Арбитражное решение по делу о *соглашении о воздушном сообщении* (США против Франции) от 9.12.1978 (RIAA XVIII, 416 (§ § 81 ff)); решения Международного Суда по делу о *тегеранских заложниках* (ICJ Rep 1980, 28) и по делу *Никарагуа* (ICJ Rep 1986, 14 (§ 210)).

⁹⁶ Ст. 49 Резолюции об ответственности государств.

⁹⁷ Ст. 50 Резолюции об ответственности государств. В целом по проблеме см.: Dahm/Delbrück/Wolfrum (сноска 5) § 188 VI.3.

⁹⁸ Ст. 52 Резолюции об ответственности государств.

⁹⁹ Ст. ст. 51 и 52 Резолюции об ответственности государств.

все последствия противоправного акта (*возмещение*)¹⁰⁰. В зависимости от обстоятельств в конкретном случае это могут быть фактическое или юридическое *восстановление положения, которое существовало до совершения противоправного деяния* (см. ст. 35 Резолюции об ответственности государств)¹⁰¹, а при нанесении ущерба в результате международно-противоправных деяний, исчислимого в финансовом выражении, также *денежную компенсацию за ущерб*, если между противоправным деянием и ущербом существует каузальная связь, ограниченная принципом адекватности (см. ст. 36 Резолюции об ответственности государств)¹⁰². Вопрос о том, насколько потерпевшее государство имеет право выбора между натуральной реституцией и компенсацией или имеет право требовать компенсацию, только если *restitutio in integrum* частично или полностью невозможна, является спорным, в особенности если речь идет о нарушениях права о статусе иностранцев¹⁰³. Если ущерб от нарушения международного права не может быть выражен в денежном эквиваленте, требование о выплате компенсации заменяется требованием о предоставлении сатисфакции (см. ст. 37 Резолюции об ответственности государств). Требование о сатисфакции может быть удовлетворено, например, посредством признания международно-правового нарушения и принятия на себя ответственности, официального извинения, наказания виновных лиц или согласия на денежный «штраф». При определенных обстоятельствах достаточным является установление международной противоправности деяния международным (третейским) судом¹⁰⁴.

Требование о возмещении ущерба является *межгосударственным* правопритязанием, поскольку оно вытекает из правоотношения между государствами¹⁰⁵. Это означает, что оно может быть предъявлено исключительно государствами, даже если ущерб в результате нарушения нанесен физическому

33

¹⁰⁰ Основополагающие принципы сформулированы в решении Постоянной Палаты международного правосудия по делу о фабрике в *Хожуве* (сноска 18). К данному принципу см. также ст. 34 и след. Резолюции об ответственности государств; Brownlie (сноска 26) 199f; *Wolfgram*, Reparation for Internationally Wrongful Acts, EPIL IV (2000) 177; *Crawford*, State Responsibility, 526ff.

¹⁰¹ К вопросу об ограничении от международно-противоправного деяния см.: *Dahm/Delbrück/Wolfgram* (сноска 5) § 185; подробнее, с примерами см. в: *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1295; *Tanzi*, Restitution, MPEPIL VIII, 972ff.

¹⁰² Подробнее см.: *Riedel*, Damages, EPIL I (1992) 929ff. К вопросу о практике выплаты компенсаций (соглашениях о паушалных выплатах (*lump-sum-agreements*)) *Doehring*, Völkerrecht, 2. Aufl 2004, Rn 842.

¹⁰³ Ст. 36 Резолюции об ответственности государств гарантирует компенсацию, только если ущерб не может быть возмещен реституцией.

¹⁰⁴ См.: *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1299; *Hoss*, Satisfaction, MPEPIL IX, 25ff. — Судебная практика о сатисфакции см. решение Международного суда по делу о *проливе Копфу* (ICJ Rep 1949, 35f).

¹⁰⁵ См.: *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1304.

или юридическому лицу. При причинении ущерба физическому лицу¹⁰⁶ правом предъявить требование в соответствии с нормами обычного права обладает государство, гражданин которого данное лицо имеет на момент причинения ущерба и предъявления требования¹⁰⁷. При причинении ущерба юридическому лицу (но не его участникам или акционерам, рассматриваемым в этой связи как физические лица)¹⁰⁸ право требования определяется в зависимости от того, можно ли соотнести юридическое лицо с конкретным государством на основании национального права, например, по местонахождению его главного управления или центра коммерческой деятельности¹⁰⁹. В любом случае, право требования может быть предъявлено только после того, как соответствующие физические или юридические лица исчерпали все средства правовой защиты против нарушения их прав на внутригосударственном уровне¹¹⁰.

34 До сих пор невыясненным остается вопрос, применяются ли вышеописанные правовые последствия и их самостоятельная реализация путем обращения в международные суды или применения допустимых в международном праве санкций (в частности, репрессалий)¹¹¹, если установлены *специальные правила*. Как правило, можно исходить из того, что стороны договора могут предусмотреть специальные правовые последствия за международно-противоправные деяния, если при этом не нарушается Устав ООН или нормы *ius cogens*¹¹². Подобные правила содержатся, например, в *Конвенции о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами*¹¹³, *Договоренности о правилах и процедурах разрешения споров* (ст. 23)¹¹⁴ и в ст. 139 *Конвенции по морскому праву*¹¹⁵. Признание принципиальной допустимости установления специальных правил само по себе не решает значительно более сложный вопрос о соотношении общих правил ответственности государств и специальных систем правовой

¹⁰⁶ Подробнее см.: *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1300ff; *Rousseau* (сноска 26) Nr 97ff.

¹⁰⁷ Основополагающие принципы сформулированы в решении по делу о *концессиях Мавромматиса* (РСИ, 1924, Series A, No 2, 12). На судах при определении принадлежности права требования действует принцип государства флага, независимо от национальности, см. решение Международного трибунала по морскому праву по делу о судне «*Сайга*» (ITLOS Rep 1997, 4ff).

¹⁰⁸ Основополагающие принципы сформулированы Международным судом в решении по делу *Барселона Трэкин* (Barcelona Traction) (ICJ Rep 1970, 42).

¹⁰⁹ К вопросу об исключениях см.: *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1304.

¹¹⁰ См.: *Crawford*, *Local remedies, Exhaustion of*, MPEPIL VII, 895ff.

¹¹¹ См.: *Zemanek* (сноска 1) 2531ff.

¹¹² См.: *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1309.

¹¹³ BGBl 1975 II, 1210; Sart II Nr 396.

¹¹⁴ BGBl 1994 II, 1749; Sart II Nr 515. Договоренность действует в отношении торговых соглашений, перечисленных в приложении I, прежде всего в отношении Договора о ВТО.

¹¹⁵ BGBl 1994 II, 1799; Sart II Nr 350.

защиты и санкций, например, в рамках защиты прав человека или дипломатического и консульского права¹¹⁶: являются специальные правила о правовой защите автономными и самодостаточными («self-contained») или допустимой защите общими правилами при определенных условиях, например, в случае если защита в рамках специального режима является неполной или неэффективной? Представляется сомнительным, будет ли установленная в результате толкования абстрактная исключительность специального режима действовать в правоотношениях между любыми государствами¹¹⁷.

4. Ответственность международных организаций

а) Практическое значение

Начиная с 1945 г. количество и авторитет международных организаций в мире возрастают. В свете связанного с этим изменения компетенции большое значение приобрел вопрос, при каких условиях международные организации должны нести ответственность за совершенные ими международно-противоправные деяния и какие правила действуют, если международная организация является потерпевшим в результате подобных нарушений. Следует признать, что эти вопросы по-прежнему имеют второстепенное значение по сравнению с вопросом ответственности государств. Это связано с тем, что сфера деятельности международных организаций значительно уже, чем сфера деятельности государств. Кроме того, «склонность» международных организаций к нарушениям ограничена, поскольку обязательства по отношению к лицам и территориям, как правило, не относятся к компетенции международных организаций¹¹⁸. Эти вопросы редко регулируются международными договорами¹¹⁹ и рассматриваются судами¹²⁰. В декабре 2001 г. Генеральная Ассамблея поручила Комиссии по международному

35

¹¹⁶ Международный суд признал автономный характер специальных правил в решении по делу о *тегеранских заложниках* (ICJ Rep 1980, 40).

¹¹⁷ См.: *E. Klein*, Self-Contained Regime, MPEPIL IX, 97; скептическое отношение выразил *v. Arnould* (сноска 20) Rn 416.

¹¹⁸ См.: *Ipsen* (сноска 8) § 41 Rn 9.

¹¹⁹ См. ст. VI Договора о космосе от 27.1.1967 г.; ст. XXII (абз. 3) Конвенции о международной ответственности за ущерб, причиненный космическими объектами от 29.3.1972 г.; ст. 263 Конвенции по морскому праву.

¹²⁰ В прошлом они касались только ООН: решения Международного суда по делу *Бернадом* (*Bernadotte*) (ICJ Rep 1949, 174) и о возмещении ущерба, причиненного *миротворческими силами ООН в Конго* (ICJ Rep 1963, 150). По этому вопросу также нота Генерального секретаря к Соглашению о возмещении ущерба, причиненного бельгийским гражданам в Конго, опубликовано в: *Meng*, Internationale Organisationen im völkerrechtlichen Deliktsrecht, ZaöRV 45 (1985) 324 (329). К вопросу о присвоении (вменении) нарушений международного права, совершаемых миротворческими силами, см.: *Ipsen* (сноска 8) § 40 Rn 21.

праву¹²¹ по окончании работ по вопросам ответственности государств заняться проблемами режима ответственности международных организаций¹²². КМП представила Генеральной Ассамблее результат своей работы в 2011 году. Проект состоит из 67 статей¹²³.

б) Применимые правила

- 36 В принципе, правовая концепция ответственности международных организаций совпадает с концепцией ответственности государств. Это проявляется, в частности, в том, что правила для международных организаций, принятые КМП, в значительной степени соответствуют положениям, сформулированным в Резолюции об ответственности государств¹²⁴. Тем не менее существуют и *отличия*, которые ввиду недостаточности практики являются предметом дискуссий в юридической литературе, хотя объем литературы по этому вопросу незначителен¹²⁵. В частности, спорным является вопрос, насколько *ответственность международных организаций*, за исключением ООН, за нарушения *международного права* следует непосредственно из право- и дееспособности организации или зависит от признания организации. Аргументы в пользу право- и дееспособности заключаются в том, что ответственность является «обратной стороной» право- и дееспособности¹²⁶ и государства-участники, учреждая международную организацию, как правило, устанавливают ее автономный статус в соответствии с международным правом. С точки зрения *гарантий ответственности* такое толкование не ограничивает права третьих государств, поскольку сохраняется субсидиарная ответственность государств-участников (абз. 37)¹²⁷. Естественно, в этом может заключаться нежелательное косвенное признание правоспособности международных организаций. В этом случае остается лишь возможность предъявления требований к государствам-участникам. Если международная организация является *потерпевшим*, она может самостоятельно заявлять претензии о возмещении¹²⁸. Согласно ст. 34 Статута Между-

¹²¹ Резолюция ГА ООН 56/82 от 12.12.2001.

¹²² *Schmalenbach*, Haftung 28.

¹²³ Ссылка на публикацию в сноске 79.

¹²⁴ См. ILC Kommentar (сноска 79) Ziff 3f.

¹²⁵ *Hartwig*, International Organisations, Responsibility and Liability, MPEPIL VI, 64ff; *Meng* (Fn 118); *Ruffert/Walter*, Institutionalisiertes Völkerrecht, 2009, § 7.

¹²⁶ *Ruffert/Walter* (сноска 122) Rn 215; см. ст. 2 (а) Проекта статей с комментарием (сноска 79).

¹²⁷ См.: *Hoffmann*, Der Durchgriff auf die Mitgliedstaaten internationaler Organisationen für deren Schulden, NJW 1988, 585 (586); *Ruffert/Walter* (сноска 122) Rn 230. Противоположная точка зрения см.: *Meng* (сноска 118) 328.

¹²⁸ См. решение Международного суда по делу Бернадот (*Bernadotte*) ICJ Rep 1949, 174, 184; см. также ст. 43 Проекта статей; *Ipsen*, in *ders* (сноска 8) § 41 Rn 6ff; *Meng* (сноска 118) 344; v. *Arnauld* (сноска 20) Rn 377.

народного суда она не обладает правом подачи жалобы в Международный Суд ООН¹²⁹, однако может реализовывать свои требования посредством применения контрмер¹³⁰. Поскольку правовые последствия нарушения обязанностей *erga omnes* в общем международном праве до сих пор являются спорными (абз. 16 и след.), существуют сомнения, насколько международные организации, за исключением ООН, правомочны поддерживать государства-члены при предъявлении требований третьим государствам, если международной организации не был причинен ущерб в результате нарушения. Следует признать, что только отдельные международные организации имеют право предъявлять требования при нарушении прав лиц частного права. Это возможно в случае, если третье государство нарушает договор между ним и международной организацией, который обосновывает субъективные права частных лиц¹³¹.

Кроме того, спорным в связи с ответственностью международных организаций является вопрос о предпосылках, при наличии которых государства-члены должны нести ответственность перед третьими государствами за нарушение международной организацией ее обязанностей. Признание *общей дополнительной ответственности*, которую должны нести государства наряду с организацией, *не подтверждается* устоявшимися правовыми представлениями и практикой государств¹³². Субсидиарная ответственность наступает, только если государства-члены не обеспечили международную организацию достаточными гарантиями ответственности или недостаточно контролировали ее на предмет действий *ultra vires*. В этих случаях государства-члены сами совершают нарушения¹³³.

37

III. Международное уголовное право

1. Общая концепция

а) Понятие и критерии

Международное уголовное право относится к тем областям международного права, развитие которых значительно ускорилось за последнее десятилетие. Оно регулирует *нарушения международного права индивидами*, за которые предусмотрены уголовные санкции. Это определение позволяет однозначно отграничить ответственность согласно международному

38

¹²⁹ См. ст. 51 и след. Проекта статей.

¹³⁰ См. ст. 14 Проекта статей с комментарием; *Meng* (сноска 118) 350.

¹³¹ К вопросу о ЕС см.: *Groux/Manin*, *Die Europäischen Gemeinschaften in der Völkerrechtsordnung*, 1984, 151f.

¹³² Дискуссия к ст. 62 Проекта статей в комментарии КМП (сноска 79); *Ruffert/Walter* (сноска 122) Rn 230; противоположная точка зрения см., например, *Meng* (сноска 118) 332ff; *Hoffmann* (сноска 124).

¹³³ См.: *Meng* (сноска 118) 342f; *Wenckstern*, *Die Haftung der Mitgliedstaaten für internationale Organisationen*, *RabelsZ* 61 (1997) 93.

уголовному праву от ответственности согласно общему международному праву как с точки зрения «ответственного» субъекта, так и с точки зрения правовых последствий. При этом не исключены ситуации, в которых одновременно возникает ответственность государств или международных организаций по общему международному праву и уголовная ответственность индивидов, совершивших деяние, по международному уголовному праву, поскольку составы международного уголовного права частично совпадают с составами международных деликтов, из которых следует ответственность государств¹³⁴. С функциональной точки зрения эффективное международное уголовное право способствует совершенствованию системы санкций за международно-правовые нарушения. Международное уголовное право выполняет эту функцию, в особенности, если государство к ответственности привлечь невозможно и/или если возложение ответственности на государство было бы неадекватным, поскольку не государство или народ в целом, а политическое или военное руководство несет ответственность за существенные нарушения международного права или за осуществление государственной поддержки таких нарушений¹³⁵.

39 Единой терминологии не существует¹³⁶. Наряду с обозначением «уголовное право народов» встречаются также такие понятия, как «международное уголовное право» (international criminal law; droit pénal international)¹³⁷, «преступления против права народов» (crimes against the law of nations)¹³⁸ или «международные преступления» (international crimes)¹³⁹. Термины отражают широкое и узкое понятие международного уголовного права.

40 В широком смысле международное уголовное право распространяется на деликты, которые «в соответствии с традицией и особыми договоренностями могут быть юридически квалифицированы как деликты, направленные против правовых ценностей, в защите которых заинтересовано человечество в целом»¹⁴⁰. При таком понимании не имеет значения, насколько уголовная наказуемость основана на национальном праве, трансформирующем

¹³⁴ См. ст. 5 и след. Статута Международного уголовного суда (Sart II, Nr 35). Согласно ст. 25 (абз. 4) Статута он не исключает ответственность государств.

¹³⁵ Oeter, *Kriegsverbrechen in den Konflikten um das Erbe Jugoslawiens*, ZaöRV 53 (1993) 1 (4); Dupuy, in: Cassese/Gaeta/Jones (Hrsg), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 2002, 1085ff; Paech, *Sinn und Missbrauch internationaler Strafgerichtsbarkeit*, BdiP 2002, 440ff.

¹³⁶ См.: *Kreß*, *International Criminal Law*, MPEPIL V, 717 (720).

¹³⁷ См., например: *Oehler*, *Internationales Strafrecht*, 2. Aufl 1983, Rn 995ff; *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 5) § 189.

¹³⁸ *Schindler*, *Crimes Against the Law of Nations*, EPIL I (1992) 875ff.

¹³⁹ См., например: *Jeschek*, *International Crimes*, EPIL II (1995) 1119f; *Green*, *International Crimes and the Legal Process*, ICLQ 29 (1980) 567ff; *Schabas*, *An Introduction to the International Criminal Court*, 3. Aufl 2007, 82 ff.

¹⁴⁰ См.: *Oehler* (сноска 134) Rn 3, 395, перечень в абз. 1004; *Green* (сноска 136) 568f.

международное право, или непосредственно на международном праве. К сфере действия международного уголовного права относятся все составы правонарушений против международных интересов, связанные с международным правом, независимо от того, возможно преследование только при условии, что уголовные составы закреплены в национальном праве (в частности, договоры могут обязывать государства к этому) или непосредственно на международном праве, независимо от национального законодательства и воли к уголовному преследованию на внутригосударственном уровне¹⁴¹.

Международное уголовное право в узком смысле распространяется только на деликты, установленные исключительно международным правом и подлежащие юрисдикции международных судов¹⁴². Если следовать этой концепции, международное уголовное право не могло бы возникнуть, если не считать нескольких особых случаев, связанных с последствиями Второй мировой войны (абз. 44, 47), поскольку многие государства исходят из того, что они обладают первичной территориальной и персональной уголовной юрисдикцией также в отношении уголовных деяний, направленных против правовых благ международного сообщества, и эти полномочия могут быть делегированы международным судам только при наличии определенных предпосылок¹⁴³. Поэтому необходимо, чтобы международное уголовное право вводилось в действие и дополнялось на внутригосударственном уровне. Оно не может действовать непосредственно на основании международного права¹⁴⁴, а должно быть подготовлено к применению национальными органами уголовного преследования в соответствии с национальным уголовным правом, как, например, в Кодексе международного уголовного права ФРГ¹⁴⁵. Если установлена юрисдикция международных судов, должны регулироваться основы сотрудничества с ними¹⁴⁶.

41

¹⁴¹ Подробнее к вопросу о систематике см.: *Schindler* (сноска 135).

¹⁴² *Jescheck* (сноска 136) 1120; *Vogler*, *Völkerstrafrecht*, in: *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft*, 7. Aufl 1989 Sp 788f; *Roggemann*, *Der internationale Strafgerichtshof der Vereinten Nationen*, 1994, 53, 59, говорит в этой связи о «наднациональном уголовном праве».

¹⁴³ *Kreß*, *Vorbemerkungen zu dem Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs*, in: *Grützer/Pötz/Kreß* (Hrsg), *Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen*, Bd 6, 2003, Rn 22ff; *Fischer*, *International and National Prosecution of Crimes under International Law*, 2001.

¹⁴⁴ *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 5) § 189 I.2; v. *Arnauld* (сноска 20) Rn 1275.

¹⁴⁵ Кодекс международного уголовного права ФРГ от 21.6.2002, BGBl I 2002, 2254; см.: *Lüder/Vormbaum*, *Materialien zum Völkerstrafgesetzbuch*, 2002; подробнее см.: *Zimmermann*, *Auf dem Weg zu einem deutschen Völkerstrafgesetzbuch*, ZRP 2002, 97ff; *Kreß*, *Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuches*, 2000; *Werle/Jeßberger*, *Das Völkerstrafgesetzbuch*, JZ 2002, 725ff; *Weigend*, *Das Völkerstrafgesetzbuch — nationale Kodifikation internationalen Rechts*, GS Vogel, 2004, 197ff.

¹⁴⁶ Закон ФРГ о сотрудничестве с Международным уголовным судом, BGBl 2002 I, 2144; см. также: *Kreß*, *Römisches Statut des Internationalen Strafgerichtshofs*, in: *Grützer/*

42 На основании сформулированных выше принципов можно выделить следующие *отличительные признаки международного уголовного права*¹⁴⁷:

1. Основанием уголовной ответственности является преступление против правовых благ, защищаемых международным правом.

2. Как с точки зрения государств, так и с точки зрения индивида необходимо однозначно определить и ограничить ответственность по международному уголовному праву от ответственности по национальному уголовному праву, которая следует из принципа территориального и личного верховенства государства и может конкурировать с ответственностью по международному уголовному праву и даже возникать одновременно с ней (см. абз. 47 и 52).

3. В отношении конкретных деликтов или преступлений в международном сообществе должен существовать широкий консенсус, который должен найти свое отражение в составах преступлений, установленных в международных договорах и международном обычном праве (абз. 51).

4. Поскольку описание составов деяний, подлежащих наказанию, еще не позволяет дать окончательную квалификацию наказуемости *in concreto*, этот консенсус должен действовать также в отношении общих предпосылок наказуемости, в частности, действия принципа *nulla poena sine lege*, критериев противоправности и виновности, а также форм участия и соучастия (абз. 51/53).

5. Если установлена юрисдикция международного суда, должно действовать специальное международное процессуальное право (абз. 57)¹⁴⁸. Если соблюдаются все эти критерии, нивелируются принципиальные возражения с точки зрения философии и теории права против легитимности международного уголовного права¹⁴⁹.

б) Связь с принципами обеспечения мира и безопасности человечества

43 Развитие (материального) международного уголовного права изначально было связано с усилиями по обеспечению мира и безопасности человечества.

Pötz (сноска 140) Rn 373; *Meißner*, Die Zusammenarbeit mit dem internationalen Strafgerichtshof nach dem Römischen Statut, 2003.

¹⁴⁷ Основные подходы см.: *Jeschek* (сноска 136); *Niehoff*, Die von internationalen Strafgerichtshöfen anwendbaren Normen des Völkerstrafrechts, 1999; см. также *Kreß* (сноска 133) 721.

¹⁴⁸ См. также Правила процедуры и доказывания Международного уголовного суда от 30.6.2002 г. (Rules of Procedure and Evidence, Finalized Draft Text of the Rules of Procedure and Evidence), UN Doc PCNICC/2000/NF/3/Add.3, размещены на сайте: <http://www.un.org/law/icc/asp/1stsession/report/english/part_ii_a_e.pdf>, также перепечатано в: *Cassese/Gaeta/Jones*, The Rome Statute of the International Criminal Court, Materials, Bd 3, 2002.

¹⁴⁹ См.: *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 5 Rn 3 со ссылками на литературу; *Kreß* (сноска 133) 722.

До настоящего времени в этом отношении не произошло существенных изменений, но в последнее время появились новые стимулы развития, такие как обязательные нормы международного права, действующие *erga omnes*, и нормы, регулирующие защиту прав человека¹⁵⁰.

Еще запрет *пиратства в открытом море* частично относили к сфере международного уголовного права, хотя правильнее было бы отнести этот вопрос к сфере действия национального уголовного права и национальной системы уголовного преследования¹⁵¹. Международное сообщество выразило осуждение действий, сопоставимых с военными, совершаемых нерегулярными вооруженными группами, которые представляли угрозу для международной безопасности в открытом море¹⁵². Аналогичными мотивами¹⁵³ руководствовались государства при принятии решения об осуждении *Наполеона союзническими державами* на Венском Конгрессе 1815 г. Наполеон, поставивший себя выше законов и конвенций, стал объектом международного публичного возмездия как враг и нарушитель мирного сосуществования. Спустя столетие *вопрос о привлечении к ответственности за войну и за нарушение элементарных принципов гуманного ведения войны* определял индивидуальную ответственность перед сообществом государств. Так, ст. 227 Версальского мирного договора предусматривалось предъявление в международном трибунале обвинения против императора Вильгельма II в совершении серьезных нарушений в области международной морали и несоблюдении святости договоров и устанавливалось, что Нидерланды должны были дать согласие на его выдачу, однако этого не произошло. Также не были осуждены лица, ответственные за военные преступления против армянского населения согласно ст. 230 (не ратифицированного) Севрского мирного договора с Турцией от 10.8.1920 г. Подлинный подъем международного уголовного права начался после Второй мировой войны и связан с деятельностью Нюрнбергского и Токийского международных военных трибуналов 1945–1948 гг. по преследованию и наказанию главных военных преступников. Основанием для уголовного преследования были преступления против мира (планирование, подготовка и ведение военной агрессии), нарушение законов и обычаев ведения военных действий, а также преступления против человечности (убийства, истребление, депортации и иные

44

¹⁵⁰ Werle, Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht, ZStW 109 (1997) 808 (821ff); Sadat, The International Criminal Court and the Transformation of International Law, 2002, 269ff.; *Aquariva/Pocar*; Crimes against Humanity, MPEPIL IV, 855ff.

¹⁵¹ *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 3 Rn 92; *Shearer*, Piracy, MPEPIL VIII, 320ff.

¹⁵² См.: *Rubin* (сноска 148) 1038.

¹⁵³ Подробнее см.: *Oehler* (сноска 134) Rn 1007ff; *Baade*, Individual Responsibility, in: Black/Falk (Hrsg), The Future of the International Legal Order, Bd 4, 1972, 291 (295ff). Упомянутая далее в тексте проскрипция Наполеона опубликована в: *Ploetz*, Konferenzen und Verträge, Teil II, 1958, 256f.

деяния, совершенные во время войны против мирного населения, а также связанные с ними преследования по расовым, политическим или религиозным мотивам)¹⁵⁴. Аналогичные составы позже были включены в статуты Международного трибунала по военным преступлениям в бывшей Югославии и Международного трибунала по Руанде (абз. 4), созданные Советом Безопасности ООН в 1993–1994 гг. на основании главы VII Устава ООН. Таким образом, подтверждается не только связь международного уголовного права с проблемами обеспечения мира и безопасности, но и зависимость развития этого раздела права от реалий мировой политики. Международное сообщество должно быть готово к тому, чтобы установить составы преступлений для серьезных нарушений международного права и передать их на рассмотрение международной судебной инстанции для вынесения окончательного приговора. Подобную готовность продемонстрировали державы-победительницы после Второй мировой войны. После радикальных перемен в мировой политике в 1989/1990 гг. мировое сообщество вновь объединило усилия и обеспечило принятие необходимых мер Советом Безопасности. Новым этапом развития является создание Римского статута Международного уголовного суда (МУС), не связанного с уголовно-правовой реакцией на конкретные конфликты. В Римском статуте воспроизведены составы, которые применялись в Нюрнберге и Токио, и заложены основы для их дальнейшего развития (абз. 51 и след.). В последнее время прилагаются усилия по расширению сферы ответственности, выходящие за рамки Римского статута, например, в отношении уголовной наказуемости аннексий и интервенций, колониализма и апартеида, а также причинения существенного вреда окружающей среде¹⁵⁵. Из этого, можно сделать вывод, что, исходя из опыта, деяния, угрожающие миру и человечеству, не обязательно связаны с войной и военными действиями.

- 45 Таким образом, *специфическое содержание (материального) международного уголовного права* можно охарактеризовать следующим образом: речь идет о криминализации существенных нарушений мирного сосуществования государств и народов, свободного от применения силы и агрессии, а также элементарных стандартов обращения и существования, обеспечивающего достоинство личности. И это не случайно: подлежащим уголовному

¹⁵⁴ См. ст. 6 Статута Нюрнбергского трибунала: Текст и систематизированное изложение тринадцати приговоров трибунала, в: *Heinze/Schilling*, Die Rechtsprechung der Nürnberger Militärtribunale, 1952. См. также: *Jescheck*, War Crimes, EPIL IV (2000) 1349; *Ahlbrecht*, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert, 1999; *Bass*, Stay the Hand of Vengeance, 2000.

¹⁵⁵ См. перечень составов в: YBILC 1984 II/1, 100. О потенциальных новых составах преступлений см.: *Robinson*, in: Cassese/Gaeta/Jones (сноска 132) 497ff. К вопросу об охране окружающей среды см.: *Reichart*, Umweltschutz durch völkerrechtliches Strafrecht, 1999, 526ff.

наказанию следует считать «посягательство» на элементарные основы современного международного права¹⁵⁶.

Международное уголовное право согласно вышеуказанному определению понятия применялось на основании международного обычая, прежде всего, в случае нарушений законов и обычаев войны¹⁵⁷, однако после 1945 г. и в таких случаях, как правило, приоритет имело национальное уголовное право¹⁵⁸. Попытки *всеобъемлющей* кодификации международного уголовного права предпринимались еще на ранних этапах, однако только в 1998 году они привели к разработке договора — (*Римского*) Статута Международного уголовного суда¹⁵⁹. На начальной стадии разработки Статута Генеральная Ассамблея ООН в многочисленных резолюциях, ссылаясь на решения Нюрнбергского военного трибунала, подтвердила принципы наказания за военные преступления и преступления против человечности и сформулировала требование об их кодификации. В этой связи неоднократно выдвигалось требование об учреждении международного уголовного суда¹⁶⁰. Работа Комиссии по международному праву, которой была поручена подготовка кодекса, была предварительно завершена только в 1996 году принятием «Проекта Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества»¹⁶¹. Они были дополнены предложением о создании международного уголовного суда, разработка которого велась с 1992 г. по поручению Генеральной Ассамблеи ООН¹⁶². Оба документа вошли в проект Статута *Международного*

46

¹⁵⁶ См.: YBILC 1987 II/2, 13 (Комментарий к ст. 1 Проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества): «В целом признано, что преступления против мира и безопасности человечества обладали особыми признаками. В частности, представляется, что существует единое мнение в отношении критерия тяжести преступления. Это преступления, затрагивающие основы человеческого общества». (*It was generally agreed that crimes against the peace and security of mankind had certain specific characteristics. In particular, there seemed to be unanimity on the criterion of seriousness. These are crimes which affect the very foundations of the human society*).

¹⁵⁷ К вопросу о составах, основанных на международном обычае, в международном уголовном праве см.: *Ambos*, *Internationales Strafrecht*, § 5 Rn 5f; v. *Arnault*(Fn 20) Rn 1309.

¹⁵⁸ См.: *Ipsen* (сноска 8) § 42 Rn 26; *Komarow*, *Individual Responsibility and International Law: The Nuremberg Principles in Domestic Legal Systems*, ICLQ 29 (1980) 26ff; *Tomuschat*, YBILC 1988 I, 77 (§ 5f).

¹⁵⁹ К вопросу об истории переговоров см.: *Cassese/Gaeta/Jones* (сноска 132) 24ff.

¹⁶⁰ См., в частности, резолюции 95 (I) и 96 (I) от 11.12.1946 г.; 177 (II) от 21.11.1947 г.; 260 (III) от 9.12.1948 г.; 488 (V) и 489 (V) от 12.12.1950 г.; 687 (VII) от 5.12.1952 г.; 897 и 898 (IX) от 4.12.1954 г.; 1186 и 1187 (XII) от 11.12.1957 г.; 2338 (XXII) от 18.12.1967 г.; 2391 (XXIII) от 26.11.1968 г. и 2392 (XXIII) от 18.11.1968 г.; 2583 (XXIV) от 15.12.1969 г.; 2712 и 2713 (XXV) от 15.12.1970 г.; 2840 (XXVI) от 18.12.1971 г.; 3074 (XXVIII) от 3.12.1973 г.

¹⁶¹ По данному вопросу см.: *Bassiouni*, *Commentaries*; *Crawford*, in: *Cassese/Gaeta/Jones* (сноска 132) 23ff; *Schabas* (сноска 136) 9f.

¹⁶² ILM 33 (1994) 253ff; см. отчеты образованной в Комиссии по международному праву Рабочей группы по вопросу о международной уголовной юрисдикции, начиная с UN

уголовного суда (МУС). Он был разработан специальной Подготовительной Комиссией, которая была сформирована Генеральной Ассамблеей ООН в конце 1995 г. с целью подготовки конференции государств. Конференция состоялась в Риме с 15 июня по 17.7.1998¹⁶³. Статут вступил в силу 1.7.2002 после ратификации 60-ю государствами (ст. 126 (абз. 1)). На 6.5.2011 Статут ратифицировало 121 государство, в том числе все государства-члены ЕС¹⁶⁴.

47 Принятие Римского Статута ускорилось в связи с применением международного уголовного права в двух конкретных случаях в рамках миротворческих мероприятий ООН, в бывшей Югославии и в Руанде. «Международный Трибунал по преследованию лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Югославии» был учрежден и для него был разработан статут¹⁶⁵ на основании резолюций № 808 и 827 (1993 г.). По образу и подобию Трибунала по Югославии в конце 1994 г. на основании Резолюции № 955 был учрежден «Международный Трибунал для Руанды»¹⁶⁶. В качестве основания для принятия резолюций использовалась Глава VII, в особенности ст. 41 Устава ООН¹⁶⁷. Эти положения применяются при условии, что подтверждена необходимость планируемых мер для мирного урегулирования международного конфликта и государства при этом не лишаются прерогативы

GAOR 47th Sess, Suppl No 10 (A/47/10); *Ferencz*, An International Criminal Code and Court, Colum J Transnat'l L 30 (1992) 375ff; *Simbeye*, Internationalised Criminal Court and Tribunals: Practice and Prospects, Int'l L FORUM 4 (2002) 82; *Schlunck, Kaul*, in: Fischer/Lüder, Verbrechen, 151ff, 177ff. Подробнее об истории создания: *Cassese*, in: Cassese/Gaeta/Jones (сноска 132) 3ff; *Sadat* (сноска 147) 21; *Schabas* (сноска 136) 13ff.

¹⁶³ См.: *Kaul*, Das Römische Statut des Internationalen Gerichtshofs: Auf dem Weg zu einer humaneren Weltordnung unter dem Schutz des Rechts?, 1999; *Kirsch/Holmes*, The Rome Conference on an International Criminal Court: The Negotiating Process, AJIL 93 (1999) 2; *Zimmermann*, Strafgerichtshof. Анализ подготовительных работ см.: *Bos*, in: Cassese/Gaeta/Jones (сноска 132) 35ff; более краткий обзор см. в: *Sadat* (Fn 154) 42.
<<http://www.icc-cpi.int/Menu/ASP/states+parties/>>.

¹⁶⁵ Более подробно см.: *Murphy*, ICTY, 65ff; *Roggemann*, Die Internationalen Strafgerichtshöfe, 76ff.

¹⁶⁶ Текст Статута на немецком языке см. в: *Roggemann*, Die Internationalen Strafgerichtshöfe, 356ff. См.: *Trifflerer* (Fn 142) 12, а также *Shraga/Zacklin*, The International Criminal Tribunal for Rwanda, EJIL 7 (1996) 501; *Akhavan*, The International Criminal Tribunal for Rwanda, AJIL 90 (1996) 501; *Werle*, Principles of International Criminal Law, Rn 45ff; *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 6, Rn 34ff. О последних решениях обоих трибуналов см.: *Pocar*, Criminal Proceedings Before the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda, The Law & Practice of International Courts and Tribunals 5 (2006) 89ff.

¹⁶⁷ Док. ООН S 7/25704 от 3.5.1993 г.; немецкий текст: EA 49 (1994) D 89. *Roggemann*, Der Ständige Internationale Strafgerichtshof, 505: «юридическая интервенция». См.: *Roggemann*, Die Internationalen Strafgerichtshöfe, 60ff (о создании трибунала) и 67 (обзор его структуры). Более подробно см.: *Bassiouni/Manikas*, The Law of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, 1996. См. обзорный анализ в: *Lescure/Trintignac*, International Justice for Former Yugoslavia, 1996.

по осуществлению уголовного преследования при отсутствии (договорного) консенсуса. В пользу этих резолюций можно привести аргумент, что преследование и наказание в соответствии с резолюциями являются вкладом в достижение справедливого мира между сторонами конфликта и, помимо этого, может служить предостережением для лиц, планирующих подобные деяния, не совершать преступлений, поскольку уголовное преследование неизбежно. Сомнения, связанные с ограничением суверенитета государств, можно опровергнуть, используя аргумент, согласно которому релевантные в данном случае уголовные деяния на основании принципа универсальной юрисдикции¹⁶⁸ и в связи с тем, что деяния являются нарушениями обязанностей *erga omnes* (см. абз. 16 и след., абз. 117.), не относятся к исключительной сфере компетенции государств¹⁶⁹. Апелляционная палата Трибунала по Югославии в своем промежуточном решении по *делу Таджича* подтвердила, что Совет Безопасности обладает полномочиями по принятию мер для обеспечения мира посредством учреждения международного суда по уголовным делам как вспомогательного органа¹⁷⁰. Это является тем более примечательным, что оценка соответствия конкретной меры, принятой на основании Главы VII, нормам международного права была осуществлена не Международным Судом (даже это было бы проблематичным), а органом, который, в свою очередь, был учрежден Советом Безопасности¹⁷¹.

2. Основные элементы нормативного регулирования

а) Отграничение от уголовной юрисдикции государства

Одним из краеугольных камней эффективного международного уголовного права является его *автономия* по отношению к ограничивающим или отклоняющимся нормам национального права. Чтобы соответствовать этому принципу, оно должно иметь свои собственные формулировки составов наказуемых деяний, на которые, кроме того, не должно распространяться действие национальных норм о сроках давности¹⁷². Таким образом,

¹⁶⁸ .Немецкий текст Статута см.: VN 41 (1993) 156ff; подробнее *Pocar*, International Criminal Tribunal For Former Yugoslavia, MPEPIL V, 746ff.

¹⁶⁹ *Kaul*, in Cassese/Gaeta/Jones (сноска 132) 583, 584ff; *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 6 Rn 15 и сноска 70; противоположная точка зрения см.: *Graefrath*, Jugoslawientribunal — Präzedenzfall trotz fragwürdiger Rechtsgrundlage, NJ 1993, 433ff.

¹⁷⁰ Решение по делу *Таджича* от 2.10.1995 г., опубликовано в: ILM 35 (1996) 35. См. также: *Kreß*, Friedenssicherungs- und Konfliktvölkerrecht auf der Schwelle zur Postmoderne, EuGRZ 1996, 638 (640ff); *Aldrich*, Jurisdiction of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, AJIL 90 (1996) 64.

¹⁷¹ *Heintschel v. Heinegg*, in: Fischer/Lüder (Hrsg), Verbrechen, 63ff.

¹⁷² См. ст. ст. 2 и 7 Проекта статей с комментарием в: Bassiouni (сноска 158) 107ff, 163ff. Ст. . 29 Статута Суда. См. также: *Sadat* (сноска 147) 220; *Schabas* (сноска 136) 115f.

обеспечивается его *материальное отграничение от государственного уголовного права*.

49 Пока уголовное преследование и наказание относятся к исключительной компетенции государств, единообразное правоприменение, желательное с точки зрения защиты правовых ценностей, может только частично обеспечиваться посредством точности формулировок составов международного уголовного права и их адекватной интеграции в национальное право¹⁷³. Обмен опытом между национальными судами, рассматривающими эту категорию дел, и диалог между юристами-международниками и специалистами по уголовному праву также могут способствовать развитию единообразия¹⁷⁴. Несмотря на это, могут возникнуть значительные препятствия для применения и осуществления международного уголовного права. Например, вряд ли можно ожидать применения международного уголовного права и обеспечения уголовного преследования от режима, который сам ответствен за преступные деяния¹⁷⁵. Кроме того, приходится сталкиваться с ситуациями, когда после массивных вооруженных столкновений, приведших к значительным политическим переменам, могут отсутствовать независимые, функционирующие на основе принципов правового государства органы уголовного преследования¹⁷⁶. Поэтому для повышения эффективности было бы целесообразно ограничить государственную монополию на уголовное преследование в пользу международных судов. Ограничение монополии государств на уголовное преследование, которая является одним из основных элементов государственного суверенитета, как отмечалось в споре о преследовании ливийских граждан, ответственных за теракт в Локерби¹⁷⁷, было достигнуто только в последнее время¹⁷⁸. В статутах Трибунала по Югославии и Трибунала

¹⁷³ См. сноску 142 относительно Кодекса международных преступлений ФПГ. См. также Закон о трансформации Римского статута МУС: (RSAG) BGBl 2002 I, 2144; *Kreß* (сноска 143) Rn 366ff; *Satzger*, Das neue Völkerstrafgesetzbuch, NStZ 2002, 125ff; *Weigend* (сноска 142) 197ff.

¹⁷⁴ *Zimmermann*, Bestrafung völkerrechtlicher Verbrechen durch deutsche Gerichte nach In-Kraft-Treten des Völkerstrafgesetzbuchs, NJW 2002, 3068 (3070); *Werle/Jeßberger*, Das Völkerstrafgesetzbuch, JZ 2002, 729, Fn 53.

¹⁷⁵ *Oeter* (сноска 132) 29.

¹⁷⁶ *Roggemann* (сноска 139) 50.

¹⁷⁷ Подробнее см.: *Stein*, Das Attentat von Lockerbie vor dem Sicherheitsrat der UN und dem Internationalen Gerichtshof, ArchVR 31 (1993) 206ff и решения Международного суда ООН по делу *Локерби*, ICJ Rep 1998, 9 bzw 115ff. Позже дело обвиняемых было рассмотрено в Гааге под председательством шотландского судьи. См.: *Mackarell*, The Lockerbie Trial — A Scottish Court in the Netherlands, RIDP 70 (1999) 777.

¹⁷⁸ В этой связи см. также процесс против бывшего чилийского диктатора Пиночета: *Regina v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte*, House of Lords, [1998] 3 WLR 1456; [1999] 2 WLR 827; *Rensmann*, Internationale Verbrechen und Befreiung von staatlicher Gerichtsbarkeit, IPRax 1999, 263 (268); *Warbrick*, Extradition Law Aspects of Pinochet, ICLQ 48 (1999) 958. К вопросу об имунитете см. ст. 27 Статута МУС.

по Руанде этот вопрос регулируется иначе, чем в Статуте Международного уголовного суда. Согласно ст. 9 (абз. 2) Статута Трибунала по Югославии Трибунал имеет приоритет по отношению к национальным органам правосудия и может на любом этапе судебного разбирательства официально просить национальные суды передать производство по делу Трибуналу, однако юрисдикция *остаётся конкурирующей* (ст. 9 (абз. 1)), из чего следует, что Трибунал может принять решение о передаче производства по определенному делу национальным судам¹⁷⁹. В отличие от этого, для Международного Уголовного Суда действует *принцип комплементарности* юрисдикции Суда по отношению к юрисдикции национальных судов (см. ст. 10 Преамбулы и ст. 1 Статута МУС)¹⁸⁰. Это означает, что Суд не может принять дело к рассмотрению, если данное дело находится в производстве национального суда по подсудности, завершено принятием решения и решение вступило в законную силу или производство прекращено (ст. 17 (абз. 1 а и b) Статута). Исключения из этого правила предусмотрены для случаев, когда соответствующее государство не желает или не способно осуществить эффективное уголовное преследование. Под нежеланием государства вести расследование (ст. 17 (абз. 2)) подразумеваются, прежде всего, ситуации, в которых режим покрывает преступников из собственных рядов (злоупотребление правом), в то время как критерий неспособности (ст. 17 (абз. 3)) связан с несостоятельностью государства (*failed state*)¹⁸¹. Принцип комплементарности подразумевает также, что только определенные тяжкие преступления относятся к юрисдикции МУС, который не должен заниматься «обычной» преступностью. Эта предпосылка включена в отдельные составы¹⁸².

Поскольку уголовное преследование относится к компетенции отдельных государств, могут возникать ситуации, в которых *несколько государств конкурируют в отношении права на уголовное преследование*, что негативно отражается на правах лиц, совершивших преступные деяния. Запрет, согласно которому никто не может быть дважды судим за одно и то же преступление (принцип *ne bis in idem*), характерный для национального уголовного права многих государств, не гарантирует защиту от уголовного преследования на международно-правовом уровне, поскольку этот принцип применяется только в случае уголовного преследования *одним и тем же* государством¹⁸³. Представляется целесообразным установление положений о зачете

50

¹⁷⁹ *Murphy*, ICTY, 64f. Аналогичное регулирование закреплено в ст. 8 Статута Трибунала по Руанде.

¹⁸⁰ *Holmes*, in: Cassese/Gaeta/Jones (сноска 132) 667f.

¹⁸¹ *Holmes* (сноска 132) 674ff.

¹⁸² *Sadat* (сноска 147) 132ff; *Schabas* (сноска 136) 82ff. См. также ст. 17 (абз. 1 d) Статута.

¹⁸³ См. ст. 14 МППП; п. 1 ст. 4 Протокола № 7 к ЕКПЧ; § 168 Правил процедуры и дознания Международного уголовного суда.

уголовных наказаний¹⁸⁴, которые должны также применяться в случае создания международного органа уголовного преследования. Поэтому ст. 20 Статута МУС, как и ст. 10 Статута Трибунала по Югославии, не только устанавливает, что МУС (абз. 1) и национальные суды (абз. 2) не уполномочены открывать производство, если МУС уже принял решение по этому делу, но и запрещает МУС открывать производство, если на внутригосударственном уровне было проведено уголовное производство (абз. 3)¹⁸⁵.

б) Составы преступлений и предпосылки наказуемости

51 Для установления *конкретных составов* международного уголовного права требуется консенсус сообщества государств о необходимости уголовного наказания за нарушения в отношении определенных правовых благ, относящихся к международному праву. Трудно достичь консенсуса в отношении «открытых» составов, установление признаков которых зависит от субъективной оценки, таких как агрессия, интервенция или причинение ущерба окружающей среде, а также преступления против человечности, поскольку они, например, в отличие от нарушений гуманитарного международного права, не регулируются международными договорами и не могут быть обоснованы достаточной международной практикой¹⁸⁶. Кроме того, следует учитывать *принцип законности* (*nulla poena sine lege*)¹⁸⁷. Несмотря на то, что содержание этого принципа в международном уголовном праве не идентично его содержанию в национальном праве отдельных государств, следует признать, что на международно-правовом уровне необходимо соблюдение минимальных стандартов в отношении определенности формулировок составов, требований к условиям исключения противоправности и вины, к установлению исполнительства и соучастия, а также к мере наказания. Представляется сомнительным предложение, согласно которому при отсутствии регулирования таких стандартов в международном уголовном праве после совершения преступления их можно заменить ссылкой на национальное регулирование¹⁸⁸.

52 Развивая уголовные составы, сформулированные в Нюрнберге и Токио, статуты Трибунала по Югославии и Международного уголовного суда

¹⁸⁴ См. ст. 7 Проекта Кодекса Комиссии по международному праву (сноска 158); BVerfGE 75, 1, 15f.

¹⁸⁵ См.: *Van den Wyngaert/Ongena*, in: Cassese/Gaeta/Jones (сноска 132) 705 (707ff).

¹⁸⁶ См.: *Jakovljevic*, International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in Former Yugoslavia: Applicable Law, in: *Humanitäres Völkerrecht* 6 (1993) 224 (227); Hankel/Stuby (Hrsg), *Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen. Zum Völkerstrafrecht 50 Jahre nach den Nürnberger Prozessen*, 1995.

¹⁸⁷ Прямо регулируется ст. 22 и след. Статута МУС; см. также решение Трибунала по Югославии по делу *Елисичаи*, § 61; см. также: *Kreß* (сноска 133) 721.

¹⁸⁸ Критические замечания см.: *Roggemann* (сноска 139) 58f.

содержат *четыре типа деликтов*¹⁸⁹: (1) геноцид (ст. 4 / ст. 6), (2) преступления против человечности (ст. 5 / ст. 7), (3) военные преступления (ст. 2 и 3 / ст. 8), а также (4) агрессию (ст. 5 (абз. 1 d) Статута МУС). Поскольку в Статуте МУС подробно сформулированы диспозиции, а также присутствует общая часть, он в значительно большей степени, чем статуты трибуналов ad hoc, соответствует требованиям, вытекающим из принципа законности. Определение *геноцида* идентично определению, данному в Конвенции 1948 г.¹⁹⁰ *Преступлениями против человечности* являются убийства, порабощение, депортации, преступления и преследование, если оно сопровождается массовым или систематическим применением силы против гражданского населения¹⁹¹, а также иные, не определенные конкретно бесчеловечные деяния аналогичного характера, причиняющие физические и психические страдания (ст. 7 (абз. 1 k))¹⁹². При определении понятия *военных преступлений* за основу берутся, главным образом, формулировки Женевских конвенций Красного Креста от 12.8.1949 г.¹⁹³ и проводится дифференциация между международными и внутренними конфликтами (ст. 8 (абз. 2 а и с)). Этот критерий дифференциации действует также в отношении военных преступлений, на которые не распространяются Женевские конвенции (ст. 8 (абз. 2 b и d))¹⁹⁴. По решению собрания представителей государств-участников признаки составов геноцида, преступлений против

¹⁸⁹ Первая цифра в скобках относится к Трибуналу по бывшей Югославии, вторая — к МУС. О Трибунале по Руанде см. ст. 2–4 Статута. Попытки включить составы терроризма и преступлений, связанных с наркотиками, в текст Статута МУС не увенчались успехом, см.: *Robinson*, in: Cassese/Gaeta/Jones (сноска 132) 497ff.

¹⁹⁰ См. ст. II Конвенции о геноциде (78 UNTS 277).

¹⁹¹ Решение Трибунала по Руанде по делу *Багилишемы (Bagilishema)*, абз. 77, 78; на основании этих критериев международные уголовные преступления должны отграничиваться от «обычных» преступлений; см. выше абз. 49 и источники в последующих сносках.

¹⁹² Подробнее см.: *Cassese* (сноска 132) 353ff; *Fenrick*, Should Crimes Against Humanity Replace War Crimes, *Colum J Transnat'l L* 37 (1999) 767; *Chesterman*, An Altogether Different Order: Defining the Elements of Crimes Against Humanity, *DJCL* 10 (2000) 307; *Dinstein*, Crimes Against Humanity after Tadic, *Leiden JIL* 13 (2000) 373; *Gilgil*, Die Tatbestände der Verbrechen gegen die Menschlichkeit und des Völkermordes im Römischen Statut des Internationalen Strafgerichtshofs, *ZStW* 112 (2000) 381; *Sadat* (сноска 147) 148ff; *Schabas* (сноска 136) 41ff, 43f.

¹⁹³ Поскольку для определения составов используются формулировки Женевских конвенций, уголовная ответственность на основании Женевских конвенций является акцессорной, см.: *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2005, § 15 Rn 53; *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn 242.

¹⁹⁴ Целью является интеграция международного права вооруженных конфликтов (см. Раздел 8. *Bothe*, абз. 56 и след., 62 и след., 121 и след.) в данное соглашение: *Bothe*, in: Cassese/Gaeta/Jones (сноска 132) 379ff; *Schabas* (сноска 136) 51ff; *Lehmmer*, Die Strafbarkeit von Vertreibungen aus ethnischen Gründen im bewaffneten nicht-internationalen Konflikt, 1999. Краткий обзор см. в: *Sadat* (сноска 147) 160ff

человечности и военных преступлений были конкретизированы (ст. 9)¹⁹⁵, за счет чего было ограничено влияние судей на обоснование квалификации по сравнению с Трибуналом по Югославии, в котором роль судей была существенной¹⁹⁶. Консенсус в отношении состава *агрессии* был достигнут только в 2010 г.¹⁹⁷ В ст. 8*bis*¹⁹⁸, пока не вступившей силу, в качестве основы используется определение агрессии, закрепленное в Резолюции ГА ООН 3314 (XXIX), которое дополняется индивидуальной ответственностью лиц, которые в состоянии фактически осуществлять руководство или контроль, а также дополнительным признаком, согласно которому нарушение по характеру, тяжести и масштабу должно соответствовать грубому нарушению Устава ООН. Дополнительные признаки состава и три правила толкования должны предотвратить чрезмерно широкое применение состава агрессии¹⁹⁹.

в) Общие принципы уголовного права и санкции

- 53 Под заголовком «*Общие принципы уголовного права*» Статут содержит положения «общей части» (ст. 22 и след.): принцип законности, принцип запрета обратной силы, участие, покушение, вменяемость, уголовная ответственность руководителей, исключение срока давности, субъективные признаки состава, основания исключения уголовной ответственности, ошибки, приказ как основание для освобождения от уголовной ответственности²⁰⁰.

¹⁹⁵ Так называемые элементы преступлений, см.: *Schabas* (сноска 136) 20f; *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 6 Rn 48. Основные элементы были согласованы одновременно с принятием Правил процедуры и доказывания (Rules of Procedure and Evidence) 30.6.2002 г., т.е. практически непосредственно перед вступлением Статута в силу. См. док. ООН PCNICC/2000/NF/3/Add 2, Report of the Preparatory Commission for the International Criminal Court, Addendum, Finalized Draft Text of the Elements of Crimes, опубликовано см.: *Schabas*, An Introduction to the International Criminal Court, 2. Aufl 2004, 279ff. Анализ содержания элементов преступления см.: *Kirsch/Oosterveld*, in: Cassese/Gaeta/Jones (сноска 132) 93ff.

¹⁹⁶ К вопросу о применимом праве см. ст. 21 (ср. ст. 38 Статута МУС); комментарий см.: *Sadat* (сноска 147) 175ff.

¹⁹⁷ См.: *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn 262ff; *Barriga/Grover*, A Historic Breakthrough on the Crime of Agression, AJIL 105 (2011) 517ff; *Schaack*, Negotiating at the Interface of Power and Law: The Crime of Agression, Colum J Transnat'l L 49 (2011) 505ff; *Kress/Holtendorff*, The Kampala Compromise on the Crime of Agression, JICJ 8 (2010) 1179ff; *Schmalenbach*, Das Verbrechen der Agression vor dem Internationalen Strafgerichtshof, JZ 2010, 745ff.

¹⁹⁸ Немецкий перевод: Sart II Nr 35 Anhang 2.

¹⁹⁹ RC/RES 6 Annex II, III.

²⁰⁰ Основаны на решении по делу *Эрдемовича* Трибунала по Югославии, ILM 37 (1998) 1182. Dazu *Kreß* (Fn 140) 38ff; *Gaeta*, The Defence of Superior Orders: The Statute of International Criminal Court versus Customary International Law, EJIL 10 (1999) 172ff; *Nowrot*, The Activities of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia in the Years 1997 and 1998, GYIL 41 (1998) 344 (369ff); *Patel/King/La Rosa*, The Jurisprudence of the Yugoslavia Tribunal: 1994–1996, EJIL 8 (1997) 123 (172ff).

Эти общие принципы основаны на практике Трибунала по Югославии, который установил их в своих решениях за неимением соответствующих норм в его Статуте. Следует особо отметить преодоление иммунитета, основанного на национальном праве, являвшегося препятствием для уголовного преследования (ст. 27)²⁰¹. Согласно Статуту Трибунала по Югославии *лишение свободы* является единственно возможным уголовным наказанием, размер которого должен определяться исходя из судебной практики в бывшей Югославии (ст. 24 (абз. 1)). Статут МУС также предусматривает пожизненное лишение свободы или лишение свободы на определенный срок (ст. 77 (абз. 1)). Требование о введении *смертной казни* было *отклонено*. Согласно формулировке ст. 80, отражающей компромисс между международным и национальным уголовным правом, применение смертной казни государствами, в которых национальное право предусматривает назначение и исполнение смертной казни, не ограничивается²⁰². Кроме того, следует отметить, что согласно ст. 75 Статута МУС должен устанавливать правила *возмещения ущерба потерпевшим* в рамках уголовного производства. Статут также регулирует создание Целевого фонда в интересах потерпевших (ст. 79), в который, в частности, направляется имущество осужденных.

г) Уголовная юрисдикция международных судов, в особенности МУС

Осуществление уголовного преследования без международных судов ограничено (абз. 49). При учреждении таких судов должна быть определена их юрисдикция. Их юрисдикция основывается на мандате Совета Безопасности ООН по обеспечению мира (абз. 47) или на договоре. Если юрисдикция основана на договоре, речь идет о т.н. смешанных трибуналах, например, по Сьерра-Леоне, Камбодже и Ливану, которые были созданы на основании двусторонних договоров между ООН и этими государствами²⁰³, или о МУС.

Юрисдикция МУС²⁰⁴ ограничивается *принципом комплементарности* (ст. 17; см. также выше абз. 49). В этих рамках *ratione materiae* распространяется на основные преступные деяния с точки зрения международного права, которые перечислены в ст. 5 Статута МУС. Состав агрессии относится

Grundlegend zum allgemeinen Teil *Ambos*, Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2. Aufl 2004; *ders.*, Internationales Strafrecht, § 7 Rn 1ff.

²⁰¹ См. решение Специального трибунала по Сьерра-Леоне, Прокурор против Тэйлора (*Taylor*), <www.sc-sl.org/LinkClick.aspx?fileticket=k%2b03KREPCQ%3d&tabid=107>.

²⁰² *Kirsch/Robinson*, in: Cassese/Gaeta/Jones (сноска 132) 67 (86f); *Sadat* (сноска 147) 168f.

²⁰³ Подробнее об этих трибуналах см.: *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 6 Rn 41ff.

²⁰⁴ *Kaul*, International Criminal Court (ICC), MPEPIL V, 667ff.

к этому перечню только с учетом ограничений, предусмотренных в ст. 15*bis* и 15*ter*, еще не вступивших в силу²⁰⁵. МУС может *ratione temporis* принимать решения только в отношении преступлений, которые были совершены после вступления Статута в силу. Кроме того, преступление, как правило, должно быть связано с государством-участником соглашения. Связь существует, если преступление совершено на территории государства-участника (территориальный принцип) или если обвиняемый является гражданином государства-участника (ст. 12 (абз. 2 а или b)). Государства, не участвующие в соглашении, могут подчиниться действию Статута в конкретном случае и, таким образом, расширить юрисдикцию МУС (ст. 12 (абз. 3)). Юрисдикция МУС в отношении государств, не участвующих в соглашении, может также быть основана на решении Совета Безопасности о мерах по обеспечению мира (ст. 13 b).

- 56 Таким образом, МУС может осуществлять уголовное преследование в отношении граждан государств, не являющихся участниками соглашения или не подчинившихся юрисдикции МУС в конкретном случае. Такой подход не противоречит юридической догматике. Юрисдикция МУС достаточно обоснована в связи с местом совершения деяния (территориальный принцип). Государство, гражданином которого является обвиняемый, может предотвратить уголовное преследование своего гражданина МУС на основании принципа комплементарности, если оно само откроет против этого гражданина уголовное производство²⁰⁶. США, которые до сих пор не являются участниками соглашения, нашли другой, проблематичный подход для предотвращения преследования своих граждан МУС²⁰⁷. На основании ст. 98 (абз. 2) Статута они заключили соглашения с государствами-участниками и с государствами, не являющимися участниками соглашения, двусторонние соглашения о том, что граждане США, участвующие в миссиях ООН по обеспечению мира или других миссиях на основании мандата ООН, не будут предоставляться в распоряжение МУС²⁰⁸.

д) Уголовный процесс

- 57 Международные уголовные суды, рассматривающие дела о международно-правовых деликтах, нуждаются в собственном процессуальном праве. Такой уголовный процесс должен объединять в себе различные концепции уголовного процесса (англо-американский состязательный процесс

²⁰⁵ Подробнее см.: *Ambos, Internationales Strafrecht*, § 7 Rn 268ff.

²⁰⁶ Ссылки на литературу см.: *v. Arnould* (сноски 20) Rn 1319.

²⁰⁷ *Ambos, Internationales Strafrecht*, § 8 Rn 78f.

²⁰⁸ Основные положения этих соглашений содержатся в Законе США о защите американских государственных служащих 2002 г. Информация по этому вопросу см.: <<http://www.iccnw.org>>. К вопросу о предыстории см. предыдущую редакцию этой книги, абз. 46.

и континентально-европейский иквизитивный процесс)²⁰⁹. Прежде всего, в нем должны быть предусмотрены *меры обеспечения справедливого судебного разбирательства*, в котором надлежащим образом гарантированы права обвиняемого, а также положения, регулирующие возможность проведения и завершения судебного разбирательства в отсутствие обвиняемого²¹⁰. Статут Трибунала по Югославии ограничивается закреплением неотъемлемых прав обвиняемых (ст. 21) и предоставляет Трибуналу право установить процессуальные правила (ст. 22)²¹¹. В отличие от этого, Статут МУС, отчасти учитывая практику Трибунала по Югославии, содержит подробное процессуальное регулирование (ст. 53 и след.), в том числе о расследовании (ст. 53 и след.), правах обвиняемых (ст. 67), защите свидетелей (ст. 68), процедуре доказывания (ст. 69), защите информации, затрагивающей национальную безопасность (ст. 72), а также об обжаловании и пересмотре решений (ст. 81 и след.). Эти уголовно-процессуальные нормы и Правила процедуры и доказывания составляют полную и подробную кодификацию. Оба статута запрещают проведение уголовного разбирательства в отсутствие обвиняемого (ст. 20 (абз. 2), ст. 21 (абз. 4 d), ст. 67 (абз. 1 d)). Однако в Трибунале по Югославии была предусмотрена особая процедура обеспечения доказательств, которая могла проводиться в отсутствие обвиняемого²¹².

Осуществление уголовного производства невозможно обеспечить без *сотрудничества государств с международными уголовными судами*²¹³; в этом смысле международное уголовное право является «хромающим» правом. Поэтому ст. 86 Статута МУС устанавливает общую обязанность государств-участников к сотрудничеству с Судом, а в ст. 93 Статута перечислены формы такого сотрудничества, в особенности при собирании доказательств. Поскольку на момент возбуждения уголовного производства обвиняемый, как правило, находится под юрисдикцией соответствующего государства, государства должны также выразить свое согласие на *выдачу компетентному международному суду* по его запросу. Такая необходимая правовая помощь установлена в ст. 29 Статута Трибунала по Югославии, конкретизирующей ст. 2 (абз. 5) Устава ООН²¹⁴. В Статуте МУС этот принцип, как и общая обязанность к сотрудничеству, является предметом договорного соглашения (ст. 89 (абз. 1 предл. 2)). В ФРГ для обеспечения

58

²⁰⁹ *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 8 Rn 59.

²¹⁰ *Schomburg/Nemitz*, International Criminal Courts and Tribunals, Procedure, MPEPIL V, 702ff.

²¹¹ Подробнее см.: *Pocar* (сноска 162) 756.

²¹² Производство согласно ст. 61 Правил процедуры и доказывания, см.: *Murphy*, ICTY, 58f; *Patel/La Rosa* (сноска 196) 128ff.

²¹³ К вопросу о немецком праве в связи с МУС см. Закон ФРГ о МУС от 21.6.2002, BGBl 2002 I, 2144.

²¹⁴ *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 8 Rn 60ff.

возможности выдачи потребовалось внесение изменения в ст. 16 (абз. 2) Основного закона, который в предшествующей редакции запрещал выдачу уголовным органам международного сообщества.

3. Оценка

- 59 Решение международного сообщества об уголовном преследовании индивидов за тяжкие преступления и о создании международных уголовных судов, легитимированное в связи с необходимостью эффективной защиты прав человека, бесспорно было *важным этапом* развития права. На этом этапе развивалась судебная практика судов *ad hoc* и смешанных трибуналов²¹⁵, а в последнее время — также МУС, включая основополагающее решение по делу Любанги²¹⁶. Таким образом, возник новый раздел международного права с высоким уровнем специализации. Догматически он связан как с международным, так и с уголовным правом. Он был представлен выше только в общих чертах.

IV. Разрешение споров

1. Обязанность мирного разрешения споров

а) Правовая основа

- 60 Согласно действующим нормам международного права, международные споры могут разрешаться только мирными средствами. Для государств-членов ООН эта обязанность следует из ст. 2 (абз. 3) Устава ООН. Обязанность мирного разрешения споров сформулирована абстрактно и поэтому нуждается в конкретизации и дополнении²¹⁷. Она закреплена в декларациях Генеральной Ассамблеи ООН как *основополагающий принцип межгосударственных отношений*, в частности, в таких документах, как Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами²¹⁸, Манильская декларация о мирном разрешении международных споров²¹⁹, Декларация о предотвращении и устранении споров и ситуаций, которые могут угрожать международному

²¹⁵ Ссылки на судебную практику МУС см.: *Pocar* (сноска 162) 766f, на практику Трибунала по Руанде см.: *ders* (сноска 163) 745ff.

²¹⁶ Решение МУС от 14.3.2012, *Прокурор против Томаса Любанги Дыло (Thomas Lubanga Dyilo)*, доступен на: <<http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc13798838.pdf>>.

²¹⁷ См.: *Schwarzenberger* (сноска 6) Bd III, 1976, 216f; *Tomuschat*, in: Simma (Hrsg), *The Charter of the United Nations*, 2. Aufl 2002, Art 2 Nr 3 Rn 13.

²¹⁸ Резолюция 2625 (XXV) от 24.10.1970 г., Приложение.

²¹⁹ Резолюция 37/10 от 15.11.1982 г., Приложение. К вопросу об этой Резолюции см.: *Economidès*, *La déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux*, AFDI 28 (1982) 613ff; *Broms*, *The Declaration on the Peaceful Settlement of International Disputes (Manila)*, in: Makarczyk (Hrsg), *Essays in International Law*

миру и безопасности, и о роли Организации Объединенных Наций в этой области от 5 декабря 1988 г.²²⁰ На региональном уровне этот принцип адаптирован, например, в Договоре о мирном разрешении споров между американскими государствами (Боготский пакт) от 30 апреля 1948 г.²²¹, в Европейской Конвенции о мирном разрешении споров от 29 апреля 1957 г.²²² и в документах СБСЕ/ОБСЕ²²³. Принцип мирного разрешения споров также нашел свое отражение в специальных разделах международного права, например, в международном морском праве (на конец 2011 г. на рассмотрение Международного трибунала по морскому праву в Гамбурге было подано 19 дел)²²⁴ и в международном экономическом праве²²⁵. Резолюция об ответственности государств обязательной процедуры разрешения споров не предусматривает (см. выше абз. 7).

Следует отметить, что некоторые из вышеназванных правовых документов не являются юридически обязательными (например, декларации или Хельсинские документы) или являются обязательными только для ограниченного круга государств-участников соглашений. Тем не менее они могут служить важным аргументом в пользу того, что обязанность мирного разрешения споров, помимо ее позитивно-правового закрепления в Уставе ООН, существует также на основании универсального международного обычного права²²⁶. Из этого исходил Международный Суд в решении по делу

61

in Honour of Judge M. Lachs, 1984, 339ff; *Sahovic*, La déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux, in: ebd, 449ff.

²²⁰ Резолюция 43/51 от 5.12.1988 г., Приложение.

²²¹ 30 UNTS 55.

²²² BGBl 1961 II, 82.

²²³ Заключительный Акт, Принцип V (1975 г.); Механизм по урегулированию споров (1991 г.); Стокгольмские решения по мирному разрешению споров с Конвенцией по примирению и арбитражу (1992 г.) — все документы опубликованы в: Fastenrath (Hrsg), KSZE, 1993; см. также вводные замечания и список литературы в: *Oellers-Frahm*, LIIf, см. также: *Wenig*, Möglichkeiten und Grenzen der Streitbeilegung ethnischer Konflikte durch die OSZE, 1996, 95ff; *Meyer*, Dispute Settlement Procedures and Crisis Management, in: *Bothe/Ronzitti/Rosas* (Hrsg), *The OSCE in the Maintenance of Peace and Security*, 1997, 53.

²²⁴ Ссылки на судебную практику см. <<http://www.itlos.org>>; см. также Раздел 5. *Прельсс*, абз. 39 и 55; см. также ст. 279 и след. КМП; *Chandrasekhara*, Law of the Sea, Settlement of Disputes, MPEPIL VI, 738ff; *Wolfsum*, Friedliche Streitbeilegung, in: Graf Vitzthum (Hrsg), *Handbuch des Seerechts*, 2006, 461ff. К вопросу о соотношении между МС и Международным трибуналом по морскому праву см.: *Karg*, IGH vs. ISGH, 2005; *Schneider-Addae-Mensah*, *Der Internationale Seegerichtshof und die Abgrenzung zu anderen Mitteln völkerrechtlicher Streitbeilegung*, 2004.

²²⁵ «Договоренности о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров» в рамках ВТО и ГАТТ (BGBl 1994 II, 1749); *Waincymer*, WTO Litigation, 2002; *Cameron/Gray*, Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body, ICLQ 50 (2001) 248ff; см. Раздел 6. *Дольцер*, абз. 71.

²²⁶ См.: *Fischer*, in: *Ipsen* (сноска 8) § 62 Rn 2; *Tomuschat* (сноска 213) Rn 11.

Никарагуа²²⁷. Соответственно, эта обязанность распространяется на государства, не являющиеся членами ООН, а также в ограниченном объеме на саму ООН, в частности, в связи с принятием мер по обеспечению мира²²⁸.

- 62 Спорным является вопрос, относится ли обязанность мирного разрешения споров к *ius cogens*²²⁹. Практическое значение этого спора невелико, поскольку в настоящее время трудно себе представить правовой акт, который противоречит установленному в ст. 2 (абз. 3) Устава ООН принципу мирного урегулирования²³⁰. Кроме того, отнесение этого принципа к императивному праву не даст желаемого эффекта, поскольку трудно было бы установить нарушение обязанности в связи с необходимостью конкретизации (абз. 60)²³¹.

б) Место в правовой системе

- 63 Принцип мирного разрешения споров находится в тесной взаимосвязи с *запретом войны и насилия* как средств осуществления прав и интересов на межгосударственном уровне. Принцип был установлен, чтобы «предупредить, по возможности, обращение к силе». Исходя из этой цели, в 1899 и 1907 г. государства-участники Гаагской конвенции о мирном решении международных столкновений установили в ст. 1 Конвенции «прилагать все свои усилия к тому, чтобы обеспечить мирное решение международных несогласий»²³². Эта первоначальная сдержанная формулировка принципа в форме «согласия прилагать усилия» объясняется тем, что тогда не действовал сопутствующий запрет войны или применения силы, в связи с которым разрешение споров мирными средствами стало императивной обязанностью государств. После того как в ст. 1 Пакта Бриана-Келлога 1928 г. было установлено, что война не может являться способом разрешения международных конфликтов, принцип мирного разрешения споров стал обязательным: «...урегулирование или разрешение всех могущих возникнуть споров или конфликтов, какого бы характера или какого бы происхождения они ни были, должно всегда изыскиваться только в мирных средствах» (ст. 2)²³³.
- 64 Вышеописанная взаимосвязь является характерной и для *развития после 1945 г.*, что отразилось на систематике ст. 2 Устава ООН, в которой принцип

²²⁷ ICJ Rep 1986, 145.

²²⁸ См.: *Tomuschat* (сноска 213) Rn 11f.

²²⁹ Утвердительно, напримр: *Verdross/Simma* (сноска 7) § § 94ff; *Frowein*, *Ius cogens*, EPIL III (1997) 65ff; отрицательно: *Heintschel v. Heinegg*, in: *Ipsen* (сноска 8) § 15 Rn 60.

²³⁰ *Tomuschat* (сноска 213) Rn 11f.

²³¹ *Heintschel v. Heinegg*, in: *Ipsen* (сноска 8) § 15 Rn 60.

²³² Редакция 1899 г. (RGBI 1901, 393) совпадает с редакцией от 18.10.1907 г. (RGBI 1910, 5). Подробнее см.: *Diaconou*, in: MacDonald/Johnston (Hrsg), *The Structure and Process of International Law*, 1983, 1096ff.

²³³ RGBI 1929 II, 97.

мирного разрешения споров и запрет на применение силы указаны в одном предложении. На первый взгляд, неожиданное изменение очередности этих принципов в тексте Устава по сравнению с формулировками в Пакте Бриана-Келлога и в резолюциях ООН объясняется тем, что существование эффективной системы мирного разрешения споров является «существенной предпосылкой» для обеспечения соблюдения запрета на применение силы на практике²³⁴. Большое значение мирного разрешения споров в современном международном праве проявляется также в том, что оно является обязательной альтернативой не только войне, но и угрозе применения или применению силы согласно ст. 2 (абз. 4) Устава ООН.

в) Предмет

Согласно ст. 2 (абз. 3) Устава ООН и международному обычному праву **65** обязанность к мирному разрешению разногласий действует в отношении *споров, имеющих международный характер*. При этом понятие спор ограничено релевантными спорами, т.е. такими спорами, которые несут в себе опасность эскалации. Таким образом, спор имеет место, только если в рамках конкретного межгосударственного конфликта одна сторона предъявляет претензии или требования, а другая настоятельно оспаривает или отклоняет их²³⁵.

Как правило, сторонами, участвующими в подобных спорах, являются **66** исключительно государства. Теоретически можно допустить также и возможность возникновения споров между государствами и международными организациями²³⁶. В случае конфликта государства с режимами де факто, национально-освободительными движениями или этническими группами, требующими реализации права на самоопределение, критерий *международного характера спора* приобретает особое значение. Международный характера спора отличает международные споры от внутригосударственных конфликтов, на которые распространяется национальная юрисдикция (*domestic jurisdiction, domaine réservé*), вследствие чего в отношении таких конфликтов не действует обязанность государства к мирному разрешению спора²³⁷. Какие споры в этом контексте следует считать внутренними, однозначно не установлено. Однако с достаточной степенью уверенности можно

²³⁴ Fischer, in: *Ipsen* (сноска 8) § 62 Rn 1. К вопросу о запрете применения силы см. также Раздел 1. *Граф Витцум*, абз. 75, а также: Раздел 8. *Боме*, абз. 9 и след.

²³⁵ См.: *Diacopou* (сноска 228) 1100f; *Tomuschat* (сноска 213) Rn 17. См. также решение МС по делу о *Юго-Западной Африке*, ICJ Rep 1962, 328, и решение ППМП по делу о концессиях Мавромматиса (*Mavrommatis*) (сноска 105).

²³⁶ *Tomuschat* (сноска 213) Rn 17. К вопросу о ЕС см.: *Hilf*, *Europäische Gemeinschaften und internationale Streitbeilegung*, FS Mosler, 1983, 387ff.

²³⁷ *Ziegler*; *Domaine Réservé*, MPEPIL III, 216ff.

сказать, что конфликт не является внутренним, если государству противостоит субъект международного права. Вышеуказанные негосударственные стороны конфликта при определенных обстоятельствах могут считаться субъектами международного права, хотя такой подход является спорным²³⁸. Обязанность к мирному разрешению споров не может иметь более широкую сферу действия, чем коррелирующий запрет на применение силы, который также действует исключительно «в ... международных отношениях» (ст. 2 (абз. 4) Устава ООН)²³⁹.

г) Содержание и границы

- 67 Мирное разрешение споров означает отказ сторон от применения *насильственных* методов прекращения конфликта. Соответственно, контрмеры, которые государство принимает в случае международно-противоправного действия, являются допустимыми, пока они не достигают уровня угрозы применения или применения силы²⁴⁰. С другой стороны, обязанность мирного разрешения споров, в отличие от запрета на применение силы, требует совершения активных действий и приложения *серьезных усилий сторон к урегулированию конфликта*²⁴¹ при демонстрации «доброй воли» и «в духе сотрудничества»²⁴². Достижение определенного результата, отвечающего не только требованиям права, но и принципам справедливости²⁴³, выходит за рамки обязанности. Невыполнение обязанности может быть вменено только в случае принципиального или неоднократного отказа участвовать в работе над совместным решением²⁴⁴.

2. Общий обзор средств разрешения споров

- 68 С давних пор в международной практике были выработаны различные средства разрешения споров. В литературе их также называют методами или

²³⁸ См.: *Tomuschat* (сноска 213) Rn 21.

²³⁹ *Tomuschat* (сноска 213) Rn 23.

²⁴⁰ Подробнее см.: *Tomuschat* (сноска 213) Rn 26ff; см. также: *Zemanek* (сноска 1) Rn 370.

²⁴¹ См. решения Международного Суда по делу о *континентальном шельфе* (ICJ Rep 1969, 47f) и по делу *об исландских рыбных промыслах* (ICJ Rep 1974, 32, 201). В литературе этот вопрос остается спорным, см., например: *Verdross/Simma* (сноска 7) § 464; *Tomuschat* (сноска 213) Rn 14.

²⁴² Формулировка в Манильской Декларации (сноска 215) I § 5.

²⁴³ К вопросу о критериях, указанных в ст. 1 (абз. 1) и ст. 2 (абз. 3) Устава ООН и соответствующих международному обычному праву, см.: *Randelzhofer*, *Purposes and Principles of the United Nations*, in: *Wolfrum* (Hrsg), *United Nations*, Bd II, 1995, Sec 104 Rn 14; *Tomuschat* (сноска 213) Rn 33ff.

²⁴⁴ См.: *Tomuschat* (сноска 213) Rn 15; *Diaconou* (сноска 228) 1102.

процедурами²⁴⁵, предположительно, чтобы подчеркнуть, что речь идет о различных типизированных подходах к разрешению споров. В ст. 33 (абз. 1) Устава ООН перечислены такие *традиционные* способы урегулирования, как переговоры, обследование, посредничество, примирение, арбитраж и судебное разбирательство. Кроме того, к традиционным способам следует причислить не указанные в ст. 33 (абз. 1) Устава ООН «добрые услуги», которые относятся к категории посредничества в широком смысле. С другой стороны, «обращения к региональным органам или соглашениям» из перечня ст. 33 (абз. 1) Устава ООН являются относительно новым способом институционализированного разрешения споров в рамках (региональных) международных организаций, который стал применяться регулярно только после 1945 г.²⁴⁶

Систематизация средств разрешения споров часто используется для того, чтобы установить принципиальные сходства и различия²⁴⁷. Переговоры, обследования, посредничество (включая «добрые услуги») и примирение можно обозначить как дипломатические процедуры. Они отличаются тем, что стороны спора полностью сохраняют за собой контроль над конфликтом и поэтому могут одобрять или отклонять предлагаемые решения²⁴⁸. Несмотря на то, что дипломатические процедуры являются действенным средством для нахождения компромиссных решений²⁴⁹, они не всегда являются результативными. При использовании т. н. процедур окончательного разрешения споров (арбитраж, международные суды), напротив, предполагается, что стороны готовы до начала процедуры признать решение суда. Для *разрешения споров в рамках международных организаций* существуют особые предпосылки и процедуры. Эта тема ниже рассматриваться не будет²⁵⁰.

Закрытого перечня средств разрешения споров не существует. В ст. 33 (абз. 1) Устава ООН указано, что стороны конфликта вправе использовать иные мирные средства по своему выбору. Эта возможность приобретает практическое значение прежде всего, если традиционные способы модифицируются или комбинируются²⁵¹. Кроме того, стороны вправе выбирать

²⁴⁵ См.: *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1312; *Merrills*, International Dispute Settlement, 2.

²⁴⁶ См.: *Diaconou* (сноска 228) 1104; *Wolfrum*, Peaceful Settlement, in: Wolfrum (сноска 239) Sec 103 Rn 5.

²⁴⁷ Классификация см.: *Wolfrum* (сноска 242); *Stone*, Legal Controls of International Conflict, 2. Aufl 1973, 67f; *J. P. Müller/Wildhaber*, Praxis des Völkerrechts, 3. Aufl 2001, 463; *Neuhold*, Internationale Konflikte — Verbotene und erlaubte Mittel ihrer Austragung, 1977, 357f.

²⁴⁸ *Merrills*, International Dispute Settlement, 80.

²⁴⁹ См.: *Verdross*, Völkerrecht, 5. Aufl 1964, 416 (однако за исключением переговоров).

²⁵⁰ К вопросу об ООН см.: *Wolfrum* (сноска 242) Rn 21ff; *Verdross/Simma* (сноска 7) § § 213ff; *Merrills*, International Dispute Settlement, 179ff, 207ff (относительно региональных организаций).

²⁵¹ *Tomuschat*, in: *Simma* (сноска 213) Art 33 Rn 34.

средства разрешения споров по своему усмотрению. В общем международном праве не существует *юридического приоритета* определенного способа разрешения споров. Это противоречило бы принципу суверенного равенства государств²⁵². Независимо от этого, в конкретном случае могут существовать *основания, связанные с особенностями спора*, для предпочтения определенного способа. Например, особое значение имеют переговоры, поскольку они предоставляют возможность открытого, подробного и гибкого обсуждения проблемы и поэтому являются необходимым или, по крайней мере, особенно подходящим способом для разрешения разногласий²⁵³. Для разрешения юридических разногласий особенно подходящим способом является рассмотрение спора Международным судом ООН²⁵⁴.

3. Дипломатические процедуры

а) Переговоры и консультации

71 *Переговоры* между конфликтующими сторонами относятся, как и прежде, к наиболее часто применяемым на практике методам разрешения споров. Поэтому логично, что они занимают первое место в перечне дипломатических процедур²⁵⁵. Более глубокая причина приоритета переговоров следует из Манильской Декларации о мирном разрешении международных споров²⁵⁶. Важное место, которое отводится переговорам (раздел 1 § 10), является *выражением концепции разрешения споров, в особенной степени учитывающей суверенитет государств*²⁵⁷. Переговоры являются классическим методом, при помощи которого суверенные стороны конфликта пытаются урегулировать свои разногласия без постороннего вмешательства, поскольку переговоры проводятся при закрытых дверях». В них не принимают участия третьи лица, которые могли бы повлиять на их ход и содержание. Также не существует требований в отношении формы и процедуры. Все эти факторы могут способствовать совместным усилиям сторон по достижению консенсуса, устраняющего конфликт, и являются преимуществом переговоров как средства разрешения межгосударственных споров. Однако при определенных обстоятельствах эти особенности могут одновременно являться недостатком переговоров. Более сильная сторона конфликта может

²⁵² *Diaconou* (сноска 228) 1102; *Economidès* (сноска 215) 620; *Tomuschat*, Neumformulierung der Grundregeln des Völkerrechts durch die Vereinten Nationen, EA 38 (1983) 729 (734f).

²⁵³ См.: *Tomuschat* (сноска 213) Rn 24 со ссылками на литературу.

²⁵⁴ См. например: ст. 1 Европейской Конвенции о мирном разрешении споров (сноска 218); см. также: ст. 36 (абз. 3) Устава ООН.

²⁵⁵ См.: *Merrills*, International Dispute Settlement, 1ff; *Diaconou* (сноска 228) 1103; *Hakapää*, Negotiation, MPEPIL VII, 588ff.

²⁵⁶ См. сноску 215.

²⁵⁷ См.: *Tomuschat* (сноска 248). См. также: *Malanczuk*, Streitbeilegung, einvernehmliche, in: Seidl-Hohenveldern (Hrsg.), Lexikon des Rechts/Völkerrecht, 3. Aufl 2001, 409 (412).

легко получить преимущества²⁵⁸, а при усилении конфронтации трудно прийти к согласию. По этой причине переговоры часто являются первым, но не последним этапом урегулирования конфликта²⁵⁹.

От переговоров в узком смысле следует отличать *межгосударственные консультации*²⁶⁰. Они также обладают признаками переговоров, указанными в абз. 71, вследствие чего их иногда считают идентичными переговорам. Однако они преследуют другую цель. Консультации, как правило, предназначены для того, чтобы по мере возможности предупредить возникновение конфликта путем своевременного прямого контакта и обмена информацией. Таким образом, они представляют собой целесообразную, но необязательную предварительную ступень переговоров.

б) Процедуры с участием третьих сторон

Обследование, посредничество, включая «добрые услуги», и *примирение* объединяет то, что эти процедуры разрешения споров осуществляются при *содействии третьих лиц*, не являющихся стороной конфликта. Достижимая таким образом «нейтрализация» должна смягчить позиции сторон конфликта разрядить и, если возможно, разрешить конфликт. Поскольку участие третьих лиц, в любом случае, означает, что стороны конфликта в установленных ими рамках отказываются от автономного урегулирования спора, стороны конфликта должны выразить свое согласие с участием третьих лиц.

Если третья сторона предпринимает попытки побудить стороны конфликта к мирному разрешению спора путем установления (постоянных) контактов либо путем вступления в переговоры (или их возобновления), речь идет о «*добрых услугах*». «Добрые услуги» являются формой посредничества, однако при этом посредник непосредственно не участвует в переговорах²⁶¹. Если посредник влияет на переговоры, например на их ход и содержание, или вносит предложения, такой способ разрешения споров является собственно посредничеством. На практике грань между добрыми услугами и посредничеством часто является условной²⁶². Обе процедуры характеризуются тем, что они *сопровождают переговоры*²⁶³. Их успех в значительной

²⁵⁸ См.: *Tomuschat* (сноска 248) 735; *Merrills*, International Dispute Settlement, 24.

²⁵⁹ *Hakapää* (сноска 251) 588.

²⁶⁰ См.: *Dominick*, Consultation, EPIL I (1992) 776ff; *Merrills*, International Dispute Settlement, 3ff; *Diaconou* (сноска 228).

²⁶¹ В этом случае вмешательство в конфликт является минимальным, см.: *Neuhold* (сноска 243) 360.

²⁶² *Wehberg*, Kommentar zu dem Haager Abkommen betr die friedliche Erledigung internationaler Streitigkeiten v 18.10.1907, 1911, Art 2, 10; *Fischer*, in: *Ipsen* (сноска 8) § 62 Rn 8.

²⁶³ *Merrills*, International Dispute Settlement, 27.

степени зависит от авторитета и репутации третьей стороны. На практике эти процедуры используются с переменным успехом²⁶⁴.

75 Препятствием для начала или продолжения переговоров часто являются разногласия о фактах, лежащих в основе конфликта. Для преодоления этого препятствия может использоваться обследование, проводимое, как правило, комиссией, создаваемой в конкретном случае, а иногда постоянной комиссией. Их исключительной целью является непредвзятое *установление фактов*, по которым существуют разногласия²⁶⁵. В международной практике эта процедура применяется редко²⁶⁶. Если спорящие стороны к ней и прибегают, процедура установления фактов, как правило, сочетается с процедурой посредничества или примирения. Кроме того, процедура обследования стала применяться реже, поскольку деятельность по установлению фактов осуществляют международные организации, например ООН, на основании их учредительных документов (ст. 34 Устава ООН)²⁶⁷.

76 Процедура *примирения*, комбинирующая элементы посредничества и обследования²⁶⁸, также не получила широкого распространения. Она не стала более популярной после кодификации в нескольких международных документах²⁶⁹, поскольку кодификации не применяются на практике²⁷⁰. Это связано, в частности, с организационными проблемами и финансовыми затратами при создании примирительных комиссий, а также с тем, что комиссии иногда применяют *методы, сходные с арбитражем*, которые считаются нежелательными, если конфликт является политическим²⁷¹.

4. Разрешение споров третейскими судами

а) Общая характеристика

77 В международном праве не существует стоящего над государствами судьи, обладающего полномочиями и юрисдикцией для разрешения

²⁶⁴ См.: *Merrills*, International Dispute Settlement, 27–42; *Bindschedler*, Good Offices, EPIL II (1995) 601ff; *Cot*, Conciliation, MPEPIL II, 576ff.

²⁶⁵ См. ст. 9 Гаагской Конвенции (сноска 228).

²⁶⁶ См.: *Merrills*, International Dispute Settlement.

²⁶⁷ См.: *Partsch*, Fact-Finding and Inquiry, EPIL II (1995) 343ff; *Neuhold* (сноска 243) 361f.

²⁶⁸ *Neuhold* (сноска 243) 362.

²⁶⁹ См. ст. 66 Венской Конвенции о праве международных договоров с приложениями; ст. 85 Венской Конвенции о представительстве государств в их отношениях с международными организациями универсального характера (AJIL 69 (1975) 730ff); ст. 42 Конвенции о правопреемстве государств в отношении международных договоров с прилож. (ILM 17 (1978) 1488); ст. 284 Конвенции по морскому праву с приложением V.

²⁷⁰ См.: *Merrills*, International Dispute Settlement, 59ff; *Fischer*, in: *Ipsen* (сноска 8) § 62 Rn 17ff.

²⁷¹ См.: *Bowett*, Contemporary Developments in Legal Techniques in the Settlement of Disputes, RdC 180 (1983-II) 169 (185ff), а также рекомендованный Генеральной Ассамблеей ООН Проект правил о процедуре примирения: ILM 30 (1991) 229.

межгосударственных конфликтов посредством окончательного решения. Судья должен привлекаться сторонами конфликта после возникновения конфликта *ad hoc* или до возникновения конфликта в отношении возможных будущих споров по определенным предметам или, более абстрактно, на основании добровольного подчинения сторон юрисдикции международного суда²⁷². Соответственно, ст. 37 (предл. 1) Гаагской конвенции о мирном решении международных столкновений 1907 г. определяет деятельность международных третейских судов как «решение споров между государствами, судьями по их выбору и на основании уважения к праву». На основании этого определения можно выделить следующие *типичные признаки третейской юрисдикции* как средства разрешения межгосударственных споров²⁷³: третейские суды создаются для рассмотрения конкретного спора между государствами; решение по их персональному составу принимают стороны; стороны также определяют объем полномочий, а также материально- и процессуально-правовую основу для принятия решения²⁷⁴.

Арбитраж является *традиционным* способом разрешения споров²⁷⁵. 78 Впервые арбитражные процедуры в их современной форме были предусмотрены в Договоре Джея 19.11.1794 г., который, в частности, регулировал вопросы установления границ между Великобританией и США. Следующий этап развития арбитража был связан с арбитражным решением 1872 г. по т.н. алабамскому вопросу о нейтралитете Великобритании во время гражданской войны в США²⁷⁶. В последующий период Гаагская конвенция 1907 г. (ст. 37 и след.), Общий акт о мирном разрешении международных споров 1928 г. с поправками 1949 г. (ст. 21 и след.)²⁷⁷ и Конвенция по морскому праву (ст. 287) подтвердили особое значение окончательных решений международного арбитража в системе средств мирного разрешения споров (абз.

²⁷² См.: *v. Mangoldt*, Tradition in der zwischenstaatlichen Streitbeilegung, in: Tradition und Fortschritt, FS Tübinger Juristische Fakultät, 1977, 435 (461).

²⁷³ Как таковая, она не включает в себя т.н. смешанные третейские комиссии или смешанные третейские суды, через которые требования к иностранным государствам могут предъявлять частные лица (см.: *Dolzer, Wühler*, Mixed Arbitral Tribunals, EPIL III [1997] 433ff). Это правило действует также в отношении третейских судов, которые рассматривают имущественно-правовые требования частных лиц против других стран, как, например, Ирано-американский трибунал по претензиям (см.: *Fischer*, in: *Ipsen* [сноска 8] § 62 Rn 25; *Wühler*, Zur Bedeutung des Iran-United States Claims Tribunal für die Rechtsfortbildung, in: Böckstiegel [Hrsg.], Rechtsfortbildung durch internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 1989, 93ff).

²⁷⁴ См.: *Brower*; Arbitration, MPEPIL I, 531 ff.

²⁷⁵ См.: *Stone* (Fn 262) 75ff; *Schwarzenberger*, International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Bd IV, 1986, 21–94; *Grewe*, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, 2. Aufl 1988, 606ff.

²⁷⁶ Анализ Договора Джея см.: *Ziegler*, Jay Treaty, MPEPIL VI, 449ff; анализ решения т.н. «алабамского вопроса» см.: *Seidel*, EPIL I (1992) 97ff.

²⁷⁷ См.: *van der Heyde*, General Act for the Peace Settlement of International Disputes (1928 und 1949), EPIL II (1995) 499ff.

65 и след.). Эти и другие акты оказали существенное воздействие на закрепление и дальнейшее развитие основных правил международного арбитража.

- 79 *Различия между международным арбитражем* в вышеуказанном смысле и *международными судами*, прототипами которых являются Международный Суд в Гааге и его предшественник — Постоянная Палата международного правосудия Лиги Наций (см. ниже абз. 87 и след.), заключаются прежде всего в том, что международные суды являются постоянно действующими судами, юрисдикция и процессуальная основа деятельности которых установлена заранее, причем стороны не имеют существенного влияния на судейский состав²⁷⁸. Однако значение этих отличий не следует преувеличивать. Если заключается соглашение о создании постоянного международного арбитража с заранее установленными юрисдикцией и процессуальными основами деятельности и назначением судей на определенный срок, отличия исчезают²⁷⁹. Поэтому *международный арбитраж* и *международные суды* справедливо считаются основными типами средств разрешения споров при участии судьи, для которых характерны *плавные переходы от одного типа к другому и наличие смешанных форм*²⁸⁰.

б) Формы проявления

- 80 Международный арбитраж может *создаваться на основании соглашения ad hoc*. В этом случае они разрешают конкретный спор, уже возникший между сторонами. Специальный *третейский компромисс* (третейская запись), оформляемый, как правило, в письменной форме²⁸¹, устанавливает предмет спора, определяет состав суда и применимое право (как правило, международное право), а также правила производства. Если в третейский компромисс не были включены положения о применимом праве или процедуре рассмотрения дел, из этого вытекает обязанность государств решить оставшиеся открытыми вопросы в дополнительном соглашении²⁸².
- 81 От арбитражных судов *ad hoc*, которые в настоящее время создаются редко, необходимо отличать т. н. *постоянные арбитражные суды*. На них возлагается *разрешение споров, которые могут возникнуть между сторонами*

²⁷⁸ См.: v. *Mangoldt* (сноска 268) 460.

²⁷⁹ *Tomuschat* (сноска 213) Rn 30; *Neuhold*, Zwischenstaatliche Grundregeln, in: ÖHVR I, 3. Aufl 1997, Rn 1675ff.

²⁸⁰ *Steinberger*, Judicial Settlement of International Disputes, 121. Обзор международных арбитражных судов см.: *Bernhardt*, Die gerichtliche Durchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen, ZaöRV 47 (1987) 17ff.

²⁸¹ Подробнее см.: *Thirlway*, Compromis, MPEPIL II, 564ff.

²⁸² *Fischer*, in: *Ipsen* (сноска 8) § 60 Rn 26. См. также ст. 2 Модельных правил арбитражной процедуры от 27.6.1958 г., публикация см.: Oellers-Frahm/Zimmermann (Hrsg), Dispute Settlement in Public International Law, 2. Aufl 2001, I 105.

в будущем, вследствие чего их называют постоянными. Для разрешения будущих споров могут заключаться *специальные двусторонние или многосторонние арбитражные соглашения*, подробно регулирующие порядок образования арбитража, его юрисдикцию и процессуальные основы²⁸³. Однако *арбитражные оговорки* чаще встречаются в *договорах* на другие темы, когда в договорах предусматривается арбитражное разрешение споров, возникающих на основании договора, иногда в сочетании с другими способами разрешения споров²⁸⁴. Арбитражные соглашения или арбитражные оговорки могут устанавливать, что стороны уже в момент заключения договора признают юрисдикцию арбитража в отношении споров по договору, которые могут возникнуть в будущем (*обязательная арбитражная юрисдикция*). В этом случае каждая из сторон вправе в одностороннем порядке обратиться в постоянный арбитражный суд. Однако часто требуется дополнительное соглашение, регулирующее компетенцию суда и его состав при рассмотрении конкретного спора²⁸⁵.

в) Отдельные вопросы производства в международном арбитраже

Арбитраж может состоять из одного или нескольких судей, в настоящее время обычно от трех до пяти²⁸⁶. Если арбитраж учреждается как *коллегиальный орган*, его председателем не может быть представитель одной из сторон спора. Если стороны не выбирают председателя по обоюдному согласию, его выбирают члены арбитража, назначенные на паритетной основе. В соглашениях о разрешении споров арбитражем и создании арбитражного суда могут устанавливаться специальные меры на тот случай, если не может быть достигнута договоренность по персональному составу суда²⁸⁷.

Установленные сторонами спора *положения в отношении компетенции, оснований принятия решений и процедуры* являются обязательными

²⁸³ Подробнее см.: *Butler*, Arbitration and Conciliation Treaties, MPEPIL I, 549ff.

²⁸⁴ В прошлом такие оговорки, как правило, встречались в договорах о торговле, дружественных отношениях и инвестициях, в последнее время также в договорах по морскому праву (ст. 287 Конвенции по морскому праву) и экологическому праву. Обзорная монография см.: *Wühler*: Arbitration Clause in Treaties, EPIL I (1992) 236ff.

²⁸⁵ Постоянный Третейский Суд в Гааге не обладает непосредственной юрисдикцией по любым спорам согласно своему статуту. Его название искажает представление о сфере его деятельности. Он является (административным) органом, оказывающим содействие в организации арбитража, в частности, составляет списки третейских судей, обладающих необходимой квалификацией. Подробнее см.: *Ando*, Permanent Court of Arbitration, MPEPIL VII, 251ff.

²⁸⁶ См.: *Merrills*, International Dispute Settlement, 83ff.

²⁸⁷ Например, ст. 55 в сочетании со ст. 45 (абз. 3–5) Гаагской Конвенции о мирном разрешении международных столкновений; ст. 21 Европейской Конвенции о мирном разрешении споров; см. также ст. 3 Модельных Правил (сноска 278).

для созданного ими арбитража. В общих третейских соглашениях или третейских оговорках (абз. 80 и след.) такие положения часто отсутствуют. В таких случаях суд правомочен самостоятельно принять решение о наличии у него компетенции в отношении переданного ему спора и о применимом праве²⁸⁸.

- 84** *Арбитражное решение*, которое должно приниматься большинством голосов и сопровождаться обоснованием, является для сторон обязательным и сразу вступает в законную силу (*res iudicata*), если не оговорена возможность его обжалования²⁸⁹. Однако арбитражное решение является ничтожным, если суд вышел за рамки своей юрисдикции или допустил существенные процессуальные нарушения²⁹⁰.

г) Практическое значение

- 85** Как инструмент разрешения споров третейское судопроизводство *сохраняет свою популярность*, хотя количество обращений в международные арбитражные суды было подвержено значительным колебаниям за последние 150 лет. Популярность связана с тем, что арбитражная процедура учитывает принцип суверенитета и одновременно является гибким инструментом, который может модифицироваться по желанию. В отличие от процедуры в международных судах (абз. 85 и след.), в третейском судопроизводстве стороны конфликта имеют *решающее влияние на персональный состав суда*, на подсудность и основания принятия решения. Они также могут открыть доступ к арбитражу другим субъектам (международного) права, в частности, индивидам.
- 86** Что касается значения для развития международного права, в первую очередь, следует упомянуть значительное влияние, которое арбитраж как традиционный способ разрешения споров судебного разрешения споров оказал на становление и эволюцию международных судов после 1918 г., а именно Постоянной Палаты международного правосудия Лиги Наций и Международного Суда ООН²⁹¹. С точки зрения материального права, международное право обязано практике третейских судов многочисленными решениями основополагающего характера. Они касаются, в частности, правовых вопросов нейтралитета²⁹², территориального

²⁸⁸ *Merrills*, International Dispute Settlement, 86ff.

²⁸⁹ Ст. 78 и след. Гаагской Конвенции о мирном разрешении международных столкновений (сноска 228); ст. 28 и след. Модельных Правил (сноска 278).

²⁹⁰ См.: *Oellers-Frahm*, Judicial and Arbitral Decisions: Validity and Nullity, EPIL III (1997) 38ff; ст. 35 и след. Модельных Правил (сноска 278).

²⁹¹ См.: *Schwarzenberger* (сноска 271) 10f.

²⁹² Решение по делу о судне «Алабама» (1872), *Moore*, International Arbitrations, Bd I (1898) 495ff.

суверенитета²⁹³, права на принятие контрмер²⁹⁴ и проблем ответственности государств²⁹⁵.

5. Международный Суд ООН

а) Основы

В контексте мирного разрешения споров, а также в сравнении с другими международными судами Международный Суд ООН занимает *особое положение*. На его рассмотрение, как правило, должны передаваться правовые споры между государствами-членами ООН (ст. 36 (абз. 3) Устава ООН)²⁹⁶. Вместе со своим предшественником из эпохи Лиги Наций, Постоянной Палатой международного правосудия, он является прототипом международных судов²⁹⁷. Будучи единственным судом, который применяет международное право, не ограничиваясь определенными международными договорами или определенной тематикой, Международный Суд обладает необходимыми признаками, чтобы стать основным судебным органом мирового сообщества государств²⁹⁸.

Для лучшего понимания правового статуса и юрисдикции Международного Суда необходимо учитывать его историческое развитие, в частности, деятельность суда-предшественника, *Постоянной Палаты международного правосудия* (см. также ст. 92 (предл. 2) Устава ООН)²⁹⁹. Постоянная Палата была создана в 1922 году как постоянный суд, т. е. суд, созданный на неопределенное время, в который можно обращаться в любое время³⁰⁰. Стороны не могли влиять на персональный состав суда, применимое право и процессуальные правила, что впоследствии стало типичным для международных

87

88

²⁹³ Решение по делу об острове *Пальмас* (1928), RIAA II, 829ff; *Häusler/Hofbauer*; *Palmas Island Arbitration*, MPEPIL VIII, 34ff; решение по делу о проливе Бигль (1977), ILM 17 (1978) 634, 738.

²⁹⁴ Решение по делу об инциденте в городе *Науллула* (1928), RIAA II, 1011; *Partsch*, *Naulilaa Arbitration (Portugal v Germany)*, EPIL III (1997) 524ff.

²⁹⁵ Решения по делам *Кэра* и дело *Юмэнса* (сноска 72); решение по делу судна *«I'm Alone»* (1935), RIAA III, 1609ff; решение по делу о *плавильном заводе в Трейле* (1938/41), RIAA III, 1903ff; *Miller*; *Trail Smelter Arbitration*, MPEPIL IX, 937ff; решение по делу об *озере Лану* (1957), RIAA XII, 281ff; *Epiney*; *Lac Lanoux Arbitration*, MPEPIL VI, 626ff; решение по делу о судне «*Радужный воин*» («*Rainbow Warrior*»); *Hoss/Morgan-Foster*; *Rainbow Warrior* MPEPIL VIII, 627ff.

²⁹⁶ См.: *Stein*, in: *Simma* (сноска 213) Art 36 Rn 42ff.

²⁹⁷ *Tomuschat* (сноска 213) Art 33 Rn 32, также *Bernhardt* (сноска 276) 17ff.

²⁹⁸ *Mosler/Oellers-Frahm*, in: *Simma* (сноска 213) Art 92 Rn 27.

²⁹⁹ К вопросу о Палате Правосудия см.: *Rosenne*, *Permanent Court of International Justice*, MPEPIL VIII, 259ff; *Schwarzenberger* (сноска 271) 171ff; *Spiermann*, in: *Zimmermann* и а (Hrsg), *ICJ Statute, Historical Introduction*, с дальнейшими ссылками.

³⁰⁰ *Schwarzenberger* (сноска 271) 229. В связи с началом войны Палата прекратила свою деятельность в 1940 г. и была формально распущена в 1946 г.

судов³⁰¹. Предполагалось, что практика суда, *компетенция* которого не зависит от третейских соглашений общего или специального характера, своей судебной практикой может оказать существенное влияние на стабилизацию мира в межгосударственном сообществе и поступательное развитие международного права³⁰². Однако такое влияние было изначально ограничено, поскольку не представлялось возможным закрепить юрисдикцию суда в межгосударственных спорах, независимую от воли сторон. В качестве альтернативного решения было предусмотрено, что любое государство могло заранее заявить о добровольном признании обязательной юрисдикции Палаты в отношении любого спора, который может возникнуть в будущем с другим государством, сделавшим такое же заявление (ст. 36 (абз. 2) Статута Международного Суда). С этой *факультативной оговоркой* была связана надежда на то, что увеличение количества заявлений государств о признании юрисдикции постепенно приведет к тому, что юрисдикция станет практически универсальной, однако эта надежда не оправдалась³⁰³.

89 Задачи и предметы ведения Международного Суда, который был создан в 1946 году как один из шести главных органов ООН (ст. 7 Устава ООН), в значительной степени совпадают с юрисдикцией ПМПП. Основные положения содержатся прежде всего: (1) в *Уставе* ООН, (2) в *Статуте* Международного Суда и в дополняющем его *Регламенте* Суда. В Уставе ООН установлено, что к юрисдикции МС относится разрешение споров (ст. 92), если государства не передали полномочия по разрешению споров другим международным судам, например, Суду ЕС или ЕСПЧ или другим специальным учреждениям юстиции в рамках системы ООН (ст. 95). Помимо этого Устав регулирует ключевые вопросы, касающиеся доступа к МС (ст. 93), правовых последствий его решений (ст. 94), правомочий политических органов ООН запрашивать консультативные заключения Суда по юридическим вопросам (ст. 96). Порядок организации и деятельности Суда при решении споров и даче заключений регулируются Статутом и Регламентом МС от 14.4.1978 г.³⁰⁴ Статут МС является неотъемлемой частью Устава ООН и поэтому в отношении вносимых в него поправок и его места в иерархии норм действуют правила, установленные для Устава ООН (ст. 69 Статута МС; ст. 103 Устава ООН). Суд составляет Регламент в соответствии со ст. 30 Статута. В иерархии норм Статут имеет приоритет над Регламентом.

³⁰¹ См.: Tomuschat, International Courts and Tribunals, MPEPILV, 499 (500).

³⁰² Grewe (сноска 271) 721; Oellers-Frahm, Probleme und Grenzen der obligatorischen Gerichtsbarkeit, ArchVR 27 (1989) 442ff.

³⁰³ См.: Mosler/Oellers-Frahm (сноска 294) Rn 7; Tomuschat, in: Zimmermann u a (Hrsg), ICJ Statute, Art 36 Rn 61ff.

³⁰⁴ Oellers-Frahm/Zimmermann (сноска 278) I 41ff; последние изменения Регламента вступили в действие 14.4.2005 г. (Sart II Nr 3).

б) Подсудность

Юрисдикция МС по решению споров распространяется только на споры между государствами (ст. 34 (абз. 1) Статута). Для государств-членов ООН доступ к МС не ограничивается (ст. 93 (абз. 1) Устава ООН; ст. 35 (абз. 1) Статута)³⁰⁵.

Из права на обращение в Суд по делам, связанным с межгосударственными спорами, еще не следует, что данное государство подчиняется его юрисдикции. Помимо этого необходимо *отдельное заявление о признании юрисдикции* (см. абз. 73). Оно может быть выражено различными способами³⁰⁶:

(1) в порядке *ad hoc* посредством третейского компромисса между сторонами спора о признании юрисдикции МС по конкретному спору³⁰⁷ или же посредством непредъявления возражений по подсудности в процессе, возбужденном в Международном Суде (т.н. *forum prorogatum*)³⁰⁸;

(2) посредством *признания юрисдикции* Суда в двустороннем или многостороннем соглашении³⁰⁹, а также

(3) посредством *одностороннего заявления государства в соответствии с т.н. факультативной оговоркой* согласно ст. 36 (абз. 2) Статута (см. абз. 88).

Прежде всего необходимо рассмотреть *односторонние заявления государства*. В соответствии со ст. 36 (абз. 2) Статута они могут распространяться на перечисленные в этом положении категории правовых споров и обособлять юрисдикцию Международного Суда в отношении любого другого государства, которое сделало аналогичное заявление. Соответственно, юрисдикция МС ограничивается той сферой, в которой заявления государств-участников спора совпадают по содержанию³¹⁰. При этом решающее

³⁰⁵ Согласно ст. 93 (абз. 2) Статута МС государства, не являющиеся членами ООН, но присоединившиеся к Статуту МС, вправе обращаться в МС на основании резолюции Генеральной Ассамблеи ООН. Согласно ст. 35 (абз. 2) Статута МС в МС также могут обращаться государства, не являющиеся ни членами ООН, ни сторонами Статута МС, если они признают юрисдикцию МС при выполнении условий, установленных в резолюции Совета Безопасности ООН № 9 (1946). Однако эти положения не имеют большого значения, поскольку на сегодняшний день все 192 государства являются сторонами Статута МС.

³⁰⁶ См.: *Mosler/Oellers-Frahm* (сноска 294) Rn 67ff.

³⁰⁷ Например, дело *о пограничном споре между Сальвадором и Гондурасом*: ICJ Rep 1987, 176; *Thirlway*; *Compromis*, МРЕПИЛ II, 564ff.

³⁰⁸ См. решение МС по делу *об Англо-иранской нефтяной компании*, ICJ Rep 1952, 93, 113; решение МС по делу *о помощи по уголовным делам*, ICJ Rep 2008, 177, 204 (§ 62); *Grote*, Case concerning Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (*Djibouti v France*), МРЕПИЛ II, 1ff.

³⁰⁹ См. ст. I Дополнительного Факультативного Протокола к Венской Конвенции о консульских сношениях: Международный Суд ООН, определение от 9.4.1998 г. (дело *Бреарда (Breard)*); определение от 3.3.1999 г. (дело *Лаграндов (La Grand)*).

³¹⁰ См. решение МС по делу *о норвежских займах*: ICJ Rep 1957, 9, 23f.

значение имеет наличие и содержание заявлений на момент предъявления жалобы³¹¹. Заявления о признании юрисдикции сдаются на хранение Генеральному Секретарю ООН, который предоставляет сведения об этом государству-участнику Статута и МС (ст. 36 (абз. 4) Статута). Уведомление противоположной стороны спора не является необходимой предпосылкой принятия дела к производству³¹². Из заявления о признании юрисдикции следует не обязанность предъявлять жалобы в МС в связи со спорами в соответствии со ст. 36 (абз. 2) Статута МС, а обязанность участвовать в производстве в качестве ответчика при предъявлении жалобы другой стороной. При этом государство-ответчик имеет право заявлять возражения против юрисдикции МС в том же объеме, что и государство-истец на основании своего заявления о признании юрисдикции в случае, если бы оно было ответчиком. На начало 2012 г. 66 из 192 государств-участников Статута МС признали обязательность юрисдикции МС посредством заявления, в том числе ФРГ. Этот скромный результат выглядит еще менее обнадеживающим, если учесть, что заявления государств о признании юрисдикции МС, как правило, содержат *ограничения по сроку и/или предмету действия*. Подобные *оговорки*, в принципе, допускаются (ст. 36 (абз. 3) Статута МС)³¹³. Государства вправе формулировать заявления по собственному усмотрению, причем ограничительное толкование таких формулировок не допускается³¹⁴. Поскольку, таким образом, пределы действия обязательной юрисдикции Суда зависят от усмотрения государств, оговорки ограничивают юрисдикцию МС, что является проблематичным³¹⁵. Прежде всего, это относится к оговорке США, которую используют и другие государства, в соответствии с которой споры по предметам внутренней компетенции не подлежат рассмотрению Международным Судом, а объем внутренней компетенции определяется исключительно самими США (т.н. *оговорка Коннелли*)³¹⁶. Действительность этой оговорки представляется спорной, поскольку объем внутригосударственной компетенции, исходя из ст. 36 (абз. 6) Статута МС, не может «аутентично» интерпретироваться государствами. Ограничения юрисдикции МС могут также следовать из т.н. *оговорки Ванденберга*,

³¹¹ См. решение МС по делу *Никарагуа*: ICJ Rep 1984, 392, 419f.

³¹² См. решение МС от 11.6.1998 г. по делу, касающемуся *сухопутной и морской границы между Камеруном и Нигерией*, § 25 и след., подтвердившее выводы МС в решении по делу о *праве прохода через территорию Индии* (ICJ Rep 1957, 146f).

³¹³ См.: *Tomuschat* (сноска 213) Rn 76ff.

³¹⁴ См. решение Международного Суда от 4.12.1998 г. по делу о *судне «Эстай» (Estai)*: ICJ Rep 1998, 432 (§ 44, 46).

³¹⁵ Справедливая критика содержится в особом мнении заместителя председателя Вирамантри (*Weeramantry*) в решении по делу «Эстай» (*Estai*).

³¹⁶ См.: *Stahn, Connally Reservation*, MPEPIL II, 662ff; *Oellers-Frahm* (сноска 298) 445f; *Tomuschat* (сноска 213) Rn 88. США отозвали свое заявление о признании юрисдикции непосредственно после подачи жалобы по делу *Никарагуа*.

которая изначально использовалась США. Согласно этой оговорке признание юрисдикции суда не распространяется на споры по многосторонним договорам, за исключением случаев, в которых (1) «все стороны договора, на которые повлияет решение, являются участниками спора, рассматриваемого Судом» («*all parties to the treaty affected by the decision are also parties to the case before the Court*») или (2) если США сделали заявление о согласии на признание юрисдикции («*the United States of America specially agree to jurisdiction*»)»³¹⁷. Но даже если абстрагироваться от оговорок, практика односторонних заявлений о признании юрисдикции не привела к позитивным результатам. Государства-ответчики часто отказывались принимать участие в процессе, ссылаясь на якобы «политический характер» спора³¹⁸, и не признавали принятое против них решение³¹⁹. Поэтому можно утверждать, что только признание юрисдикции в конкретном случае обеспечивает участие в процессе в МС.

Статус Международного Суда как судебного органа в рамках ООН³²⁰ выражается, в частности, в его компетенции давать по запросам Генеральной Ассамблеи или Совета Безопасности *консультативные заключения*³²¹ по любым правовым вопросам, в том числе по абстрактным вопросам международного права или по конкретным спорным вопросам (ст. 96 (абз. 1) Устава ООН). Генеральная Ассамблея распространила право обращения с запросом в МС на ЭКОСОС, Совет по опеке, а также практически на все специализированные учреждения ООН в рамках их предмета ведения (ст. 96 (абз. 2) Устава ООН)³²². МС не обязан делать заключения по запросам (ст. 96 Устава ООН), однако сам Суд придерживается позиции, что, принимая во внимание обязанность Суда сотрудничать с органами ООН, отклонение запроса возможно только при наличии особо важных причин³²³. Данные Судом

³¹⁷ См. например, решение Международного Суда по делу *Никарагуа*: ICJ Rep 1986, 421ff. См. также: *Tomuschat* (сноска 213) Rn 89.

³¹⁸ Международный Суд обычно отвергает такую аргументацию, см. решения МС по делу об *исландских рыболовных промыслах*, ICJ Rep 1974, 34 und 205, по делу о *тегеранских заложниках*: ICJ Rep 1980, 44; по делу о *военных действиях и действиях военного характера в Никарагуа*, ICJ Rep 1984, 392; по делу о *пограничных вооруженных действиях (Никарагуа против Гондураса)*, ICJ Rep 1988, 91.

³¹⁹ См.: *Sinclair*, Some Procedural Aspects of Recent International Litigation, ICLQ 30 (1981) 338ff; *Bowett* (сноска 267) 204ff; *Oellers-Frahm* (сноска 298) 247ff; *Mosler/Oellers-Frahm* (сноска 294) Rn 83.

³²⁰ См.: *Mosler/Oellers-Frahm*, in: Simma (сноска 294) Art 96 Rn 10; подробнее см.: *Amr*; The Role of the International Court of Justice as the Principal Organ of the United Nations, 2003, 110ff.

³²¹ *Thirlway*, Advisory Opinion, MPEPIL I, 97ff.

³²² См., например, отклонение заключения ВТО, Консультативное заключение по вопросу о законности угрозы ядерным оружием или его применения от 8.7.1996 г., ICJ Rep 1996, 66ff.

³²³ Подробнее см.: *Mosler/Oellers-Frahm* (сноска 294) Rn 23ff.

консультативные заключения не имеют обязательной силы. Это следует из того, что в отношении заключений не существует положений, соответствующих ст. 94 Устава ООН³²⁴.

в) Основания принятия решений

- 94 В соответствии с абз. 1 ст. 38 Статута МС принимает решения на основании соответствующего *договорного права*, а при его отсутствии на основании *международного обычного права*. В частности, для восполнения пробелов регулирования, МС также может применять «*общие принципы права*, признанные цивилизованными нациями», а также, в качестве вспомогательного средства для определения действующего международного права, *судебные решения и доктрины* признанных специалистов по международному праву. При толковании и применении действующего международного права должен также учитываться принцип справедливости³²⁵. В решениях *ex aequo et bono*, предусмотренных ст. 38 (абз. 2) Статута, МС может выйти за рамки позитивного международного права и принять «наиболее справедливое» решение³²⁶. В этом случае он действует в качестве «индивидуального законодателя» для сторон спора. Вероятно, поэтому процедура согласно ст. 38 (абз. 2) Статута МС до сих пор не применялась.

г) Структура

- 95 Международный Суд состоит из *пятнадцати судей, которые должны иметь гражданство различных государств* (ст. 3 Статута). Они избираются сроком на девять лет Генеральной Ассамблеей и Советом Безопасности с применением раздельной процедуры голосования (ст. ст. 4, 8, 13 Статута). Каждые три года треть судей подлежит переизбранию. Допускается переизбрание судьи на новый срок (ст. 13 Статута). Избранным считается тот кандидат, который набрал абсолютное большинство голосов в обоих органах (ст. 10 Статута). Основой для выборов являются ограниченные определенным числом кандидатур и составленные в алфавитном порядке списки кандидатов, предложенные национальными группами с соблюдением условий, установленных ст. 44 Гагской Конвенции о мирном решении международных столкновений (ст. 5 (абз. 2), ст. 7 Статута). Государства, которые не являются участником этой Конвенции, образуют свои национальные группы по аналогии со ст. 44 (ст. 4 (абз. 1), 2 Статута). Ни юридически,

³²⁴ См.: *Stein/von Buttlar* (сноска 92) Rn 968ff mwN.

³²⁵ См. решение Международного Суда по делу о *континентальном шельфе* (Тунис против Ливии): ICJ Rep 1982, 18, 60.

³²⁶ Подробнее см.: *Pellet*, in: Zimmermann u a (Hrsg), ICJ Statute, Art. 38 Rn 152ff.

ни фактически избрание судьи не определяется исключительно критерием личной квалификации. Уже на стадии выдвижения кандидатов принципы национального представительства и интересов отражаются на процедуре установления персонального состава суда. Кроме того, согласно ст. 9 Статута МС необходимо, чтобы избранный состав судей «обеспечивал представительство главнейших форм цивилизации и основных правовых систем мира». В этой формулировке не учитывается, что не существует однозначных границ между регионами и правовыми системами. С другой стороны, согласно ст. 2 Статута МС должен быть выбран кандидат с самой высокой квалификацией, независимо от его гражданства. Такое *смешение национальных и международных элементов при замещении судебных должностей* приводит на практике к тому, что национальные правительства оказывают значительное влияние на выдвижение кандидатов и *географическое представительство играет важную роль*. В настоящее время в состав Суда входят четверо судей из Европы, один из США, двое из Южной Америки, трое из Африки и пятеро из азиатских стран и Австралии³²⁷. Пять постоянных членов Совета Безопасности до сих пор всегда были представлены в МС.

Правовой статус судьи характеризуют принцип независимости и беспристрастности, запрет совмещения должностей, а также основания, исключающие участие судьи в рассмотрении конкретного дела (ст. 2, 16–18, 24 Статута). Судьи, имеющие гражданство государства, являющегося стороной в споре (т.н. национальные судьи), могут принимать участие в разрешении спора (ст. 31 (абз. 1) Статута). На практике национальный судья не может стать только председателем состава. Это связано не с общим запретом конфликта интересов, а с влиянием интересов национальных государств на международные суды. Государства подчиняются этому принципу, если они убеждены, что в судебных решениях их интересы будут надлежащим образом защищены. Назначение *судей ad hoc* также основано на учете национальных интересов³²⁸. Если при рассмотрении дела МС одна сторона спора представлена судьей, имеющим ее гражданство, другая сторона может назначить судью *ad hoc*, пользующегося ее доверием. Такой судья участвует в принятии решений на равных правах с остальными судьями (ст. 31 (абз. 2) Статута). Если ни одна из сторон не представлена судьей, имеющим ее гражданство, обе стороны имеют право назначить судью (ст. 31 (абз. 3) Статута). Судьи *ad hoc* должны обладать такой же квалификацией, как судьи МС, и не должны были участвовать в данном деле до назначения судьей в ином качестве (ст. 31 (абз. 6) Статута). Поскольку запрет совмещения

96

³²⁷ Такое распределение устанавливается, если Россию относят к Азии.

³²⁸ В рамках процедуры дачи заключений право назначать судью *ad hoc* существует согласно ст. 89 Регламента. К вопросу о судьях *ad hoc* см.: *Doehring* (сноска 100) Rn 475.

должностей в отношении них не действует и на практике они обычно голосуют за вынесение решения в пользу своего государства, выполнение обязанности по принятию объективного решения представляется проблематичным. Фактически они являются еще менее независимыми, чем национальные судьи, которые иногда голосуют против государства своего гражданства. Поэтому критика в отношении судей *ad hoc* связана, прежде всего, с процедурой назначения и недостаточной независимостью³²⁹.

97 Из пятнадцати судей избираются *Председатель* и Вице-Председатель (ст. 21 Статута). Председатель руководит общей деятельностью Суда и отвечает за решение вопросов управления и судебной администрации. В остальном, в его обязанности входит осуществление определенных несудейских функций. Избираемому Судом на семь лет *Секретарю* (ст. 21 Статута) подчинены все службы Секретариата, из которых следует упомянуть управление делами, службу переводчиков и службу подготовки публикаций и изданий Суда (ст. 26 Регламента Суда).

98 Свои функции Суд осуществляет, как правило, на *пленарных заседаниях*, при этом для проведения заседания достаточен кворум из девяти судей (ст. 25 Статута). Для рассмотрения дел в порядке упрощенного судопроизводства в обязательном порядке образуется Камера Суда, состоящая из пяти судей, которая рассматривает соответствующие дела по просьбе сторон (ст. 29 Статута). Кроме того, Суд может на факультативной основе образовывать состоящие как минимум из трех судей *Камеры* для рассмотрения определенных категорий дел (ст. 26 (абз. 1) Статута). Этот инструмент был впервые использован судом в 1993 г. для рассмотрения дел, связанных со спорами в области охраны окружающей среды. Наконец, Суд может также в любое время образовать Камеру для разбора отдельного дела (Камеры *ad hoc*), причем число судей, образующих такую Камеру, определяется Судом с одобрения сторон (ст. 26 (абз. 2) Статута). Мнения сторон должны также учитываться при определении персонального состава такой Камеры (ст. 17 Регламента)³³⁰.

д) Процессуальные основы³³¹

99 Производство в МС состоит из двух частей, *письменной* и *устной*. При этом устная часть обычно проводится в форме публичного слушания (ст. 43 (абз.

³²⁹ См.: *Gross*, The International Court of Justice: Consideration of Requirements for Enhancing its Role in the International Legal Order, in: *Harris* (сноска 11) 1032ff. На практике судьи *ad hoc* назначаются все чаще.

³³⁰ См.: *Schwebel*, Ad-hoc-Chambers of the International Court of Justice, AJIL 81 (1987) 211ff; *Mackenzie*, International Courts and Tribunals, Chambers, MPEPIL V, 537ff.

³³¹ Подробнее см.: *Fitzmaurice*, The Law and Procedure of the International Court of Justice, 2 Bde, 1995; *Rosenne*, The Law and Practice of the International Court, 4 Bde, 4. Aufl 2005; *Guyomar*, Commentaire du règlement de la Cour de Justice, 1973 und 1983; *Sorel*,

1), ст. 46 Статута). Оно проводится по соглашению сторон на французском или английском языке, при отсутствии соглашения производство может вестись на обоих рабочих языках. В этом случае решения Суда должны публиковаться также на обоих языках, причем Суд устанавливает, какой из двух текстов является аутентичным. В порядке исключения стороне спора по ее ходатайству может быть предоставлено право пользоваться другим языком (ст. 39 Статута). Стороны обязаны выступать в процессе через своих официальных представителей. На практике выполнение этой функции чаще всего поручается юридическим консультантам МИДа. Кроме того, стороны могут воспользоваться помощью поверенных и адвокатов, в качестве которых, как правило, привлекают экспертов по международному праву с опытом участия в процессах перед международными судами (ст. 42 Статута).

Письменное производство возбуждается нотификацией специального соглашения, которым обосновывается и определяется компетенция Суда, или посредством подачи заявления. В обоих случаях должны быть точно указаны предмет спора и стороны (ст. 40 (абз. 1) Статута). Государства, которые не являются сторонами производства, могут вступить в процесс, если он затрагивает правовые интересы государства (ст. 62 Статута) или если государство является участником международного соглашения, спор о толковании которого является предметом рассмотрения (ст. 63 Статута). Только в последнем случае государство обладает безусловным правом вступления в процесс. После возбуждения производства следует всестороннее письменное разбирательство спора. Уже на этой стадии должны быть предъявлены все возражения о наличии процессуальных препятствий для рассмотрения дела, в частности, о неподсудности дела Суду. Эти вопросы Суд решает, как правило, в предварительном порядке (ст. 67 Регламента). Если ответчик высказывается по существу дела, не внося при этом возражений о неподсудности, считается, что юрисдикция суда распространяется на спор, даже если по установленным правилам она не может быть обоснована (абз. 92).

На стадии *устного производства* могут заслушиваться свидетели и эксперты, хотя на практике доказательства, как правило, приводятся в виде документов³³². Стороны должны сформулировать свои «заключительные ходатайства», в которых каждая сторона должна в обобщающем виде изложить свои соображения по предмету спора, требования и доводы (ст. 48

International Courts and Tribunals, Procedure, MPEPIL V, 613ff. Процессуальные положения о консультационных заключениях в существенной степени соответствуют процессуальным положениям о спорном производстве. Однако устное разбирательство не является обязательным, а также не существует разделения на процессуальные и материально-правовые вопросы.

³³² Проведение заседаний на местах возможно, но на практике проводятся крайне редко. См.: Tomka/Wordsworth, The First Site Visit of the ICJ in Fulfillment of its Judicial Function, AJIL 92 (1998) 133.

Статута). Таким образом, окончательно определяется предмет спора, который является обязательным для Суда.

102 Решения Суда выносятся большинством голосов присутствующих судей при тайном голосовании. В случае равномерного распределения голосов решающим является голос Председателя (ст. 55 Статута). Если судья не согласен с результатом или с обоснованием решения, принятого большинством, он вправе в качестве приложения к решению изложить свое собственное, индивидуальное мнение в письменной форме (ст. 57 Статута). Мнение судьи, отклоняющееся от мнения большинства в отношении обоснования решения, называется отдельным мнением (*separate opinion*), а мнение, отклоняющееся от мнения большинства в отношении установленного результата спора, — особым мнением (*dissenting opinion*). Закрепление возможности изложения судьей его индивидуального мнения служит гарантией независимости судей. Индивидуальные мнения судей являются необходимыми для придания большей значимости и убедительности решениям Международного Суда. Решения Суда *формально вступают в законную силу*, поскольку, в отличие от национального права, не предусмотрена возможность апелляции или кассации. Право сторон на обращение в Суд в случае возникновения спора о толковании его решения (ст. 60 Статута) не затрагивает формальное вступление в силу решения, подлежащего толкованию. Решение о толковании не может изменить содержания решения по существу, а может только изменить объем его действия. Таким образом, решения Суда также *материально вступают в законную силу*, поскольку по делам, по которым принято решение, не могут вторично подаваться ходатайства (ст. 59 Статута). В отдельных случаях сложно установить, в какой части решение вступило в законную силу с точки зрения материального права. Решающее значение имеет резолютивная часть судебного решения, которая конкретизируется основными аргументами мотивировочной части решения. Только в случае возобновления производства по вновь открывшимся обстоятельствам, которые не были и не могли быть известны добросовестному заявителю на момент вынесения решения (ст. 61 Статута), материальная законная сила решения может быть отменена, а спор может быть рассмотрен вторично.

103 На любой стадии производства, но в пределах срока разбирательства, Международный Суд вправе по ходатайству одной из сторон или, в порядке исключения, по собственной инициативе принять любые *временные меры*, которые представляются ему необходимыми для предотвращения ущемления прав какой-либо из сторон в период разбирательства (ст. 41 Статута). Стороны должны соблюдать требования, вытекающие из применения

временных мер. Временные меры допускаются, даже если юрисдикция МС является спорной, но *prima facie* предполагается ее наличие³³³.

*Приведение решений в исполнение*³³⁴ является задачей не Суда, а сторон спора. Стороны обязаны выполнять решения Международного Суда согласно ст. 94 (абз. 1) Устава ООН. Этот принцип действует как в отношении решений по существу, так и в отношении временных мер (абз. 104). В случае невыполнения решения государство, в пользу которого вынесено судебное решение, вправе применять санкции в соответствии с общим международным правом (абз. 107 и след.). Кроме того, оно вправе в соответствии с ст. 94 (абз. 2) Устава ООН обратиться в Совет Безопасности. Совет Безопасности может, если сочтет необходимым, сделать рекомендации или решить вопрос о принятии надлежащих мер для исполнения решений. Спорным является вопрос, насколько полномочия Совета Безопасности распространяются также на временные меры, назначенные МС³³⁵. Эффективность обращения в Совет Безопасности снижается, если решение МС принято против постоянного члена Совета Безопасности, который обладает правом вето согласно ст. 27 (абз. 3) Устава ООН³³⁶.

е) Выводы

На апрель 2012 г. МС принял к производству 152 дела. В результате рассмотрения дел были подготовлены 25 консультативных заключений и приняты 92 решения³³⁷. Конечно, результаты работы МС нельзя рассматривать только с точки зрения статистики. Своей судебной практикой Международный Суд внес значительный вклад в определение содержания действующего международного права и дал важные импульсы к его дальнейшему развитию³³⁸.

³³³ МС подчеркнул обязательность всех временных мер в решении от 27.6.2001 г. по делу *Лаграндов II*. В литературе обязательная сила временных мер подвергается сомнению, см.: *Mosler/Oellers-Frahm*, in: Simma (сноска 213) Rn 129; *Doehring* (сноска 100) Rn 1130; *Wolfrum*, *Interim Provisional Matters*, MPEIL V, 298ff. Практика МС: решение по делу о *ядерных испытаниях*, ICJ Rep 1973, 99, 135; решение по делу о *тегеранских заложниках*, ICJ Rep 1980, 2ff; решение по делу о *Никарагуа*, ICJ Rep 1984, 169, 186; решение по делу о *Большом Бельте*, ICJ Rep 1991, 12ff; решение по делу о *Конвенции о геноциде*, ICJ Rep 1993, 3ff; решение по делу *Бреарда*, ICJ Rep 1998, 248ff.

³³⁴ См.: *Oellers-Frahm*, *Zur Vollstreckung der Entscheidungen internationaler Gerichte im Völkerrecht*, ZaöRV 36 (1976) 654ff.

³³⁵ За распространение полномочий Совета Безопасности см.: *Mosler/Oellers-Frahm*, in: Simma (сноска 213) Art 94 Rn 15.

³³⁶ Спорно, см.: *Mosler/Oellers-Frahm* (сноска 331) Rn 13 mwN.

³³⁷ См.: <<http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3>>. Обзор наиболее важных решений МС см.: v. *Arnault* (сноска 20) *Anhang*; *Dörr*, *Kompendium völkerrechtlicher Rechtsprechung*, 2004; *Heintschel von Heinegg*, *Casebook Völkerrecht* 2004.

³³⁸ Это относится, прежде всего, к таким вопросам, как источники права (обычное право: дело о *континентальном шельфе Северного моря*: ICJ Rep 1969, 3; односторонние

Тем не менее следует признать, что МС не уполномочен рассматривать любые международные споры. Государства могут обращаться в другие международные суды, например, по морскому праву и международному уголовному праву. Обращение в другие суды является целесообразным в связи с особенностями предмета спора, поскольку развивается дифференциация и специализация международного права³³⁹, однако, несмотря на различия особых положений, постепенно формируется общее международное процессуальное право. Помимо положений об особых предметах спора, юрисдикция МС ограничивается также в силу того, что МС по-прежнему является судом государств, в который не могут обращаться международные организации³⁴⁰, и только треть государств признала его юрисдикцию (абз. 92).

V. Санкции

1. Общая характеристика

а) Определение и отграничение понятия

106 Определение понятия санкций не является общепризнанным или бесспорным³⁴¹. Согласно общему понятию³⁴² санкциями являются исключительно меры, которые принимаются в ответ на нарушение международного права и которые направлены на то, чтобы *побудить ответственное государство к прекращению международно-противоправного поведения посредством установления неблагоприятных для него (правовых) последствий*³⁴³, например, путем лишения, ограничения или непредставления определенных прав или привилегий. Таким образом, санкции являются специальными мерами обеспечения международного права, однако меры обеспечения

акты: дела о *ядерных испытаниях*: ICJ Rep 1974, 253, 457), осуществление прав дипломатической защиты, включая права иностранцев (дело *Ноттебома (Nottebohm)*: ICJ Rep 1955, 4 и дело о компании *Барселона трэкин (Barcelona Traction)*: ICJ Rep 1970, 3), правомочие на применение силы (дело *Никарагуа*: ICJ Rep 1986, 14), а также статус международных организаций (консультативное заключение по вопросу о *членстве в ООН*, см.: ICJ Rep 1948, 57; предъявление претензий, ICJ Rep 1949, 174). Актуальный анализ текущей судебной практики см.: *Rosenne* (сноска 314) 485f; см. также системный анализ судебной практики: *Thirlway*, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, BYBIL 60 (1989) 1, 4ff; 61 (1991) 1ff; 63 (1993) 1ff; 65 (1995) 1ff; 67 (1997) 1ff; 69 (1999) 1ff; 71 (2000) 71ff; 72 (2001) 37ff; 74 (2003) 7ff; *Überarbeitung und Aktualisierung der Teile I–VI*: 76 (2005) 1ff; 77 (2006) 1ff; 78 (2007) 17ff; Suppl 2009: BYBIL 80 (2009) 10ff; Suppl 2010: BYBIL 81 (2010) 13ff.

³³⁹ См.: *Tomuschat* (сноска 297) 561f; *Pellet*, *Judicial Settlement of International Disputes*, MPEPIL VI, 526 (540); *Shaw*, *International Law*, 6. Aufl 2008, 1115ff.

³⁴⁰ Подробнее см.: *Rosenne* (сноска 314) 484.

³⁴¹ См.: *Wengler* (сноска 7) 526f; *Combacau*, *Sanctions*, 311.

³⁴² См.: *Kindhäuser*, *Sanktion*, in: *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft*, Bd IV, 7. Aufl 1988, Sp 998f.

³⁴³ Критерий причинения неблагоприятных последствий справедливо выделяется в: *Combacau*, *Sanctions*, 313.

международного права санкциями не ограничиваются. С одной стороны, механизмы обеспечения³⁴⁴ не всегда направлены на ограничение прав государства-нарушителя (например, международно-правовые процедуры инспекций и проверок. С другой стороны, для них не обязательно характерен типичный для санкций элемент одностороннего причинения неблагоприятных (правовых) последствий; этих элементов нет, например, в случае разрешения споров третейскими судами или предъявления требований о международной ответственности (абз. 4 и след.).

В соответствии с определением санкций в данном разделе не может быть речи о санкциях, если государство-потерпевший само устраняет нарушение. Поэтому не существует полного тождества с *мерами самозащиты*, предпринимаемыми отдельным государством для односторонней самозащиты или одностороннего осуществления прав³⁴⁵. Это правило также действует в случаях, когда международное право связывает с нарушением ничтожность или недействительность акта государства³⁴⁶. В понятие санкций входит «обратимость» международной противоправности, а также возможность ее устранения путем возвращения к международно-правомерному поведению³⁴⁷.

107

б) Критика концепции санкций

В последнее время усиливается критика традиционной концепции санкций. В частности, высказываются принципиальные *возражения против определения понятия санкций*. На основании анализа санкций, существующих в условиях полноценного правопорядка, каковым международное право не является, высказывается справедливая критика³⁴⁸ в отношении того, что государственные санкции *налагаются самим потерпевшим*, а не нейтральной третьей стороной. Таким образом, потерпевший действует как *iudex in causa propria*³⁴⁹. Государства не обладают одинаковыми возможностями применения санкций, поскольку практика использования санкций предопределяется

108

³⁴⁴ Обзор см.: *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (Fn 46) 89ff; *Zimmermann*, Durchsetzung des Völkerrechts zwischen Fragmentierung, Multilateralisierung und Individualisierung, FS Bothe, 2008, 1077ff; *Beylerin/Marauhn*, International Environmental Law, 2011, 315 ff.

³⁴⁵ Убедительный анализ см. в: *Combacau*, Sanctions, 314. Обзор государственных мер самообороны в: *Bryde*, Self-Help, EPIL IV (2000) 377.

³⁴⁶ *Combacau*, Sanctions, 312.

³⁴⁷ *Combacau*, Sanctions, 314.

³⁴⁸ Подробнее см.: *Leben*, Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale, AFDI 28 (1982) 9; см. также: *Combacau*, Sanctions, 314f; *Simma* (сноска 5) 383; *Zoller*, Peace-Time Unilateral Remedies, 1984; *Fiedler*, Gegenmaßnahmen, 13f; *Klein*, Gegenmaßnahmen, 43.

³⁴⁹ См.: *Kunz*, Sanctions in International Law, AJIL 54 (1960) 324f; *Verdross/Simma* (сноска 7) § 41, 621.

межгосударственным соотношением сил. Кроме того, эффективность санкций, которая является ее основополагающим элементом, в рамках международного сообщества представляется сомнительной. Однако следует признать, что в обозримом будущем международное сообщество по многим вопросам не сможет обойтись без санкций. Импульсом для усиления правового регулирования и ограничения возможности применения санкций могла бы послужить Резолюция об ответственности государств, которая подробно рассматривает контрмеры как подвид санкций (абз. 31 и след.).

2. Формы проявления

109 На практике санкции отличаются большим *разнообразием*. Их описание возможно только в результате классификации, в рамках которой должны быть установлены типичные признаки санкций. Последующая классификация учитывает основные аспекты, невзирая на возможные частичные пересечения между разными видами санкций.

110 Для классификации и анализа инструмента санкций имеет большое значение, насколько санкция как реакция на нарушение международного права является мерой, не запрещенной международным правом, или сама является нарушением международного права, оправданием которому должно служить предшествующее нарушение. Первый вариант, при котором санкции³⁵⁰ выступают в форме т. н. *реторсий*³⁵¹, преобладает в практике межгосударственных отношений, поскольку осуществление таких мер *не сопровождается нарушениями права, нуждающимися в особой легитимации*³⁵². Основными сферами их применения являются, наряду с дипломатическим правом (высылка дипломатов, разрыв дипломатических отношений) международные экономические отношения. При современном значении экономических взаимосвязей применение ответных мер в этой сфере как, например, полный или частичный запрет определенных внешнеэкономических операций (эмбарго)³⁵³, ограничение импорта, приостановление или прекращение добровольной помощи развивающимся странам, отказ от заключения или продления экономически важных договоров³⁵⁴, может оказывать значительное

³⁵⁰ Общая характеристика см.: *Giegerich*, Retorsion, MPEPIL VIII, 976ff.

³⁵¹ Небесспорно; частично реторсия ограничивается контрмерами, которые являются ответом исключительно на недружественные акты государства, не являющиеся противоправными, см.: *Malanczuk*, Zur Repressalie im Entwurf der International Law Commission zur Staatenverantwortlichkeit, ZaöRV 45 (1985) 293 (300f).

³⁵² *Malanczuk* (сноска 347) 300; *Giegerich* (сноска 346) 978f.

³⁵³ См.: *Joyner*, Boycott, MPEPIL I, 77ff; *Kausch*, Embargo, EPIL II (1995) 58ff; *Petersmann*, Internationale Wirtschaftssanktionen als Problem des Völkerrechts und des Europarechts, ZVergIRW 80 (1981) 1 (10f).

³⁵⁴ См.: *Tomuschat*, Repressalie und Retorsion, zu einigen Aspekten ihrer innerstaatlichen Durchsetzung, ZaöRV 33 (1973) 179 (184f); *Malanczuk* (сноска 347) 300.

негативное воздействие. С этой точки зрения оценка реторсий как наиболее мягкой формы самозащиты представляется небесспорной³⁵⁵.

В случае, если потерпевшее от международно-противоправного действия государства принимает ответные меры *посредством посягательства на права государства-нарушителя*, то речь идет, как правило, о санкциях в форме *репрессалий*³⁵⁶. Вследствие закрепления запрета применения силы (ст. 2 (абз. 4) Устава ООН) их потенциальная сфера применения значительно сузилась³⁵⁷. Особой формой репрессалий, применимой в рамках взаимных соглашений, выступает право потерпевшей стороны в ответ на существенное нарушение договора другой стороной отказаться от дальнейшего выполнения им своих обязательств по договору либо приостановить действие договора или прекратить его (ст. 60 Венской Конвенции о праве международных договоров)³⁵⁸. Конкретные предпосылки действия общего права репрессалий относятся к одной из наиболее спорных проблем международного права (см. абз. 115 и след.).

Санкции могут приниматься непосредственно государством, потерпевшим от предшествующего нарушения международного права или группой государств, «солидаризирующейся» с потерпевшим государством³⁵⁹. Они могут также основываться на решениях международной организации. *Типологическая классификация в зависимости от инициатора санкций* имеет существенное значение для определения оснований для санкций и их легитимации. При санкциях, принимаемых отдельным государством, правомочия, условия и границы их применения вытекают из общего международного права и, при определенных условиях, из соответствующих договорных обязательств. При солидарном осуществлении санкций группой государств возникает дополнительный вопрос об условиях, при наличии которых третьи государства, непосредственно не являющиеся потерпевшими от международного правонарушения, вправе устанавливать и применять санкции (абз. 117). Решения международных организаций о применении санкций основаны на учредительных документах организаций (например, ст. 39 и след. Устава ООН). Если санкции направлены против третьих государств, осуществивших международно-противоправные акты в отношении

³⁵⁵ См.: *Malanczuk* (сноска 347) 301; *Klein*, Gegenmaßnahmen, 44.

³⁵⁶ основополагающие положения сформулированы в решении по делу об инциденте в городе Наулила (Naulilaa), (сноска 290); из актуальной литературы см.: *Ruffert*, Reprisals, MPEPIL VIII, 927ff; *Zemanek*, The Unilateral Enforcement of International Obligations, ZaRV 47 (1987) 32ff; *Doehring*, Einzelprobleme, 44ff.

³⁵⁷ *Fiedler*, Gegenmaßnahmen, 10, 24f.

³⁵⁸ См.: *Tomuschat* (сноска 350) 188f; а также см. Раздел 1. *Граф Вумцум*, абз. 129 и след.

³⁵⁹ *Zimmermann* (сноска 340) 1083ff.

государства-члена организации, встает также вопрос о соблюдении условий и ограничений, устанавливаемых для санкций международным правом³⁶⁰.

113 В связи с международными организациями можно привести и другие аспекты, которые могут иметь значение для юридической оценки санкций, хотя они, как правило, не привлекают внимания. К таким аспектам относится, например, *психологическое давление*, которое оказывается на государство-нарушителя посредством международного осуждения его поведения. С легалистической точки зрения, речь идет не о санкции, а о моральном осуждении, эффективность которого ограничена. Как правило, эта мера ограничивается публичным порицанием нарушения и иногда его оправданием нарушителем перед международным сообществом³⁶¹. Однако изоляция в международном сообществе, достигаемая в результате осуждения правонарушителя органами международной организации, не следует расценивать как банальность. В условиях правопорядка, в рамках которого действенность применения санкций на практике неоднозначна (см. абз. 106), консенсус по поводу установления факта правонарушения не является самим собой разумеющимся и одновременно является основанием для применения правовых санкций³⁶². С точки зрения действенности и соразмерности следует установить, насколько санкции применяются избирательно или комплексно. Это имеет значение, прежде всего, при экономических санкциях, сопровождающихся приостановлением или ограничением связи и транспортного сообщения (см. ст. 41 (предл. 2) Устава ООН)³⁶³. Наконец, оценивая эффективность санкций, следует учесть, что международное сообщество может применить против государств, которые в особенной степени зависят от проявлений солидарности со стороны других государств (например, страны третьего мира), меры, которые могут нанести существенный ущерб. Поэтому следует предварительно сравнить ущерб, который причинен в результате нарушения международного права, и ущерб, который может быть причинен в результате санкций, например, исключения экономических и финансовых привилегий, оказания финансовой помощи или приостановления действия прав членства в международных организациях³⁶⁴.

³⁶⁰ Например, при санкциях ЕС против третьих государств, см. ст. 215 ДФЕС.

³⁶¹ Например: *Kunz* (сноска 345) 324.

³⁶² См.: *Fukatsu*, *Theory of Sanctions*, 1190f; см. также: *Seidl-Hohenveldern/Loibl*, *Das Recht der Internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften*, 7. Aufl 2000, Rn 2009.

³⁶³ Краткий анализ см.: *Petersmann* (сноска 349) 10.

³⁶⁴ По данному вопросу см.: *W. Friedmann*, *The Changing Structure of International Law*, 1964, 88ff.

3. Отдельные проблемы

а) Мирные репрессалии

Репрессалии имеют долгую историю³⁶⁵. В последнее время их будущее развитие представляется проблематичным в связи с концепцией контрмер (абз. 30)³⁶⁶. Их *специфика* как формы самозащиты (абз. 108) заключается в том, что государство-потерпевший может само устанавливать санкции, т. е. может самостоятельно определять их применимость и имплементацию (абз. 109). При этом следует учесть, что «автономное» право устанавливать санкции, как правило, связано с преимуществами для более сильных государств, а нормы, на которых основывается утверждение о наличии нарушения, часто бывают неоднозначными, и их толкование может быть спорным³⁶⁷. В международной практике репрессалии применяются все реже. Однако при современном состоянии международного права, не знающего института обязательной юрисдикции (абз. 74, 88), существование репрессалий, безусловно, оправдано. В настоящее время большое внимание уделяется дифференцированному подходу к репрессалиям и их ограничению, хотя отдельные аспекты остаются спорными. Например, четко обозначилась *тенденция к проведению разграничения между мирными и военными репрессалиями*. Такая дифференциация связана с запретом на применение силы в мирное время и особенностями действия (гуманитарного) международного права, касающегося правил ведения войны, в условиях осуществления репрессалий³⁶⁸. Ниже будет рассматриваться только институт мирных репрессалий, в особенности ограничение сферы применения (абз. 116) и конкретизация предпосылок применения репрессалий (абз. 117 и след.). Предпосылки применения репрессалий сложно установить, поскольку реакция на нарушения в прошлом направлена не только на принуждение к соблюдению права, но и на самозащиту государства-потерпевшего, в отношении которой частично действуют другие правила.

В рамках осуществления права на репрессалии допустимыми являются не любые нарушения норм международного права. Так называемые *запреты репрессалий* действуют в отношении императивных норм (в особенности, запрета на применение силы) и основных прав человека, если они не являются *ius cogens*, а также в отношении многосторонних международных договоров, которые по своим целям или в соответствии с предусмотренными

³⁶⁵ См.: Grewe (сноска 271) 429ff, 616ff, 733ff, 794ff.

³⁶⁶ Ruffert, Reprisals, MPEPIL VIII, 927ff; v. Arnould (сноска 20) Rn 416.

³⁶⁷ Malanczuk (сноска 347) 296f.

³⁶⁸ Zemanek (сноска 352) 34ff; Malanczuk, Countermeasures and Self-Defence as Circumstances Precluding Wrongfulness in the International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility, in Spinedi/Simma (Hrsg) United Nations Codification of State Responsibility, 1987, 197 (257ff).

в них специальными системами санкций исключают обращение к репрессалиям («self-contained regimes») ³⁶⁹. Поскольку конкретные пределы действия запретов репрессалий являются спорными, то по настоящее время они могут рассматриваться скорее как исходные постулаты или требования, чем как общепризнанные границы права репрессалий. Например, применение силы считается допустимым в порядке исключения, если «деликт» государства, в отношении которого должны быть применены репрессалии, состоит в том, что оно применило силу ³⁷⁰. Остается спорным запрет насильственных репрессалий при защите государством собственных подданных за границей, а также от актов террористических или партизанских групп ³⁷¹. Международный Суд ООН занимает сдержанную позицию по этому вопросу ³⁷². Основные права человека также не всегда рассматриваются как непреодолимое препятствие для применения репрессалий ³⁷³. Наконец, концепция «автономных» договорных режимов также не является общепризнанным ограничением применения репрессалий ³⁷⁴.

116 В соответствии с традиционной точкой зрения, *полномочие осуществлять право на репрессалии принадлежало исключительно международно-правовому субъекту, права которого были непосредственно нарушены*. Этот принцип и сегодня не изменился. После того, как было признано существование международно-правовых обязанностей *erga omnes* (абз. 16), возник вопрос о предоставлении права применения санкций ³⁷⁵ на третьи государства, не являющиеся потерпевшими ³⁷⁶. Можно было бы обосновать расширение круга субъектов, правомочных применять санкции, тем, что такое право является логическим следствием из существования обязанностей, за соблюдение которых государство несет ответственность перед любыми государствами ³⁷⁷. Во избежании неоднозначности юридической оценки и экссессивного применения санкций следует установить дополнительные предпосылки, такие как однозначное установление факта нарушения обязательства *erga omnes* и приоритет коллективного решения о санкциях перед

³⁶⁹ *Zemanek* (сноска 352) 38ff; *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1343; *Klein*, Gegenmaßnahmen, 49f, 55. См. также ст. 50 Резолюции об ответственности государств.

³⁷⁰ *Doehring*, Einzelprobleme, 52ff, 54; *Klein*, Gegenmaßnahmen, 56f.

³⁷¹ Подробнее см.: *Malanczuk* (сноска 364) 218ff.

³⁷² Решение Международного Суда по делу *Никарагуа*: ICJ Rep 1986, 110; консультативное заключение от 8.7.1996 г.: ICJ Rep 1996, 246.

³⁷³ *Doehring*, Einzelprobleme, 47ff; *Conlon*, The Humanitarian Mitigation of UN Sanctions, GYIL 36 (1996) 249.

³⁷⁴ См. выше абз. 34.

³⁷⁵ *Wengler* (сноска 7) 579ff; *Dupuy*, Observations sur la pratique récente des «sanctions» de l'illicite, RGDIP 87 (1983) 505 (533ff); *Klein*, Gegenmaßnahmen, 50f.

³⁷⁶ Международный Суд до сих пор не принимал решений о нарушении обязанностей *erga omnes* на основании жалоб государств, не являющихся потерпевшими, в форме *actio popularis*, см.: *Frowein*, Verpflichtungen erga omnes, 259f.

³⁷⁷ *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1343 (909); *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 5) 92f.

индивидуальным решением. В литературе справедливо ссылаются на то, что однозначные и серьезные нарушения обязательства *erga omnes*, за исключением запрета на применение силы, встречаются редко и поэтому следует отдавать предпочтение коллективным контрмерам, в то время как реакция отдельного государства должна оставаться *ultima ratio*³⁷⁸.

Из правил о применении репрессалий следует выделить следующие. Репрессалии предполагает, по крайней мере, начавшееся нарушение международного права и поэтому согласно господствующему мнению в доктрине не может применяться «превентивно»³⁷⁹. Кроме того, применение репрессалий должно быть прекращено, как только ее цели достигнуты³⁸⁰. Репрессалии могут осуществляться в форме активного ограничения прав, а также бездействия, несмотря на необходимость действий на основании правовых норм³⁸¹. Субъект, применяющий репрессалии, не вправе нарушать права любых субъектов, кроме государства-нарушителя. Однако третьи государства должны мириться с фактическими негативными последствиями репрессалий³⁸². Репрессалии допускаются только после того, как исчерпаны все возможности правовой защиты на внутригосударственном уровне и государству-нарушителю предъявлено требование прекратить или устранить нарушение³⁸³. Согласно спорному мнению в исключительных случаях не обязательно предъявлять требование о прекращении нарушения, если в конкретном случае от потерпевшего нельзя этого ожидать³⁸⁴. Для ограничения сферы применения репрессалий следует также поставить условие, чтобы репрессалии применялись только после предпринятия попытки устранения нарушения при помощи средств мирного разрешения споров (абз. 57 и след.)³⁸⁵. Наконец, в принципе, не оспаривается, что применение репрессалий должно быть *соразмерным*³⁸⁶. Такое требование сформулировано и в ст. 51 Резолюции об ответственности государств. Однако его конкретизация в каждом отдельном случае может быть проблематичной.

³⁷⁸ См.: *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1343; *Dahm/Delbrück/Wolfrum* (сноска 5) 92f.

³⁷⁹ *Ruffert* (сноска 362) 928f; *Malanczuk* (сноска 364) 213; решение МС по делу *Габчикова-Надьмароу*: ICJ Rep 1997, 7 § 83. См. *Klein*, Gegenmaßnahmen, 47.

³⁸⁰ См. ст. 52 (абз. 3) Резолюции об ответственности государств.

³⁸¹ *Steinkamm*, Repräsentationen, in: Seidl-Hohenveldern (Fn 63) 259.

³⁸² См.: *Malanczuk* (сноска 364); *Doehring*, Einzelprobleme, 49f; *Klein*, Gegenmaßnahmen, 52f.

³⁸³ *Verdross/Simma* (сноска 7) § 1343; *Klein*, Gegenmaßnahmen, 58.

³⁸⁴ См.: *Doehring*, Einzelprobleme, 50f; *Malanczuk* (сноска 364) 214.

³⁸⁵ Спорно: *Partsch*, Reprisals, 201f; *Zemanek* (сноска 352) 37; *Fiedler*, Gegenmaßnahmen, 19ff; *Klein*, Gegenmaßnahmen, 59f. См. ст. 48 (№ 1 и 2) Проекта статей об ответственности государств Комиссии международного права в первом чтении (сноска 43).

³⁸⁶ См. арбитражное решение по делу об инциденте в городе Наулила (Naulilaa) (сноска 290) 1019 и след.; арбитражное решение по делу о *соглашении о воздушном сообщении* (США против Франции) (сн. 96 наст. разд.) § 83. Подробнее: *Fiedler*, Gegenmaßnahmen, 26; *Klein*, Gegenmaßnahmen, 61ff; *Doehring* (Fn 54) Rn 1033.

Недостаточно установить, что ответом на нарушение не должны быть «зеркальные» меры³⁸⁷. Необходимо выбрать критерий для оценки соразмерности. Для определения объема права на репрессалии имеет значение, прежде всего, масштаб причиненного нарушения прав, и, как следствие, именно им определяется соразмерность контрмер. В ответ на незначительные нарушения могут приниматься лишь незначительные контрмеры, поскольку «правонарушителю» не должен причиняться больший ущерб, чем тот, который был нанесен им самим. При этом не исключается, что применение репрессалий в конкретном случае не достигнет своей цели (устранение неправомерного положения), поскольку нарушитель неотреагирует на незначительные контрмеры. Более серьезные контрмеры могут разрешаться, только если исходить из того, что нарушение ни при каких обстоятельствах нельзя игнорировать, вследствие чего критерием применения репрессалий должен являться не объем первичного нарушения, а *достижение устранения нарушения*. Эта точка зрения не является бесспорной, но она может быть обоснована тем, что в конкретном случае расширение предпосылок для применения санкций связано исключительно с систематическими нарушениями международного права государством-нарушителем³⁸⁸.

б) Экономические санкции

- 118 Поскольку международные конфликты не должны решаться с применением силы (ст. 2 (абз. 4) Устава ООН), а большинство государств зависимо от функционирующего торгового и экономического оборота, неудивительно, что международное сообщество склоняется к тому, чтобы реагировать на противоправное или неодобряемое поведение субъекта международного права посредством ограничения торговых и экономических отношений (абз. 11). «Противник» подлежит экономической и социальной изоляции, ограничительные меры должны быть направлены на наиболее чувствительные отрасли экономики, в надежде на то, что он не сможет долго выдерживать эти меры и поэтому изменит свое поведение. С этой целью на практике прибегают к запретам на импорт и экспорт или ограничениям на определенные товары. Эти меры принимаются как отдельными государствами, так и и группой государств или международными организациями. В качестве примера можно привести бойкот или торговое эмбарго³⁸⁹, но этим арсенал санкций не исчерпывается. К экономическим мерам относятся также наложение

³⁸⁷ См.: *Malanczuk* (сноска 364) 212f. По этой причине проблематична также позиция, представленная в: *Partsch*, *Reprisals*, 202.

³⁸⁸ См.: *Doehring*, *Einzelprobleme*, 45f; *Klein*, *Gegenmaßnahmen*, 62.

³⁸⁹ По этому вопросу: *Ress*, *Handelsembargo*, 2000; *Joyner* (сноска 349); *Kausch* (сноска 349); *Meng*, *Wirtschaftssanktionen und staatliche Jurisdiktion*, *ZaöRV* 57 (1997) 269ff.

ареста на имущество иностранного государства, замораживание кредитов, а также отказ или приостановление оказания финансовой помощи³⁹⁰.

Трудно установить конкретные *предпосылки*, при наличии которых государствам разрешено применение экономических санкций³⁹¹. *Ius commercii*, т.е. право на торговые и экономические отношения, в действующем международном праве не существует. *Экономическая дискриминация*, которая, как правило, сопутствует принятию подобных мер, в принципе, не запрещена³⁹². Попытки, которые в прошлом предпринимались странами третьего мира и социалистическими странами, квалифицировать экономические санкции как «экономическое принуждение», подпадающее под запрет применения силы согласно ст. 2 (абз. 4) Устава ООН, не увенчались успехом³⁹³. Резолюции ООН, в которых экономическое принуждение осуждается как мера, противоречащая *принципу невмешательства*³⁹⁴, ввиду отсутствия устоявшейся правовой позиции, разделяемой большинством государств, не приобрели обязательной силы³⁹⁵. До настоящего времени также не удалось установить состав запрещенного вмешательства с использованием экономических средств³⁹⁶. Предлагаемые для этого критерии, такие как ущемление суверенной свободы принятия решений субъектом международного права, в отношении которого применяется санкция, (не)соразмерность, момент принуждения или социальная неадекватность, остаются спорными, поскольку они не являются однозначными и практикабельными³⁹⁷. *Договорные запреты* экономических санкций в многосторонних соглашениях (например, в ГАТТ) или в двусторонних договорах встречаются редко³⁹⁸. По этой причине нельзя исходить из того, что экономические санкции

³⁹⁰ Fukatsu, *Theory of Sanctions*, 1196; обзор см.: Schneider, *Wirtschaftssanktionen*, 1999, § 2f.

³⁹¹ См.: Kewenig, *Zwangmaßnahmen*, 7ff; Carter, *Economic Coercion*, MPEPIL III, 291ff; ders., *Economic Sanctions*, MPEPIL III, 323ff; Tietje, *Außenwirtschaft*, in: ders. (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2009, § 15 Rn 144ff.

³⁹² Tietje, *Begriff, Geschichte und Grundlagen des Internationalen Wirtschaftsrechts*, in: ders. (Fn 387) § 1 Rn 92; см. также: Kewenig, *Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen*, 1972.

³⁹³ См.: Kewenig, *Zwangmaßnahmen*, 11ff.

³⁹⁴ См. Принцип 3 Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества государств, резолюция ГА 2625 (XXV) от 21.10.1970 г.; ст. 32 Хартии экономических прав и обязанностей государств, резолюция ГА 3281 (XXIX) от 12.12.1974 г.

³⁹⁵ Boon, *Charter of Economic Rights and Duties*, MPEPIL II, 87ff.

³⁹⁶ См.: Petersmann (сноска 349) 8f; Kewenig, *Zwangmaßnahmen*, 14ff; Schröder, *Non-Intervention, Principle of*, EPIL III (1997) 619ff.

³⁹⁷ См.: Dicke, *Die Intervention mit wirtschaftlichen Mitteln*, 1978; Fukatsu, *Theory of Sanctions*, 1194ff.

³⁹⁸ См., например, ст. XXI ГАТТ 94, согласно которой договорные принципы наибольшего благоприятствования и запрет дискриминации не исключают возможности принятия мер по защите существенных экономических интересов. См.: van den

относятся к типам санкций, подпадающим под общий запрет действующего международного права. Их ограничение является целью *de lege ferenda*³⁹⁹. Как и прежде, они являются основанием для применения мер самозащиты, таких как реторсии и репрессалии⁴⁰⁰. Другой вопрос заключается в том, являются ли экономические санкции эффективными, т.е. причиняют ли они существенный вред объекту санкций. Однозначного ответа не существует, поскольку их эффективность зависит от конкретной санкции и экономической «уязвимости» объекта санкций. Сомнения возникают, прежде всего, в отношении мер эмбарго, в том числе и тогда, когда они носят коллективный характер. Как показывает опыт, их можно обойти, прежде всего, из-за недостаточной солидарности сообщества государств⁴⁰¹.

Bosche, The Law and Policy of the World Trade Organization, 2005, 628ff; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Welthandelsrecht 2. Aufl 2007, Rn 749f.

³⁹⁹ См.: *Kewenig*, Zwangsmaßnahmen, 23ff.

⁴⁰⁰ *Petersmann* (сноска 349) 16; см. также выше абз. 108.

⁴⁰¹ См.: *Kewenig*, Zwangsmaßnahmen, 26ff; *Leben* (сноска 344) 69ff; *Fukatsu*, Theory of Sanctions, 1198f.

ВОСЬМОЙ РАЗДЕЛ

Обеспечение мира и международной безопасности и право вооруженных конфликтов

Михаэль Боте

Оглавление (краткий обзор содержания по абзацам) Абзацы

Предварительные замечания 1–2

I. Международно-правовые средства предотвращения применения силы (<i>ius contra bellum</i>)	3–55
1. Запрет применения силы в праве	3–30
а) История развития	3
б) Применение силы, запрещенное международным правом	9
в) Основания правомерности применения силы	18
г) Правовые последствия нарушения запрета применения силы и реализация запрета	25
д) Функции и значение запрета применения силы	29
2. Общие условия запрета применения силы	31–55
а) Мирное урегулирование споров и мирное развитие	31
б) Система коллективной безопасности	32
в) Контроль над вооружениями и разоружение	52
II. Международно-правовое регулирование применения силы — право вооруженных конфликтов (<i>ius in bello</i>)	56–128
1. Основы и история развития	56–61
2. Отношения между участниками конфликта	62–103
а) Сфера действия права вооруженных конфликтов — международный вооруженный конфликт	62
б) Общие принципы и право сухопутной войны	64
в) Морская война	84
г) Воздушная война	89
д) Экономическая война	90
е) Реализация <i>ius in bello</i>	91
3. Стороны конфликта и третьи страны (право нейтралитета)	104–120
а) Основы	104
б) Неприкосновенность нейтральной территории	110
в) Обязательство неучастников по соблюдению нейтралитета	111

- г) Сухопутная война 113
- д) Морская война 114
- е) Воздушная война 119
- 4. Вооруженный конфликт немеждународного характера 121–126
- 5. Интернационализация немеждународных конфликтов. . . . 127–128

III. Правовое регулирование перехода

- от военного конфликта к мирному существованию
(*ius post bellum*). 129–130

Литература

Arnold, Roberta/Hildbrand, Pierre-Antoine (Hrsg), *International Humanitarian Law and the 21st Century's Conflicts*, 2005 [Arnold/Hildbrand (Hrsg), IHL]

Auswärtiges Amt/Deutsches Rotes Kreuz/Bundesministerium der Verteidigung (Hrsg), *Dokumente zum humanitären Völkerrecht*, 2. Aufl 2012

Bassiouni, M. Cherif (Hrsg), *A Manual on International Humanitarian Law and Arms Control Agreements*, 2000

Bothe, Michael/Partsch, Karl Josef/Solf, Waldemar A., *New Rules for Victims of Armed Conflicts. Commentary on the Two 1977 Additional Protocols to the Geneva Conventions of 1949, 1982* [Bothe/Partsch/Solf, *New Rules*]

Bothe, Michael/Graf Vitzthum, Wolfgang, *Rechtsfragen der Rüstungskontrolle im Vertragsvölkerrecht der Gegenwart*, BerDGVR 30 (1989) [Bothe/Graf Vitzthum, *Rechtsfragen*]

Bothe, Michael/Dörschel, Thomas (Hrsg), *UN Peacekeeping — A Documentary Introduction*, 1999

Bothe, Michael/O'Connell, Mary Ellen/Ronzitti, Natalino (Hrsg), *Redefining Sovereignty: The Use of Force After the Cold War*, 2005 [Bothe et al (Hrsg), *Redefining Sovereignty*]

Brownlie, Ian, *International Law and the Use of Force by States*, 1963

Byers, Michael, *War Law. Understanding International Law and Armed Conflict*, 2005

Cassese, Antonio (Hrsg), *The Current Regulation of the Use of Force*, 1986 [Cassese (Hrsg), *Current Regulation*]

David, Eric, *Principes de droit des conflits armés*, 4. Aufl 2008

Dinstein, Yoram, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, 2. Aufl 2010

Dinstein, Yoram, *War, Aggression and Self-Defence*, 5. Aufl 2012

Durham, Helen/McCormack, Timothy L. H. (Hrsg), *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, 1999

Fisler Damrosch, Lori/Scheffer, David J. (Hrsg), *Law and Force in the New International Order*, 1991 [Fisler Damrosch/Scheffer (Hrsg), *Law and Force*]

- Fleck, Dieter (Hrsg), *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, 1994 [Fleck (Hrsg), *Handbuch*]; engl Ausgabe 2. Aufl 2008 [Fleck (Hrsg), *Handbook*]
- Fleck, Dieter (Hrsg), *The Handbook of the Law of Visiting Forces*, 2001
- Franck, Thomas M.*, *Recourse to Force. State Action Against Threats and Armed Attacks*, 2002
- Gasser, Hans-Peter/Melzer, Nils*, *Humanitäres Völkerrecht*, 2. Aufl 2012
- Gill, Terry D./Fleck, Dieter (Hrsg), *The Handbook of the International Law of Military Operations*, 2010
- Gray, Christine*, *International Law and the Use of Force*, 3. Aufl 2008 [Gray, *Use of Force*]
- Green, Leslie C.*, *The Contemporary Law of Armed Conflict*, 3. Aufl 2008
- Heintschel von Heinegg, Wolff/Epping, Volker (Hrsg), *International Humanitarian Law Facing New Challenges*, Symposium in Honour of Knut Ipsen, 2007
- Henckaerts, Jean-Marie/Doswald-Beck, Louise (Hrsg), *Customary International Humanitarian Law*, 2 Bde, 2004 [IKRK-Studie]
- Kalshoven, Frits/Zegveld, Liesbeth*, *Constraints on the Waging of War*, 2010
- Kelly, Michael J.*, *Restoring and Maintaining Order in Complex Peace Operations. The Search for a Legal Framework*, 1999
- Kennedy, David*, *Of War and Law*, 2006
- Kolb, Robert*, *Ius in bello. Le droit international des conflits armés*, 2. Aufl 2009 [Kolb, *Ius in bello*]
- Kolb, Robert/Hyde, Richard*, *An Introduction into the International Law of Armed Conflicts*, 2008
- Krisch, Nico*, *Selbstverteidigung und kollektive Sicherheit*, 2001
- Neuhold, Hanspeter*, *Internationale Konflikte — verbotene und erlaubte Mittel ihrer Austragung*, 1977
- Pictet, Jean S.*, *The Geneva Conventions of 12 August 1949*, Bd I, 1952; Bd II, 1960; Bd III, 1960; Bd IV, 1958
- Quénivet, Noëlle/Shah-Davis, Shilan (Hrsg), *International Law and Armed Conflict — Challenges in the 21st Century*, 2010
- Rogers, A. P. V.*, *Law on the Battlefield*, 2. Aufl 2004
- Ronzitti, Natalino*, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, 3. Aufl 2006
- Sandoz, Yves/Swinarski, Christophe/Zimmermann, Bruno (Hrsg), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, 1987 [Sandoz/Swinarski/Zimmermann (Hrsg), *Additional Protocols*]
- Sassòli, Marco/Bouvier, Antoine/Quintin, Anne*, *How Does Law Protect in War? Cases, Documents and Teaching on Contemporary Practice in International Humanitarian Law*, 3. Aufl 2011

- Schaumann, Wilfried (Hrsg), *Völkerrechtliches Gewaltverbot und Friedenssicherung*, 1971 [Schaumann (Hrsg), *Gewaltverbot*]
- Schindler, Dietrich/Hailbronner, Kay, *Die Grenzen des völkerrechtlichen Gewaltverbots*, BerDGVR 26 (1986) 49ff [Schindler/Hailbronner, *Grenzen*]
- Schindler, Dietrich/Toman, Jiri (Hrsg), *The Laws of Armed Conflicts*, 4. Aufl 2004 [Schindler/Toman, *Armed Conflicts*]
- Sharp, Walter G. (Hrsg), *Peace Operations. A Collection of Primary Documents and Readings Governing the Conduct of Multilateral Peace Operations*, 1995
- Solis, Gary D., *The Law of Armed Conflict*, 2010
- UK Ministry of Defence (Hrsg), *The Manual of the Law of Armed Conflict*, 2004
- Wolfrum, Rüdiger (Hrsg), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 10 Bde, 2012 [MPEPIL]
- Zimmermann, Andreas/Hobe, Stephan/Odendahl, Kerstin/Kieninger, Eva-Maria/König, Doris/Marauhn, Thilo/Thorn, Karsten/Schmalenbach, Kirsten, *Moderne Konfliktformen — Humanitäres Völkerrecht und privatrechtliche Folgen*, BDGVR 44 (2009) 7ff [Zimmermann u a, *Konfliktformen*]

Договоры

- Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях от 22.8.1864 (Schindler/Toman [Hrsg], *The Laws of Armed Conflicts*, 4. Aufl 2004, 365) 56, 79
- Конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях от 6.7.1906 (Schindler/Toman [Hrsg], *The Laws of Armed Conflicts*, 4. Aufl 2004, 383) 56
- Конвенция о законах и обычаях сухопутной войны от 18.10.1907 (RGI 1910, 107) [IV Гагская конвенция; Гагская конвенция о сухопутной войне] 56, 63, 64, 71, 78, 82
- Конвенция о правах и обязанностях нейтральных держав и лиц в случае сухопутной войны от 18.10.1907 (RGI 1910, 151) [V Гагская конвенция] 105, 110, 112, 113
- Конвенция о правах и обязанностях нейтральных держав в случае морской войны от 18.10.1907 (RGI 1910, 343) [XIII Гагская конвенция] 112, 114
- Женевский протокол от 17.6.1925 о запрещении применения на войне удушливых, ядовитых и подобных газов и бактериологических средств на войне (Schindler/Toman [Hrsg], *The Laws of Armed Conflicts*, 4. Aufl 2004, 105) 56, 74, 76
- Женевская конвенция об обращении с военнопленными от 27.7.1929 (Schindler/Toman [Hrsg], *The Laws of Armed Conflicts*, 4. Aufl 2004, 404) 56
- Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях от 27.7.1929 (Schindler/Toman [Hrsg], *The Laws of Armed Conflicts*, 4. Aufl 2004, 421) 56

- Протокол о правилах ведения подводной войны от 6.11.1936 (Schindler/Toman [Hrsg], The Laws of Armed Conflicts, 4. Aufl 2004, 1145) 116
- II Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях от 12.8.1949 (BGBl 1954 II, 783; 75 UNTS 31) 56, 57, 60, 62, 79, 89, 92, 96, 98, 101, 121, 122, 123, 124
- III Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море от 12.8.1949 (BGBl 1954 II, 813; 75 UNTS 85) 56, 57, 60, 62, 87, 92, 96, 101, 121, 122, 123, 124
- III Женевская конвенция об обращении с военнопленными от 12.8.1949 (BGBl 1954 II, 838; 75 UNTS 135) 56, 57, 60, 62, 80, 92, 96, 101, 121, 122, 123, 124
- IV Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны от 12.8.1949 (BGBl 1954 II, 917; 75 UNTS 287) 56, 57, 60, 62, 81, 82, 92, 96, 101, 121, 122, 123, 124
- Гаагская конвенция о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта от 12.5.1954 (Schindler/Toman [Hrsg], The Laws of Armed Conflicts, 4. Aufl 2004, 999); (Zweites) Prot v 26.3.1999 (ILM 38 [1999] 769; BGBl 2009 II, 716) 56, 122, 124
- Договор о запрещении испытаний ядерного оружия в атмосфере, космическом пространстве и под водой от 5.8.1963 (BGBl 1964 II, 907; 480 UNTS 43) 53
- Международный пакт о гражданских и политических правах от 19.12.1966 (BGBl 1973 II, 1533) [МПГПП] 83, 122
- Договор о запрещении ядерного оружия в Латинской Америке от 14.2.1967 (634 UNTS 281) [Договор Тлателолко] 55
- Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела от 27.1.1967 (BGBl 1969 II, 1968) [Договор о космосе] 53
- Договор о нераспространении ядерного оружия от 1.7.1968 (BGBl 1974 II, 786; ILM 7 [1968] 809 [ДНЯО]) и решение согласно ст. X (абз. 2) о бессрочном продлении Договора от 11.5.1995 (BGBl 1995 II, 984; ILM 34 [1995] 959) 54, 55
- Конвенция о запрещении разработки, производства и хранения бактериологического (биологического) оружия и токсинного оружия и об их уничтожении от 10.4.1972 (BGBl 1983 II, 133) [КБТО] 53, 54
- Временное соглашение между США и СССР о некоторых мерах в области ограничения стратегических наступательных вооружений от 26.5.1972 (ILM 11 [1972] 791) [ОСВ-I] 53
- Дополнительный протокол к Женевской конвенции от 12.8.1949, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) от 8.6.—12.12.1977 (BGBl 1990 II, 1551) 27, 56, 57, 60,

63, 64, 65, 66, 68, 69, 70, 71, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 87, 89, 92, 93, 94, 100, 109, 122

Дополнительный протокол к Женевской конвенции от 12.8.1949 о защите жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол II) от 8.6. — 12.12.1977 (BGBl 1990 II, 1637) 56, 57, 63, 93, 122, 123, 124, 125

Соглашение между США и СССР о некоторых мерах в области ограничения стратегических наступательных вооружений от 18.6.1979 (ILM 18 [1979] 1138) [ОСВ-2] 53

Соглашение о деятельности государств на Луне и других небесных телах Солнечной системы от 5.12.1979 (ILM 18 [1979] 1434) [Договор о Луне] 53

Конвенция о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие от 10.10.1980 (с протоколом) (ILM 19 [1980] 1524; BGBl II, 1992, 959); изменения и Дополнительный протокол IV от 26.5.1996 (CCW/CONF. I/16 [Part I]); Дополнительный протокол V о взрывоопасных пережитках войны от 27.11.2003 (CCW/MSP/2003/2) [КНО] 55, 56, 73

Договор о безъядерной зоне южной части Тихого океана от 6.8.1985 (1445 UNTS 178) [Договор Раротонга] 55

Договор между США и СССР о сокращении и ограничении стратегических наступательных вооружений от 4.10.1991 (DSD 2 [1991], Suppl; ILM 31 [1992] 246) [СНВ-I] 53

Договор между США и Российской Федерацией о дальнейшем сокращении и ограничении стратегических наступательных вооружений от 3.1.1993 (SIPRI Yb 1993, 576) [СНВ-II] 53

Конвенция о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и его уничтожении от 13.1.1993 (BGBl 1994 II, 807; ILM 29 [1990] 800) [КХО] 54, 74

Договор о создании зоны, свободной от ядерного оружия, в Африке от 11.4.1996 (UN Doc A/50/426) [Пелиндабский договор] 55

Договор о всеобъемлющем запрещении ядерных испытаний [ДВЗЯИ] v 24.9.1996 (BGBl 1998 II, 1210; ILM 35 [1996] 1439) 54

Конвенция о запрещении разработки, накопления, производства и передачи противопехотных мин и их уничтожении от 18.9.1997 (BGBl 1998 II, 778; ILM 36 [1997] 1503) [Оттавская конвенция] 55, 73

Договор о сокращении стратегических наступательных потенциалов (Московский договор) от 24.5.2002 (ILM 41 [2002] 799) 54, 55

Дополнительный протокол от 8.12.2005 к Женевской конвенции от 12.8.1949, касающийся принятия дополнительной отличительной эмблемы (Протокол III) (BGBl 2009 II, 222) 56, 79

- Договор о безъядерной зоне в Центральной Азии от 8.9.2006 <http://cns.miis.edu/pubs/week/pdf_support/060905_canwfz.pdf> [Семипалатинский договор] 55
- Конвенция по кассетным боеприпасам от 30.5/3.12.2008 (BGBl 2009 II, 502, 504) 73
- Договор между США и Российской Федерацией о мерах по дальнейшему сокращению и ограничению стратегических наступательных вооружений от 8.4.2010 (ILM 50 [2011] 340) 54

Судебная практика

Международный суд ООН

- Решение по делу о проливе Корфу (Великобритания против Албании) от 9.4.1949, ICJ Rep 1949, 4 [*пролив Корфу*] 117
- Консультативное заключение по делу о возмещении за увечья, понесенные на службе ООН, от 11.4.1949, ICJ Rep 1949, 174 [*Бернардоот (Bernadotte)*] 50
- Консультативное заключение о юридических последствиях для государств, вызываемых продолжающимся присутствием Южной Африки в Намибии (Юго-Западная Африка) вопреки Резолюции 276 (1970) Совета Безопасности ООН, от 21.6.1971, ICJ Rep 1971, 16 [*Намибия*] 40
- Решение по делу о военной и военизированной деятельности в Никарагуа и против Никарагуа (существо дела) (Никарагуа против США) от 27.6.1986, ICJ Rep 1986, 14 [*Никарагуа*] 8, 10, 19, 27, 43, 99
- Консультативное заключение относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения в вооруженных конфликтах от 8.7.1996, ICJ Rep 1996, 66 [*заключение по делу о ядерном оружии*] 54
- Консультативное заключение относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения от 8.7.1996, ICJ Rep 1996, 226 [*заключение по делу о ядерном оружии по запросу ГА*] 10, 17, 19, 54, 76
- Решение по делу, касающемуся нефтяных платформ (существо дела) (Иран против США) 6.11.2003, ICJ Rep 2003, 161 [*дело о нефтяных платформах*] 19, 27
- Консультативное заключение по делу о правовых последствиях строительства стены на Оккупированной палестинской территории от 9.7.2004, ICJ Rep 2004, 136 [*заключение по делу о стене*] 11, 26, 60, 81, 82
- Решение по делу о вооруженных действиях на территории Конго (Конго против Уганды) от 19.12.2005, ILM 45 (2006), 271 [*Конго против Уганды*] 11, 27, 99
- Решение о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории) от 26.2.2007, <<http://www.icj-cij.org/docket/files/91/13685.pdf>> [*дело о геноциде*] 99

Постоянный Третейский Суд

Арбитражные решения Комиссии по рассмотрению взаимных претензий Эритреи и Эфиопии от 1.7.2003, 28.4.2004, 17.12.2004 и 29.12.2004 (частичное признание), а также от 29.12.2005 и 27.8.2009 (полное признание) <http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1151> 27, 99

Международный трибунал по бывшей Югославии

Апелляционное решение по делу Прокурор против Душко Таджича (Dusko Tadić), он же «Дуле» от 2.10.1995, ILM 35 (1996) 35 [*Таджич (Tadić)*] 48, 125

Международный уголовный суд

Приговор по делу Прокурор против Любанги (Lubanga) от 14.3.2012, ICC-01/04–01/06, <www.icc-cpi.int/en_menus/icc/situations%20> [*Прокурор против Любанги (Lubanga)*] 83

Специальный трибунал по Ливану

Решение по делу Прокурор против Аяша (Ayash) от 24.10.2012, STL-11–01/PT/AC/AR90.1 48

Европейский суд по правам человека

Решение по делу Исаева, Юсупова и Базаева против Российской Федерации № 57947/00, 57948/00 и 57949/00 от 24.2.2005 [*Исаева, Юсупова и Базаева против России*] 103

Решение по делу Исаева против Российской Федерации № 57950/00 от 24.2.2005 [*Исаева против России*] 103

Решение по делу Кашиев и Акаева против Российской Федерации № 57942/00.57945/00 от 24.2.2005 [*Кашиев и Акаева против России*] 103

Межамериканская Комиссия по правам человека

Решение по делу *Айсайи (Aisalla)* (Эквадор против Колумбии) от 21.10.2010, Report No 112/10 60, 103

Израильские суды

Решение по делу Совет поселения Бейт-Сурик против правительства Израиля от 30.6.2004, ILM 43 (2004) 1099 [*Бейт-Сурик*] 82

Решение по делу Мараабе (*Mara'abe*) против премьер-министра Израиля от 15.9.2005, ILM 45 (2006) 202 [*Алфей-Менаше*] 82

Решение по делу Адала (*Adalah*) против командования ЦАХАЛ от 6.10.2005, ILM 45 (2006) 491 82

Решение по делу Общественный комитет против пыток в Израиле и другие против правительства Израиля от 11.12.2005, ILM 46 (2007), 375
<http://elyon1.court.gov.il/Files_ENG/02/690/007/a34/02007690.a34.pdf>
[точечные ликвидации] 66

Суды США

Решение по делу Хамдан (*Hamdan*) против Рамсфельда (*Rumsfeld*)
от 29.6.2006, 126 S. Ct. 2749 (2006); ILM 45 (2006) 1130 127

Предварительные замечания

- 1 Задачей любого правопорядка является обеспечение мирного сосуществования участников правоотношения. Поэтому национальные правопорядки развитых стран предусматривают монополию государства на применение силы. Отдельным участникам правоотношений разрешено применение силы против них только в немногих исключительных случаях при наличии определенных законодательством предпосылок¹. Современное международное право также стремится *обеспечить мирное сосуществование государств* и ограничить применение силы в отношениях между государствами. Ввиду децентрализованного характера международной системы международное право не имеет фактической возможности обеспечения такого регулирования в той же степени, что и отдельные государства. *Монополии международного сообщества на применение силы, сравнимой с монополией государства, не существует*. Поэтому децентрализованное применение силы и его обоснование в международных отношениях играют совершенно иную, несравнимо более важную роль, чем индивидуальное право на самооборону во внутригосударственном праве.
- 2 Юридическое ограничение применения силы в международном праве осуществляется на двух уровнях. Во-первых, существуют нормы, которые запрещают применение военной силы в целом или допускают ее применение только в определенных исключительных случаях. Обычно в этой связи речь идет о *ius ad bellum*, а точнее *ius contra bellum*², поскольку основной целью этой области права является не гарантия права на войну, а предотвращение войны. Но в случае, когда соответствующие правила не могут предотвратить вооруженные конфликты, задачей правовых норм второго уровня, *ius in bello*³, является определение правовых рамок применения военной силы с целью предотвращения эскалации насилия. Когда военные действия прекращаются, международный правопорядок на современном уровне развития должен обеспечивать возвращение к мирной жизни. За последние декады были выработаны основы регулирования, которые могут рассматриваться как *ius post bellum*⁴.

¹ См.: *Isensee, Staat und Verfassung*, in: *Isensee/Kirchhof (Hrsg), HdbStR II*, 3. Aufl 2004, 3ff.

² Этот термин, использовавшийся еще в первом издании, все чаще используется в дискуссиях по этой тематике, см.: *Kolb, Ius contra bellum*, 2003.

³ *Schindler, Abgrenzungsfragen zwischen ius ad bellum und ius in bello*, FS Haug, 1986, 251ff; о соотношении этих двух областей права см.: *Rosas, Construing International Law and Order, Nordic Cosmopolitanism, Essays Koskeniemi*, 2003, 89ff; *Frostad, Jus in bello after September 11*, 2001, 2005, 107ff; *Giladi, The Jus ad Bellum/Jus in Bello Distinction and the Law of Occupation*, Is LR 41 (2008) 246ff.

⁴ *Stahn, Jus Post Bellum: Mapping the Discipline(s)*, AMUJLR 23 (2007/08) 311ff; *Epping, Ius post bellum*, FS Bothe, 2008, 65ff; *Fleck, Jus post bellum: Eine neue Disziplin des*

I. Международно-правовые средства предотвращения применения силы (*ius contra bellum*)

1. Запрет применения силы в праве

а) История развития

В начале развития современного международного права применялась основанная на средневековой теологии теория *bellum iustum*⁵, представителем которой являлся, в частности, *Гроций*. Война на справедливом основании, за правое дело и с помощью оправданных средств была правомерной. При этом сторонники этой теории вполне осознавали сложность определения того, чье дело является правым. Поэтому исход войны воспринимался как Божий суд. Для международного права эпохи просвещения этот подход был неприемлем. Поэтому развитие получила теория *нейтральности международного права относительно права на войну*⁶. Хотя право на войну не признавалось, война не была запрещена. Это привело к иррациональной непоследовательности применения правовых последствий нарушений. В то время как нарушение прав государства, как правило, требовало особого обоснования (обоснованной была только ответная реакция на предшествующий неправомерный акт — репрессалия), это правило не применялось в отношении более существенного ущемления прав другого государства в результате военных действий. Так, конфискация имущества иностранных граждан являлась (и является) допустимой, только если государство их гражданства предварительно совершило нарушение, по степени тяжести сравнимое с конфискацией. Для ведения войны подобного правового обоснования не требовалось. Вместо правового ограничения свободы государств на ведение войны в качестве средства политики использовались два

Völkerrechts?, HVI 25 (2012) 176; см. Ниже абз. 129 и след. со ссылками на литературу.

⁵ См.: *Beestermöller*, Thomas von Aquin, in Bruha/Heselhaus/Marauhn (Hrsg), *Legalität, Legitimität und Moral*, 2008, 25ff; *Christopher*, *Just War Theory*, 1990; *Mantovani*, *Bellum iustum*, 1990; *Kunz*, *Bellum iustum et bellum legale*, AJIL 45 (1951) 528ff; *Kolb* (сноска 2) 15ff; *Shearer*, *A Revival of the Just War Theory?*, FS Dinstein, 1ff; *Starck* (Hrsg), *Kann es heute noch «gerechte Kriege» geben?*, 2008; *Regan*, *Just War*, 1996; *Ziolkowski*, *Gerechtigkeitspostulate als Rechtfertigung von Kriegen*, 2007; *P. Schmidt*, *Bellum iustum*, 2009; к вопросу о применении к конфликту в Косово см.: *Mayer*, *War der Krieg der Nato gegen Jugoslawien moralisch gerechtfertigt?*, ZIB 6 (1999) 287ff; *Gruber*, *Die Lehre vom gerechten Krieg*, 2008. Дискуссия о справедливых войнах с точки зрения западных государств привела к дискуссии о справедливых войнах с точки зрения ислама см.: *Kelsay*, *Arguing the Just War in Islam*, 2007, 198ff; см. также: *Ziolkowski*, aaO, 107ff.

⁶ См.: *Bilfinger*, *Vollendete Tatsache und Völkerrecht*, ZaöRV 15 (1953/54) 453 (463ff); *Fassbender*, *Die Gegenwartskrise des völkerrechtlichen Gewaltverbots vor dem Hintergrund der geschichtlichen Entwicklung*, EuGRZ 31 (2004) 9ff; *Kolb* (сноска 2), 19ff.

других правовых инструмента, право на ведение войны (*ius in bello*)⁷ и право мирного урегулирования споров⁸. Обе сферы получили значительное развитие на протяжении XIX в. Теория нейтральности международного права в отношении права на войну, напротив, не подверглась изменениям и действовала вплоть до начала Первой мировой войны как позитивное право.

4 Гаагские мирные конференции 1899 и 1907 гг.⁹ завершили это развитие. Достигнутый на них прогресс затрагивал, во-первых, *ius in bello* и, во-вторых, развитие процедур мирного урегулирования споров. Только частично был достигнут прогресс в сфере международно-правового запрета применения силы, а именно, запрет применения вооруженной силы для истребования договорных долгов (Конвенция Драго-Портера)¹⁰. Только шок, потрясения от человеческих страданий в ходе Первой мировой войны привели к моральной и социологической переоценке последствий войны, которая послужила толчком для дальнейшего развития права.

5 Таким новым развитием является попытка предотвращения войны посредством создания постоянных институтов. Этому служит идея *системы коллективной безопасности*¹¹, например, такой системы в рамках Лиги Наций¹². Война между членами организации касается всех ее членов. Обеспечение мира является задачей организации (ст. 11 Устава Лиги Наций [далее — УЛН]). Тем не менее УЛН не предусматривало всеобщего запрета войны. С правовой точки зрения нейтральность международного права в отношении права на войну ограничивалась лишь *процессуально*. Запрещено «прибегать к войне» во время проведения процедуры мирного урегулирования спора. Также запрещено прибегать к войне против государства, которое обязуется выполнять решения, принятые в процессе мирного урегулирования споров (ст. 13 и 15 УЛН). В отношении государства, прибегнувшего к войне в нарушение этих обязанностей по Уставу, предусмотрены принудительные меры Лиги Наций (ст. 16 УЛН).

⁷ Об этом см. ниже абз. 56 и след.; *Neff*, *War and the Law of Nations*, 2005, 186ff.

⁸ См. Раздел 7. *Шрёдер*, абз. 60 и след.

⁹ См.: *Baker*, *Hague Peace Conferences (1899 and 1907)*, MPEPIL IV, 689ff.

¹⁰ См.: *Benedek*, *Drago-Porter Convention (1907)*, EPIL I (1992) 1102f.

¹¹ *De Wet/Wood*, *Collective Security*, MPEPIL II, 316ff. Определение понятия «система взаимной коллективной безопасности» в ст. 24 Основного закона ФРГ, которое Федеральный конституционный суд ФРГ приводит в своем решении (BVerfGE 90, 347ff), выходит за рамки международно-правовой терминологии, поскольку оно (при определенных обстоятельствах?) включает в себя также оборонительные союзы, например НАТО, см.: *Tomuschat*, in: *Dolzer/Vogel* (Hrsg), *Bonner Kommentar*, Loseblatt, Art 24 Rn 136 u 177ff; *Randelzhofer*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg), *Kommentar zum Grundgesetz*, Loseblatt, Art 24 Rn 20; критические замечания см.: *Deiseroth*, in *Umbach/Clemens* (Hrsg), *Grundgesetz*, 2000, Art 24 Rn 176ff; *Frank*, in: *Wassermann* (Hrsg), *Alternativ-Kommentar zum GG*, 3. Aufl 2001, Art 24 Abs 2 Rn 7; *Rojahn*, in: v *Münch/Kunig* (Hrsg) *Grundgesetz-Kommentar*, 5. Aufl 2001, Art 24 Rn 88ff.

¹² См.: *Tams*, *League of Nations*, MPEPIL VI, 760ff; *Neff* (сноска 8) 290ff.

Пакт Бриана-Келлога 1928 г.¹³, к которому сразу же присоединилось большинство стран мира, знаменовал собой новый этап развития. Договаривающиеся стороны этого Пакта осуждают войну в качестве средства разрешения международных конфликтов и отказываются от нее в качестве орудия политики. Таким образом, с правовой точки зрения, был закреплен всеобщий запрет войны¹⁴. Однако у договора было два значительных недостатка. Во-первых, такому развитию материального запрета применения силы не соответствовало развитие права о последствиях его нарушения, иными словами, санкций. Во-вторых, запрету подлежала лишь «война», что привело к тому, что военные действия, которые по существу представляли собой нарушение пакта, более не объявлялись в качестве войны. Примером этого явились, прежде всего, нападения японских войск на Китай в 1930-е гг.¹⁵ Тот факт, что в целом война была допустима в целях самообороны, не подвергался сомнению¹⁶. Акты агрессии в начале Второй мировой войны представляли собой однозначное нарушение Пакта Бриана-Келлога.

После того, как система коллективной безопасности Лиги Наций и Пакта Бриана-Келлога не оправдала ожиданий, посредством учреждения ООН после Второй мировой войны были созданы новые основы, которые должны были исправить ошибки прежней системы. Основной идеей Устава ООН является стремление «избавить грядущие поколения от бедствий войны». С этой целью была создана система коллективной безопасности, составной частью которой является всеобщий запрет применения силы¹⁷. Многие международные договоры и международные заявления, сделанные после Второй мировой войны, одобряют всеобщий запрет применения силы и подтверждают его в отношении определенных международных отношений. Для ФРГ это правило применяется, например, в отношении т.н. «Восточных договоров» в начале 1970-х гг., Заключительного акта СБСЕ 1975 г.¹⁸, следующих из него документов, в частности, Парижской Хартии 1990 г.¹⁹, а также т.н. договора «Два плюс четыре»²⁰.

¹³ См.: Lesaffer, Kellogg-Briand Pact (1928), MPEPIL VI, 579ff; Fassbender (сноска 6) 245f.

¹⁴ См.: Dörr, Use of Force, Prohibition of, MPEPIL X, 607ff.

¹⁵ Fischer, in: Ipsen, Völkerrecht, 5. Aufl 2004, § 59 Rn 4.

¹⁶ Lesaffer (сноска 14) Rn 11.

¹⁷ Dörr (сноска 15) Rn 8; Fassbender (сноска 6) 246ff; Blix, Legal Restraints on the Use of Armed Force, FS Bring, 2008, 21 (24ff).

¹⁸ Опубликован в: Fastenrath (Hrsg), KSZE-Dokumente der Konferenz über die Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa, 1994, A. 1.

¹⁹ Опубликован в: Fastenrath, A. 2.

²⁰ Договор об окончательном урегулировании в отношении Германии, см.: BGBl 1990 II, 1318.

8 Всеобщий запрет применения силы²¹ действует не только в силу описанного развития права международных договоров, он является также *составной частью международного обычного права*²². Из этого исходил Пакт Бриана-Келлога, и это было подтверждено в отношении запрета применения силы по Уставу ООН, в частности, решением Международного суда по делу *Никарагуа*²³. Это не является само собой разумеющимся, а скорее неожиданным, если учитывать условия возникновения норм международного обычного права. Условием возникновения нормы, наряду с правовым убеждением, является существование общей международной практики, соответствующей этой норме. Постоянной и всеобщей практики соблюдения запрета применения силы не существует. На протяжении последних десятилетий военная сила применялась в международных отношениях. Поэтому в академических дискуссиях многие авторы считают, что запрет на применение силы уже не действует²⁴. Развитие обычно-правового запрета применения силы является одним из редких случаев существенного изменения международного права в силу изменения правового убеждения. Исходя из анализа международной практикой можно утверждать, что существует всеобщее правовое убеждение о действии международно-правового запрета применения силы. Ни одно государство, применявшее силу в последние десятилетия, не подвергло сомнению действие этого запрета. Напротив, регулярно предпринимались попытки обоснования применения силы правовыми или фактическими аргументами, которые оправдывали фактическое применение

²¹ *Dörr* (сноска 15); *Elias*, Scope and Meaning of Article 2 (4) of the United Nations Charter, in: Cheng/Brown (Hrsg), Contemporary Problems of International Law, 1988, 70ff; *Gray*, The Charter Limitations on the Use of Force, in: Lowe/Roberts/Welsh/Zaum (Hrsg), The United Nations Security Council and War, 2008, 86ff; Henkin (Hrsg), Right v Might: International Law and the Use of Force, 1991; *Higgins*, The Legal Limits of the Use of Force by Sovereign States, BYBIL 37 (1961) 269ff; *Müllerson*, The Use of Force between its Past and Present, Int Peacekeeping 4–5 (1999) 115ff; *O'Connell*, Regulating the Use of Force in the 21st Century, Colum J Transnat'l L 36 (1997) 473ff; *Reisman*, Article 2 (4), ASIL Proc 78 (1984) 74ff.

²² *Kadelbach*, Zwingendes Völkerrecht, 1992, 228f; *Bothe*, Das Gewaltverbot im Allgemeinen, in: Schaumann (Hrsg), Gewaltverbot, 11 (16); Об обычном праве как правовом источнике см. Раздел 1. *Граф Витцум*, абз. 131 и след.

²³ Дело *Никарагуа*, см.: ICJ Rep 1986, 14, 98ff.

²⁴ *Franck*, Who Killed Article 2 (4)?, AJIL 64 (1970) 809ff; *ders*, The United Nations After Iraq, AJIL 97 (2003) 607 (620); *Combacau*, The Exception of Self-Defense in U. N. Practice, in: Cassese (Hrsg), The Current Legal Regulation of the Use of Force, 1986, 9ff; *Glennon*, How War Left the Law Behind, NY Times v 21.11.2002, A33; *ders*, How International Rules Die, Geo LJ 93 (2005) 939ff; dagegen schon *Henkin*, The Reports of the Death of Article 2(4) are Greatly Exaggerated, AJIL 65 (1971) 544ff; *Wippman*, The Nine Lives of Article 2(4), Minnesota JIL 16 (2007) 387ff; *Delbrück*, Effektivität des Gewaltverbots, Friedens-Warte 74 (1999) 139ff. *Franck* позже изменил свое мнение и подчеркнул адаптацию Устава ООН к изменениям, см.: *он же*, Recourse to Force, 2002, 4 («ликвидировать угрозу утраты значения посредством адаптации к новым условиям») ниже 175. Изменение мнения является проблематичным.

силы в качестве одного из допустимых исключений из всеобщего запрета, не подвергаемого сомнению²⁵. Спор о допустимости применения силы в международных отношениях является спором о *пределах действия международно-правового запрета применения силы* и о возможном обосновании применения силы. На практике государства, применяющие силу, не утверждают, что не действует запрет на применение силы, а ссылаются на исключения из этого принципа²⁶. В этом отражается, что запрет на применение силы действует²⁷. Возросшая в последние годы готовность некоторых государств легитимировать применение силы не противоречит действию запрета на применение силы. Некоторые авторы, отрицающие действие запрета на применение силы²⁸, не учитывают существующих реалий.

б) Применение силы, запрещенное международным правом

В ст. 2 (абз. 2) Устава ООН запрещено применение любого вида силы в международных отношениях²⁹, а не только «война в правовом смысле». Это является существенным прогрессом, поскольку определение войны является спорным³⁰. Для выполнения предпосылок понятия войны, как правило, недостаточно вооруженного конфликта между государствами, а необходимо также субъективный элемент, т. н. воля к ведению войны. Кроме того, возникает вопрос, является ли признаком войны определенный масштаб, которого должны достигнуть вооруженные столкновения (объективный

²⁵ Основными аргументами оправдания применения силы являются: самооборона, чаще всего при правовом и фактическом условии предыдущего нападения другого государства, см. ниже абз. 19, «приглашение» правительства, см. ниже абз. 23, защита своих граждан, см. ниже абз. 21, т. н. гуманитарная интервенция, см. ниже абз. 19, а также предоставление полномочий Советом Безопасности, см. ниже абз. 22, а также мандат Совета Безопасности, см. ниже абз. 24. Сомнения о существовании запрета применения силы остались единичными академическими мнениями.

²⁶ *Wipman* (сноска 32).

²⁷ Например, классическая формулировка в решении МС ООН по делу *Никарагуа* (§ 186).

²⁸ См. ссылки на литературу в сноске 32.

²⁹ *Dörr* (сноска 15) Rn 11ff. См. о запрещении насилия: *Berstermann*, Das Einmischungsverbot im Völkerrecht, 1991; *Bruha*, Gewaltverbot und humanitäres Völkerrecht nach dem 11. September 2001, AVR 40 (2002) 383ff; *Delbrück* (сноска 25) 139ff; *Erickson*, Legitimate Use of Military Force Against State-Sponsored International Terrorism, 1989; *Franck* (Fn 24); The Charter Limits *Kreß*, Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht nach der Satzung der Vereinten Nationen bei staatlicher Verwicklung in Gewaltakte Privater, 1995.

³⁰ См. выше текст к сноске 15. Симптоматично, что издание Энциклопедии международного публичного права Макса Планка не содержит статей «война» или «понятие войны», см.: *Epping*, Der Kriegsbegriff des Grundgesetzes, Der Staat 31 (1992) 39ff; *ders.*, Die Entwicklung und Bedeutung des Kriegsbegriffes für das Völkerrecht, HV–I 1991, 99ff; *Bothe*, Krieg im Völkerrecht, in: Beyrau/Hochgeschwender/Langewiesche (Hrsg.), Formen des Krieges, 2007, 469ff.

критерий). Однако эти вопросы утратили свое значение в силу того, что запрет ведения войны трансформировался в общий запрет на применение силы.

- 10 Несмотря на такое развитие, разрешены не все проблемы определения содержания принципа запрета применения силы. Отсутствие единого мнения об этом определении приводит к проблемам в науке и практике международного права³¹. Генеральная Ассамблея ООН попыталась дать более конкретное определение принципа запрета применения силы в двух декларациях, а именно в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами (резолюция № 2625 [XXV] от 24 октября 1970 г.)³², и в Определении агрессии (резолюция № 3314 [XXIX] от 14 декабря 1974 г.)³³. Независимо от юридической обязательности этих резолюций³⁴, некоторые спорные аспекты не были согласованы, что привело к абстрактным компромиссным формулировкам³⁵. Статут Международного уголовного суда для определения понятия агрессии ссылается на положение об определении, которое должно быть принято в соответствии с Уставом ООН³⁶. Для определения запрета применения силы сначала необходимо определить понятие военной силы. Военная сила может выражаться в прямой или косвенной форме. Нарушением запрета применения силы является не только военное вторжение, но и осуществляемая соседним государством подрывная деятельность,

³¹ Schindler, in: Schindler/Hailbronner, Grenzen, 13ff.

³² Текст декларации опубликован в: Sartorius II, Nr 4, Tomuschat (Hrsg), Völkerrecht, Nr 6; более подробно см.: Arangio-Ruiz, The UN Declaration on Friendly Relations and the System of Sources of International Law, 1979; Rosenstock, The Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations, AJIL 65 (1971) 713ff; Neuhold, Die Prinzipien des «KSZE-Dekalogs» und der «Friendly Relations Declaration» der UN-Generalversammlung, in: Simma/Blenk-Knocke (Hrsg), Zwischen Intervention und Zusammenarbeit, 1979, 441ff; Scheuner, Zur Auslegung der Charta durch die Generalversammlung, VN 1978, 111ff; Graf zu Dohna, Die Grundprinzipien des Völkerrechts über die freundschaftlichen Beziehungen und die Zusammenarbeit der Staaten, 1973.

³³ Текст определения опубликован в: VN 1975, 120; Tomuschat (Hrsg), Völkerrecht, Nr 7; см.: Arntz, Der Begriff der Friedensbedrohung in Satzung und Praxis der Vereinten Nationen, 1975; Broms, The Definition of Aggression, RdC 154 (1977) 299ff; Ferencz, Defining International Aggression, 2 Bde, 1975; Bruha, Die Definition der Aggression, 1980; Randelzhofer, Die Aggressionsdefinition der VN, EA 1975, 621ff; Kersting, «Act of Aggression» und «Armed Attack», NZWehrr 23 (1981) 130ff; Stone, Hopes and Loopholes in the 1974 Definition of Aggression, AJIL 71 (1977) 224ff; Witten, The Declaration on Friendly Relations, Harvard ILJ 12 (1971) 509ff; Zourek, Enfin une définition de l'aggression, AFDI 20 (1974) 9ff.

³⁴ См. также Раздел 1. Граф Вутцум, абз. 146 и 150.

³⁵ Bothe, Die Erklärung der Generalversammlung der Vereinten Nationen über die Definition der Aggression, JIR 18 (1975) 127ff.

³⁶ См. ниже абз. 28.

скрытая борьба³⁷. Однако возникает вопрос, насколько *применение силы должно достичь определенной степени интенсивности*, т.е. существует ли порог, при превышении которого можно говорить о релевантном применении военной силы. Являются ли любые нарушения на границе нарушением международно-правового запрета применения силы? Следует признать, что существуют минимальные нарушения неприкосновенности границ, которые еще не подпадают под запрет применения силы, однако их интенсивность должна быть очень низкой. Кроме того, не любое нарушение запрета применения силы является вооруженным нападением³⁸. Бесспорным является ограничение запрета применения силы *военной* силой. Влияние на другое государство, даже если оно очень ощутимо, но не выражается в военных действиях, не подпадает под понятие военной силы. Попытки квалификации нанесения вреда иным способом в качестве нарушения запрета применения силы, например, мощное экономическое давление путем приостановления жизненно важных поставок или масштабное трансграничное загрязнение окружающей среды, не получили признания³⁹. С другой стороны, запрещенное применение силы не ограничивается причинением вреда в результате использования оружия в традиционном понимании, т.е. использования средств, которые наносят ущерб посредством воздействия кинетической или тепловой энергии или излучения. Квалификация в качестве запрещенного применения силы зависит от того, насколько «степень и результат» (*scale and effect*) причинения вреда сравнимы с применением военной силы⁴⁰. Это отграничение релевантно для квалификации кибератак, т.е. вредоносного воздействия на компьютерные системы посредством компьютерных операций, в результате которых возникает дополнительный ущерб, например, сбой критической инфраструктуры. Ущерб, причиняемый в результате таких действий, может быть сравним с ущербом, причиняемым в результате применения оружия. В таком случае кибератаки подпадают под запрет применения силы⁴¹.

³⁷ Schindler, in: *Schindler/Hailbronner*, Grenzen, 32ff.

³⁸ О проблеме определения порога в случае вооруженного нападения см. ниже абз. 19.

³⁹ Schindler, in: *Schindler/Hailbronner*, Grenzen, 20; *Derpa*, Das Gewaltverbot der Satzung der Vereinten Nationen und die Anwendung nicht militärischer Gewalt, 1970; *Dicke*, Die Intervention mit wirtschaftlichen Mitteln im Völkerrecht, 1978.

⁴⁰ См. Решение МС ООН по делу *Хукарагуа*, ICJ Rep, 1986, 14 (§ 195).

⁴¹ На данный момент основополагающим документом является Таллинская инструкция по международному праву, применимому к кибервойнам (Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare), разработанная экспертной группой Центра передового опыта НАТО в области киберзащиты (NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence), готовится к печати. См.: *Stein/Marauhn*, Völkerrechtliche Aspekte von Informationsoperationen, ZaöRV 60 (2000) 1ff; Greenberg (Hrsg), Information Warfare and International Law, 1997; *Jacobson*, War in the Information Age, J Strat Stud 21/3 (1998) 1ff; *Schmitt*, Computer Network Attack and the Use of Force in International Law, Colum J Transnat'l L 37 (1999) 885ff; *Busuttil*, A Taste

11 Кроме того, запрет применения силы распространяется только на те случаи, в которых сила применяется в *международных* отношениях⁴², т.е. между государствами. Под запрет попадает только сила, примененная *одним государством против другого государства*. Запрет не распространяется на применение силы частными лицами, которое нельзя вменить государству. Существуют международно-правовые нормы в отношении определенных, имеющих международное значение случаев применения силы частными лицами (пиратство, воздушное пиратство, преступления, совершенные в отношении лиц, находящихся под защитой международного права, определенные формы терроризма)⁴³, однако в этом случае речь идет о преследовании и предотвращении преступлений с применением насилия, неприемлемых с точки зрения мирового сообщества. Эти нормы никак не связаны с запретом применения силы. Применяемая частными лицами сила становится значимой с точки зрения запрета применения силы лишь в том случае, если государство несет ответственность за ее применение. Этого правила следует придерживаться, несмотря на дискуссию о «войне против терроризма». Возможным представляется, что государство, оказывающее поддержку насильственным действиям частных лиц или органов власти другого государства, вовлечено в применение силы настолько, что она приравнивается к силе, непосредственно применяемой государственными органами власти данного государства. Примером этого является случай, в котором государство предоставляет лицам, применяющим силу, значительные ресурсы, например, безопасные базы для проведения операций или крупные поставки оружия⁴⁴. Однако невоспрепятствование или *поощрение террористической деятельности* не может автоматически приравниваться к применению силы органами власти самого государства. Поэтому довод, приведенный США для

of Armageddon, in: Goodwin-Gill/Talmon (Hrsg), *The Reality of International Law*, 1999, 37ff; *Stelter*, *Gewaltanwendung unter und neben der UN-Charta*, 2007, 26ff, 60ff; *Plate*, *Völkerrechtliche Fragen bei Gefahrenabwehrmaßnahmen gegen Cyber-Angriffe*, ZRP 44 (2011) 200ff; *Buchan*, *Cyber Attacks*, JCSL 17 (2012) 211ff; *Tsagourias*, *Cyber Attacks, Self-defence and the Problem of Attribution*, JCSL 17 (2012) 229ff; *Roscini*, *World Wide Warfare*, Max Planck YbUNL 14 (2010) 85ff. К вопросу о параллельной проблематике *ius in bello* см. ниже абз. 68.

⁴² См.: *Dörr* (сноска 15) Rn 21ff.

⁴³ См. ст. 14–21 Конвенции об открытом море от 29 апреля 1958 г. (BGBl 1972 II, 1091); ст. ст. 100–107 Конвенции по морскому праву (BGBl 1994 II, 1799); Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов от 14 декабря 1973 г. (Конвенция о защите дипломатов — BGBl 1976 II, 1745); Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации, от 23 сентября 1971 г. (BGBl 1977 II, 1230) и протокол о борьбе с незаконными актами насилия в аэропортах, обслуживающих международную гражданскую авиацию, от 24 февраля 1988 г. (BGBl 1993 II, 867).

⁴⁴ Ст. 3 Определения агрессии.

оправдания бомбардировки Триполи, о том, что Ливия оказывала поддержку террористическим действиям против США⁴⁵, непригоден для того, чтобы охарактеризовать действия Ливии как нарушение запрета применения силы и, таким образом, оправдать применение силы как акта самообороны. В отношении Ливии, Ирака и талибов в Афганистане⁴⁶ Совет Безопасности ООН признал содействие терроризму в качестве угрозы миру⁴⁷ по смыслу ст. 39 Устава ООН⁴⁸. После того как был совершен теракт 11 сентября 2001 г., Совет Безопасности ООН признал, что акты *терроризма* представляют *угрозу миру*⁴⁹. Однако это не означает, что каждый отдельно взятый теракт является нарушением запрета применения силы, а тем более «вооруженным нападением». Сила, применяемая негосударственными субъектами является нарушением запрета применения силы лишь в том случае, если ее применение может быть вменено государству⁵⁰. В своем решении по делу *Никарагуа*

⁴⁵ *Bialos/Kenneth*, The Libyan Sanctions: A Rational Response to State Sponsored Terrorism, *VJIL* 26 (1986) 799ff; *Greenwood*, International Law and the United States' Air Operation against Libya, *West Virginia LR* 89 (1987) 933ff; *McCradie*, The April 14, 1986 Bombing of Libya: Act of Self-Defense or Reprisal, *CWRJIL* 19 (1987) 215ff; *Reisman*, International Legal Responses to Terrorism, *Houston JIL* 22 (1999) 3 (32).

⁴⁶ Резолюция № 1333 от 19 декабря 2000 г. со ссылкой на резолюцию № 1214 от 8 декабря 1998 г. и резолюцию № 1267 от 15 октября 1999 г.

⁴⁷ Ливия: S/RES/748 от 31 марта 1992 г., опубликована в: VN 1992, 68; Ирак: S/RES/687 от 3.4.1991, опубликована в: VN 1991, 74ff.

⁴⁸ См. ниже абз. 42.

⁴⁹ S/RES/1368 (2001) и 1373 (2001) *Klein*, Le droit international à l'épreuve du terrorisme, *RdC* 321 (2006) 209 (328ff).

⁵⁰ В своем консультативном заключении по делу о *стене* (§ 139) и в решении по делу *Конго/Уганда* (§ 141 и след.) Международный суд ООН подчеркнул, что только применение силы государством против другого государства дает потерпевшему государству право на самооборону. В экспертных заключениях научных учреждений (Res des Institut de droit international [IDI] v 2007, AnnIDI 72 [2007] 233ff; The Chatham House Principles of International Law on the Use of Force in Self-Defence, ICLQ 55 [2006] 963ff) и в литературе (см., например, *Weber*, Die israelischen Militäraktionen im Libanon und in den besetzten palästinensischen Gebieten, AVR 44 [2006] 460ff; *Talmon*, Grenzen der «grenzenlosen Gerechtigkeit», in März [Hrsg], An den Grenzen des Rechts, 2003, 101 [143]; *Rostow*, ASIL Proc 102 [2008] 218; *Schmitt*, «Change Direction» 2006: Israeli Operations in Lebanon and the International Law of Self-Defense, Michigan JIL 29 [2007/08] 127 [145ff]; *Oellers-Frahm*, The International Court of Justice and Article 51 of the Charter, FS Delbrück, 2005, 503ff; *dies*, Der IGH und die «Lücke» zwischen Gewaltverbot und Selbstverteidigungsrecht, ZEuS 10 [2007], 71ff) выражаются другие мнения по этому вопросу, причем некоторые авторы некорректно ссылаются на документы Совета Безопасности (*Weber*, aaO, 462, *Schmitt*, aaO, 147). Это мнение в литературе является неубедительным, поскольку негосударственное нападение не может служить основанием для самообороны против государства (этой точки зрения придерживаются *Bruha/Tams*, Self-Defence against Terrorist Acts, FS Delbrück, 2005, 85 [99], а также *Delbrück*, The Fight against Global Terrorism, GYIL 44 (2001) 9 (15); *Hofmeister*, «To harbour or not to harbour»? ZÖR 62 (2007) 475 (487f); *Mouellé Kombi*, La guerre préventive et le droit international, 2006, 100ff; *Sandoz*, Lutte contre le terrorisme et droit international: risques et opportunités, SZIER 12 (2002) 319 (336); *Schmitz-Ehvenich*, Targeted Killing, 2008, 50ff;

Международный суд ООН указал на то, что соответствующее государство должно быть вовлечено в применение силы негосударственными субъектами в значительной степени⁵¹. После теракта 11 сентября 2001 г., очевидно, считалось, что талибы как эффективное правительство Афганистана в значительной степени вовлечены в террористическую деятельность Аль-Каиды⁵². В рамках вооруженных конфликтов в Ливане в 2006 г. и в Грузии в 2008 г. также возник вопрос, насколько вооруженные действия негосударственных субъектов можно вменить государству, соответственно действия Хезболлы против Израиля Ливану⁵³, а действия Южной Осетии Российской Федерации⁵⁴. Особые проблемы связаны с вменением кибератак конкретному государству. Первая проблема связана с тем, что, как правило, трудно установить, с территории какого государства ведется кибератака. Вторая проблема

Kranz, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit für die Anwendung militärischer Gewalt, AVR 48 (2010) 281ff, особенно 289ff; дифференцированный подход см.: *Zimmermann*, The Second Lebanon War, MPYUNL 11 (2007) 99 (115ff); не приходит к однозначному результату *Gray*, Use of Force, 164ff; de lege lata как в этой главе: *Wettberg*, The International Legality of Self-Defense against Non-State Actors, 2007, 208f, однако он считает, что существует тенденция к признанию права самообороны в отношении негосударственных субъектов. См. также ниже абз. 19.

⁵¹ Со ссылкой на ст. 3 г Определения агрессии. См.: ICJ Rep 1986, 103f. В конкретных случаях этот вопрос является спорным, см. последующие сноски; о действиях Турции на территории Ирака см.: *Ruys*, Quo vadit jus ad bellum?, Melb JIL 9 (2008) 334ff; о действиях Колумбии на территории Эквадора см.: *Walsh*, Rethinking the Legality of Colombia's Attack on the FARC in Ecuador, Pace ILR 21 (2009) 137ff. В последнем случае Межамериканская комиссия по правам человека приняла к производству жалобу Эквадора против Колумбии (Report No 112/10 v 21.10.2010). Решение по существу, насколько известно, пока не принято.

⁵² *Delbrück* (сноска 51) 15; *Frowein*, Der Terrorismus als Herausforderung für das Völkerrecht, ZaöRV 62 (2002) 879 (885ff); *Dinstein*, Humanitarian Law on the Conflict in Afghanistan, ASIL Proc 90 (2002) 23; *Gazzini*, Pre-emptive Self-Defence Against Non-State Actors, JCSL 13 (2008) 25 (26f); *Klein* (Fn 50) 399; *Stahn*, «Nicaragua is dead, long live Nicaragua», in: Walter u a (Hrsg), Terrorism as a Challenge for National and International Law, 2004, 827 (864); сомнения выражает *Stahn*, International Law at a Crossroads?, ZaöRV 62 (2002) 183 (216ff); критические замечания см.: *Kohen*, The Use of Force by the United States after the End of the Cold War, and its Impact on International Law, in: Byers/Nolte (Hrsg), United States Hegemony and the Foundations of International Law, 2003, 197 (209); *Sandoz* (сноска 51) 338f; противоположная точка зрения см.: *Williamson*, Terrorism, Law and International Law, 2009, 204ff.

⁵³ *Weber* (сноска 51) 466ff; *Tomuschat*, Der Sommerkrieg des Jahres 2006 im Nahen Osten, Friedens-Warte 81 (2006) 179 (181ff); *Ronen*, Israel, Hizbollah and the Second Lebanon War, YIHL 9 (2006) 362ff; *Ronzitti*, The 2006 Conflict in Lebanon and International Law, ItYIL 16 (2006) 3 (7); против: *Zimmermann* (сноска 51) 109ff; *Mahmoudi*, The Second Lebanon War, FS Bring, 2008, 175 (180); *Seidel*, Der Libanon-Konflikt 2006 und das Völkerrecht, VRÜ 40 (2007) 352 (356f); *Hoppe*, Who Was Calling Whose Shots?, ebd, 21 (31), который закономерно признает право на самооборону против Хезболлы как негосударственного субъекта.

⁵⁴ *Luchterhandt*, Völkerrechtliche Aspekte des Georgien-Krieges, AVR 46 (2008) 435 (452ff).

является юридической. Вопрос заключается в том, насколько государство обязано предотвращать любые кибератаки со своей территории, наносящие ущерб компьютерным системам в других государствах. Даже если удается установить, с территории какого государства была проведена кибератака, она не может быть автоматически вменена этому государству⁵⁵.

Сила должна быть направлена *против другого государства*. Это не вызывает сомнений, когда нарушается неприкосновенность территории другого государства, например, в результате вторжения войск⁵⁶. Спорным является вопрос, насколько нападения на объекты государства, находящиеся за рубежом, можно рассматривать как применение силы против государства. Применение силы против государства имеет место в случае нападения на его военные суда и военные воздушные суда⁵⁷, но это неоднозначно в случае нападения на военные базы за рубежом. Дипломатические представительства за рубежом не следует приравнивать к территории представляемого государства. Сила, примененная против таких представительств, является нарушением норм о защите дипломатических представительств, но не запрета применения силы. При нападении на гражданские морские или воздушные суда в открытом море спорным является вопрос, при каких обстоятельствах нападение является нарушением запрета применения силы. В любом случае, оно имеет место, если имеются особые обстоятельства, например, если речь идет о группе судов, например, рыбной или торговой флотилии. В практике государств существует тенденция признания нарушения запрета применения силы в случае нападения на одно торговое судно⁵⁸.

Государственная территория находится под защитой запрета применения силы даже в том случае, если в государстве отсутствует эффективное правительство. «Телеологическое ограничение»⁵⁹ запрета применения силы, заключающееся в том, что он не действует в отношении т.н. *несостоятельного государства (failed state)*⁶⁰, не подтверждается практикой государств в качестве обычного права и является сомнительным с политико-правовой точки зрения, поскольку такая аргументация может привести

⁵⁵ Tallinn Manual (сноска 42) Rule 7.

⁵⁶ См. ст. 3 Определения агрессии. Дифференцированный подход см.: *Stahn* (сноска 53 [Nicaragua]) 852.

⁵⁷ Ст. 3 d Определения агрессии.

⁵⁸ Эту точку зрения отклоняет: *Bothe*, *Neutrality at Sea*, in: *Dekker/Post* (Hrsg), *The Gulf War*, 1991, 205 (209f); противоположную точку зрения см.: *Greenwood*, *Comment*, ebd, 213f.

⁵⁹ *Herdegen*, *Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: «The Failed State»*, *BerDGVR* 34 (1996) 49 (61).

⁶⁰ К вопросу о «несостоятельном государстве» (*failed state*) см.: *Tetzlaff*, *Der Wegfall effektiver Staatsgewalt in den Staaten Afrikas*, *Friedens-Warte* 74 (1999) 307ff; *Thürer*, *Der «zerfallene Staat» und das Völkerrecht*, ebd, 275ff; *H. Schröder*, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit failed und failing States*, 2007.

к злоупотреблениям⁶¹. Однако в случае, если государство подвергается вооруженному насилию, исходящему из *несостоятельного государства*, представляется сомнительным, что несостоятельное государство должно обладать правом ссылаться на запрет применения силы, если оно одновременно нарушает свои обязанности по отношению к соседним государствам.

- 14 Сложным в этой связи является также вопрос, можно ли и, если да, то в каком случае можно говорить о нарушении неприкосновенности государственной территории иностранного государства, если спорным является вопрос о прохождении границ. Чтобы запрет применения силы выполнял свою нейтрализующую функцию, его нельзя подвергать сомнению в связи со *спором о прохождении границ*. Если в приграничных районах однажды установился мир, с этого момента на них распространяется запрет применения силы⁶². Поэтому в споре с Великобританией по поводу Фолклендских (Мальвинских) островов Аргентина не могла основывать свои претензии на том, что Великобритания, по утверждениям Аргентины, в прошлом неправомерно заняла эти острова⁶³. Подобные аргументы используются, если речь идет о правовой оценке процесса отделения территорий от государства. Если процесс отделения достиг той стадии, на которой правительство более не осуществляет эффективного контроля над частью государственной территории и достигнута определенная нейтральная (мирная) ситуация, установлен т. н. *де факто мирный режим*⁶⁴, он подпадает под защиту международно-правового принципа запрета применения силы и одновременно обязан соблюдать этот запрет⁶⁵. В настоящее время этот аргумент используется для обоснования действия запрета применения силы, например, в отношениях между Китайской Народной Республикой и Тайванем⁶⁶. Несколько иначе следует оценивать действие запрета применения силы в отношении зависимых колониальных территорий. Здесь речь идет о борьбе за *право на самоопределение*, которая, по распространенному мнению, дает народу зависимой территории права, которые подлежат защите посредством запрета применения силы⁶⁷. Поэтому Декларация ООН о принципах международного права, касающихся дружественных отношений, 1970 г. устанавливает,

⁶¹ Того же мнения: v. *Lersner*, Der Einsatz von Bundeswehrosoldaten in Albanien zur Rettung deutscher Staatsangehöriger, HV-I 19 (1999) 156 (161); *Thürer*, Der Wegfall effektiver Staatsgewalt: «The Failed State», BerDGVR 34 (1996) 9 (17); *Geiß*, Failed States, 2005; *C. Richter*, Collapsed States, 2011, 226ff.

⁶² *Schindler*, in: *Schindler/Hailbronner*, Grenzen, 29ff.

⁶³ *Waibel*, Falkland Islands/Islands Malvinas, MPEPIL III, 1113ff.

⁶⁴ *Frowein*, Das de facto-Regime im Völkerrecht, 1968, 51ff; *ders.*, De Facto Regime, MPEPIL II, 1052ff.

⁶⁵ К вопросу о Южной Осетии см. выше сноску 54.

⁶⁶ *Heuser*, Taiwan und Selbstbestimmungsrecht, ZaöRV 40 (1980) 31 (69); *Frowein* (сноска 65) 35ff.

⁶⁷ *Schindler*, in: *Schindler/Hailbronner*, Grenzen, 24ff.

что насильственные действия, лишаящие народы колоний их права на самоопределение, являются нарушением запрета применения силы⁶⁸.

Грубые нарушения прав человека не следует приравнять к нарушению запрета применения силы. В последние годы Совет Безопасности начал рассматривать такие нарушения как угрозу миру согласно ст. 39 Устава ООН⁶⁹. Однако из этого нельзя сделать вывод о нарушении запрета применения силы. Ситуация, на основании которой Совет Безопасности принимает резолюции о принудительных мерах, выходит за рамки нарушения запрета применения силы. 15

Запрещено не только применение силы, но угроза ее применения⁷⁰. Как и во внутригосударственном праве, критерии ограничения применения силы от угрозы применения силы являются спорными. При определенных обстоятельствах угрозы могут восприниматься как непосредственное принуждение. Такие угрозы приравниваются к применению силы. 16

Также сложно ответить на вопрос, какие виды угроз следует считать противоправными угрозами применения силы. Угроза легитимного применения силы, например в целях самообороны, в соответствии со ст. 51 Устава ООН, не является неправомерной. Поэтому устрашение также не может считаться *противоправной* угрозой, если меры, которые могут быть применены, являются мерами самообороны. Насколько обратный случай, угроза, реализация которой достигается посредством неправомерных мер, является неправомерной, представляется сомнительным. С юридической точки зрения, такие угрозы запрещены, но в практике государств прослеживается толерантность при правовой оценке угрозы применения силы. В любом случае, *угроза агрессивной войны является противоправной*. Если рассматривать меры по развитию вооружений как угрозу применения силы, что является возможным⁷¹, необходимо учитывать контекст. Разработка и приобретение оружия массового уничтожения в нарушение договоров по контролю над вооружениями⁷² могут при наличии определенных обстоятельств рассматриваться в качестве противоправной угрозы применения силы. В других ситуациях меры по развитию вооружений могут являться мерой самообороны и, таким образом, правомерной угрозой. Однако развитие вооружений в целях обороны и в целях нападения практически невозможно ограничить. 17

⁶⁸ Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений (сноска 33): «... Каждое государство обязано воздерживаться от каких-либо насильственных действий, лишаящих народы, о которых говорится выше, в изложении настоящего принципа, их права на самоопределение, свободу и независимость».

⁶⁹ См. ниже абз. 44.

⁷⁰ *Sadurska*, Threats of Force, AJIL 82 (1988) 239ff; *Stürchler*, The Threat of Force in International Law, 2007, mit dem Versuch differenzierter Abgrenzungen (252ff).

⁷¹ *Däubler*, Stationierung und Grundgesetz, 1982, 59ff.

⁷² См. ниже абз. 53 и след.

Аналогичные вопросы возникают в связи с демонстрацией военной силы, которая также имеет характер угрозы. Спорным также является вопрос, насколько угроза является правомерной, если меры направлены на самооборону, но сами меры при их применении были бы квалифицированы как нарушение законов и обычаев войны. В этом заключается дилемма юридической оценки ядерного устрашения⁷³. Угроза причинения вреда иными ощутимыми способами, помимо военных мер, т. е. *экономическое* или *политическое* давление, не является угрозой силой. Понятие запрета применения силы стало бы чрезмерно расплывчатым, если распространить его применение на осуществление давления любыми способами⁷⁴. Это не означает, что любой вид давления является допустимым. Этот вопрос регулируется не при помощи запрета применения силы, а при помощи запрета интервенции⁷⁵, который следует отличать от запрета применения силы.

в) Основания правомерности применения силы

- 18 Для обоснования применения военной силы в международной практике, как правило, приводится правовой аргумент, согласно которому существует исключение из запрета применения силы, случай *оправданного применения силы*. Основания правомерности относятся к наиболее спорным проблемам международного права. В центре внимания находятся три основания правомерности: разрешенное ответное применение силы (т. е. самооборона), согласие государства, к которому применяется сила или которому адресована угроза, и решение компетентной международной организации. Обоснование правомерности применения военной силы стало регулярно использоваться для политического оправдания применения силы. Поэтому основания правомерности следует рассматривать критически⁷⁶.

⁷³ См.: *Däubler* (сноска 72) 49ff; *Rostow*, Is There a Legal Basis for Nuclear Deterrence Theory and Policy?, in: *Cohen/Gouin* (Hrsg), *Lawyers and the Nuclear Debate*, 1988, 175ff; *El-Banhawy*, ebd, 181ff; *Wang*, ebd, 186ff. В консультативном заключении Международного суда от 8.7.1996 г. о правомерности применения ядерного оружия мнения судей разделились (см.: ICJ Rep 1996, 226). Мнение большинства (семи) судей ограничилось докладом об осуществляемой рядом государств политике ядерного устрашения, однако судьи воздержались от юридической оценки такой политики (§ § 66f, 73). В пользу допустимости такого устрашения высказались судьи, оказавшиеся в меньшинстве (*Швебель* (*Schwebel*), *Гийом* (*Guillaume*), *Хиггинс* (*Higgins*)), в то время как большинство судей высказывались по этому вопросу как позитивно (*Фляйшхауер* (*Fleischhauer*)), так и негативно (*Ши* (*Shi*), а также *Феррари Браво* (*Ferrari Bravo*)).

⁷⁴ См.: *Randelzhofer/Dörr*; in: *Simma/Khan/Paulus/Tams* (Hrsg), *The Charter of the United Nations*, 3. Aufl 2012, Art 2(4) Rn 17ff.

⁷⁵ *Kunig*, *Intervention, Prohibition of*, MPEPIL VI, 289 (сноска 6).

⁷⁶ *Corten*, *The Controversy over the Customary Prohibition on the Use of Force*, EJIL 16 (2005) 803ff.

Самооборона

Ст. 51 Устава ООН прямо устанавливает «естественное право на самооборону»⁷⁷. В случае если государство, подвергнувшееся нападению, обороняется только своими силами, речь идет об *индивидуальной* самообороне. Однако разрешено также оказание помощи государству, подвергнувшемуся нападению (т. н. *коллективная* самооборона). Разрешенным является *ответное применение силы*, необходимое для отражения вооруженного нападения. Таким образом, квалификация действий как самообороны зависит от квалификации действий, в ответ на которые она осуществляется, как *вооруженного нападения*. Существенной частью стратегии обоснования применения военной силы является определение понятия вооруженного нападения, с помощью которого предпринимаются попытки рассмотрения определенных действий, нарушающих право, в качестве равносильных вооруженному нападению, из чего делается вывод о том, что ответное применение силы является самообороной⁷⁸. Поэтому государства, политика которых направлена на преследование своих интересов военными методами, в политических и юридических дискуссиях исходят из широкого понятия вооруженного нападения. Согласно господствующему мнению в доктрине, которое разделяет МС ООН⁷⁹, вооруженное нападение имеет место лишь в случае *применения*

19

⁷⁷ В последние годы право на самооборону стало предметом политических дискуссий, в особенности в связи с т. н. новыми угрозами, UN Doc A/59/565 v 2.12.2004, 8ff (Report of the High Level Panel on Threats, Challenges and Change); UN Doc A/59/2005 v 21.3.2005, In Larger Freedom. Научные учреждения в последние годы также занимались проблемой самообороны: IDI-Res (сноска 51) ebd 77, Kommissionsbericht von Roucouanas; Chatham House Principles (сноска 51); литература см.: Alexandrov, Self-Defense Against the Use of Force in International Law, 1996; Beres, After the Gulf War, Houston JIL 14 (1991) 259ff; Bowett, Reprisals Involving Recourse of Armed Force, AJIL 66 (1972) 1ff; Corten, Les résolutions de l'Institut de droit international sur la légitime défense et sur les actions humanitaires, RBDI 40 (2007) 598ff; Elliott, The New World Order and the Right of Self Defence in the United Nations Charter, Hastings ICLR 1991, 55ff; Gardam, Proportionality, Necessity and the Use of Force by States, 2004; Genoni, Die Notwehr im Völkerrecht, 1987; Greig, Self-Defence and the Security Council, ICLQ 40 (1991) 366ff; Kunz, Individual and Collective Self-Defence in Article 51 of the Charter of the United Nations, AJIL 41 (1947) 872ff; Malanczuk, Countermeasures and Self-Defence as Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC's Draft Articles on State Responsibility, ZaöRV 43 (1983) 705ff; McDougal, The Soviet-Cuban Quarantine and Self-Defence, AJIL 57 (1963) 597ff; Mrazek, Prohibition of the Use and Threat of Force, CYIL 27 (1989) 81ff; Plofchan, Article 51, Michigan JIL 13 (1992) 336ff; Schachter, Self-Defence and the Rule of Law, AJIL 83 (1989) 259ff; Stahn (Fn 53 [Nicaragua]) 827ff; Wedgwood, The Use of Armed Force in International Affairs, Colum J Transnat'l L 29 (1991) 609ff.

⁷⁸ См.: Weller, The Changing Environment for Forcible Responses to Nontraditional Threats, ASIL Proc 92 (1998) 177ff.

⁷⁹ Решение МС ООН по делу *Никарагуа*, § § 191 и след., 211, 249; решение МС ООН по делу о *нефтяных платформах*, § § 51, 64, 72; о выводах суда в последнем решении см. также особое мнение судьи *Зиммы*: (Simma), § § 12 и след.

военной силы определенной степени интенсивности. Не каждое нарушение запрета применения силы выполняет эту предпосылку. Меры насилия, не достигающие этого уровня, являются основанием реализации права на осуществление незамедлительных и пропорциональных оборонительных мер, но не всеобъемлющего права на самооборону, и ни в коем случае не права на коллективную самооборону. Вследствие установления необходимости определенной степени интенсивности ограничивается возможность для оправдания применения военной силы как меры самообороны⁸⁰. Еще одна попытка расширить сферу применения права на самооборону была предпринята некоторыми авторами, которые рассматривают грубые и систематические нарушения прав человека как эквивалент военного нападения⁸¹. Такая аргументация приводит к сомнительным результатам. Получается, что запрет применения силы, важное достижение современной международно-правовой культуры, становится расплывчатым понятием, что негативно отражается на его действии. Приверженцы этой точки зрения ссылаются на то, что Совет Безопасности квалифицировал нарушения прав человека как угрозу миру. При этом они не учитывают существенного отличия. Расширение понятия угрозы мира приводит к желательному расширению возможностей организованного мирового сообщества, тогда как расширение понятия военного нападения приводит к нежелательному расширению возможности применения односторонних мер отдельными государствами. Основанием для реализации права на самооборону является нападение, действительно имеющее место, а не угроза нападения. *Превентивная самооборона является недопустимой*⁸². Это правило постоянно подвергается критике, так как оно предоставляет агрессору выбор момента нападения, наиболее выгодного с военной точки зрения, и лишает объект нападения

⁸⁰ Поэтому этот подход критикуют *Rostow* (сноска 51) 217; *Murphy*, *Protean Jus ad Bellum*, BJIL 27 (2009) 22 (29f); *Sofaer*, *International Law and the Use of Force by States*, ASIL Proc 1988, 420, 422. Die Frage spielt eine große Rolle in der Diskussion um sog Computer Network Attacks, vgl Tallinn Manual (сноска 42) Rule 13 (комментарий там же 53ff) sowie Rule 11 (комментарий там же 49).

⁸¹ *Delbrück* (сноска 25) 152f; этой точки зрения также придерживается *Senghaas*, *Der Grenzfall, Sicherheit und Frieden* 17 (1999) 134 (136f); *Ipsen*, *Der Kosovo-Einsatz, Friedens-Warte* 74 (1999) 19 (22f); *Kreß*, *Staat und Individuum in Krieg und Bürgerkrieg*, NJW 1999, 3077 (3081f); более широкая концепция см.: *Doehring*, *Völkerrecht*, 2. Aufl 2004, Rn 1010ff; против этой концепции см.: *Bothe/Martenczuk*, *Die NATO und die Vereinten Nationen nach dem Kosovo-Konflikt*, VN 47 (1999) 125 (130).

⁸² *Blix*, *Legal Restraints on the Use of Armed Force*, FS Bring, 2008, 21 (32); *O'Connell*, *Defending the Law against Pre-emptive Force*, FS Bothe, 2008, 237ff; IDI-Res (сноска 51) Ziff 6; *Chatham House Principles* (сноска 51) 967; полная инвентаризация в: *Schwehm*, *Präventive Selbstverteidigung*, AVR 46 (2008) 368ff; поучительный анализ недавней практики государств в: *Reisman/Armstrong*, *Claims to Pre-emptive Uses of Force*, FS Dinstein, 2007, 79ff; *Randelzhofer/Nolte*, in: Simma u a (сноска 75) Art 51 Rn 49ff.

возможности защиты⁸³. Так, согласно широко распространенному мнению, в любом случае, допустимой является самооборона против непосредственной угрозы нападения⁸⁴. В дискуссии о т.н. «новых угрозах» (существование т.н. «стран-изгоев»), распространение оружия массового уничтожения, терроризм и т.д.) некоторые авторы выходят за эти рамки и постулируют допустимость т.н. упреждающих *ударов*⁸⁵, например, против государств, которые могут обладать или обладать оружием массового уничтожения

⁸³ *Schindler/Hailbronner* (сноска 32) 80ff.

⁸⁴ Т.н. формула *Каролины*: «необходимость самообороны, незамедлительная, чрезвычайная, не оставляющая выбора средств и времени для размышления» («*a necessity of self-defence, instant, overwhelming, leaving no choice of means, and no moment for deliberation*»), см.: *Randelzhofer/Nolte* (сноска 83); *Kunde*, *Der Präventivkrieg*, 2007, 156ff; *Greenwood*, *Caroline, The*, MPEPI I, 1141ff; *Reisman* (сноска 46) 43ff; *Chatham House Principles* (сноска 51) 967. Институт международного права устанавливает, что речь должна идти об «непосредственно предстоящем нападении» («*manifestly imminent attack*»), см.: *IDI-Res* (сноска 51) *Ziff* 6. Однако ссылка на формулу не может заменить подробного анализа актуальной практики государств, для которой формула является, в лучшем случае, общим ориентиром, см.: *Green*, *Docking the Caroline*, *Cardozo JCL* 14 (2006) 429 (446ff); *Gill*, *The Temporal Dimension of Self-Defense*, *FS Dinstein*, 2007, 113 (125ff). К вопросу о проблеме «непосредственности» см.: *Fletcher/Ohlin*, *Defending Humanity*, 2008, 156ff. Т.н. Шестидневная война часто рассматривается как пример допустимой самообороны Израиля на основании «формулы Каролины»; см. *Gill*, *aaO*, 134ff; *Kunde*, *aaO*, 151ff; критические замечания см.: *Kurtulus*, *The Notion of a «Pre-emptive War»*, *Middle East J* 61 (2007) 220ff. .

⁸⁵ В частности, Стратегия национальной безопасности от 17.9.2002 г. <<http://www.whitehouse.gov/nsc/nss.pdf>>. Новая стратегия 2010 г. не содержит отказа от этого тезиса, см.: *Henderson*, *The 2010 United States National Security Strategy and the Obama Doctrine of Necessary Force*, *JCSL* 15 (2010) 403ff; в целом: *Falk*, *Global Shock Waves*, 2003; *Gareau*, *State Terrorism and the United States*, 2004; O'Day (Hrsg.), *War on Terrorism*, 2004; *Charney*, *The Use of Force Against Terrorism and International Law*, *AJIL* 95 (2001) 835ff; *Litwak*, *The New Calculus of Pre-emption*, *Survival* 44 (2002) 53; *Kreutzer*, *Preemptive Self-Defense*, 2005, 146ff; *Murphy*, *Terrorism and the Concept of «Armed Attack» in Article 51 of the U.N. Charter*, *Harvard ILJ* 43 (2002) 41ff; *Murswiek*, *Die amerikanische Präventivkriegsstrategie und das Völkerrecht*, *NJW* 56 (2003) 1014ff; *Totten*, *Using Force First*, *Stanford JIL* 43 (2007) 95ff. К вопросу о мерах, применимых в открытом море, см.: *Fitzgerald*, *Seizing Weapons of Mass Destruction from Foreign-Flagged Ships on the High Seas Under Article 51 of the Charter*, *VJIL* 49 (2008/09) 473ff. Критические замечания к вопросу о допустимости нанесения превентивного ядерного удара по Ирану на основании подозрения об угрозе, исходящей от его ядерной программы, см.: *Eichensehr*, *Targeting Tehran*, *UCLA JILFA* 39 (2006) 59ff; *Vatanparast*, *International Law Versus the Preemptive Use of Force*, *Hastings ICLR* 31 (2008) 783ff; см. также: *Krell/Müller*, *Noch ein Krieg im Nahen Osten?*, *HSFK Report* 2/2012. Допустимость превентивного применения силы обосновывается также тем, что практика государств в отношении применения силы является неоднозначной, т.е. речь идет о динамической («протеической») норме, которая может модифицироваться, см.: *Murphy* (сноска 81) 51f; *Tams*, *The Use of Force against Terrorists*, *EJIL* 20 (2009) 359ff. Это мнение не только является сомнительным с точки зрения правовой политики, но и не учитывает, что именно практика государств, основанная на этом мнении, является спорной, см.: *Antonopoulos*, *Force by Armed Groups as Armed Attack and the Broadening of Self-Defence*, *NILR* 55 (2008) 159ff; *Klein* (сноска 50) 401ff.

Такое расширение права на самооборону размывает границы запрета применения силы и в конечном итоге может привести к его нивелированию⁸⁶. Предложенное расширение понятия не стало частью действующего права⁸⁷. Право на самооборону предполагает не только уже совершенное, но и *еще продолжающееся нападение*. Применение силы в качестве ответа на ранее совершенное, но не продолжающееся вооруженное нападение является недопустимым, поскольку оно носило бы характер вооруженной репрессалии. Вопрос о том, когда в напряженной ситуации можно говорить о том, что нападение завершено в случае, если активные боевые действия не ведутся, является сложным вопросом, решение которого зависит от обстоятельств в конкретном случае⁸⁸. Самооборона может быть направлена только против государства, которому может быть вменено вооруженное нападение, даже если нападение осуществляется негосударственными субъектами, например, «террористами». Если действия негосударственных субъектов не могут быть вменены государству, правило о самообороне не действует⁸⁹. Однако критерии вменения являются спорными⁹⁰. Обсуждается вопрос, насколько вменение может быть обосновано отсутствием противодействия террористам на территории государства⁹¹. Меры самообороны

⁸⁶ IDI-Res (сноска 51) Ziff 6; Chatham House Principles (Fn 51) 968; *Bothe*, Terrorism and the Legality of Pre-emptive Force, ESIL Proc 14 (2003) 227 (237ff); *Fassbender* (сноска 6) 249f; *Gardner*, Neither Bush nor the «Jurisprudes», AJIL 97 (2003) 585 (589f); *Falk*, What Future for the UN Charter System of War Prevention, AJIL 97 (2003) 590 (597f); *Franck*, What Happens Now?, AJIL 97 (2003) 607 (619); *Schaller*, Massenvernichtungswaffen und Präventivkrieg, ZaöRV 62 (2002) 641 (657ff); противоположная точка зрения см.: *Wedgwood*, The Fall of Saddam Hussein, AJIL 97 (2002) 576 (584).

⁸⁷ UN Doc A/59/565 (сноска 78) § 125; UN Doc A/59/2005 (сноска 78) §§ 188ff; *O'Connell*, The Myth of Pre-emptive Self-Defence, 2002; *dies*, Pre-Emption and Exception, Sicherheit und Frieden 20 (2002) 136ff; *Franck* (сноска 87); *Kunde* (Fn 85) 200f; *Stahn* (сноска 53 [International Law]) 232ff; с небольшими сомнениями относительно возможного правового развития: *Byers*, Terrorism, the Use of Force and International Law after 11 September, ICLQ 51 (2002) 401 (410f); за признание *de lege ferenda*: *Reisman*, Comments, in *Walter u a* (сноска 53) 912; *Frowein*, Is Public International Law Dead?, GYIL 46 (2003) 9 (11); см. ниже абз. 24.

⁸⁸ Этот вопрос обсуждался, прежде всего, в связи с операцией США в Афганистане в 2001 г., см.: *Preiser*, «Operation Enduring Freedom» and the UN Charter, International Peacekeeping 8 (2002) 213 (228ff). Запрет вооруженных репрессалий содержится в Декларации о международно-правовых принципах дружественных отношений и сотрудничестве между государствами (сноска 33); *Green*, Self-Defence, NILR 55 (2008) 181ff.

⁸⁹ Институт международного права (IDI-Res [сноска 51] Ziff 10) считает, что в случае нападения негосударственных субъектов допустима самооборона только против них за пределами государственной территории; см.: *Schmitz-Elvenich* (сноска 51) 83ff.

⁹⁰ См.: *Zimmermann* (сноска 51) 109ff; *Kranz* (сноска 51) 289ff.

⁹¹ Согласно Декларации ГА ООН об определении агрессии ответ на этот вопрос также должен быть ограничительным. Некоторые авторы поддерживают эту точку зрения только при определенных условиях, см.: *Hofmeister*, When is it Right to Attack So-Called Host-States?, Singapore YBIL 11 (2007) 75ff; *ders* (сноска 51). К вопросу

должны соответствовать интенсивности нападения, являющегося основанием для ее применения (принцип *соразмерности*)⁹². Если превышаются пределы самообороны, она квалифицируется как запрещенное применение силы⁹³. Право на самооборону утрачивается, когда Совет Безопасности принимает меры, необходимые для поддержания международного мира⁹⁴. Однако на практике Совет Безопасности освободил государства от этого вытекающего из Устава ООН ограничения права на самооборону⁹⁵.

Осуществление права на самоопределение

В процессе деколонизации играл большую роль вопрос, насколько осуществление права на самоопределение посредством применения силы является особой формой допустимого применения силы, сравнимого с самообороной. Этот тезис не был признан в практике государств и не стал частью международного обычного права⁹⁶.

20

Защита своих граждан

Часто государства хотят защитить своих граждан, жизнь которых за границей подвергается серьезной угрозе, с помощью военной силы⁹⁷. Такие

21

о допустимости вооруженных действий Колумбии на территории Эквадора в 2008 году в связи с возможными связями ФАРК с правительством Эквадора, см.: *Walsh* (сноска 52) 137ff; *Reisman*, International Legal Responses to Terrorism, Houston JIL 22 (1999).

⁹² *Randelzhofer/Nolte*, Fn 83, Rn 57ff; *Gardam*, Proportionality and Force in International Law, AJIL 87 (1993) 391ff. Das ist ein entscheidender Punkt der Kritik am israelischen Angriff gegen den Libanon 2006; *Weber* (сноска 51); *Aurescu* (сноска 90) 154ff.

⁹³ См. постоянную судебную практику Международного суда ООН, консультативное заключение о правомерности применения ядерного оружия, § 41; решение по делу *Никарагуа*, § 176; решение по делу о *нефтяных платформах*, § 76f.

⁹⁴ См. ниже абз. 32 и след.

⁹⁵ S/RES/661 от 6.8.1990 г., опубликовано в: VN 1990, 146, об оккупации Кувейта Ираком.

⁹⁶ Подробнее см. предыдущее издание; см. также: *E. Klein*, Nationale Befreiungskämpfe und Dekolonisierungspolitik der Vereinten Nationen, ZaöRV 36 (1976) 618ff; *Randelzhofer/Dörr* (сноска 75) Rn 62ff.

⁹⁷ См.: *Ader*, Gewaltsame Rettungsaktionen zum Schutz eigener Staatsangehöriger im Ausland, 1988; *Akehurst*, The Use of Force to Protect Nationals Abroad, Int Rel 1977, 3ff; *Beyerlin*, Die israelische Befreiungsaktion von Entebbe in völkerrechtlicher Sicht, ZaöRV 37 (1977) 213ff; *Bowett*, The Use of Force for the Protection of Nationals Abroad, in: Cassese (Hrsg), Current Regulation, 39ff; *D'Angelo*, Resort to Force by States to Protect Nationals: The US Rescue Mission to Iran and its Legality Under International Law, VJIL 21 (1981) 485ff; *Kreß*, Die Rettungsoperation der Bundeswehr in Albanien am 14.3.1997 aus völker- und verfassungsrechtlicher Sicht, ZaöRV 57 (1997) 329 (346ff); v. *Lersner* (Fn 50) 165f; *Lillich*, Forcible Protection of Nationals Abroad: The Liberian «Incident» of 1990, GYIL 35 (1992) 202ff; *Nolte*, Kosovo und Konstitutionalisierung: Zur humanitären Intervention der NATO-Staaten, ZaöRV 59 (1999) 941 (950f); *Ronzitti*, Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity, 1985; *Salter*, Commando Coup at Entebbe: Humanitarian Intervention or Barbaric Aggression?, International Lawyer 11 (1977) 331ff; *Schweisfurth*, Operation to

действия обосновываются со ссылкой на якобы универсальное право на самооборону по обычному праву, которое выходит за рамки права на самооборону по Уставу ООН. Однако граждане, находящиеся за границей, не являются внешними представителями государств, подлежащими защите посредством запрета применения силы. Защита собственных граждан как основание для отмены запрета применения силы не получила настолько широкого признания, что можно было бы говорить об ограничении запрета применения силы, на основании международного обычного права. Это основание часто используется или является предметом злоупотреблений для *оправдания политических интервенций* (например, интервенции США в Гренаду⁹⁸ и Панаму⁹⁹). Операций, предпринимаемых исключительно в целях защиты своих граждан, практически не существует (например, израильская освободительная операция в Энтебе в 1976 г. и спасательная операция вооруженных сил ФРГ в Албании в 1997 г.). Такие операции недопустимы с точки зрения международного права без *согласия государства, на территории которого они проводятся*¹⁰⁰.

Rescue Nationals in Third States Involving the Use of Force in Relation to the Protection of Human Rights, GYIL 23 (1980) 159ff; *Umozurike*, The Israelis in Entebbe — Rescue or Aggression?, VRÜ 12 (1979) 383ff; *Westerdiek*, Humanitäre Intervention und Maßnahmen zum Schutz eigener Staatsangehöriger im Ausland, AVR 21 (1983) 383ff; *Grimal/Melling*, The Protection of Nationals Abroad, JCSL 16 (2011) 541ff; *Lambertz*, Der gewaltsame Schutz eigener Staatsangehöriger im Ausland, HUV-I 25 (2012) 27ff.

⁹⁸ См.: *Doswald-Beck*, The Legality of United States Intervention in Grenada, NILR 31 (1984) 355ff; *Hilaire*, International Law and the United States Military Intervention in the Western Hemisphere, 1997, 73ff; *Green*, The Rule of Law and the Use of Force — The Falklands and Grenada, AVR 24 (1986) 173ff; *Weber*, Die «erbetene» Intervention. Die Landung auf Grenada im Lichte des Völkerrechts, VN 31 (1983) 169ff.

⁹⁹ *Nanda*, The Validity of the United States Intervention in Panama under International Law, AJIL 84 (1990) 494ff; *Farer*, Panama: Beyond the Charter Paradigm, AJIL 84 (1990) 503ff; *D'Amato*, The Invasion of Panama Was a Lawful Response to Tyranny, AJIL 84 (1990) 516ff; *Henkin*, The Invasion of Panama under International Law: A Gross Violation, Colum J Transnat'l L 29 (1991) 293ff; *Miller*, International Intervention. The United States Invasion of Panama, Harvard ILJ 31 (1990) 633ff.

¹⁰⁰ Очень спорный вопрос, см., например: *Schindler* (сноска 32) 21; *Beyerlin* (сноска 99) 213ff; *Lowe/Tzanakopoulos*, Humanitarian Intervention, MPEPIL V, 47 (сноски 14 и 35); *Schweisfurth* (сноска 99) 159ff; *Epping*, Die Evakuierung deutscher Staatsangehöriger im Ausland als neues Kapitel der Bundeswehrgeschichte ohne rechtliche Grundlage?, AöR 124 (1999) 423ff; *Kreß* (сноска 99) 333; противоположная точка зрения, но признающая аргументы другой стороны, *Hailbronner*; in: *Schindler/Hailbronner*, Grenzen, 100ff; операции по спасению считает допустимыми, прежде всего, доктрина США: *Lillich*, Forcible Self-Help by States to Protect Human Rights, Iowa LR 53 (1967/68) 325ff; *D'Angelo* (сноска 99) 485ff; *Eichensehr*, Defending Nationals Abroad, VJIL 48 (2007/08) 451 (466); aus der dt-sprachigen Literatur idS *Schröder*, Die Geiselfreierung von Entebbe, JZ 1977, 420ff; *Franzke*, Die militärische Abwehr von Angriffen auf Staatsangehörige im Ausland, ÖZöRV 16 (1966) 128ff; *Nolte* (Fn 99) 945ff; *Randelzhofer/Nolte* (сноска 83) Rn 60f. Операция бундесвера в Албании проводилась с согласия правительства Албании.

Гуманитарная интервенция

22

Для политического и правового обоснования применения военной силы уже давно используется аргумент, в соответствии с которым такая мера применяется для того, чтобы защитить определенные группы населения от кровавого притеснения, от грубых нарушений их прав человека¹⁰¹. Исходя из содержания действующего Устава ООН очевидно, что такая гуманитарная интервенция является частным случаем трансграничного применения военной силы, который регулируется ст. 2 № 4 Устава ООН. Таким образом, она требует особого обоснования. Аргумент, в соответствии с которым грубые нарушения прав человека приравниваются к военному нападению, которое оправдывает ответное применение силы, т. е. самооборону, является несостоятельным¹⁰². Другая возможность юридического оправдания гуманитарной интервенции заключается в конструировании аргументов о наличии такого международно-правового обычая. Международно-правовой обычай зависит

¹⁰¹ *Beylerlin*, Die humanitäre Aktion zur Gewährleistung des Mindeststandards in nicht-internationalen Konflikten, 1975; *Randelzhofer/Dörr* (сноска 75) Rn 52ff; *Brock*, Von der «humanitären Intervention» zur «Responsibility to Protect», FS Bothe, 2008, 19ff; *Chandarahasan*, Use of Force to Ensure Humanitarian Relief, ICLQ 42 (1993) 664ff; *Charney*, Anticipatory Humanitarian Intervention in Kosovo, AJIL 93 (1999) 834ff; *Chesterman*, Just War or Just Peace, 2001; *Chinkin*, Kosovo, AJIL 93 (1999) 841ff; *Deiseroth*, «Humanitäre Intervention» und Völkerrecht, NJW 1999, 3084ff; *Delbrück*, Menschenrechte im Schnittpunkt zwischen universalem Schutzanspruch und staatlicher Souveränität, GYIL 22 (1979) 384ff; *Franck*, Recourse to Force, 135ff; *Henkin*, Kosovo and the Law of «Humanitarian Intervention», AJIL 93 (1999) 824ff; *Isensee*, Weltpolizei für Menschenrechte, JZ 1995, 421ff; *Kimminich*, Humanitäres Völkerrecht — Humanitäre Aktion, 1972; *Lillich* (Hrsg), Humanitarian Intervention and the United Nations, 1973; *Koskenniemi*, The Lady Doth Protest too Much, Mod LR 63 (2002) 159ff; *Malanczuk*, Humanitarian Intervention and the Legitimacy of the Use of Force, 1993; *ders.*, The Kurdish Crisis and Allied Intervention in the Aftermath of the Second Gulf War, EJIL 2 (1991) 114ff; *Nass*, Grenzen und Gefahren humanitärer Intervention, EA 1993, 279ff; *Pape*, Humanitäre Intervention, 1997; *Nolte* (сноска 99); *Pease/Forsythe*, Humanitarian Intervention and International Law, Austrian JPIL 45 (1993) 1ff; *Ritterband*, Universeller Menschenrechtsschutz und völkerrechtliches Interventionsverbot, 1982; *Ronzitti*, Lessons of International Law from NATO's Armed Intervention Against the Federal Republic of Yugoslavia, Int Spectator 34/3 (1999) 45 (51); *Schachter*, The Legality of Pro-Democratic Invasions, AJIL 78 (1984) 645ff; *Simma*, Souveränität und Menschenrechtsschutz nach westlichem Völkerrechtsverständnis, EuGRZ 1977, 235ff; *Schilling*, Zur Rechtfertigung der einseitigen gewaltsamen humanitären Intervention als Repressalie oder als Nothilfe, AVR 35 (1997) 430ff; *Tesón*, Humanitarian Intervention, 2. Aufl 1996; *Torelli*, From Humanitarian Assistance to «Intervention on Humanitarian Grounds»?., IRRS 32 (1992) 228ff; *Verwey*, Humanitarian Intervention, in Cassese (Hrsg), Current Regulation, 57ff; *IDI*, Present Problems of the Use of Force in International Law, Subgroup on Humanitarian Intervention, IDI Ann 72 (2007) 239 (263); резолюция Института международного права (сноска 51) оставляет вопрос открытым, см. там же, 366.

¹⁰² *Bothe*, Die NATO nach dem Kosovo-Konflikt und das Völkerrecht, SZIER 10 (2000) 177 (184f); противоположная точка зрения см.: *Delbrück* (сноска 25) 152; *Kress*, Staat und Individuum in Krieg und Bürgerkrieg, NJW 1999, 3077 (3081f).

от практики государств и правового убеждения. В качестве практики государств приводятся военные операции, проведенные уже после вступления Устава ООН в силу, например, индийская интервенция в Восточный Пакистан в 1971 г.¹⁰³, интервенция Вьетнама в Камбодже¹⁰⁴ и интервенция Танзании в Уганде в 1979 г.¹⁰⁵, а также некоторые меры в целях защиты курдов в Ираке в 1991 г.¹⁰⁶ Однако если рассматривать практику государств во всех этих случаях более подробно, становится очевидным, что осуществившие интервенцию государства прямо не ссылались на право на гуманитарную интервенцию. Напротив, для обоснования использовались различные правовые конструкции. Таким образом, нельзя говорить о применявшейся в силу наличия правового убеждения практике *гуманитарных интервенций в качестве исключения из международно-правового запрета применения силы*¹⁰⁷. Это проявилось также в ходе интервенции государств-членов НАТО в Косово в 1999 году. Многие ключевые государства придерживались точки зрения, что операция в Косово является нарушением международного права¹⁰⁸. В т.н. новой стратегической концепции НАТО, принятой во время конфликта в Косово, также не говорится о гуманитарной интервенции как о правовом

¹⁰³ *Nanda*, Self-Determination in International Law, AJIL 66 (1972) 321ff.

¹⁰⁴ *Warbrick*, Kampuchea: Representation and Recognition, ICLQ 30 (1981) 234ff.

¹⁰⁵ *Umozurike*, Tanzania's Intervention in Uganda, AVR 20 (1982) 302ff.

¹⁰⁶ *Malanczuk* (сноска 103 [Kurdish Crisis]) 114ff.

¹⁰⁷ Господствующее мнение в доктрине, см., прежде всего, развернутый анализ: *Chestermann* (сноска 103) 226f; *Beyerlin* (сноска 103 [Humanitarian Intervention]) 931; *Lowe/Tzanakopoulos* (сноска 102); *Randelzhofer/Dörr* (сноска 75) Rn 55f; *Bothe*, The Use of Force to Protect Peoples and Minorities, in: Brölmann/Lefeber/Zieck (Hrsg), Peoples and Minorities in International Law, 1993, 289ff; *Hailbronner*, in: Schindler/Hailbronner, Grenzen, 99; *Nolte* (Fn 99) 945ff; *O'Connell*, Regulating the Use of Force in the 21st Century, Colum J Transnat'l L 36 (1997) 473 (477); *Neuhold*, Collective Security after «Operation Allied Force», MPYUNL 4 (2000) 73 (101f); *Uerpman*, La primauté des droits de l'homme, in Tomuschat (Hrsg), Kosovo and the International Community, 2002, 65; *Flauss*, La primauté des droits de la personne, ebd, 87; *Aghayev*, Humanitaire Intervention und Völkerrecht, 2007; *Corten*, Human Rights and Collective Security, in: Alston/MacDonald (Hrsg), Human Rights, Intervention, and the Use of Force, 2008, 87ff; *Rigaux*, Aspects historiques de l'intervention «humanitaire», FS Degan, 2005, 207ff; *Ziolkowski* (сноска 5) 266; противоположная точка зрения см.: *Greenwood*, Gibt es ein Recht auf humanitäre Intervention?, EA 1993, 93 (105); *Fletcher/Ohlin* (сноска 85) 151ff; *Verhoeven*, L'intervention d'humanité, FS Degan, 2005, 221ff; *Lillich*, Humanitarian Intervention through the United Nations, ZaöRV 53 (1993) 557 (560ff); неоднозначно см.: *Murphy* (сноска 81) 33f. См. также: *Torelli* (сноска 103) 243f. Критические замечания к гуманитарной риторике *Weiss*, The Sunset of Humanitarian Intervention?, Security Dialogue 35 (2004) 135. В юридической дискуссии следует учитывать, что т.н. гуманитарные интервенции, как правило, не приводили к положительным результатам (*Seybold*, Humanitarian Military Intervention, 2007, 272).

¹⁰⁸ Прежде всего Россия, Китай и Индия, см. дебаты в Совете Безопасности ООН 26.3.1999 г.: UN Press Release SC/6659; ссылки на литературу см.: *Nolte* (сноска 99) 945ff.

основании применения военной силы¹⁰⁹. Практика государств не изменилась и после интервенции в Косово¹¹⁰. Развитие принципа «ответственности за защиту» (*Responsibility to Protect [R2P]*)¹¹¹ также не является основанием для допустимости односторонней военной гуманитарной интервенции. Этот принцип подразумевает обязанность каждого государства защищать свое население от систематических нарушений прав человека (суверенитет как ответственность). Если государство не выполняет свои обязательства, международное сообщество должно принять меры. Если для урегулирования ситуации предполагается применение военной силы, действуют общие правила о запрете применения силы и об исключениях из этого запрета. Поэтому принятие решения о защите прав населения посредством принятия мер военного характера остается прерогативой Совета Безопасности. Для принятия таких защитных мер государствам требуется мандат Совета Безопасности (например, Сомали¹¹², Руанда¹¹³, Гаити¹¹⁴, бывшая Югославия¹¹⁵, Ливия¹¹⁶). Основанием для применения таких мер является не право на гуманитарную интервенцию или «обязанность защищать», а решение Совета Безопасности, причем только в конкретном случае можно установить,

¹⁰⁹ НАТО, пресс-релиз NAC S(99)65 от 24.4.1999 г., <www.nato.int/docu/pr/1999/p99-065e.htm>.

¹¹⁰ *Hedir*, Humanitarian Intervention after Kosovo, 2008, 94ff, 152ff; *Corten* (сноска 109) 123ff; *Kunde* (сноска 85) 125ff; *Randelzhofer/Dörr* (сноска 75) Rn 55; *Lowe/Tzanakopoulos* (сноска 102) Rn 32; *Bilder*, The Implications of Kosovo for International Human Rights Law, in Alston/MacDonald (сноска 109) 139 (153ff).

¹¹¹ основополагающие материалы см.: International Commission on Intervention and State Sovereignty (Hrsg), *The Responsibility to Protect*, 2001, Ziff 6.36f. Подробный анализ см.: SFDI (Hrsg), *La responsabilité de protéger*, 2008; см.: v. *Arnould*, *Souveränität und Responsibility to Protect*, *Friedenswarte* 84 (2009) 11ff; *Boisson de Chazournes*, *De la responsabilité de protéger*, *RGDIP* 110 (2006) 11ff; *Brock* (сноска 103); *Müller-Wolf/Schneider*, *Die Responsibility to Protect*, *Sicherheit und Frieden* 27 (2009) 54ff; *Stahn*, *Responsibility to Protect*, *AJIL* 101 (2007) 99ff; *Verlage*, *Responsibility to Protect*, 2009; *Orford*, *International Authority and the Responsibility to Protect*, 2011; *Hilpold*, *Die Schutzverantwortung im Recht der Vereinten Nationen*, *SZIER* 21 (2011) 231ff; *Dembinski/Reinold*, *Libya and the Future of the Responsibility to Protect*, *PRIF Report* 107, 2011; *Dembinski/Mumford*, *Die Schutzverantwortung nach Libyen*, *HSFK Standpunkte* 4/2012. Представляется сомнительным, что военная интервенция имеет смысл в случае гуманитарного кризиса. По меньшей мере в таких случаях необходим дифференцированный подход (*Janssen*, *Menschenrechtsschutz in Krisengebieten*, 2008, 35ff). Этот аргумент из области правовой политики следует учитывать в юридической дискуссии. См. Также: *Sauer/Wagner*, *Der Tschetschenien-Konflikt und das Völkerrecht*, *AVR* 45 (2007) 53 (72ff).

¹¹² S/RES/794 v 3.12.1992, abgedr in UNYB 46 (1992) 209.

¹¹³ S/RES/929 v 22.6.1994, abgedr in *Int Peacekeeping* 1 (1994) 103f.

¹¹⁴ S/RES/940 v 31.7.1994, abgedr in *Int Peacekeeping* 1 (1994) 104f; *Glennon*, *Sovereignty and Community after Haiti*, *AJIL* 89 (1995) 70ff; *Falk*, *The Haiti Intervention*, *Harvard ILJ* 36 (1995) 341ff; *Koskenniemi*, *The Police in the Temple*, *EJIL* 6 (1995) 325ff.

¹¹⁵ S/RES/836 v 10.6.1993, abgedr in *VN* 41 (1993) 156.

¹¹⁶ S/RES/1973 v 17.3.2011.

насколько мандат Совета Безопасности является оправданием действий¹¹⁷. Однако в этой связи также возникает вопрос, насколько из принципа «обязанность защищать» следует обязанность государств защищать права человека в других государствах невоенными средствами, а также обязанность Совета Безопасности принимать меры военного характера. В этом отношении концепция пересекается с концепцией «человеческой безопасности» («*Human Security*»)¹¹⁸.

Интервенция по приглашению

- 23 Вопрос о том, насколько *согласие* государства на применение военных мер, осуществляемых на его территории другим государством, исключает противоправность, является спорным¹¹⁹. Исключение противоправности в данном случае не является очевидным, поскольку запрет применения силы является составной частью императивного права, которое не зависит от усмотрения государств¹²⁰. На понятийном уровне военная операция не может являться применением военной силы, если правительство государства, на территории которого проводится операция, дало свое разрешение на ее проведение или даже обратилось к государству, проводящему операцию, применить силу по отношению к третьим лицам (повстанцам, террористам). Однако этот аргумент не действует, если полномочия правительства, давшего согласие или направившего просьбу, являются сомнительными. Поэтому в настоящее время *интервенция во время гражданской войны* на стороне одной из сторон гражданской войны (даже если это прежнее правительство) иногда считается *недопустимой*¹²¹. В актуальной практике государств существует тенденция признавать допустимость интервенции по запросу общепризнанного правительства¹²².

¹¹⁷ См. ниже абз. 24.

¹¹⁸ Commission on Human Security (Hrsg), *Human Security Now*, 2003, 24ff, 58ff; *Stein-Kämpfe*, *Human Security*, 2008, 203ff, v. *Tigerstrom*, *Human Security and International Law*, 2007, 126f, 206.

¹¹⁹ *Corten*, La licéité douteuse de l'action militaire de l'Ethiopie en Somalie et ses implications sur l'argument de «l'intervention consentie», *RGDIP* 111 (2007) 513ff; *Doswald-Beck*, The Legal Validity of Military Intervention by Invitation of the Government, *BYBIL* 56 (1985) 189ff; *Tanca*, *Foreign Armed Intervention in International Conflicts*, 1993, 7f; *Nolte*, *Eingreifen auf Einladung*, 1999.

¹²⁰ *Kadelbach* (сноска 23) 226ff.

¹²¹ См. резолюцию Института международного права (AIDI 56 [1975] 544ff) и соответствующий доклад в: AIDI 55 (1973) 416ff, AIDI 56 (1975) 119ff; *Moore*, *The Control of Foreign Intervention in Internal Conflicts*, *VJIL* 9 (1969) 205ff; *Farer*, *Intervention in Civil War: A Modest Proposal*, *Colum LR* 67 (1967) 266ff.

¹²² Это имеет значение для юридической оценки военной интервенции в Афганистан (см. выше абз. 19). Интервенция началась с операции «Несокрушимая свобода» («*Enduring Freedom*») как меры самообороны. После вступления в должность нового правительства, признанного международным сообществом, это исключение уже не действовало, однако оправданием продолжения военного присутствия являлось

Решения международных организаций

Принудительные военные меры по ст. 42 Устава ООН являются допустимым применением силы. В конкретном случае может быть спорным, что входит в понятие «принудительные военные меры». Из норм ст. 42 и след. Устава ООН следует, что речь идет о мерах, принимаемых Советом Безопасности, т.е. мерах, которые он уполномочен принимать на основании полномочий по руководству и управлению. Это соответствует также основной идее главы VII Устава ООН и ст. 24 Устава ООН, цель которых заключается в замене одностороннего, децентрализованного применения силы в международных отношениях применением силы самим сообществом. Однако такие принудительные меры под руководством Совета Безопасности до сих пор не применялись. Вместо этого был выбран метод *санкционирования Советом Безопасности ООН применения силы государствами*. В конфликте в Персидском заливе¹²³ он санкционировал все меры, необходимые для реализации принятых им прежних резолюций сотрудничавшими с правительством Кувейта государствами¹²⁴. Но Совет Безопасности непосредственно не принимал решения о применении силы. Он предоставил решение этого вопроса на усмотрение государств. Такая передача права на принятие решения о применении силы отдельным государствам или группам государств в Уставе ООН не предусмотрена¹²⁵. Но такое решение можно рассматривать как официальное подтверждение и одновременно ограничение права, которое и так принадлежит этим государствам, а именно права на коллективную самооборону¹²⁶. Это право нормативно закреплено в резолюции

24

приглашение правительства, вследствие чего оно считалось допустимым. Помимо войск под эгидой операции «Несокрушимая свобода» в операции в Афганистане также участвовала миссия Международных сил содействия безопасности в Афганистане (ISAF), действующая на основании мандата Совета Безопасности, см. ниже абз. 133.

¹²³ См.: *Bothe*, Die Golfkrise und die Vereinten Nationen — eine Rückkehr zur kollektiven Sicherheit?, *Demokratie und Recht* 1991, 2ff; *Evans*, Operation Desert Storm, the Just War Tradition and the New World Order, *Int Affairs Bull* 1992, 6ff; *Fink*, Der Konflikt zwischen dem Irak und Kuwait und die internationale Friedensordnung, *AVR* 29 (1991) 452ff; *Graefrath/Mohr*, Legal Consequences of an Act of Aggression: the Case of Iraqi Invasion and Occupation of Kuwait, *ÖZöRV* 43 (1992) 109ff; *Green*, Iraq, the UN and the Law, *Alberta LR* 29 (1991) 560ff; *Green*, The Gulf «War» the UN and the Law of Armed Conflict, *AVR* 28 (1990) 369ff; *Greenwood*, Iraq's Invasion of Kuwait, *World Today* 1991, 39ff; *Johnson/Weigel*, Just War and the Gulf War, 1991; *Pyrich*, United Nations: Authorizations of the Use of Force, *Harvard ILJ* 32 (1991) 265ff; *Reisman*, Some Lessons from Iraq: International Law and Democratic Politics, *Yale ILJ* 16 (1991) 203ff.

¹²⁴ Резолюция S/RES/678 от 29.11.1990 г., опубликована в: VN 38 (1990) 218.

¹²⁵ *Weston*, Security Council Resolution 678 and Persian Gulf Decision-Making: Precarious Legitimacy, *AJIL* 85 (1991) 516 (522).

¹²⁶ Спорно, см.: *Schachter*, United Nations Law in the Gulf Conflict, *AJIL* 85 (1991) 452 (457ff); *Rostow*, Until What? Enforcement Action or Collective Self-Defence?, *AJIL* 85 (1991) 506ff; *Bothe* (сноска 125) 10; ст. 51 Устава ООН в качестве юридического

и одновременно ограничено тем, что оно касается государств, которые сотрудничают с правительством Кувейта. Такое широкое санкционирование применения военной силы государствами, как в конфликте с Кувейтом, осталось единственным случаем. Впоследствии санкции Совета Безопасности ООН на применение силы (бывшая Югославия¹²⁷, Сомали¹²⁸, Руанда¹²⁹, Гаити¹³⁰, Афганистан¹³¹, Конго¹³²) были ограничены и частично зависели от согласования с ООН. Такой подход более не подвергался сомнению в постоянной практике ООН. Это *форма интервенции, допустимая в качестве исключения в силу санкционирования Советом Безопасности ООН*¹³³. Однако при получении мандата необходимо запрашивать конкретные полномочия. Осуждение действий государства Советом Безопасности ООН еще не означает уполномочивание отдельных государств на принуждение осужденного государства к соблюдению своих обязательств по Уставу ООН с применением военной силы¹³⁴. Приводившийся США и Великобританией аргумент

основания предлагает: *Fischer*, Die Resolution des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen zum Golfkrieg, HV-I 3 (1990) 121f; противоположная точка зрения см.: *Parsch*, Von der Souveränität zur Solidarität: Wandelt sich das Völkerrecht?, EuGRZ 1991, 469ff; *Franck/Patel*, UN Police Action in Lieu of War: The Old Order Changeth, AJIL 85 (1991) 63f; *Heinz/Philipp/Wolfrum*, Zweiter Golfkrieg: Anwendungsfall von Kap VII der UN-Charta, VN 39 (1991) 121 (126); *Schindler*, Probleme des Humanitären Völkerrechts und der Neutralität im Golfkonflikt 1990/91, SZIER 1 (1991) 3 (6).

¹²⁷ Эмбарго: резолюция S/RES/713 от 25.9.1991 г. и S/RES/757 от 30.5.1992 г., опубликованы в: VN 39 (1991) 175 и VN 40 (1992) 110; воздушные зоны: резолюция S/RES/816 от 31.3.1993 г., опубликована в: VN 41 (1993) 73; зоны безопасности: S/RES/836 от 10.6.1993 г.; СВС/СПС: резолюция S/RES/1031 от 15.12.1995 г., опубликована в: Int Peacekeeping 2 (1995) 167f; ИНТЕРФЕТ: резолюция S/RES/1264 от 15.9.1999 г., опубликована в: Int Peacekeeping 4–5 (1999) 147f; КФОР: резолюция S/RES/1244 от 10.6.1999 г.; Военно-техническое соглашение между КФОР и правительствами Федеральной республики Югославия и Республикой Сербия, опубликовано в: Int Peacekeeping 5 (1999) 97ff. В последнем случае особенность заключается в том, что оно связано с передачей Косово под опеку ООН, об этом см.: *Bothe*, Kosovo — Anlässe zum völkerrechtlichen Nachdenken, FS Dau, 1999, 13 (26ff).

¹²⁸ Резолюция S/RES/794 от 3.12.1992.

¹²⁹ Резолюция S/RES/929 от 22.6.1994.

¹³⁰ Резолюция S/RES/940 от 31.7.1994; повторно: S/RES/1529 от 29.2.2004.

¹³¹ Резолюция S/RES/1386 от 20.12.2001.

¹³² Резолюция S/RES/1484 от 30.5.2003.

¹³³ *Bothe* (сноска 125) 296.

¹³⁴ *Krisch*, Unilateral Enforcement of the Collective Will: Kosovo, Iraq, and the Security Council, MPYUNL 3 (1999) 59ff; *Weller*, Enforced Negotiations: The Threat and Use of Force to Obtain an International Settlement for Kosovo, Int Peacekeeping 5 (1999) 4ff; о резолюциях Совета Безопасности ООН по Ираку см.: *Frowein*, Unilateral Interpretation of Security Council Resolutions, FS Jaenicke, 1998, 97ff; *Kohen* (сноска 53) 214; *Leurdijk/Siekman*, The Legal Basis for Military Action against Iraq, Int Peacekeeping 4 (1998) 71ff; *Lobel/Ratner*, Bypassing the Security Council: Ambiguous Authorization to Use Force, Ceasefires and the Iraqi Inspection Regime, AJIL 93 (1999) 124ff; *Weller*, The Threat or Use of Force in a Unipolar World: The Iraq Crisis of Winter 1997/98, Int Peacekeeping 4 (1998) 63ff; *White*, The Legality of the Threat of Force

для обоснования своего нападения на Ирак в 2003 году, согласно которому резолюции Совета Безопасности ООН десятилетней давности все еще являются достаточным основанием в силу нарушения Ираком резолюции о прекращении огня¹³⁵, является несостоятельным¹³⁶. Если применение силы выходит за рамки мандата Совета Безопасности, на него распространяется запрет применения силы¹³⁷. Устав ООН предусматривает возможность делегирования полномочия по применению принудительных мер, а именно *использование региональных организаций* согласно ст. 53 (абз. 1) Устава ООН. Вопрос о том, какие организации следует сюда относить и на каких условиях следует признавать законными их решения о применении военных мер, является спорным¹³⁸. В любом случае, мандат Совета Безопасности должен иметь однозначное содержание и, как правило, запрашиваться заранее¹³⁹.

г) Правовые последствия нарушения запрета применения силы и реализация запрета

Соблюдение запрета применения силы в действительности является одним из самых сложных вопросов в современных международных отношениях. Множество вооруженных конфликтов, существующих несмотря на запрет применения силы, свидетельствует об этом. Поэтому необходимо установить, какие последствия влечет за собой нарушение запрета применения силы в соответствии с международным правом. Во-первых, такое

against Iraq, Security Dialogue 30 (1999) 75ff; *Zedalis*, Dealing with Weapon Inspections Crisis in Iraq, *ZaöRV* 59 (1999) 37ff.

¹³⁵ Письмо представителей Соединенных Штатов и Великобритании на имя президента Совета Безопасности, см.: документы ООН S/2003/350 и S/2003/351; *Greenwood*, The Legality of the Use of Force: Iraq in 2003, in: Bothe et al (Hrsg), Redefining Sovereignty, 387ff; *Taft*, Preemption, Irak and International Law, *AJIL* 97 (2003) 557ff; *Wedgwood* (сноска 87);; *dies*, The Military Action in Iraq and International Law, FS Dinstein, 2007, 229 (234).

¹³⁶ Подробнее см.: *Weller*, Iraq and the Use of Force in International Law, 2010; *Bothe*, Der Irak-Krieg und das völkerrechtliche Gewaltverbot, *AVR* 41 (2003) 255 (262ff); *ders*, Has Article 2 (4) Survived the Iraq War?, in: Bothe et al (Hrsg), Redefining Sovereignty, 417ff; *Falk* (сноска 87); *Franck* (Fn 87); *Corten*, Opération *Iraqi Freedom*, *RBDI* 36 (2003) 206ff; *Schaller* (сноска 87) 649ff.

¹³⁷ К вопросу о споре об интервенции НАТО в Ливии в 2011 г. см.: *Bothe*, Tatsachenfeststellung (Fact-finding) als Mittel der Durchsetzung von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht, FS Klein, im Druck.

¹³⁸ См. ниже абз. 10.

¹³⁹ См. ссылки на литературу выше в сносках 114 и след. Практика дает основания для сомнений. В Ливии и Сьерра-Леоне Совет Безопасности принял меры только после того, как ЭКОВАС (ЭКМОГО — Группа военных наблюдателей ЭКОВАС) ввел войска. Совет Безопасности выразил благодарность за эту военную операцию, см. резолюцию по Ливии S/RES/866 от 22.9.1993 и резолюцию по Сьерра-Леоне S/RES/1181 от 13.7.1998; об этом и других разногласиях см.: *Czaplinsky*, FS Degan, 2005, 39 (44ff); *Lowe/Tzanakopoulos* (сноска 102) Rn 20.

нарушение может повлечь за собой применение одной из описанных ниже¹⁴⁰ мер коллективной безопасности. Во-вторых, нарушение является основанием реализации права других государств на самооборону¹⁴¹. В-третьих, существуют иные последствия, суть которых заключается в санкционировании нарушения запрета применения силы посредством создания невыгодных условий. При этом речь идет, прежде всего, о применении принципа *ex iniuria ius non oritur*.

26 В соответствии с этим принципом *договоры*, заключение которых явилось результатом угрозы силой или ее применения, являются *ничтожными* (ст. 52 ВКПМД)¹⁴². Из этого принципа также следует правило о том, что *приобретение территории* в результате нарушения запрета применения силы *не может быть признано* (т.н. доктрина *Стимсона*, сформулированная в настоящее время более универсально как запрет приобретения территории посредством угрозы силой или ее применением)¹⁴³.

27 Не получила признания идея, согласно которой нарушение запрета применения силы проявляется на втором уровне правовых норм о регулировании применения силы, т.е. на уровне *ius in bello*. Тот факт, что в случае вооруженного конфликта одна сторона, нарушающая запрет применения силы, осуществила агрессию, не приводит к тому, что при применении права вооруженных конфликтов эта сторона подвергнется дискриминации. В противном случае, международное право вооруженных конфликтов не могло бы оказывать сдерживающего действия¹⁴⁴. Однако это не означает, что государство, которое нарушает запрет применения силы, не совершает *международно-правовой деликт* и не *обязано возместить* любой ущерб, возникший

¹⁴⁰ См. ниже абз. 32 и след.

¹⁴¹ См. выше абз. 19.

¹⁴² *Bothe*, Consequences of the Prohibition of the Use of Force. Comments on Arts 49 and 70 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties, *ZaöRV* 27 (1967) 507ff; *Schröder*, Treaties, Validity, *EPIL* IV (2000) 992ff.

¹⁴³ Такие доводы привел Совет Безопасности в своей резолюции № 242 1967 г. относительно проблемы в Палестине, а Генеральная Ассамблея — в Декларации о принципах международного права, касающихся *дружественных отношений* (резолюция № 2625 [XXV] от 24.10.1970) и Международный суд ООН — в заключении по делу о *стене* (§ 87); к вопросу об историческом развитии нормы см.: *Grant*, Doctrines (Monroe, Hallstein, Brezhnev, Stimson), *MPEPIL* III, 181 (сноска 8). Этому не противоречит тот факт, что в ситуации, возникшей в результате нарушения запрета применения силы, в целях поддержания мира Совет Безопасности исходит из свершившегося факта (*fait accompli*). Так было в случае принятия резолюций Совета Безопасности после кампании НАТО в Косово (резолюция № 1244 [1999]) и после оккупации Ирака вооруженными силами коалиции (резолюции № 1483 и 1511 [2003]). В этих случаях была введена администрация ООН и/или военная миссия с мандатом ООН, которые действовали в условиях, сложившихся в результате иностранной интервенции. Однако из этого не следует, что ООН постфактум одобрила эти интервенции. См.: *Lagerwall*, L'administration du territoire irakien, *RBDI* 39 (2001) 249 (267ff).

¹⁴⁴ См. ниже абз. 56 и след.; преамбулу Дополнительного протокола I.

в результате такого нарушения, в том числе за ущерб, нанесенный в результате военных действий, которые по правилам *ius in bello* являются правомерными¹⁴⁵. Этот принцип, по которому агрессор должен нести ответственность за весь причиненный своими действиями ущерб, был подтвержден Советом Безопасности в отношении конфликта в Персидском заливе. Ирак обязан возместить ущерб, нанесенный в результате своего вторжения в Кувейт. В этом случае Совет Безопасности ООН впервые разработал процедуру применения этого принципа, а именно учреждение Компенсационной комиссии ООН¹⁴⁶. Подача исков о компенсации ущерба, нанесенного в связи с нарушением запрета применения силы, в Международный суд ООН¹⁴⁷ и в международный арбитраж¹⁴⁸ сегодня является важным аспектом реализации запрета применения силы. Таким образом, политический характер спора не исключает юстициальности¹⁴⁹, хотя очевидно, что существуют значительные политические препятствия для рассмотрения таких исков в суде¹⁵⁰.

Правовым последствием нарушения запрета применения силы также является *персональная уголовно-правовая ответственность* тех, кто

28

¹⁴⁵ Kadelbach, Staatenverantwortlichkeit für Angriffskriege und Verbrechen gegen die Menschlichkeit, BDGVR 40 (2001) 63 (75).

¹⁴⁶ S/RES/687 от 3.4.1991, пкт. 16 и след.; d'Argent, Les reparations de guerre en droit international public, 2002, 352ff.

¹⁴⁷ См. решения Международного суда ООН по делам о Никарагуа, о нефтяных платформах и Конго/Уганда. Однако только последний процесс был завершён решением дела по существу. О роли МС ООН см.: Bothe, Rechtliche Hegung von Gewalt zwischen Theorie und Praxis, FS Hafner, 2008, 141 (147ff); Green, The International Court of Justice and Self-Defence in International Law, 2009; McKeever, The Contribution of the International Court of Justice to the Law on the Use of Force, NordJIL 78 (2009) 361ff; Pinto, L'emploi de la force dans la jurisprudence des tribunaux internationaux, RdC 331 (2007) 9ff; Torres Bernárdez, The Use of Force in the Jurisprudence of the International Court of Justice, FS Degan, 2005, 3ff.

¹⁴⁸ См., например, Комиссия по рассмотрению взаимных претензий, учрежденная Постоянным арбитражным судом в споре между Эритреей и Эфиопией; критическое мнение по этому вопросу см.: Ponti, The Eritrea-Ethiopia Claims Commission on the Threat or Use of Force, in De Guttery/Post/Venturini (Hrsg.), The 1998–2000 War between Eritrea and Ethiopia, 2009, 267ff; критические замечания см.: Gray, The Eritrea/Ethiopia Claims Commission Oversteps Its Boundaries, EJIL 17 (2006) 699ff. Разновидностью арбитражного или посреднического производства была Комиссия ЕС по расследованию конфликта между Российской Федерацией и Грузией в 2008–2009 гг., которая не была согласована, но работе которой фактически не препятствовали стороны конфликта, а также Южная Осетия и Абхазия. Комиссия давала оценки как по *ius contra bellum*, так и по *ius in bello*. Она была создана на основании решения Европейского совета 2009/901/GASP от 2.12.2008, отчет Комиссии опубликован на сайте <www.ceiig.ch>.

¹⁴⁹ Постоянная судебная практика МС ООН, например, консультативное заключение по делу о ядерном оружии, § 13.

¹⁵⁰ Эта мысль является основой концепции Моргентгау (*Morgenthau*), которая до сих пор не утратила своего значения (*La notion du «politique» et la théorie des différends internationaux*, 1933, 87).

подготавливает такое нарушение или принимает решение о его совершении. Идея персональной уголовно-правовой ответственности по международному праву за подготовку и ведение агрессивной войны впервые была реализована в Статуте Нюрнбергского международного военного трибунала и Статуте Международного военного трибунала для Дальнего Востока¹⁵¹. Однако долгое время не удавалось кодифицировать этот принцип в форме международного договора. Разработка *Кодекса преступлений против мира и безопасности человечества*, проводившаяся Организацией Объединенных Наций, была приостановлена в 1957 г., но возобновлена в 1978 г. В 1996 г. она привела к принятию Комиссией международного права проекта конвенции¹⁵². В положения о полномочиях Международных уголовных трибуналов по привлечению к уголовной ответственности за нарушения международного права в бывшей Югославии и в Руанде не включено нарушение запрета применения силы¹⁵³. В отличие от них, Статут Международного уголовного суда (МУС) содержит состав международного преступления агрессии¹⁵⁴. Однако для того, чтобы это положение применялось на практике, должны быть приняты изменения к договору, содержащие определение агрессии. На конференции по изменению Статута в 2010 г. положение об определении агрессии было принято, но для его вступления в силу необходимо второе

¹⁵¹ Устав Международного Военного Трибунала в Нюрнберге, опубликован в: AJIL 33 (1945), Suppl. 259ff; Устав Международного Военного Трибунала для Дальнего Востока, опубликован в: Dinstein/Tabory (Hrsg), War Crimes in International Law, 1996, 399ff.

¹⁵² Об актуальном развитии см.: *Allain/Jones, A Patchwork of Norms: A Commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind*, EJIL 8 (1997) 100ff; Проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества (ILM 30 (1991) 1584ff); *Thiam, Eleventh Report of the Special Rapporteur*, YBILC 1993-I, 5ff. В целом см. Раздел 7. *Шрёдер*, абз. 43 и след.

¹⁵³ Статут Международного трибунала для судебного преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенных на территории бывшей Югославии с 1991 г., ILM 32 (1993) 1192ff; Статут Международного уголовного трибунала для судебного преследования лиц, ответственных за геноцид и другие серьезные нарушения международного гуманитарного права на территории Руанды, и граждан Руанды, ответственных за геноцид и другие подобные нарушения, совершенные на территории соседних государств, в период с 1.1.1994 по 31.12.1994, ILM 33 (1994) 1602ff.

¹⁵⁴ Статья 5 (абз. 1 d) Статута, ILM 37 (1998) 999; см. ст. 27 Проекта статей Комиссии международного права о Международном уголовном трибунале, см.: ILM 33 (1994) 258 (270); см. по этому вопросу: *Crawford, The ILC Adopts a Statute for an International Criminal Tribunal*, AJIL 89 (1995) 404ff; см. статьи в: ASIL Proc 96 [2002] 181; *Gaja, The Long Journey towards Defining Aggression*, in: Cassese/Gaeta/Jones (Hrsg), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Bd I, 2002, 427; *Sayapin, The Definition of the Crime of Aggression for the Purpose of the International Criminal Court*, JCSL 13 (2008) 333ff.

решение, которое может быть принято не ранее 2017 г.¹⁵⁵ С учетом отсутствия практики по сей день можно сомневаться в том, что принцип персональной уголовно-правовой ответственности за ведение наступательной войны уже является составной частью международного обычного права. Однако уголовные законы многих стран закрепили уголовную наказуемость таких деяний в национальном праве (относительно Германии см. § 80 Уголовного кодекса, возникший на основании конституционного предписания ст. 26 ОЗ). Закрепление уголовной ответственности за международно-правовые преступления в национальном праве указывает на потенциальное значение внутригосударственного права для реализации запрета применения силы, однако это значение не следует переоценивать¹⁵⁶.

д) **Функции и значение запрета применения силы**

В основе международно-правового запрета применения силы лежит концепция, согласно которой право может и должно вносить вклад в предотвращение применения силы. Однако это предположение небесспорно. Исторический опыт показывает, что, несмотря на закрепление запрета применения силы, по-прежнему происходят вооруженные конфликты. Однако из фактов нарушения нормы не следует ее недействительность. Поэтому более корректна постановка вопроса: насколько в принципе возможно предотвратить военные конфликты при помощи запрета применения силы. И это вызывает сомнения, что не доказывает полную неэффективность запрета. Следует вспомнить о том, что запрет применения силы возник в результате общественного возмущения¹⁵⁷. Запрет применения силы был введен не потому, что он соответствовал предшествующей практике, а с целью ее изменения. Он внушает ожидания, противоречащие существующему положению вещей. Он основывается на правовом убеждении. Это касается и его юридического действия¹⁵⁸, и практической действенности. Юридический дискурс, сопровождающий практически каждый случай применения военной силы, в котором участвуют многочисленные участники правоотношений¹⁵⁹ и между-

¹⁵⁵ Res RC/Res.6 v 11.6.2010; проект закона о трансформации в право ФРГ, BT-Drs 17/10975 от 15.10.2012. См.: *Heinsch*, The Crime of Aggression after Kampala, GoJIL 2 (2010) 713ff; *Kaul*, Kampala June 2010, ebd 649ff.

¹⁵⁶ *Bothe/Fischer-Lescano*, The Dimensions of Domestic Constitutional and Statutory Limits on the Use of Military Force, in *Bothe/O'Connell/Ronzitti* (Hrsg), Redefining Sovereignty, 2005, 195ff; *Bothe*, in: *Dolzer/Vogel* (сноска 12) Art 26.

¹⁵⁷ См. выше абз. 4.

¹⁵⁸ См. выше абз. 9.

¹⁵⁹ *Bothe* (сноска 151) 145ff; *Heintze*, «Neue Kriege» und ihre völkerrechtlichen Rechtfertigungen, in *Heintze/Fath-Lihic* (Hrsg), Kriegsbegründungen, 2008, 59ff; о войне в Ираке см.: *Liste*, Völkerrecht-Sprechen, 2012, insbes 171ff; а также: *Ambos/Arnold* (Hrsg), Der Irak-Krieg und das Völkerrecht, 2004.

народные суды¹⁶⁰, является борьбой за толкование и эффективность применения норм. Решение государства о том, следует ли применять силу для разрешения конфликта, основано на сложной системе зависимостей и рациональных соображений. Существуют случаи, в которых в рамках этой системы правовая оценка являлась, по крайней мере, одним из факторов, повлиявших на содержание решения¹⁶¹. *Запрет применения силы лишает применение силы легитимности и, таким образом, увеличивает политические риски применения силы.* Формальная процедура установления факта нарушения права усиливает легитимизирующую силу права.

30 Развитие международно-правового запрета применения силы основывается на идее, согласно которой фундаментальное общественное осуждение поведения должно выражаться также в правовых запретах. Речь идет о *соответствии права и морали*. Особенно в последнее время запрет применения силы подвергался сомнению с этой точки зрения. В связи с операцией в Косово был выдвинут тезис, что военное нападение государств НАТО было обосновано если не с правовой, то с моральной точки зрения¹⁶². Аналогичные аргументы используются для политической легитимации применения силы в целях национальной безопасности, что приводит к злоупотреблению правом на самооборону¹⁶³. Такая моральная или политическая делегитимизация основополагающей нормы международного права в долгосрочной перспективе не может не повлиять на позитивное право. Поэтому следует помнить о том, что негативная общественная оценка применения военной силы, которая привела к правовому развитию запрета применения силы, связана с невыносимыми страданиями, причиненными войнами в прошлом веке. Такое обоснование запрета применения силы, которое, в конечном итоге, основано на правах человека, действует до сих пор. Поэтому реакция на недостатки международного правопорядка при реализации основополагающих ценностей этого правопорядка должна заключаться не в ограничении

¹⁶⁰ Pinto (сноска 151) 145.

¹⁶¹ Подробно Westra, International Law and the Use of Armed Force, 2007, 81ff о многочисленных интервенциях США в странах Карибского бассейна, а также 126ff, 146ff о нападении на Ирак со стороны США и Великобритании. Юридические аргументы рассматриваются, прежде всего, как средство для подавления возможного противодействия третьих государств против военной операции.

¹⁶² См. мнения американских авторов: Reisman, Kosovo's Antinomies, AJIL 93 (1999) 860ff; о моральных проблемах см.: Habermas, Bestialität und Humanität. Ein Krieg an der Grenze zwischen Recht und Moral, Die Zeit Nr 18/1999. Критика морального обоснования основана на том, что использованные средства были несоразмерными; о дискуссии см. в: Mayer (сноска 5) 299; более критическая точка зрения см.: Hoeres, Krieg und Pazifismus, in: Heintze/Fath-Lihic (сноска 163) 41 (52ff); см. также: K. Ipsen, Legitime Gewaltanwendung neben dem Völkerrecht?, FS Delbrück, 2005, 371ff.

¹⁶³ Моральное оправдание иного рода в отношении актов насилия содержат некоторые теории «джихада», которые, однако, не являются признанными догмами ислама; см.: Bassiouni, Evolving Approaches to Jihad, CJIL 8 (2007/08) 119ff.

запрета применения силы посредством легитимации одностороннего применения военной силы, а в укреплении организации этого правопорядка, в частности, в своевременном применении процедур мирного урегулирования для установления баланса интересов и реализации права¹⁶⁴.

2. Общие условия запрета применения силы

а) Мирное урегулирование споров и мирное развитие

Отказ от применения силы приемлем только в случае, если реализация прав и учет интересов возможны мирным путем. Поэтому необходимой предпосылкой реализации запрета применения силы являются эффективная *система мирного урегулирования споров*¹⁶⁵ и возможность *мирного развития* (*peaceful change*). Однако эта система является *несовершенной*. Система мирного урегулирования споров динамично развивалась последние 20 лет, но до сих пор имеет пробелы. Возможности развития права, учитывающего новые проблемы и интересы, ограничены медленным темпом развития норм международного права о достижении консенсуса¹⁶⁶, несмотря на значительный прогресс в развитии юридической техники договорного регулирования. Отказ от защиты собственных интересов с применением силы предполагает, что сообщество государств принимает меры против правонарушителя и защищает потерпевшего. Это является основополагающей идеей т. н. коллективной безопасности. Эта предпосылка запрета применения силы также только частично реализована на практике. И после окончания холодной войны Совет Безопасности как основной орган, принимающий решения в рамках этой системы, слишком часто блокируется отдельными членами и проявляет необоснованную селективность при осуществлении своих функций. Однако неблагоприятные рамочные условия для реализации запрета применения силы до сих пор не привели к его нивелированию¹⁶⁷. В договорах об учреждении организаций, задачей которых было и является поддержание мира, была предпринята попытка закрепления общих условий запрета применения силы. *Статут Лиги Наций* предусматривал *обязательство по мирному разрешению споров*, осуществлявшееся в основном посредством третейского разбирательства или судебного процесса (ст. 12–14). Если спор не мог быть разрешен иным способом, компетентным органом по его разрешению становился Совет Лиги Наций. Постоянными членами Совета Лиги Наций являлись государства, считавшиеся великими державами после Первой мировой войны. Очевидно, что уже тогда действовал принцип монополии великих держав.

31

¹⁶⁴ *Chinkin* (сноска 103) 841ff; *Falk*, Kosovo, World Order, and the Future of International Law, AJIL 93 (1999) 847ff; *Fassbender* (сноска 6) 256.

¹⁶⁵ См. Раздел 7. *Шрёдер*, абз. 60 и след.

¹⁶⁶ См. Раздел 1. *Граф Витцтум*, абз. 150.

¹⁶⁷ *Schindler*, in: ders/Hailbronner, Grenzen, 18f, 40f.

Совет мог единогласно (без учета голосов сторон конфликта) предложить решение. На время процесса мирного урегулирования спора и в пользу стороны, инициировавшей третейское разбирательство, судебный процесс или единогласно принятое решение Совета, действовал запрет на ведение войны. Хотя система мирного урегулирования споров во времена Лиги Наций успешно развивалась, в конечном итоге она распалась по тем же причинам, что и система коллективной безопасности. *Устав ООН* также признает *принцип мирного урегулирования споров* (ст. 2 (абз. 3) Устава ООН). Принцип мирного развития был включен как в Статут Лиги Наций (ст. 19), так и в Устав ООН (прежде всего, ст. 14), однако на практике он реализован лишь частично, несмотря на позитивное развитие в последние годы¹⁶⁸.

б) Система коллективной безопасности

История развития

32 К системе коллективной безопасности¹⁶⁹ относятся, с одной стороны, многостороннее «антикризисное управление», а с другой стороны, возможность обязать правонарушителя к соблюдению норм сообщества с помощью применения силы как крайней меры. Таким образом, для этого необходимы как военные ресурсы, так и политическая решимость и солидарность, чтобы устрасить потенциального агрессора или, в случае необходимости, победить его. Идея коллективной безопасности имеет *длинную предысторию* в теории государства и философии¹⁷⁰. В практике XIX в. была реализована только идея *многостороннего антикризисного управления* в т. н. Европейском концерте. Вследствие того, что Европейскому концерту не удалось предотвратить Первую мировую войну, целью Лиги Наций стало создание соответствующего постоянного форума. Это было основной задачей Совета Лиги Наций, постоянными членами которого были великие державы того времени. При определенных условиях была предусмотрена возможность принятия против правонарушителя принудительных мер невоенного (ст. 16 (абз. 1) Статута Лиги Наций) и военного характера (ст. 16 (абз. 2) Статута Лиги Наций).

33 Хотя эта система в 1930-е гг. оказалась несостоятельной, ее основополагающие принципы были включены в Устав ООН¹⁷¹. Сохранились, в ча-

¹⁶⁸ *Owada*, Peaceful Change, MPEPIL VIII, 175ff; *Graf Vitzthum*, Friedlicher Wandel durch völkerrechtliche Rechtsetzung, in: Delbrück (Hrsg), Völkerrecht und Kriegsverhütung, 1979, 123ff.

¹⁶⁹ *De Wet/Wood* (сноска 12); историческое развитие см.: *Gray* (сноска 22); *Haas*, The Collective Management of International Conflict, 1945–1984, in UNITAR (Hrsg), The United Nations and the Maintenance of International Peace and Security, 1987, 3ff.

¹⁷⁰ См., прежде всего: *Kant*, Zum ewigen Frieden, 1795. См. также: *Sohn*, Peace, Proposals for the Preservation of, EPIL III (1997) 926ff.

¹⁷¹ *Bothe*, in: Simma (сноска 75), Peacekeeping, Rn 2ff.

стности, полномочия Совета с ограниченным количеством членов (Совет Безопасности), постоянными членами которого стали великие державы на момент учреждения ООН. В соответствии с Уставом ООН любое решение по существу требует согласия великих держав. На практике это правило было модифицировано: постоянные члены могут предотвратить принятие решения, только проголосовав против него (т.н. право вето, ст. 27), но не посредством воздержания или неявки на голосование. Политическая концепция, на которой основана такая система, фактически отражала расстановку сил, которая сложилась в конце Второй мировой войны. Она основывалась на том, что четыре (а позже — пять) великих держав были готовы и в состоянии совместно облагородить любого агрессора. Эта система была реалистичной, поскольку военное вмешательство не было возможным без участия или против воли одной из крупных держав. Однако нереалистичным было представление о том, что единая позиция крупных держав, обусловленная военной ситуацией, сохранится. Когда после Второй мировой войны возникла конфронтация между Востоком и Западом и началась холодная война, Совет Безопасности ООН утратил способность к принятию решений. В качестве политической реакции на регулярные блокады Совета Безопасности была предпринята попытка передать полномочия по поддержанию мира Генеральной Ассамблее на основании резолюции «*Единство в пользу мира*»¹⁷². С политической точки зрения этот способ оказался нереальным. Например, *концепция принудительного поддержания мира не могла быть реализована* в практике ООН. Таким образом, необходимо было искать решение проблемы *поддержания мира путем консенсуса и сотрудничества*. Но и в этом случае традиционные формальные процедуры (подсудность, арбитражные суды) сначала ввести не удалось. Основными средствами урегулирования споров оставались дипломатические переговоры и посреднические процедуры.

В рамках посреднических процедур были выработаны новые концепции использования вооруженных сил, а именно концепция *сдерживания конфликтов с помощью вооруженных сил*¹⁷³. С начала 1980-х гг. на ее основе была раз-

¹⁷² Резолюция A/RES/377 (V) от 3.11.1950 г., опубликована в: VN 28 (1980) 29; см. также: *Schaefer*, Die Funktionsfähigkeit des Sicherheitsmechanismus der Vereinten Nationen, 1981, 45ff.

¹⁷³ См.: *Bothe*, Streitkräfte internationaler Organisationen, 1968; *Durch*, The Evolution of UN Peace-Keeping, 1993; *Fabian*, Soldiers Without Enemies, 1971; *Higgins*, United Nations Peace-Keeping 1946–1967, Bd I: The Middle East, 1969, Bd II: Asia, 1970, Bd III: Africa, 1980, Bd IV: Europe, 1981; *Kelly*, Restoring and Maintaining Order in Complex Peace Operations. The Search for a Legal Framework, 1999; *McCoubrey/White*, The Blue Helmets: Legal Regulations of United Nations Military Operations, 1996; *McCoubrey*, Regional Peacekeeping in the Post Cold War Era, 2000; Kühne (Hrsg), Blauhelme in einer turbulenten Welt, 1993; Netherlands Institute of International Relations (Hrsg), Case Studies in Second Generation UN Peace-Keeping, 1994; *Oloniskan*, Reinventing

вита более комплексная концепция дифференцированного управления кризисом с привлечением военных мер, которая включает в себя предотвращение конфликта, урегулирование конфликта и постконфликтное миростроительство (*post conflict peace building*). Различные следуют проводить между миссиями наблюдателей и миротворческими силами¹⁷⁴. Задача этих миссий заключается не в разрешении конфликта с применением силы. Напротив, путем *наблюдения* и/или *создания буферной зоны* между сторонами конфликта они должны обеспечивать предотвращение возобновления военных действий¹⁷⁵. Наблюдение является, прежде всего, задачей наблюдательных миссий. Примерами таких миссий являются созданный по прототипу в конфликтах на Балканах и в Индонезии 1949 г. и существующий до сих пор Орган ООН по наблюдению за выполнением условий перемирия в Палестине (ОНВУП), Ирано-иракская группа военных наблюдателей ООН (ИИГВНООН), созданная для наблюдения за выполнением условий перемирия между Ираном и Ираком после 1988 г. и Миссия ООН по наблюдению в Сирии (МООННС)¹⁷⁶. Так называемые миротворческие силы в первую очередь выполняют задачи по наблюдению и созданию буферной зоны (например, ЧВСООН I 1956–1967 гг., ЧВСООН II 1973–1979 гг., наблюдение за прекращением огня и создание буферной зоны между Израилем и Египтом; ВСООНК с 1964 г., наблюдение за прекращением огня и создание буферной зоны между греческой и турецкой частями Кипра; Силы ООН по наблюдению за разъединением (СООННР), контроль за прекращением огня и создание буферной зоны между Израилем и Сирией с 1974 г.; Временные силы ООН в Ливане (ВСООНЛ), контроль за прекращением огня между Израилем и палестинскими группами в Южном Ливане с 1978 г.¹⁷⁷; Миссия ООН в Эфиопии и Эритрее по поддержанию мира (МООНЭЭ) между Эритреей и Эфиопией с 2000 г.)¹⁷⁸. Сложными являются задачи

Peacekeeping in Africa, Conceptual and Legal Issues in ECOMOG Operations, 2000; *Murphy*, UN Peacekeeping in Lebanon, Somalia and Kosovo, 2007; *Risse*, Der Einsatz militärischer Kräfte durch die VN und das Kriegsvölkerrecht, 1988; *Siekman*, The Fall of Srebrenica and the Attitude of Dutchbat from an International Law Perspective, YIHL 1 (1998) 301ff; *Tull*, Die Peacekeeping-Krise der Vereinten Nationen, SWP-Studie S1, 2010; *Williams/Bellamy*, Contemporary Peace Operations, Int Peacekeeping 11 (2007) 1ff. Актуальная информация публикуется на сайте ООН (<www.un.org>). Также представляет актуальную информацию Берлинский центр по международным операциям по поддержанию мира (Berliner Center for International Peace Operations) (<www.zif.berlin.org>) (возобновляется два раза в неделю).

¹⁷⁴ *Bothe* (сноска 175) Rn 7, 15.

¹⁷⁵ Об отдельных мерах ООН по поддержанию мира см.: *Bothe* (сноска 175) Rn 7; *Rudolph*, Peace-Keeping Forces, in: *Wolfrum/Philipp* (Hrsg), United Nations: Law, Policies and Practice, Bd 1, 1995, 957ff.

¹⁷⁶ S/RES/2043 от 21.4.2012.

¹⁷⁷ S/RES/425 от 19.3.1978. После ливанского конфликта летом 2006 г. полномочия этих вооруженных сил были расширены, см. резолюцию S/RES/1710 от 11.8.2006. Детали мандата являются очень спорными.

¹⁷⁸ S/RES/1312 от 30.6.2000; 1827 от 31.7.2008.

миротворческих сил в случаях, когда угроза миру исходит от внутренних конфликтов. Впервые миротворческие силы ООН должны были выполнять такие задачи в рамках миссии ОНУК в Конго в 1960–1964 гг.¹⁷⁹ Для таких случаев концепция буферной зоны была расширена. Миротворческие силы должны дополнительно создавать зоны безопасности (например, на определенных стадиях югославского конфликта)¹⁸⁰ или принимать меры по защите жертв конфликта с помощью военных средств (Югославия, Сомали). Органы ООН должны выполнять функцию *поддержания внутреннего порядка*, если при постконфликтном миростроительстве должны использоваться военные средства (Временный орган ООН в Камбодже (ЮНТАК); Миссия ООН по проведению референдума в Западной Сахаре (МООНРЗС); Миссия ООН по стабилизации в Гаити (МООНСГ), Миссия ООН в Судане (МООНВС) и Миссия ООН в Республике Южный Судан (МООНЮС))¹⁸¹ или создается временная администрация ООН (Силы безопасности ООН в Западной Новой Гвинее (Западном Иране), 1962–1963 (СБОУН); Группа ООН по оказанию помощи в переходный период, Намибия, 1989–1990 (ЮНТАГ); Миссия ООН по поддержке в Восточном Тиморе (МООНПВТ)¹⁸²).

После окончания холодной войны отпали причины для ограниченной функциональности Совета Безопасности. Принятие решений уже автоматически не блокировалось посредством осуществления права вето. Военный ответ на агрессию Ирака против Кувейта продемонстрировал возможность возврата к первоначальной концепции обеспечения мира с помощью принуждения под руководством великих держав. Однако следует учесть, что эта операция не соответствовала первоначальной концепции Устава. Как описано выше, военная операция против Ирака, приведшая к *освобождению Кувейта*, не вполне соответствовала концепции принудительных мер согласно ст. 42 Устава ООН¹⁸³. Решение о применении силы в действительности принималось не ООН, а группой государств, уполномоченных на применение силы. С тех пор настолько широкие полномочия по одностороннему применению силы, не контролируемому ООН, не предоставлялись. Однако Совет Безопасности стал предоставлять ограниченные полномочия по применению военной силы регулярно.

В конфликтах, связанных с *распадом Югославии*¹⁸⁴, как и в ирако-кувейтском случае, были приняты невоенные принудительные меры. Невоенные

35

36

¹⁷⁹ S/RES/143 от 14.7.1960, 145 от 22.7.1960, 146 от 17.9.1960, 161 от 21.2.1961 и 24.11.1961.

¹⁸⁰ См. абз. 36.

¹⁸¹ См. абз. 37.

¹⁸² S/RES/1272 v 25.10.1999.

¹⁸³ См. выше абз. 24.

¹⁸⁴ См. ссылки в сноске 129. См. также: *Stahn*, International Territorial Administration in the Former Yugoslavia, ZaöRV 61 (2001) 107.

принудительные меры в начале конфликта были дополнены традиционными военными элементами концепции поддержания мира, такими как наблюдение и создание буферных зон. Затем эта концепция была дополнена мерами по военному обеспечению снабжению гражданского населения *Боснии и Герцеговины* в зоне конфликта. Однако впоследствии, когда представлялось необходимым применение дополнительных мер военного принуждения к сторонам конфликта (контроль за соблюдением эмбарго в Адриатическом море, реализация запрета на полеты над Боснией и Герцеговиной, охрана безопасных районов), была применена нетипичная параллельная стратегия. Частично миротворческие силы ООН получили мандат на активное применение оружия (т. н. «жесткое» миротворчество — *robust peacekeeping*), т. е. на применение определенных принудительных мер, частично применялась концепция, разработанная в ходе войны в Персидском заливе, по которой ООН уполномочила группу государств на применение военной силы, но в этом случае в тесной координации с ООН. Таким образом, функции по поддержанию мира и по принуждению к миру частично выполнялись одними и теми же подразделениями, частично разными, но, как правило, совмещались. Попытка параллельного и совмещенного применения разных методов военного урегулирования кризиса не привела к положительным результатам в среднесрочной перспективе. Мирное урегулирование по Дейтонскому соглашению (декабрь 1995 г.) четко *разграничило* принцип *управления кризисом на основе консенсуса* и принцип *управления кризисом путем принуждения*. В качестве военного элемента оно предусматривало вооруженные силы НАТО при участии третьих стран, которые обладали широкими полномочиями по применению силы и были уполномочены Советом Безопасности¹⁸⁵, в то время как присутствие ООН было ограничено в основном выполнением вспомогательных полицейских функций. Иначе выглядит распределение полномочий при урегулировании конфликта в *Косово*. Эта провинция бывшей Югославии находится под управлением ООН (ЮНМИК), в то время как безопасность при урегулировании обеспечивают международные вооруженные формирования, состоящие в основном из войск стран НАТО и обладающие мандатом Совета Безопасности (СДК (KFOR))¹⁸⁶. Концепция, в соответствии с которой ООН

¹⁸⁵ S/RES/1031 от 15.12.1995 (см. сноска 129); см. также Дейтонское мирное соглашение, опубликовано в: *Int Peacekeeping 2* (1995) 141ff. К вопросу об оценке см.: *Graf Vitzthum/Winkelmann*, Nachwort, in: *dies* (Hrsg), *Bosnien-Herzegowina im Horizont Europas*, 2003, 227. Первые вооруженные силы (Силы по выполнению Соглашения — СВС (IFOR)) в 1997 г. были заменены Силами стабилизации (СФОР (SFOR)) с измененной структурой. Обе группы войск были миссиями «НАТО-плюс». В конце 2004 г. функции СФОР перешли к (ЕВФОР (EUFOR) / операция «Алфeya»), см. S/RES/1575 от 22.11.2004.

¹⁸⁶ S/RES/1244 от 10.6.1999. Об этом см.: *Bothe/Marauhn*, UN Administration of Kosovo and East Timor, in: *Tomuschat* (Hrsg), *Kosovo and the International Community*, 2002, 217;

ограничивается мерами по поддержанию мира, в то время как вооруженные силы отдельных государств или групп государств с санкции (с мандатом) Совета Безопасности осуществляют меры по достижению определенных целей с помощью применения силы, стала применяться регулярно, например, в Сомали (Объединенная оперативная группировка ООН в качестве военной принудительной силы (ЮНИТАФ)¹⁸⁷; ЮНОСОМ I и II в качестве «традиционного» поддержания мира)¹⁸⁸, Руанде¹⁸⁹, Гаити¹⁹⁰ и Кот-д'Ивуар (МООНКИ)¹⁹¹; войска ЭКОВАС и Франции, наделенные мандатом Совета Безопасности¹⁹². К «жесткому» миротворчеству (*robust peacekeeping*) относится МООНДРК в Демократической Республике Конго¹⁹³, параллельно с которой некоторое время действовала миссия ЕВФОР (EUFOR) (операция «Артемис») с расширенным мандатом на применение военной силы¹⁹⁴. В Восточном Тиморе принудительные меры (ИНТЕРФЕТ) были заменены на ВАООНВТ, администрацию ООН с собственными полномочиями на применение силы¹⁹⁵, которую после провозглашения независимости Тимора-Лешти сменила новая миссия ООН для поддержки нового правительства

Guillaume, Le cadre juridique de l'action de la KFOR au Kosovo, ebd, 243; *Ruffert*, The Administration of Kosovo and East-Timor by the International Community, ICLQ 50 (2002) 613ff; *Stahn*, Lawmaking by International Administrations, Int Peacekeeping 11 (2007) 81ff; *Tomuschat*, Yugoslavia's Damaged Sovereignty over the Province of Kosovo, in: Krejten (Hrsg), State, Sovereignty and International Governance, 2002, 323; *Wills*, Occupation Law and Multinational Operations, BYBIL 77 (2006) 256 (301ff). Декларация независимости Косово повлияла на структуру миссий, но не на разграничение функций.

¹⁸⁷ S/RES/794 от 3.12.1992.

¹⁸⁸ S/RES/751 от 24.4.1992, опубликована в: VN 1993, 63 (UNOSOM I); S/RES/814 от 26.3.1993, опубликована в: UNYB 1993, 290 (UNOSOM II). Но особенность ЮНОСОМ II состояла в том, что наряду с задачей по поддержанию мира эти вооруженные силы имели также мандат на применение принудительных мер, см.: *Bothe* (сноска 175) Rn 49; *Dörmann*, Schutz von UN-Peace-Keeping-Truppen vor Landminen, Forschungshefte zur Friedenssicherung und zum Humanitären Völkerrecht, Bd VIII, 1995, 27.

¹⁸⁹ S/RES/929 от 22.6.1994.

¹⁹⁰ S/RES/940 от 31.7.1994; после повторного конфликта в 2004 г. полномочия были предоставлены новым «многонациональным временным силам» (S/RES/1529 от 29.2.2004). По завершении этой миссии началась миссия ООН по постконфликтному миростроительству (МООНСГ), S/RES/1542 от 30.4.2004, продлена на основании резолюции S/RES/1892 от 13.10.2009. Функции миссии были расширены на основании резолюции S/RES/1908 от 19.1.2010 в связи с осуществлением полномочий по обеспечению порядка после землетрясения от 12.1.2010. См.: *Leininger*, Democracy and UN Peace-Keeping, MPYUNL 10 (2006) 465ff

¹⁹¹ Миссия ООН в Кот-д'Ивуаре, S/RES/1479 от 13.5.2003, за которой последовала миссия ООН по постконфликтному миростроительству, ОООНКИ, S/RES/1528 от 27.2.2004.

¹⁹² S/RES/1464 от 4.2.2003.

¹⁹³ S/RES/1493 от 28.7.2003; 1906 от 23.12.2009.

¹⁹⁴ Временные чрезвычайные многонациональные силы в Буния, S/RES/1484 от 30.5.2003.

¹⁹⁵ S/RES/1264 от 15.9.1999(ИНТЕРФЕТ) и S/RES/1272 от 25.10.1999 (ВАООНВТ).

(МООНПВТ)¹⁹⁶. В Афганистане дислоцируются коалиционные вооруженные силы в рамках операции «*Несокрушимая свобода*» без мандата Совета Безопасности. Согласно преобладающему мнению, основанием для военной операции является право на самооборону, а после вступления в должность нового правительства — согласие правительства. Кроме того, в Афганистане действуют многонациональные вооруженные силы содействия безопасности (ISAF), обладающие мандатом Совета Безопасности¹⁹⁷ и гражданская миссия ООН¹⁹⁸. Вооруженные силы коалиции оккупировали Ирак без санкции Совета Безопасности¹⁹⁹, но впоследствии получили согласие нового иракского правительства и мандат Совета Безопасности²⁰⁰. Способы военного урегулирования конфликтов стали очень разнообразными²⁰¹.

37 В операциях, проводящихся на протяжении последних лет, традиционные элементы поддержания мира (создание буферных зон, обеспечение безопасности на линиях разъединения конфликтующих сторон) все чаще совмещаются с *новыми наблюдательными функциями*, в частности, в связи с *обеспечением соблюдения прав человека и проведением выборов* (в Центральной Америке²⁰², Камбодже²⁰³, Мозамбике²⁰⁴, Анголе²⁰⁵, Западной

¹⁹⁶ S/RES/1410 от 17.5.2002. Эта миссия была заменена исключительно гражданской миссией (ОООНТЛ, S/RES/1599 от 28.4.2005), а эта миссия, в свою очередь, миссией с военными и полицейскими элементами (ИМООНТ, S/RES/1704 от 25.8.2006, 1867 от 26.2.2009). Кроме того, международные вооруженные силы действуют в стране на основании двусторонних соглашений без мандата, но с одобрения Совета Безопасности.

¹⁹⁷ S/RES/1386 от 20.12.2001; см. выше сноски 124, 133.

¹⁹⁸ МООНСА, S/RES/1401 от 28.3.2002; S/RES/2083 от 14.12.2012.

¹⁹⁹ См. ссылки в сноске 139 и след.

²⁰⁰ S/RES/1511 от 16.10.2003 (пункт 13) и S/RES/1546 от 8.6.2004 (пункты 9 и след.).

²⁰¹ К вопросу о попытке систематизации см.: *Bothe, Militärische Gewalt als Instrument von Konfliktregelung*, in v. Schorlemer (Hrsg), *Praxishandbuch UNO*, 2003, 13; к вопросу о развитии *ius post bellum* см. ниже абз. 129 и след.

²⁰² Миссия наблюдателей ООН по контролю за процессом проведения выборов в Никарагуа (МООНКПВН), см. документ ООН A/44/642 от 17.10.1989; группа наблюдателей ООН в Центральной Америке (ГНООН в ЦА), S/RES/644 от 7.11.1989, опубликована в: VN 38 (1990) 195; миссия наблюдателей ООН в Сальвадоре (МНООНС), S/RES/693 от 20.5.1991, опубликована в: VN 40 (1992) 175 и S/RES/729 от 14.1.1992, опубликована в: VN 40 (1992) 176. О наблюдении за проведением выборов в целом см.: *Garber, A New Era of Peacemaking: United Nations and Election Monitoring*, in: Kühne (Fn 149) 217ff.

²⁰³ Временный орган ООН в Камбодже (ЮНТАК), S/RES/745 от 28.2.1992, опубликована в: VN 40 (1992) 78.

²⁰⁴ ЮНОМОЗ, S/RES/797 от 16.12.1992, опубликована в: VN 41 (1993) 118.

²⁰⁵ Контрольная миссия ООН в Анголе (UNAVEM), о наблюдении за выборами, в частности, см. S/RES/747 от 24.3.1992, опубликована в: VN 41 (1993) 113.

Сахаре²⁰⁶, Кот-д'Ивуаре²⁰⁷, Судане²⁰⁸, Конго²⁰⁹, в частности, «политические» миссии без военного элемента²¹⁰), а также оказание помощи гражданскому населению (в Сомали, бывшей Югославии²¹¹, Чад/Центрально-Африканская Республика²¹²), беженцам (Чад/Центрально-Африканская Республика) и других категорий населения (Южный Судан²¹³). В отдельных случаях круг задач миссий расширен вплоть до восстановления государственного порядка (Камбоджа, Гаити, Афганистан²¹⁴), в частности, разоружение местного населения (демобилизация, сбор оружия, ресоциализация участников военных действий²¹⁵), а также разминирование или оказание помощи при разминировании. При этом территории могут переходить под управление ООН (кратковременно Восточная Славония²¹⁶, Косово, Восточный Тимор). При выполнении этих многосторонних задач (многофункциональное обеспечение мира) миротворческие меры являются существенным элементом *постконфликтного миростроительства*²¹⁷. Кроме того, операции ООН могут совмещаться с операциями региональных организаций, причем сферы деятельности и контрольные функции могут распределяться по-разному²¹⁸.

²⁰⁶ S/RES/690 от 29.4.1991 (МООНРЗС).

²⁰⁷ ООНКИ, см. сноска 195.

²⁰⁸ S/RES/1590 от 24.3.2005, круг задач этой миссии был расширен в Дарфурском конфликте (см. резолюцию S/RES/1706 от 31.8.2006); см.: *Bothe*, *International Legal Aspects of the Darfur Conflict*, FS Neuhold, 2006, 1ff.

²⁰⁹ МООНДРК, S/RES/1291 от 24.2.2000, последние изменения S/RES/1906 от 23.12.2009.

²¹⁰ МООНН, S/RES/1740 от 23.1.2007, v *Einsiedel*, *Die Rolle der UN im Friedensprozess in Nepal*, VN 57 (2009) 262ff.

²¹¹ О гуманитарной помощи в бывшей Югославии см., в частности, резолюцию S/RES/761 от 29.6.1992, опубликована в: VN 40 (1992) 213; резолюцию S/RES/764 от 13.7.1992, опубликована в: VN 40 (1992) 214; резолюцию S/RES/770 от 13.8.1992, опубликована в: VN 40 (1992) 216.

²¹² S/RES/1778 от 25.9.2007.

²¹³ ЮНИСФА, S/RES/1990 от 27.6.2011, МООНС, S/RES/1996 от 8.7.2011.

²¹⁴ См. выше сноски Fn 97, 192, 200; *O'Neill*, *UN Peacekeeping Operations and Rule of Law Programs*, in: Hurwitz (Hrsg), *Civil War and the Rule of Law*, 2008, 91ff.

²¹⁵ Например, ООНКИ.

²¹⁶ ВАООНВС, S/RES/1037 от 15.1.1996.

²¹⁷ Документ ООН A/47/277 (Повестка дня для мира, доклад Генерального Секретаря ООН), пункты 46 и след.; документ ООН A/50/60 (приложение к Повестке дня для мира), пункты 8 и след.; *Schaller*, *Peacebuilding und «ius post bellum»*, 2006; *Shraga*, *Military Occupation and UN Transitional Administrations*, FS Cafilisch, 2007, 479 (484ff); *Wills* (сноска 190) 301ff.

²¹⁸ ООН и АС: Дарфур (ЮНАМИД, S/RES/1769 от 31.7.2007, продление S/RES/2063 от 31.7.2012), Кот-д'Ивуар (ООНКИ, S/RES/1609 от 24.6.2005, 1633 от 21.10.2005, 1721 от 1.11.2006, 2062 от 26.7.2012); ООН и ЕС: Центрально-Африканская Республика и Чад (МИНУРКАТ, S/RES/1778 от 25.9.2007); ООН и ЭКОВАС: Либерия (МНООНЛ), Сьерра-Леоне (МНООНСЛ), Кот-д'Ивуар (ООНКИ); ООН и СНГ: Грузия, Абхазия (МНООНГ, S/RES/858 от 24.8.1993, от 27.7.1994, последние изменения S/RES/1866 от 13.2.2009); Таджикистан (МНООНТ, S/RES/986 от 16.12.1994,

38 Правовой статус миротворческих войск основан на том, что они являются органом ООН. Таким образом, правила международного права устанавливаются права и обязанности ООН как субъекта международного права. Постепенно сложилась постоянная практика, сформулированная Генеральным Секретарем ООН в *Типовом соглашении о статусе сил для проведения операций*²¹⁹. Этот статус во многом схож с т.н. *гостевым* статусом вооруженных сил, т.е. статусом вооруженных сил одного государства, размещенных в мирное время на территории другого государства с согласия последнего на различных основаниях, например, в рамках союза²²⁰. Особые полномочия миротворческих войск в остальном зависят от содержания мандата Совета Безопасности, который, как правило, признается государством, в котором проводится операция. Поскольку мандат разрешает или обязывает принимать меры в отношении населения государства размещения, возникает вопрос о применимом праве, например, в случае ограничения свободы передвижения или нанесения ущерба в рамках мандата²²¹. При осуществлении полномочий в рамках мандата ООН обязана соблюдать права человека, если они являются частью международного обычного права. Поскольку персонал миротворческих миссий не имеет полномочий или имеет лишь ограниченные полномочия на применение военной силы, возникает проблема его защиты от нападения в стране размещения. Этот вопрос регулируется *Конвенцией о защите персонала ООН*²²². В частности, она обязывает стороны конвенции установить наказание и обеспечить судебное преследование за нападение на персонал ООН. Эта конвенция, разумеется, не применяется в случаях, когда силы ООН наделены мандатом на ведение военных действий или задействованы в качестве комбатантов (ст. 2 Конвенции). В таких случаях к ним применяется право вооруженных

последние изменения S/RES/1274 от 12.11.1999). К вопросу о сотрудничестве между ООН и АС см.: *Barthel*, Die neue Sicherheits- und Verteidigungsstruktur der Afrikanischen Union, 347ff.

²¹⁹ Документ ООН A/45/594, опубликован в: *Bothe/Dörschel* (Hrsg), UN Peacekeeping — A Documentary Introduction, 1999, 59ff.; *Murphy* (сноска 177) 107ff; к вопросу о квалификации см.: *Zimmermann*, Die Wirksamkeit rechtlicher Hegung militärischer Gewalt, in: *Zimmermann u a*, Konfliktformen, 7 (21ff).

²²⁰ См.: *Bothe* (сноска 175) Rn 25ff mwN.

²²¹ Полезная информация по этой проблеме см.: *Arnold* (Hrsg), Law Enforcement within the Framework of Peace Support Operations, 2008; *Dailier*; Les opérations multinationales consécutives à des conflits armés en vue du rétablissement de la paix, RdC 314 (2005) 237 (367ff); *Fleck*, Schutz der Menschenrechte bei Auslandseinsätzen, NZWehrR 50 (2008) 164ff; *Rotmann*, Erste Schritte zu einer Polizeidoktrin für UN-Friedenseinsätze, Sicherheit und Frieden 26 (2008) 164ff; *Zwanenburg*, UN Peace Operations between Independence and Accountability, IOLR 5 (2008) 23ff.

²²² Конвенция о безопасности персонала ООН и связанного с ней персонала, опубликована в: *Bothe/Dörschel* (сноска 223) 87ff; *Fisher*, At Risk in No-man's Land, Minnesota LRev 85 (2000) 663ff.

конфликтов²²³. Однако ограничение этих двух видов мандатов на практике является проблематичным.

В силу того, что миротворческие силы все чаще используются ООН в конфликтных ситуациях, существует необходимость обеспечения наличия подразделений, прошедших соответствующую подготовку, на основании международного права. Генеральный Секретарь достиг договоренности по этому вопросу с рядом государств в основном в форме *меморандумов о взаимопонимании*²²⁴. Некоторые группы государств готовят межнациональные миротворческие подразделения²²⁵. Концепция поддержания мира посредством консенсуса и сотрудничества зарекомендовала себя и в последнее время развивалась успешно. Кроме того, используется концепция поддержания мира посредством принудительных мер невоенного характера, предусмотренных в Уставе ООН. *Военные принудительные меры* нового типа получили развитие после окончания холодной войны и отказа постоянных членов Совета Безопасности ООН от «автоматического» вето. Сначала возникла новая односторонняя гегемония США, которая вызывала сомнения и противодействие у некоторых членов ООН. На сегодняшний день сформировалась олигархическая система пяти постоянных членов Совета Безопасности («P5»). Наряду с миссиями по поддержанию мира посредством применения принудительных мер, решение о которых является реакцией на существующие конфликты, подчеркивается необходимость создания системы *превентивного поддержания мира* посредством предотвращения конфликтов²²⁶ и превентивной дипломатии²²⁷.

39

²²³ См. ниже абз. 62; подробнее *Kolb*, *Droit humanitaire et opérations de paix internationales*, 2. Aufl 2006, 29ff; *Knoops*, *The Transposition of Inter-State Self-Defense and Use of Force onto Operational Mandates for Peace Support Operations*, in *Arnold* (сноска 225) 3 (6ff); *Mendis*, *Application of International Humanitarian Law to United Nations Forces*, 2007; *Murphy* (сноска 177) 241ff; *Schwendemann*, *Rechtsfragen des humanitären Völkerrechts bei Friedensmissionen der Vereinten Nationen*, 2007; *Marauhn*, *Streitkräfte zur Friedenssicherung im Ausland*, in *Zimmermann u a*, *Konfliktformen*, 249 (263ff).

²²⁴ Соответствующее типовое соглашение опубликовано в: *Bothe/Dörschel* (сноска 223) 83.

²²⁵ В 1995 г. несколько (преимущественно европейских) государств создали «Многонациональную бригаду повышенной боевой готовности для операций ООН», однако она была расформирована в 2009 г. См.: *Roberts*, *Proposals for UN Standing Force*, in: *Lowe/Roberts/Welsh/Zaum* (сноска 22) 99ff.

²²⁶ В этой связи миротворческие силы могут также играть роль, в частности, в Македонии (СПООН), резолюция S/RES/983 от 31.3.1995, см.: *Ostrowski*, *Preventive Deployment of Troops as Preventive Measures*, NYJILP 30 (1998) 793.

²²⁷ *Israeli*, *Vorbeugende Diplomatie mittels der VN*, VN 37 (1989) 1ff; *Peck*, *Improving the UN System of Preventive Diplomacy and Conflict Resolution*, in: Kühne (сноска 177) 401ff; *Picco*, *Preventive Diplomacy and Conflict Resolution*, там же, 423ff; *Hill*, *Preventive Diplomacy, Peace-Making and Peace-Keeping*, SIPRI Yb 1993, 45ff.

Полномочия Совета Безопасности

- 40** Согласно ст. 24 Устава ООН на Совет Безопасности возложена «главная ответственность за поддержание международного мира и безопасности». Для ее реализации он обладает специальными полномочиями, изложенными в главах VI, VII, VIII и XII Устава ООН. Кроме того, Международный суд ООН предположил, что наряду с этими особыми полномочиями существуют общие полномочия, вытекающие непосредственно из ст. 24 Устава ООН²²⁸. В литературе эта точка зрения ограничивается, поскольку такие полномочия должны следовать из закрепленных в Уставе ООН задач как «подразумеваемые полномочия» (*«implied powers»*)²²⁹. В своей новейшей практике Совет Безопасности придает большое значение точному определению того, на основании какой главы Устава ООН он действует в каждом конкретном случае²³⁰.
- 41** Глава VI Устава ООН (ст. 33 и след.) касается ситуаций, в которых существует только косвенная угроза миру. В такой ситуации Совет Безопасности может провести расследование (ст. 34), рекомендовать сторонам надлежащую процедуру или методы мирного урегулирования (ст. 36) или рекомендовать условия разрешения спора (ст. 37 (абз. 2), ст. 38). Принятие решений, обязательных для исполнения, не предусмотрено. Таким образом, полномочия Совета Безопасности ООН по главе VI Устава ООН сравнимы с классическими процедурами урегулирования споров при участии третьих лиц и не подразумевают *принудительных мер*²³¹.
- 42** Полномочия на принятие таких мер вытекают из главы VII Устава ООН. В соответствии с ней Совет Безопасности обладает следующими полномочиями по обеспечению мира²³²: 1) определение существования любой угрозы миру, любого нарушения мира или акта агрессии, которые приводят к задействию особым полномочий Совета Безопасности (ст. 39); 2) вынесение рекомендаций (ст. 39); 3) определение временных мер (например, прекращение огня или вывод вооруженных сил, ст. 40); 4) невоенные

²²⁸ См. консультативное заключение Международного суда по делу о *Намибии*, ICJ Rep 1971, 16, 51f; противоположная точка зрения представлена в решении МУС ООН по делу *Таджича (Tadić)*, IT-94-AR72, 2.10.1995, § 28.

²²⁹ *Peters*, in: Simma u a (сноска 75) Art 24 Rn 58ff.

²³⁰ *Bothe*, Les limites des pouvoirs du Conseil de Sécurité, in: Dupuy (Hrsg), Le développement du rôle du Conseil de Sécurité, 1993, 67 (71).

²³¹ См.: *Tomuschat*, in: Simma (сноска 75) Art 33 Rn 2.

²³² Развитие практики СБ ООН после окончания холодной войны анализируется в многочисленных научных работах, в которых многие аспекты практики считаются спорными. См., например: *Bruha*, Security Council, in: Wolfrum/Philipp (сноска 179) 1147ff; Dupuy (сноска 234); Société française pour le droit international (Hrsg), Le chapitre VII de la Charte des Nations Unies, Colloque de Rennes, 1995; *Dominicé*, Le Conseil de Sécurité et l'accès aux pouvoirs qu'il reçoit du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, SZIER 5 (1995) 417ff.

принудительные меры (в частности, перерыв экономических или иных отношений, эмбарго, ст. 41); 5) осуществление принудительных мер военными средствами (ст. 42). Согласно ст. 39 Устава ООН Совет Безопасности определяет, существует ли «угроза миру, любое нарушение мира или акт агрессии». Наличие такой ситуации, угрожающей миру, и установление этого факта Советом Безопасности является предпосылкой предоставления полномочий на вмешательство в соответствии с последующими положениями Устава ООН. Поэтому конкретизация этой предпосылки имеет решающее значение для системы коллективной безопасности в целом.

Применение силы, запрещенное согласно ст. 2 (абз. 2) Устава ООН, и, в особенности, вооруженное нападение согласно ст. 51 Устава ООН являются ситуацией, предусмотренной в ст. 39 Устава ООН. Однако компетенция Совета Безопасности не ограничена ситуацией вооруженного нападения. Нарушение мира или угроза миру выходят за рамки вооруженного нападения. Полномочия Совета Безопасности по принятию решений о применении принудительных мер шире, чем полномочия государств на децентрализованное применение силы в форме индивидуальной или коллективной самообороны. Для толкования нарушения или угрозы мира необходимо в первую очередь определить *понятие мира*²³³. Если исходить из того, что мир является отсутствием организованного применения силы между государствами (*негативное* понятие мира), нарушением мира являются любые военные действия вооруженных сил различных государств, а угрозой мира является любая ситуация, в которой существует непосредственная угроза начала таких военных действий, причем в отдельных случаях такую ситуацию трудно отграничить от косвенной угрозы или угрозы миру по смыслу главы VI Устава ООН. Особые проблемы возникают в связи с *вооружением* государств. Международно-правовой запрет применения силы не является запретом на вооружение. Поскольку в ст. 51 Устава ООН признается право на самооборону, подготовка к самообороне посредством развития вооружений также должна считаться правомерной по Уставу ООН и не может квалифицироваться как угроза миру²³⁴. С другой стороны, в ходе окончательного урегулирования кувейтского кризиса Совет Безопасности возложил на Ирак широкие обязанности по разоружению. Возложение таких обязанностей является правомерным, если продолжение развития вооружений в конкретной ситуации, как в случае

43

²³³ *Randelzhofer*, Der normative Gehalt des Friedensbegriffs im Völkerrecht der Gegenwart, in: Delbrück (сноска 172) 13ff; *Czeppiel*, Frieden und Sicherheit als außen- und innenpolitische Konzepte aus politologischer Sicht, ebd; *Krisch*, in: Simma u a (сноска 75) Art 39 Rn 7ff; *Sorel*, L'élargissement de la notion de menace contre la paix, in Société française (сноска 236) 3ff.

²³⁴ См., в частности, выводы Международного суда в деле *о Никарагуа*: ICJ Rep 1986, 14, 135.

с Ираком, является источником угрозы миру²³⁵. Меры по вооружению, которые принимаются с целью осуществления агрессии в будущем, вероятно, также следует рассматривать как угрозу миру согласно ст. 39 Устава ООН. В практике Совета Безопасности *содействие международному терроризму* со стороны государств²³⁶ и даже *сами акты терроризма* рассматриваются в качестве *угрозы миру*²³⁷. На этом основывались решения Совета безопасности о применении невоенных принудительных мер²³⁸ против Ливии в связи с невыдачей подозреваемых в теракте в Локерби²³⁹ и против талибов²⁴⁰. В качестве угрозы миру также рассматривается распространение оружия массового уничтожения, что также может повлечь за собой принятие мер Советом Безопасности²⁴¹.

44 Если определять понятие мира не только в качестве неприменения военной силы между государствами, а включать в понятие мира позитивные элементы (например, соблюдение основных прав человека — *позитивное* понятие мира), *понятие угрозы миру* и нарушения мира автоматически *расширяется*. На этом основании можно, например, прийти к выводу, что определенные нарушения норм международного права, даже если они не вызывают непосредственную вооруженную реакцию других государств, представляют собой угрозу миру. В первую очередь речь идет о грубых и систематических нарушениях прав человека государством. Однако в случаях, в которых грубые нарушения прав человека и притеснения определенных групп населения были поводом для принятия Советом Безопасности мер, Совет Безопасности на протяжении длительного времени уклонялся от обозначения этих нарушений как угрозы миру (меры против Южной Родезии²⁴², Южной Африки²⁴³ и Ирака²⁴⁴ относительно притеснения курдов и других

²³⁵ *Marauhn*, The Implementation of Disarmament and Arms Control Obligations Imposed upon Iraq by the Security Council, ZaöRV 52 (1992) 781ff.

²³⁶ См. резолюции СБ ООН № 1214 от 8.12.1998, 1267 от 15.10.1999, 1333 от 19.12.2000.

²³⁷ См. резолюции СБ ООН № 1368 от 12.9.2001, 1373 от 28.9.2001, 1377 от 12.11.2001, 1438 от 14.10.2002, 1452 от 20.12.2002, 1455 от 17.1.2003, 1516 от 20.11.2003, 1526 от 30.1.2004, 1530 от 11.3.2004.

²³⁸ *König*, Terrorism, in: Wolfrum/Philipp (Fn 85) 1220 (Rn 13).

²³⁹ S/RES/748 от 31.3.1992.

²⁴⁰ СБ ООН № 1267 от 15.10.1999, 1333 от 19.12.2000.

²⁴¹ S/RES/1540 от 28.4.2004 о распространении оружия массового уничтожения; S/RES/1718 от 14.10.2006 о Северной Корее. Последняя резолюция основана на том, что приобретение ядерного оружия и ракетных носителей в данном случае является угрозой миру, хотя в то время Северная Корея не была участником Договора о нераспространении ядерного оружия.

²⁴² S/RES/217 от 20.11.1965, опубликована в: VN 13 (1965) 214, и S/RES/221 от 9.4.1966, опубликована в: VN 14 (1966) 68f.

²⁴³ S/RES/418 от 4.11.1977, опубликована в: VN 25 (1977) 198.

²⁴⁴ S/RES/688 от 5.4.1991, опубликована в: VN 39 (1991) 77.

групп населения; ситуация в Сомали²⁴⁵, Руанде²⁴⁶)²⁴⁷. Совет Безопасности выявлял элементы угрозы миру в вышеописанном традиционном смысле и приводил их в качестве основания для осуществления своих полномочий. В последнее время Совет Безопасности отказался от такого самоограничения, хотя позитивное понятие мира использовалось в качестве основания решения не в полной мере (Гаити²⁴⁸, Восточный Тимор²⁴⁹, особенно отчетливо — в дарфурском конфликте²⁵⁰). Сдержанные формулировки при определении угрозы миру в Косово до момента нападения государств НАТО²⁵¹ могут интерпретироваться в контексте прежней практики.

Указанные резолюции затрагивают вопрос о правовых *границах полномочия Совета Безопасности по определению угрозы миру*²⁵². При этом следует исходить из того, что понятия, закрепленные в ст. 39 Устава ООН, являются правовыми понятиями. Статья 39 не наделяет Совет Безопасности правом неограниченного усмотрения при установлении наличия ситуации, в которой он вправе осуществлять полномочия. Компетенция Совета Безопасности по квалификации ситуации ограничена требованиями права, хотя в этих рамках у него есть свобода интерпретации. Если учесть эти проблемы, связанные с квалификацией, которая влечет за собой возникновение полномочий Совета Безопасности согласно главе VII, особенно сложным представляется вопрос о *контроле за соблюдением правовых рамок*. Во многих случаях меры, принятие которых было предложено в Совете Безопасности или о принятии которых он принял решение, были спорными с правовой точки зрения²⁵³. Международный суд ООН не обладает компетенцией по контролю за соблюдением положений Устава другими органами ООН²⁵⁴. Он может рассматривать такие вопросы только в рамках консультативного заключения²⁵⁵, которое подготавливается на основании запроса самих

45

²⁴⁵ S/RES/794 от 3.12.1992.

²⁴⁶ S/RES/929 от 22.6.1994.

²⁴⁷ *Krisch* (сноска 237) Rn 19ff; *Bothe* (сноска 109) 293ff.

²⁴⁸ S/RES/940 от 31.7.1994.

²⁴⁹ S/RES/1264 от 15.9.1999.

²⁵⁰ S/RES/1556 (2004); см.: *Bothe* (сноска 212) 8ff.

²⁵¹ S/RES/1199 от 23.9.1998.

²⁵² Этот вопрос является чрезвычайно спорным, см., например, *Lit Pellet*, *Peut-on et doit-on contrôler les actions du Conseil de Sécurité?*, in: *Société française* (сноска 236) 221ff; *Bedjaoui*, *Un contrôle de légalité des actes du Conseil de Sécurité est-il possible?*, ebd, 255ff; *Martenczuk*, *Rechtsbindung und Rechtskontrolle des Weltsicherheitsrats*, 1996; *Martenczuk*, *The Security Council, International Court of Justice and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?*, EJIL 10 (1999) 517ff; относительно ситуации в Ираке см.: *Bruha*, *Irak-Krieg und Vereinte Nationen*, AVR 41 (2003) 295 (300ff).

²⁵³ См.: *Bruha* (сноска 236) Rn 26ff.

²⁵⁴ *Rosenne*, *International Court of Justice (ICJ)*, MPEPIL V, 459 (Rn 61); *Gowlland-Debbas*, in: *Zimmermann/Tomuschat/Oellers-Frahm* (Hrsg), *The Statute of the International Court of Justice*, 2006, Art 7 UN-Charter Rn 42ff.

²⁵⁵ *Bedjaoui* (сноска 256) 286f.

органов ООН, а не государств, в отношении которых органы ООН принимают решения. Спорным является вопрос о том, уполномочен ли МС ООН в особых случаях при рассмотрении межгосударственных споров в рамках его подсудности проверять правомерность мер Совета Безопасности. Поэтому практика Совета Безопасности останется спорной, пока со временем не сформируется консенсус о единообразном толковании ст. 39 Устава ООН или других положений Устава ООН.

- 46 Если после квалификации ситуации по ст. 39 Устава Совет Безопасности ограничится *рекомендациями*, из квалификации не следуют дополнительные ограничения. Важным примером таких рекомендаций является решение Совета Безопасности, которое привело к военной операции США и их союзников в связи с нападением Северной Кореи на Южную Корею²⁵⁶. Полномочие Совета Безопасности по предоставлению рекомендаций является само собой разумеющимся. Но оно должно рассматриваться в совокупности с его организационными полномочиями (ст. ст. 29, 100 Устава ООН), вследствие чего *использование миротворческих сил* возможно и на основании рекомендаций²⁵⁷. Эти миротворческие силы используются только с согласия всех непосредственно заинтересованных сторон. Этот критерий являлся основным до кризиса в Сомали. Таким образом, Совет Безопасности может рекомендовать использование миротворческих сил или миссий наблюдателей, а стороны могут последовать данной рекомендации. При согласии сторон рекомендация является достаточным основанием для использования миротворческих сил.
- 47 *Статья 40 Устава ООН* наделяет Совет Безопасности полномочием по принятию *временных мер*²⁵⁸. К таким мерам обычно относится решение о прекращении военных действий, а также требование к сторонам конфликта об отводе их вооруженных сил за определенную линию²⁵⁹. Миротворческие силы также могут быть использованы для осуществления контроля за прекращением огня на основании ст. 40 Устава в сочетании с организационными полномочиями Совета Безопасности.
- 48 *Статья 41 Устава ООН* позволяет применение любых *невоенных средств* для оказания давления на государство, которое не соблюдает своих обязанностей по поддержанию мира²⁶⁰. Перечень мер в ст. 41 (предл. 2) не является исчерпывающим. Эти меры направлены на прекращение всех международных, особенно экономических отношений с государством, нарушающим мир. Такие невоенные принудительные меры почти не применялись на протяжении многих десятилетий, за исключением мер, принятых

²⁵⁶ S/RES/83 от 27.6.1950.

²⁵⁷ *Bothe* (сноска 146), Rn 66ff.

²⁵⁸ *Krisch*, in *Simma u a* (сноска 75) Art 40 Rn 1 об истории вопроса.

²⁵⁹ *Krisch* (сноска 262) Rn 8f.

²⁶⁰ *Krisch* Art 41 Rn 3, 12ff.

против Родезии²⁶¹ и Южной Африки²⁶². В последнее время они применялись против Ирака²⁶³, Югославии²⁶⁴, Ливии²⁶⁵, Сомали²⁶⁶ и Афганистана. Предусмотрен широкий диапазон мер Совета Безопасности против терроризма, в частности, меры, которые направлены на разрушение его финансовой основы²⁶⁷. Вопрос о действительности эмбарго является спорным. Во-первых, спорной является его эффективность. Во-вторых, следует учитывать, что такие меры оказывают воздействие не только на ответственные за принятие решений лица, которые должны быть принуждены к действиям в соответствии с Уставом, но и, как правило, на все население соответствующей страны. В таком случае меры имеют последствия, которые могут нарушать права человека. Поэтому в актуальной практике эмбарго не распространяется на *определенные виды гуманитарной помощи*²⁶⁸. В последнее время получили распространение т. н. целевые (*targeted*) или «умные» (*smart*) санкции, которые направлены непосредственно против лиц или предприятий, деятельность которых имеет значение для угрозы миру или нарушения мира. Такие санкции, как правило, выражаются в ограничениях на въезд в определенные государства и замораживание активов²⁶⁹. Эти санкции могут также затрагивать третьи лица, например, банки, которые обязаны заморозить

²⁶¹ S/RES/253 от 29.5.1968, опубликована в: VN 16 (1968) 130ff.

²⁶² S/RES/418 от 4.11.1977.

²⁶³ S/RES/661 от 6.8.1990.

²⁶⁴ S/RES/713 от 25.9.1991.

²⁶⁵ S/RES/748 от 31.3.1992.

²⁶⁶ S/RES/733 от 23.1.1992, опубликована в: VN 41 (1993) 61; другие примеры: Либерия (S/RES/788 от 19.11.1992, опубликована в: VN 41 [1993] 117), Гаити (S/RES/841 от 16.6.1993, опубликована в: UNYB 47 [1993] 342) и Ангола (S/RES/864 от 15.9.1993, опубликована в: UNYB 47 [1993], 256). В целом см. информацию канцелярии пресс-секретаря Генерального Секретаря ООН: применение санкций по главе VII Устава ООН, <<http://www.un.org/News/oss/sanction.htm>>

²⁶⁷ Резолюции № 1267 от 15.10.1999, № 1333 от 19.12.2000, № 1373 от 28.9.2001; см.: *Aston*, Die Bekämpfung abstrakter Gefahren für den Weltfrieden durch legislative Maßnahmen des Sicherheitsrates, *ZaöRV* 62 (2002) 257; *Krisch*, The Rise and Fall of Collective Security, in: *Walter u a* (сноска 53) 879; *Wagner*, Die wirtschaftlichen Maßnahmen des Sicherheitsrates nach dem 11. September 2001 im völkerrechtlichen Kontext, *ZaöRV* 63 (2003) 879ff.

²⁶⁸ Например, в отношении Ирака, см. S/RES/661 от 6.8.1990; резолюцию 4 (F), принятую на 26-й Международной конференции Красного Креста 1995 г., опубликована в: *IRRC* 78 (1996) 72 (77). См.: *Conlon*, Die fragwürdige Sanktionspraxis der UNO, *Außenpolitik* 1995, 327, 334f; *Cordesman*, Iraq and the War of Sanctions, 1999; *Gasser*, Collective Economic Sanctions and International Humanitarian Law, *ZaöRV* 56 (1996) 880ff; van Genugten/de Groot (Hrsg), *United Nations Sanctions: Effectiveness and Effects, Especially in the Field of Human Rights*, 1999; *Kulessa/Stark*, Peace Through Sanctions? Recommendations for German UN Policy, *Int Peacekeeping* 4 (1998) 143ff; *Segal*, Economic Sanctions: Legal and Policy Constraints, *IRRC* 81 (1999) 763ff.

²⁶⁹ S/RES/1757 от 30.5.2007.

активы объектов санкций²⁷⁰. Наряду с эмбарго, ст. 41 Устава ООН является основанием для принятия других мер, например, создание уголовных трибуналов по бывшей Югославии и Руанде²⁷¹, а также Специального трибунала по Ливану²⁷², институциональное и финансовое урегулирование возмещения ущерба, причиненного в результате конфликта (Ирак), а также система контроля над вооружениями (Ирак)²⁷³. Основой и рамками мер Совета Безопасности является задача этих мер, заключающаяся в сохранении или восстановлении мира в определенной ситуации по смыслу ст. 39 Устава ООН. Вышеназванные меры соответствовали данному положению. Однако Совет Безопасности вышел за эти рамки и принял общие меры квази-законодательного характера в отношении общей угрозы миру (терроризм, распространение оружия массового уничтожения). Вопрос о допустимости данных мер является спорным²⁷⁴. Если предположить, что такие общие угрозы миру, как вышеуказанные примеры, подпадают под понятие угрозы миру согласно ст. 39 Устава ООН, Совет Безопасности должен иметь право принимать решения о принятии таких общих мер²⁷⁵.

²⁷⁰ К вопросу о правах человека в связи с введением таких санкций см. выше: Раздел 4. *Кляйн/Шмаль*, абз. 199.

²⁷¹ S/RES/827 v 25.5.1993, 955 v 8.11.1994, 1757 v 30.5.2007; *Graefrath*, Jugoslawientribunal — Präzedenzfall trotz fragwürdiger Grundlage, NJ 47 (1993) 433ff; *Heintschel v. Heinegg*, Die Errichtung des Jugoslawien-Strafgerichtshofes durch Resolution 827, 1993, in: Fischer/Lüders (Hrsg), Völkerrechtliche Verbrechen vor dem Jugoslawien Tribunal, nationalen Gerichten und dem internationalen Strafgerichtshof, 1999, 63ff; см. также решение трибунала по бывшей Югославии по делу *Таджича (Tadić)*, ILM 35 (1996) 35; решение Специального трибунала по Ливану по делу Прокурор против *Аяша (Ayash) и других*, STL-11-01/PT/AC/AR90.1.

²⁷² S/RES/827 v 25.5.1993, 955 v 8.11.1994, 1757 v 30.5.2007; dazu *Graefrath*, Jugoslawientribunal, NJ 47 (1993) 433ff; *Heintschel v. Heinegg*, Die Errichtung des Jugoslawien-Strafgerichtshofes durch Resolution 827, 1993, in: Fischer/Lüders (Hrsg), Völkerrechtliche Verbrechen vor dem Jugoslawien Tribunal, nationalen Gerichten und dem internationalen Strafgerichtshof, 1999, 63ff; Entscheidung des Jugoslawientribunals im *Tadić*-Fall, ILM 35 (1996) 35; Entscheidung des Sondergerichts für den Libanon in *Prosecutor v Ayyash u a*, STL-11-01/PT/AC/AR90.1.

²⁷³ *Böckstiegel*, Ein Aggressor wird haftbar gemacht, VN 45 (1997) 89ff; *Graefrath*, Iraqi Reparations and the Security Council, ZaöRV 55 (1995) 1ff; *Lillich*, The United Nations Compensation Commission, 1995; *Marauhn*, The Implementation of Disarmament and Arms Control Obligations Imposed upon Iraq by the Security Council, ZaöRV 52 (1992) 781ff; *Sw*, Security Council Resolution 687 of 3 April 1991 in the Gulf Affair, 1992; Tanner (Hrsg), From Versailles to Baghdad. Post War Armament of Defeated States, 1992; United Nations Department of Public Information (Hrsg), The United Nations and the Iraq-Kuwait Conflict 1990–1996, 1996; *Zedalis*, An Analysis of Some of the Principal Leading Question Relating to UN Weapons Inspections in Iraq, NordJIL 67 (1998) 249ff.

²⁷⁴ *Wagner*, Die wirtschaftlichen Maßnahmen des Sicherheitsrates nach dem 11. September 2001 im völkerrechtlichen Kontext — Von Wirtschaftssanktionen zur Wirtschaftsgesetzgebung?, ZaöRV 63 (2003) 879 (909ff).

²⁷⁵ О рамках полномочий Совета Безопасности по *постконфликтному миростроительству* см.: *Wheatley*, The Security Council, Democratic Legitimacy and Regime Change in

В случае недостаточности невоенных мер ст. 42 Устава ООН предусматривает *военные меры*. Такие меры осуществляет Совет Безопасности; государства-члены предоставляют в его распоряжение вооруженные силы (ст. 42 (предл. 1), ст. 43 (абз. 1) Устава ООН). Это означает, что вооруженные силы используются под руководством Совета Безопасности. Устав ООН исходит из того, что военная структура управления будет введена Советом Безопасности, для чего создается также Военно-штабной комитет (ст. 47 в сочетании со ст. 45 и 46 Устава ООН). Ст. 42 Устава ООН не предусматривает варианта, при котором Совет Безопасности отказывается от исполнения этой функции управления и уполномочивает отдельные государства на принятие военных мер²⁷⁶. Вооруженные силы, используемые по ст. 42 Устава ООН, состоят из подразделений, предоставляемых в распоряжение ООН государствами-членами. Обязанность по предоставлению вооруженных сил не следует непосредственно из Устава. Военные обязательства государств-членов регулируются *дополнительным соглашением*, заключенным на основании ст. 43 Устава ООН. Такие соглашения до сих пор не были заключены. Разумеется, это не означает, что ст. 42 Устава ООН в настоящее время не применяется. При наличии политической воли и возможности, закрепленной в конституциях отдельных государств, государства могут предоставлять в распоряжение ООН вооруженные силы и без предварительного заключения соглашения по ст. 43 Устава ООН для осуществления принудительных мер по ст. 42 Устава ООН²⁷⁷.

Кроме того, существует тенденция толкования Устава ООН, согласно которой для осуществления определенных действий по разрешению конфликта Совет Безопасности может *уполномочить отдельные государства или группы государств* на применение военной силы (в конфликтах в Ираке/Кувейте, бывшей Югославии, Сомали, Руанде, Гаити и Восточном Тиморе, в Ираке с 2003 г.)²⁷⁸. Эта концепция сомнительна с политической и правовой точек зрения, так как она предоставляет великим державам возможность действовать по своему усмотрению и подвергает сомнению *концентрацию* полномочий по принятию решений о применении силы, которая является целью и смыслом Устава ООН²⁷⁹. После кувейтского конфликта такая практика стала применяться регулярно, но в модифицированной форме. После кувейтского конфликта до сих пор отдельным государствам не предоставлялись

Iraq, EJIL 17 (2006) 531ff.

²⁷⁶ См., например, доклад Генерального Секретаря ООН «Повестка дня для мира» (сноска 221) § 42.

²⁷⁷ *Krisch*, in: Simma u a (сноска 75) Art 43 Rn 10.

²⁷⁸ См. выше абз. 24.

²⁷⁹ *Bothe*, Peace-Keeping and the Use of Force — Back to the Charter or Political Accident?, Int Peacekeeping 1 (1994) 2 (4).

такие широкие полномочия при отсутствии контроля со стороны ООН²⁸⁰. С юридической точки зрения делегирование Советом Безопасности широким полномочиям отдельным государствам, в принципе, допускается на основании подразумеваемого полномочия Совета Безопасности (*implied power*), которое следует из его суммарных полномочий по Уставу ООН (ст. 39, 40, 42 и 48)²⁸¹. Делегирование полномочий отдельным государством стало применяться регулярно, что свидетельствует о возникновении практики, релевантной для формирования международного обычного права. Она распространяется на операции, проводимые в случае ликвидации государственного порядка с целью защиты населения и *постконфликтного миростроительства*²⁸², однако границы применения такой практики являются спорными.

51 Глава VIII Устава ООН предусматривает меры *региональных организаций (соглашений)* для поддержания международного мира и безопасности²⁸³. Такие региональные организации служат поддержанию международного мира и безопасности в рамках организации. Организация американских государств (ОАГ) имеет долгую традицию миротворчества²⁸⁴. Организация африканского единства (ОАЕ), учрежденная в 1963 году и преобразованная в Африканский Союз (АС)²⁸⁵, также внесла существенный вклад в разрешение конфликтов в Африке²⁸⁶. Роль Арабской Лиги²⁸⁷ в урегулировании конфликтов в арабском регионе остается маргинальной. В Европе КБСЕ

²⁸⁰ См. выше абз. 24.

²⁸¹ *Blokker*, International Organizations or Institutions, Implied Powers, MPEPIL VI, 18 (Rn 6); *Köck*, Die «implied powers» der Europäischen Gemeinschaften als Anwendungsfall der, implied powers» Internationaler Organisationen überhaupt, FS Seidl-Hohenveldern, 1988, 279ff; *Rama-Montaldo*, International Legal Personality and Implied Powers of International Organisations, BYBIL 44 (1970) 111ff; см. также консультативное заключение Международного суда по делу *Бернадом (Bernadotte)*: ICJ Rep 1949, 180 и 182.

²⁸² См. выше абз. 24.

²⁸³ *Coleman*, International Organisations and Peace Enforcement, 2007; *Körbs*, Die Friedenssicherung durch die VN und Regionalorganisationen nach Kapitel VIII der Satzung der VN, 1997; *Wolf*, Regional Arrangements and the UN Charter, EPIL IV (2000) 91ff; *Ress*, in: Simma (Fn 69) Art 53 Rn 1ff; *Perrin de Brichambaut*, Les relations entre les Nations Unies et les systèmes régionaux, in: Société française (Fn 199) 97ff; *Walter*, Vereinte Nationen und Regionalorganisationen, 1996.

²⁸⁴ *Garcia-Corrochano Moyano*, Regional Co-operation and Organisation: American States, MPEPIL VIII, 782ff; *Thomas/Thomas*, Non Intervention — The Law and its Import in the Americas, 1956.

²⁸⁵ Договор от 11.7.2000 (<www.africa-union.org>).

²⁸⁶ *Killander*, Regional Cooperation and Organization: African States, MPEPIL VIII, 768ff; *van As*, African Peacekeeping, RDIMDG 45 (2006) 329ff; *Allain*, The True Challenge to the United Nations System of the Use of Force, MPYUNL 8 (2004) 237 (264ff).

²⁸⁷ *Rishmawi/Comndulli*, League of Arab States (LAS), MPEPIL VI, 747ff; *Schmolinsky*, Der Beitrag regionaler Abmachungen und Einrichtungen im Sinne von Kapitel VIII SVN zur Regelung von Konflikten zwischen und innerhalb ihrer Mitgliedstaaten: HV-I 12 (1999) 177ff.

(в настоящее время ОБСЕ) в 1992 году²⁸⁸ заявила, что она является региональным соглашением по смыслу главы VIII Устава ООН. На протяжении последних лет понятие регионального соглашения толкуется очень широко²⁸⁹. Однако установлено, что оборонительные союзы, такие как *НАТО и ЗЕС*, к ним *не относятся*²⁹⁰. Региональные соглашения осуществляют свою деятельность в соответствии со своими правовыми (или в случае ОБСЕ — политическими) правилами. Одновременно они должны соблюдать нормы Устава ООН. Это означает, что они не могут осуществлять военные²⁹¹ принудительные меры без санкции Совета Безопасности, которая дается только в конкретном случае²⁹². От задачи по обеспечению мира в пределах территории членов следует отличать вопрос о том, может ли организация принимать *военные меры при наличии мандата Совета Безопасности*. НАТО и ЗЕС принимали такие меры и считали, что они обладают необходимыми полномочиями на основании изменения их учредительных договоров²⁹³. Европейский союз участвовал в военных операциях в рамках развивающейся европейской политики в области безопасности и обороны²⁹⁴. В Западной Африке аналогичную роль играет ЭКОВАС с военным

²⁸⁸ Хельсинкский документ КБСЕ от 10.7.1992, опубликован в: ILM 31 (1992) 1390ff; EuGRZ 1992, 372ff.

²⁸⁹ *Walter*, in: Simma u a (сноска 75) Art 52 Rn 42ff.

²⁹⁰ *Bothe/Martenczuk* (сноска 82) 127f; *Walter* (сноска 286 [MPEPIL]) Rn 39; *ders* (сноска 286 [UN Charter]) Rn 48; Вольфрум (*Wolfrum*, Der Beitrag regionaler Abmachungen zur Friedenssicherung, ZaöRV 53 [1993] 576 [591ff]) высказывается о необходимости внесения соответствующих изменений в договоры об учреждении НАТО и ЗЕС для исполнения ими задач по главе VIII Устава ООН. Исполнение таких задач «на основании их действующих в настоящее время уставов является спорным» (593); Вальтер (*Walter*) также рассматривает возможность признания НАТО и ЗЕС в качестве региональных органов лишь в случае, если их деятельность осуществляется не в рамках их традиционной задачи в качестве оборонительных союзов.

²⁹¹ Вопрос о том, требуется ли санкция Совета Безопасности для осуществления невоенных принудительных мер, является спорным; см.: *Walter* (сноска 286 [UN Charter]) Rn 53.

²⁹² *Walter* (сноска 286 [MPEPIL]) Rn 16ff; к вопросу о санкционировании операции по-стфактум и генеральном мандате см.: *Frowein*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, BDGVR 37 (1997) 427 (432ff); дифференцированный подход см.: *Hakimi*, To Condone or Condemn?, Vanderbilt J Transnat'l L 40 (2007) 643ff.

²⁹³ НАТО и ЗЕС получили различные мандаты Совета Безопасности в ходе конфликта в бывшей Югославии. См. резолюцию Совета Безопасности № 816 от 31.3.1993 (закрытые зоны для полетов), № 836 от 4.6.1993, № 844 от 18.6.1993, № 958 от 19.11.1994 (применение военно-воздушных сил для содействия СООНО), № 1031 от 15.12.1995 (СВС/СПС), № 1244 от 10.6.1999 (СДК).

²⁹⁴ Обзор см.: *Kuhn*, The System of EU Crisis Management, MPEPIL 13 (2009) 247ff; к вопросу об операциях ЕС в Демократической Республике Конго и в Боснии и Герцеговине см. выше абз. 36.

компонентом ЭКОМОГ²⁹⁵. От этой функции следует отличать выполнение такими организациями традиционных миротворческих задач²⁹⁶.

в) Контроль над вооружениями и разоружение

История развития

- 52 Идея о том, что ограничение вооружения²⁹⁷ способствует уменьшению способности государства к нападению и, таким образом, повышает вероятность сохранения мира, не нова. Однако в прошлом она реализовывалась на практике чаще всего в форме ограничений вооружения побежденного государства. Идея по *обеспечению мира посредством ограничения вооружений на равноправных началах* лежала в основе Гаагских мирных конференций (1899 г. и 1907 г.), деятельности Лиги Наций и ООН по разоружению.

Контроль над вооружениями и разоружение в системе взаимного устрашения

- 53 Усиление контроля над вооружениями, разоружение и обеспечение мира после Второй мировой войны было связано с антагонизмом крупных держав, в котором *взаимное устрашение*²⁹⁸ играло важную роль для обеспечения мира. Цель мер по контролю над вооружениями и разоружением в этой системе заключалась, прежде всего, в обеспечении стабильности посредством сохранения и поддержания *равновесия*, а также в предотвращении дестабилизации через сотрудничество. Стабилизация осуществлялась посредством ограничения и частичного *сокращения вооружений* (ОСВ-1²⁹⁹ и ОСВ-2³⁰⁰, СНВ³⁰¹, Договор о ликвидации ракет средней и меньшей даль-

²⁹⁵ *Bothe* (сноска 175) Rn 131 ff; Совет Безопасности не давал предварительной санкции на действия ЭКОВАС, а лишь впоследствии выразил одобрение операций в Либерии, Сьерра-Леоне и Кот-д'Ивуаре, см., например, резолюции № 788 от 19.11.1992 (Либерия), № 1162 от 17.4.1998 (Сьерра-Леоне); *Allain* (сноска 289) 260ff.

²⁹⁶ *Bothe* (сноска 175) Rn 31; *van As* (сноска 289).

²⁹⁷ К вопросу о развитии и актуальных проблемах см.: *Becker/Müller/Rosert*, Rüstungskontrolle im 21. Jahrhundert, Friedens-Warte 83 (2008) 13ff; *Keefer*, Building the Palace of Peace, JHIL 9 (2007) 25ff.

²⁹⁸ *Verdirame*, The «Sinews of Peace»: International Law, Strategy, and the Prevention of War, BYBIL 77 (2006) 83ff; ebd 91ff о международно-правовых проблемах концепции устрашения.

²⁹⁹ Временное соглашение между Соединенными Штатами Америки и Союзом Советских Социалистических Республик о некоторых мерах в области ограничения стратегических наступательных вооружений (Договор ОСВ-1), см: ILM 11 (1972) 791.

³⁰⁰ Венский договор об ограничении стратегических наступательных вооружений (Договор ОСВ-2), см.: ILM 18 (1979) 1138.

³⁰¹ Договор между Соединенными Штатами Америки и Союзом Советских Социалистических Республик о сокращении и ограничении стратегических наступательных вооружений (Договор СНВ-1), см.: DSD 2 (1991), Suppl (5.11.1991).

ности (РСМД)³⁰², а также Договор между СССР и США о химическом разоружении³⁰³). Договор о запрещении испытаний ядерного оружия в атмосфере, в космическом пространстве и под водой 1963 г.³⁰⁴ был также результатом компромисса между сверхдержавами. Для ограничения риска войны посредством сотрудничества были заключены соглашения о *связи* между сверхдержавами³⁰⁵ (Соглашение о мерах по усовершенствованию линии прямой связи) и о предотвращении инцидентов в открытом море и в воздушном пространстве над ним³⁰⁶. Договор о нераспространении ядерного оружия 1968 г. также был направлен на поддержание паритета между сверхдержавами, поскольку его целью являлось предотвращение нарушения паритета в результате приобретения ядерного оружия третьими государствами. *Запрет на размещение оружия массового уничтожения* в определенных районах (на небесных телах³⁰⁷, на дне морей и океанов³⁰⁸) также направлен на нераспространение вооружений. Переговоры о сокращении обычных вооружений в Европе были связаны с планами разоружения в отношениях между НАТО и Варшавским договором. Договор о сокращении обычных вооруженных сил в Европе³⁰⁹ также был основан на идее поддержания паритета между военными блоками³¹⁰. Контрольные меры, принимаемые в соответствии с договором, по обеспечению прозрачности значительно повлияли на разрядку напряженности в Европе. Сложившийся под влиянием *двусторонних* отношений характер права на осуществление контроля над вооружениями проявился также в переговорном процессе. ООН играла второстепенную роль³¹¹. Переговоры по основным договорам (ОСВ, СНВ,

³⁰² Договор между Соединенными Штатами Америки и Союзом Советских Социалистических Республик о ликвидации ракет средней и меньшей дальности (Договор РСМД), см.: ILM 27 (1988) 84 (перевод на немецкий: EA [1988], D 18).

³⁰³ Договор от 1.6.1990, см.: ILM 29 (1990) 932.

³⁰⁴ BGBl 1963 II, 907. Речь идет о договоре, рассчитанном на универсальное действие (126 государств-участников на 2012 г.), хотя переговоры по нему вели исключительно США, Великобритания и СССР. Франция и Китай, а также Северная Корея и Пакистан его не ратифицировали.

³⁰⁵ Fahl (Hrsg), Rüstungsbeschränkung, Bd III, Nr 9.

³⁰⁶ Fahl (сноска 308) Nr 10.

³⁰⁷ Ст. IV Договора о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела от 27.1.1967, см.: BGBl 1969 II, 1968; см. также: Соглашение о деятельности государств на Луне и других небесных телах от 5.12.1979: 1363 UNTS 3.

³⁰⁸ Ст. I Договора о запрещении размещения на дне морей и океанов и в его недрах ядерного оружия и других видов оружия массового уничтожения от 11.2.1971 г.: BGBl 1972 II, 326.

³⁰⁹ Договор об обычных вооруженных силах в Европе (Договор ОБСЕ), см.: BGBl 1991 II, 1155; *Koulik*, Verification of the CFE Treaty: A SIPRI Research Report, 1991.

³¹⁰ К вопросу о дальнейшем развитии см. ниже абз. 55.

³¹¹ *Citron*, Die Sondergeneralversammlung der Vereinten Nationen für Abrüstung, EA 1978, 630ff; *Wegner*, Die zweite Sonderkonferenz der Vereinten Nationen über Abrüstung, EA

РСМД) проходили только между сверхдержавами³¹². Особой переговорной площадкой являлся и является Женевский *Комитет по разоружению* (под разными названиями с 1961 г., с 1984 г.— Конференция по разоружению)³¹³, в котором главную роль играли сверхдержавы, что формально выражалось в совместном советско-американском председательстве (до 1978 г.). Двусторонние отношения также наложили свой отпечаток на переговоры о многосторонних мерах по контролю над вооружениями и разоружением, например, по Конвенции о запрещении биологического оружия (заключена в 1971 г.)³¹⁴ и по Конвенции о запрещении химического оружия (заключена в 1992 г.)³¹⁵. При осуществлении контроля по договорам о контроле вооружений и разоружении также использовались формы взаимного контроля³¹⁶, взаимное спутниковое наблюдение³¹⁷ и взаимные инспекции³¹⁸.

1982, 575ff; *Bougrov*, Conceptual and Practical Aspects of United Nations Activities in the Field of Disarmament, in: UNITAR (Hrsg), The United Nations and the Maintenance of International Peace and Security, 1987, 337ff; *Goldblat*, The Role of the United Nations in Arms Control, ebd, 369ff; *Akashi*, The Role of the UN in Disarmament, Disarmament 1991, 33ff.

³¹² *Bothe*, in: *Bothe/Graf Vitzthum*, Rechtsfragen, 40f mwN.

³¹³ О работе Конференции по разоружению см.: *Bernauer*, Nuclear Issues on the Agenda of the Conference of Disarmament, UNIDIR-Publication 91/68 (1991); *Schmalberger*, In Pursuit of the Nuclear Test Ban Treaty: A Guide to the Debate in the Conference of Disarmament, UNIDIR-Publication 91/16 (1991).

³¹⁴ Конвенция о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении от 10.4.1972, см.: BGBl 1983 II, 133; *Geissler*, Strengthening the Biological Weapons Convention, Disarmament 1991, 104ff; *Meselson*, Implementing the Biological Weapons Convention of 1972, UNIDIR Newsletter 1991, 10ff; *Millett*, The Biological Weapons Convention, JCSL 15 (2010) 25ff.

³¹⁵ Конвенция о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и о его уничтожении от 13.1.1993, см.: BGBl 1994 II, 807; см. также: *Bardonnet* (Hrsg), The Convention on the Prohibition of Chemical Weapons, 1995; *Krutzsch/Trapp*, Commentary on the Chemical Weapons Convention, 1994; *Bernauer*, Globales Chemiewaffen-Verbot, Friedens-Warte 71 (1996) 9ff; *Kirstein/Meissner*, Auf des Messers Schneide: Chancen und Gefahren für ein weltweites Verbot chemischer Waffen, Vierteljahresschrift für Sicherheit und Frieden 1990, 210ff; *Ronzitti*, Le désarmement chimique et le protocole de Genève de 1925, AFDI 35 (1989) 149ff; *Fry*, Sovereign Equality under the Chemical Weapons Convention, JCSL 15 (2010) 45ff.

³¹⁶ *Ifft/Graham*, Practical Problems with Bilateral Arms Control Treaties, in: *Dahlitz/Dicke* (Hrsg), The International Law of Arms Control and Disarmament, 1991, 59ff. В общем о международно-правовых проблемах верификации договоров о разоружении см.: *Högel*, Rüstungskontrolle und Völkerrecht 1990.

³¹⁷ Этот метод контроля описывается в договорах СНВ как верификация «национальными техническими средствами» (ст. 4 (абз. 9) Договора СНВ-II); о допустимости по международному праву см.: *v. Kries*, National Technical Means of Verification in the Light of INF Treaty, ZWL 37 (1988) 326ff; о верификации договора СНВ см.: *Högel* (сноска 319) 201ff.

³¹⁸ В частности, по договору РСМД; см.: *Högel* (сноска 319) 188ff.

Контроль над вооружениями и разоружение после окончания холодной войны

54

После окончания холодной войны структура регулирования контроля вооружений и разоружения кардинально изменилась. Несмотря на то, что вопрос ядерных и стратегических вооружений по-прежнему определялся между США и Российской Федерацией³¹⁹ и был предметом дальнейших переговоров между ними, регулирование вооружений в целом приобрело *многосторонний характер*³²⁰. Защита государств, не являющихся ядерными, от ядерных государств³²¹ и потенциальных ядерных государств приобрела большее значение. Этой цели служат политические сопроводительные документы к договору о продлении Договора о нераспространении 1995 г.³²² и переговоры по вопросу о приостановлении проведения испытаний в целом (*Договор о всеобщем запрете ядерных испытаний*)³²³, а также о прекращении производства расщепляющихся материалов (т.н. *Договор о прекращении*)³²⁴. Важным шагом в становлении многостороннего права, регулирующего разоружение, является *Конвенция о химическом оружии 1993 г.*³²⁵, в которой после длительных переговоров был закреплен всеобщий запрет на владение и приобретение химического оружия. Конвенция регулирует уничтожение имеющегося химического оружия, разрушение (или конверсия) мощностей для производства такого оружия и запрещает владение, приобретение, производство и разработку новых видов оружия. В Конвенции отразилась *структура права разоружения как нового подраздела*

³¹⁹ Договор СНВ-II 1993 г. не вступил в силу. СНВ-I был дополнен Договором о сокращении стратегических наступательных потенциалов (wurde unwesentlich ergänzt durch den Strategic Offensive Reduction Treaty (СИП) 2002). СНВ-I истек в 2009 г., но на практике продолжал применяться. Он был заменен Договором о мерах по дальнейшему сокращению и ограничению стратегических наступательных вооружений (Пражский договор) от 8.4.2010.

³²⁰ Becker/Müller/Seidler-Diekmann, Die Regime zur Kontrolle nuklearer, biologischer und chemischer Waffen, Friedens-Warte 83 (2008) 57ff.

³²¹ В этой связи следует также обратить внимание на то, что сначала Ассамблея ВОЗ, а затем ГА ООН запросила у Международного суда ООН консультативное заключение относительно допустимости ядерного оружия, см.: ICJ Rep 1996, 66 (консультативное заключение по делу ВОЗ — ядерное оружие), там же, 226 (консультативное заключение по делу ГА — ядерное оружие); см. также: Nagendra/McWhinney, Nuclear Weapons and Contemporary International Law, 2. Aufl 1989.

³²² Принципы и цели ядерного нераспространения и разоружения от 11.5.1995, ILM 34 (1995) 969; Goldblat/Cox (Hrsg), Nuclear Weapon Tests: Prohibition or Limitation?, 1988.

³²³ См.: Arnett, Implementing the Comprehensive Test Ban, SIPRI-Research Report Nr 8 (1994), а также различные статьи об этом договоре: Negotiations in the Conference of Disarmament, 1994, Disarmament 18 (1995) 55ff; Ferm, Multilateral and Bilateral Efforts Towards Nuclear Test Limitations, SIPRI Yb 1991, 541ff.

³²⁴ См.: Delpach/Dunn/Fischer/Sood, Halting the Production of Fissile Materials for Nuclear Weapons, UNIDIR-Publication 94/45 (1994); Schaper, A Treaty on Fissile Material, PRIF Report 109, 2011.

³²⁵ См. выше сноску 318.

международного права. Оно должно ориентироваться не на определенный сценарий конфликта, а иметь многостороннюю основу. Для этого необходим эффективный контроль. Он не может осуществляться лишь с помощью национальных средств верификации (проверки), а должен осуществляться посредством верификации, *организованной на международном уровне*³²⁶. Образцом такого контроля являются контрольные механизмы ДНЯО. Меры по верификации по Конвенции о химическом оружии устанавливают новые рамки. Созданная для этого международная организация (ОЗХО) контролирует, в частности посредством проведения инспекций на местах, хранение имеющихся запасов, их уничтожение, а также уничтожение или конверсия производственных мощностей. Она также в определенных рамках наблюдает за предприятиями, в которых ведется работа с химикатами, которые также могут применяться в военных целях, с целью предупреждения применения таких химикатов в целях вооружения и с целью обеспечения безопасности всех сторон договора. Наряду с этим рутинным контролем у каждого государства-члена существует возможность потребовать от организации проведения контроля в случае наличия подозрения (*инспекции по запросу*), если, по их мнению, имеются неясности относительно исполнения конвенции другим государством. Переговоры о внесении дополнений в *Конвенцию о биологическом оружии* для введения аналогичных контрольных механизмов пока *не увенчались успехом*. ДВЗЯИ, который был заключен после длительных переговоров, содержит систему верификации постоянной комиссией³²⁷. Новой формой международного контроля является наблюдение ООН за исполнением обязательств по разоружению Ирака, которые были возложены на него Советом Безопасности после кувейтского конфликта³²⁸.

³²⁶ О верификации см.: *Bothe*, Verification of Facts, MPEPILX, 643 (Rn 18ff); *Altmann/Stock/Stroot* (Hrsg), Verification After the Cold War, 1994; *Bild/Jones*, Multilateral Verification, Disarmament 1991, 69ff; *Bothe/Ronzitti/Rosas* (Hrsg), The New Chemical Weapon Convention, 1999; *Findlay*, Verification of the Ottawa Convention, Disarmament Forum 4 (1999) 45ff; *Hanski/Rosas/Stendahl* (Hrsg), Verification of Arms Control Agreements, 1991; *Haubrock*, Das Verifikationsproblem der Rüstungskontrollvereinbarungen, 1992; *Gmelch*, Verifikation von multi- und internationalen Rüstungskontrollabkommen, 1992; *Myjer*, The Law of Arms Control and International Supervision, Leiden JIL 3 (1990) 99ff; *Graf Vitzthum*, in *Bothe/Graf Vitzthum*, Rechtsfragen; zur Verifikation im Bereich der IAEО *Lohmann*, Die rechtliche Struktur der Sicherungsmaßnahmen der Internationalen Atomenergie-Organisation, 1993; *Schaper*, Verifikation der Abrüstung von Kernmaterial, HSFK Report 3/2009.

³²⁷ Принята резолюцией A/RES/50/245 от 17.9.1996, ILM 35 (1996) 1439. Сенат США отказался от ратификации. К вопросу об актуальных запретах на испытания см.: *Tabassi*, The Nuclear Test Ban, JCSL 14 (2009) 309ff; О режиме биологического оружия см.: *Pearson/Chevrier*, An Effective Prohibition of Biological Weapons, in *Lederberg* (Hrsg), Biological Weapons — Limiting the Threat, 1999, 113. Переговоры по этому вопросу также не привели к положительному результату в связи с противодействием США.

³²⁸ S/RES/687 от 3.4.1991, пункт 7 и след.; см. выше абз. 34–44.

Поскольку контроль над вооружениями и разоружением не полностью регулируется договорами, большое значение имеет консультативное заключение Международного суда ООН относительно угрозы ядерным оружием или его применению в вооруженных конфликтах от 8.7.1996 г.³²⁹, согласно которому на государства возлагается *юридическая* обязанность добросовестно вести переговоры с целью ядерного разоружения и достичь конечного результата. Эта обязанность была, в принципе, признана ядерными державами на конференции по пересмотру ДНЯО в 2000 г.³³⁰, но исполнения этой обязанности на практике не предвидится³³¹. Проблема дестабилизирующего действия *оружия массового уничтожения* в настоящее время усматривается в опасности того, что они могут попасть в руки террористов или т.н. «стран-изгоев». В рамках дискуссии о т.н. новых угрозах³³² такой аргумент приводится для обоснования одностороннего применения силы. Это привело к принятию мер для предотвращения распространения оружия массового уничтожения, частью которых являются вышеописанные договоры и конвенции (ДНЯО, КБТО, КХО)³³³. Кроме того, большое значение имеют меры Совета Безопасности, в особенности Резолюция 1540 о нераспространении оружия массового уничтожения, и координированные действия (экспортный контроль³³⁴, ограничения транспортировки оружия³³⁵). Несмотря на эти достижения, система нераспространения находится в состоянии

³²⁹ Пункты 98 и след. Заключение; к вопросу о различных концепциях переговоров см.: Müller, *Nukleare Abrüstung*, HSKF Report 7/2011.

³³⁰ 2000 Review Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, 24.4.—19.5.2000, New York, <<http://www.un.org/Depts/dda/WMD/nptrevdoc.html>>.

³³¹ Заявление президента Обамы о мире без ядерного оружия как цели политики США от 5.4.2009 (AJIL 103 [2009] 600ff) не содержит конкретных предложений для реализации этой цели; Fey/Franceschini/Müller/Schmidt, *Auf dem Weg zu Global Zero?*, HSKF Report 4/2010.

³³² См. выше абз. 11, 19.

³³³ Bothe, *Weapons of Mass Destruction, Counter-Proliferation*, MPEPIL X, 829ff; ders., *Proliferation of Weapons of Mass Destruction*, in: Handl/Zekoll/Zumbansen (Hrsg), *Beyond Territoriality*, 2012, 489ff; Mathews, *WMD Arms Control Agreements in the Post-September 11 Security Environment*, Melb JIL 8 (2007) 292ff; Millet-Devalle, *Non-prolifération nucléaire*, RGDIIP 111 (2007) 435ff; Ronzitti, *The Proliferation Security Initiative and International Law*, FS Bothe, 2008, 269ff; König, *Der Einsatz von Seestreitkräften*, in: Zimmermann u a, *Konfliktformen*, 203 (214).

³³⁴ Группа ядерных поставщиков, Австралийская группа.

³³⁵ Так называемая Инициатива безопасности в борьбе с распространением (ИБОР), спорно, Fitzgerald (сноска 86); Guilfoyle, *Maritime Interdiction of Weapons of Mass Destruction*, JCSL 12 (2007) 1ff; Jimenez Kwast, *Maritime Interdiction of Weapons of Mass Destruction in an International Legal Perspective*, NYIL 38 (2007) 163ff; Shulman, *The Proliferation Security Initiative and the Evolution of the Law on the Use of Force*, Houston JIL 28 (2006) 771ff; Sharp, *Proliferation Security Initiative*, TLCP 16 (2006/07) 991ff; Yann-Huei Song, *The U.S.—Led Proliferation Security Initiative and UNCLOS*, ODIL 38 (2007) 101ff; Ronzitti (сноска 336) 269ff.

кризиса, прежде всего, поскольку ДНЯО уже не может выполнять функцию стабилизации. Исключительный статус изначально трех, а на сегодняшний день пяти ядерных держав уже не признается, полное ядерное разоружение не состоялось. Кроме того, осуществляется неприемлемая дискриминация государств, которые (пока?) не обладают ядерным оружием, признанными и тайными ядерными державами, которая не может быть ликвидирована при помощи политических или юридических мер³³⁶. В то время как оружие массового уничтожения представляет (еще?) не реализованную угрозу, *возможность использования обычного оружия* на практике является стимулом для возникновения конфликтов. Это оружие обостряет страдания, причиняемые в ходе войны в зонах конфликтов. Поэтому прилагаются усилия по регулированию контроля над обычными вооружениями, например, применения мин. Дополнительный протокол к конвенции ООН о минах содержит только запрет на их применение³³⁷. Так называемая Оттавская конвенция 1997 г. частично заменила Дополнительный протокол в отношении запрета на владение и распространение³³⁸. Однако ведущие страны мира (США, Россия, Китай) не являются сторонами этой конвенции. Относительно т. н. *мелкокалиберного оружия (стрелкового оружия и легких вооружений)* существует только всемирная программа действий ООН³³⁹, обновленная в 2012 г.³⁴⁰ На региональном уровне существуют договоренности об ограничении импорта и экспорта, не имеющие обязательного юридического характера, но, очевидно, эффективные с политической точки зрения³⁴¹. Попытки разработать универсальный договор³⁴² не увенчались

³³⁶ Müller, Zukunft der nuklearen Nichtverbreitung, FS Mutz, 2008, 105ff; ders, Nichtverbreitungsvertrag, IP 61 (2006) Nr 2, 16ff; ders, Die Stabilität des nuklearen Nichtverbreitungsregimes, HSFK Report 11/2009; ders, Der nukleare Nichtverbreitungsvertrag nach der Überprüfung, HSFK Report 3/2010.

³³⁷ Об этом см. ниже абз. 73. Другие нормы *ius in bello* могут содержать обязанности по контролю вооружений, в особенности ст. 36 I-го Дополнительного протокола, который обязывает проверять соответствие новых видов оружия гуманитарному международному праву, см.: Wisotzki, Between Morality and Military Interests, PRIF Report 92.

³³⁸ Договор от 18.9./3.12.1997, ILM 36 (1997) 1507; BGBl 1998 II, 778. Трансформирован в § 18a Закона ФРГ о контроле за боевым оружием.

³³⁹ Принята на конференции ООН по проблеме незаконной торговли стрелковым оружием и легкими вооружениями, 9–20.7.2001, документ ООН A/CONF.192/15; о безрезультатности конференции по пересмотру в 2006 г. см.: Wisotzki, Aktionsprogramm zu Leicht- und Kleinwaffen, VN 54 (2006) 164f.

³⁴⁰ Конференция ООН для обзора прогресса, достигнутого в осуществлении Программы действий по предотвращению и искоренению незаконной торговли стрелковым оружием и легкими вооружениями во всех ее аспектах и борьбе с ней, заключительный доклад UN Doc A/CONF.192/2012/RC/4. См.: Haumer, ATT — Die Verhandlungen zu einem neuen Waffenhandelsvertrag, HVI 25 (2919) 180ff.

³⁴¹ Документ ОБСЕ о стрелковом и легком оружии от 24.11.2000, опубликован в: Fastenrath, KSZE/OSZE, F14.

³⁴² A/RES/61/88; A/RES/61/66 от 3.1.2007 о Программе действий ООН.

успехом в силу противодействия крупных военных держав. После окончания холодной войны новое значение приобретает вопрос о региональных соглашениях по вопросам разоружения. Зоны, свободные от ядерного оружия, приобретают значение в качестве средства обеспечения безопасности безъядерных государств. Такими зонами в настоящее время являются Латинская Америка³⁴³, южная часть Тихого океана³⁴⁴, Юго-Восточная Азия³⁴⁵, Африка³⁴⁶ и Центральная Азия³⁴⁷, причем соответствующие договоры были признаны ядерными державами лишь позже и частично вообще не были признаны³⁴⁸. Переговоры о создании безъядерной зоны на Ближнем Востоке проводятся, но пока не привели к значимым результатам³⁴⁹. В Европе с возникновением ОБСЕ появился новый форум для ведения переговоров по вопросам безопасности, включая контроль над вооружениями и разоружением³⁵⁰. В 1999 году Договор о сокращении обычных вооруженных сил в Европе (ДОВСЕ)³⁵¹ был адаптирован к новой геополитической ситуации. В частности, максимально допустимый объем вооружений, распределявшийся между военными блоками, теперь распределяется между государствами³⁵². Измененная редакция договора до сих пор не ратифицирована. В 2007 г. Российская Федерация в одностороннем порядке приостановила действие ДОВСЕ. Так она отреагировала на планы США по размещению системы ПРО в Европе. Договор продолжает действовать в отношении остальных государств-членов договора.

³⁴³ Договор о запрещении ядерного оружия в Латинской Америке (Договор Тлателолко) от 14.2.1967, см.: Fahl (сноска 308) Bd I, Nr 4.

³⁴⁴ Договор о безъядерной зоне в южной части Тихого океана (Договор Раротонга) от 6.8.1985, см.: ILM 24 (1985) 1442.

³⁴⁵ Договор о безъядерной зоне в Юго-Восточной Азии (Бангкокский договор) от 15.12.1995, вступил в силу 28.3.1997.

³⁴⁶ Договор о зоне, свободной от ядерного оружия, в Африке (Пелиндабский договор) от 11.4.1996 (документ ООН A/50/426), вступил в силу 15.7.2009.

³⁴⁷ Семипалатинский договор от 8.9.2006, вступил в силу 21.3.2009.

³⁴⁸ См.: Fischer, in: Ipsen (сноска 16) § 61 Rn 31ff mwN.

³⁴⁹ Дебаты в Первом комитете ГА ООН 16.10.2012, Doc GA/DIS/3459; Müller, Eine massenvernichtungswaffenfreie Zone im Nahen und Mittleren Osten, HSFK Report 5/2011. Назначенная на декабрь 2012 г. региональная конференция на эту тему была отложена.

³⁵⁰ См.: Lutz, Die OSZE im Übergang der Sicherheitsarchitektur des zwanzigsten Jahrhunderts zum Sicherheitsmodell des einundzwanzigsten Jahrhunderts, OSZE-Jb 1 (1995) 63ff, см. также другие статьи в этом ежегоднике; см. также: Gießmann, OSZE und die Zukunft von Rüstungskontrolle und Abrüstung in Europa, Vierteljahresschrift für Sicherheit und Frieden 13 (1995) 239ff.

³⁵¹ См. выше сноску 312.

³⁵² Соглашение об адаптации Договора об обычных вооруженных силах в Европе с протоколам о национальных предельных уровнях (<www.osce.org/library/14108>); к вопросу об актуальной ситуации и развитии см.: Hartmann/Schmitt, Konventionelle Rüstungskontrolle in Europa, HSFK Report 6/2011.

II. Международно-правовое регулирование применения силы — право вооруженных конфликтов (*ius in bello*)

1. Основы и история развития

- 56 Хотя международное право не в состоянии предотвратить возникновение вооруженных конфликтов, их следует ограничивать при помощи правовых норм. *Ius contra bellum* и *ius in bello* имеют общую предысторию³⁵³. Гроций считал справедливой войну, которая ведется исключительно с применением справедливых средств, хотя с современных позиций его представление о справедливых средствах было чрезмерно широким и в существенной степени зависело от военной необходимости³⁵⁴. Впоследствии в своем *развитии ius in bello опередило ius contra bellum*. После того как в XVIII в. и в начале XIX в. появились отдельные договорные нормы, во второй половине XIX в. началось систематическое развитие *кодификации норм вооруженных конфликтов*³⁵⁵. Развитие кодификации норм о допустимых средствах, наносящих урон противнику, началось с Санкт-Петербургской декларации об отмене употребления взрывчатых и зажигательных пуль 1868 г.³⁵⁶ и Брюссельской декларации 1874 г. о законах и обычаях сухопутной войны³⁵⁷, которые, однако, не были ратифицированы, и было продолжено договорами, принятыми на Гаагских мирных конференциях (1899 и 1907 гг.), среди которых следует выделить *Гаагскую конвенцию о законах и обычаях ведения сухопутной войны*³⁵⁸ (приложение к IV Гаагской конвенции 1907 г.). Развитие другого раздела права вооруженных конфликтов, в котором основное внимание уделяется защите жертв вооруженных конфликтов (т.н. Женевское право), началось с Женевской

³⁵³ См.: Раздел 1. *Граф Витцтум*, абз. 104.

³⁵⁴ E. Crawford, *Armed Conflict, International*, MPEPII I, 612ff; Bothe, *Die Entwicklung des Humanitären Völkerrechts*, Handbuch des Deutschen Roten Kreuzes zum IV. Genfer Abkommen und zu den Zusatzprotokollen, 1984, 16.

³⁵⁵ См.: Crawford (сноска 357); Bothe (сноска 357) 14ff; Best, *Law and War*, 1994, 39ff; Schindler, *International Humanitarian Law*, JHIL 5 (2003) 165ff; Meron, *War Crimes Law Comes of Age*, 1999; Kolb, *Ius in bello*, 39ff; На развитие международного права повлияла важная национальная кодификация США Инструкции полевым войскам США (*Instructions for the Government of Armies of the United States*), разработанную Фрэнсисом Либером (*Francis Lieber*), немцем по происхождению, и изданную президентом Линкольном в качестве Генерального приказа № 100 (опубликована в: Schindler/Toman, *Armed Conflicts*, 3); Vönelky, *Der Lieber's Code und die Wurzeln des modernen Kriegsvölkerrechts*, ZaöRV 62 (2002) 424ff; Schmidt-Radefeld, *Die Wurzeln des modernen Kriegsvölkerrechts als transatlantisches Erbe*, HV-I 22 (2009) 44ff.

³⁵⁶ Schindler/Toman, *Armed Conflicts*, 91f.

³⁵⁷ Schindler/Toman, *Armed Conflicts*, 21.

³⁵⁸ Schindler/Toman, *Armed Conflicts*, 55.

конвенции (I) 1864 г.³⁵⁹ об улучшении участи раненых военнослужащих во время сухопутной войны и было продолжено новой редакцией этой Конвенции 1906 г.³⁶⁰, двумя Женевскими конвенциями 1929 г.³⁶¹, четырьмя Женевскими конвенциями 1949 г.³⁶², двумя *дополнительными протоколами* к ним 1977 г.³⁶³, а также к *Третьим дополнительным протоколом 2005 г.* Отдельно разрабатывались нормы о ведении морской войны (начиная с Парижской декларации о морской войне 1856 г.³⁶⁴), о запрете применения определенных видов оружия (Женевский протокол 1925 г.³⁶⁵ о запрещении применения на войне химического и бактериологического оружия, исполнение которого сегодня обеспечивается запретом на применение и владение биологическим и химическим оружием на основании КХО и КБТО³⁶⁶), а также рамочная конвенция ООН о запрещении или ограничении обычного оружия с дополнительными протоколами к ней, например, об ограничении применения противопехотных мин³⁶⁷), о защите культурных ценностей (Гаагская конвенция 1954 г.³⁶⁸ и второй Дополнительный протокол к ней от 17.5.1999 г.³⁶⁹) и о ведении воздушной

³⁵⁹ *Schindler/Toman*, *Armed Conflicts*, 365.

³⁶⁰ *Schindler/Toman*, *Armed Conflicts*, 383.

³⁶¹ *Schindler/Toman*, *Armed Conflicts*, 404, 421.

³⁶² *Schindler/Toman*, *Armed Conflicts*, 459, 485, 507, 575.

³⁶³ *Schindler/Toman*, *Armed Conflicts*, 711 u 775. Об истории возникновения и значении этих документов см.: *Bothe*, in: *Bothe/Partsch/Solf*, *New Rules*, 1ff.

³⁶⁴ *Schindler/Toman*, *Armed Conflicts*, 1055; *Ronzitti*, 1856 Paris Declaration Respecting Maritime Law, in: ders (Hrsg), *The Law of Naval Warfare*, 1988, 61 (64); о современном развитии см.: *Heintschel v. Heinegg*, *Seekriegsrecht und Neutralität im Seekrieg*, 1995; *ders*, *Friedliche Nutzung, Seekriegs- und Neutralitätsrecht, Friedenssicherung*, in: Graf *Vitzthum* (Hrsg), *Handbuch des Seerechts*, 2006, 499 (542ff).

³⁶⁵ *Schindler/Toman* (Fn 305) 105. См. также: *Bothe*, *Das völkerrechtliche Verbot des Einsatzes chemischer und bakteriologischer Waffen*, 1973, 21ff u 110ff.

³⁶⁶ *Schindler/Toman*, *Armed Conflicts*, 105. См.: *Bothe*, *Das völkerrechtliche Verbot des Einsatzes chemischer und bakteriologischer Waffen*, 1973, 21ff, 110ff; о КБТО см. сноску 317, о КХО сноску 318.

³⁶⁷ Конвенция о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие от 10.10.1980, см.: ILM 19 (1980) 1524; Протокол о необнаруживаемых осколках, см.: ILM 19 (1980) 1529; Протокол о запрещении или ограничении применения мин, мин-ловушек и других устройств, см.: ILM 19 (1980) 1529, с изменениями от 3.5.1996, см.: Doc CCW/CONF.I/16 (Part I), Annex B; Протокол о запрещении или ограничении применения зажигательного оружия, см.: ILM 19 (1980) 1534; Резолюция о системах малокалиберного оружия, см.: ILM 19 (1980) 1536; Протокол IV об ослепляющем лазерном оружии 1995 г., см.: Doc CCW/CONF.I/16, Annex A, 13ff.; Протокол V по взрывоопасным пережиткам войны, Doc CCW/MSP/2003/2, BGBI 2005 II, 122.

³⁶⁸ *Schindler/Toman*, *Armed Conflicts*, 999.

³⁶⁹ ILM 38 (1999) 769; см.: *Eick*, *Verstärkter Schutz von Kulturgut in bewaffneten Konflikten: Das Zweite Protokoll zur Haager Konvention von 1954*, HV-1 12 (1999) 143; *Henckaerts*,

войны (Гаагские правила ведения воздушной войны 1923 г.³⁷⁰, которые являются экспертной разработкой, не кодифицированной в форме договора, но признанной частью международного обычного права).

- 57 *Универсальность* была достигнута в основных областях *договорного права*. В особенности, это касается Гаагских конвенций 1949 г.³⁷¹, посвященных защите жертв вооруженных конфликтов. В сфере запрета определенных видов вооружений, это также относится к Женевскому протоколу 1925 г. о запрещении применения на войне удушливых, ядовитых и других подобных газов и бактериологических средств³⁷². Заключенные в 1977 г. дополнительные протоколы к Женевской конвенции на данный момент ратифицировали многочисленные государства, однако их не ратифицировали США³⁷³ и некоторые другие государства из регионов, в которых не прекращаются военные конфликты (например, Иран, Ирак, Израиль, Турция; Индия, Пакистан; Индонезия, Малайзия, Таиланд). Кроме того, применение Дополнительного протокола I при применении необычных видов оружия является спорным³⁷⁴. Существуют значительные пробелы в договорном регулировании ведения морской³⁷⁵ и воздушной войны. Поэтому международное *обычное право* по-прежнему играет весьма важную роль в регулировании вооруженных конфликтов³⁷⁶, вследствие чего в последние годы ему уделяется большое внимание³⁷⁷.

New Rules for the Protection of Cultural Property in Armed Conflict, ebd, 147; см. Раздел 6. *Дольцер*, абз. 145 и след.

³⁷⁰ *Schindler/Toman*, *Armed Conflicts*, 315.

³⁷¹ На 31.12.2012 Женевские Конвенции были ратифицированы 194 (т.е. всеми) государствами, Дополнительный протокол I был ратифицирован 170 и Дополнительный протокол II — 166 государствами; см.: <[www.http://www.icrc.org/web/eng/](http://www.icrc.org/web/eng/)>.

³⁷² На 31.12.2012 г. 137 государств ратифицировали Протокол от 17.6.1925 г. о запрещении применения на войне удушливых, ядовитых и других подобных газов и бактериологических средств (RGI 1929 II, 173), КХО — 188 государств.

³⁷³ *Meron*, *The Time Has Come for the United States to Ratify Geneva Protocol I*, *AJIL* 88 (1994) 678ff; *Prugh*, *American Issues and Friendly Reservation Regarding Protocol I, Additional to the Geneva Conventions*, *RDIMDG* 31 (1992) 223ff; *Aldrich*, *Prospects for the United States Ratification of Additional Protocol I to the 1949 Geneva Convention*, *AJIL* 85 (1991) 1ff; см. также письмо читателя: *Rubin*, *AJIL* 85 (1991) 662f.

³⁷⁴ *Solf*, in: *Bothe/Partsch/Solf*, *New Rules*, 188ff; *Meyrowitz*, *Les armes nucléaires et le droit de la guerre*, in: *Delissen/Tanja* (Hrsg), *Humanitarian Law of Armed Conflict*, FS Kalshoven, 1991, 297 (311ff); *Fischer*, *Der Einsatz von Nuklearwaffen nach Art. 51 des I. Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen von 1949, 1985*, 132ff; *Empell*, *Nuklearwaffeneinsätze und humanitäres Völkerrecht*, 1993; более подробно об этом см. ниже абз. 75.

³⁷⁵ *Ronzitti*, *Introductory: The Crisis of the Traditional Law Regulating Armed Conflict at Sea and the Need for its Revision*, in: ders (Fn 314) 1ff. Подробнее см. ниже абз. 114 и след.

³⁷⁶ *Gasser/Melzer*, *Humanitäres Völkerrecht*, 57f; *Kadelbach*, *Zwingende Normen des humanitären Völkerrechts*, HV-I 1992, 118ff; *Paust*, *The Importance of Customary International Law During Armed Conflict*, *ILSA JICL* 12 (2005/06) 601ff.

³⁷⁷ *Henckaerts/Doswald-Beck*, *Customary International Humanitarian Law*, 2005; *Tavernier/Henckaerts* (Hrsg), *Droit international humanitaire coutumier*, 2008.

Развитию международно-правовых норм ведения войны способствовала как идея гуманности, стремление к предотвращению и уменьшению человеческих страданий, так и заинтересованность государств в ограничении ущерба, причиняемого в результате вооруженных конфликтов³⁷⁸. Ограниченные средства взаимного нанесения ущерба может и должно облегчить возвращение к мирной жизни. В этом смысле *право вооруженных конфликтов* обладает функцией, способствующей установлению мира.

Существенной гарантией соблюдения международного права ведения войны является принцип *взаимности*³⁷⁹. Поэтому право должно действовать в одинаковой степени для нападающего и для потерпевшего. Право вооруженных конфликтов является нейтральным в отношении *ius contra bellum* (принцип недискриминации или *равенства конфликтующих сторон*)³⁸⁰. Это означает, что в случае агрессии агрессор, как и объект агрессии, наделяется правами и обязанностями в соответствии с *ius in bello*.

С другой стороны, принцип взаимности ограничивается тем, что в интересах защиты жертв нарушения норм международного права ведения войны одной стороной не приводит к наделению другой стороны правом на осуществление таких же действий. Напротив, в таких случаях действует *запрет на применение репрессалий* (в частности, запрет применения репрессалий против военнопленных, раненых и больных)³⁸¹. В запретах на применение репрессалий в пользу определенных жертв конфликтов отражается одна из основных задач международного права вооруженных конфликтов, а именно защита человека. Эта цель является общей целью

³⁷⁸ *Ipsen*, in: *ders* (сноска 16) § 65 Rn 3.

³⁷⁹ В этой связи возникают проблемы при т.н. ассиметричных конфликтах, см.: *Ipsen*, *Humanitäres Völkerrecht und asymmetrische Konfliktparteien*, FS Bothe, 2008, 445ff; *Schmitt*, *War, Technology and Armed Conflict*, in: Helm (Hrsg), *The Law of War in the 21st Century*, 2007, 137ff, 150f; *ders*, *Asymmetrical Warfare and International Humanitarian Law*, in: Heintschel von Heinegg/Epping (Hrsg), *International Humanitarian Law*, 2007, 11ff; *Kramer*, *Rechtliche Regelung asymmetrischer Konflikte*, *Friedenswarte* 81 (2006) 96ff; *Münkler*, *Der Wandel des Krieges*, 2006, 69f, 203; *Rogers*, *Unequal Combat and the Law of War*, *YIHL* 7 (2004) 3ff; см. также: *Osiel*, *The End of Reciprocity*, 2009; *Watts*, *Reciprocity and the Law of War*, *Harvard ILJ* 50 (2009) 365ff; *L. Schmidt*, *Das humanitäre Völkerrecht in modernen asymmetrischen Konflikten*, 2012, 106ff; *Hobe*, *Das humanitäre Völkerrecht in asymmetrischen Konflikten*, in: *Zimmermann u a*, *Konfliktformen*, 41ff; *Gross*, *Moral Dilemmas of Modern War*, 2010.

³⁸⁰ См. выше сноску 148; *Bothe*, *Le Droit de la Guerre et les Nations Unies*, *Etudes et travaux de l'Institut universitaire de hautes études internationales* 5 (1967) 137 (163ff); *Ipsen*, in: *ders* (сноска 16) § 67 Rn 9.

³⁸¹ Статья 46 I Женевской Конвенции, ст. 47 II Женевской Конвенции, ст. 13 (абз. 3) III Женевской Конвенции, ст. 33 (абз. 3) IV Женевской Конвенции; ст. 20, ст. 51 (абз. 6), ст. 53 (с), ст. 54 (абз. 4), ст. 55 (абз. 2), ст. 56 (абз. 4) Дополнительного протокола (ДП) I. См.: *Europäische Kommission für Demokratie und Recht* (Hrsg), *Gutachten zum möglichen Bedürfnis, die Genfer Konventionen fortzuentwickeln*, *EuGRZ* 31 (2004) 343 (345).

права международных конфликтов и положений о защите *прав человека*³⁸². Обе сферы регулирования отчасти пересекаются. Нормы обоих разделов права могут применяться параллельно³⁸³, если происходит военный конфликт и лица, подлежащие защите, находятся на территории, подвластной одной из конфликтующих сторон (в особенности, военнопленные; граждане государства, являющегося стороной конфликта, если они находятся на территории, подвластной другой стороне конфликта; население оккупированной территории; население всего государства в случае немеждународного вооруженного конфликта). В этом случае следует согласовывать требования норм обоих разделов права³⁸⁴. Однако широкая сфера права вооруженных конфликтов, которое ввиду его основных задач, связанных с защитой прав человека, называется *международным гуманитарным правом*, не должна рассматриваться исключительно как «правозащитный» правовой инструмент.

³⁸² См.: Раздел 1. *Граф Витцтум*, абз. 107; подробнее см. ниже абз. 121.

³⁸³ Консультативное заключение Международного суда ООН по делу о *стене*, пункт 106; Межамериканская комиссия по правам человека привела обзор своей обширной судебной практики в решении по делу *Aúcajú (Aisalla)*, Эквадор против Колумбии, отчет 112/10 от 21.10.2012, § 78ff. К вопросу о соотношении разделов права см.: *Partsch*, Human Rights and Humanitarian Law, EPIL II (1995) 910ff mwN; *Heintze*, Theorien zum Verhältnis von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht, HV-I 24 (2011) 4ff; *Rowe*, The Impact of Human Rights Law on Armed Forces, 2005; *Bothe*, Humanitäres Völkerrecht und Schutz der Menschenrechte, FS Tomuschat, 2005, 63ff; *Doswald-Beck/Vité*, International Humanitarian Law and Human Rights Law, IRRC 293 (1993) 94ff; *Frowein*, The Relationship between Human Rights Regimes and Regimes of Belligerent Occupation, IYHR 28 (1999) 1ff; *Lattanzi*, La frontière entre le droit international humanitaire et droits de l'homme, in Decaux/Dieng/Sow (Hrsg.), From Human Rights to International Criminal Law, 2007, 519ff; *Meron*, The Humanization of Humanitarian Law, AJIL 94 (2000) 239ff; *Orakhelashvili*, The Interaction between Human Rights and Humanitarian Law, EJIL 19 (2008) 161ff; *Perrakis*, Le droit international humanitaire et ses relations avec les droits de l'homme, in: Tavernier/Henckaerts (Hrsg.), Droit international humanitaire coutumier, 2008, 115ff; *Provost*, International Human Rights and Humanitarian Law, 2002; *Roberts*, Human Rights Obligations of External Military Forces, in The Rule of Law in Peace Operations, Recueils de la Société internationale de Droit militaire et de Droit de la Guerre 17, 2006, 429ff; *Rosenfeld*, Die humanitäre Besatzung, 2009, 95ff, 143ff; *Sandoz*, Droit international humanitaire et droits de l'homme, FS Malinverni, 2007, 339ff; *Stahn* (Fn 53 [International Law]) 205ff; *Meron* (сноска 358); см.: die Beiträge «Bombing for Peace», ASIL Proc 96 (2002) 95ff.

³⁸⁴ Die in diesem Zusammenhang häufig vertretene These, dass sei das humanitäre Völkerrecht *lex specialis* (so der IGH im *GV-Nuklearwaffen*-Gutachten, § 25, und im *Mauer*-Gutachten, § 106) ist zumindest missverständlich und trifft das Problem nicht; krit dazu *Guellali*, *Lex specialis, droit international humanitaire et droit de l'homme*, RGDIP 111 (2007) 539ff; *Bothe* (Fn 385) 89; *Mottershaw*, Economic, Social and Cultural Rights in Armed Conflict, IJHR 12 (2008) 449 (456); *Rosenfeld* (Fn 385) 105f; см. также: die Entscheidung der Interamerikanischen Menschenrechtskommission in der Sache *Aisalla* (Fn 385) § 122.

Критики считают, что международное право вооруженных конфликтов служит *узакониванию насилия*, а не его ограничению³⁸⁵. Эта критика справедлива постольку, поскольку она касается практики крупных военных держав и их позиции, нашедшей отражение в заключенных международных договорах, согласно которым средства и методы ведения войны, которые считаются военной необходимостью, не запрещаются международным правом. Кроме того, государства, принимавшие участие в вооруженных конфликтах, часто толковали действующие положения международного права в свою пользу, чтобы определенные применявшиеся ими средства и методы ведения войны считались правомерными, иногда вопреки смыслу интерпретируемых норм. Таким образом, конфликтующие стороны используют аргумент правомерности для улучшения своей политической позиции. В отдельных случаях это может показаться неприемлемым как с моральной, так и с правовой точки зрения. Однако это только одна сторона медали. Если право разграничивает допустимые и недопустимые средства и методы ведения войны, оно выполняет как функцию легитимации, так и функцию делегитимации. Если одна сторона ссылается на легитимацию, представители противоположной точки зрения могут поставить этот тезис под сомнение, приводя правовые и политические аргументы, что обычно и происходит. Сегодня в процессе установления консенсуса на международном уровне значение имеют не только военные интересы. Они играют важную, но не доминирующую роль. Поэтому международное право вооруженных конфликтов обладает значительным потенциалом *ограничения применения силы*.

2. Отношения между участниками конфликта

а) Сфера действия права вооруженных конфликтов — международный вооруженный конфликт

В соответствии с традиционным пониманием, международное право вооруженных конфликтов регулировало допустимость или недопустимость действий, причиняющих вред, лишь в случае возникновения войны между государствами. Таким образом, понятие войны является критерием не только для применения запрещенной международным правом силы³⁸⁶, но и для определения сферы действия этого раздела права. Существует субъективное и объективное определение понятия³⁸⁷. *Субъективное определение войны* предусматривает *волю* к ведению войны. Это означало, что государства,

³⁸⁵ *af Jochnik/Normand*, The Legitimation of Violence: A Critical History of the Laws of War, Harvard ILJ 35 (1994) 49ff; *dies*, The Legitimation of Violence: A Critical Analysis of the Gulf War, ebd, 387ff; *Rosert*, HSFK Standpunkt Nr 7/2010.

³⁸⁶ См. выше абз. 9.

³⁸⁷ *Neff* (сноска 8) 86ff.

отрицая наличие такой воли, могли ограничить сферу применения норм права вооруженных конфликтов, что с точки зрения защиты жертв вооруженных конфликтов является неприемлемым. В целом понятие войны в международном праве оказалось слишком узким для определения сферы действия права вооруженных конфликтов и, в особенности, норм о защите жертв конфликтов³⁸⁸. Исходя из этого опыта, в международных договорах, устанавливающих правила для военных конфликтов и заключенных после Второй мировой войны, начиная с Женевских конвенций 1949 г., используется не понятие войны, а понятие *вооруженного конфликта*. В этой связи возникла новая теория для определения сферы действия норм о международных вооруженных конфликтах³⁸⁹. Субъективное определение сферы действия норм было несовместимо с новыми тенденциями развития. В отличие от субъективного определения, объективные определения могут быть основаны на том, что понятие войны предполагает определенную степень интенсивности. Это требование должно распространяться также на вооруженные конфликты. Некоторые нормы вооруженных конфликтов могут применяться только к конфликтам определенной интенсивности. С другой стороны, также необходимы нормы, регулирующие более незначительные военные конфликты, так называемые военные *инциденты*. В таких нормах должна быть предусмотрена низкая интенсивность конфликта³⁹⁰. Замена формального понятия войны материальным или объективным понятием вооруженного конфликта, основанного на объективном наличии конфликта, облегчает формулирование определения конфликтов не между государствами, а внутри государств³⁹¹.

63 *Ius in bello* также применяется к вооруженным конфликтам, в которых задействованы *вооруженные силы ООН*³⁹², будь то применение военных

³⁸⁸ К вопросу об особенностях права нейтралитета см. абз. 104 и след.

³⁸⁹ Основополагающая информация см.: *Grob*, *The Relativity of War and Peace*, 1949; *Kotzsch*, *The Concept of War in Contemporary History and International Law*, 1956; *Post*, *Some Curiosities in the Sources of the Law of Armed Conflict Conceived in a General International Legal Perspective*, NYIL 25 (1994) 83ff; *Ipsen*, *Zum Begriff des «internationalen Konflikts»*, FS Menzel, 1975, 405ff; *Mancini*, *Stato di guerra e conflitto armato nel diritto internazionale*, 2009, 308f; ILA Committee on the Use of Force, *Initial Report*, in ILA, *Report on the 73rd Conference 2008*, 814 (817ff).

³⁹⁰ *Bothe* (сноска 382) 149ff; к вопросу уровня интенсивности см.: ILA Committee (сноска 391) 841ff.

³⁹¹ См. ниже абз. 12 и след.

³⁹² *Secretary General's Bulletin: Observance by UN Forces of International Humanitarian Law (ST/SGB/1999/13 v 6.8.1999)*, abgedr in: *Int Peacekeeping 5 (1999) 161ff*; *Bothe*, *Peacekeeping and International Humanitarian Law*, *Int Peacekeeping 3 (1996) 91ff*; *Shraga*, *UN Peacekeeping Operations: Applicability of International Humanitarian Law and Responsibility for Operation Related Damage*, *AJIL 94 (2000) 406ff*; *Zwanenburg*, *The Secretary-General's Bulletin on Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law*, *Int Peacekeeping 5 (1999) 133ff*.

принудительных мер или проведение миротворческих операций, если это ведет к возникновению ситуаций, которые могут быть расценены в качестве вооруженных конфликтов. В случае, если речь идет о вооруженных силах, которые являются институтом ООН, а не государств, предоставляющих свой контингент войск, ООН является адресатом норм международного права, применимым к действиям вооруженных сил. Хотя ООН не является участником соответствующих договоров международного права, но она обязана соблюдать нормы международного обычного права. И ООН подчиняется международному праву. Если ООН применяет свои вооруженные силы в вооруженном конфликте, то она обязана соблюдать нормы международного права и подпадает под защиту норм международного обычного права, регулирующих такие ситуации.

б) Общие принципы и право сухопутной войны

Основопологающие нормы

Основой современного правового регулирования вооруженных конфликтов является тезис о том, что вооруженные конфликты представляют собой *столкновение между государствами*, а не народами³⁹³. Из этого следует дифференциация между лицами, которые в качестве уполномоченных органов конфликтующей стороны вправе совершать военные действия (комбатанты), и лицами, которые этого делать не вправе, а также между лицами и материальными средствами противника, которые могут подвергаться нападению (комбатанты и лица, принимающие непосредственное участие в боевых действиях; военные объекты), и лицами, нападение на которых запрещено (гражданские лица, гражданское население, объекты гражданского назначения). Ослабление военного сопротивления соответствующего государства-противника является единственной легитимной целью вооруженных столкновений. Поэтому запрещается применение насилия, не требуемое для достижения этой единственной легитимной цели и являющееся излишним. Поэтому *военная необходимость*, часто приводимая в качестве обоснования военных мер, изначально является *ограниченной*. Военная необходимость не только узаконивает применение военных насильственных мер, но и ограничивает их³⁹⁴. Даже военная необходимость не может служить оправданием любых военных насильственных мер. Легитимные военные цели могут подвергаться нападению только при использовании разрешенных средств. Применение специальных норм права вооруженных конфликтов не может быть исключено в силу военной необходимости. Они дополняются *всеобщим принципом гуманности*, который сформулирован в т.н. *оговорке*

64

³⁹³ Greenwood, in: Fleck (Hrsg), Handbook, 1 (19f).

³⁹⁴ Greenwood, in: Fleck (Hrsg), Handbook, 37.

*Мартенса*³⁹⁵. В случаях, не предусмотренных в специальных нормах, «гражданские лица и комбатанты остаются под защитой и действием принципов международного права, проистекающих из установившихся обычаев, из принципов гуманности и из требований общественного сознания»³⁹⁶. Применение международно-правовых норм о правах человека в вооруженных конфликтах также служит этому принципу гуманности.

***Допустимое нанесение ущерба противнику:
запрет на причинение «излишних» страданий***

- 65 Запрет на причинение излишних страданий сформулирован³⁹⁷ в Гаагской Конвенции о законах и обычаях сухопутной войны³⁹⁸ и в Дополнительном протоколе I³⁹⁹. Кроме того, это положение конкретизировано в специальных нормах о допустимых видах и средствах нанесения ущерба противнику, что, например, нашло свое отражение в запрете на применение конкретных видов оружия⁴⁰⁰.

Защита гражданского населения во время боевых действий

- 66 Из этого общего правила следует также принцип *иммунитета гражданского населения*⁴⁰¹. Нападения, т. е. действия, которые приводят или могут привести к телесным повреждениям или смерти людей или имущественному ущербу⁴⁰², могут совершаться *только на военные цели*, а не на граждан-

³⁹⁵ Названа в честь *Фридриха фон Мартенса*, делегата России на мирной конференции в Гааге, который разработал эту оговорку для преамбулы Гаагской Конвенции о законах и обычаях сухопутной войны. См.: *Cassese*, The Martens Clause, EJIL 11 (2000) 187ff; *von Bernstorff*, Martens Clause, MPEPIL VI, 1143ff; *Schirks*, Die Martens'sche Klausel, 2001; *Empell*, Die Martens'sche Klausel, HV-I 22 (2009) 145ff; *Salter*, Reinterpreting Competing Interpretations of the Scope and Potential of the Martens Clause, JCSL 17 (2012) 403ff.

³⁹⁶ Ст. 1 (абз. 1) Дополнительного протокола I; см. также преамбулу абз. 4 Дополнительного протокола II.

³⁹⁷ Определение того, что в конкретном случае должно рассматриваться как «излишние страдания», сопряжено с существенными трудностями. Для разработки критериев МККК совместно с некоторыми партнерами создал т. н. проект «Излишние увечья или ненужные страдания» (Superfluous Injury or Unnecessary Suffering — SrUS). См.: *Coupland*, The SrUS Project: Towards a Determination of which Weapons Cause, Superfluous Injury or Unnecessary Suffering, in Durham/McCormack (Hrsg), The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law, 1999, 99ff. Статья 23 е Дополнительного протокола I.

³⁹⁹ Ст. 35 (абз. 2) Дополнительного протокола I. К вопросу о проблеме формулировки см.: *Solf*, in: *Bothe/Partsch/Solf*, New Rules, 195f.

⁴⁰⁰ Подробнее см. ниже абз. 72 и след.

⁴⁰¹ *Ronzitti*, Civilian Population in Armed Conflict, MPEPIL II, 197 (Rn 7ff).

⁴⁰² «Нападение» может быть совершено не только с помощью традиционных военных средств нанесения ущерба, например, при использовании тепловой или кинетической энергии, но и посредством современных технологических средств, например, компьютерных вирусов, см.: Таллинская инструкция по международному праву,

ское население⁴⁰³. При нанесении ударов по военным объектам гражданское население не должно подвергаться неизбирательному нападению (запрет на неизбирательное нападение, удары «вслепую»). Нападение на военные объекты является недопустимым, если ущерб, причиняемый гражданским лицам и объектам превосходит ожидаемый непосредственный военный эффект (принцип соразмерности). Эти положения о защите гражданского населения являются составной частью обычного международного права и, несмотря на многократные нарушения, начиная со Второй мировой войны и кончая конфликтами недавнего времени, не утратили своей актуальности⁴⁰⁴. Они кодифицированы в Дополнительном протоколе I (ст. 48 и след.) и получили дальнейшее развитие. Хотя их действие является бесспорным, их толкование в конкретных случаях является проблематичным. В этой связи следует проводить различие между лицами и имуществом. Нападения на *гражданских лиц* и *гражданское население* являются недопустимыми (ст. 51 Дополнительного протокола I). Определение объектов нападения является негативным. К гражданским лицам и гражданскому населению относятся лица, которые не являются служащими вооруженных сил или подразделений с аналогичным статусом, например, специальных подразделений полиции (*комбатантами*)⁴⁰⁵. Ограничение легитимных целей нападения связано с ограничением круга субъектов, причиняющих вред. Защита гражданского населения основана на том, что от гражданского населения не исходит опасность причинения вреда. Правом причинения вреда во время войны обладают только комбатанты, поэтому нападения могут быть направлены только на них. Они должны принадлежать к одной из сторон

применимому к кибервойнам (Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare) (сноска 42) правило 31; *Busuttil* (сноска 42) 37ff; *Schmitt*, *Wired Warfare: Computer Network Attacks and jus in bello*, IRRC 84 (2002) 365ff.

⁴⁰³ К вопросу о т.н. кибератаках см. Таллинскую инструкцию (сноска 42) правило 31; *Dinstein*, *The Principle of Distinction and Cyber War in International Armed Conflicts*, JCSL 17 (2012) 261 ff.

⁴⁰⁴ *Oeter*, in: Fleck (Hrsg), *Handbuch*, 89 (92ff, 138f); *Solf*, in: *Bothe/Partsch/Solf*, *New Rules*, 317; *Aaronson*, *Protection of Civilians in the Modern Law of Armed Conflicts*, Int Rel 1992, 219ff; относительно основных принципов см.: *Maier*, *Targeting the City: Debates and Silences about the Aerial Bombing of World War II*, IRRC 87 (2005) 429ff.

⁴⁰⁵ Ст. 43 (абз. 2) Дополнительного протокола I; см. также выше абз. 64, 78, 81; *Sassòli*, *Combatants*, MPEPIL II, 350 (Rn 14); *Watkin*, *Warriors without Rights?*, 2005; zum besonderen Problem der Söldner *David*, *Mercenaries et volontaires internationaux en droit des gens*, 1978; *Maafß*, *Der Söldner und seine kriegsvölkerrechtliche Rechtsstellung als Kombattant und Kriegsgefangener*, 1990; *Tavernier*, *Combattants et non combattants*, RBDI 23 (1990) 74ff; *Cassese*, *Mercenaries*, ZaöRV 40 (1980) 1ff; *Gómez del Prado*, *Private Military and Security Companies and the UN Working Group on the Use of Mercenaries*, JCSL 13 (2009) 429ff; *Chesterman/Lehnardt* (Hrsg), *From Mercenaries to Market*, 2009.

конфликта⁴⁰⁶, которая не должна быть признана другой стороной⁴⁰⁷. Частное применение насилия является уголовным преступлением⁴⁰⁸, а не разрешенным действием по причинению вреда в условиях войны. Гражданское лицо утрачивает право на защиту от целенаправленных нападениях, если оно принимает непосредственное участие в военных действиях (ст. 51 (абз. 3) Дополнительного протокола I). Однако если гражданское лицо прекращает непосредственно участвовать в военных действиях, оно вновь подлежит защите как гражданское лицо и не может быть объектом целенаправленных нападениях с целью убийства⁴⁰⁹. Из этого правила следует, что статус лица

⁴⁰⁶ Ст. 43 Дополнительного протокола I.

⁴⁰⁷ Поэтому бойцы-талибы, воевавшие с вооруженными силами интервентов, являются комбатантами. Режим талибов был, по крайней мере фактически, правительством Афганистана. На этом основании США исходят из применимости Женевской конвенции к конфликту с талибами; см.: *Aldrich*, The Taliban, Al Qaeda and the Determination of Illegal Combatants, *AJIL* 96 (2002) 891ff; *Naqvi*, Doubtful Prisoner of War Status, *IRRC* 84 (2002) 571ff; *Goldman/Tittmore*, Unprivileged Combatants and the Hostilities in Afghanistan, 2002; *Kolb* (сноска 358) 324; *Wolfrum/Philipp*, The Status of the Taliban, *MPYUNL* 6 (2002) 559ff; *Wolfrum*, The Attack of September 11, 2001, the Wars Against the Taliban and Iraq, *MPYUNL* 7 (2003) 1ff. Сложнее определить роли участников в фазе конфликта после свержения режима талибов и вступления в должность правительства, получившего международное признание, которое даро разрешение на продолжение военной операции вооруженных сил интервентов, см.: *Wieczorek*, Unrechtmäßige Kombattanten und Humanitäres Völkerrecht, 2005, 185ff. Übersicht *Trauttmansdorff*, Maßnahmen gegen den Al Kaida-Terrorismus, Menschenrechte und humanitäres Recht, in: Schmalenbach/Benedek (Hrsg.), Von Terrorismusbekämpfung bis Klimaschutz, 2008, 3ff, 16ff. *Grundlegend Parks*, Combatants, in Schmitt (Hrsg.), The War in Afghanistan, *Naval War College International Law Studies* 85 (2009) 247 (261ff). К вопросу об актуальной практике в США см.: *Danner*, Defining Unlawful Enemy Combatants, *Texas ILJ* 43 (2007/08) 1ff. *Generell Oeter*, Terrorism and Laws of War, in: *Société française* (сноска 216) 183ff; *Weckel*, Terrorisme et droit de la guerre, ebd., 165ff; *Frowein* (сноска 53) 894f; *Stahn* (сноска 53 [International Law]) 196ff; *Roberts*, Counterterrorism, *Armed Force and the Laws of War*, *Survival* 44 (2002) 7 (20ff); *ders* (сноска 385).

⁴⁰⁸ Насколько члены Аль-Каиды, воевавшие в Афганистане, были комбатантами или просто уголовными преступниками, зависит от того, можно ли вменить их участие правительству талибов. Согласно ст. 5 III Женевской конвенции этот вопрос должен решать судья после взятия в плен таких бойцов. До принятия судебного решения с ними должны обращаться как с военнопленными, см. ссылки на литературу в сноске 409.

⁴⁰⁹ Основополагающая информация см.: *Melzer*, Targeted Killing in International Law, 2008; *Otto*, Targeted Killings and International Law, 2012; обзор см.: *Rudolf/Schaller*, Targeted Killing, *SWP-Studie* 1/2012. Судебная практика см. решение Верховного суда Израиля по делу о *точечных ликвидациях*; см.: *Dinstein*, Distinction and Loss of Civilian Protection in International Armed Conflicts, *IsYHR* 38 (2008) 1 (9ff); *Eichensehr*, On Target?, *Yale LJ* 116 (2006/07) 1873ff; *Fenrick*, The Targeted Killing Judgment and the Scope of Direct Participation in Hostilities, *JICJ* 5 (2007) 322ff; *Keller/Forowicz*, A Tightrope Walk between Legality and Legitimacy, *Leiden JIL* 21 (2009) 185ff; *Lesh*, The Public Committee against Torture in Israel v The Government of Israel, *Melbourne JIL* 8 (2007) 373ff; *Schmitz-Elvenich* (сноска 51) 212ff; к вопросу о практике США см.:

может меняться регулярно («днем крестьянин, ночью боец» (*farmer by day, fighter by night*), т. н. эффект вращающихся дверей). Поэтому возникает проблема определения того, что следует считать *непосредственным участием в военных действиях*⁴¹⁰. Несмотря на проблемы толкования, это правило является частью международного договорного и обычного права⁴¹¹. Нельзя обойти это однозначное правило, создав новый статус «незаконного комбатанта» (*unlawful combatant*), который не имеет права убивать, но убийство которого разрешается⁴¹².

Комбатанты не могут привлекаться к ответственности другой стороной конфликта за участие в военных действиях, если они не нарушают право вооруженных конфликтов (т. н. привилегия комбатанта (*combatant privilege*))⁴¹³. Лица, принимающие участие в военных действиях и не имеющие статуса комбатанта, могут привлекаться к ответственности другой стороной конфликта, но только при соблюдении определенных процессуальных гарантий. Они не лишены прав; в любом случае, в отношении них действуют минимальные гарантии прав человека (ст. 75 Дополнительного протокола I). Комбатанты должны иметь *знаки отличия*⁴¹⁴. Однако ввиду современных форм ведения войны это требование ставится под сомнение. В актуальной юридической практике требования к знакам отличия были снижены, однако требование сохранилось (проблема партизан, ст. 44 Дополнительного

67

Fisher, Targeted Killings, Norms and International Law, Columbia J'l Transnational Law 45 (2006/07) 711ff.

⁴¹⁰ Подробнее см. МККК (изд.), Руководство по толкованию понятия о непосредственном участии в военных действиях в соответствии с международным гуманитарным правом (Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law), опубликовано в IRRC 90 (2008) 991ff; публикация на немецком и английском языках см.: Melzer/DRK (Hrsg), Unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten, 2012; *Kleffner*, From «Belligerents» to «Fighters» and Civilians Directly Participating in Hostilities, NILR 54 (2007) 315 (323ff); *Momtaz*, La participation directe des personnes civiles aux hostilités, FS Bothe, 2008, 493ff; v. *Devivere*, Unmittelbare Teilnahme an Feindseligkeiten, KJ 41 (2008) 24ff; к конкретным проблемам Cyber Warfare: *Turns*, Cyber Warfare and the Notion of Direct Participation in Hostilities, JSCL 17 (2012) 279ff.

⁴¹¹ *Henckaerts/Doswald-Beck* (сноска 379) Rule 6, 19ff.

⁴¹² Подробнее см.: *Dörmann*, Combatants, Unlawful, MPEPIL II, 360ff; *Wieczorek* (сноска 409) 107 (отсутствие собственного статуса), 143 (ограничение допустимых нападений на гражданских лиц по времени); *Finaud*, L'abus de la notion de «combattant illégal», RGDIP 110 (2006) 861ff; *Hobe* (сноска 381) 58f; дифференцированный подход см.: *Kretzmer*, Targeted Killing of Suspected Terrorists, EJIL 16 (2005) 171ff; *unklar Garraway*, «Combatants», FS Dinstein, 2007, 317ff; *Pejic*, «Unlawful/Enemy Combatants», ebd, 335ff; *Solis*, Law of War Issues in Ground Hostilities in Afghanistan, in *Schmitt* (сноска 409) 219 (227f).

⁴¹³ Существенный элемент статуса военнопленного согласно международному обычному праву; см. ниже абз. 80.

⁴¹⁴ *Pfanner*, Military Uniforms and the Law of War, IRRC 86 (2004) 93ff.

протокола I)⁴¹⁵. Это требование является настолько важным, что не соблюдающие его комбатанты лишаются привилегии комбатанта. Еще одна проблема требования о знаках отличия связана с распространенной практикой передачи функций в рамках военных конфликтов частным предприятиям и частным лицам⁴¹⁶.

68 Также сложно определить, какие объекты следует считать военными целями⁴¹⁷. К ним относятся не только военные объекты и вооруженные силы противника, но и все объекты, которые «в силу своего характера, расположения, назначения или использования вносят эффективный вклад в военные действия и полное или частичное разрушение, захват или нейтрализация которых при существующих в данный момент обстоятельствах дает явное военное преимущество» (ст. 52 (абз. 2) Дополнительного протокола I). Военными целями бесспорно являются военные предприятия. Ввиду своего значения для военных действий военными объектам также принято считать совокупную инфраструктуру коммуникаций (улицы, железные дороги, мосты, трансляционные центры), а также объекты энергетики и компьютерные сети⁴¹⁸ для управления инфраструктурными объектами, хотя все они одновременно служат гражданским целям (*объекты двойного назначения*). Разрушение таких объектов инфраструктуры имеет существенные последствия для гражданского населения, в первую очередь в больших городах. Однако из традиционного отнесения объектов инфраструктуры к военным целям не следует, что они всегда являются легитимной военной целью. Например, интервенция НАТО в Косово, в рамках которой обеспечение тылового снабжения на суше явно не играло никакой роли, каждый мост или железная

⁴¹⁵ Это положение Дополнительного протокола 1977 г. является наиболее спорным, см.: *Solf*, in: *Bothe/Partsch/Solf*, *New Rules*, 243ff; *Sassòli* (сноска 407) Rn 15. К истории вопроса см.: *Nabulsi*, *Traditions of War*, 1999. Das Unterscheidungsgebot ist allerdings auch für die Angehörigen regulärer Streitkräfte von Bedeutung, vgl *Parks*, *Special Forces' Wear of Non-Standard Uniforms*, CJIL 4 (2003) 493ff.

⁴¹⁶ *McDonald*, *The Legal Status of Military and Security Subcontractors*, in: Arnold/Hildbrand (Hrsg), IHL, 215ff; *Cockayne*, *Regulating Private Military and Security Companies*, JCSL 13 (2009) 401ff; *Epinay/Egbuna-Joss*, *Zur völkerrechtlichen Verantwortlichkeit im Zusammenhang mit dem Verhalten privater Sicherheitsfirmen*, SZIER 17 (2007) 215ff; *Gómez del Prado* (сноска 407); *Stephens/Lewis*, *The Targeting of Civilian Contractors in Armed Conflict*, YIHL 9 (2006) 25ff. См. также ссылки на литературу в сноске 407. Для этого группа из 17 государств по инициативе Швейцарии и МККК разработала документ, в котором закреплено, как государства-участники оценивают такую ситуацию с правовой точки зрения (UN Doc A/63/467-S/2008/636, *Montreux Document on Pertinent International Legal Obligations and Good Practices for States Related to Operations of Private Military and Security Companies During Armed Conflict*). В рамках дебатов в ГА ООН документ не был поддержан большинством участников.

⁴¹⁷ Статья 52 Дополнительного протокола I, см.: *Oeter*, in: Fleck (Hrsg), *Handbook*, 175ff; *Solf*, in: *Bothe/Partsch/Solf*, *New Rules*, 320ff.

⁴¹⁸ Таллинская инструкция (сноска 42), правила 37 и след. (там же, 106 и след.).

дорога не являются легитимной военной целью⁴¹⁹. Исходя из вышеизложенного определения военных объектов можно сделать вывод о том, что цели военного назначения и гражданские объекты, на которые запрещено нападение, часто находятся на близком расстоянии и взаимосвязаны друг с другом. Поэтому существенную роль играет запрет *неизбирательного нападения* (ст. 51 (абз. 4 и 5) Дополнительного протокола I)⁴²⁰. Это означает запрет нападения, которое направлено не на определенные военные объекты или которое, если оружие не является высокоточным, вообще не может быть направлено на такого рода объекты. Это означает также, что в случае распределения военных объектов в населенных районах нападение на эти районы запрещено (запрет *ковровых бомбардировок*)⁴²¹. Нападение должно всегда осуществляться по изолированным целям военного назначения. Из принципа защиты гражданского населения следует требование точности ударов. Однако на практике право вооруженных конфликтов не в состоянии предотвратить того, что при нападениях на военные цели будет затронуто гражданское население. Поэтому действует *принцип соразмерности*⁴²², который является сложным компромиссом между принципом защиты гражданского населения и военной необходимостью. Согласно этому принципу (ст. 51 (абз. 5 б) Дополнительного протокола I) запрещенным является нападение, «которое, как можно ожидать, попутно повлечет за собой потери жизни среди гражданского населения, ранения гражданских лиц и ущерб гражданским объектам, или то и другое вместе, которые были бы чрезмерны по отношению к конкретному и непосредственному военному преимуществу, которое предполагается таким образом получить». Так, на военные подразделения, находящиеся на открытой местности, может быть совершено нападение с помощью оружия, обладающего большой взрывной силой, если вблизи находятся отдельные гражданские лица, которые будут наверняка убиты в результате нападения. С другой стороны, было бы недопустимым нападение на отдельных солдат, находящихся среди большого количества гражданских лиц. Поэтому положения о защите гражданского

⁴¹⁹ Aldrich, Yugoslavia's Television Studios as Military Objects, Int Law Forum 1 (1999) 149ff; Burger, International Humanitarian Law and the Kosovo Crisis, IRRC 837 (2000) 129ff; Egorov, The Kosovo Crisis and the Law of Armed Conflicts, IRRC 837 (2000) 183ff; Kröning, Kosovo and International Humanitarian Law, HV-I 1 (2000) 44ff; Rowe, Kosovo 1999: The Air Campaign — Have the Provisions of Additional Protocol Withstood the Test, IRRC 837 (2000) 147ff.

⁴²⁰ Solf, in: *Bothe/Partsch/Solf*, New Rules, 304ff; Oeter, in: Fleck (Hrsg), Handbook, 197f.

⁴²¹ Solf, in: *Bothe/Partsch/Solf*, New Rules, 309f; Oeter, in: Fleck (Hrsg), Handbook, 203f. С этим связана проблема применения т.н. кассетных боеприпасов, которые при взрыве распадаются на большое количество взрывных устройств и имеют значительно более широкий радиус поражения, см.: Human Rights Watch (Hrsg), *Off Target*, 2003.

⁴²² Solf, in: *Bothe/Partsch/Solf*, New Rules, 309f; Oeter, in: Fleck (Hrsg), Handbook, 204f.

населения должны быть уравновешены нормой о том, что гражданское население не может быть использовано конфликтующими сторонами в качестве прикрытия военных объектов от нападения (ст. 51 (абз. 7) Дополнительного протокола I)⁴²³. Необходимо отметить, что *военное преимущество, которое бы оправдывало сопутствующий ущерб, наносимый гражданскому населению, должно быть конкретным и непосредственным*. Поэтому применение ядерного оружия не может быть обосновано тем, что это приведет к сокращению длительности войны. Не существует универсального ответа на вопрос, какой ущерб гражданскому населению и гражданским объектам следует считать соразмерным. Это зависит от обстоятельств в конкретном случае, оценка которых может быть спорной. Однако существуют типовые ситуации, для которых могут быть разработаны правила. Особенно проблематичным является *нападение на инфраструктуру больших городов*. Как показали вторая и третья война в Персидском заливе, а также вооруженный конфликт в Косово⁴²⁴, нанесение даже целенаправленных и высокоточных ударов по инфраструктуре, даже если она является военной целью, влечет за собой весьма серьезные последствия для гражданского населения, снабжение которого продуктами питания, а также жизненно необходимыми услугами, такими как здравоохранение, зависит от этой инфраструктуры. Исходя из этого опыта, в будущем причинение такого попутного ущерба должно в большей степени учитываться при принятии решения о соразмерности.

Объекты, пользующиеся особой защитой

69 Защита гражданского населения и гражданских объектов не является абсолютной. Даже в случае соблюдения всех норм нельзя избежать разрушений. В этой связи возникает вопрос, насколько следует установить особые правила защиты для определенных гражданских объектов. Так, существуют объекты, которые могут быть отнесены к военным объектам, но разрушение которых может иметь настолько серьезные последствия для населения, что их уничтожение, независимо от соразмерности, должно быть запрещено.

70 Среди гражданских объектов, нуждающихся в особой правовой защите во время вооруженных конфликтов, относятся объекты, представляющие *культурную ценность*. Согласно Гаагской конвенции от 1954 г. и ст. 53

⁴²³ См.: *Haas*, Voluntary Human Shields: Status and Protection under International Humanitarian Law, in: Arnold/Hildbrand (Hrsg), IHL, 191ff; *Lyll*, Voluntary Human Shields, Direct Participation in Hostilities and the International Humanitarian Law Obligations of States, Melbourne JIL 9 (2008) 313ff; *Sassòli*, Human Shields and International Humanitarian Law, FS Bothe, 2008, 567ff; *Schmitt*, Human Shields in International Humanitarian Law, IsYHR 38 (2008) 17ff.

⁴²⁴ Жесткая критика тезиса о том, что удары с воздуха во время второй войны в Персидском заливе якобы осуществлялись при соблюдении норм о защите гражданского населения, не подвергались сомнению в официальных кругах США, см.: *af Jochnik/Normand* (сноска 332) 387 f, особенно 399ff.

Дополнительного протокола I такие объекты подлежат особой защите при использовании специального отличительного знака⁴²⁵. Специальные нормы действуют в отношении *плотин и дамб*, а также *атомных электростанций*. Эти установки и сооружения не должны становиться объектом нападения даже в тех случаях, когда такие объекты являются военными объектами, если такое нападение может вызвать высвобождение опасных сил и последующие тяжелые потери среди гражданского населения (ст. 56 Дополнительного протокола I). Это правило на данный момент не распространяется на другие виды установок и сооружений, например, на установки для добычи нефти и нефтепродуктов⁴²⁶. С этим примером связан вопрос о *защите окружающей среды в ходе вооруженных конфликтов*⁴²⁷. Элементы «окружающей среды» являются гражданскими объектами и поэтому подлежат защите на основании вышеуказанных норм. Однако части окружающей среды могут стать военными целями, например, если заповедник используется в качестве плацдарма для стратегического развертывания войск. Во время вьетнамской войны проводились ширококомасштабные операции по удалению листьев деревьев, чтобы лишить противника укрытия⁴²⁸. Согласно ст. 55 Дополнительного протокола I в таких случаях также должна осуществляться

⁴²⁵ *Toman*, La protection des biens culturels en cas de conflit armé, Commentaire de la Convention de La Haye du 14.5.1954, 1994; *Hönes*, Zur Ratifizierung des Zweiten Protokolls von 1999 zur Haager Konvention zum Schutz von Kulturgut 1954, DÖV 2008, 911ff; *Wolfrum*, Protection of Cultural Property in Armed Conflict, IsYHR 32 (2003) 305ff; Раздел 6. Дольцер, абз. 147 и след.; *Odendahl*, Der Schutz von Kulturgütern bei militärischen Konflikten, in *Zimmermann u a*, Konfliktformen, 113ff.

⁴²⁶ *Pilloud/Pictet*, in: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (Hrsg), Additional Protocols, Protocol I, Art 56 Rn 2149.

⁴²⁷ *Vöneky/Wolfrum*, Environment, Protection in Armed Conflict, MPEPIL III, 509ff; *Bothe*, The Protection of the Environment in Times of Armed Conflicts, GYIL 34 (1991) 54ff; *ders*, Military Activities and the Protection of the Environment, EPL 37 (2007) 23ff; *Bouvier*, Der Schutz der natürlichen Umwelt bei bewaffneten Konflikten, IRRC 32 (1992) 5ff; *Austin/Bruch* (Hrsg), The Environmental Consequences of War, 2000; *Goldblat*, Protection of Natural Environment against the Effects of Military Activities, HV-I 1992, 133ff; *Linden/Rust*, Oil Spill Damage to Coastal Ecosystems in Lebanon as a Result of Military Action in July 2006, Ocean Yearbook 22 (2008) 375ff; *Peterson*, The Natural Environment in Times of Armed Conflict, Leiden JIL 22 (2009) 325ff; *Plant* (Hrsg), Environmental Protection and the Law of War, 1992; *Robinson*, International Law and the Destruction of the Nature in the Gulf War, EPL 21 (1991) 216ff; *Spieker*, Völkergewohnheitsrechtlicher Schutz der natürlichen Umwelt im internationalen bewaffneten Konflikt, 1992; *dies*, The Conduct of Hostilities and the Protection of the Environment, FS *Bothe*, 2008, 741ff; *Schmitt*, Green War, Yale JIL 22 (1997) 1ff; *ders*, War and the Environment, AVR 37 (1999) 25ff; *UNEP* (Hrsg), Protecting the Environment During Armed Conflict, 2009; *Verwey*, Protection of the Environment in Times of Armed Conflict, Leiden JIL 8 (1995) 7ff; *Vöneky*, Die Fortgeltung des Umweltvölkerrechts in bewaffneten Konflikten, 2001; *Bothe/Bruch/Diamond/Jensen*, International Law Protecting the Environment During Armed Conflict, IRRC 92 (2010) 569ff.

⁴²⁸ См.: *Weiler*, Vietnam — eine völkerrechtliche Analyse des amerikanischen Krieges und seiner Vorgeschichte, 2. Aufl 1973, 240ff.

защита природной среды от «обширного, долговременного и серьезного ущерба». Толкование этих понятий является спорным. Вызывает сомнения, соответствует ли это положение современному пониманию защиты окружающей среды при признании военной необходимости⁴²⁹. Поэтому предпринимаются попытки улучшить или, по крайней мере, конкретизировать нормы о защите окружающей среды во время вооруженных конфликтов⁴³⁰.

Запрещение вероломства

- 71 Другим общим аспектом ограничения средств и методов, разрешенных для причинения ущерба противнику, является запрещение вероломства (ст. 23 а Гаагской Конвенции о законах и обычаях сухопутной войны)⁴³¹. Он основывается на древних традициях рыцарства, которые считают допустимой открытую схватку с противником, но не коварное убийство. В конкретном случае сложно отличить запрещенное вероломство от допустимой военной хитрости (ст. 37 Дополнительного протокола I). Вероломством считается любое действие, направленное на причинение вреда, которое осуществляется при одновременном введении в заблуждение о существовании особой ситуации, в которой применяются нормы о защите (например, использование отличительных знаков Красного креста)⁴³². С запретом злодейских методов ведения военных действий также связан *запрет использования отравляющих веществ* в качестве средства ведения войны (ст. 23 а Гаагской Конвенции о законах и обычаях сухопутной войны), который является важным основанием для запрета химического оружия⁴³³.

⁴²⁹ К вопросу о пробелах в действующем праве см.: *Bothe/Bruch/Diamond/Jensen* (сноска 429). Подробнее см.: *Austin/Bruch* (сноска 429).

⁴³⁰ См. доклад Генерального секретаря на 47-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН, документ ООН А/47/328 (1992); А/RES/47/37 от 25.11.1992; документ ООН А/48/269, часть II (1993), доклад Генерального секретаря; А/RES/48/30 от 9.12.1993; документ ООН А/49/323 (1994) и А/RES/49/50 от 9.12.1994. В этой связи см. также: ICRC, Meeting of Experts on the Protection of the Environment in Time of Armed Conflict, Report on the Work of the Meeting (September 1992); ICRC, Second Meeting of Experts on the Protection of the Environment in Time of Armed Conflict, Report on the Work of the Meeting (April 1993). Оба отчета не были опубликованы, однако их заключения содержатся в докладах Генерального секретаря ООН. См. также: *Bouvier*, Recent Studies on the Protection of the Environment in Time of Armed Conflict, IRRС 32 (1992) 554ff mwN.

⁴³¹ См.: *Gimmerthal*, Kriegslist und Perfidieverbot im Zusatzprotokoll vom 10.6.1977 zu den vier Genfer Rotkreuz-Abkommen von 1949 (Zusatzprotokoll I), 1990; *Rusinova*, Perfidy, MPEPIL VIII, 245ff; *Fleck*, Kriegslisten und Perfidieverbot, in: ders (Hrsg), Beiträge zur Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts für bewaffnete Konflikte, 1973, 105ff; *Madden*, Of Wolves and Sheep, JCSL 17 (2012) 439ff.

⁴³² См.: *Solf*, in: *Bothe/Partsch/Solf*, New Rules, 204f.

⁴³³ См. также ниже абз. 74.

Запрещение применения определенных видов оружия и методов ведения войны

Представленные основные правовые нормы ограничивают цели, средства и методы ведения военных действий, однако не запрещают применение определенных видов оружия⁴³⁴. В отношении т. н. «сомнительного» оружия в конкретных случаях необходимо устанавливать, нарушают ли последствия нанесенного удара вышеуказанные правовые нормы. Однако на основании общих правовых норм о запрещенных военных целях и методах в праве международных договоров и частично в обычном международном праве были выработаны конкретные и специфические запреты на применение определенных видов оружия.

Запрещение причинения излишних страданий является основой Санкт-Петербургской декларации об отмене употребления взрывчатых и зажигательных пуль⁴³⁵ весом менее 400 г и Гаагской декларации о неупотреблении легко разворачивающихся и сплюсчивающихся пуль⁴³⁶. Запрещение ведения неизбирательных военных действий стало основой запрета на применение химического оружия. Оба аспекта включены в *Конвенцию ООН о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие*⁴³⁷. Эта рамочная конвенция дополнена протоколом, запрещающим применение оружия, поражающего осколками, не обнаруживаемыми рентгеновскими лучами (которые по этой причине причиняют чрезмерные страдания, так как усложняют лечение раненого), протоколом, ограничивающим применение мин (в связи с особенной опасностью для гражданского населения), и протоколом, ограничивающим применение зажигательного оружия. Вопрос о малокалиберных сверхскоростных снарядах, о которых можно с уверенностью сказать, что они причиняют излишние страдания, был до настоящего момента затронут лишь в одной резолюции. Как показывают многочисленные военные конфликты

⁴³⁴ См.: *Boothby*, Weapons and the Law of Armed Conflict, 2009; *Fleck*, Völkerrechtliche Gesichtspunkte für ein Verbot der Anwendung bestimmter Kriegswaffen, in: ders (Hrsg), Handbuch, 1ff; *Oeter*, in: *Fleck* (Hrsg), Handbuch, 102ff; к вопросу об актуальных спорах см.: *Heintze*, Nichtletale Waffen und das humanitäre Völkerrecht, Sicherheit und Frieden 18 (2000) 2.

⁴³⁵ Санкт-Петербургская декларация от 11.12.1868, in: *Schindler/Toman*, Armed Conflicts, 101.

⁴³⁶ Декларация от 29.7.1899 относительно неупотребления легко разворачивающихся и сплюсчивающихся пуль в человеческом теле, опубликована в: *RGBl* 1901, 478ff.

⁴³⁷ Конвенции о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие от 10.10.1980, см.: *ILM* 19 (1980) 1524 см.: *Aubert*, Das Internationale Komitee vom Roten Kreuz und die Problematik der Waffen, die übermäßiges Leiden verursachen oder unterschiedslos treffen, *IRRC* 30 (1990) 271ff; *Bring*, The 1981 Inhuman Weapons Convention, *Disarmament* 1991, 33ff.

недавнего времени, *наземные мины* представляют большую опасность для гражданского населения. По этой причине протокол от 1980 г. об ограничении применения мин, мин-ловушек и других устройств считается недостаточным⁴³⁸. Однако переговоры о введении всеобщего запрета применения наземных мин были сложными⁴³⁹. В протокол об ограничении применения мин 1996 г. также не был включен всеобщий запрет на применение противопехотных мин, однако на тот момент уже был достигнут определенный прогресс⁴⁴⁰. Всеобщий запрет на применение и владение противопехотными минами был впервые введен *Оттавской конвенцией*, однако многие крупные государства к ней до сих пор не присоединились⁴⁴¹. В связи с запретом несоразмерных потерь среди гражданского населения была достигнута принципиальная договоренность о запрете т.н. кассетных боеприпасов⁴⁴², однако некоторые военные державы ее не поддерживают. С целью предотвращения причинения излишних страданий в Дополнительном протоколе от 1995 г. под запрет попадает также применение лазерных лучей с целью ослепления солдат противника⁴⁴³. Спорным является требование запрещения использования *обедненного урана*⁴⁴⁴.

⁴³⁸ См. заявление МККК на 48-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН: IRRC 76 (1994) 59ff, и на Совете делегатов Красного Креста и Красного Полумесяца: там же, пункты 64 и след. О других инициативах МККК см.: IRRC 77 (1995) 726f.

⁴³⁹ О результатах Венского заседания конференции по проверке см.: IRRC 77 (1995) 731ff, а также резолюцию Международной конференции Красного Креста Res 2 (G) 26: IRRC 78 (1996) 62 (69).

⁴⁴⁰ Прогресс заключается, прежде всего, в распространении сферы действия протокола на военные конфликты немеждународного характера (см. также ниже абз. 121 и след.), а также в запрете мин, не обладающих механизмом самоуничтожения, точнее, механизмом автоматической дезактивации, однако с длительным переходным периодом. К вопросу о критике этой нормы см. постановление Европейского парламента от 23.5.1996: EuGRZ 1996, 331f; см. также: *Küchenmeister, Achtung von Landminen wird eine Illusion bleiben*. О проведении Конференции ООН по минам см.: *Friedens-Warte* 71 (1996) 27ff.

⁴⁴¹ Договор от 18.9–3.12.1997 г., ILM 36 (1997) 1509.

⁴⁴² BGBl 2009 II, 502, 504. Речь идет о боеприпасах, которые до падения распадаются на многочисленные мелкие взрывные устройства или бомбы, некоторые из которых взрываются не сразу. Неразорвавшиеся взрывные устройства распределяются на пораженной территории и являются не менее опасными для гражданского населения, чем мины. Вред, причиняемый неразорвавшимися взрывными устройствами, является побочным эффектом их применения для гражданского населения. Из этого эффекта, как правило, следует несоразмерность применения. Поскольку некоторые крупные военные державы отвергают Конвенцию по кассетным боеприпасам, принятую в Дублине/Осло, дальнейшие переговоры проходят в рамках Конвенции ООН о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия. К вопросу о кассетных боеприпасах см.: *Heintschel v. Heinegg, Irak-Krieg und ius in bello*, AVR 41 (2003) 272 (279).

⁴⁴³ CCW/CONF.I/16 (Part I), Annex A, 13ff.

⁴⁴⁴ Решение Европейского парламента от 13.2.2003, ABJ EU 2004, Nr C 43/361. *Обедненный уран* состоит в основном из урана 238 и обладает лишь незначительной

Применение *химического оружия*⁴⁴⁵ во время Первой мировой войны вскоре вызвало негативную реакцию по отношению к этому виду оружия, которая была связана с защитой гражданского населения, а также с причинением излишних страданий и запретом вероломства. Это привело к занесению химического оружия в предписания по ограничению вооружений, которые были установлены Парижскими мирными договорами для государств, потерпевших поражение в Первой мировой войне⁴⁴⁶. В 1925 году на Женевской конференции по контролю над международной торговлей оружием был принят *Протокол о запрещении применения на войне химического и бактериологического оружия*, к которому впоследствии присоединилось большое количество государств⁴⁴⁷. В основном нормы этого протокола на сегодняшний день являются частью международного обычного права. Химическим является оружие, которое наносит вред организмам в результате токсического воздействия химических веществ. При этом является спорным, идет ли речь о химическом оружии, если воздействие, оказанное на организм, не приводит к смерти или серьезным увечьям, а лишь к параличу или другому временному расстройству. Поэтому применение слезоточивого газа в качестве боевых средств долгое время являлось спорным⁴⁴⁸. Верной считается точка зрения, согласно которой слезоточивый газ подпадает под запрет, что также подтверждается Конвенцией о запрещении химического оружия от 1993 г.⁴⁴⁹ Принимая во внимание широкомасштабное применение средств для удаления листьев с деревьев во время войны во Вьетнаме⁴⁵⁰, спорным является вопрос, насколько следует считать химическим оружием вещества, токсическое

долей высокорadioактивного урана 235. Он используется для повышения жесткости снарядов, чтобы увеличить пробивную силу бронейных боеприпасов. Проблема, связанная с его воздействием, заключается в том, что металл попадает в организм разными путями и причиняет вред организму не столько вследствие воздействия радиации, сколько вследствие токсического воздействия тяжелого металла. Насколько эти характеристики являются основанием для запрещения оружия, является спорным, см.: McDonald/Kleffner/Toebe (Hrsg), *Depleted Uranium Weapons and International Law*, 2008; *Black-Branch*, *The Legal Status of Cluster Munitions under International Humanitarian Law*, HuVI 22 (2009) 186ff; *Di Ruzza*, *The Convention on Cluster Munitions*, RDMDG 47 (2008) 405ff; *Justen*, *Der Vertrag von Oslo über das umfassende Verbot von Streumunition, Sicherheit und Frieden* 27 (2009) 102ff; *Gibbons*, *Uses and Effects of Depleted Uranium Munitions*, YIHL 7 (2004) 191ff.

⁴⁴⁵ См.: *Bothe* (сноска 368) 1ff; *Marauhn*, *Chemical Weapons and Warfare*, MPEPIL II, 108ff.

⁴⁴⁶ Ст. 171 Версальского мирного договора; см. также: *Marauhn*, *Der deutsche Chemiewaffenverzicht. Rechtsentwicklungen seit 1945*, 1994, 59ff; *Bothe* (сноска 368) 89ff.

⁴⁴⁷ По состоянию на ноябрь 2012 г. к Протоколу присоединились 137 государств.

⁴⁴⁸ *Bothe* (сноска 368) 31, 49f; *Verwey*, *Riot Control Agents and Herbicides in War*, 1977, 69ff, 205ff.

⁴⁴⁹ Ст. I (абз. 5) Конвенции о запрещении химического оружия.

⁴⁵⁰ SIPRI, *Ecological Consequences of the Second Indochine War*, 1976, 24ff u 46ff.

воздействие которых наносит вред исключительно растениям. Правильным представляется утвердительный ответ на этот вопрос⁴⁵¹.

75 Усилия по созданию договорной основы для запрета применения ядерного оружия⁴⁵² до сих пор не увенчались успехом. Однако вышеуказанные нормы международного права о защите гражданского населения от последствий военных действий распространяются на применение ядерного оружия. С точки зрения международного обычного права, запрет применения ядерного оружия в этом контексте считается бесспорным, что было единогласно установлено в *консультативном заключении* Международного суда ООН о правомерности применения ядерного оружия от 8.7.1996 г.⁴⁵³ Относительно договорных норм, содержащихся в Дополнительном протоколе I, некоторые государства-участники НАТО ссылаются на то, что этот договор является недействительным по отношению к применению ядерного оружия, поскольку еще в процессе проведения переговоров США, Великобритания и Франция выступили с соответствующим заявлением⁴⁵⁴. Однако заявления отдельных, даже важных государств, сделанные во время переговоров, не имеют юридической силы, ограничивающей однозначное содержание норм договора. Тем не менее, большинство государств-членов НАТО во время ратификации Дополнительного протокола I выступили с соответствующими заявлениями, которые, бесспорно, имеют юридическую силу как оговорки. В связи с тем, что в отношении этих заявлений не были внесены возражения, *нельзя исходить из действия Дополнительного протокола I в связи с применением ядерного оружия* в отношениях между государствами-членами НАТО, сделавшими заявление, и другими государствами-участниками Дополнительного протокола. Это не оказывает влияния на юридическую силу кодифицированных в Дополнительном протоколе норм обычного международного права.

76 При применении указанных норм международного права к ядерному оружию ввиду его разрушительного действия является спорным, насколько теоретически возможны случаи, в которых его применение допускается. В консультативном заключении Международного суда⁴⁵⁵ трое судей дали на этот вопрос отрицательный ответ, двое судей (*Швебель (Schwebel)*, *Гийом (Guillaume)*) ответили на него положительно, не указав конкретных случаев, в которых должны действовать исключения, а семеро судей, представляющих

⁴⁵¹ *Verwey* (сноска 450) 155, 239, 281ff; *Bothe* (сноска 368) 31.

⁴⁵² *Oeter*, in: Fleck (Hrsg), Handbuch, 115ff mwN.

⁴⁵³ № 2 D резолютивной части и § 85 мотивировочной части (см. выше сноску 74).

⁴⁵⁴ Сила сделанных во время переговоров заявлений является весьма сомнительной, см.: *Solf*, in: *Bothe/Partsch/Solf*, New Rules, 188ff; *Fischer* (сноска 376) 100ff; *Meyrowitz* (сноска 376) 311ff; *Meyrowitz*, *Kriegsrecht und Kernwaffen — Zur Diskussion über die Ratifizierung des I. Zusatzprotokolls zu den Genfer Konventionen von 1949*, EA 1981, 689ff; *Empell* (сноска 376), 189ff.

⁴⁵⁵ См. выше сноску 74. Критические замечания см.: *Schmitt* (сноска 381) 156f; *Anastassov*, *Are Nuclear Weapons Illegal?*, JCSL 15 (2010) 89ff.

большинство, признали допустимость применения в исключительных случаях⁴⁵⁶, но дали узкое определение такого рода чрезвычайным ситуациям. Поскольку консультативное заключение также не дает ответа на все релевантные в этом контексте вопросы, целесообразно установить, как эти правила должны применяться в конкретном случае. При этом необходимо провести дифференциацию по способам боевого использования и воздействием оружия. Применение оружия с большой взрывной силой, а именно стратегического ядерного оружия в населенных пунктах является недопустимым, даже если в этих населенных пунктах находятся военные цели, так как это является нападением на гражданское население⁴⁵⁷. Спорным является только применение ядерного оружия для ответного удара. Репрессалии не могут служить оправданием применения ядерного оружия, так как они запрещены согласно ст. 51 (абз. 6) Дополнительного протокола I, однако считается спорным, насколько этот запрет репрессалий является частью международного обычного права. Можно также сказать, что согласно принципу *tu quoque* запрет не действует в отношении государства, применившего ядерное оружие первым. В своем консультативном заключении Международный суд не затронул вопрос ответного удара. В случае применения тактического ядерного оружия или т. н. оружия тактического назначения против военных целей ввиду разрушительной силы, выходящей за рамки военных целей, т. е. нанесения вреда гражданскому населению, следует применять принцип соразмерности. При этом применение ядерного оружия, направленного против военных целей, наряду с непредвиденными последствиями для жизни и здоровья населения, имеет также серьезные последствия для окружающей среды⁴⁵⁸. На вопрос о том, насколько, несмотря на все вышеуказанные последствия, существуют случаи, в которых применение ядерного оружия допустимо, здесь не может быть дан однозначный ответ, поскольку неизвестны возможные военные сценарии. Показательно, что в процессе подготовки консультативного заключения МС ООН государства, которые считали применение ядерного оружия допустимым, не смогли привести ни одного военного сценария для обоснования своей позиции⁴⁵⁹. Если основное воздействие ядерного оружия заключается не в его взрывном действии, а в радиоактивном излучении, оно подпадает под Женевский протокол 1925 г.⁴⁶⁰ Он содержит не только запрет

⁴⁵⁶ Чего они не имели права делать, по мнению судьи Хиггинс, см.: ICJ Rep 1996, 226, 583ff.

⁴⁵⁷ *Mejrowitz*, Le bombardement stratégique d'après le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève, ZaöRV 41 (1981) 1ff.

⁴⁵⁸ *Koppe*, The Use of Nuclear Weapons and the Protection of the Environment During International Armed Conflict, 2006.

⁴⁵⁹ Этот факт подчеркнули не только большинство судей (пункт 94), но и выразившая свое несогласие судья Хиггинс (*Higgins*): ICJ Rep 1996, 226, 583ff.

⁴⁶⁰ Весьма спорный вопрос; см.: *Ney*, Der Einsatz von Atomwaffen im Lichte des Völkerrechts, 1985, 177ff; *Menzel*, Atomwaffen und völkerrechtliches Kriegsrecht, in:

на применение химического оружия, но и запрет на применение «других подобных газов и всяких аналогичных жидкостей и веществ». Это положение распространяется на любые виды оружия, кроме обычного оружия, т. е. на оружие, действие которого основано не на термальных или кинетических эффектах. Поэтому применение такого оружия является нарушением международного права. Еще один аргумент в пользу запрета применения ядерного оружия заключается в том, что ущерб будет нанесен также нейтральным государствам, что не может быть оправдано, исходя из действующего права о нейтралитете⁴⁶¹. В заключение Международный суд рассматривает право на самосохранение государств (*fundamental right of every state to survival*), а также право на самооборону как возможное оправдание для применения ядерного оружия⁴⁶². При этом неясно, каким образом критерии *ius contra bellum* могут быть связаны с критериями *ius in bello*⁴⁶³. Кроме того, Международный суд не приходит к выводу о том, что в определенной или определяемой ситуации применение ядерного оружия допускается, а подчеркивает, что применение ядерного оружия, как правило, недопустимо и одновременно устанавливает недостаточность аргументов и доказательств (*non liquet*) в пользу *очень узкого исключения*. Таким образом, в будущем вряд ли будет возможным оправдать планирование применения ядерного оружия на том основании, что существуют возможные сценарии допустимого применения. — Вышеуказанные проблемы применения определенных видов вооружения и методов ведения войны являются отдельными аспектами более широкого вопроса о том, как следует оценивать новые технологии в военной технике с юридической точки зрения. В частности, дискуссия о запрете ядерного оружия свидетельствует о том, что технический прогресс не привел к отмене запретов, предусмотренных в международных договорах или международном обычном праве. Однако техническое развитие также отражается на развитии права⁴⁶⁴, например, в связи с особыми видами использования технической инфраструктуры для военных целей. Спорным является вопрос, насколько государство, имеющее высокоточное оружие, обязано его применять, чтобы уменьшить количество жертв среди гражданского населения⁴⁶⁵. Техническое превосходство является важным элементом асимметричных конфликтов⁴⁶⁶.

Kewenig (Hrsg), *Abschreckung und Entspannung*, 1977, 148 (167ff). Эта аргументация была отклонена в консультативном заключении Международного суда ООН от 8.7.1996, см. также: ICJ Rep 1996, 226 (§ § 55f).

⁴⁶¹ ICJ Rep 1996, 226 (§ § 88, 94); см. также ниже абз. 109.

⁴⁶² ICJ Rep 1996, 226 (§ § 96f).

⁴⁶³ См. выше абз. 1 и след. и абз. 56 и след.

⁴⁶⁴ *Schmitt* (сноска 381) 153ff; *Boothby* (сноска 436) 332ff; *Beard* (сноска 424).

⁴⁶⁵ *Schmitt* (сноска 381) 163f.

⁴⁶⁶ См. выше абз. 59.

Лица, защищаемые нормами международного права

Выражением ограничения применения силы является также защита вышедших из строя лиц, которые больше не в состоянии наносить ущерб противнику. Поэтому запрещено убийство сдавшегося или неспособного к сопротивлению противника. Это общее правило является основой специального регулирования, направленного на защиту определенных групп (раненых, больных, медицинского персонала, духовенства, военнопленных и гражданского населения на оккупированной территории). В этих правовых нормах отражается компонент *ius in bello*, связанный с правами человека. Однако для защиты группы лиц необходимо дать юридическое определение этой группы, которое может быть спорным. Цель заключается в том, чтобы определение было достаточно широким для удовлетворения всех потребностей в защите, вытекающих из общего принципа защиты беззащитных. Ст. 75 Дополнительного протокола I (см. абз. 83) направлена на восполнение соответствующих пробелов регулирования. Действующему праву противоречат попытки введения новой категории «нелегитимных комбатантов» (*unlawful combatants*), в которую входят лица, подозреваемые в террористической деятельности и не подлежащие защите⁴⁶⁷.

Нельзя совершать нападение на любых лиц, вышедших из строя или сдавшихся в плен. Поэтому приказ «не брать пленных», т.е. расстреливать или оставлять в беспомощном состоянии, вышедших из строя или сдавшихся в плен комбатантов противника, является противоправным (пункты ст. 23 с и d Гаагской Конвенции о законах и обычаях сухопутной войны; ст. 40, 41 Дополнительного протокола I). Вышедшими из строя также являются солдаты, катапультирующиеся из сбитого самолета, но не воздушно-десантные войска, поскольку сам прыжок с парашютом в этом случае является враждебным действием (ст. 42 Дополнительного протокола I)⁴⁶⁸.

Также запрещено нападение на раненых и больных, если они не принимают дальнейшего участия в военных действиях. Любая конфликтующая страна обязана оказывать этим лицам медицинскую помощь. Поэтому защите подлежит также медицинский персонал; нападения на него запрещены. Напротив, медицинскому персоналу должна быть предоставлена возможность выполнять свои обязанности в отношении раненых и больных⁴⁶⁹. Отличительным знаком санитарного персонала, подразделений и транспортных средств являются красный крест, красный полумесяц⁴⁷⁰ или с недавнего вре-

⁴⁶⁷ См. выше абз. 66, литературу в сносках 398 и 403. См. также: *Rodley, The Treatment of Prisoners under International Law*, 3. Aufl 2009.

⁴⁶⁸ О предыстории см.: *Hailbronner, Die Notsituation im Luftkriegsrecht*, in: Fleck (Hrsg), *Handbuch*, 81ff; также см.: *Solf*, in: *Bothe/Partsch/Solf, New Rules*, 226ff.

⁴⁶⁹ I Женевская конвенция 1949 г., в частности, ст. 12, 19, 24; ст. 10, 11, 12, 15, 16 Дополнительного протокола I.

⁴⁷⁰ Согласно Женевской Конвенции 1864 г. защитным знаком считался только красный крест. Сначала на основании оговорки к Конвенции 1904 г., а впоследствии

мени красный кристалл⁴⁷¹ на белом фоне⁴⁷². Эти защитные эмблемы должны отличаться от опознавательных знаков, которые имеют национальные общества Красного Креста или Красного Полумесяца или представители Международного Красного Креста⁴⁷³. Согласно первой Женевской Конвенции 1864 г. эти положения применялись лишь в отношении раненых и больных военнослужащих, а также военных медиков. На основании Дополнительного протокола I сфера применения этих положений распространилась на гражданских лиц⁴⁷⁴. В этой связи возникают проблемы контроля и права использования защитных эмблем⁴⁷⁵.

80 *Комбатанты* (абз. 66 и след.), а также определенные лица, относящиеся к вооруженным силам, не принимающие непосредственного участия в военных операциях (судьи, гражданский обслуживающий персонал), и лица, сопровождающие вооруженные силы (корреспонденты и репортеры, обслуживающий персонал)⁴⁷⁶, попавшие в руки противника, являются *военнопленными* и обладают определенными правами и обязанностями⁴⁷⁷. Основополагающим принципом является гуманное обращение и *уважение к их личности и чести*. Это также означает, что запрещена дискриминация этих лиц и конфискация личных вещей. Военнопленные должны помещаться в лагерях, отдаленных от мест проведения боевых действий. Им должно быть предоставлено достаточное материальное обеспечение. Кроме того, им должен быть предоставлен доступ к занятиям религиозной, духовной и физической деятельностью и предоставлена возможность контакта с внешним миром при определенном контроле. После окончания враждебных действий военнопленным должна быть предоставлена свобода и доставка на родину, если они не заявляют возражений⁴⁷⁸. Военнопленные подчиняются дисциплинарному и уголовному праву государства, в котором они находятся в плену, однако пользуются при этом определенными процессуальными гарантиями⁴⁷⁹. Они

на основании новой нормы Конвенции 1929 г. было признано право использовать красный полумесяц вместо красного креста. Израиль использует в качестве защитного знака красную звезду Давида, которая изначально не была признана международным правом. Согласно Дополнительному протоколу III красная звезда Давида признается, если она используется в сочетании с красным кристаллом.

⁴⁷¹ Дополнительный протокол III 2005 г.; *Magnuson*, *The Emblem*, IRRС 83 (2001) 1156ff.

⁴⁷² I Женевская конвенция 1949 г., ст. 38 и след.

⁴⁷³ I Женевская конвенция 1949 г., ст. 44.

⁴⁷⁴ См.: *Bothe*, in: *Bothe/Partsch/Solf*, *New Rules*, 89ff; *Kleffner*, *Protection of the Wounded, Sick, and Shipwrecked*, in Fleck (Hrsg), *Handbook*, 325ff.

⁴⁷⁵ См. сборник статей: *Bothe/Kurzidem/Macalister-Smith* (Hrsg), *National Implementation of International Humanitarian Law*, 1990, 151ff.

⁴⁷⁶ *Ipsen*, *Combatants and Non-Combatants*, in: Fleck (Hrsg), *Handbook*, 79 (99f).

⁴⁷⁷ III Женевская конвенция 1949 г.; см.: *Rosas*, *The Legal Status of Prisoners of War*, 1976.

⁴⁷⁸ О сложной проблеме, связанной с репатриацией военнопленных см.: *Chesney*, *Prisoners of War*, МРЕPIL VIII, 436 (Rn 47ff).

⁴⁷⁹ III Женевская конвенция 1949 г., ст. 82–88.

не подлежат наказанию за участие в военных действиях, если это участие было совершено в рамках *ius in bello*. Эта особая защита предоставляется, как правило, только комбатантам (т.н. привилегия комбатанта (*combatant privilege*))⁴⁸⁰. Поэтому большое значение имеет определение статуса. Если существуют сомнения о статусе, решение принимает суд⁴⁸¹. Лицо, принимающее участия в боевых действиях и не являющееся комбатантом, не имеет права на получение статуса военнопленного, т.е. несет уголовную ответственность за участие в вооруженных действиях (абз. 67, 78). Однако в отношении этих лиц применяются гарантии, изложенные в ст. 75 Дополнительного протокола I (абз. 77, 83), и общие принципы защиты прав человека.

В современных вооруженных конфликтах более всего страдает *гражданское население*⁴⁸². Защита гражданского населения от боевых действий⁴⁸³ является недостаточной для того, чтобы в существенной мере облегчить страдания гражданских лиц. В этой связи релевантны две проблемы — человеческое обращение с гражданскими лицами, находящимися в руках врага, и оказание гуманитарной помощи гражданскому населению. Что касается защиты гражданских лиц, необходимо проводить четкую границу между гражданскими лицами, находящимися на вражеской территории, и гражданскими лицами, находящимися на оккупированной территории. Если граждане государства, являющегося стороной конфликта, находятся на территории государства-противника, они имеют право на человеческое обращение⁴⁸⁴. Они должны иметь возможность выехать из страны. Однако при определенных обстоятельствах они могут быть интернированы⁴⁸⁵, причем в настоящее время их правовой статус приближен к статусу военнопленных. Предоставление *гуманитарной помощи гражданскому населению* может оказаться необходимым на оккупированной территории, а также если государство в военных условиях не в состоянии обеспечить собственных граждан, например в случае осады или блокады. Существует принцип, согласно которому в таких случаях должна предоставляться возможность оказания гуманитарной помощи. Однако в этом случае необходимо согласие тех государств, которые затронет проведение миссии гуманитарной помощи (транзитного государства, государства, принимающего помощь), в котором может быть отказано лишь при наличии серьезных оснований. Тот факт, что гуманитарная

81

⁴⁸⁰ См. абз. 67.

⁴⁸¹ III Женевская конвенция 1949 г., ст. 5.

⁴⁸² Поэтому проблема регулярно обсуждается в Совете Безопасности, который запрашивает доклады Генерального секретаря (резолюция 1894 от 11.11.2009); актуальные доклады UN Doc S/2009/277 и S/2010/579.

⁴⁸³ См. выше абз. 66 и след.

⁴⁸⁴ IV Женевская конвенция 1949 г., ст. 27.

⁴⁸⁵ IV Женевская конвенция 1949 г., ст. ст. 35, 42.

помощь предназначена гражданам неприятельского государства, не является достаточным основанием для запрета транзита гуманитарной помощи⁴⁸⁶.

82 Если во время вооруженного конфликта территория одной стороны конфликта захватывается другой, речь идет о *военной оккупации*⁴⁸⁷. Возникшая таким образом фактическая власть государства, осуществившего оккупацию, ограничивается нормами международного права. Этот правовой режим направлен на поддержание особого баланса интересов. С одной стороны, он защищает интересы оккупированного государства в отношении сохранения суверенитета, вследствие чего государство, осуществившее оккупацию, не имеет права на юридическое закрепление изменений статуса кво. Кроме того, защищаются права населения оккупированной территории. С другой стороны, защищаются интересы государства, осуществившего оккупацию, в отношении обеспечения безопасности. Не существует обязанности населения оккупированной территории выполнять указания оккупационных властей. Тем не менее оккупационным властям не запрещено фактически добиваться повиновения⁴⁸⁸. Во время конфликта защита населения в условиях оккупации на основании международно-правовых норм не может отменяться в результате того, что производится *аннексия* оккупированной территории. Ввиду своего *фактического* господства, *оккупационные власти несут ответственность за благосостояние населения оккупированных территорий*⁴⁸⁹. Оно должно обеспечивать нормальные условия жизни населения, в частности, безопасность

⁴⁸⁶ См. ст. 23 IV Женевской конвенции 1949 г., ст. 70 Дополнительного протокола I; см. также: *Bothe*, in: *Bothe/Partsch/Solf*, New Rules, 432f; *Macalister-Smith*, Protection de la population civile et interdiction d'utiliser la famine comme méthode de guerre, IRRС 31 (1991) 464ff. Подробнее об ограничении доступа к жертвам конфликта см. доклады Генерального секретаря (сноска 484), в приложениях, а также МККК 93 (2011) No 884.

⁴⁸⁷ *Benvenisti*, The International Law of Occupation, 2. Aufl 2012; *ders*, Occupation, Belligerent, МРЕPIL VII, 920ff; *Kolb/Vité*, Le droit de l'occupation militaire, 2009; *Harris*, The Era of Multilateral Occupation, BJIL 24 (2006) 1ff; *Koskeniemi*, Occupation and Sovereignty, FS Bring, 2008, 163ff; *Rosenfeld* (сноска 385); *Parameswaran*, Besatzungsrecht im Wandel, 2008; IRRС 94 (2012) No 885; в настоящее время этот вопрос играет важную роль при оценке мер, применяемых на оккупированной территории Палестины и Ирака: *Gasser*, From Military Intervention to Occupation of Territory: New Relevance of International Law of Occupation, FS Fleck, 2004, 139ff.

⁴⁸⁸ *Baxter*, The Duty of Obedience to the Belligerent Occupant, BYBIL 27 (1950) 235ff. В этой связи Верховный суд Израиля установил, что оккупационные власти не имеют права требовать от жителей оккупированных территорий сотрудничества в случаях, если при этом они должны подвергать себя опасности, Адала (*Adalah*) *против командования ЦАХАЛ*.

⁴⁸⁹ Ст. 42–56 Гаагской Конвенции о законах и обычаях сухопутной войны; ст. 47–78 IV Женевской конвенции 1949 г.; ст. 14 Дополнительного протокола I; *Sassòli*, Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers, EJIL 16 (2005) 661ff; *Sandoz*, Les situations de conflit armé ou d'occupation, in SFDI (Hrsg), L'État de droit en droit international, 2009, 361 (370ff).

населения и защиту от мародерства⁴⁹⁰, обеспечение населения продуктами питания и оказание медицинской помощи⁴⁹¹, а также ответственность за жизненно важную инфраструктуру на оккупированной территории⁴⁹². Чем более длительной является оккупация, тем большее значение имеет выполнение этой обязанности. В связи с добычей полезных ископаемых возникает противоречие между принципом поддержания порядка оккупационными властями и принципом сохранения суверенитета государства над его оккупированной территорией. Поскольку суверенитет сохраняется, оккупационные власти не имеют права изменять существующий на оккупированной территории правопорядок⁴⁹³. Исключения допускаются, только если это необходимо для обеспечения безопасности оккупационными властями. Кроме того, возможны исключения, если существующий правопорядок нарушает права человека. Такой правопорядок может и должен быть изменен. Основные права населения оккупированной территории должны соблюдаться. Эти права закреплены в специальных нормах международного права о режиме оккупации, а также следуют из общих норм о защите прав человека, которые применяются параллельно с нормами международного гуманитарного права⁴⁹⁴. Запрещается

⁴⁹⁰ О ситуации в Ираке см. резолюцию S/RES/1483 от 22.5.2003, пункт 5; *Wolfrum*, *The Adequacy of International Humanitarian Law Rules on Belligerent Occupation*, FS Dinstein, 2007, 497 (500ff).

⁴⁹¹ Из-за негативных последствий для условий жизни палестинцев на оккупированной Израилем территории возведение Израилем стены должно быть расценено как нарушение Израилем как оккупационной властью своих обязанностей. См. консультативное заключение по делу о стене, в частности, пункт 134; по этому вопросу см. также отчет специального докладчика Комиссии по правам человека Циглера (*Ziegler*) о праве на питание: документ ООН E/CN.4/2004/10/Add.2, пункты 21 и след. Это также признано Верховным судом Израиля, который признал строительство частей стены неправомерным, поскольку нарушается принцип соразмерности. О войне в Ираке см.: *Heintschel v Heinegg* (сноска 444).

⁴⁹² Об обязанности допускать оказание гуманитарной помощи гражданскому населению, см. ст. 59–62 IV Женевской конвенции 1949 г.; ст. 69 Дополнительного протокола I. К вопросу о природных ресурсах на оккупированной территории см.: *Koskenniemi* (сноска 489) 167; *Langenkamp/Zedalis*, *An Analysis of Claims Regarding Transferable «Legal Title» to Iraqi Oil in the Immediate Aftermath of Gulf War II*, ZaöRV 63 (2003) 605ff.

⁴⁹³ Ст. 43 Гаагской конвенции о законах и обычаях сухопутной войны; см. также ст. 64 IV Женевской конвенции 1949 г.

⁴⁹⁴ См. выше абз. 60; *Gasser*, *Recht der kriegerischen Besetzung und Menschenrechte*, FS Bothe, 2008, 417ff; *Arai-Takahashi*, *The Law of Occupation*, 2009; *Roberts*, *Transformative Military Occupation*, FS Dinstein, 2007, 439ff; к вопросу о применении МПЭСКП на оккупированных территориях см.: *Mottershaw* (сноска 386) 449ff. Как правило, оккупационные власти используют для обеспечения безопасности и порядка те же средства и методы, что и государства на собственной территории. Однако могут возникать ситуации, сходные с международным вооруженным конфликтом. В этом случае применяется международное гуманитарное право, см.: *Oeter*, *Das militärische Vorgehen gegenüber bewaffneten Widerstandskämpfern in besetzten Gebieten und internen Konflikten*, FS Bothe, 2008, 503ff; см. также ниже абз. 122, 125.

перевозить и депортировать гражданское население⁴⁹⁵. Запрещено принуждение гражданского населения к проявлению лояльности по отношению к оккупационным властям. Запрещена даже пропаганда добровольного вступления в вооруженные силы государства, осуществляющего оккупацию⁴⁹⁶. *Частная собственность* подлежит защите и не может быть конфискована, за исключением случаев реквизиции оккупационными властями для нужд армии, за которую должна выплачиваться компенсация⁴⁹⁷. Также запрещено переселение граждан государства, осуществляющего оккупацию, на оккупированную территорию⁴⁹⁸. В свете обязанностей и ответственности оккупационных властей большое значение имеет установление момента начала и окончания оккупации. Переход от вооруженного конфликта к оккупации осуществляется, когда наступающие вооруженные силы приобретают фактический контроль над территорией (ст. 43 Гаагской конвенции о законах и обычаях сухопутной войны)⁴⁹⁹. Оккупация прекращается в связи с утратой такого контроля⁵⁰⁰ или на основании правового акта⁵⁰¹.

83 Выше рассмотрены правила защиты отдельных категорий населения. Однако в рамках вооруженных конфликтов лица, которых нельзя однозначно отнести к одной из категорий, защита которых регулируется специальными

⁴⁹⁵ Ст. 49 IV Женевской конвенции 1949 г.

⁴⁹⁶ Ст. 45 Гаагской Конвенции о законах и обычаях сухопутной войны.

⁴⁹⁷ Ст. 52 Гаагской Конвенции о законах и обычаях сухопутной войны.

⁴⁹⁸ Ст. 49 (абз. 6) IV Женевской конвенции 1949 г. В этой связи существует правовая проблема израильской политики создания поселений на оккупированной палестинской территории, которая неоднократно признавалась неправомерной как Советом Безопасности (последняя резолюция 4788 от 20.8.1980), так и Генеральной Ассамблеей (последняя резолюция ES-10/13 от 27.10.2003) и Международным судом ООН (заключение по делу о *стене*, § 120).

⁴⁹⁹ См.: *Koutroulis*, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, 2010; к вопросу об интервенции США и Великобритании в Ираке в 2003 г. см. ссылки на литературу в сноске 489; о Конго 1998–2003 гг. см.: решение МС ООН по делу *Конго против Уганды*, § § 167ff; критические замечания см.: *Koutroulis*, *L'affaire des activités armées sur le territoire du Congo (Congo c. Ouganda)*, RBDI 39 (2006) 703ff.

⁵⁰⁰ После вывода израильских войск из сектора Газа в 2005 году официальная позиция Израиля заключается в том, что оккупация закончилась. Международное сообщество не разделяет эту точку зрения, поскольку Израиль до сих пор фактически контролирует эти территории, см. резолюцию Совета Безопасности S/RES/1869 от 8.1.2009 и резолюцию Совета по правам человека S-9/1 от 12.1.2009. См.: *Darcy/Reynolds*, *An Enduring Occupation*, JCSL 15 (2010) 211ff; *Rubin*, *Disengagement from the Gaza Strip and Post-Occupation Duties*, IsraelLR 42 (2009) 527ff.

⁵⁰¹ В случае с Ираком оккупационный режим, возникший в результате интервенции США и Великобритании, был преобразован в новый правовой режим на основании соглашения между признанным иракским правительством и государствами-интервентами, заключенного с согласия Совета Безопасности (S/RES/1546 от 8.6.2004) и вступившего в силу 30.6.2004. См.: *Thürer/McLaren*, «*lus post bellum*» in Iraq, FS Delbrück, 753 (769ff); *Buchan*, *International Community and the Occupation of Iraq*, JCSL 12 (2007) 37ff; *Giansanti*, *Transizione in Iraq*, *Comunità internazionale* 63 (2008) 105ff; *Wills* (сноска 190) 292ff; *Wolfrum* (сноска 492) 505ff.

нормами, иногда попадают в руки стороны конфликта, которая по каким-либо причинам враждебно к ним настроена. Например, это касается лиц, имеющих гражданство одной из сторон конфликта и проживающих на территории этого государства, но настроенных враждебно к собственной стране. К этой категории могут относиться т.н. коллаборационисты, а также лица, принимающие участия в боевых действиях, не являясь при этом комбатантами. Для всех этих случаев, в которых *лица* в рамках вооруженного конфликта *нуждаются в защите от одной из сторон конфликта*, в ст. 75 Дополнительного протокола I были внесены нормы, гарантирующие этим людям минимальные стандарты гуманного обращения. Эта правовая норма имеет защитные функции, дополняющие общепринятые нормы *защиты прав человека* или заменяющие их, например, в случаях, в которых действие договоров о правах человека приостановлено в соответствии с международным правом⁵⁰².

В современных вооруженных конфликтах большое значение имеет защита особенно уязвимых категорий населения — женщин, детей, стариков, инвалидов. Защита женщин и детей регулируется в двух специальных нормах Дополнительного протокола I, а защита детей, кроме того, Дополнительным протоколом к Конвенции о правах ребенка⁵⁰³. Отдельной проблемой является вербовка детей-солдат, которая неоднократно осуждалась Советом Безопасности⁵⁰⁴ и признана военным преступлением в первом решении МС ООН по этому вопросу⁵⁰⁵.

в) Морская война

Международное право вооруженных конфликтов содержит специальные правовые нормы о ведении морской и воздушной войны. Вышеуказанные общие правовые нормы, касающиеся ограничения средств причинения ущерба врагу, предоставления защиты вышедшим из строя лицам и участия в боевых действиях уполномоченных лиц применяются к морской войне⁵⁰⁶, но с некоторыми особенностями. Эти особенности связаны

84

⁵⁰² В чрезвычайных обстоятельствах основанием для приостановления действия договоров являются, например, ст. 4 МПГПП или ст. 15 ЕКПЧ.

⁵⁰³ Факультативный протокол от 25.5.2000 к Конвенции о правах ребенка, об участии детей в вооруженных конфликтах, BGBl 2004 II, 1354.

⁵⁰⁴ Последняя резолюция 2068 от 19.9.2012.

⁵⁰⁵ Ст. 8 (абз. 2 е (vii)) Статута МУС, *Прокурор против Любанги (Lubanga)*.

⁵⁰⁶ Важным исключением является ст. 49 (абз. 3) Дополнительного протокола I, который устанавливает, что новые положения Дополнительного протокола I о защите гражданского населения имеют силу только в том случае, если гражданское население или гражданские объекты, по которым наносится удар, находятся на суше. См. также: *Heintschel v. Heinegg*, Das Recht des bewaffneten Konflikts zur See, in: Fleck (Hrsg), Handbuch, 327 (337).

со спецификой и традициями вооруженных конфликтов на море⁵⁰⁷, а также с тем фактом, что *ослабление экономической мощи* противника является *законной целью ведения морской войны*⁵⁰⁸. В отличие от права сухопутной войны, право морской войны на протяжении десятилетий не адаптировалось к новым условиям. Поэтому существуют сомнения в адекватности и содержании регулирования. В последнее время частные институты добились успехов в составлении общей кодификации действующих правил ведения морской войны, однако она не имеет юридической силы⁵⁰⁹.

85 Военной целью морской войны, прежде всего, являются *военные корабли* противника⁵¹⁰. Они могут быть подвергнуты удару и потоплению без предупреждения. *Торговые суда* противника не подлежат защите в той же степени, что и гражданское население на суше⁵¹¹. Они могут быть захвачены и признаны призом в рамках призового судопроизводства. Это относится и к находящемуся на борту грузу, если его владелец является гражданином государства-противника. Кроме того, вражеские торговые судна могут быть потоплены, если они не подчиняются приказу остановиться или противятся захвату или проведению на их борту обыска⁵¹². При определенных обстоятельствах торговые суда могут быть переоборудованы в военные. В таком случае они получают равный с ними статус, т.е. они могут принимать участие в военных действиях и представляют собой военные цели. В морской войне также действует запрет на неизбирательное нападение. Особенности ведения подводной войны не оправдывают нанесение неизбирательных ударов по военным целям и гражданским объектам или военным и гражданским судам⁵¹³.

⁵⁰⁷ Пример особенных традиций: в отличие от сухопутной войны, в морской войне использование ложного флага является допустимой военной хитростью, а не запрещенным вероломством, см.: *Heintschel v. Heinegg*, in: Fleck (Hrsg), Handbuch, 327 (340); *ders* (сноска 367 [Handbuch Seerecht]) 589ff.

⁵⁰⁸ *Heintschel v. Heinegg*, in: Fleck (Hrsg), Handbuch, 475.

⁵⁰⁹ Существенную роль играет так называемое *Руководство Сан-Ремо*, составленное рабочей группой Института международного гуманитарного права и применимое к вооруженным конфликтам на море, см.: Doswald-Beck (Hrsg), *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea*, 1995; это руководство также опубликовано в: IRRС 35 (1995) 595ff и в издании *Dokumente zum Humanitären Völkerrecht*, 2. Aufl., 829.

⁵¹⁰ *Heintschel v. Heinegg*, in: Fleck (Hrsg), Handbuch, 475 (498f); *ders* (Fn 314 [Handbuch Seerecht]) 576f.

⁵¹¹ *Heintschel v. Heinegg*, in: Fleck (Hrsg), Handbuch, 475 (499ff); *ders* (Fn 314 [Handbuch Seerecht]) 577f.

⁵¹² *Heintschel v. Heinegg*, in: Fleck (Hrsg), Handbuch, 475 (503f); *ders* (Fn 314 [Handbuch Seerecht]) 577f.

⁵¹³ *Heintschel v. Heinegg*, in: Fleck (Hrsg), Handbuch, 475 (535f).

С точки зрения запрещения ведения неизбирательных военных действий особенную роль в морской войне играет минирование⁵¹⁴. При этом необходимо обеспечивать эффективное наблюдение и контроль над источниками опасности, а также своевременное предупреждение. В особенности необходимо принимать меры для обеспечения безопасности мирного судоходства. Так, например, запрещена установка дрейфующих мин. Закрепленные на якорях мины должны обезвреживаться автоматически. Особенным методом ведения морской войны является военно-морская *блокада*⁵¹⁵. Блокада означает прекращение доступа к портам или побережью противника для любых судов. Блокирующее государство должно публично объявить блокаду. Блокада действует, только если она является эффективной, т. е. ее соблюдение может быть проконтролировано. Такая эффективная блокада наделяет правом применять меры к гражданским судам противника и судам нейтральных государств. Недопустимым является установление т. н. *запретных зон*, в которых любые суда подвергаются обстрелу⁵¹⁶. Однако не вызывает возражений объявление определенных морских районов *особыми зонами* или *зонами безопасности*, если в них ведутся боевые действия и особенной опасности подвергается мирное судоходство, которое по этой причине может быть ограничено.

В морской войне в особой защите нуждаются *лица, потерпевшие кораблекрушение*⁵¹⁷. Уровень их защиты приравнивается к уровню защиты раненых и больных в сухопутной войне. Военные корабли всех сторон вооруженного конфликта должны прилагать все усилия для спасения потерпевших кораблекрушение. Специальные положения действуют в отношении *госпитальных судов*⁵¹⁸. Особенность права ведения морской войны в отношении статуса военнопленных заключается в том, что члены *экипажа захваченного торгового судна противника*⁵¹⁹ становятся военнопленными, если они являются гражданами противной стороны, несмотря на то что они являются гражданскими лицами. Однако это правило не распространяется на пассажиров торговых судов противника.

⁵¹⁴ *Heintschel v. Heinegg*, in: Fleck (Hrsg), Handbook, 475 (515ff); *ders* (Fn 314 [Handbuch Seerecht]) 586ff.

⁵¹⁵ *Heintschel v. Heinegg*, in: Fleck (Hrsg), Handbook, 475 (551ff); *ders* (Fn 314 [Handbuch Seerecht]) 567ff.

⁵¹⁶ *Heintschel v. Heinegg*, in Fleck (Hrsg), Handbook, 475 (540ff); *ders* (сноска 367 [Handbuch Seerecht]) 570f. Понятие исключительная морская зона (*maritime exclusion zone*), которое использует Хайнчель фон Хайнегг (*Heintschel von Heinegg*) соответствует используемому здесь понятию зоны безопасности. В Руководстве Сан-Ремо (сноска 511) используется термин особая зона (*special zone*).

⁵¹⁷ В частности, ст. 12, 22, 36, 37 II Женевской конвенции 1949 г. Ст. 10, 22, 23 Дополнительного протокола I.

⁵¹⁸ Ст. 22 и след. II Женевской конвенции 1949 г.

⁵¹⁹ *Heintschel v. Heinegg*, in: Fleck (Hrsg), Handbook, 475 (508).

88 Военные корабли враждующих сторон наделены правом участия в военных действиях на море. Военные корабли должны иметь соответствующие опознавательные знаки, например отличный от обычного государственного флага военно-морской флаг⁵²⁰.

г) Воздушная война

89 Применение в вооруженных конфликтах летательных аппаратов в корне изменило ведение военных действий. Однако специальные нормы для ведения воздушной войны разработаны не были⁵²¹. Юридические проблемы ведения воздушной войны следует решать на основании норм о ведении сухопутной и морской войны. При нанесении ударов с воздуха действуют нормы о допустимых объектах нападения на суше и на море. Это правило действует также в отношении беспилотных летательных аппаратов, т.н. беспилотников, если они используются для нанесения точечных ударов с целью убийства⁵²². Военные летательные аппараты, которые должны иметь опознавательные знаки, являются военными целями. Они имеют право осуществлять боевые действия против целей на суше, на море и в воздухе. Специальные положения действуют в отношении санитарных летательных аппаратов⁵²³. Из специфики ведения воздушной войны следуют особые обязанности по защите определенных объектов, например, запрещается наносить удары

⁵²⁰ *Heintschel v. Heinegg*, in: Fleck (Hrsg), Handbook, 475 (475).

⁵²¹ *Dinstein*, Air Warfare, MPEPI I, 251ff; т.н. *Гаагские Правила ведения воздушной войны* (Schindler/Toman, Armed Conflicts, 315ff) являются экспертной разработкой, которая не привела к заключению договора. Однако они считаются частью международного обычного права, поскольку они представляют собой адаптацию общепринятых действующих норм ведения сухопутной войны, а также права нейтралитета в особенной ситуации ведения военных действий посредством и против воздушных судов; см. также: *Hanke*, Die Haager Luftkriegsregeln von 1923, IRRC 31 (1991) 139ff; *Parks*, Air War and the Law of War, Air Force LR 1990, 1ff; *Spieker*, Haager Regeln des Luftkriegs von 1923, HV-I 1990, 134ff. В традициях Гаагских правил и в соответствии с Руководством Сан-Ремо (сноска 511) экспертная группа Гарвардской программы по гуманитарной политике и исследованию конфликтов (Harvard Program on Humanitarian Policy and Conflict Research) разработала новую редакцию правил ведения воздушной войны, см. Руководство по международному праву, применимому к воздушной войне и применению ракетных боеприпасов (Manual on International Law Applicable to Air and Missile Warfare), 2009 (Гарвардское руководство).

⁵²² Эта распространенная практика не вызывает проблем, если беспилотники применяются в рамках вооруженных конфликтов, однако чаще они используются в других ситуациях. При использовании беспилотников применяются общие правила о допустимых целях и принцип соразмерности (абз. 68, ст. 39 Гарвардского руководства). Другой вопрос заключается в том, насколько частое применение беспилотников приводит к тому, что ситуация переходит в стадию вооруженного конфликта. Подробнее, включая ссылки на литературу, см.: *Heinsch*, Unmanned Aerial Vehicles and the Scope of the «Combat Zone», HVI 25(2012) 184ff.

⁵²³ Ст. 36 I. Женевской конвенции 1949; ст. ст. 24–31 Дополнительного протокола I.

с воздуха по гражданским объектам и требуется предотвращать нанесение несоразмерного вреда гражданской инфраструктуре, например, запрещается наносить удары по воздушным судам гражданской авиации. В связи с тем, что расстояние между лицом, принимающим решение о нанесении удара с воздуха, и целью, как правило, велико, предъявляются высокие требования к квалификации и определению цели и оценке соразмерности.

д) Экономическая война

Под экономической войной подразумеваются меры стороны конфликта, направленные на ослабление *экономической мощи противника*, в особенности на прекращение снабжения жизненно важными товарами. В качестве инструментов экономической войны используются как законодательные и административные, так и военные меры⁵²⁴. К законодательным и административным мерам относится, прежде всего, прекращение экономического обмена между собственными гражданами и юридическими лицами и гражданами и юридическими лицами страны-противника. При этом основные юридические проблемы связаны с квалификацией государства как противника и контролем сделок, производящихся через нейтральные государства. Кроме того, используются такие инструменты как замораживание счетов и конфискация собственности. Такие меры являются допустимыми, если имущественные объекты противника находятся на территории стороны конфликта, применяющей меры. К военным мерам относятся, в частности, меры, направленные против торговых судов противника⁵²⁵, и осуществление контроля над нейтральной морской торговлей⁵²⁶.

90

е) Реализация *ius in bello*⁵²⁷

Для государства вооруженный конфликт является чрезвычайной ситуацией, в которой представляется целесообразным удовлетворять в первую очередь краткосрочные интересы обеспечения военного преимущества, а не соблюдать нормы международного права, в результате чего эти нормы часто нарушаются. История вооруженных конфликтов на протяжении многих веков,

91

⁵²⁴ *Lowe/Tzanakopoulos*, *Economic Warfare*, MPEPIL III, 330ff.

⁵²⁵ См. выше абз. 85.

⁵²⁶ См. ниже абз. 115 и след.

⁵²⁷ Обзор см.: *Bothe* (сноска 151) 156ff; *Kussbach*, *Mittel und Wege zur Durchsetzung des Humanitären Völkerrechts*, in Wittich/Reinisch/Gattini (Hrsg), *Kosovo — Staatsschulden — Notstand — EU-Reformvertrag — Humanitätsrecht*, 2009, 195ff; *Pfanner*, *Various Mechanisms and Approaches for Implementing International Humanitarian Law and Protecting and Assisting War Victims*, IRRС 91 (2009) 279ff; *Wolfrum/Fleck*, *Enforcement of International Humanitarian Law*, in Fleck (Hrsg), *Handbook*, 675ff; *Clarke*, *Securing Compliance with International Humanitarian Law*, IHLS 1 (2010) 213ff.

вплоть до нашего времени изобилует примерами грубых нарушений международного права⁵²⁸. Тем не менее также существуют примеры ведения военных действий в соответствии с нормами международного права, влияния правовых норм на методы и средства ведения войны, например, когда лица, отдающие приказы, выбирают цели нападения, учитывая правовые аспекты⁵²⁹. Механизмы, обеспечивающие *соблюдение международного права*, являются разнообразными, сложными и дифференцированными⁵³⁰. С точки зрения систематики, следует различать такие аспекты, как интернализация норм, деятельность «адвокатов общественных интересов», механизмы межгосударственного урегулирования споров, уголовно-правовые санкции и индивидуальные механизмы защиты прав, включая индивидуальные жалобы.

- 92 Важную роль играет *мотивация ответственных за принятие решения лиц*, следует ли соблюдать правовые нормы в конкретном случае. Эта мотивация может определяться рационально или иррационально. При рациональной мотивации речь идет в первую очередь об оценке интересов. В конкретном случае существуют интересы, исходя из которых целесообразно соблюдать правовые нормы, и интересы, исходя из которых правовые нормы соблюдать не следует. В этой связи существенную роль играет *заинтересованность* враждующих сторон в *минимизации ущерба*. Важным элементом минимизации ущерба является принцип *взаимности*. Правовые нормы соблюдаются, чтобы противник действовал аналогично и, таким образом, собственный ущерб мог бы быть сокращен. Этот простой механизм функционирует, хотя в определенных контекстах его применение запрещено, например, запрещены репрессалии в отношении определенных категорий жертв вооруженных конфликтов, в частности, в отношении пленных⁵³¹. Однако он не функционирует или является проблематичным в т. н. асимметричных вооруженных конфликтах, в которых способы нанесения ущерба, а также уязвимость сторон вооруженного конфликта существенно отличаются. Уверенность в реализации прогноза поведения противоположной стороны является

⁵²⁸ См. Раздел 1. *Граф Витцтум*, абз. 103 и след.

⁵²⁹ *Carnahan*, «Linebacker II» and Protocol I: The Convergence of Law and Professionalism, AULR 31 (1982) 861ff; *ders*, Protecting Nuclear Facilities from Military Attack: Prospects After the Gulf War, AJIL 86 (1992) 524, особенно 528ff. К вопросу о вооруженном конфликте в Косово см.: *Montgomery*, Legal Perspective from the EUCOM Targeting Cell, in: Wall (Hrsg), Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo-Campaign, U. S. Naval War College ILS 78 (2002) 189ff.

⁵³⁰ *Blenk-Knocke*, Zu den soziologischen Bedingungen völkerrechtlicher Normenbefolgung, 1979; *Bothe*, Compliance, MPEPIL II, 530ff mwN; *Padmanabhan*, Norm Internalization through Trials for Violations of International Law, UPennJIL 31 (2009) 427ff.

⁵³¹ Ст. 46 I Женевской конвенции 1949 г.; ст. 47 II Женевской конвенции 1949 г.; ст. 13 III Женевской конвенции 1949 г.; ст. 33 IV Женевской конвенции 1949 г.; ст. 20, ст. 51 (абз. 6), ст. 54 (абз. 4), ст. 55 (абз. 3) Дополнительного протокола I.

элементом минимизации ущерба. Поэтому даже в ситуации вооруженного конфликта важную роль играют меры, направленные на создание атмосферы доверия посредством коммуникации. В качестве примеров можно привести разрешение на осуществление контроля при распределении гуманитарной помощи⁵³² или разрешение на наблюдение за судебными разбирательствами, направленными против пленных⁵³³. Другим существенным элементом минимизации ущерба являются возможные *политические последствия нарушения правовых норм*. Государства придают большое значение своему позитивному имиджу на международной арене. Поэтому распространение информации о нарушениях является ключевым механизмом обеспечения соблюдения права. Юридические дискуссии, сопровождающие вооруженные конфликты, являются важным элементом обеспечения соблюдения права⁵³⁴.

Мотивация лиц, уполномоченных принимать решения, в существенной степени основана на *культурных факторах*. Идея гуманности является эффективной на практике. Кроме того, значение имеют традиции ведения военных действий в соответствии с профессиональными правилами («рыцарство»), а также законопослушность лиц, принимающих решения (интернализация норм). Следующий вопрос заключается в том, насколько лицо, принимающее решение, обладает способностью и возможностями для соблюдения права. Интернализация права предполагает наличие организационных и интеллектуальных ресурсов. Если правовые нормы предписывают стандарты обращения с определенными категориями лиц (например, размещение и снабжение военнопленных), соблюдение норм зависит от наличия экономических ресурсов. Принуждение государств и носителей полномочий по принятию решений не оказывает значительного влияния на эффективность этих сложных механизмов. В этой связи необходимо предостеречь от преувеличения роли уголовного права для обеспечения соблюдения правовых норм в вооруженных конфликтах⁵³⁵. Для интернализации норм необходимо, чтобы носители властных полномочий в момент принятия решения знали о существовании нормы. Поэтому в Женевских конвенциях и дополнительных протоколах предусмотрено, что информация об их содержании должна распространяться⁵³⁶. Значение *деятельности по распространению информации* о содержании конвенций для обеспечения соблюдения *ius in*

93

⁵³² Ст. 23 IV Женевской конвенции 1949 г.; ст. 70 (абз. 3) Дополнительного протокола I.

⁵³³ Ст. 105 (абз. 5) III Женевской конвенции 1949 г.

⁵³⁴ К вопросу о соответствующих феноменах в связи с соблюдением *ius contra bellum* см. выше абз. 29 и след.

⁵³⁵ *Bothe*, Prevention and Repression of Breaches of International Humanitarian Law, IJHL 1986–87, 115 (124); *Vinuesa*, Comment, in: *Bothe/Kurzidem/Macalister-Smith* (Fn 406) 81ff.

⁵³⁶ Ст. 47, 48, 127, 144 Женевской конвенции; ст. 83 Дополнительного протокола I; ст. 20 Дополнительного протокола II.

bello очень велико⁵³⁷. Речь идет не только об уголовном праве. Необходимо включить Женевские конвенции и дополнительные протоколы в программы обучения военных (ст. 83 Дополнительного протокола I). Кроме того, на внутригосударственном уровне должны быть приняты нормы из других разделов права, чтобы обеспечить применение Женевских конвенций на практике, прежде всего нормы о медико-санитарной службе, в частности, о праве использования знака *Красного Креста* и защита использования этого знака от злоупотреблений⁵³⁸. Также следует включить нормы международного гуманитарного права в служебные инструкции для военных (*military manuals*)⁵³⁹, которые оказывают более непосредственное влияние на действия солдат или военных управлений, чем международные конвенции. В результате внутригосударственных мер создается правовая и практическая инфраструктура для обеспечения соблюдения международного гуманитарного права. В последние годы ее значение получило признание. Поэтому МККК организовал консультационную службу, которая оказывает поддержку государствам при создании этой инфраструктуры⁵⁴⁰. Для усовершенствования инфраструктуры разрабатывается международная система обмена информацией⁵⁴¹.

94 Необходимо также обеспечить, чтобы нормы международного права учитывались при принятии конкретных решений. Для этого в *вооруженных силах* должны действовать *юридические консультанты* (ст. 82 Дополнительного протокола I)⁵⁴². Действия вооруженных сил при проведении конкретных операций командование обычно устанавливает в правилах операции (*Rules of Engagement*), которые могут предоставляться солдатам в форме памяток. Для обеспечения соблюдения международного гуманитарного права

⁵³⁷ См.: Bothe/Kurzidem/Macalister-Smith (сноска 477); *Meriboute*, Mesures nationales de mise en œuvre du droit international humanitaire dans les temps de paix, IHLY 1986–87, 103ff.

⁵³⁸ *Herczegh/Forsythe/Hannikainen*, Introductory Reports, in: Bothe/Kurzidem/Macalister-Smith (сноска 477) 151ff.

⁵³⁹ *Obradovic/Fleck/Greenwood*, Military Manuals and Other Administrative Rules Relating to Armed Conflicts, Introductory Reports, in: Bothe/Kurzidem/Macalister-Smith (сноска 477) 179ff. Практически полный перечень таких норм ведет и регулярно обновляет МККК <www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/sr>.

⁵⁴⁰ *Berman*, The ICRC» Advisory Service on International Humanitarian Law, IRRС 312 (1996) 338ff.

⁵⁴¹ *Bothe*, The Role of National Law in the Implementation of International Humanitarian Law, in *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge*, 1984, 301 (312); *Kornblum*, A Comparison of Self-evaluating State Reporting Systems, IRRС 304 (1995) 39ff u 305 (1995) 137ff; *Mohr*, Zum Berichtsverfahren im humanitären Völkerrecht, HV–I 1991, 81ff; International Law Committee of the Danish Red Cross (Hrsg), Voluntary Review Procedure on National Implementation of International Humanitarian Law, 1998.

⁵⁴² *Greenwood*, in: Fleck (Hrsg), Handbook, 43 mwN; *Dickinson*, Military Lawyers on the Battlefield, AJIL 104 (2010) 1ff.

следует включать правовые аспекты в текст правил операции⁵⁴³. Для соблюдения международного гуманитарного права в воздушной войне, по крайней мере, крупные военные державы должны ввести формальные процедуры для выбора цели, частью которых являются юридические консультации⁵⁴⁴.

Используемый здесь термин «адвокаты общественных интересов» связан с тем, что нарушения *ius in bello* затрагивают не только легитимные интересы государства, подвергающегося нападению, но и общественные интересы. Это означает, что обязанность соблюдать международное гуманитарное право действует *im erga omnes*⁵⁴⁵. Поэтому организации, представляющие общественные интересы, участвуют в реализации *ius in bello*. Прежде всего, речь идет об ООН, особенно о Совете Безопасности, и МККК. Совет Безопасности неоднократно устанавливал, что *серьезные нарушения международного гуманитарного права* являются угрозой миру согласно ст. 39 Устава ООН, и принимал меры, например, создал международные трибуналы по бывшей Югославии и Руанде. Таким образом, Совет Безопасности является одним из органов, способствующих реализации международного гуманитарного права⁵⁴⁶. Кроме того, обеспечением соблюдения международного гуманитарного права занимается Совет по правам человека⁵⁴⁷, в частности, через комиссии по расследованию, причем его приоритеты отличаются от приоритетов Совета Безопасности. Решения Совета Безопасности зависят от согласия пяти постоянных членов, тогда как решения Совета по правам человека зависят от большинства, представленного странами третьего мира. Политическая селективность решений обоих органов ООН является проблематичной с точки зрения верховенства права, предполагающего, что практика реализации права основана на принципе равенства⁵⁴⁸.

95

⁵⁴³ Mandsager (Hrsg), Rules of Engagement Handbook, 2009.

⁵⁴⁴ См. ссылки на литературу в сноске 542.

⁵⁴⁵ См. выше Раздел 1. *Граф Витцтум*, абз. 120.

⁵⁴⁶ См.: Nolte, The Different Functions of the Security Council with respect to Humanitarian Law, in Lowe/Roberts/Welsh/Zaum (сноска 22) 519ff. К вопросу о конкретных мерах Совета Безопасности см. выше абз. 48, в особенности, сноски 265; к вопросу о передаче предположительно совершенных в Дарфуре нарушений прав человека на рассмотрение МС ООН, S/RES/1593 от 31.3.2005.

⁵⁴⁷ См. выше Раздел 4. *Кляйн/Шмаль*, абз. 206.

⁵⁴⁸ Показательны разные подходы этих органов к конфликтам в Ливане (2006) и в секторе Газа (2009), а также к инциденту на судне «Мави Мармара» (*Mavi Marmara*) (2010, см. выше сноску 518). Совет Безопасности не рассматривал нарушения *ius in bello*, предполагавшиеся в обоих случаях, а требовал политического решения конфликта (S/RES/1701 от 11.8.2006; 1860 от 8.1.2009). Совет по правам человека создал комиссии по расследованию предполагаемых нарушений на основании резолюций, которые практически содержали осуждение Израиля (Res S-2/1 от 11.8.2006 и S-9/1 от 12.1.2009 были приняты несмотря на то, что большинство западных государств проголосовали против или воздержались). В докладах (A/HRC/3/2 от 3.11.2006 и A/HRC/12/48 от 15.9.2009), именуемых докладами Голдстоуна (*Goldstone*) по фамилии докладчица, были установлены существенные нарушения международного права. В отношении

- 96 Деятельность МККК как *гарант соблюдения международного гуманитарного права* не вызывает таких сомнений и имеет большое практическое значение. В Женевских конвенциях и дополнительных протоколах эта функция МККК описывается косвенно как функция по защите жертв конфликтов, однако она *признана как международный обычай* и обозначается как инициативное право МККК. Поэтому при возникновении вооруженных конфликтов и их дальнейшем развитии МККК регулярно направляет обращения к сторонам конфликта о соблюдении международного гуманитарного права. Для реализации международного гуманитарного права МККК, как правило, использует дипломатические методы убеждения. Однако при определенных нарушениях международного гуманитарного права конкретными государствами МККК публично заявляет о нарушениях и, таким образом, увеличивает политическое давление. МККК обладает важными контрольными функциями в отношении военнопленных. Согласно ст. 126 III Женевской конвенции 1949 г. МККК уполномочен посещать любые места, где содержатся военнопленные. Представители МККК вправе общаться с пленными без свидетелей. Таким образом, МККК выполняет в отношении военнопленных те же функции, что и держава-покровительница⁵⁴⁹, но, кроме того, он обладает инициативным правом. Поскольку речь идет об обязательствах *erga omnes*, не только государство, на которое совершается нападение, но и третьи государства имеют право на реализацию *ius in bello*. Согласно ст. 1 Женевских конвенций они даже обязаны требовать реализации (обязанность «заставлять соблюдать»)⁵⁵⁰.
- 97 Классическим средством односторонней реализации права в международном праве являются *репрессалии*⁵⁵¹, которые также применяются в праве вооруженных конфликтов. Они основаны на принципах взаимности и минимизации ущерба. Репрессалии или угроза применения репрессалий должны послужить стимулом для минимизации ущерба и прекращения нарушения другой стороной. Однако именно в праве вооруженных конфликтов проявляется проблематика такой *формы односторонней реализации права*. Поскольку

конфликта в секторе Газа Совет по правам человека включил в свои резолюции результаты доклада и требования, предъявленные в нем (Res S-12/1 от 16.10.2009, голосование 25/6/11). Совет Безопасности обсудил конфликт и не предпринял попытки принять решение (S/PV.6201 от 14.10.2009). Генеральная Ассамблея поддержала Совет по правам человека (A/RES/64/10 v 5.11.2009, голосование 144/18/44). См. также: *Binder, Humanitarian Crises and the International Politics of Selectivity*, HRR 10 (2009) 327ff; подробнее см.: *Bothe, Tatsachenfeststellung (Fact-finding) als Mittel der Durchsetzung von Menschenrechten und humanitärem Völkerrecht*, FS Klein, 2013, im Druck.

⁵⁴⁹ Ст. 126 (абз. 4) III Женевской конвенции 1949.

⁵⁵⁰ *Frutig, Die Pflicht von Drittstaaten zur Durchsetzung des humanitären Völkerrechts nach Art. 1 der Genfer Konventionen von 1949, 2009.*

⁵⁵¹ См. Раздел 7. *Шрёдер*, абз. 107 и след. К вопросу репрессалий в праве вооруженных конфликтов см.: *Kalshoven, Belligerent Reprisals*, 1971; *ders, Belligerent Reprisals Revisited*, NYIL 21 (1990) 43ff; *Nahlik, From Reprisals to Individual Penal Responsibility*, FS Kalshoven, 1991, 165ff.

в ситуации вооруженного конфликта, как правило, нарушение нормы не может быть установлено однозначно, государство, подвергающееся репрессалии, считает ее неправомерной, т. е. первичным нарушением права, на которое следует ответить репрессалией. Следствием такого подхода является эскалация репрессалий. Поэтому на практике военные репрессалии утратили свое значение⁵⁵². Тем не менее во время переговоров по Дополнительному протоколу I не удалось добиться их полной отмены. Однако действуют *специальные запреты репрессалий в отношении категорий лиц, нуждающихся в особой защите* (военнопленных, раненых и больных, гражданского населения)⁵⁵³.

Соблюдение международного гуманитарного права также может обеспечиваться в рамках классических процедур урегулирования споров при участии третьей стороны. Это является частью помощи, оказываемой третьей стороной и предусмотренной в международном гуманитарном праве для обеспечения применения права. Она оказывается *державами-покровительницами*⁵⁵⁴, функциями которых считаются «содействие и контроль» (ст. 8 I Женевской конвенции 1949 г.) при применении Женевских конвенций. Таким образом, державы-покровительницы обладают наблюдательными функциями, участвуют в процедуре обеспечения права посредством раскрытия информации, а также в процедуре укрепления доверия посредством диалога. Кроме того, они осуществляют функцию посредника между сторонами конфликта (ст. 11 I Женевской конвенции 1949 г.). Статус держав-покровительниц приобретает на основании *консенсуса*, поскольку для присвоения статуса необходимо согласие обеих конфликтующих сторон. После Второй мировой войны статус державы-покровительницы присваивался только в редких случаях. Нейтральные организации, в частности Международный комитет Красного Креста, могут осуществлять функции держав-покровительниц (ст. 10 I Женевской конвенции 1949 г.). Однако до сих пор никто не воспользовался этой возможностью. Таким образом, консенсуальные процедуры с участием третьих государств также связаны с проблемами⁵⁵⁵. Большинство функций державы-покровительницы перешли к МККК.

Возросло значение классических процедур урегулирования международных споров в рамках судебных и третейских разбирательств в международном гуманитарном праве. МС ООН неоднократно принимал решения по вопросам международного гуманитарного права, в частности, по делу *Конго против Уганды*⁵⁵⁶ и по применению Конвенции о геноциде в рамках

⁵⁵² *Kalshoven* (сноска 555) 376f; *Sutter*, *The Continuing Role for Belligerent Reprisals*, JCSL 13 (2008) 93ff.

⁵⁵³ См. выше абз. 60.

⁵⁵⁴ *Abi-Saab*, *Les mécanismes de mise en œuvre du droit humanitaire*, RGDI 82 (1978) 103 (109ff, 118ff); *Wolfrum/Fleck*, in *Fleck* (Hrsg), *Handbook*, 709ff.

⁵⁵⁵ *Abi-Saab* (сноска 558) 128.

⁵⁵⁶ См. решения МС ООН по делам *Никарагуа* и *Конго против Уганды*.

вооруженного конфликта⁵⁵⁷. Предметом этих процессов было установление факта нарушения, а также возмещение ущерба⁵⁵⁸. Специальным третейским судом, созданным для разрешения вопросов права вооруженных конфликтов, является Комиссия по рассмотрению взаимных претензий Эритреи и Эфиопии⁵⁵⁹. Как и при реализации *ius contra bellum*, возможности МС ООН ограничены тем, что юрисдикция МС ООН определена в ст. 36 (абз. 2) Статута МС недостаточно конкретно⁵⁶⁰. Параллельное применение общих норм о правах человека и международного гуманитарного права позволяет использовать жалобы государств на основании конвенций о защите прав человека для реализации международного гуманитарного права⁵⁶¹.

100 К моменту принятия Дополнительного протокола I 1977 г. не было возможности законодательно закрепить урегулирование споров в судебном порядке. Вместо этого в Дополнительном протоколе I была предусмотрена традиционная процедура обеспечения соблюдения права посредством раскрытия информации, т. е. расследования, находящегося в компетенции *Международной комиссии по установлению фактов* (International Humanitarian Fact Finding Commission, ст. 90 Дополнительного протокола I)⁵⁶². В случаях нарушения международного гуманитарного права Комиссия устанавливает и расследует факты, но не делает официального заявления о факте нарушения. Ее компетенция не распространяется на все договаривающиеся стороны, а только на тех участников протокола, которые сделали заявление о признании Комиссии. Такое заявление до сих пор сделали 72 государства, из них 38 европейских⁵⁶³. Кроме того, дело может быть передано комиссии *ad hoc*. Она может также предлагать добрые услуги. Неизвестно, насколько такая процедура приобретет практическое значение.

101 Важным элементом обеспечения соблюдения международного гуманитарного права является *уголовное право*, которое, согласно превалирующей точке зрения, выполняет функцию устрашения и, таким образом, способствует формированию индивидуальной мотивации законопослушности. Однако

⁵⁵⁷ См. решение МС ООН по делу о *Конвенции о геноциде*.

⁵⁵⁸ К вопросу о возмещении ущерба, нанесенного в результате нарушения *ius in bello* см.: *d'Argent* (сноска 150) 505ff.

⁵⁵⁹ Комиссия была создана на основании Алжирского соглашения от 12.12.2004. Решения опубликованы на сайте Постоянного Третейского Суда <<http://www.pca-cpa.org/>>. См. доклад Генерального секретаря ООН S/2003/858, § 15.

⁵⁶⁰ *Bothe* (сноска 151) 150.

⁵⁶¹ Эту возможность до сих пор использовала только Грузия против Российской Федерации, см. EuGRZ 2008, 556.

⁵⁶² *Parsch*, in: *Bothe/Parsch/Solf*, New Rules, 537ff; *Kussbach*, La Commission internationale d'établissement des faits, RDIMDG 20 (1981) 78; *Roach/Krill*, The International Fact-Finding Commission, IRRC 73 (1991) 167ff. См. также: *Roach*, The International Fact-Finding Commission, IHLY 1989–90, 69ff; *Condorelli*, La Commission internationale humanitaire d'établissement des faits, IRRC 83 (2001) 393ff.

⁵⁶³ См. источники в сн. 313, 327.

вызывает сомнения, насколько этот тезис соответствует действительности. Договаривающиеся стороны Женевских конвенций обязуются преследовать нарушителей в уголовном порядке в случае серьезных нарушений конвенций. Перечень нарушений, подлежащих уголовному наказанию, был расширен в Дополнительном протоколе I⁵⁶⁴. Однако долгое время уголовное преследование осуществлялось редко, вследствие чего многочисленные военные преступники остались безнаказанными. Причины таких недостатков регулирования и применения многоплановы. Часто у государств *отсутствует политическая воля* подвергать уголовному преследованию собственных солдат, а уголовному преследованию солдат противника, совершивших военные преступления и находящихся в плену, препятствуют опасения за судьбы собственных солдат, находящихся в плену у противника⁵⁶⁵. Тем не менее нельзя утверждать, что применение уголовного наказания за нарушение права вооруженных конфликтов не имеет значения на практике. Уголовная наказуемость позволяет официально установить противоправность деяний и способствует интернализации норм. Вынесение приговора за военные преступления удовлетворяет требованиям общественности не оставлять такого рода преступления безнаказанными и, таким образом, является вкладом в восстановление мира. В этом заключается функция широко растиражированной борьбы с безнаказанностью (*impunity*)⁵⁶⁶. Помимо уголовного преследования за нарушения международного гуманитарного права судами государства, гражданство которого имеет преступник, возможно уголовное преследование судами других государств на основании принципа *универсальной юрисдикции*, которая является важным аспектом реализации международного гуманитарного права и демонстрирует, что его нарушения являются нарушениями обязанностей *erga omnes*⁵⁶⁷. В случае серьезных нарушений Женевских конвенций возникает даже обязанность организовать уголовное преследование согласно

⁵⁶⁴ *Partsch*, in *Bothe/Partsch/Solf*, New Rules, 537ff; *Bothe*, Fact-finding as a Means of Ensuring Respect for International Humanitarian Law, in: Heintschel von Heinegg/Epping (сноска 381) 249ff; *Mikos-Skuza*, The International Humanitarian Fact-finding Commission, FS *Bothe*, 2008, 481ff; *Roach/Krill*, The International Fact-Finding Commission, IRRС 73 (1991) 167ff. См. также: *Roach*, The International Fact-Finding Commission, IHLY 1989–90, 69ff; *Condorelli*, La Commission internationale humanitaire d'établissement des faits, IRRС 83 (2001) 393ff.

⁵⁶⁵ *Bothe* (сноска 539) 125.

⁵⁶⁶ См. резолюцию Совета Безопасности по конфликту в Дарфуре S/RES/1593 от 31.3.2005; см.: *Bothe* (сноска 212) 14.

⁵⁶⁷ Границы допустимого являются спорными, см.: *Bantekas*, Criminal Jurisdiction of States under International Law, MPEPIL II, 861 (Rn 22ff); *Werle*, Völkerstrafrecht, 3. Aufl 2012, Rn 189; Macedo (Hrsg), Universal Jurisdiction, 2004; к вопросу о практике европейских государств см.: *Kaleck*, From Pinochet to Rumsfeld, Michigan JIL 30 (2009) 927ff; к вопросу о немецком праве см.: *Bothe*, La juridiction universelle en matière de crimes de guerre, FS Salmon, 2007, 833ff; *Ryngaert*, Universal Jurisdiction over Violations of International Humanitarian Law in Germany, RDMDG 47 (2008) 377ff.

принципу *универсальной юрисдикции* или выдать преступника государству, которое будет осуществлять уголовное преследование⁵⁶⁸.

102 Создание *международных трибуналов ООН по осуждению военных преступлений*, совершенных в бывшей Югославии⁵⁶⁹ и в Руанде⁵⁷⁰ ознаменовало собой начало нового этапа уголовного преследования нарушений международного гуманитарного права на международном уровне. Практика обоих трибуналов внесла важный вклад в толкование и развитие международного гуманитарного права. Кроме того, их деятельность послужила основой для создания постоянного Международного уголовного суда. На основании предварительных разработок Комиссии международного права в 1998 г. в Риме был принят статут постоянного Международного уголовного суда, который вступил в силу в 2002 г.⁵⁷¹ Наряду с ним были созданы другие международные суды *ad hoc* по Сьерра-Леоне и Камбодже, однако они являются не международными, а смешанными («гибридными») судами⁵⁷². Постоянный Международный уголовный суд начал свою работу⁵⁷³.

103 В связи с параллельным применением международного гуманитарного права и права по защите прав человека потерпевшие от нарушения международного гуманитарного права все чаще обращаются к международные

⁵⁶⁸ См. ст. 49, 50, 129 и 146 Женевской конвенции.

⁵⁶⁹ Статут Международного трибунала, S/RES/827 от 25.5.1993; см. также: Проект статута Международного трибунала (с комментариями), КМП, ИЛМ 33 (1994) 258ff; Fischer/Lüders (Hrsg), *Völkerrechtliche Verbrechen vor dem Jugoslawien Tribunal, nationalen Gerichten und dem internationalen Strafgerichtshof*, 1999; *Heinsch*, Die Weiterentwicklung des humanitären Völkerrechts durch die Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda, 2007; McCormack/Simpson (Hrsg), *The Law of War Crimes*, 1997; *Nowlan*, Die Regelung des Statuts des Strafgerichtshofs nach Resolution 827 des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen, HV-1 1993, 160ff; *Roggemann*, Die internationalen Strafgerichtshöfe der Vereinten Nationen, 2. Aufl 1997; *O'Brien*, The International Tribunal for Violations of International Humanitarian Law in the Former Yugoslavia, AJIL 87 (1993) 639ff; *Castillo*, La compétence du Tribunal pénal pour la Yougoslavie, RGDIP 98 (1994) 61ff; *Oellers-Frahm*, Das Statut des Internationalen Strafgerichtshof zur Verfolgung von Kriegsverbrechen im ehemaligen Jugoslawien, ZaöRV 54 (1994) 416ff; *Crawford* (сноска 158) 404. О связи между национальным и международным правосудием см. *Wolfrum*, Prosecution of International Crimes by International and National Criminal Courts, FS Arangio-Ruiz, 2007, 2199ff.

⁵⁷⁰ Статут Международного трибунала, S/RES/955 от 8.11.1994.

⁵⁷¹ См. Раздел 7. *Шрёдер*, абз. 44, 46 и 53 с дальнейшими ссылками; *Ambos*, Der neue IStGH, NJW 1998, 3743ff; *Arsanjani*, The Rome Statute of the International Criminal Court, AJIL 93 (1999) 22ff; *Bothe*, Complementarity, Friedens-Warte 83 (2008) 59ff.

⁵⁷² *Dickinson*, The Promise of Hybrid Courts, AJIL 97 (2003) 295ff; *Linton*, New Approaches to International Justice in Cambodia and East Timor, IRRS 84 (2002) 93ff; *McDonald*, Sierra Leone's Shoestring Special Court, ebd, 121ff.

⁵⁷³ *T. Stein*, Der Internationale Strafgerichtshof — Start über Stolpersteine, FS Fleck, 2004, 559ff.

органы, уполномоченные защищать права человека⁵⁷⁴, а в рамках Американской конвенции по защите прав человека — в Комиссию с индивидуальными жалобами для обеспечения своих прав, поскольку в этой сфере индивидуальные жалобы допускаются⁵⁷⁵. Кроме того, выдвигается требование о том, что потерпевшим до нарушений международного гуманитарного права должна быть предоставлена возможность обращаться во внутригосударственные, в том числе в судебные, органы. Получили распространение иски потерпевших о возмещении ущерба в национальные суды, причем как в суды государства-нарушителя, так и в суды других государств⁵⁷⁶.

3. Стороны конфликта и третьи страны (право нейтралитета)

а) Основы

Понятие нейтралитета в международном праве означает правовой статус не участвующего в вооруженном конфликте государства⁵⁷⁷. Из этого статуса

⁵⁷⁴ *Bothe* (сноска 151) mwN; *Zimmermann*, Responsibility for Violations of International Humanitarian Law, International Criminal Law and Human Rights Law, in: Heintschel von Heinegg/Epping (сноска 381) 215ff.

⁵⁷⁵ О судебной практике ЕСПЧ по этому вопросу см.: *Bothe*, Humanitäres Völkerrecht und Schutz der Menschenrechte, FS Tomuschat, 2006, 63 (70f); к вопросу о решениях ЕСПЧ по делам о Чечне см.: *Irmischer*, Menschenrechtsverletzungen und bewaffneter Konflikt, EuGRZ 33 (2006) 11ff; *Sauer/Wagner* (сноска 113) 68ff.

⁵⁷⁶ С учетом судебной практики см.: ILA, International Committee on Compensation for Victims of War, Draft Declaration, in ILA Report on the 73rd Conference, 2008, 462ff, 472ff. К вопросу о возмещении ущерба см.: *Heintschel v. Heinegg*, Entschädigung für Verletzungen des humanitären Völkerrechts, BDGVR 40 (2001) 1ff; к вопросу о предъявлении претензий в национальных судах см.: *Heß*, Kriegentschädigung aus kollisionsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht, ebd 107ff. В связи с бомбардировками Югославии странами-членами НАТО во многих государствах были поданы иски о возмещении ущерба. В ФРГ такой иск был отклонен Федеральным верховным судом (решение от 2.11.2006, Az III ZR 190/05); процесс в Федеральном конституционном суде еще не завершен; см.: *Jaksic*, Direktklagen von Konfliktopfern gegen Staaten, HV-I 22 (2009) 154ff. Резолюция Комиссии по правам человека содержит требования о том, что потерпевшим в результате нарушений международного гуманитарного права должна быть обеспечена возможность эффективной судебной защиты для возмещения ущерба (Res 2005/35 v 19.4.2005). См.: *Tomuschat*, Reparation in Favour of Individual Victims of Gross Violations of Human Rights and International Humanitarian Law, FS Cafilisch, 2007, 569ff; *Fischer-Lescano*, Subjektivierung völkerrechtlicher Sekundärregeln, AVR 45 (2007) 299ff; *Hofmann*, Victims of Violations of International Humanitarian Law, FS Tomuschat, 2006, 341ff; *Perrakis*, De la réparations des victimes des violations du droit international humanitaire et l'affaire des «Réparations de guerre allemandes» en Grèce, FS Bothe, 2008, 523ff; *Schwager*, Ius bello durante et bello confecto, 2008; *Stammler*, Der Anspruch von Kriegsoffern auf Schadenersatz, 2009; *Bong*, Compensation for Victims of Wartime Atrocities, JICJ 3 (2005) 187ff.

⁵⁷⁷ *Bothe*, Neutrality, Concept and General Rules, MPEPIL VII, 617ff; *Schindler*, Transformations in the Law of Neutrality since 1945, FS Kalshoven, 1991, 367ff; *Bothe*,

следуют права и обязанности в отношениях между воюющими и нейтральными государствами. С одной стороны, существует *право* нейтрального государства не быть затронутым конфликтом, т.е. ему *не должен наноситься вред*. С другой стороны, существует *обязанность* нейтральной державы *не участвовать в вооруженном конфликте и не оказывать поддержку ни одной из сторон*. Право на защищенность от нанесения ущерба означает, что отношения между нейтральными и воюющими государствами основаны на «праве мира» и только частично модифицируются правом нейтралитета⁵⁷⁸. В частности, нейтральное государство должно допускать осуществление определенного контроля в сфере морской торговли⁵⁷⁹. Обязанность не участвовать в конфликте и не оказывать поддержку сторонам конфликта является необходимым противовесом права на ненанесение ущерба.

105

Обязательство не принимать участия в военных действиях в первую очередь означает *неоказание поддержки одной из сторон*. Обязанность беспристрастного отношения подразумевает не формальное соблюдение принципа одинакового обращения, а *запрет дискриминации*, т.е. запрет дифференцированного отношения к воюющим сторонам, не оправданного особой ситуацией вооруженного конфликта⁵⁸⁰. Поэтому нейтральное государство не обязано компенсировать существующие различия в объеме торговли с конфликтующими сторонами в связи с началом вооруженного конфликта. Напротив, нейтральное государство имеет право продолжить существующие торговые отношения связи (принцип *courant normal*)⁵⁸¹, но изменение торговых отношений в пользу одной из воюющих сторон было бы несовместимым со статусом нейтралитета. Запрет на оказание помощи также означает, что нейтральное государство не может допускать того, чтобы воюющая сторона использовала его ресурсы вопреки его воле. В этой связи *защита статуса нейтралитета* также относится к *обязанностям неучастия*. Права и обязанности нейтрального государства являются важным *инструментом ограничения вооруженного конфликта* с точки зрения международного права. При помощи разделения государств на категории нейтральных и воюющих международное право препятствует вовлечению большего количества государств в вооруженные конфликты. Нейтральные государства могут оказывать помощь сторонам конфликта в сохранении или установлении контактов между собой и способствовать облегчению страдания жертв вооруженных конфликтов, например, посредством гуманитарных акций или поддержания коммуникации между воюющими сторонами, и, в конечном итоге, может

Neutralitätsrecht, in: Fleck (Hrsg), Handbook, 571 ff.

⁵⁷⁸ *Bothe*, там же.

⁵⁷⁹ См. ниже абз. 115 и след.

⁵⁸⁰ См. ст. 9 V Гагской конвенции 1907 г.

⁵⁸¹ *Castrén*, *The Present Law of War and Neutrality*, 1954, 454ff.

привести к восстановлению мира, например, при помощи посредничества при переговорах о прекращении огня⁵⁸².

Еще на основании Пакта Бриана-Келлога, но особенно после вступления в силу Устава ООН высказывались сомнения, совместим ли исходящий из традиционного права нейтралитета *принцип беспристрастия*, т. е. запрет дискриминации конфликтующих сторон, с *осуждением нападающей стороны*. Некоторые авторы считают, что эта проблема неактуальна⁵⁸³. Однако в действительности нейтральный статус сохраняет свое значение, только пока нет возможности принять однозначное решение о том, кто является нападающей стороной, а кто жертвой нападения в определенном конфликте⁵⁸⁴. Несмотря на то, что Устав ООН предусматривает возможность принятия *Советом Безопасности обязательных решений* по этому вопросу, долгое время не существовало политической возможности принятия таких решений вследствие антагонизма между супердержавами. После окончания холодной войны потенциал блокирования решений Совета Безопасности значительно снизился, но блокирование в будущем не исключено. Кроме того, Совет Безопасности часто уклоняется от однозначных ответов на вопрос, кто является нападающей стороной⁵⁸⁵. Следует отметить, что Устав ООН предусматривает право на коллективную защиту, т. е. право всех государств оказывать помощь государству, на которое было совершено нападение, однако не обязывает к оказанию такой помощи⁵⁸⁶. Таким образом, если государство воздерживается от оказания поддержки жертве агрессии, т. е. остается беспристрастным и сохраняет нейтралитет, это не является

⁵⁸² *Castrén* (сноска 586) 443; *Bindschedler*, Die Neutralität im modernen Völkerrecht, ZaöRV 17 (1956/57) 1 (13f).

⁵⁸³ *Bindschedler* (сноска 587) 9, 13; *Castrén* (сноска 586) 433ff.

⁵⁸⁴ *Heintschel v. Heinegg*, Wider die Mär vom Tode des Neutralitätsrechts, FS Fleck, 2004, 221 (232ff).

⁵⁸⁵ Резолюции, подобные резолюции S/RES/660, in: VN 38 (1990) 146, согласно которой вторжение вооруженных сил Ирака в Кувейт было расценено как «нарушение» мира, но не как нападение, до сих пор являются исключением. В резолюциях о распадающихся государствах оценка зависит от «ситуации», которая представляет «угрозу» для мира, см. S/RES/941 и 942 от 23.9.1994 (Босния и Герцеговина), опубликовано в: VN 42 (1994) 225; S/RES/859 от 24.8.1993 (Босния и Герцеговина), опубликована в VN 42 (1994) 26. В многочисленных резолюциях Совета Безопасности о военных операциях Израиля действия Израиля рассматривались как нарушение Устава ООН, но не было прямо установлено, что при этом нарушается запрет применения силы. Вместо этого, обычно устанавливается, что имеет место ситуация, предусмотренная ст. 39 Устава ООН, причем текст ст. 39 Устава ООН («нарушение мира» и т. п.) иногда даже не перефразируется, см., например, S/RES/262 (нападение на аэропорт в Бейруте), опубликована в VN 17 (1969) 31; S/RES/265 (нападения на иорданские деревни), опубликована в VN 17 (1969) 64; S/RES/487 (удар по ядерному реактору в Багдаде), опубликована в VN 29 (1981) 136.

⁵⁸⁶ *Randelzhofer/Nolte* (сноска 83) Rn 47f. Однако обязанность может быть основана на договорах о военной поддержке.

противоправным⁵⁸⁷. Обязанность оказывать поддержку жертве агрессии установлена, только если Совет Безопасности согласно главе VII Устава обязать членов организации оказать помощь и поддержать принятые ООН санкции (ст. 42, 43 и 48 Устава ООН)⁵⁸⁸. Из этого не следует, что традиционное право на неучастие в конфликте и беспристрастность отменяется⁵⁸⁹. Однако это означает, что Совет Безопасности в конкретном случае может ограничить это право своим решением. При этом Совет Безопасности также может возлагать на разные государства разные обязанности по поддержке⁵⁹⁰. Из этого следует, что даже если Совет Безопасности воспользуется своими полномочиями согласно главе VII Устава ООН, возможность нейтралитета сохраняется. В конкретном случае объем обязанностей и прав можно определить посредством толкования соответствующей резолюции Совета Безопасности⁵⁹¹.

107 Санкции невоенного характера часто заключаются в прекращении торговых отношений и блокировании платежных операций, которые вменяются в обязанности всем членам ООН⁵⁹². Этот случай является отклонением от принципа *courant normal*, т.е. модифицируются правила нейтралитета.

108 Нейтральный статус государства действует с момента возникновения международного вооруженного конфликта между другими государствами. В этой связи возникает вопрос, что следует считать *вооруженным конфликтом* с точки зрения права нейтралитета, т.е. как определить границу применения права нейтралитета⁵⁹³. Право нейтралитета значительно изменяет отношения между нейтральными и воюющими государствами, например, в отношении допустимости экспорта вооружения, пребывания военных судов конфликтующих сторон в нейтральных водах и контроля над нейтральной торговлей. Эти изменения возникают не в каждом случае, а только при возникновении вооруженного конфликта определенной продолжительности и интенсивности. Для применения правил нейтралитета конфликт должен быть более продолжительным и интенсивным, чем для применения норм права вооруженных конфликтов о правилах ведения

⁵⁸⁷ *Schindler* (сноска 582) 373.

⁵⁸⁸ *Schindler* (сноска 128) 3ff.

⁵⁸⁹ Из этого также исходит МС ООН в своем заключении о неправомерности применения ядерного оружия, см.: ICJ Rep 1996, 66ff bzw 226ff (§ § 88f).
Ст. 48 (абз. 1) Устава ООН.

⁵⁹⁰ Ст. 48 (абз. 1) Устава ООН.
⁵⁹¹ Это может привести к возникновению сложных вопросов. Во время американо-британского вторжения в Ирак в 2003 году интервенты сослались на предоставление полномочий Советом Безопасности (см. выше абз. 24). Если бы это соответствовало действительности, не существовало бы обязанностей третьих государств, основанных на праве нейтралитета.

⁵⁹² S/RES/664 от 6.8.1990, опубликовано в: VN 38 (1990) 146.

⁵⁹³ См.: *Bothe*, in: Fleck (Hrsg), *Handbook*, 578ff mwN; *ders* (сноска 59) 205f; подробнее см. также: *Oeter*, *Neutralität und Waffenhandel*, 1992, 77ff.

боевых действий и об обращении с военнопленными. Согласно устаревшему мнению, которое до сих пор представлено в литературе⁵⁹⁴, а также в заявлениях государственных органов⁵⁹⁵, предпосылкой применения права нейтралитета является «война в правовом смысле». Насколько это утверждение соответствует современному состоянию обычного международного права, зависит от того, что подразумевается под войной в правовом смысле. Согласно отклоненному выше⁵⁹⁶ мнению, в соответствии с которым для наличия вооруженного конфликта необходим субъективный элемент, государство могло бы посредством заявления о том, что не намеревается вести войну, избежать всех ограничений, которые право нейтралитета возлагает на стороны, принимающие участие в вооруженных конфликтах. Для не участвующих в вооруженном конфликте государств эта система является убедительным предлогом не соблюдать запрет на оказание поддержки, который часто использовался на практике⁵⁹⁷. Однако с этим нельзя согласиться. Предпосылки применения права нейтралитета должны определяться на основании его цели и смысла. Из этого следует, что право нейтралитета должно применяться, если конфликт достиг таких масштабов, что применение права нейтралитета является целесообразным и необходимым. Универсальное определение необходимых масштабов конфликта невозможно. Речь должна идти о конфликте «определенной» длительности и интенсивности.

Государства, не участвующие в вооруженном конфликте, в связи с которым не применяется право нейтралитета, не являются нейтральными с правовой точки зрения, т. е. на них не распространяются особые обязанности⁵⁹⁸. Поэтому возникает вопрос, существует ли особый промежуточный статус неведения войны между участием в вооруженном конфликте и нейтралитетом⁵⁹⁹. При этом следует разграничивать два вопроса. С одной стороны, речь идет о правовом статусе не участвующих в конфликтах государств, если к конфликтам не применяется право нейтралитета. С другой стороны, речь идет о вопросе, насколько в рамках конфликтов, к которым применяется право нейтралитета, возможен такой промежуточный статус. Так, США до вступления во Вторую мировую войну считали себя

109

⁵⁹⁴ *Castrèn* (сноска 586) 423; *Bindschedler* (сноска 587) 9f; *Greenwood*, Comments, in: *Dekker/Post* (сноска 59) 212f; см. также: *Schindler* (сноска 582) 374ff.

⁵⁹⁵ См. ссылки в: *Greenwood* (сноска 599) 212f.

⁵⁹⁶ См. выше абз. 62.

⁵⁹⁷ *Bindschedler* (сноска 587) 9, 13.

⁵⁹⁸ Поэтому верна формулировка Дополнительного протокола I в отношении случаев, в которых государства, не участвующие в конфликте, приобретают права и обязанности, несмотря на неприменимость права нейтралитета: «нейтральным государством или другим государством, не являющимся стороной, находящейся в конфликте», см. ст. 9 (абз. 2), ст. 19, ст. 31 (абз. 1), ст. 39 (абз. 1), ст. 64 (абз. 1) Дополнительного протокола I.

⁵⁹⁹ *Bindschedler* (сноска 587) 9, 13f.

страной, «не ведущей войну», однако не нейтральной страной, так как они в определенной степени оказывали поддержку Великобритании, что было несовместимо с обязанностями неучастия в вооруженном конфликте с точки зрения права нейтралитета⁶⁰⁰. Несмотря на то, что существует большое количество случаев «неведения войны» без официального заявления или по умолчанию, не сформировалась единая и общепризнанная практика, позволяющая признать статус неучастия в конфликте новым институтом международного обычного права. В зарегистрированных на практике случаях «неведения войны» масштабы конфликта были или считались недостаточными для применения права нейтралитета⁶⁰¹ или нарушались правила применимого права нейтралитета^{602,603}.

б) Неприкосновенность нейтральной территории

- 110** Основополагающее право нейтрального государства на защиту от нанесения ущерба в рамках конфликта отражается в принципе неприкосновенности нейтральной государственной территории. В первую очередь это означает то, что *воюющие государства должны держаться в стороне от территории нейтрального государства*. Они не имеют права использовать эту территорию для своих военных операций в какой бы то ни было форме, в частности, для перемещения войск или с другими подобными целями⁶⁰⁴. Это правило действует как в отношении агрессора, так и в отношении жертвы агрессии. Право обороняющейся стороны вооруженного конфликта на самооборону не оправдывает применение военных средств, запрещенных международным правом вооруженных конфликтов. Оно также не оправдывает применение

⁶⁰⁰ *Bindschedler* (сноска 587) 9, 12f.

⁶⁰¹ *Heintschel von Heinegg*, «Benevolent» Third States in International Armed Conflicts, FS Dinstein, 2007, 543ff.

⁶⁰² *Bindschedler* (сноска 587) 9, 13f. Таким случаем являлась поддержка Ирака некоторыми арабскими государствами и США во время первой войны в Персидском заливе, см.: *Momtaz*, Iran, Commentary, in: DeGuttry/Ronzitti (Hrsg), *The Iran-Iraq War and the Law of Naval Warfare*, 1993, 19 (28ff); *Mehr*, Neutrality in the Gulf War, ODIL 20 (1989) 105f. Во время вооруженного конфликта в Ираке в 2003 году ФРГ нарушила право нейтралитета в пользу США (если оно было применимо), в частности, тем, что она разрешила США начать боевые действия против Ирака с немецкой территории, см.: *Heintschel v. Heinegg* (сноска 589) 224ff. Однако если исходить из того, что изложенная в абз. 24 точка зрения США, согласно которой операция в Ираке производилась с санкции Совета Безопасности, соответствовала действительности, право нейтралитета не должно было применяться и действия ФРГ соответствовали международному праву. ФРГ не сделала заявления по этому вопросу. Италия, напротив, официально заявила, что она «не участвует в поддержке военных действий», *Ronzitti*, Italy's Non-Belligerency during the Iraq War, in: Ragazzi (Hrsg), *International Responsibility Today*, 2005, 197ff.

⁶⁰³ *Bindschedler* (сноска 587) 9, 13f.

⁶⁰⁴ Ст. 1f V Гагской конвенции 1907 г.

военных мер к государствам, которые сами не совершали нападения, даже если захват территории этих государств был бы целесообразным или даже необходимым для осуществления права самообороны с точки зрения военного искусства. *Право на самооборону не является всеобъемлющим правом на ограничение прав государств, не участвующих в вооруженном конфликте, с целью легитимной защиты своих интересов*⁶⁰⁵. Положение о неприкосновенности территории нейтральных государств распространяется не только на сухопутную территорию, но и на территориальные воды и воздушное пространство⁶⁰⁶. Неприкосновенность территории нейтрального государства также означает, что оно должно быть избавлено от возможных побочных эффектов, вызванных боевыми действиями. Воюющие стороны не имеют права причинять ущерб посредством осуществляемых между ними военных действий⁶⁰⁷. Таким образом, право нейтралитета ограничивает право на *применение оружия*, причиняющего значительный ущерб, в особенности ущерб окружающей среде⁶⁰⁸.

в) Обязательство неучастников по соблюдению нейтралитета

В противовес праву нейтральных государств на неприкосновенность на них возлагается обязанность препятствовать использованию их территории сторонами конфликта как базы для военных операций. Поэтому нейтральные государства обязаны предотвращать любые попытки воюющих государств использовать их территорию в военных целях, в частности, как базы для вторжения, прохождения войск, проезда или перелета⁶⁰⁹, всеми доступными им средствами. Однако это обязательство нейтральных держав ограничивается сопротивлением, которое субъективно возможно в конкретной ситуации. Они не обязаны принимать «самоубийственные» меры. В отношении этой *обязанности, направленной на защиту нейтралитета*, ведутся дискуссии, насколько нейтралитет обязывает к военным действиям. Концепция австрийского и швейцарского нейтралитета подразумевает *вооруженный нейтралитет*⁶¹⁰. Он основан на обязанности предпринимать военные

111

⁶⁰⁵ *Bindschedler* (сноска 587) 9, 13.

⁶⁰⁶ *Ipsen*, in: *ders* (сноска 16) § 72 Rn 19f.

⁶⁰⁷ См.: *Jaccard*, О нарушении права на нейтралитет и причинении ущерба в Швейцарии во время Второй мировой войны, см.: *Zeitschrift des Bernschen Justizvereins* 87 (1951) 225ff.

⁶⁰⁸ *Bothe/Bruch/Diamond/Jensen* (сноска 429) 585f; см. также консультативное заключение о неправомерности использования ядерного оружия (сноска 74).

⁶⁰⁹ Проблема права нейтралитета в связи с интервенцией США и Великобритании в Ираке заключалась в том, что некоторые государства-члены НАТО, не принимавшие участия в конфликте, предоставили право перелета через свою территорию, см. выше сноску 607.

⁶¹⁰ *Castrén* (сноска 586) 457.

действия для защиты нейтралитета. Однако также существуют примеры политики *невооруженного нейтралитета*. Такая политика возможна, если ни одна из воюющих сторон не попытается использовать территорию нейтрального государства. В противном случае, если нейтральное государство не предпримет попытки оказать сопротивление, возникает опасность, что другая сторона конфликта перестанет считать государство нейтральным.

112 Нейтральной державе запрещается оказывать поддержку воюющим сторонам. В первую очередь запрещено поставлять военные корабли, оружие и боеприпасы⁶¹¹. Широкомасштабная финансовая поддержка также расценивается как предоставление помощи, нарушающее право нейтралитета⁶¹². *Предоставление гуманитарной помощи* жертвам вооруженных конфликтов не является нарушением права нейтралитета, даже если эта помощь оказывается только жертвам одной воюющей стороны⁶¹³. Государственная практика модифицировала прежние договорные положения о том, что нейтральное государство не должно запрещать *вывоз и провоз военных материалов частными лицами* в пользу воюющих государств⁶¹⁴. Отделение государства от частной военной промышленности с сегодняшних позиций является искусственным и не соответствует политической реальности. Производство и торговля оружием регулируется, субсидируется и контролируется государством. Поэтому было бы нереалистичным не вменять экспорт оружия частными компаниями, которые «официально» связаны с государством, этому государству. Это соответствует современной государственной практике. Когда государства исходили из наличия ситуации, в которой применялось право нейтралитета, они также запрещали экспорт оружия частными предприятиями, не ссылаясь при этом на искусственное отделение государства от частных предприятий. Исходя из международного обычного права, *разрешение государства на поставку вооружений является поддержкой, нарушающей права нейтралитета*. Поскольку экспорт вооружений способствует эскалации конфликтов, ст. 26 Основного закона ФРГ устанавливает, что ФРГ ограничивает экспорт военных вооружений законом. На этом основании был принят Закон о контроле боевых вооружений. Кроме того, экспорт вооружений ограничивается на основании внешнеэкономического права. Оба закона наделяют федеральное правительство ФРГ правом ограничивать запрещенный международным правом экспорт вооружений⁶¹⁵.

⁶¹¹ Ст. 6 XIII Гаагской конвенции 1907 г.

⁶¹² *Bothe*, in: Fleck (Hrsg), Handbuch, 396.

⁶¹³ Ст. 14 V Гаагской конвенции 1907 г. Это было связано с проблемой, касающейся позиции ФРГ во время интервенции США и Великобритании в Ираке в 2003 г.

⁶¹⁴ *Oeter* (сноска 598) 216ff.

⁶¹⁵ См.: *Oeter* (сноска 598) 193ff, 198. См. также Раздел 2. *Куниг*, абз. 13.

г) **Сухопутная война**

Запрещается дислокация войск и транспортировка грузов снабжения на территории нейтрального государства. Однако нейтральное государство вправе разрешить *перевозку* по своей территории раненых и гуманитарной помощи⁶¹⁶. Если служащие вооруженных сил пользуются временным убежищем на территории нейтрального государства, чтобы потом возобновить участие в военных действиях, это также считается поддержкой воюющей стороны. Поэтому если *войска одной из воюющих сторон* окажутся по какой-либо причине на территории нейтрального государства, оно обязано *интернировать* их и, таким образом, не допустить их дальнейшего участия в боевых действиях⁶¹⁷.

д) **Морская война**

Военные корабли в территориальных водах нейтральных государств
 Необходимо уважать суверенитет нейтральных государств над территориальными водами. Запрещается ведение военных действий как в территориальных водах, так и на суверенной территории нейтральной державы⁶¹⁸. Разрешается *мирный проход* военных судов сторон конфликта через территориальное море нейтрального государства⁶¹⁹. Право мирного прохода является исключением из принципа сухопутной войны, согласно которому нейтральное государство не должно допускать присутствия вооруженных сил конфликтующих сторон на своей территории. С другой стороны, это исключение подтверждает правило, согласно которому правоотношения между нейтральными государствами и сторонами конфликта определяются «правом мира», предусматривающим право мирного прохода. Военные суда сторон конфликта имеют право находиться в портах, в доках или в территориальном море нейтральных государств *не более 24 часов*⁶²⁰.

Осуществление контроля над торговым судоходством нейтральных стран
 Военные суда сторон конфликта имеют право контроля в отношении торговых судов под флагом нейтрального государства вплоть до конфискации

⁶¹⁶ Ст. 14 V Гаагской конвенции 1907 г.

⁶¹⁷ Ст. 11 и след. V Гаагской конвенции 1907 г.

⁶¹⁸ Ст. 2 XIII Гаагской конвенции 1907 г. Относительно территориальных вод см. Раздел 5. *Граф Витцтум*, абз. 38 и след.; *Graf Vitzthum*, *Maritimes Aquitorium und Anschlusszone*, in: ders (Fn 314) 63ff.

⁶¹⁹ Ст. 10 XIII Гаагской конвенции 1907 г.; к этому и следующему вопросу: *Heintschel v. Heinegg* (сноска 367 [Handbuch Seerecht]) 549ff, 552ff.

⁶²⁰ Ст. 13 Гаагской конвенции XIII 1907 г.

военных грузов и самого судна с таким грузом⁶²¹. Контроль торговых судов нейтральных государств воюющими сторонами исторически является важным вопросом, который сохранил свое значение до сих пор. Лондонская декларация о праве морской войны 1909 г. не была ратифицирована, но она считается частью международного обычного права⁶²². Право контроля сторон конфликта над судами нейтральных стран является важным исключением из правила, согласно которому нейтральные государства защищены от причинения вреда в результате вооруженного конфликта. Однако это право контроля ограничено, хотя во время Второй мировой войне оно было существенно расширено⁶²³.

116 Смысл права осуществления контроля заключается в *предотвращении снабжения воюющих сторон средствами ведения войны*. С этой целью военные суда воюющих сторон наделяются правом останавливать и контролировать нейтральные торговые суда на наличие военных грузов. Военные суда вправе применять силу в отношении таких торговых судов, только если это необходимо для осуществления права контроля. В частности, нейтральные торговые суда, на которые распространяется право контроля, но оказывающие сопротивление, могут быть повреждены или уничтожены лишь в том случае, если нет другой возможности их задержать. Капитан нейтрального судна должен быть предварительно оповещен. Военные суда должны спасать потерпевших кораблекрушение⁶²⁴. В связи с осуществлением права контроля возникает вопрос, какие *грузы* считаются *предназначенными для военных целей* и поэтому запрещенные к транспортировке (так называемая *военная контрабанда* или запрещенный груз). Воюющие стороны в определенных рамках обладают правом усмотрения в отношении того, какой груз следует считать предназначенным для военных целей. Решение о классификации груза зависит от обстоятельств конкретного конфликта. Если стороны конфликта составляют перечни грузов, которые, с их точки зрения, являются запрещенными, и нотифицируют эти перечни, это облегчает классификацию. Однако во время Второй мировой войны эти перечни были чрезмерно обширными, что является недопустимым⁶²⁵. Для облегчения контроля сторона конфликта с согласия нейтрального государства может выдавать его судам контрольные документы (*navicert*) в порту погрузки. В случае проведения проверки военным судном воюющего государства такая *система*

⁶²¹ *Heintschel v. Heinegg* (Fn 367 [Seekriegsrecht]) 566ff; *ders* (сноска 367 [Handbuch Seerecht]) 559ff.

⁶²² Критические замечания см.: *Kalshoven*, 1909 London Declaration Concerning the Laws of Naval War, in Ronzitti (сноска 367) 269ff, Text: ebd, 223ff.

⁶²³ *Heintschel v. Heinegg* (сноска 367 [Seekriegsrecht]) 570ff.

⁶²⁴ Лондонский протокол о подводной войне 1936 г. (текст в: Schindler/Toman [Fn 305] 1145).

⁶²⁵ *Steinicke*, Das Navicertsystem, 1966, 160ff.

сертификатов позволяет нейтральному судну предоставить доказательство отсутствия на судне военной контрабанды. Однако это свидетельство признается только выдавшей его стороной⁶²⁶. Если проверка покажет, что на борту судна находятся военные грузы, направляемые противнику, то дальнейшая транспортировка этих грузов может быть предотвращена при соблюдении определенных процессуальных норм. Судно, на борту которого находится военная контрабанда или запрещенные грузы, подлежит *конфискации*. Затем это судно (приз) при соблюдении мер безопасности направляется в порт воюющего государства или государства-союзника. В этом порту в призовом судопроизводстве осуществляется проверка допустимости конфискации судна и контроль груза. Судно и его груз могут быть *конфискованы* решением призового суда⁶²⁷.

Защита нейтрального торгового судоходства

Свобода нейтрального торгового судоходства и его военная защита были связаны со значительными проблемами в конфликтах последних десятилетий⁶²⁸. Эта свобода, которая должна ограничиваться только правом контроля, как это показал вооруженный конфликт между Ираном и Ираком, все еще не является неоспоримой. С политической точки зрения в этом конфликте было целесообразным нарушение нейтрального судоходства, в частности прохождения танкеров, так как обе воюющие стороны извлекали из этого значительную выгоду, хотя эти суда не подлежали конфискации. Топливо, как любой другой товар, является военной контрабандой только в том случае, если оно предназначено для воюющего государства. Однако это не так, если воюющее государство осуществляет финансирование военных действий за счет средств, вырученных при продаже топлива⁶²⁹. Тем не менее

117

⁶²⁶ *Steinicke* (сноска 629) 154.

⁶²⁷ Institut de Droit International (Hrsg), Oxford Manual of Naval War, 1913, Art 109ff; *Sico*, «Toute prise doit être jugée», 1971. Относительно новой практики, которая также рассматривает призовое судопроизводство как необходимое, см: *Heintschel v. Heinegg* (сноска 367) 58f; см. также: *ders*, Visit, Search, Diversion, and Capture in Naval Warfare, Part I (The Traditional Law), CYIL 29 (1991) 283ff и Part II (Developments since 1945), CYIL 30 (1992) 83ff; *ders* (сноска 367 [Handbuch Seerecht]) 563ff.

⁶²⁸ См.: *Donner*, Die neutrale Handelsschifffahrt im begrenzt militärischen Konflikt, 1993; *Lagoni*, Gewaltverbot, Seekriegsrecht und Schifffahrtsfreiheit im Golfkrieg, FS Zeidler, Bd II, 1987, 1833ff.

⁶²⁹ Во время первой войны в Персидском заливе даже существовало мнение, что на танкеры, перевозящие иранскую нефть, могло быть совершено нападение, так как подобная транспортировка считалась противоправной поддержкой военных действий Ирана, см.: *Roach*, Missiles on Target: Targeting and Defence Zones in the Tanker War, VJIL 31 (1991) 593 (605ff); *Fenrick*, The Exclusion Zone Device in the Law of Naval Warfare, CYIL 24 (1986) 91 (120). Согласно господствующему мнению это обоснованно отвергается: *Donner* (сноска 632) 193ff, *Heintschel v. Heinegg* (сноска 367 [Seekriegsrecht]) 587; *ders* (сноска 367 [Handbuch Seerecht]) 570f.

в такой ситуации велико искушение помешать проходу судов противника, транспортирующих нефть. В этой или в подобных ситуациях возникает вопрос, как защитить нейтральное судоходство, применяя в случае необходимости военные меры. Военные корабли нейтральных государств вправе сопровождать торговые суда под собственным флагом или флагом другого нейтрального государства. В частности, нейтральные государства имеют право создавать конвои из нейтральных торговых судов и сопровождать их военными кораблями. Запрещается остановка и обыск судов *конвоя*⁶³⁰. Если сторона конфликта нападает на конвой, нейтральное государство имеет право на самооборону.

- 118 Военные корабли нейтральных государств вправе производить *разминирование* международных морских путей и вод открытого моря, чтобы защитить и сохранить нейтральное судоходство⁶³¹. Такие операции по разминированию не являются противоправной поддержкой стороны конфликта, установившего мины. Разминирование вод открытого моря и морских территорий, проход через которые разрешен, является мерой самозащиты нейтральных держав, приобретшей большое практическое значение, например, в конфликте между Ираком и Ираном. Однако запрещено разминирование в территориальных водах сторон конфликта, на которые не распространяются особые права транзита⁶³².

е) Воздушная война

- 119 Воздушное пространство нейтрального государства является неприкосновенным. Это следует из общего положения о неприкосновенности территории нейтрального государства. Особенное значение это положение приобретает в отношении воздушного пространства. Это связано с тем, что такие нарушения особенно актуальны и вероятны в эпоху современной воздушной войны и ракетной техники. Территориальный суверенитет распространяется на воздушное пространство в границах атмосферы⁶³³. Он не распространяется на космическое пространство⁶³⁴. Поэтому пролет спутников или ракет, находящихся в космическом пространстве, не является нарушением нейтралитета⁶³⁵. *Неприкосновенность воздушного пространства* означает, что запрещается вторжение военных летательных аппаратов или объектов

⁶³⁰ *Ronzitti* (сноска 377) 9; *Bothe*, in: Dekker/Post (сноска 59) 210.

⁶³¹ Подробнее см.: *Heintschel v. Heinegg* (сноска 367 [Seekriegsrecht]) 403ff. Это положение также распространяется на мины, заложенные в нарушение права (см. выше абз. 85 и след.).

⁶³² Решение МС ООН по делу о *проливе Корфу*, см.: ICJ Rep 1949, 4, 35.

⁶³³ *Hobe*, *Airspace*, MPEPIL I, 263 (Rn 9ff).

⁶³⁴ *Vereshchetin*, *Outer Space*, MPEPIL VII, 1103 (Rn 5).

⁶³⁵ См. выше абз. 110.

воюющих сторон в воздушное пространство нейтральных государств⁶³⁶. Поэтому самолеты, которые должны нанести удар по отдаленной цели, могут быть вынуждены облетать нейтральные территории⁶³⁷. Также запрещаются удары, во время которых ракета пересекает нейтральное воздушное пространство. С этими опасностями для нейтрального воздушного пространства связан вопрос, что должно предпринять нейтральное государство, чтобы *предотвратить нарушение своего воздушного пространства*. Несомненно, что оно должно приложить все усилия, чтобы предотвратить такие нарушения. Однако трудно установить, в какой степени должны прилагаться усилия⁶³⁸. Нейтральное государство должно обладать системой воздушной обороны в рамках своих экономических возможностей. Как минимум, оно должно обладать станциями радиолокационного наблюдения за воздушным пространством. С другой стороны, нельзя требовать от каждого государства наличия современной техники противоракетной обороны. Право летательных аппаратов на пролет над территорией воюющих сторон основано на общих положениях международного права о защите государственного воздушного пространства и международных правилах воздушных перевозок⁶³⁹. В отношении воздушного пространства над водным пространством под юрисдикцией одной из сторон конфликта положения о нейтральном судоходстве в этих водах применяются по аналогии⁶⁴⁰.

С появлением воздушного сообщения возник сначала только теоретический вопрос осуществления *контроля над нейтральной торговлей*, если она осуществляется *посредством летательных аппаратов*. Здесь прослеживается очевидное сходство с нейтральным торговым судоходством. При разработке Гаагских Правил ведения воздушной войны за основу были взяты Правила осуществления контроля над нейтральным торговым судоходством. Однако практика государств по этому вопросу незначительна. Положения применяются только по аналогии, поэтому не каждое правило применимо. Необходимо учитывать особенности воздушного сообщения⁶⁴¹. При рассмотрении осуществления *воздушного сообщения над открытым морем* следует учитывать, что летательные аппараты представляют существенную угрозу

120

⁶³⁶ *Hostettler/Danai*, Neutrality in Air Warfare, MPEPIL VII, 634 (Rn 8ff); о вторжении американо-британских вооруженных сил в Ирак в 2003 г., см: абз. 24 наст. разд.

⁶³⁷ Так произошло в апреле 1986 г., когда американские и британские самолеты вылетели из Великобритании для осуществления бомбового удара по Триполи и Бенгази, а Франция запретила им пролет через свою территорию, см.: *Charpentier*, *Pratique française du droit international*, AFDI 32 (1986) 1026f. Однако Франция формально не ссылалась на право нейтралитета.

⁶³⁸ См. выше абз. 111 и след.

⁶³⁹ *Torelli*, *La neutralité*, ADIM 35 (1991) 25 (44f); *Millet*, *La neutralité aérienne*, ADIM 35 (1991) 63 (69).

⁶⁴⁰ HPCR Manual (Fn 524) Art 1 (a), Art 172 (a) (ii).

⁶⁴¹ См. ст. 53 Гаагских Правил ведения воздушной войны 1923 г.

для военных судов воюющих сторон. Высока вероятность удара военных судов по летательному аппарату, даже если он не опознан однозначно⁶⁴². Какие трагические ошибки могут при этом возникнуть, свидетельствует сбитый военным кораблем США иранский гражданский самолет во время вооруженного конфликта между Ираном и Ираком⁶⁴³. Основным требованием к действиям военных кораблей воюющих государств, а также военных кораблей нейтральных государств, как в случае с иранским самолетом, сбитым США, должно являться установление принадлежности и категории летательного объекта, прежде чем совершить по нему удар. Однако для этого требуется, чтобы военные воздушные суда нейтральных государств и гражданские воздушные суда сторон конфликта, в свою очередь, предприняли все необходимое для обеспечения возможности идентификации

4. Вооруженный конфликт немеждународного характера

- 121 Международное право регулирует отношения между государствами, поэтому право вооруженных конфликтов (*ius in bello*) в первую очередь регулирует вооруженные конфликты между государствами. Таким образом, рассмотренные выше нормы применяются к конфликтам между государствами или между субъектами международного права, имеющими аналогичный статус, а не к *вооруженным столкновениям внутри государства*. Однако такие внутренние вооруженные конфликты, которые часто происходили в прошлом и происходят в настоящем, не могут регулироваться исключительно на основании критериев, которые применяются в случае принуждения к соблюдению правопорядка на внутригосударственном уровне. Отношения между правительством и повстанческими группировками внутри государства нельзя сравнивать с отношениями между полицией и преступниками, хотя многие государства, ведущие военные действия внутри страны, пытаются представить ситуацию именно так. В действительности такие конфликты по своим характеристикам имеют большее сходство с международными вооруженными конфликтами. Например, существует взаимозависимость интересов, в частности, в отношении обращения с пленными. Однако если по этой причине к вооруженным конфликтам немеждународного характера, т.е. к *гражданским войнам*, применять те же правовые нормы, что и к международным вооруженным конфликтам, это бы являлось значительным ограничением суверенитета государства самостоятельно принуждать

⁶⁴² См. заявление помощника государственного секретаря США по делам международных организаций перед Советом Международной организации гражданской авиации от 13.7.1988 г., опубликовано в: De Guttry/Ronzitti (сноска 607) 230ff.

⁶⁴³ По этому вопросу см. заявление иранского министра иностранных дел перед Советом Безопасности от 14.7.1988 г., S/PV 2818, опубликовано в: De Guttry/Ronzitti (сноска 607) 49ff. США возместили нанесенный ущерб, см.: ILM 35 (1996) 550.

к соблюдению своего правопорядка, обеспечивать порядок в собственном доме. Поэтому идея *применения правовых норм вооруженных конфликтов* к внутригосударственным вооруженным столкновениям поздно получила признание в международном праве⁶⁴⁴. Тем не менее факт существования внутренних конфликтов, требующих по своим внешним свойствам применения международного права вооруженных конфликтов, учитывался в международном праве на ранних этапах развития. В первую очередь, был создан правовой институт *признания воюющей стороны*⁶⁴⁵. В случае признания повстанцев воюющей стороной отношения между ними и правительством регулируются международным правом вооруженных конфликтов. Для применения права вооруженных конфликтов, включая право нейтралитета, необходимо рассматривать воюющую сторону как государство. Такой подход по принципу «все или ничего» имеет существенные недостатки. За всю историю существовало очень мало случаев, в которых мировому сообществу удалось прийти к согласию по вопросу признания повстанцев воюющей стороной⁶⁴⁶. В таких кровавых конфликтах, как гражданская война в Испании, согласовать признание не удалось. Если повстанцы не признаются воюющей стороной, право вооруженных конфликтов не применяется и, таким образом, не сдерживает стороны конфликта, что приводит к эскалации насилия и ответного насилия, к более жестоким и ничем не ограниченным военным действиям. Принимая во внимание интересы жертв этих конфликтов, еще в начале XX в. в рамках конференций Красного Креста, предпринимались попытки разработать нормы международного права в отношении вооруженных конфликтов немеждународного характера, не зависящие от признания повстанцев воюющей стороной. Первых, но только частичных успехов удалось достигнуть только в 1948–1949 гг. На конференции Красного Креста в 1948 г. участники требовали применения норм международного гуманитарного права к вооруженным конфликтам немеждународного характера. На Дипломатической конференции 1949 г., на которой были приняты четыре новые Женевские Конвенции, от этого требования осталась только краткая конвенция о вооруженных конфликтах немеждународного характера, *включенная во все Женевские конвенции в качестве ст. 3*. Это положение содержит некоторые основные принципы, направленные на защиту жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера, однако стандарты защиты минимальные. По этой причине такое решение сразу было

⁶⁴⁴ *Abi-Saab*, Non-International Armed Conflicts, in: UNESCO (Hrsg), International Dimensions of Humanitarian Law, 1988, 217ff; *Bothe*, Conflits armés internes et droit international humanitaire, RGDIP 82 (1978) 82ff.

⁶⁴⁵ *Neff* (сноска 8) 258ff; *Azarov/Blum*, Belligerency, MPEPIL I, 878 (Rn 11ff).

⁶⁴⁶ Примерами являются: восстание греков против Османской империи 1821–1829 гг.; гражданская война в США (1861–1865); восстание в Чили 1891 г. (признание повстанцев Боливией в 1891 г.).

признано неудовлетворительным. Кроме того, ст. 3 редко применялась, так как государства, в которых происходили вооруженные столкновения, часто отказывались признавать, что эти столкновения являются вооруженными конфликтами, к которым применима ст. 3. С другой стороны, в конфликтах, в которых интересы сторон были взаимозависимы, удавалось добиться применения правовых норм, выходящих за рамки ст. 3, как, например, в вооруженном конфликте в Республике Биафра⁶⁴⁷.

122 В процессе дальнейших реформ участвовали группы, представлявшие разные интересы, которые оказали значительное влияние на содержание действующих в настоящее время правовых норм⁶⁴⁸. С одной стороны, страны третьего мира были заинтересованы в том, чтобы повысить статус *колониальной освободительной борьбы*⁶⁴⁹. В традиционной доктрине международного права и в консервативной практике государств эта борьба считалась немеждународным вооруженным конфликтом. С другой стороны, многие страны, не только страны третьего мира, не приветствовали уравнивание правового статуса правительств и повстанцев. Когда на Женевской конвенции, на которой были приняты Дополнительные протоколы 1977 г., удалось принять положение, признающее статус колониальной освободительной борьбы как международного конфликта, в действительности это означало, что победили консервативные представления и поэтому не были приняты общие положения о немеждународных вооруженных конфликтах, которые обеспечили бы высокий уровень защиты жертв немеждународных конфликтов. *Дополнительный протокол II о защите жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера* на последнем этапе конференции был существенно сокращен. Сфера применения этого протокола значительно уже сферы действия ст. 3 Женевских конвенций⁶⁵⁰. По сравнению с прежними положениями Дополнительный протокол II является прогрессом, но характеризруется наличием существенных пробелов регулирования, которые впоследствии только частично были восполнены за счет распространения сферы применения договоров международного гуманитарного

⁶⁴⁷ *Bothe*, Article 3 and Protocol II: Case Studies of Nigeria and El Salvador, AULR 31 (1982) 899, 902f.

⁶⁴⁸ *Bothe* (сноска 649) 86ff; *Abi-Saab* (сноска 649) 225ff; к вопросу о действующих нормах см.: *Baloro*, International Humanitarian Law and Situations of Internal Armed Conflicts in Africa, Afr J Int'l & Comp L 1992, 449ff; Falk (Hrsg), The International Law of Civil War, 1971; *Meron*, Human Rights in Internal Strife: Their International Protection, 1987; *Myren*, Applying International Laws of War to Non-International Armed Conflicts, NILR 37 (1990) 347ff; *Rajower*, Das Recht des nicht internationalen Konflikts seit 1949, 1990.

⁶⁴⁹ См. выше абз. 14 и 21.

⁶⁵⁰ *Abi-Saab* (сноска 649) 227f.

права на немеждународные вооруженные конфликты⁶⁵¹. Для защиты жертв немеждународных вооруженных конфликтов большое значение имеют *нормы международного права о защите прав человека*⁶⁵². Однако два аспекта регулирования являются недостаточными. С одной стороны, международные договоры о защите прав человека являются обязательными только для государств, т. е. для государственных органов, ведомств, зависимых от действующего правительства, но не для повстанцев, хотя этот тезис в настоящее время все чаще ставится под сомнение⁶⁵³. С другой стороны, часть гарантий, предоставленных нормами о защите прав человека, может быть отменена при установлении наличия чрезвычайной ситуации. В особенности это касается гарантий, предоставляемых при лишении свободы, в судебном процессе и для защиты детей (ст. ст. 10, 14 и 24 Международного пакта о гражданских и политических правах).

Спорным является вопрос об *основании обязательности применения* 123 ст. 3 Женевских конвенций и Дополнительного протокола II в отношении между сторонами конфликта, если хотя бы одна сторона не является государством, ратифицировавшим Женевские конвенции и Дополнительный протокол II⁶⁵⁴. С точки зрения некоторых организаций и авторов, нормы должны применяться и к повстанцам, поскольку нормы международного права являются обязательными для всех лиц, находящихся на территории государства⁶⁵⁵. Такое объяснение представляется неубедительным. С теоретической точки зрения более логичными является тезис о том, что Женевские конвенции и Дополнительный протокол действуют в отношении повстанцев как договоры, обременяющие третьих лиц. Тогда договорные обязательства повстанцев можно объяснить исключением из принципа международного права, согласно которому договоры не могут быть обязательными для третьих

⁶⁵¹ К немеждународным вооруженным конфликтам применяются Конвенция ООН по конкретным видам обычного оружия на основании изменений, внесенных в 2001 г., и 2-й протокол Гаагской конвенции о культурных ценностях 1999 г. Дополнительный протокол III также действует в отношении международных и немеждународных конфликтов. В принципе, к немеждународным конфликтам также должны применяться договоры, которые запрещают определенное поведение при любых обстоятельствах («never in any circumstance»), например, Конвенция о химическом оружии, Оттавская конвенция, Конвенция о кассетных боеприпасах, а также факультативный протокол к Конвенции о правах ребенка, касающийся участия детей в вооруженных конфликтах от 25.5.2000 (BGBl 2004 II, 1354).

⁶⁵² *Eide*, Internal Disturbances and Tensions, in: UNESCO (Fn 558) 241 (243ff).

⁶⁵³ *Zegfeld*, Accountability of Armed Opposition Groups in International Law, 2002; *Clapham*, Human Rights Obligations of Non-State Actors, 2006.

⁶⁵⁴ См.: *Bothe*, War Crimes in Non-International Armed Conflicts, in: Dinstein/Tabor (сноска 155) 293ff; к вопросу о практических аспектах см.: *Herr*; Vom Regelbruch zu politischer Verantwortung, HSFK Report 5/2010.

⁶⁵⁵ Этот тезис до сих пор поддерживает МККК, см.: *Junod*, in: Sandoz/Swinarski/Zimmermann (Hrsg), Additional Protocols, 1369; дифференцированный подход см.: *Sandoz* (сноска 491) 377ff.

лиц, или *согласием повстанцев*. Из этого следует, что нормы права вооруженных конфликтов не являются универсально обязательными для любых повстанцев, но этот недостаток незначителен, поскольку практическое применение невозможно без признания обязательности норм для повстанцев, а повстанцы, как правило, заинтересованы в их применении больше, чем правительственные силы. Нормы могут применяться на практике, исходя из подразумеваемого согласия повстанцев, на котором основана обязательность применения. Помимо этих договорных норм, в отношении немеждународных вооруженных конфликтов действует международное обычное право, которое в последние годы развивалось ускоренными темпами и частично вышло за рамки договорного регулирования⁶⁵⁶.

124 Таким образом, действия сторон немеждународных вооруженных конфликтов регулируется двумя договорами, а именно ст. 3 Женевских конвенций и Дополнительным протоколом II. Подобная дихотомия существует и в международном обычном праве⁶⁵⁷. Многочисленные проблемы связаны с определением сферы применения. Необходимо провести различия между конфликтами с применением силы, не достигающими интенсивности вооруженного конфликта (*военный конфликт низкой интенсивности (low level violence)*)⁶⁵⁸, и вооруженными конфликтами, между конфликтами согласно ст. 3 Женевских конвенций и согласно Дополнительному протоколу II⁶⁵⁹ и между немеждународными и международными конфликтами. Разграничение между военными конфликтами низкой интенсивности (*low level violence*) и вооруженными конфликтами зависит от определения вооруженного конфликта⁶⁶⁰. Вооруженный конфликт имеет два признака — интенсивные военные действия и организованность негосударственной стороны конфликта⁶⁶¹. Сфера применения Дополнительного протокола II уже.

⁶⁵⁶ Henckaerts/Doswald-Beck (сноска 379).

⁶⁵⁷ Это выражается в том, что проводится дифференциация в определении военного преступления в ст. 8 Статута МУС (ст. 2 (с и d, е и f)). Дифференциация основана не только на положениях договора, см.: Fleck, Towards a Code of Conduct for Internal Armed Conflicts, ASIL Proc 96 (2002) 25.

⁶⁵⁸ Подробнее см.: Patsch, in: Bothe/Patsch/Solf, New Rules, 623ff. Нормы, которые применяются в этих двух случаях, существенно отличаются. В случае конфликтов низкой интенсивности применяется внутрисоциальное право безопасности с учетом защиты прав человека, а в случае вооруженных конфликтов — международное право вооруженных конфликтов, позволяющее более широко применять летальные виды вооружений, см.: Fleck, Law Enforcement and the Conduct of Hostilities, FS Bothe, 2008, 391ff; Waechter, Polizeirecht und Kriegsrecht, JZ 2007, 61ff.

⁶⁵⁹ Frostad (сноска 3) 41ff.

⁶⁶⁰ Исключения в ст. 1 (абз. 2) Дополнительного протокола II не предоставляют достаточных оснований. Несмотря на это, они были включены в Конвенцию об обычных видах вооружений и в протокол к Гаагской конвенции о культурных ценностях (сноска 656).

⁶⁶¹ Комитет КМП по применению силы (сноска 391) 840f.

Для применения Дополнительного протокола II требуется более высокая интенсивность военных действий и более высокий уровень организации неправительственной стороны конфликта. Она ограничивается такими конфликтами немеждународного характера, которые происходят между вооруженными силами страны-участницы договора и повстанческой армией или организованными вооруженными группами, осуществляющими контроль над частью суверенной территории государства-участника договора под общим командованием в такой степени, что они могут осуществлять координированные боевые действия и применять положения Дополнительного протокола. Таким образом, из сферы действия Дополнительного протокола II исключаются боевые действия между различными повстанческими группировками (как, например, в гражданской войне в Ливане), а также распространенные ситуации, в которых повстанцы контролируют незначительные территории. Согласно действующему международному обычному праву, которое нашло отражение в ст. 8 Статута МУС, конфликт между негосударственными группировками, достигший определенной степени интенсивности, также является вооруженным конфликтом.

Статья 3 содержит *рудиментарные правовые нормы защиты беззащитных лиц*. Кроме того, она признает право инициативы беспристрастных гуманитарных организаций, в особенности МККК⁶⁶². *Дополнительный протокол II* выходит за эти рамки. Он содержит *более широкие гарантии прав человека*⁶⁶³, в особенности для всех лиц, не принимающих непосредственного участия в военных действиях, прежде всего для детей (ст. 4), в отношении ограничения свободы и уголовного преследования в связи с вооруженным конфликтом (ст. 5 и 6), а также в отношении раненых и больных (ст. 7–12). Большое значение имеет общий запрет дискриминации затронутых вооруженным конфликтом лиц (ст. 2), а также запрет на принудительное перемещение гражданских лиц (ст. 17). Протокол регулирует *ведение военных действий* рудиментарно. Он содержит общие положения о защите гражданского населения, а также запрет использования голода среди гражданского населения в качестве метода ведения войны, из которого следует запрет на нападение и уничтожение объектов, необходимых для выживания гражданского населения (ст. 14). Кроме того, протокол содержит запрет нападения на установки и сооружения, содержащие опасные силы (плотины, дамбы и атомные электростанции, см. ст. 15), а также на культурные ценности и места отправления культа. Дополнительный протокол также признает право национальных гуманитарных организаций предлагать *гуманитарную*

125

⁶⁶² См.: *Sandoz*, Le droit d'initiative du Comité international de la Croix-Rouge, GYIL 22 (1979) 352f.

⁶⁶³ *Abi-Saab* (сноска 649) 234ff; *Partsch*, in: *Bothe/Partsch/Solf*, New Rules, 640ff.

*помощь*⁶⁶⁴. Право инициативы МККК прямо не регулируется, но оно следует из ст. 3 Женевских конвенций⁶⁶⁵. Кроме того, существует обязательство оказания гуманитарной помощи страдающему вследствие конфликта населению, которое является спорным⁶⁶⁶. В отличие от норм права международных вооруженных конфликтов, в рамках конфликтов немеждународного характера участникам боевых действий не предоставляется статус комбатантов, а пленным — *статус военнопленных и привилегия комбатанта*⁶⁶⁷. Это означает, что, в частности, не запрещается привлекать участников боевых действий к уголовной ответственности, даже если они не нарушали нормы международного права вооруженных конфликтов. Однако в отношении них действует гарантия гуманного обращения как на основании международного гуманитарного права, так и на основании норм права о защите прав человека⁶⁶⁸. Важный шаг в развитии права вооруженных конфликтов немеждународного характера заключался в том, что юрисдикция международных судов распространилась на серьезные правонарушения, совершенные в рамках немеждународных вооруженных конфликтов (абз. 100). Первым такое решение принял Международный трибунал по бывшей Югославии⁶⁶⁹, затем Международный трибунал по Руанде и новый постоянный Международный уголовный суд. Актуальная тенденция развития международного права вооруженных конфликтов заключается в том, что постепенно стираются различия в регулировании международных вооруженных конфликтов и немеждународных вооруженных конфликтов на основании международного обычного права, несмотря на сохранение различий в договорном регулировании⁶⁷⁰. Однако сохраняется существенное отличие: регулирование немеждународных вооруженных конфликтов не предусматривает статуса комбатанта. В немеждународных вооруженных конфликтах высокой интенсивности это различие часто устраняется на практике⁶⁷¹.

⁶⁶⁴ Ст. 18 Дополнительного протокола II; см. также: *Bothe*, in: *Bothe/Partsch/Solf*, New Rules, 693ff.

⁶⁶⁵ *Bothe*, ebd, 695.

⁶⁶⁶ *Bothe*, ebd, 696f.

⁶⁶⁷ См. выше абз. 67; см. также *Eide* (сноска 657) 248f; *Kleffner* (сноска 412) 321ff.

⁶⁶⁸ Ст. 3 Женевской конвенции; ст. 5 Дополнительного протокола II; *Goodman*, *Detention of Civilians in Armed Conflict*, AJIL 103 (2009) 48ff.

⁶⁶⁹ См. решение Международного трибунала по Югославии *Таджича (Tadić)*, ILM 35 (1996) 35 (§ 94).

⁶⁷⁰ Такой вывод делает МККК в своем заключении, см.: *Henckaerts/Doswald-Beck* (сноска 379). В Кодексе международного уголовного права ФРГ по этой причине составы военных преступлений (§ § 8–12), как правило, применяются к международным и немеждународным конфликтам. К вопросу о развитии договорного регулирования см. сноску 656.

⁶⁷¹ *Bothe*, *Töten und getötet werden — Kombattanten, Kämpfer und Zivilisten im bewaffneten Konflikt*, FS Delbrück, 2005, 67 (83).

Право нейтралитета не в вооруженных конфликтах немеждународного характера *не применяется*. Важной нормой, регулирующей поведение третьих государств в немеждународных конфликтах, является запрет интервенции. С другой стороны, стороны немеждународного конфликта не имеют права контролировать суда государств, не участвующих в конфликте. 126

5. Интернационализация немеждународных конфликтов

Несмотря на тенденцию сближения регулирования, в международном праве все еще существуют два различных правовых режима регламентации вооруженных конфликтов для международных и немеждународных конфликтов⁶⁷². Поэтому в конкретном случае для определения применимого правового режима важную роль играет вопрос, к какой категории относится конфликт. Однако проблемы многочисленных вооруженных конфликтов последних десятилетий связаны с тем, что *статус воюющей стороны является спорным*, например, если в процессе сецессии правительство отделившейся территории считает эту территорию независимым государством, или *смешиваются национальные и международные элементы конфликта*, например, если иностранное государство допустимым или недопустимым способом вмешивается в вооруженный конфликт на стороне повстанцев или на стороне официального правительства. До сих пор такие случаи не регулируются договорами⁶⁷³. Большинство признает, что боевые действия, в которых принимают участия иностранные войска, регулируются согласно праву *международных* вооруженных конфликтов, если иностранные войска сражаются против войск правительства во внутреннем вооруженном конфликте⁶⁷⁴. В обратном случае, когда иностранные войска интервентируют на стороне правительства против повстанцев, Верховный суд США постановил в связи с интервенцией США в Афганистане, что применяется только ст. 3 Женевских конвенций как минимальный стандарт⁶⁷⁵. Правительство 127

⁶⁷² *Frostad* (сноска 3) 53ff.

⁶⁷³ См.: *Hess*, Die Anwendbarkeit des humanitären Völkerrechts, insbesondere in gemischten Konflikten, 1985, 153ff; *Schindler*, The Different Types of Armed Conflicts According to the Geneva Conventions and Protocols, RdC 163 (1979-II) 125ff; *Gasser*, International Non-International Armed Conflicts: Case Studies of Afghanistan, Kampuchea and Lebanon, AULR 31 (1982) 911ff. Относительно отдельных вооруженных конфликтов см. также: *Frowein*, Völkerrechtliche Aspekte des Vietnam-Konflikts, ZaöRV 27 (1967) 15ff; *Bothe*, Völkerrechtliche Aspekte des Angola-Konflikts, ZaöRV 37 (1977) 572ff; *Sassöli*, Der Konflikt im ehemaligen Jugoslawien, in: Voit (Hrsg), Humanitäres Völkerrecht im Jugoslawien-Konflikt — Ausländische Flüchtlinge — Andere Rot-Kreuz-Fragen, 1993, 5, в частности 9ff и 17ff.

⁶⁷⁴ *Hess* (сноска 678) 162, 165. По Афганистану см. ссылки в: *Aldrich* (сноска 409) 891f; *Roberts* (сноска 409) 16.

⁶⁷⁵ Решение по делу *Хамдан (Hamdan) против Рамсфельда (Rumsfeld)*, ILM 45 (2006) 1130; *Arend*, Who's Afraid of the Geneva Conventions?, AUILR 22 (2006/07) 709ff;

ФРГ разделяет эту позицию и рассматривает бои в Афганистане между бундесвером и талибами как немеждународный конфликт⁶⁷⁶. В действующем международном праве не признается, что иностранная интервенция интернационализирует конфликт, т.е. также отношения между правительством и повстанцами⁶⁷⁷.

128 От этого зависит также ответ на вопрос о том, насколько к т.н. «войне с терроризмом» применяется *ius in bello*. Международное гуманитарное право применимо только к вооруженным конфликтам. Понятие вооруженного конфликта предполагает стороны, которые способны вести боевые действия (государства, вооруженные группировки). «Терроризм» не идентичен с Аль-Каидой. Лозунг «война с терроризмом», с юридической точки зрения, создан для того, чтобы принимать недопустимые с точки зрения международного права меры, а именно повсеместно и целенаправленно убивать «террористов», даже если они не являются комбатантами⁶⁷⁸. Этот очевидный вывод не устраняет актуальную проблему: как классифицировать новые категории субъектов, применяющих насилие, количество которых в последнее время растет⁶⁷⁹, в рамках дихотомической концепции «вооруженный конфликт»/«другие формы организованного применения силы»⁶⁸⁰.

III. Правовое регулирование перехода от военного конфликта к мирному существованию (*ius post bellum*)

129 Традиционное международное право не содержало положений о том, как после окончания войны на практике должны восстанавливаться условия

Fitzpatrick, Hamdan v Rumsfeld, Harvard HRJ 20 (2007) 339ff; *Shamir-Borer*; Revisiting Hamdan v. Rumsfeld's Analysis of the Laws of Armed Conflict, Emory ILR 21 (2007) 601ff.

⁶⁷⁶ Заявление Министра иностранных дел ФРГ в Бундестаге от 10.2.2010, <www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Infoservice/Presse/Reden/2010/100210-BM>. Обзор см.: *Schaller*, Rechtssicherheit im Auslandseinsatz, SWP-Aktuell 67 (2009).

⁶⁷⁷ Ссылки на литературу см.: *Bothe* (сноска 678) 591; *Hess* (сноска 678) 285; критические замечания см.: *Stewart*, Towards a Single Definition of Armed Conflict in International Humanitarian Law, IRRC 85 (2003) 313ff.

⁶⁷⁸ См. выше сноску 403; *McDonald*, Declarations of War and Belligerent Parties, NILR 54 (2007) 279 (296ff); см. заключение МККК от 21.7.2005 («The relevance of IHL in the context of terrorism»), <<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/terrorism-ihl-210705?opendocument>>; *Marouda*, Application of International Humanitarian Law in Contemporary Armed Conflict, in: Perrakis/Marouda (Hrsg), Armed Conflicts and International Humanitarian Law, 2009, 202 (209ff); *Nanda*, Terrorism as an «Internal Conflict» under the 1977 Geneva Protocol, JIL 14 (2006) 27ff.

⁶⁷⁹ *Chojnacki*, Wandel der Gewaltformen im internationalen System 1946–2006, Forschung DSF No 14, 2008.

⁶⁸⁰ К вопросу о статусе Хезболлы в конфликте между Израилем и Ливаном см. ссылки в сноске 54; критические замечания см.: *Münkler*, Asymmetrie und Kriegsvölkerrecht, Friedens-Warte 81 (2006) 59 (62).

для мирной жизни. Иногда этот вопрос регулировался в мирных договорах. Однако мирные договоры, заключенные после Первой мировой войны, показали, что по окончании войны могут возникнуть предпосылки для начала новой войны. Поэтому с целью сохранения мира представляется целесообразным возложить на международное сообщество ответственность за переход от вооруженного конфликта к мирному существованию. За последние десятилетия сформировалась практика, в рамках которой международное сообщество действительно принимает на себя ответственность, особенно после немеждународных конфликтов. Эта практика отчасти развивается на регулярной основе. Она обсуждается в рамках понятия *ius post bellum*⁶⁸¹. Важным стимулом для такого развития послужил доклад Генерального секретаря ООН «Повестка дня для мира», в котором были разработаны принципы постконфликтного миростроительства (*post conflict peace-building*)⁶⁸². Для этого необходим комплекс мер: восстановление нормальных условий для физического выживания (например, разминирование, восстановление жизненно важной инфраструктуры, ликвидация экологических последствий, строительство), восстановление институтов (например, восстановление демократических институтов, контроль выборов, восстановление правового государства)⁶⁸³, в частности, государственные процедуры для ликвидации последствий правонарушений [*трансформационное правосудие (transitional justice)*]⁶⁸⁴, а также возмещение ущерба⁶⁸⁵.

⁶⁸¹ *Stahn* (сноска 4); *Epping* (сноска 4); *Fleck* (сноска 4); Bowden/Charlesworth/Farrall (Hrsg), *The Role of International Law in Rebuilding Societies after Conflict*, 2009; *Österdahl/van Zadel*, *What will jus post bellum mean?*, JCSL 14 (2009) 175ff. Т.н. оккупация с целью трансформации (*transformative occupation*) связана с *ius post bellum*, см.: *Schmalenbach*, *Die Wiederherstellung von Staatlichkeit nach militärischen Konflikten*, in: *Zimmermann u a*, *Konfliktformen*, 341ff. Однако при этом следует учитывать временный характер любого режима военной оккупации (см. выше абз. 82).

⁶⁸² См. выше абз. 37, в особенности сноску 221; см. также *Brzoska*, *Bedingungen erfolgreicher Friedens-konsolidierung*, APZ 46/2009, 15ff; *Epping/Heintze* (Hrsg), *Wiederherstellung staatlicher Strukturen in Nach-Konflikt-Situationen*, 2007.

⁶⁸³ См.: Hurwitz (сноска 218); *Niyungeko*, *Accords de paix*, SFDI (Fn 491) 403ff; *Vig*, *The Conflictual Promises of the United Nations Rule of Law Agenda*, *Int Peacekeeping* 13 (2009) 131ff; *Wolfrum*, *International Administration in Post-Conflict Situations by the United Nations and Other International Actors*, MPYUNL 9 (2005) 649ff.

⁶⁸⁴ UN Doc S/2004/616, Report of the Secretary-General («The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-conflict Societies»).

⁶⁸⁵ См. выше абз. 27 и 99; *Rosenfeld* (сноска 385) 218; *Krajewski*, *Schadenersatz wegen Verletzungen des Gewaltverbots als ius post bellum am Beispiel der Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, *ZaöRV* 72 (2012) 147ff. ГА и СБ ООН совместно создали (RES/60/180 и S/RES/1645, от 20.12.2005) Комиссию по миростроительству; *Schweisfurth*, *The United Nation's Peacebuilding Commission's First Year*, FS Bothe, 2008, 297ff; *Schaller*, *Peacebuilding und «ius post bellum»*, 2006.

130 Эти меры принимаются, как правило, третьими государствами или международными организациями⁶⁸⁶. Правовым основанием являются, как правило, соглашения между сторонами конфликта, между сторонами конфликта и государствами-интервентами и/или решения международных организаций, в особенности Совета Безопасности ООН. Эти правовые акты устанавливают права и обязанности участников правоотношений⁶⁸⁷. Насколько в переходный период могут применяться нормы *ius in bello*, в особенности право оккупации, в отдельных случаях представляется сомнительным⁶⁸⁸. Обязанность государств или международных организаций принимать такие меры или поддерживать их определяется принципом «ответственности за защиту» (Responsibility to Protect)⁶⁸⁹, в который входит «ответственность за восстановление» (*responsibility to rebuild*)⁶⁹⁰.

⁶⁸⁶ См. выше абз. 37. К вопросу об ООН см.: *Daillier* (сноска 225) 300ff; *Schaller/Schneckener*, *Das Peacebuilding-System der Vereinten Nationen*, 2009.

⁶⁸⁷ *Stahn* (сноска 4) 334; *Wolftrum* (сноска 688) 667; к вопросу о полномочиях Совета Безопасности см.: *Weiß*, *Security Council Powers and the Exigencies of Justice after War*, МРУНЛ 12 (2008) 45 (94ff); к вопросу о проблемах *ius post bellum* в Косово см.: *Schaller*, *Die Sezession des Kosovo und der völkerrechtliche Status der internationalen Präsenz*, AVR 46 (2008) 131ff; v. *Carlowitz*, *Crossing the Boundary from the International to the Domestic Legal Realm*, *Global Governance* 10 (2004) 307ff; к вопросу о Либерии см.: *Sannerholm*, *Legal, Judicial and Administrative Reforms Beyond the Rule of Law Template*, JCSL 12 (2007) 65ff; *Heitmann-Kroning*, *Der Peacebuilding-Prozess in Afghanistan im Lichte des ius post bellum*, HuVI 23 (2010) 86ff; *Schmidt-Radefeldt*, *Enduring Freedom*, HuVI 18 (2005) 245ff.

⁶⁸⁸ К вопросу о ситуации в Ираке см.: *Thürer/McLaren*, «Ius Post Bellum» in Iraq, FS Delbrück, 753ff; *Rosenfeld* (сноска 385) 143ff; *Weiß* (сноска 692) 84ff.

⁶⁸⁹ См. выше сноску 113.

⁶⁹⁰ Международная комиссия по интервенциям и суверенитету государств (сноска 113), Ziff 5.

Алфавитно-предметный указатель

Римские цифры = разделы, арабские цифры = номера абзацев*

А

- Аббат де Сен-Пьер I 102
- Августин I 92
- Австрия
 - аннексия Германской империей III 173; IV 76
 - нейтралитет III 156; VIII 111
- Агреман, см. Дипломатические отношения/дипломатическое право
- Агрессия IV 76; VII 52; VIII 10, 27 и след., 35, 42, 59, 106
- Административные соглашения II 94, 112 и след., 231
- Административный союз IV 3, 4
- Административный трибунал ООН (ЮНАТ) IV 175
- Аннексия, см. Государственная территория: приобретение и утрата
- Антарктика V 9, 63, 84
 - Антарктическая система V 87
 - «всемирный парк» или глобальное пространство с международным режимом V 84, 86, 88
 - государства, участвующие в совещаниях V 85, 86
 - запрет на разработку полезных ископаемых V 84
 - нормотворчество V 84
 - охрана окружающей среды V 86
 - проблемы суверенитета V 84
 - см. также Негосударственная территория: территории/пространства с международным режимом
- Антидемпинг VI 72 и след.
- Арктика V 21, 38, 49, 53, 60
 - Гренландия V 21, 60
 - Северный Ледовитый океан V 60
 - Шпицберген V 21
 - Ян-Майен V 21

- Архипелажные воды V 43 и след.
 - государства-архипелаги V 43
 - право прохода судов и перелета V 44
- Асбест VI 24, 84
- АСЕАН, см. Свободные экономические зоны
- Асимметричные конфликты, см. Война, право вооруженных конфликтов
- Ассоциация международного права I 147; V 105
- Атмосфера. См. Воздух и атмосфера, охрана
- Афганистан VIII 11, 19, 23
- Африканский союз IV 9, 63, 67, 77, 83, 85, 89, 181, 239; VI 96

Б

- Бангладеш (Восточный Пакистан) V 21, 28; VIII 22
- Банкротство, государственное IV 258
- Беженцы III 18, 297 и след.
 - беженцы de facto III 299
 - временная защита III 300
 - политические беженцы III 298
 - понятие III 285
- Беженцы, право III 18, 297 и след.
 - Верховный комиссар ООН по делам беженцев III 18, 299
 - право ЕС III 307 и след.
 - Международная организация по делам беженцев III 18
- Безгражданство III 114 и след., 283
- Биологическое разнообразие, см. Флора и фауна, защита
- Боденское озеро III 4; V 19, 130
 - Международная комиссия по охране вод от загрязнения V 130
 - соглашения V 130
- Бреттон-Вудс, система, соглашения VI

* Международные договоры и судебная практика цитируются не в алфавитно-предметном указателе, а в начале соответствующих разделов.

- 8, 14, 65, 109, 112
- Бундесвер
- использование за рубежом II 81, 83 и след.
- миссия в Афганистане VIII 127
- спасательная операция в Албании VIII 21

В

- Васкес, Фернандо I 63
- Вежливость I 45, 66, 69, 131
- Версальский договор I 101, 102, 105
- Витория, Франсиско де I 9, 92
- Внешняя политика II 76, 80, 178
- Внутренние воды III 139; V 40 и след.
- Внутренние воды V 19, 123 и след.
- использование V 125, 126
- охрана V 123, 124
 - институционализация V 127 и след.
 - концепция водосборного бассейна V 132
- рамочная директива о водной политике V 125, 126
- границы V 41
- заливы V 42
- правовой статус V 40
- право мирного прохода V 40
- право убежища для судов V 40
- Военная оккупация VIII 82
- Военные преступления VII 53; VIII 101 и след.
- Воздух и атмосфера, охрана V 143 и след.
- Война, право вооруженных конфликтов VIII 56 и след.
 - асимметричные конфликты VIII 59, 92, 127 и след.
 - военная оккупация VIII 82
 - военнопленные VIII 77, 80, 87, 96, 125
 - воздушная война VIII 89, 119 и след.
 - Гаагские мирные конференции VIII 4, 52, 56
 - гражданская война VIII 121 и след.
 - запрещение вероломства VIII 71
 - запрещение определенных видов оружия VIII 72 и след.
 - химическое оружие VIII 74
 - обедненный ураний VIII 73
 - разрывные пули VIII 73
 - обычные вооружения VIII 73
 - противопехотные мины VIII 73
 - лазерное оружие VIII 73
- защита и иммунитет гражданского населения VIII 65 и след., 70 и след., 81, 82, 125
 - в конфликтах немеждународного характера VIII 125
 - гуманитарная помощь VIII 81
 - запрещение неизбирательного нападения VIII 66, 68, 85
 - ковровые бомбардировки VIII 68
 - принцип соразмерности VIII 66 и след.
 - сопутствующий ущерб VIII 68, 76
- защита природной среды VIII 70
- и Лига Наций VIII 5, 7, 31
- комбатанты VIII 64, 66, 80, 83, 125, 128
- культурные ценности VI 146 и след.; VIII 56, 70
- объекты, пользующиеся особой защитой VIII 69 и след.
- оговорка Мартенса VIII 64
- понятие войны VIII 9, 62
- равенство конфликтующих сторон (принцип недискриминации) VIII 59, 106
- раненые и больные VIII 60, 77, 79, 87, 97
- реализация права *ius in bello* VIII 91 и след.
 - государства-посредники VIII 96
 - Международная комиссия по установлению фактов VIII 100
 - минимизация ущерба VIII 92, 97
 - уголовное преследование VIII 101
- роль международного обычного права VIII 57
- смешанные конфликты VIII 126
- универсальность VIII 57
- эволюция международно-правовых норм I 103, 104; VIII 56 и след.
- экономическая война VIII 90
- Вооруженное нападение VIII 10, 43,

- 106
 Восточный Тимор V 59; VIII 36, 44, 50
 Всемирная торговая организация VI 5, 64 и след.
 – как международная организация VI 70
 – комплекс соглашений VI 65, 70
 – меры защиты VI 69, 78, 79
 – свободная торговля как цель VI 5, 12
 – урегулирование споров VI 71, 83, 84
 Всемирный банк, группа Всемирного банка VI 12, 13, 33, 36, 38 и след., 112, 113
 – Международная ассоциация развития VI 113
 – Международная финансовая корпорация VI 113
 Всеобщая декларация прав человека III 21, 234; IV 206
 – обязательная юридическая сила III 235
 – содержание III 234
 Выдача II 1; III 320; VII 56
 – изменение Основного закона ФРГ III 318
 – исключение политических преступлений III 327
 – принципы III 325, 326, 329
 – упрощенная процедура между государствами-членами ЕС III 321
- Г**
- Гаванская хартия VI 12, 63
 Гаити VIII 22, 24, 34, 36, 44, 50
 Ганза I 97
 Гарантия неизменности в Основном законе ФРГ II 26, 156
 Гегель I 51, 62, 63
 Генеральная Ассамблея ООН IV 127 и след.
 – голосование IV 132 и след.
 – подсчет голосов IV 137
 – принятие решения без голосования IV 136
 – процедура консенсуса IV 135 и след.
 – комитеты IV 131, 209, 221
 – Комитет по использованию космического пространства IV 209
 – Комитет по правовым вопросам IV 209
 – Комитет по проблемам морского дна IV 209
 – полномочия обсуждать и давать рекомендации IV 128 и след.
 – регламент IV 131
 – резолюции, декларации I 14 и след., 149 и след.; IV 138, 139
 – как источники международного права I 150
 – обязывающее действие («мягкое» право) I 14, 68, 152; II 170 и след.; IV 129, 138; V 90, 117
 – сессии IV 131
 Геноцид III 25, 31; VII 52
 Германская Демократическая Республика III 211 и след.; V 23, 26
 Глава государства II 76; III 46, 47
 Гоббс, Томас I 62
 Государственная власть III 80, 154 и след.
 – легитимность (доктрины Эстрады и Тобара) III 81
 – эффективность III 80 и след.
 Государственная территория III 76, 78, 131 и след.; V 7 и след.
 – акватория V 15, 38 и след.
 – анклав и эксклав V 22
 – воздушное пространство V 13, 31 и след.
 – границы III 79, 146 и след.; V 18, 19
 – делимитация и демаркация V 18
 – морские границы V 23
 – пограничный контроль V 16
 – как признак государства V 15
 – пограничные реки и озера III 147 и след.; V 19
 – приобретение и утрата III 136 и след.; V 24 и след.
 – аннексия III 140, 173; IV 76; V 24
 – владение по давности III 141
 – вымывание грунта V 29
 – деколонизация V 27
 – доктрина Стимсона IV 76; VIII 26
 – объединение V 26
 – оккупация III 129; V 9, 29

- оставление территории III 144
- приобретение территории на основании решения суда III 144
- приращение территории намывом грунта III 141; V 29
- разделение III 142, 176; IV 71; V 25
- сецессия III 127 и след., 173; V 28; VIII 127
- цессия V 28
- размер III 146 и след.; V 15, 38 и след.
- сервитуты III 133
- внутренние воды V 40
- теория компетенции III 131
- территория V 15 и след.
- уступка административных прав III 133
- Государство III 76 и след.; V 24 и след.
- адресат международного права I 27
- восстановление III 173
- прекращение существования III 171 и след.; V 24 и след.
- равенство I 45, 46, 74; III 87 и след.; IV 27, 75, 210; VIII 59
- создание III 171 и след.; V 24 и след.
- слияние III 175
- субъект международного права I 5 и след.; III 8; IV 93
- теория трех элементов III 76
- Гражданство III 100 и след., 204 и след.
- ЕС III 103 и след.
- дипломатическая защита III 103 и след., 118
- множественное гражданство III 120 и след.
- первоначальное приобретение III 108
- понятие III 100
- последующее приобретение III 109
- право индивида на гражданство III 112, 115, 205, 260
- прекращение III 110
- принудительное лишение III 111
- реальная связь с государством гражданства III 107, 119
- ФРГ III 100
- эффективное III 119
- Греция II 53
- Гроций, Гуго I 63, 100; V 66; VI 121
- Гуманитарная интервенция I 54; III 230;

IV 2, 205; VIII 22

Д

- Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом ООН I 72, 77; III 125; IV 210; VIII 10, 14
- Декларация Рио-де-Жанейро V 105, 109, 111, 114 и след.
- Деколонизация IV 8, 69, 207; V 27
- Декларация о предоставлении независимости колониальным странам и народам IV 207
- и запрет применения силы VIII 20
- Комитет ООН по деколонизации IV 131, 207
- Демократия II 5
- Демпинг VI 66, 69, 72 и след.
- Джентльменское соглашение I 67
- Дипломатическая защита III 15, 117 и след.
- гражданин ЕС III 122
- оговорка Кальво III 15, 118
- носители права III 117
- при двойном гражданстве III 120
- Дипломатические отношения/дипломатическое право II 4, 186; III 51 и след.
- агреман III 52
- дипломатическая почта III 57, 67
- дипломатические представительства III 51 и след.
 - задачи дипломатического представительства III 55
 - неприкосновенность представительства III 56
 - посол по особым поручениям III 70 и след.
 - разделение дипломатов по классам III 51
 - свобода общения III 57
 - специальная миссия III 73
 - члены представительства III 52 и след.
- Договоры, международные I 113

- и след.; II 62 и след.
- внешнеполитическое усмотрение II 90, 105
- внутригосударственное действие II 115 и след.
- внутригосударственное применение II 41, 42, 181 и след.
- военный характер II 96
- вступление в силу I 118; II 87, 109, 115 и след.
- двусторонние и многосторонние договоры I 115
- денонсация I 127, 128; II 90, 116
- изменение I 125; II 91
- место во внутригосударственной иерархии норм II 115 и след., 176
- мирные договоры II 96
- ничтожность I 126
- оговорки I 121, 122; II 90, 109
- о границе II 96; III 147
- о культуре II 68
- отграничение от консенсуса I 113
- отказ от договора I 128
- относительность договорных правоотношений I 122, 125
- парламентское участие в заключении II 86 и след., 103 и след.
- политические договоры II 68, 81, 95 и след., 107
- право земель быть заслушанными II 62, 72, 100
- правоспособность к заключению I 116
- предмет законодательства земель II 100
- предмет федерального законодательства II 99 и след., 107
- принцип подвижных границ III 192
- принятие на себя обязанности в одностороннем порядке II 98
- приостановление действия I 127 и след.; II 90, 116 и след.
- присоединение I 117; II 89
- процедура заключения I 117
 - запрещение злоупотребления правами III 117
 - обмен документами I 117
 - парафирование I 117; II 111

- подписание I 117
- ратификация I 117; II 72, 87, 89, 109, 111, 115
- регистрация I 119
- соотношение с национальным правом II 46 и след.
- способность земель заключать II 67 и след.
- сфера действия (связанность сторон договором) I 120 и след.
- теория очевидности I 118
- толкование I 123, 124; II 8, 119
 - аутентичные тексты на нескольких языках I 123
 - правила толкования I 124; IV 39 и след., 116
- учредительные договоры международных организаций IV 32 и след.
 - изменение IV 43 и след.
 - толкование IV 39 и след.
- Договоры о защите прав человека III 232 и след.
- нарушение 120, 129
- реализация и контроль III 233, 239 и след.
- региональные III 19, 233, 248 и след., 273 и след.; VI 142, 143
- универсальные III 21, 233 и след.; VI 142 и след.
- Доктрина Хальштейна I 76
- Доктрина Монро I 103
- Дуалистическая концепция II 28 и след., 40, 46 и след., 116, 136

Е

- Европейская интеграция II 5, 10, 21 и след., 75, 120 и след., 131, 186
- Европейская социальная хартия III 267 и след.
- Европейский союз
 - «баланс институтов» IV 183
 - внешние связи I 44
 - выход из ЕС IV 78, 80
 - главные органы IV 124
 - гражданство ЕС I 43; II 125; III 119
 - дипломатические отношения с нечленами IV 100

– дискуссия о реформе, перспективы III 170; IV 182, 256

– договор об ассоциации IV 88

– Договор об учреждении (Маастрихтский договор)

– имманентная компетенция IV 15

– развитие права ЕС II 24, 26, 27, 125; ШМ 50, 182, 256

– Европейский совет IV 120, 250

– изменение учредительного договора IV 44, 47

– задачи и полномочия IV 188

– законодательство IV 201, 250

– исключение из ЕС IV 81, 83

– международная правосубъектность I 18; II 24; IV 253

– наднациональность II 24, 124; IV 250, 255

– общая внешняя политика и политика безопасности I 43; IV 188, 252

– «объединение государств» IV 252

– подразумеваемые полномочия I 44; IV 98, 191

– отсутствие государственности I 43; II 26

– парламентская оговорка II 94

– передача суверенных прав II 26, 129

– правовые последствия действий *ultra vires* IV 194

– прием в члены IV 64 и след., 70

– принцип субсидиарности II 95; IV 254, 257

– приостановление членских прав IV 85

– смешанные договоры II 120, 130; IV 99

– сотрудничество полиции и судов по уголовным делам I 43; IV 188, 252

– Счетная палата IV 124, 223

– финансирование IV 215, 218

Европейский суд по правам человека II 61, 186; III 250, 258; IV 203, 246

– процедуры III 262 и след.

– индивидуальная жалоба III 17, 262

– межгосударственная жалоба III 262

Европейский фонд развития VI 118

Европейское агентство по ядерной энергии II 128

Европейское космическое агентство IV

51; V 83

З

Загрязнение окружающей среды (определение) V 106

Закон о ратификации II 87, 91, 104, 111, 115, 176, 180

Заливы V 42

Запрещение вмешательства во внутренние дела I 76; II 10, 171; III 83; VII 120; VIII 17

– вмешательство по приглашению VIII 23

– отличие от запрета на применение силы VIII 17

Запрещение войны VIII 6, 9, 31

Запрещение дискриминации

– общие положения 74

– расовой дискриминации VI 16, 142

Запрещение применения силы, вообще I 52, 53, 75; II 12; IV 22, 92, 205; VII 112, 115; VIII 7 и след.

– в случае спора о границе VIII 14

– запрещение агрессивной войны II 12; VIII 9 и след.

– значение VIII 29, 30

– и международное обычное право VIII 8

– и поддержка террористических действий VIII 11, 43

– и сила, применяемая частными лицами VIII 11

– исключения из запрета VIII 18 и след.

– меры принуждения, рекомендации ГА IV 128 и след.

– резолюция «Единство в пользу мира» IV 130 и след.

– миротворческие силы IV 205

– нападение в открытом море VIII 12

– нападение на военные базы за рубежом VIII 12

– недопущение применения военной силы I 75; IV 22

– неприменение силы II 96

– Пакт Бриана-Келлога I 52; VII 63; VIII 6 и след., 106

– последствия нарушения VIII 25

- и след.
- право на самооборону I 52 и след., 75
- самооборона, индивидуальная и коллективная I 54; IV 205; VIII 17, 19, 20, 25, 43
 - превентивная VIII 19
 - региональные союзы I 18
- принцип соразмерности VIII 19
- угроза применения силы VIII 16, 17, 26
- ядерное устрашение VIII 17, 53
- Запрещение пыток III 242 и след., 254 и след.
- Защита инвестиций VI 18, 42 и след.
 - государственные программы по защите инвестиций VI 52
 - двусторонние соглашения VI 6, 22, 25, 48
 - Многостороннее агентство по защите инвестиций VI 50
 - многосторонние соглашения VI 18, 28, 29, 49
 - разрешение инвестиционных споров VI 51
- Защита меньшинств III 34 и след., 330 и след.
 - Верховный комиссар по делам национальных меньшинств, см. ОБСЕ/СБСЕ
 - на региональном уровне III 335 и след.
 - на универсальном уровне III 334 и след.
 - объем защиты III 333
 - определение меньшинств III 35, 331 и след.
- Защита прав ребенка III 245 и след.

И

- ИКАНН V 36
- Иммунитет III 89 и след.
 - абсолютный III 90
 - главы государства III 44 и след.
 - принудительное исполнение решения III 93
 - статус иностранного государственного предприятия III 95

- теория ограниченного иммунитета III 90
- Иммунитет гражданского населения в случае боевых действий VIII 66
- Иммунитет, дипломатический III 59 и след.
- Иммунитет, консульский III 68
- Инвестиционные меры, связанные с торговлей VI 90 и след.
- Индивид II 149 и след.; III 14 и след., 229 и след.
- международно-правовые обязанности III 22
 - представление интересов государством I 60; III 15
- ИНМАРСАТ V 83
- Институт международного права I 147
- ИНТЕЛСАТ V 83
- Интервенция, политическая VIII 21
- Ирак I 107; II 12; III 140; IV 27, 76, 85, 145, 205; V 24; VIII 11, 22, 24, 27, 34, 35, 36, 43, 44, 48, 50, 54, 57, 117, 119
- Исключительная экономическая зона III 151; V 9, 13, 51, 53
 - зона рыболовной монополии прибрежного государства V 54
 - искусственные острова V 62
 - морское дно и недра V 56
 - права прибрежных государств V 51, 53
 - территория под функциональной юрисдикцией прибрежного государства V 13, 51
- Ислам и международное право I 83 и след., 94
- История международного права I 88 и след.
 - XIX век I 104
 - античность I 88 и след.
 - Венский конгресс I 103
 - Вестфальский мир I 101 и след.
 - византийско-православный христианский мир I 96
 - периода Лиги Наций I 105
 - позднего Средневековья I 97 и след.
 - ранний ислам I 94
 - Священная римская империя германской нации I 95

- французская эпоха I 102 и след.
 - эпоха великих географических открытий I 98 и след.
 - эра ООН I 106 и след.
 - Источники международного права I 24, 113 и след.; II 137 и след.
 - доктрины I 25, 109 и след., 147
 - иерархия источников I 154 и след.; II 25, 109 и след.
 - соотношение первичных и вторичных источников I 158
 - источники познания I 147
 - общие принципы права I 25, 142 и след.; II 163 и след.
 - и резолюции международных организаций I 146
 - отграничение от международного обычного права I 145
 - односторонние акты III 149; II 89
 - расширение круга источников I 14, 148 и след.
 - стандарты I 153
 - судебные решения I 25, 110, 147
 - Исходные линии V 41, 42
 - Италия II 52
- Й**
- Йоханнесбург: Всемирная встреча на высшем уровне по устойчивому развитию (2002) V 103; VI 35
- К**
- Калининград V 22
- Каналы V 20
- Каспийское море III 145; V 4, 15
- Кибервойна VIII 10, 11, 19, 66
- Киберпространство V 36
- Китай II 57
- Китобойный промысел V 95
- Климат, охрана V 143 и след.
 - адаптация V 150
 - климатические беженцы V 41
 - Межправительственная группа экспертов по изменению климата V 91, 143
 - повышение уровня моря V 41
 - торговля квотами на выбросы V 148, 149
 - хранилища для парниковых газов V 147
- Коимпериум III 135; V 2, 3, 5
- Коллизионное право I 33 и след.; II 1
- Комиссия Брундтланда V 99, 115; VI 35
- Комиссия международного права IV 209; VII 6, 7, 9, 17, 21, 26
- Комиссия ООН по устойчивому развитию V 102; VI 35
- Кондоминиум III 125; V 2, 4, 19
- Консенсус I 113; IV 135
- Консульские учреждения/консульства III 65 и след.
 - задачи III 66
 - консульская почта III 67
 - неприкосновенность консульских помещений III 67
 - почетный консул III 69
- Континентальный шельф III 152 и след.; V 10, 12, 57 и след.
- делимитация V 59
 - заявление Трумэна V 10, 57
 - история вопроса V 57
 - как территория под функциональной юрисдикцией прибрежного государства V 10, 51, 57
 - установки, искусственные острова, сооружения V 62
 - средняя линия V 59
 - режим покрывающих вод и воздушного пространства V 61
 - ширина III 153; V 58
- Контроль над вооружениями и разоружение VIII 52 и след.
- Конференция ООН по окружающей среде и развитию (ЮНСЕД) V 99
- Концепция общей, но дифференцированной ответственности V 100, 105, 147 и след.
- Коренные народы I 11
- Космическое пространство I 137 и след.; V 9, 30 и след., 76 и след.
 - Боготская декларация V 78
 - геостационарная орбита V 78
 - дистанционное зондирование I 138; V 79; VIII 53

- запрет размещения ядерных вооружений V 79
- запрет присвоения V 77
- запрет использования в военных целях V 81
- Комитет ООН по использованию космического пространства в мирных целях V 79, 83
- линия фон Кармана V 30
- международные организации V 83
- ответственность за ущерб IV 102; V 82
- охрана окружающей среды V 81 и след.
- равенство в космосе V 79
- свобода космического пространства V 79
- Косово II 12; III 80, 125, 127, 179, 181; IV 145, 204
- вмешательство НАТО IV 145, 205; VIII 22, 30, 44, 68
- опека ООН VIII 36
- Красный Крест III 41; VIII 79, 96, 121
- защита раненых и больных VIII 79
- Лига обществ Красного Креста и Красного Полумесяца III 41
- Международная конференция Красного Креста III 41; VIII 96
- миссия в немеждународных конфликтах VIII 121
- опознавательные знаки и эмблемы IV 76; VIII 71, 93
- Кувейтский конфликт VIII 24, 35, 36, 43, 50, 54
- Культура VI 119 и след.
- ограничение свободы перемещения товаров и услуг VI 127
- понятие VI 120
- свобода информации VI 122, 123
- Культурные ценности VI 130 и след.
- археология, архивы, архитектура VI 162 и след.
- возвращение VI 121, 131, 157 и след.
- и государственный суверенитет VI 152
- и ЮНЕСКО V 17; VI 123, 126, 143, 144, 149, 151, 161
- как общее наследие человечества VI

- 135, 144
- определение VI 136 и след.
- охрана VI 8, 130 и след.
 - в мирное время VI 150
 - во время вооруженных конфликтов VI 145 и след.
- охрана в море VI 160, 161
- право на культуру VI 143
 - и право народов на самоопределение VI 142, 158
- расхищение VI 146
- субъекты права VI 140 и след.

Л

- Лига Наций IV 6 и след.
- выход/исключение государств I 105
- подмандатные территории IV 163
- система коллективной безопасности VIII 5
- Устав IV 6
- Локерби VII 49; VIII 43
- Луна V 76, 77
- общее наследие человечества V 76
- защита V 81

М

- Магомед I 94
- Мальтийский рыцарский орден I 5, 97; III 40; IV 1
- Международная морская организация (ИМО) V 49, 53, 157
- Международное гуманитарное право VIII 60, см. также Война, право вооруженных конфликтов
- Международное налоговое право I 37; VI 100 и след.
- принудительное исполнение VI 105
- принципы налогообложения VI 101
- соглашения об избежании двойного налогообложения VI 103
- Международное обычное право I 25, 131 и след.; II 7, 167
- билатеральное II 144, 147
- в космическом праве I 137 и след.; V 30, 80
- в международном экологическом

- праве V 93 и след., 98 и след., 113 и след. 122
- в морском праве V 38 и след., 47, 54, 55, 58, 70 и след.
- внутригосударственное действие II 142 и след.
- внутригосударственный ранг II 148, 156, 176
- вопросы приоритета II 137 и след.
- и «общие нормы международного права» II 137, 140
- как самостоятельный источник права I 135
- кодификация I 127, 136; IV 209
- обычное право ЕС II 141
- партикулярное право II 143
- предпосылки возникновения I 131 и след.; VIII 8
 - всеобщность и единообразие практики I 140
 - длительность практики I 139
 - правовое убеждение I 131
- региональное II 141, 147, 180
- соотношение с национальным правом 46 и след.
- эстоппель I 134, 149
- Международное право
 - действие I 61 и след.
 - единство I 12, 80 и след.
 - зависимость от реальности I 57
 - как критерий деятельности государственной власти ФРГ II 175 и след.
 - законодательной II 176
 - исполнительной II 177 и след.
 - судебной II 185 и след.
 - конституционализация I 72
 - недостатски исполнения I 24, 51, 53, 62, 65, 108; II 4; IV 24
 - общее I 13
 - определение I 2 и след.
 - основные правила I 72 и след.
 - обязанность мирного разрешения споров I 77
 - обязанность сотрудничества I 79
 - отграничение от других разделов права I 33 и след.
 - отграничение от права ЕС I 40; V 115
 - партикулярное I 13
 - понятие, особенности определения I 2 и след.
 - баланс интересов I 8
 - история I 9 и след.
 - межгосударственное право I 4, 5, 6, 21, 48
 - правопорядок сотрудничества и существования I 20, 55, 79
 - слабая организация I 47
 - структура, основанная на консенсусе I 26, 55
 - фундаментальный релятивизм I 48, 133
 - ценностная ориентация I 8, 20, 72
 - пробелы I 50
 - региональное I 13
 - структурные изменения I 20; V 13
 - фрагментация I 12, 20, 80, 154 и след.
 - функции I 71
- Международное право о статусе иностранцев III 280 и след.; VI 16, 19, 23, 26, 42; VII 19, 32
- въезд III 284 и след.
- депортация III 291 и след.
- защита семьи III 286, 295
- международный минимальный стандарт III 289 и след.
- Международное право развития VI 30 и след., 106 и след.
 - декады развития VI 30
 - новый мировой экономический порядок VI 8, 107
 - передача технологий VI 31, 91, 107, 108
 - Хартия экономических прав и обязанностей государств VI 30, 44, 107
 - ЮНКТАД VI 30, 106, 114, 117
- Международное публичное право I 37
- Международное сообщество I 72, 120
- Международное уголовное право VII 38 и след.
 - история развития VII 44
 - кодификация VII 46
 - конкурирующие претензии государств VII 50
 - критерии VII 42
 - производство VII 57 и след.
 - составы преступлений VII 52

- терминология VII 38 и след.
- уголовные санкции VII 53
- Международное уголовное правосудие
 - III 22 и след.; VII 38 и след.; VIII 101 и след.
- международные уголовные суды I 36; II 61; III 25 и след.; IV 21; VII 44, 46, 47, 53 и след.
 - история VII 44, 46
 - юрисдикция III 25; VII 49, 54
 - обязанность государств сотрудничать с судом III 29; VII 55
 - применимое право III 27
 - принцип взаимодополняемости VII 49
 - процесс III 28; VII 54, 55
- Международный трибунал по Югославии II 61; III 23 и след.; IV 21; VII 44, 47, 49, 52; VIII 28, 48, 95, 102, 125
- Межсоюзнический военный трибунал III 22; VII 44
- Нюрнбергский процесс II 11; III 22; VII 44, 46, 52
- Руанда III 23; IV 21; VII 44, 47, 52; VIII 28, 95, 108, 125
- Токийский трибунал II 11; III 22; VII 44, 52
- Международное частное право I 34; II 1
- Международное экологическое право V 89 и след.
 - и международные организации V 91
 - источники V 90
 - определение V 90
 - отраслевой подход V 98
 - принципы 93 и след.
 - запрета причинения серьезного трансграничного ущерба V 94
 - ответственности причинителя вреда V 113
 - предотвращения V 112
 - сбалансированного совместного использования трансграничных природных ресурсов V 94 и след., 111 и след.
 - развитие V 92 и след.
 - проблемы применения V 91
 - соседское право V 93 и след.
- устойчивое развитие I 20; V 114 и след.
- Международное экономическое право
 - понятие I 38; II 5; VI 10 и след.
 - роль II 5
 - стандарты VI 15 и след.
 - взаимность VI 26 и след., 68
 - прозрачность VI 38
 - рациональность VI 37
 - справедливость VI 28, 40
 - устойчивое развитие VI 35, 36
- Международные организации
 - внутреннее право I 39; IV 114 и след.
 - первичное и вторичное право IV 114
 - характер права I 39; IV 114 и след.
 - создание IV 32 и след.
 - государства-члены II 74, 89, 98; IV 13, 61 и след., 195 и след.
 - ассоциированное членство IV 88
 - вступление IV 63 и след.
 - выход IV 46, 77 и след.
 - исключение IV 81 и след.
 - как коллективный «субъект договоров» IV 15, 29, 189
 - наблюдатель IV 89 и след.
 - оговорка об условиях выхода IV 77, 78
 - прекращение членства IV 76 и след.
 - суверенитет III 167; IV 195 и след.
 - санкции в случае нарушения платежных обязательств IV 201
 - формы членства IV 88 и след.
 - члены-учредители IV 62
 - государство местонахождения I 39; IV 110 и след.
 - деликтоспособность IV 101 и след.
 - задачи и полномочия IV 188 и след.
 - защита доверия в отношениях с третьими государствами IV 193
 - принцип ограниченных полномочий IV 189, 254
 - иммунитет, привилегии IV 106 и след., 112
 - виды деятельности IV 200 и след.
 - полномочие на заключение договоров IV 202

- полномочие на принятие правовых актов IV 201
- судебные акты IV 203
- международная дееспособность IV 97 и след.
 - внешние и внутренние полномочия IV 98
 - действия *ultra vires* IV 98, 101, 192, 193, 216
 - право дипломатического представительства IV 100
 - способность заключать договоры IV 98
- международная организация как член другой м. о. IV 65
- международная правоспособность I 5 и след.; IV 4
- международная правосубъектность III 12
- нечлены IV 89 и след., 100, 104, 113
- органы III 12; IV 41, 118 и след.
 - лояльность IV 186, 187
 - главные органы IV 121, 124 и след.
 - компетенция толкования IV 41
 - меры по предотвращению дублирования функций IV 184
 - распределение полномочий IV 183 и след.
- ответственность IV 101 и след.; VII 35 и след.
- понятие и происхождение III 12; IV 3 и след., 12
- права и обязанности членов IV 74 и след.
 - лояльность IV 74
 - ограничение прав IV 84 и след.
 - одно государство — один голос IV 75
 - принцип равенства IV 75
- права при чрезвычайном положении IV 170
- правопреемство IV 57 и след.
 - Лига Наций и ООН IV 59
 - преемственность правосубъектности IV 58
- правоспособность и дееспособность по национальному праву IV 112, 113
- представительства при м. о. III 73
 - предшественники I 104
 - прекращение IV 51 и след.
 - примеры роспуска IV 52
 - регулирование IV 51 и след.
 - упразднение состава организации IV 54
 - финансовый крах IV 55
 - развитие IV 2 и след.
 - разрешение споров IV 111; VII 64, 66, 75
 - решения II 169, 180, 184
 - учредительный договор, первичное право III 40, 124, 158; IV 32 и след., 61, 114, 188
 - изменение II 82, 167 и след.; IV 43 и след., 52
 - «конституция» IV 37
 - ратификация IV 34
 - ревизионные конференции IV 49
 - границы изменения договора по содержанию IV 48
 - толкование IV 39 и след., 190
 - финансирование IV 212 и след.
 - бюджетный процесс IV 220 и след.
 - добровольные пожертвования IV 214
 - доходы IV 213 и след.
 - заем денежных средств на рынке долгосрочных кредитов IV 219
 - контроль и санкции IV 220, 221
 - собственные средства IV 218
 - расходы IV 220 и след.
 - удержание взносов IV 216
 - функционализм IV 216
- Международный валютный фонд VI 9, 12, 13, 33, 39, 42, 109 и след.
- кредиты VI 110
- Фонд финансовой стабильности VI 111
- функции VI 109
- Международный режим V 13, 14, 19, 31, 32, 49, 69, 72
- Международный суд I 110, 111, 147; II 61, 66; IV 177 и след., 210; VII 79, 86 и след.
 - и развитие международного права IV 177
 - юрисдикция IV 41, 179; VII 90, 91
 - исполнение решений VII 105

- консультативное заключение IV 152, 179; VII 89, 93; VIII 45
- оговорки (Коннели, Ванденберг) VIII 92
- одностороннее заявление государства VII 92
- организация VII 96, 97
- основания принятия решения VII 95
- основы VII 85 и след.
- отсутствие подсудности в отношении споров между органами ООН IV 180
- палаты VII 99
- письменное производство VII 101
- подчинение юрисдикции VII 91
- положение о факультативности VII 88, 91
- предварительные меры VII 101
- производство по спорам VII 100
- решение VII 103
- судебное заседание VII 102
- судьи ad hoc VII 97
- Международный трибунал по морскому праву V 39, 55; VII 60
- Палата по спорам, касающимся морского дна V 72
- производство по освобождению судов V 55
- Микрогосударства IV 69, 88
- Миланский эдикт о веротерпимости I 91
- Мир, понятие VIII 43 и след.
- негативное определение VIII 43
- понятие в Основном законе ФРГ II 15
- позитивное определение VIII 44
- расширение понятия VIII 19
- Мирный режим de facto VIII 14
- Мир, обеспечение VIII 5, 35, 39, 51 и след., 129
- Мировой экономический порядок VI 12 и след.
- новый мировой экономический порядок VI 44, 107
- принципы VI 13
- Монистическая концепция II 28 и след., 37 и след., 116, 136
- Монополия государства на применение силы VIII 1
- Мораль, международная I 67, 69

- Море, охрана V 134 и след.
- глобальные соглашения V 134 и след.
- загрязнение V 135 и след.
 - из источников на суше V 145, 149
 - определение V 113
 - понятие V 134
 - сброс отходов V 136
 - сброс отходов с судов V 135
- районы охраны 14, 138
- реализация V 39, 134 и след.
- региональные соглашения V 141 и след.
- Морская война VIII 84 и след., 114 и след.
- блокада VIII 86
- военные суда VIII 87 и след.
- потерпевшие кораблекрушение VIII 87
- контрабанда VIII 115, 116
- минирование и разминирование морских путей VIII 86, 118
- особые зоны VIII 86
- охранный сертификат VIII 116
- призовое судопроизводство VIII 116
- торговые суда VIII 85, 87, 115 и след.
- Морское дно V 70 и след.
- как территория с международным режимом V 11, 70 и след.
- Международный орган по морскому дну V 6, 71, 72
- национальное законодательство V 74
- «Предприятие» V 71
- Морское право V 38 и след., 51 и след., 134 и след.
- «Мягкое» право I 14, 68, 152; II 170; IV 129, 138; V 90, 117

Н

- Наднациональные организации III 169 и след.; IV 10, 14, 27, 249 и след.
- государства-члены как «коллективный субъект договоров» IV 29
- как субъекты международного права I 5
- полномочия III 169
- органы III 169
- правовые акты IV 14

– юридическая сила правовых актов в государствах-членах IV 14
Наполеон Бонапарт I 102, 103; VII 44
Народ (население государства) III 76 и след.; 98 и след.
Народы (нации) I 4, 29; II 3; III 32 и след.
НАТО II 78, 134; IV 9, 73, 244; VIII 30, 36, 51, 53, 68, 75
«Партнерство ради мира» IV 88
Наука международного права I 109 и след.
Негосударственная территория V 8 и след., 51 и след.
– интернационализация V 11, 51, 58, 63 и след., 84
– понятие V 51
– территории под функциональной юрисдикцией прибрежных государств V 10, 51 и след.
– территории/пространства с международным режимом V 11, 63 и след.
Нейтралитет III 156 и след.; IV 22; VIII 104 и след.
– в воздушной войне VIII 119 и след.
– в конфликте немеждународного характера VIII 121, 126
– в морской войне VIII 114 и след.
– в сухопутной войне VIII 113
– вооруженный VIII 111
– гуманитарная помощь VIII 112
– Закон ФРГ о контроле над торговлей вооружениями II 13; VIII 112
– запрет дискриминации VIII 105
– защита торгового судоходства нейтральных стран VIII 117
– неприкосновенность нейтральной территории VIII 110
– невооруженный VIII 110
– обязанности III 158; VIII 111 и след.
– право на самооборону VIII 110
– формы III 156; VIII 104, 105
– экспорт оружия II 13, 97; VIII 112
Неправительственные организации I 19; II 132; IV 18, 160
– и охрана окружающей среды V 91
– право на участие в консультациях ЭКОСОС IV 160

– сотрудничество с международными организациями IV 18

О

ОБСЕ/СБСЕ III 168, 270 и след.
– Верховный комиссар по делам национальных меньшинств III 341
– Парижская хартия III 270; VIII 7
– процесс перехода СБСЕ в статус международной организации IV 16
– Хельсинкский заключительный акт I 67; III 181, 270; VIII 7
Общие нормы международного права II 135 и след.
– и общие принципы права II 139
– место в иерархии норм II 148 и след.
– понятие II 137 и след.
Общий рынок VI 95
Озоновый слой, охрана V 151 и след.
Оккупация, военная VIII 82
Оккупирующая держава, фактическая власть VIII 82
Окружающая среда V 89
– понятие V 89
– право на незагрязненную окружающую среду V 90, 118 и след.
Окружающая среда, охрана
– комплексный подход V 103, 112, 134, 142
– охрана пространств V 155
– специфика охраны по сферам пространства V 155
– функциональный подход V 156
ОПЕК IV 188, 214; VI 56, 115
Определение агрессии VIII 10, 11, 20
ООН
– бюджет IV 220 и след.
– Временная администрация в Восточном Тиморе VIII 36
– вспомогательные органы IV 131, 227 и след.
– выход из ООН IV 78, 79
– главные органы IV 124 и след.
– денежные взносы государств-членов IV 212, 213
– дискуссии о реформе IV 131, 153, 157, 182

- исключение из членов IV 82
- исключительная ответственность IV 102
- история создания I 106, 107; IV 9 и след.
- миротворческие силы VIII 34, 38, 39, 46, 47
- миссии наблюдателей VIII 34
- органы IV 124 и след.
- персонал IV 105, 174
- преемственность в отношении Лиги Наций IV 59
- прекращение существования IV 52
- процедура приема в ООН II 89, 143; IV 27, 64, 68
- Соглашение о штаб-квартире III 13; IV 110
- специализированные учреждения IV 9, 30, 158 и след.
- сферы деятельности IV 204 и след.
- универсальность IV 9, 30, 67, 225
- Устав ООН IV 8, 44, 92, 142
- финансовый контроль IV 223
- Организация освобождения Палестины
- закрытие Миссии при штаб-квартире ООН IV 111
- Освободительные движения III 38; IV 89
- Острова V 21
- Ответственность государств, международная VII 4 и след., 28 и след.; VIII 13, 22 и след.
- государственный акт VII 13, 22 и след.
- деликты, международные III 22, 24, 25; VII 5, 9, 17
- контрмеры VII 30, 31
- присвоение государству деяний VII 13, 22 и след.
- ущерб VII 14
- юридические последствия VII 32 и след.; VIII 27
- Открытое море V 66 и след.
- использование и сохранение ресурсов V 8, 67, 155
- осуществление суверенитета
 - государствами флага V 68
 - прибрежными государствами V 40

- свобода V 13, 65, 66
- Охрана видов растений и животных V 93, 98, 122, 155

П

- Перемещение услуг, международное VI 88, 98
- Пиратство I 8; III 31; V 68; VII 44; VIII 11
- План действий V 21, 99, 101, 132
- «Повестка дня на XXI век» V 106, 108, 134; VI 8
- Повстанцы I 5; III 37; VIII 23, 121, 127
- Помощь развивающимся странам VI 4, 31, 106 и след.
- Постоянная палата международного правосудия IV 7; VII 86, 87
- Права человека, защита II 4, 15, 36, 43, 98, 101, 151; III 17, 229 и след.; VIII 37, 44, 48, 50, 80, 82, 93, 122, 125
- Американская декларация прав и обязанностей человека III 20, 273
- в Европе II 118, 186; III 248 и след.; IV 246 и след.
 - запрещение дискриминации III 259
 - запрещение пыток III 255
 - право на справедливое судебное разбирательство III 257
 - право собственности III 258
 - презумпция невиновности III 257
- в конфликтах немеждународного характера VIII 122, 125
- в международных конфликтах VIII 60
- и запрет применения силы VIII 15, 19
- и международное уголовное право VII 43 и след.
- и международные организации IV 21
 - ООН: защита прав человека III 234 и след.; IV 206
 - ЭКОСОС: поощрение прав человека IV 161, 206
- Межамериканская комиссия по правам человека III 273
- Межамериканский суд по правам человека III 276
- в Основном законе ФРГ II 15
- Право ЕС I 40 и след.; IV 249 и след.

– вторичное право I 42; II 122, 124, 173
– самостоятельный правопорядок I 40; IV 117
– виды обязательных правовых актов I 42; II 173
– первичное право I 40; II 120, 122, 126
– принцип ограниченных полномочий IV 189, 254, 257
– приоритет в применении I 43; II 129, 173, 176; IV 250
– роль в праве ФРГ II 120, 173
Право на развитие VI 30 и след.
Право народов на самоопределение 17, 78, 120; II 3; III 33, 125 и след.; IV 207; VIII 14, 20
– в процессе деколонизации III 127; VIII 20
– внешнее право III 127, 129 и след.
– внутреннее право III 126
– и воссоединение Германии IV 207
– и запрет на применение силы VIII 20
– и международные организации IV 21
– и территориальная целостность III 129
Право на язык VI 128, 129
Правопреемство государств I 188 и след.
– в отношении государственного имущества III 196 и след.
– в отношении государственных архивов III 196, 199
– в отношении государственных долгов III 196, 200, 202
– в отношении международных договоров III 191 и след.
– в отношении членства в международных организациях III 195; IV 71 и след.
– и гражданство III 204 и след.
Преамбула Основного закона ФРГ II 14, 14, 16, 22
Признание
– главы государства III 44
– государств II 78; III 178
– международных организаций IV 96, 104
– правительств III 81, 180
Прилежащая зона III 151; V 51, 52

Принадлежность к государству
– суда V 67 и след.
– теория регистрации VI 54
– транснациональной корпорации VI 53
– юридического лица III 116
Принцип взаимности I 26, 51, 72, 128
Принцип добросовестности I 59, 117, 123, 126, 142, 149; II 139
Принцип подвижных границ III 192, 225
Принцип равноудаленности III 153
Принцип справедливости VI 29
Принцип эффективности III 80 и след.
Принципы международной торговли VI 65 и след.
– взаимность VI 68
– допустимость тарифных ограничений VI 69
– запрет дискриминации VI 16, 17, 18, 66 и след.
– культурные потребности как ограничитель VI 126, 127
– наибольшего благоприятствования VI 19 и след., 67, 68
– национальный режим VI 16, 23, 24, 25, 68, 92, 124
– общие исключения VI 78 и след.
– охрана окружающей среды VI 83 и след.
– положение о защите VI 79
– права человека VI 86, 87
– рациональность VI 37, 38
– специальные положения о товарах VI 82
Программа действий Рейн V 128
Программа ООН по окружающей среде (ЮНЕП) V 97
Проливы V 49
Пуфендорф, Самуэль I 100

Р

Рабочая партия Курдистана VI 39, 118
Разрешение споров VII 60 и след.
– в рамках международных организаций VII 69
– обязанность мирного разрешения VII 60 и след.; VIII 31

- понятие VII 63
- процедуры с участием третьих стран VII 73 и след.
- средства IV 167; VII 68 и след.
- Раунд переговоров в Дохе VI 30, 64, 118
- Режим де-факто I 5; VIII 14
- Рейн V 20, 128 и след.
- Реки, международные V 20 и след.
- Репрессалии II 154; IV 24, 84, 196; VII 112, 115; VIII 3, 19, 60, 76, 92, 97
- военные VII 115
- запрет VII 116; VIII 60, 76
- мирные VII 115 и след.
- Ресурсы, генетические V 67, 156 и след.
- Реторсии VII 111
- Римский клуб V 89
- Россия II 56; III 185, 187
- как правопреемник СССР III 185, 187
- Конституция и международное право II 56
- Руссо, Жан-Жак I 102
- Рыболовство V 14, 53, 54, 65, 104, 135
- излишки V 57
- исторические права на рыболовство V 12
- критерий реального интереса V 69
- международные договоры V 54 и след.
- общая политика в сфере рыболовства V 54 и след.
- остаток допустимого улова V 54
- сохранение трансграничных рыбных запасов V 55, 67

С

- Санкции VII 3, 34, 36, 107 и след.
- понятие VII 107 и след.
- виды VII 110 и след.
- Сарагосский договор I 99
- Свобода объединений II 17
- Свобода воздуха V 30 и след.
- Международная ассоциация воздушного транспорта (ИАТА) V 34
- Международная организация гражданской авиации (ИКАО) V 34
- право на каботажные перевозки V 34
- Договор по открытому небу V 33
- Свободные экономические зоны VI 67, 93 и след.
- Азиатско-Тихоокеанское экономическое сотрудничество VI 97
- АСЕАН VI 42, 97
- Европейская ассоциация свободной торговли VI 97
- Европейское экономическое пространство VI 97
- исключение из принципа наибольшего благоприятствования VI 67, 93 и след.
- НАФТА VI 2, 42, 97
- Святейший Престол I 5; III 39; IV 1, 89
- Северное море III 150; V 56, 57, 141
- Секретариат ООН IV 165 и след., 172 и след.
- Генеральный Секретарь IV 165 и след.
- задачи IV 166
- заместитель Генерального Секретаря IV 166
- Исполнительный совет по координации IV 166, 236
- персонал IV 172 и след.
 - иммунитет IV 174
 - правовая защита IV 174
- Сельское хозяйство VI 76, 77, 82, 113
- Семья ООН IV 30, 31, 158, 225
- Система коллективной безопасности I 52, 75; II 65, 83; VIII 5, 32 и след.
- антикризисное управление VIII 32, 36
- поддержание мира VIII 37
- превентивное обеспечение мира VIII 39
- принудительные меры невоенного характера VIII 48
- резолюция «Единство в пользу мира» VIII 33
- Система опеки ООН IV 163, 164
- Совет по опеке IV 163, 164
- соглашение об опеке IV 163
- Словения III 182
- Смертная казнь II 1
- СНГ III 187; IV 17, 71
- Собственность, защита III 258; VI 42 и след.
- Совет Безопасности I 75; IV 140

- и след.; VIII 40 и след.
- границы полномочий VIII 45
- дискуссия о реформе IV 153
- заседания IV 148
- комитеты и комиссии IV 149
- недееспособность IV 205
- нечлены 148, 154
- операции по поддержанию мира II 81; IV 205, 228; VIII 49
- право вето IV 130, 142 и след.
- председательство IV 149
- регламент IV 148
- решения IV 150 и след.
 - обязательные II 170 и след., 184; IV 150
 - принятие резолюций без формального голосования IV 147
 - рекомендации II 170 и след.; IV 150; VIII 46
 - судебный контроль IV 152; VIII 45
- санкции IV 148, 169
- члены IV 141, 142
 - непостоянные IV 141, 142
 - постоянные IV 34, 141, 142
- эмбарго VIII 48
- Совет Европы II 23, 186; III 248; IV 31, 64, 70, 124, 238
 - задачи III 249; IV 241 и след.
 - заключение соглашений IV 248
 - история создания IV 238
 - конвенции IV 245
 - органы IV 124 и след.
 - Комитет министров IV 240
 - Конгресс местных и региональных властей Европы IV 242
 - Парламентская Ассамблея IV 241
 - Секретариат IV 243
 - статус наблюдателя IV 236
 - члены, условия членства IV 70, 239
 - Устав III 245
- Сомали VIII 22, 24, 34, 36, 44, 46, 48, 50
- Социалистическое международное право I 80, 81, 82, 144
- Союз государств II 26, 122; III 160 и след.; IV 17, 250
- СССР III 185 и след., 194 и след.; IV 71
 - правопреемство III 194 и след.
 - международные договоры III 194
 - членство в международных организациях III 195; IV 71
 - прекращение существования III 185, 194 и след.; IV 71
- Стокгольмская декларация V 97, 146
- Страховки Гермес VI 52
- Суарес, Франсиско I 92
- Субъекты международного права III 1 и след.; IV 1
 - дееспособность III 10, 11
 - классификация I 16; III 7 и след.
 - органы III 43 и след.
 - децентрализованные III 44, 51 и след.
 - центральные III 44 и след.
 - перечень I 29
 - понятие III 2, 3
 - правоспособность III 10, 11; IV 93 и след.
 - расширение круга I 16 и след.; III 6
- Суверенитет I 45, 46, 73, 79; II 9; III 83 и след.; V 2, 3, 17, 93; VI 2
 - внешний I 46, 73; V 2
 - внутренний I 46; V 2
 - возникновение и развитие идеи I 100
 - доктрина Хармона V 93
 - запрещение вмешательства во внутренние дела государства III 83
 - относительный характер суверенитета V 17, 93 и след.
 - принцип суверенного равенства I 45, 46, 143
 - свобода действий 50
 - теория компетенции III 121
 - территориальный III 132 и след.; V 2 и след., 93
 - функциональное обоснование V 10
- Суд ЕС II 61, 124; IV 40, 80, 98, 124, 191, 194, 198, 203, 250, 254, 257
 - защита прав человека в ЕС IV 203, 255
 - суд первой инстанции IV 203, 255
 - толкование учредительных договоров IV 40
- Сырьевые соглашения VI 98, 114 и след.
- интегрированная программа сырьевых товаров VI 117

- Общий фонд сырьевых товаров VI 117
- резервные запасы VI 117
- сырьевые картели VI 115

Т

- Тайвань II 58
- Таможенные союзы VI 67, 93, 95 и след.
- Андский пакт V 196
- ЕС VI 95
- исключение из принципа наибольшего благоприятствования VI 67, 93
- Меркосур VI 96
- ЭКОВАС VI 96
- Танжер V 5
- Тевтонский орден I 97
- Теория исполнения II 40, 116, 136
- Теория контроля VI 54
- Теория очевидности I 118
- Теория трансформации II 38, 115, 136
- Территориальное верховенство III 131 и след.; V 2, 5, 16 и след.
- Территориальное море III 150; V 45 и след.
- акваториальный суверенитет V 29, 49, 51 и след.
- вертикальное правовое единство V 45
- границы V 45
- защита морской среды V 48
- право мирного прохода судов II 152, 154; V 13, 47, 48
- ширина III 147; V 29, 48, 51 и след.
- ФРГ V 29
- Терроризм, международный IV 27; VIII 11, 19, 43, 48
- как новая угроза VIII 19
- содействие террористическим действиям VIII 11
- террористы как «нелегальные комбатанты» VIII 77
- предупреждающий удар VIII 19
- Тордесильясский договор I 99
- Транснациональные корпорации I 19, 151; VI 55 и след.
- «квазимеждународные» договоры I 19, 151; VI 55 и след.

- Кодекс поведения I 19; III 42; VI 62, 107
- международная правосубъектность III 44; VI 58
- условия о проведении новых переговоров VI 61
- условия стабильности VI 59
- Третьейская группа ВТО VI 37, 71, 81, 83, 84, 91
- Третьейские суды, международные IV 7; VII 77 и след.
- и развитие международного права VII 86
- обязательное третейское производство VII 81
- постоянные суды VII 81
- третейская оговорка VII 81
- третейский компромисс VII 80
- Турция II 54

У

- Убежище III 74, 297
- безопасное третье государство III 305
- Декларация о территориальном убежище III 307
- дипломатическое III 74
- запрет высылки в государство преследования III 74, 302, 304
- меры ЕС III 307
- меры Совета Европы III 307
- отказ в предоставлении III 300
- Угледорода V 147 и след.
- Уругвайский раунд VI 14, 64, 65, 74, 77, 83, 85, 124
- Утилизация отходов V 161

Ф

- Федеральный конституционный суд ФРГ II 159 и след.
- контроль норм II 159 и след.
- и ЕСПЧ II 185 и след.
- и Суд ЕС II 129, 185 и след.
- юрисдикция II 84 и след.
- конкурентная юрисдикция II 185 и след.
- Федеральный президент ФРГ II 76

- и след.
- контрассигнатура II 79
- полномочие на делегирование II 78
- полномочия на представительство в международных отношениях II 76 и след.
- ФРГ III 207 и след.
- воссоединение III 207 и след., 216 и след.; IV 73; V 23, 26
 - восстановление единого государства II 27
 - Договор об объединении III 207, 210, 213, 217 и след.
- границы III 219 и след.; V 23
- Общий договор III 198
- и Германская империя III 212 и след.
- и Польша III 220; V 23, 131
- и Чехия V 23
- линия Одер-Нейсе III 145, 220; V 23
- межсоюзническая военная комендантура III 208
- Федеративное государство III 161
- Финансовый кризис V 104; VI 1
- Флора и фауна, охрана V 95 и след., 155 и след.
- биологическое разнообразие V 104, 156
- мигрирующие виды животных V 55, 67, 96, 155
- цели V 159
- Фолклендские острова VIII 14
- Форум финансовой стабилизации VI 111
- Франция II 51

Х

- Хартия экономических прав и обязанностей государств I 68; VI 30, 107

Ц

- Цивилизованные нации I 10 и след., 142

Ч

- Чехословакия III 183, 193, 201; IV 71,

76

- правопреемство III 201
- разделение III 183
- членство в международных организациях IV 71

Ш

- Швейцария, создание I 100
- Шенгенское соглашение V 16
- Шпионаж II 154

Э

- Экономические санкции VII 111, 119 и след.
- бойкот VII 119
- экономическая дискриминация VII 120
- Экономический и валютный союз IV 258; VI 95
- Экономический и социальный совет ООН (ЭКОСОС) IV 155 и след.
 - государства-члены IV 156
 - задачи и полномочия IV 157, 234
 - заседания IV 160
 - комиссии ЭКОСОС IV 161
 - нечлены IV 160
 - порядок работы IV 159
- Экспроприация VI 42 и след.
 - доктрина Кальво VI 23, 43
 - доктрина Халла VI 44, 49
 - конфискация I 43
 - минимальные стандарты VI 44
 - национализация VI 43
 - публичный порядок VI 47
 - соглашения о компенсации VI 44
 - требования компенсации VI 45
 - экстерриториальное действие VI 46
- Экстерриториальное действие национального уголовного права I 7; III 155; VII 39
- Эмбарго VII 119 и след.; VIII 36, 42, 48
- Эфир V 35
 - коммуникации, международные V 13, 35
 - Международный союз электросвязи V 37

- право на глушение иностранных передач V 35; VI 123
- свобода эфира V 35

Ю

- ЮАР IV 86, 179
- Югославия III 182 и след.; IV 21, 207; VIII 27, 28, 34, 36, 48, 50, 95, 102, 125
- Гаагская конференция III 182
- действия НАТО II 12; IV 145, 205
- Дейтонское соглашение VIII 36
- прекращение существования III 184
- членство в международных организа-

циях, правопреемство IV 71

Я

- Ядерное оружие VIII 52, 75
- безъядерные зоны VIII 55
- НАТО VIII 75
- разрушительное действие VIII 76
- сопутствующий ущерб VIII 76
- Ялтинская конференция IV 142
- Япония II 55

Иностранная терминология**A**

- Access and benefit sharing V 157
- Acquiescence III 133, 134, 141
- Acquis communautaire IV 74
- Acta iure imperii/gestionis I 32, 72; III 90
- Act of State Doctrine III 89; VI 47

B

- Bellum iustum I 92; VIII 3

C

- Clean development V 148
- Clean slate III 191
- Climate engineering V 81, 150
- Clausula rebus sic stantibus I 130
- Common but differentiated responsibility V 100, 105, 107 и след.; VI 34, 108
- Common concern of mankind V 105
- Common heritage of mankind IV 210; V 79 и след., 105; VI 135, 144
- Creeping jurisdiction V 14, 52

D

- Differential and more favourable treatment VI 30
- Domaine reserve I 30; IV 27, 128, 195 и след.; V 35

Due diligence VII 12, 15

E

- Effet utile I 42, 123; III 12; IV 39, 40, 116, 190
- Equitable utilisation V 111
- Erga omnes I 21, 48, 72, 120, 126; IV 92; V 55, 75, 135; VII 16, 28, 43, 47, 114, 117; VIII 95, 101

F

- Failed state III 85, 86; VII 9, 49; VIII 13
- Fair trade VI 66, 69
- Fair trial III 257

G

- Genuine link III 119, 177
- Global commons V 11, 63 и след.
- Good governance I 20; VI 33, 39

H

Habit of obedience I 51

I

Implied powers I 44; III 12, 159; IV 39,

Алфавитно-предметный указатель

98, 116, 191, 219; VIII 50
Inégalité compensatrice VI 21
Ius ad bellum VIII 2, 138
Ius cogens I 13, 48, 126, 132 136, 154; II 153; III 51, 223; VI 158; VII 3, 18, 28, 34, 116
Ius contra bellum VIII 2, 56
Ius gentium/ ius inter gentes I 9, 90
Ius soli/ ius sanguinis III 108
Ius standi III 20

L

Land grabbing I 11
Lex posterior derogat legi priori I 125, 154
Lex specialis derogat legi generali I 125, 154
Local remedies rule III 118
Lump sum agreements VI 44

N

Ne bis in idem VII 50
Nullum crimen, nulla poena sine lege III 23, 25, 157; VII 51

O

Odious debts III 202
Open door policy VI 2

P

Pacta sunt servanda I 13, 63, 94, 118, 128

Pactum tacitum I 141
Peaceful change VIII 31
Persistent objector I 126, 133; II 142
Persona non grata III 53, 60
Pledge and review V 149

R

Res inter alios acta I 120
Res iudicata VII 84
Responsibility to Protect IV 22, 27; VIII 22

S

Self-contained regime III 61; IV 117; VII 34, 116
Sic utere tuo ut alienam non laedas V 4, 106
Solar radiation management V 81

T

Targeted sanctions IV 27, 152, 197
Total available catch V 54
Travaux préparatoires I 123; III 40

U

Unlawful combatant VIII 66, 77