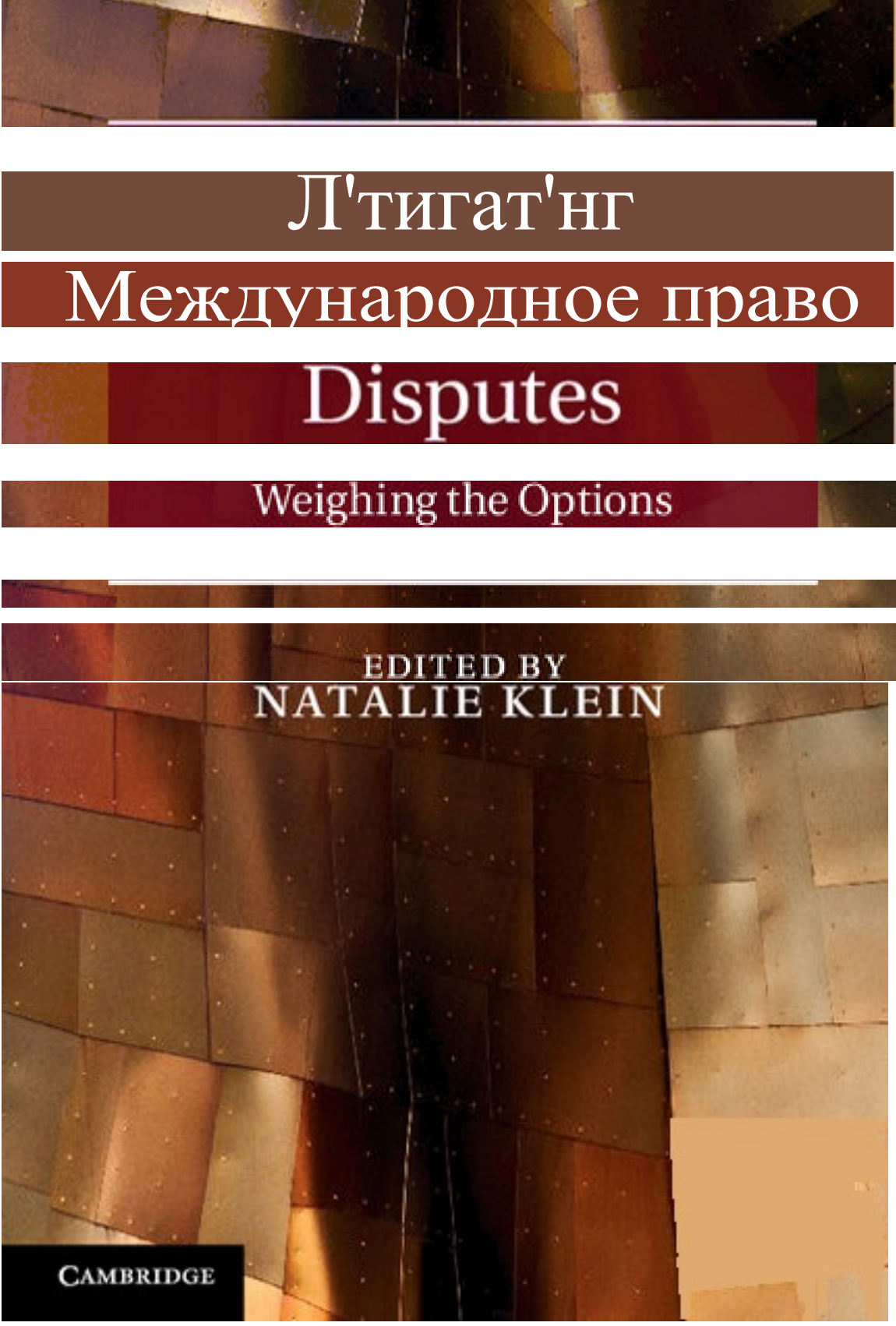
Л'тигат'нг

Международное право

Disputes

Weighing the Options



СУДЕБНЫЕ СПОРЫ ПО МЕЖДУНАРОДНОМУ ПРАВУ

Книга Litigating International Law Disputes предлагает новое понимание того, почему государства прибегают к международному судебному или арбитражному разбирательству для разрешения споров в области международного права. Группа ведущих ученых и практиков выясняет причины использования международных судебных разбирательств и других способов урегулирования споров, рассматривая различные предметные области международного права (такие как права человека, торговля, окружающая среда, морские границы, территориальный суверенитет и инвестиционное право), а также анализируя конкретные примеры из практики отдельных стран и регионов. В главах также рассматриваются роли международных юристов, неправительственных организаций и частных субъектов, политическая динамика споров и определяются новые тенденции в урегулировании споров в различных областях международного права.

НАТАЛИ КЛЯЙН - декан юридического факультета Университета Маккуори, где она преподает и занимается исследованиями в различных областях международного права, уделяя особое внимание морскому праву и урегулированию международных споров.

СУДЕБНОЕ РАЗБИРАТЕЛЬСТВО МЕЖДУНАРОДНЫХ СПОРОВ

Взвешивание баланса

Под редакцией

НАТАЛИ КЛЕЙН

CAMBRIDGE
UNIVERSITY PRESS

CAMBRIDGE
UNIVERSITY PRESS

Университетская типография, Кембридж CB2 8BS, Великобритания

Опубликовано в Соединенных Штатах Америки издательством Кембриджского университета,

Нью-Йорк Издательство Кембриджского университета является частью Кембриджского

университета.

Он способствует выполнению миссии университета, распространяя знания в процессе образования, обучения и исследований на самом высоком международном уровне.

www.cambridge.org
Информация об этом издании: www.cambridge.org/9781107017061

©Cambridge University Press 2014

Это издание защищено авторским правом. В соответствии с законодательными исключениями и положениями соответствующих коллективных лицензионных соглашений, воспроизведение любой части не допускается без письменного разрешения издательства Кембриджского университета.

Впервые опубликовано в 2014 году

Отпечатано в Соединенном Королевстве компанией Clays,

St Ives plc *Каталожная запись на эту публикацию имеется в Британской*

библиотеке Библиотека Конгресса Каталогизация в данных о публикациях.
Ведение споров в области международного права: взвешивание вариантов / под редакцией Натали Клейн. стр. см.
Включает указатель.
ISBN 978-1-107-01706-1 (твердый переплет)
1. Арбитраж (международное право) И. Клейн, Натали (Натали С.) редактор сборника K3615.Л58 2014
341.5'22 - dc23 2013040671

ISBN 978-1-107-01706-1 Твердый переплет

Издательство Кембриджского университета не несет ответственности за сохранность или точность URL-адресов внешних или сторонних интернет-сайтов, упоминаемых в данной публикации,
и не гарантирует, что любое содержание таких сайтов является или будет оставаться точным или подходящим.

СОДЕРЖАНИЕ

Примечания о составителях *страница* viii
Предисловие xiv
Благодарности xviii
Таблица случаев xx
Таблица договоров xxxv

ЧАСТЬ I

1 Место международного судебного процесса в международном праве 3
Джон Мерриллс

2 Судебная практика в сравнении с разрешением споров через политические процессы 24
ШИРЛИ В. СКОТТ

3 Национальные и международные судебные процессы: партнеры или конкуренты? 42
КРИСТОФЕР УОРД

ЧАСТЬ II

4 Опыт Австралии в области международных судебных споров 61
Генри Бурместер

5 Латиноамериканские государства и Международный суд 79
КСИМЕНА ЭВЕНТЕС

6 Соединенные Штаты как участник международного судебного процесса 106
Марк Илдман

7 Европейские перспективы межгосударственного судопроизводства 130
майкл вуд

8 Азиатские перспективы межгосударственного судопроизводства 148

Родман Р. Банди

9 Африканские перспективы межгосударственного судопроизводства 166

Макане Моизе Мбенге

ЧАСТЬ III

10 Инициирование территориального судебного разбирательства: кто, как, когда и почему ведет судебное разбирательство по поводу оспариваемого суверенитета 193

Леа Брилмайер и Адель Эор

11 Зачем судиться по поводу морской границы? Некоторые факторы, способствующие этому 230

Коултер Г. Лэтроп

12 Судебное разбирательство споров по морскому праву с использованием системы урегулирования споров ЮНКЛОС 260

Мд. саиул карим

13 Международные экологические споры: судиться или не судиться? 284

тим стивенс

14 Почему государства прибегают к судебному разбирательству в делах, связанных с применением силы 305

кристина грей

15 Судебное разбирательство вооруженных конфликтов 330

Джон Р. Крук

16 Права человека как предмет международного судебного разбирательства 353

иван ширер

17 Система разрешения споров ВТО и основные мотивирующие факторы для вынесения судебных решений 375

м. рейкул ислам

18 Разрешение международных инвестиционных споров 401

Честер Браун

19 Варианты урегулирования споров для защиты граждан за рубежом 436

натали кляйн

20 Судебное разбирательство споров в области международного права: куда идти? 460
ЧЕЗАРЕ П. Р. РОМАНО

Индекс 472

ПРИМЕЧАНИЯ О СОСТАВИТЕЛЯХ

ЛЕА БРИЛМАЙЕР - профессор международного права Говарда М. Хольцмана в Йельской школе права. Она также преподавала в качестве приглашенного профессора или штатного преподавателя на юридических факультетах Чикагского университета, Техасского университета, Гарвардского университета, Колумбийского университета, Мичиганского университета и Нью-Йоркского университета. В течение первого десятилетия преподавательской деятельности профессора Брилмайер ее письменные интересы в основном касались коллизионного права (в частности, персональной юрисдикции и выбора права), федеральной юрисдикции и судебной практики. Постепенно ее интересы переключились на международное право и международные отношения, что привело к написанию двух книг: *Оправдание международных актов* (1989) и *Американская гегемония: Political Morality in a One-Superpower World* (1996). Профессор Брильмайер имеет большой опыт работы в качестве консультанта по вопросам коллизионного права и международного частного права. Она также выступала в качестве ведущего адвоката в нескольких важных публичных арбитражных разбирательствах по международному праву, касающихся пограничных вопросов (*Эритрея* против *Йемена* и *Эфиопия* против *Эритреи*), делимитации морских пространств (*Эритрея* против *Йемена*) и гражданской компенсации за нарушение законов войны (*Эритрея* против *Эфиопии*).

ЧЕСТЕР БРАУН - профессор международного права и международного арбитража на юридическом факультете Сиднейского университета, барристер в 7 Selborne Chambers, Сидней, и арендатор дверей в Essex Court Chambers, Лондон, и Maxwell Chambers, Сингапур. Он преподает, проводит исследования и занимается практикой в области международного публичного права, урегулирования международных споров, международного арбитража, международного инвестиционного права и международного частного права. Ранее он занимал должность помощника юридического советника в Министерстве иностранных дел и по делам Содружества Великобритании (2007-9 гг.), а до этого был старшим юристом в группе международного права и международного арбитража Clifford Chance LLP, Лондон (2004-7 гг.). Он является автором книги *"Общее право международного судопроизводства"* (2007) - крупного исследования, посвященного применимым процедурам и средствам правовой защиты в международных судах и трибуналах, которое было удостоено почетной грамоты Американского общества международного права.

РОДМАН Р. БАНДИ - партнер в группе судебной практики Eversheds. Он работает в Сингапуре и имеет более чем тридцатилетний опыт работы в качестве советника и адвоката в громких судебных процессах по международному публичному праву и международных коммерческих арбитражах, включая выступления в Межнациональном суде, Трибунале по претензиям между Ираном и США и различных специальных инвестиционных и арбитражных трибуналах МТП. Родман читает лекции по международным пограничным спорам в Королевском колледже Лондона и часто выступает на конференциях и семинарах по вопросам международного публичного права и нефтегазовых операций в сфере разведки и добычи. В рейтинге *Chambers* 2009 он назван "настоящим талантом" в области международного публичного права и "абсолютно превосходным адвокатом, обладающим огромным опытом, особенно в делах о границах". *Legal 500* 2009 характеризует его как "звездного" партнера и одного из ведущих экспертов в области международного публичного права.

ГЕНРИ БЕРМЕЙСТЕР (HENRY BURMESTER AO, QC) более десяти лет был главным юрисконсультом Австралийской государственной прокуратуры (Australian Government Solicitor, AGS), а до этого возглавлял Управление международного права в Департаменте генерального прокурора. В 2009 году он стал советником-консультантом AGS. Выступал в качестве адвоката Содружества в ведущих конституционных делах в Высоком суде Австралии.

ДЖОН Р. КРУК - судья Административного трибунала НАТО. Бывший вице-президент Американского общества международного права и бывший редактор раздела " Современная практика США в области международного права″ *Американского журнала международного права*. Он работал в Комиссии по претензиям между Эритреей и Эфиопией, является арбитром и консультантом в международных разбирательствах. В течение трех десятилетий работы в Управлении юридического советника Государственного департамента США он был агентом США в Трибунале по претензиям Ирана и США и принимал активное участие в создании Компенсационной комиссии ООН. Позже он был главным юрисконсультом Многонациональных сил и наблюдателей, которые управляют миротворцами в Синайской пустыне. Преподает международный арбитраж на юридическом факультете Университета Джорджа Вашингтона.

АДЕЛЬ ЭОР - студентка совместного курса Йельской юридической школы и Гарвардской школы Кеннеди. Она родом из Пало-Альто, штат Калифорния, и получила степень бакалавра по экономике и международным отношениям в Стэнфордском университете в 2007 году. Впервые она заинтересовалась международным правом во время учебы в Стэнфорде, где она изучала механизмы принудительного возмещения суверенного долга и экологические последствия международных торговых соглашений.

торговых соглашений. В период между учебой в колледже и юридической школой она жила в Сан-Франциско, на Мадагаскаре, в Южной Африке и во Франции.

Марк Илдман - доцент кафедры права в Школе транснационального права Пекинского университета. Ранее он занимал должность начальника отдела арбитража НАФТА/КАФТА-ДР в офисе юридического советника Государственного департамента США. Получил степень доктора права в Колумбийской школе права, где был стипендиатом Джеймса Кента и обладателем сертификата Школы Паркера по международному и сравнительному праву.

Ксимена Эуэнтес - профессор права в Университете Адольфо Ибаньеса и доцент кафедры международного публичного права в Университете Чили. Имеет степень доктора философии Оксфордского университета. Работала в правительстве Чили в морском споре *Перу* против *Чили* в Международном суде. Представляла интересы Республики Чили и частных инвесторов в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (ICSID), а также является бывшим содокладчиком Комитета по международному праву в области устойчивого развития Международной ассоциации права (2003-12 гг.).

Кристин Грей - профессор международного права Кембриджского университета и стипендиат колледжа Святого Иоанна. Она много пишет о применении силы, а также занимается вопросами возмещения ущерба в международном праве. Ее основные публикации - *"Международное право и применение силы"* (3-е изд. 2007 г.) и *"Судебные средства правовой защиты в международном праве"* (1987 г.). Она является членом редакционной коллегии нескольких журналов, включая *"Британский ежегодник международного права"*, *"Журнал права конфликтов и безопасности"*, *"Ежеквартальный журнал международного и сравнительного права"* и *"Кембриджский юридический журнал"*.

М. Рафикул Ислам - профессор права юридического факультета Маккуори, Университет Маккуори. Он получил степень магистра экономики и бакалавра права (первый класс) в Университете Раджшахи, а также степень магистра права и доктора философии в Университете Монаша. Его преподавательские и исследовательские интересы лежат в области публичного межнационального права. Он много публикуется по международному праву, правам человека, международной торговле и конституционному праву Бангладеш. Профессор Ислам был удостоен премии "Выдающийся преподаватель" Университета Маккуори в 2000 году. Недавно он опубликовал книгу *"Международное право: Current Concepts and Future Directions* (2013).

ДОКТОР Саиул КАРИМ - преподаватель Школы права, юридического факультета Квинслендского технологического университета (QUT). До прихода в QUT он работал младшим преподавателем в Университете Южного Креста. Он также преподавал право в Университете Маккуори и в Южно-Тихоокеанском университете. Он много публикуется в области международного публичного права и экологического права и представляет научные работы на ряде конференций и семинаров, организованных различными научными и исследовательскими организациями в Азии, Австралии, Европе и Северной Америке.

НАТАЛИ КЛЯЙН - декан юридического факультета Университета Маккуори, где она преподает и занимается исследованиями в различных областях международного права, уделяя особое внимание морскому праву и урегулированию международных споров. Д-р Кляйн является автором книг *"Урегулирование споров и Конвенция ООН по морскому праву"* (Cambridge University Press, 2005) и *"Морская безопасность и морское право"* (2011). До прихода в Macquarie она работала в сфере международных судебных споров и арбитража в Debevoise & Plimpton LLP, была советником правительства Эритреи и консультантом в Управлении по правовым вопросам Организации Объединенных Наций.

КОУЛТЕР Г. ЛЭТРОП - директор и владелец компании Sovereign Geographic, международной консалтинговой компании по вопросам границ, предоставляющей юридические и картографические услуги клиентам по всему миру. Выступал в качестве адвоката в Международном суде и Международном трибунале по морскому праву. Получил степень магистра по морским делам в Университете Вашингтона, а также степень доктора права и магистра международного и сравнительного права в Университете Дьюка. Он является членом расширенного факультета права Дьюка и редактором *журнала International Maritime Boundaries*. Его исследования, письменные работы и выступления посвящены океанскому праву и разрешению международных споров, включая споры о территориальном суверенитете и морских границах.

МАКАНЕ МБЕНГЕ - доцент юридического факультета Женевского университета и приглашенный профессор Парижской школы права (Sciences Po Paris). Он выступает в качестве профессора на региональных курсах по международному праву, организованных Управлением по правовым вопросам ООН (УПВ), и в качестве адвоката государств в Международном суде, а также в качестве юридического советника Всемирного банка и Организации реки Сенегал, а также эксперта по правовым вопросам Секретариата Инициативы по бассейну Нила, Международной организации труда (МОТ), Федерального управления здравоохранения Швейцарии, Всемирной организации здравоохранения (ВОЗ) и Международного Зеленого Креста.

здравоохранения, Всемирной организации здравоохранения (ВОЗ) и Международного Зеленого Креста.

Джон Мерриллс преподавал международное право по всему миру. Он занимал должности приглашенного специалиста в университетах Окленда и Торонто и дважды был деканом юридического факультета Шеффилдского университета, где в настоящее время является почетным профессором. В течение восьми лет он был альтернативным членом Подкомиссии ООН по предупреждению дискриминации и защите меньшинств. Он является автором многочисленных книг и статей по международному праву, а в 2007 году был избран ассоциированным членом Международного института права.

Чезаре П. Р. Романо - профессор права и стипендиат У. Джозефа Форда в Школе права Лойолы, Лос-Анджелес. Он специализируется в области международного права, но также имеет значительный опыт в дипломатической истории и экономике. В 1997 году он стал одним из спонсоров проекта "Международные суды и трибуналы", соруководителем которого он является и по сей день. В 2012 году он стал старшим научным сотрудником Pluricourts, центра передового опыта по изучению международных судов при юридическом факультете Университета Осло. Недавно он совместно с Карен Дж. Альтер и Ювалем Шани издал *"Оксфордский справочник по международному судопроизводству" (Oxford Handbook of International Adjudication)*.

Ширли Скотт - доцент и координатор программы магистратуры международного права и международных отношений в Университете Нового Южного Уэльса. Она является сопредседателем комитета по исследованиям и планированию Азиатского общества международного права и заместителем председателя секции международного права Ассоциации международных исследований. Среди ее последних книг - *"Международное право в мировой политике: An Introduction* (2-е изд. 2010 г.), *International Law, US Power. The United States' Quest for Legal Security* (Cambridge University Press, 2012) и *International Law in the Era of Climate Change* (edited with Rosemary Rayfuse, 2012).

ИВАН ШИРЕР - почетный профессор права Сиднейского университета, в 2003 году ушедший на пенсию с кафедры международного права Чаллиса, в настоящее время является адъюнкт-профессором права Университета Южной Австралии. Он имеет большой опыт преподавания и практики и в настоящее время участвует в качестве члена арбитражных групп, созванных в соответствии с Приложением VII к Международной конвенции по морскому праву, в рассмотрении двух дел. С 2001 по 2008 год он являлся избранным членом Комитета ООН по правам человека.

Тим СТИВЕНС - доцент юридического факультета Сиднейского университета и содиректор Сиднейского центра международного права. Имеет степень доктора права Сиднейского университета и степень магистра географии Кембриджского университета. Он много публикуется по вопросам международного публичного права, международного экологического права, международного климатического права и морского права. Автор *книг "Международные суды и защита окружающей среды"* (Cambridge Uni-versity Press, 2009) и *"Международное морское право"* (совместно с Дональдом Р. Ротвеллом, 2010). В 2010 году он стал лауреатом премии младших стипендиатов Академии экологического права Международного союза охраны природы в знак признания его научных заслуг в области международного экологического права.

КРИСТОФЕР УОРД является признанным экспертом в области международного права и имеет обширную практику. Он обладает особым опытом работы в качестве адвоката в делах, которые связаны с внутренним и международным правом, и регулярно работает в таких различных областях, как права человека, морские границы и дипломатический иммунитет. Он также регулярно получает поручения по апелляционным делам и важным вопросам коммерческого и публичного права. Он выступал во всех основных австралийских судах и трибуналах, включая Высокий суд Австралии. Он является президентом Ассоциации международного права (Австралийское отделение) и входит в состав ряда комитетов по международному праву. Является приглашенным научным сотрудником Центра международного и публичного права Университета Австралии, где проводит исследования, преподает и занимается международной адвокатурой.

Майкл ВУД, KCMG, является членом Комиссии международного права и старшим научным сотрудником Центра международного права Лаутерпахта Кембриджского университета. Он работает барристером на Эссекс-стрит, 20, Лон-дон, где практикует в области международного публичного права, в том числе в международных судах и трибуналах. С 1999 по 2006 год он был юрисконсультом Министерства иностранных дел и по делам Содружества Великобритании, а в 1970 году поступил на работу в качестве помощника юрисконсульта.

ПРЕДИСЛОВИЕ

Эта книга - результат исследования, проведенного в рамках проекта Австралийского исследовательского совета Discovery под названием "Выбор судебного процесса для разрешения межнациональных правовых споров в целях защиты оффшорных активов Австралии, ее граждан и внешней торговли". Австралия имеет богатый опыт в области международного судебного и арбитражного разбирательства (в совокупности именуемого "судебным процессом"), и тематические исследования в рамках проекта были посвящены областям, представляющим большой политический, социальный и экономический интерес как для австралийского правительства, так и для австралийского народа. Вопросы, связанные с морскими ресурсами Австралии (включая китобойный промысел, рыболовство и добычу углеводородов), были основными темами судебных разбирательств Австралии в международных судах, а также защиты и отстаивания торговых интересов во Всемирной торговой организации (ВТО). В отличие от этого, защита австралийских граждан за рубежом не привела к судебным разбирательствам, хотя и рассматривалась, несмотря на большое внимание СМИ, уделяющееся этим вопросам практически ежедневно. На основе этих тематических исследований был поставлен важный вопрос: можно ли разработать комплексную и интегрированную систему правовых и политических факторов для определения того, когда следует прибегать к международному судебному разбирательству или отказаться от него в качестве варианта урегулирования споров. Проще говоря, почему государства подают в суд?

Хотя проект был ориентирован на австралийскую практику, данная книга призвана извлечь некоторые ключевые уроки из этих исследований и рассмотреть их в более широком контексте, как в материальном, так и в географическом плане. С точки зрения существа дела, меня давно интересует вопрос о том, являются ли отдельные материальные области международного права более подходящими для судебного разбирательства при возникновении споров. Есть ли что-то в праве международной торговли или морском праве, что делает государства более благосклонными к идее включения юридического, обязательного, стороннего разрешения споров в ключевые учредительные соглашения в этих областях? Или, возможно, дело не в области права как таковой, а в вопросах, касающихся международной торговли или морского права, которые делают арбитраж или судебное разбирательство необходимым регулятивным компонентом этих режимов?

С географической точки зрения можно задать вопрос о том, насколько опыт одного государства в судебном разбирательстве может быть показателен для опыта другого государства. Или, даже если нельзя провести сравнение между разными государствами, можно определить региональные тенденции в принятии решений государствами в отношении использования судебного разбирательства для разрешения споров в области международного права. Непосредственная трудность заключается в том, что ни одно государство не похоже на другое, но различные истории, экономический статус, политическая власть, государственные структуры и национальные интересы - все это будет влиять на принятие решений о том, как следует разрешать международные споры и правовые аспекты этих споров.

Поэтому цель данной книги - представить уникальный взгляд на международное судебное разбирательство и арбитраж. Вместо того чтобы просто изучать процедурные требования и деятельность различных судов и трибуналов или исследовать правовые принципы, сформулированные международными судами и трибуналами, эта книга стремится связать саму природу различных материальных областей международного права с процедурами, которые обычно предпочитают для разрешения споров в этой конкретной предметной области, и выяснить, почему такое предпочтение может существовать. Этот вопрос рассматривается как с точки зрения предпочтений и практики отдельных государств или регионов, так и применительно к различным областям материального международного права.

Поэтому книга состоит из трех частей. В первой части рассматривается место международных судебных споров в межнациональном праве, политическая динамика межгосударственных судебных споров и возрастающая роль национальных судов, разрешающих споры в области международного права или способствующих их разрешению. Во второй части рассматриваются конкретные примеры из опыта отдельных стран и регионов. Учитывая генезис данной книги, в нее включен опыт Австралии, а Соединенные Штаты представляют собой еще одно отдельное исследование. Региональные перспективы представлены в Азии, Африке, Европе и Латинской Америке. Затем третья часть посвящена относительно отдельным областям международного права, в которых каждый автор рассматривает, почему существуют те или иные процедуры урегулирования споров и какие из них наиболее часто используются в данной области права. Перед каждым автором была поставлена задача оценить фундаментальные вопросы о том, подходит ли та или иная процедура урегулирования споров для использования в конкретной материальной области права и почему.

Задание было непростым. Всегда существует первоначальный барьер, который необходимо преодолеть в плане юрисдикции. Конечно, некоторые споры не могут быть разрешены международным судом или трибуналом, потому что не существует суда или трибунала, обладающего юрисдикцией в отношении предмета спора.

спор. Однако при принятии решения о наличии или возможности установления юрисдикции еще многое предстоит рассмотреть. Отправной точкой может быть признание государством юрисдикции Международного суда (МС) либо в соответствии с факультативной оговоркой Статута Суда, либо в соответствии с компромиссной оговоркой в договоре. Что касается права международной торговли и морского права, то государства вынуждены признать возможность возбуждения против них судебного разбирательства в силу их участия в общем режиме. Таким образом, сам факт, что государство становится участником договора, содержащего обязательный режим урегулирования споров, означает, что государство согласилось, по крайней мере потенциально, на международное судебное разбирательство. Еще одним аспектом этого вопроса является то, выполняет ли государство обязательство участвовать в международном судебном процессе. Практика государств в принятии решения о передаче вопроса в специальный арбитраж или заключении специального соглашения о согласии на судебное разбирательство также дает основания для изучения причин, по которым государства выбирают судебное разбирательство для разрешения международно-правовых споров. Государства также могут передавать разрешение международно-правовых споров негосударственным субъектам и тем самым допускать возможность обращения корпораций в арбитраж по инвестиционным договорам или предъявления отдельными лицами претензий по правам человека непосредственно в международные суды или комитеты.

Даже если выявить разнообразие юрисдикционных путей, все равно возникает вопрос, почему одна процедура была выбрана вместо другой или почему одна из них, похоже, вообще не рассматривалась. Решение этого вопроса может оставаться умозрительным. Принятие решений правительством может быть непрозрачным; даже если причины представлены публично, могут существовать другие факторы, которые имели значение, но не были озвучены. Документы могут стать доступными только по прошествии определенного времени (или в случае их незаконного обнародования), но исторический или документальный обзор может не показать, какие разговоры происходили или какова была сила личностей, участвовавших в них в то время. Что касается юристов, которые работали над делами и которые вполне могли быть осведомлены о том, что думали лица, принимавшие решения в правительстве, о том, как разрешить тот или иной спор, то они не могут раскрыть эти обсуждения из-за этических ограничений. На основе публичных материалов можно провести большой анализ, однако следует признать их ограниченность. Кроме того, нельзя легко делать обобщения, поэтому необходимо часто указывать на оговорки и исключения.

На вопрос "Почему государство подает в суд?" можно ответить по-разному. Эта область созрела для эмпирических исследований. Можно подсчитать количество дел в той или иной области, количество и частоту подачи исков государствами, количество договоров с компромиссными оговорками, участие в качестве ответчика или истца и сделать выводы на основе этой статистики.

На основе этой статистики можно сделать выводы. Есть и возможности для социологических исследований, когда пытаешься докопаться до причин решений конкретных членов правительства. Различные теоретические парадигмы (такие как право и экономика, реализм, позитивизм, феминизм) могут стать основой для интерпретации решений государств в отношении различных проблемных областей или национальной практики. Подход, которому отдается предпочтение в данной книге, ориентирован на теорию международных отношений, без полного принятия какого-либо конкретного направления, поскольку политические аспекты часто принимаются во внимание при оценке принятия государственных решений, работы соответствующих судов и трибуналов и правовых принципов в любой конкретной области.

В конечном итоге мы дали множество различных ответов на главный вопрос о том, почему государства могут выбирать судебное или арбитражное разбирательство для разрешения споров в области международного права. При этом мы надеемся, что внесли вклад в обсуждаемые предметные области, а также в научную работу по урегулированию международных споров в целом, дав читателям повод задуматься о месте судебного разбирательства в разрешении международных споров.

Натали Клейн

БЛАГОДАРНОСТИ

Эта книга и проект, на основе которого она была написана, финансировались Австралийским исследовательским советом в рамках программы Discovery Projects. Я очень благодарен за финансовую поддержку, оказанную в проведении этого исследования и содействии получению различных результатов. Эта книга - один из таких результатов. Финансирование осуществлялось через Университет Маккуори, и я благодарю многих сотрудников исследовательских отделов университета и факультетов, которые оказали мне помощь в получении гранта, а затем проработали административные аспекты проекта.

Для целей проекта я воспользовался советами экспертной консультативной группы, которая затем расширилась для проведения семинара, посвященного основным вопросам, возникающим в ходе исследования. Я очень благодарен за участие Леа Брилмайер, Честеру Брауну, Генри Бурмейстеру, М. Рафикулу Исламу, Мд. Сайфул Карим, Ширли Скотт, Айвен Ширер, Тим Стивенс и Кристофер Уорд. За семинаром через год последовала конференция, и я благодарю Чезаре Романо за участие в конференции и поддержку проекта.

После конференции я смог расширить круг участников для целей этой книги. При этом я обратился не только к ученым в этой области, но и к тем, кто занимается или занимался практикой. Я чрезвычайно благодарен всем авторам за время и усилия, которые они потратили на подготовку своих глав, особенно тем, кто в то же время занимался делами. Для меня было большой честью работать со всеми вами, чтобы довести эту книгу до конца.

Я благодарю Финолу О'Салливан, анонимных рецензентов и редакционную коллегию издательства Кембриджского университета, которая с самого начала давала прекрасные советы по составлению этой книги. Я также признателен за терпение и усердие, проявленные мною при доведении этой книги до конца.

На протяжении всего исследовательского проекта мне оказывали исследовательскую, редакторскую и административную помощь несколько студентов юридического факультета Маккуори. Я ценил не только их

интеллект, но и их добросовестность и хорошее настроение при выполнении поставленных задач. В этой связи я хотел бы особо поблагодарить Николаса Леннингса, Лорен Кнапман, Даниэль Селиг и, особенно в процессе подготовки этой книги, Хируни Алвишеву и Теджаса Тете.

Наконец, терпение, любовь и поддержка моей семьи - это то, что делает все возможным для меня, поэтому особая благодарность Мэтью Келли, Джошу и Тессе, а также моей матери Сью Кляйн.

ТАБЛИЦА
СУДЕБНЫХ ДЕЛ

Международный

ADC Affiliate Ltd и ADC & ADMC Management Ltd против Венгрии, Арбитражный трибунал ICSID, дело № ARB/03/16, 2 октября 2006 г. 427n145

Управление некоторыми объектами государственной собственности в Ливии (Италия против Соединенного Королевства и Соединенного Королевства Ливии), [1952/1953] 12 RIAA 357 168n7

Континентальный шельф Эгейского моря (Греция против Турции), [1978] ICJ Rep. 3 139

Распыление гербицидов с воздуха (Эквадор против Колумбии), [2008] ICJ Rep. 174 85, 87, 293 Авиационный инцидент от 10 августа 1999 года (Пакистан против Индии) (Юрисдикция), [2000] ICJ Rep. 12 143n49, 156, 312n34, 318n59

Авиационный инцидент от 27 июля 1955 г. (Израиль против Болгарии) (предварительные возражения), [1959] ICJ Rep. 127 134n13, 312, 318n59

Авиационный инцидент от 3 июля 1988 г. (Иран против Соединенных Штатов) (постановление от 22 февраля 1996 г.) [1996] ICJ Rep. 9 36n53, 153, 156, 312, 318

Авиационный инцидент от 4 сентября 1954 года (Соединенные Штаты против СССР), постановление, [1958] ICJ Rep. 158 465n14

Авиационный инцидент от 7 ноября 1954 года (Соединенные Штаты против СССР), постановление, [1959] ICJ Rep. 276 465n14

Авиационный инцидент от 7 октября 1952 года (Соединенные Штаты против СССР), [1956] ICJ Rep. 9 465n14 Affaire de l'attaque de la caravane du maharao de Cutch (Royaume-Uni contre E´ thiopie), [1956] ICJ Rep. E´ thiopie), [1927] 2 RIAA 821 167n7

Дело Общества радиовещания Востока (государства Леванта под французским мандатом против Египта), [1940] 3 RIAA 1871 167n7

Ахмаду Садио Диалло (Республика Гвинея против Демократической Республики Конго) (Предварительные возражения), [2007] ICJ Rep. 582 357n14, 401n5, 437n2

Ахмаду Садио Диалло (Гвинейская Республика против Демократической Республики Конго) (по существу дела), [2010] ICJ Rep. 639 357, 357n16, 454

Амбатилос (Греция против Соединенного Королевства) (Merits), [1953] ICJ Rep. 10 10n23, 32, 139

Апелляция, касающаяся юрисдикции Совета ИКАО, [1972] ICJ Rep. 46 153 Заявление о пересмотре решения от 11 сентября 1992 года по делу сухопутного, островного и морского пограничного спора, [2003] ICJ Rep. 392 100n67

Применение Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории) (временные меры), [1993] ICJ Rep. 3 311n29, 319n62

Применение Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, [1993] ICJ Rep 3 311n29, 31n62

Геноцид (Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории) (решение), [2007] ICJ Rep. 43 343n66, 356n9

Применение Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Хорватия против Сербии), [2008] ICJ Rep. 412 319n62

Арбитражное решение, вынесенное королем Испании 23 декабря 1906 года (Гондурас против Никарагуа), [1960] ICJ Rep.

Никарагуа), [1960] ICJ Rep. 192 87n34, 98n57, 99n61, 211n19, 229

Арбитражное решение, касающееся делимитации границ между Южно-Африканской Республикой (Трансвааль) и Свободным государством Оранж, [1870] 28 RIAA 125 167n7

Арбитраж между Барбадосом и Республикой Тринидад и Тобаго, (2006) 45 ILM 800 271n69

Арбитраж между Хорватией и Словенией (Хорватия против Словении), ППТС, 13 апреля 2012 г. 231n4

Арбитраж между Хорватией и Словенией (Хорватия/Словения), ППТС, 4 ноября 2009 г. 138n34

Арбитраж между Нидерландами и Францией (Нидерланды/Франция), ППТС, 12 марта 2004 г. 138n34

Аргентинско-чилийское пограничное дело (Аргентина/Чили), (1966) 16 RIAA 109 202n8, 207, 211n21, 219

Вооруженная деятельность на территории Конго (Democratic Republic of the Congo v. Руанда) (временные меры), [2002] ICJ Rep. 219 310n22

Вооруженная деятельность на территории Конго (Демократическая Республика Конго против Уганды), [2005] ICJ Rep.

Уганда), [2005] ICJ Rep. 168 314n41, 329n93, 342n64

Вооруженная деятельность на территории Конго (новое заявление: 2002 год) (Демократическая Республика Конго против Руанды) (юрисдикция и приемлемость), [2006] ICJ Rep. 6 318n59

Соглашение об урегулировании разногласий между султаном Маската и султаном Занзибара и о независимости их соответствующих государств, [1861] 28 RIAA 107 167n7

Asian Agricultural Products Ltd против Шри-Ланки, (1997) 4 ICSID Rep. 246 402n8, 411n63, 433n164

Дело о предоставлении убежища (Колумбия против Перу), [1950] ICJ Rep. 266 87

Австралия - Меры, затрагивающие импорт лосося, отчет Апелляционного органа, WT/DS18/AB/R (20 октября 1998 г.) 392n49

Австралия - Меры, затрагивающие импорт лосося, отчет экспертной группы, WT/DS18/R (6 ноября 1998 г.) 392n49

Австралия - Обращение США к статье 21.5 DSU, WTO Doc. WT/DS126/RW (21 января 2000 г.) 392n52

оэ

Австралия - Субсидии, предоставляемые производителям и экспортерам автомобильной кожи, отчет Группы, WT/DS126/R (16 июня 1999 г.) 392n51

Авена и другие мексиканские граждане (Мексика против США), [2004] ICJ Rep. 12 17, 43, 82, 87, 120, 128, 356, 440n16, 456, 458

Решение по вопросу о границе между Соединенным Королевством и Южно-Африканской Республикой (Трансвааль), [1885] 28 RIAA 185 167n7

Азурикс против Аргентины (решение), Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/01/12, 14 июля 2006 г. 411n63

Бангладеш против Индии, Арбитражный трибунал ЮНКЛОС, 8 октября 2009 г. 231n4, 235, 242n39 Барбадос против Тринидада и Тобаго (решение), [2006] 27 RIAA 147 231n4, 242n39, 271 Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd (Belgium v. Spain) (Second Phase), [1970] ICJ Rep. 3 19n52, 139, 358, 401, 431n159, 454, 455n87

Байиндир против Пакистана (арбитражное решение), Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/03/29, 27 августа 2009 г. 433n163

Канал Бигль (Аргентина/Чили) (Решение), [1977] 21 RIAA 57 211n21, 223, 229, 230n4, 246

BG Group plc против Аргентинской Республики (Окончательное решение), ЮНСИТРАЛ, 24 декабря 2007 г. 429n151

БИВАК против Парагвая, дело МЦУИС № ARB/07/9, 29 мая 2009 г. 413n78

Биуотер Гауф (Танзания) Лтд против Танзании (решение), Арбитражный трибунал МЦУИС, дело №. ARB/05/22, 24 июля 2008 года 410n59

Пограничные и трансграничные вооруженные действия (Никарагуа против Коста-Рики) (постановление от 21 октября 1986 г.), [1986] ICJ Rep. 548 83n17, 84, 308n12

Пограничные и трансграничные вооруженные действия (Никарагуа против Гондураса), [1986] ICJ Rep. 3; (Judgment)(Jurisdiction & Admissibility), [1988] ICJ Rep. 69 83-85, 306n4, 308n12, 313n39, 316n52

BP против Ливии, (1977) 53 ILR 297 411n65, 427n144

Дело о границе между Гондурасом и Никарагуа (Гондурас/Никарагуа), (1906) 11 RIAA 101 202n8

Дело о применении Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Грузия против Российской Федерации) (временные меры), [2008] ICJ Rep. 353 140, 318

Дело о применении Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Грузия против Российской Федерации) (предварительные возражения), [2011] ICJ Rep. 70 66n21, 140, 309, 318, 465n13

Дело о некоторых видах собственности (Лихтенштейн против Германии) (предварительные возражения), [2005] ICJ Rep. 6 136n20, 139

Дело о Восточном Тиморе (Португалия против Австралии), [1995] ICJ Rep. 90 48, 62, 71-75, 76n51, 140

Дело о рекультивации Сингапуром земель в Джохорском проливе и вокруг него (Малайзия против Сингапура) (Решение на согласованных условиях), ППТС, 1 сентября 2005 г; (Решение от 1 сентября 2005 года) 27 RIAA 133 149n2

Дело о правах граждан Соединенных Штатов Америки в Марокко (Франция против Соединенных Штатов), [1952] ICJ Rep. 176 139, 166

Дело о суде над пакистанскими военнопленными (Пакистан против Индии), [1973] ICJ Rep. 328 36n52

Дело о дипломатическом и консульском персонале Соединенных Штатов Америки в Тегеране (Соединенные Штаты Америки против Ирана), [1980] ICJ Rep. 3 107n10, 442n22

Определенная деятельность, осуществляемая Никарагуа в пограничной зоне (Коста-Рика против Никарагуа), MC.

Nicaragua), ICJ, Общий список № 150, 18 ноября 2010 г. 349n89

Определенные германские интересы в польской Верхней Силезии (Германия против Польши) (по существу), [1926] (сер. A) № 7 401n2, 431n159, 453n75

Определенные фосфатные земли в Науру (Науру против Австралии) (Предварительные возражения)

[1992] ICJ Rep. 240 62n4, 64n17, 71n34, 75n48

Некоторые вопросы, касающиеся дипломатических отношений (Гондурас против Бразилии) (постановление от 12 мая 2010 г.), [2010] ICJ Rep. 303 85, 139

Архипелаг Чагос (Маврикий против Соединенного Королевства), ППТС, 20 декабря 2010 года 138n35

Chemtura Corporation против Канады (решение), ЮНСИТРАЛ, 2 августа 2010 года 410n59

Шеврон Корпорейшн и Тексако Петролеум Компани против Эквадора (промежуточное решение), ЮНСИТРАЛ, 1 декабря 2008 года 416n95

Шеврон Корпорейшн и Тексако Петролеум Компани против Эквадора (Частичное решение по существу), ЮНСИТРАЛ, 30 марта 2010 г. 415n86

CME Czech Republic BV против Чешской Республики (Окончательное решение), ЮНСИТРАЛ, 14 марта 2003 г. 420n114

CME Czech Republic BV против Чешской Республики (Частичное арбитражное решение), ЮНСИТРАЛ, 13 сентября 2001 г. 420n114

CMS Gas Transmission Company v. Argentina (арбитражное решение), Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/01/8, 12 мая 2005 г. 414n85, 419n111

Комиссия Европейских сообществ против Ирландии (дело C-459/03), [2006] ECR I-4635 271n66

Compan˜ıa de Aguas del Alconquija SA и Vivendi Universal SA против Аргентинской Республики (Решение), (2004) 25 ILR 1 427n145

Compan˜ıa de Aguas del Alconquija SA и Vivendi Universal SA против Аргентинской Республики (Решение об аннулировании), (2004) 6 ICSID Rep. 340 429n152

Сохранение и устойчивая эксплуатация запасов меч-рыбы (Чили/Европейский союз), ITLOS, дело № 7, 20 декабря 2000 г. 138n31

Строительство дороги в Коста-Рике вдоль реки Сан-Хуан (Никарагуа против Коста-Рики), Международный Суд, Общий список № 152, 23 января 2012 г. 85, 87, 97n54, 293

Континентальный шельф (Ливийская Арабская Джамахирия/Мальта) (по существу), [1985] ICJ Rep. 13 230n4

Континентальный шельф (Тунис/Ливийская Арабская Джамахирия) (по существу), [1982] ICJ Rep. 18 171n26, 184n75, 230n4

Континентальный шельф (Соединенное Королевство/Франция) (решение), [1977] 18 RIAA 3 230n4

оэ

Дело о канале Корфу (Соединенное Королевство против Албании) (предварительные возражения), [1948] ICJ Rep. 15 140, 314

Дело о канале Корфу (Соединенное Королевство против Албании) (по существу), [1949] ICJ Rep. 4 140, 262, 314, 315

Дело о канале Корфу (Соединенное Королевство против Албании) (Оценка компенсации), [1949] ICJ Rep. 244 140, 141n37, 262, 304n1, 306n2, 324

Решение о делимитации границы между Государством Эритрея и Федеративной Демократической Республикой Эфиопия (Эритрея/Эфиопия) (Eritrea-Ethiopia Boundary Commission, 13 April 2002), (2002) 41 ILM 1057 183n75, 324n77 De´limitation de la frontie´re maritime entre la Guine´e et la Guine´e-Bissau (Гвинея/Гвинея-Бисау), [1985] 19 RIAA 149 230n4

Ограничение морской границы между Гвинеей-Бисау и Сенегалом (Гвинея-Бисау/Сенегал) (арбитражное решение), [1989] 20 RIAA 121 231n4

Делимитация морских пространств между Канадой и Французской Республикой (Канада/Франция) (арбитражное решение), [1992] 21 RIAA 267 231n4

Делимитация морской границы между Бангладеш и Мьянмой в Бенгальском заливе (Бангладеш против Мьянмы) (решение), ITLOS, дело № 16, 14 марта 2012 247

Делимитация морской границы в районе залива Мэн (Канада/Соединенные Штаты), [1984] ICJ Rep. 246 37n58, 230n4

Дезертиры Касабланки (Франция против Германии), ППТС, 22 мая 1909 г. 167n4

Спор о делимитации морской границы между Бангладеш и Мьянмой в Бенгальском заливе (Бангладеш/Мьянма), ITLOS, дело № 16, 14 марта 2012 г. 149n3, 231n4, 242n39, 244n49, 262n15, 277n88

Спор о навигационных и смежных правах (Коста-Рика против Никарагуа) (решение), [2009] ICJ Rep. 213 85, 87n31

ДРК против Уганды (временные меры), [2000] ICJ Rep. 111 311n27

Граница Дубай-Шарджа (Дубай/Шарджа) (Решение), (1993) 91 ILR 543 230n4

Elettronica Sicula SpA (ELSI) (Соединенные Штаты против Италии), [1987] ICJ Pleadings 3 115n59, 119n82

Elettronica Sicula SpA (United States v. Italy), [1989] ICJ Rep. 15 401, 431n159

Empresas Lucchetti SA и Lucchetti Peru SA против Перу (Решение), ICSID Case No. ARB/03/4, 7 февраля 2005 г. 415-416

Иски Эритреи о возмещении ущерба (Эритрея против Эфиопии) (окончательное решение), (2009) 26 RIAA 505 351n94

Иски Эфиопии об ущербе (Эфиопия против Эритреи) (Окончательное решение), (2009) 26 RIAA 631 324n81, 351n94

Претензии Эфиопии в отношении Jus ad Bellum 1-8 (Эфиопия против Эритреи), (2006) 45 ILM 430 317, 324n78

Европейские сообщества - Экспортные субсидии на сахар - Арбитраж в соответствии со статьей 21(3)(c) DSU, WTO Doc. WT/DS265/33, WT/DS266/33, WT/DS283/14 ARB (28 28 октября 2005 г.) 394n59

Европейские сообщества - Меры, затрагивающие асбест и асбестосодержащие изделия, отчет Апелляционного органа, WTO Doc. WT/DS135/9 (8 ноября 2000 г.); WT/DS135/AB/R (12 марта 2001 г.) 383n22

Европейские сообщества - Режим импорта, продажи и распространения бананов, отчет группы экспертов, WTO Doc. WT/DS27/R (22 мая 1997 г.) 388

Европейские сообщества - Режим импорта, продажи и распространения бананов, отчет Апелляционного органа, WTO Doc. WT/DS27/AB/R, AB-1997-3 (9 сентября 1997 г.) 388

Европейские сообщества - Торговое описание сардин, отчет Апелляционного органа, WTO Doc. WT/DS231/AB/R (6 сентября 2002 г.) 384

Завод в Чорзове (Германия против Польши) (возмещение ущерба), [1928] PCIJ (ser. A) № 17 401, 431n159, 453n75

Fireman's Fund Insurance Company v. Mexico (Решение), Арбитражный суд ICSID, дело № ARB(AF)/02/1, 17 июля 2006 г. 411n66, 411n67

Дело о рыболовстве (Соединенное Королевство против Норвегии), [1951] ICJ Rep. 116 262n13

Юрисдикция в области рыболовства (Федеративная Республика Германия против Исландии) (по существу), [1974] ICJ Rep. 175 29n16, 33n42, 140, 141n37, 245n52, 263n18

Юрисдикция в области рыболовства (Соединенное Королевство против Исландии) (по существу дела), [1974] ICJ Rep. 3 29n16, 33n42, 140, 141n37, 245n52, 263n18

Дело о рыболовной юрисдикции (Испания против Канады) (Юрисдикция Суда, решение), [1998] ICJ Rep. 432 140

Пограничный спор (Бенин/Нигер), [2005] ICJ Rep. 90 8n16, 183, 184n74, 211n19, 228

Пограничный спор (Буркина-Фасо/Мали) (временные меры), [1986] ICJ Rep. 3; (Решение), [1986] ICJ Rep. 554 211n19, 229, 309n20, 311n26

Пограничный спор (Буркина-Фасо/Нигер), [2013] ICJ Rep. ___ 186, 187n88, 188, 211n19, 228

Проект "Габч´ыково-Надьмарош" (Венгрия/Словакия) (по существу), [1997] ICJ Rep. 7 140, 287n17, 293n49, 297n67

Gas Natural SDG SA против Аргентины (Юрисдикция), Арбитражный трибунал МЦУИС, дело №. ARB/03/10, 17 июня 2005 г. 412n74

Glamis Gold Ltd. против Соединенных Штатов (решение), ЮНСИТРАЛ, 8 июня 2009 года 410n59 Гвинея-Бисау против Сенегала, [1989] 20 RIAA 121 234n12, 238, 242n37

Дело о заливе Фонсека (Сальвадор/Никарагуа) (Центральноамериканский суд, 9 марта 1917 года) 262n13

Гайана против Суринама (решение), Арбитражный трибунал ЮНКЛОС, 17 сентября 2007 г; (2008) 47 ILM 164 231n4, 239, 242n39, 243n42, 245n50, 247, 257, 277, 317, 324-325

Haya de la Torre (Colombia v. Peru) (Judgment), [1951] ICJ Rep. 71 20n54 Hisse`ne Habre´ v. Republic of Senegal, Суд ЭКОВАС, Judgment No. ECW/CCJ/JUD/06/10 от 18 ноября 2010 г. 180n63

Хосинмару (Япония против Российской Федерации) (решение), ITLOS, дело № 14, 6 августа 2007 г. 279n95, 280n103

оэ

ICS Inspection and Control Services Ltd против Аргентинской Республики (юрисдикция), ППТС, 10 февраля 2012 г. 429n151

Impregilo SpA против Пакистана (Юрисдикция), Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/03/3, 22 апреля 2005 г. 428

В рамках арбитражного разбирательства в суде, образованном в соответствии со Статьей 5 Арбитражного соглашения между Правительством Судана и Народно-освободительным движением/армией Судана о делимитации района Абьей и Факультативным регламентом Постоянной палаты третейского суда для арбитража споров между двумя сторонами, из которых только одна является государством, между Правительством Судана и Народно-освободительным движением/армией Судана, ППТС, Окончательное решение
двумя сторонами, из которых только одна является государством, между правительством Судана и Народно-освободительным движением/армией Судана, ППТС, Окончательное решение, 22 июля 2009 года 185n81

Индия - Антидемпинговые меры в отношении батареек из Бангладеш, WT/DS306/1, G/L/669, G/ADP/D52/1 (2004); WT/DS306/2, G/L/669/Add.1, G/ADP/D52/2 (2006) 394n61

Индия - Количественные ограничения на импорт сельскохозяйственной, текстильной и промышленной продукции, отчет группы экспертов, WTO Doc. WT/DS90/R (1999) 394n59

Индонезия - Определенные меры, затрагивающие автомобильную промышленность - Арбитраж в соответствии со статьей 21.3(c) DSU, WTO Doc. WT/DS54/15, WT/DS55/14, WT/DS59/13, WT/DS64/12 ARB (7 декабря 1998 г.) 394n60

Западная граница Индо-Пакистана (Ранн-оф-Кутч), (1968) 17 RIAA 1 160n54, 229

Арбитраж по делу "Кишенганга по водам Инда" (Пакистан против Индии), ППТС, 31 августа 2012 г. 149n6, 161

Дело Интерхандель (Швейцария против Соединенных Штатов) (Предварительные возражения), [1959] ICJ Rep. 6 139, 454

Международный статус Юго-Западной Африки (Консультативное заключение), [1950] ICJ Rep. 65 25n2, 167n5

Толкование мирных договоров с Болгарией, Венгрией и Румынией (первая фаза), [1950] ICJ Rep. 65; (Вторая фаза), [1950] ICJ Rep. 221 5n7

Арбитраж по делу "Железный Рейн" (Бельгия/Нидерланды), ППТС, 20 сентября 2005 г. 138n34 Италия против Кубы (Окончательное решение), ЮНСИТРАЛ, 1 января 2008 г. 416n94

Япония - Меры, затрагивающие потребительскую фотопленку и бумагу (Fuji-Kodak), Отчет группы экспертов, WTO Doc. WT/DS44/R (31 марта 1998 г.) 397n71

Джозеф Чарльз Лемир против Украины (Юрисдикция и ответственность), ICSID Case No. ARB/06/18, 14 января 2010 г. 410n61

Юрисдикционные иммунитеты государства (Германия против Италии: Греция вмешивается)
(Решение), Общий список № 143 МС, 3 февраля 2012 г. 137, 139, 296, 358n21

Касикили/остров Седуду (Ботсвана/Намибия), [1999] ICJ Rep. 1045 211n19, 228 ЛаГранд (Германия против Соединенных Штатов) (по существу), [2001] ICJ Rep. 466 120, 128, 356, 440n16

ЛаГранд (Германия против Соединенных Штатов) (временные меры), [1999] ICJ Rep. 9 120, 128, 356, 456-457

Дело об озере Лану (Франция/Испания), (1957) 12 RIAA 285 296

Сухопутная и морская граница между Камеруном и Нигерией (Камерун против Нигерии) (Предварительные возражения), [1998] ICJ Rep. 275 181n65, 181n67, 237n19

Сухопутная и морская граница между Камеруном и Нигерией (Камерун против Нигерии: Экваториальная Гвинея вмешивается) (по существу дела), [2002] ICJ Rep. 303 202n8, 211n20, 228, 231n4

Рекультивация земель Сингапуром в Джохорском проливе и вокруг него (Малайзия против Сингапура: вмешательство Экваториальной Гвинеи (Merits), [2002] ICJ Rep. Сингапур) (временные меры), [2003] ITLOS Rep. 10; [2005] 27 RIAA 133 163n62, 270n60

Спор о суше, островах и морской границе (Сальвадор/Гондурас: вмешательство Никарагуа), [1992] ICJ Rep. 351 87n35, 211n19, 225n50

Правовые последствия для государств продолжающегося присутствия Южной Африки в Намибии (Юго-Западная Африка), несмотря на резолюцию 276 (1970) Совета Безопасности (Консультативное заключение), [1971] ICJ Rep. 16 171n25, 356n8

Правовые последствия строительства стены на оккупированной палестинской территории (Консультативное заключение), [2004] ICJ Rep. 136 317n54, 325, 341n63

Правовой статус юго-восточной территории Гренландии (Дания против Норвегии), [1933] PCIJ (ser. A/B) № 53 211n19

Законность угрозы ядерным оружием или его применения (Консультативное заключение), [1996] ICJ Rep. 226 317n53, 326n85 и n87

Законность применения государством ядерного оружия в вооруженном конфликте (Консультативное заключение), [1996] ICJ Rep. 66 326n86

Законность применения силы (Сербия и Черногория против Бельгии) (предварительные возражения), [2004] ICJ Rep. 279 308n17

Законность применения силы (Югославия против Соединенных Штатов) (временные меры), [1999] ICJ Rep. 761 33n37

LG&E и др. против Аргентины (ответственность), Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/02/1, 3 октября 2006 г. 419n111

Ливийско-американская нефтяная компания (LIAMCO) против Ливии, (1977) 62 ILR 140 411n65, 427n144

L'incident de Walwal (Italie contre E´ thiopie), [1935] 3 RIAA 1657 167n7

Loewen Group, Inc. и Raymond Loewen против Соединенных Штатов (решение), Арбитражный суд МЦУИС, дело № ARB(AF)/98/3, 26 июня 2003 г. 415n86

Маффезини против Испании (Юрисдикция), Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/97/7, 25 января 2000 г. 412n74

Делимитация морских пространств (Эритрея/Йемен) (вторая фаза), [1999] 22 RIAA 335 231n4, 236

Делимитация морских пространств и территориальные вопросы между Катаром и Бахрейном (Юрисдикция), [1994] ICJ Rep. 112; (Приемлемость), [1995] ICJ Rep. 6; (Заслуга), [2001] ICJ Rep. 40 9n18, 202n8, 228, 231n4, 262n15

Делимитация морских пространств в районе между Гренландией и островом Ян-Майен (Дания против Норвегии), [1993] ICJ Rep. Norway), [1993] ICJ Rep. 38 202n8, 231n4, 232n8, 242n37

Делимитация морских пространств в Черном море (Румыния против Украины) (решение), [2009] ICJ Rep. 61 139, 231n4

Морской спор (Перу против Чили) (постановление от 27 апреля 2010 г.), [2010] ICJ Rep. 295 85, 100

Морской спор (Перу против Чили), МС, Общий список № 137, 16 января 2008 г. 80n7, 100, 231n4, 242n37

Дело о палестинских концессиях Мавромматиса (Греция против Соединенного Королевства) (юрисдикция), [1924] PCIJ (ser. A) № 2 432n162, 437n2, 453n75

Меры в отношении мяса и мясных продуктов (говяжьи гормоны), Отчет группы экспертов, WTO Doc. WT/DS26/R/USA 390n45, 392

Меры в отношении мяса и мясных продуктов, отчет Апелляционного органа, WT/DS26/AB/R (13 февраля 1998 г.) 390n45

Methanex Corporation против Соединенных Штатов (Окончательное решение), ЮНСИТРАЛ, август 2005 г. 411n67, 415n89

Мексика - Меры, затрагивающие телекоммуникационные услуги, отчет группы экспертов, WTO Doc. WT/DS204/R (2004) 394n60.

Мексика - Налоги на безалкогольные напитки, ВТО, Отчеты о разрешении споров 2006, том 1, 261 394n60

Мишелот Йогомбайе против Республики Сенегал, Африканский суд по правам человека и народов, заявление № 001/2008, решение от 15 декабря 2009 года 179n62

Миддл Ист Цемент Шиппинг энд Хэндлинг Ко. против Египта (решение), ICSID Case No. ARB/99/6, 12 апреля 2002 года 415n88

Военная и военизированная деятельность в Никарагуа и против нее (Никарагуа против Соединенных Штатов) (временные меры), [1984] ICJ Rep. 169 311n28

Военная и военизированная деятельность в Никарагуа и против нее (Никарагуа против Соединенных Штатов) (Юрисдикция и приемлемость), [1984] ICJ Rep. 392 31n31, 87n32, 181n66, 237n19, 306n5, 320n63

Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее (Никарагуа против Соединенных Штатов) (по существу), [1986] ICJ Rep. 14 82n11, 155n37, 305n1, 308n11, 316n51, 329n93, 341n60

Минкье и Экрехос (Франция/Соединенное Королевство), [1953] ICJ Rep. 47 33, 139, 211n19, 216, 219, 229

Монетное золото, вывезенное из Италии в 1943 году (Италия против Франции, Соединенного Королевства и Соединенных Штатов), (1954) ICJ Rep. 19 48n28, 139, 166n3

Дело о заводе МОКС (Ирландия против Соединенного Королевства) (Постановление № 6), ПТТС, 6 июня 2008 г. 138n34, 141n36, 147, 271n64 и n68

Дело о заводе МОКС (временные меры), ITLOS, дело № 10, 3 декабря 2001 г. 263n20, 267, 270

Дело M/V Louisa (Сент-Винсент и Гренадины против Испании), ITLOS, дело №. 18, 10 декабря 2010 года 138n32

Дело M/V *Saiga* (Сент-Винсент и Гренадины против Гвинеи) (решение), дело № 1 ITLOS, 4 декабря 1997 г. 12n32

Декреты о гражданстве в Тунисе и Марокко (консультативное заключение), [1923] PCIJ (ser. B) № 4 166n4

Нобл Венчурс Инк. против Румынии (Решение), Арбитражный трибунал МЦУИС, дело №. ARB/01/11, 12 октября 2005 г. 413n78

Континентальный шельф Северного моря (Федеративная Республика Германия против Дании; Федеративная Республика Германия против Нидерландов), [1969] ICJ.

Федеративная Республика Германия против Нидерландов), [1969] ICJ Rep. 3 10n22, 37n62, 139, 230n4 Северные Камеруны (Камерун против Соединенного Королевства) (Предварительные возражения),

[1963] ICJ Rep. 15 20n55, 169n16, 170n18, 188

Дело Ноттебома (Лихтенштейн против Гватемалы), [1955] ICJ Rep. 4 139, 356, 454

Ядерные испытания (Австралия против Франции) (Временные меры), [1973] ICJ Rep. 99 140,

287n14

Ядерные испытания (Австралия против Франции) (Юрисдикция и приемлемость), [1974] ICJ Rep. 253 62n3, 66n22, 70n32, 140

Дело о ядерных испытаниях (Новая Зеландия против Франции) (по существу), [1974] ICJ Rep. 457 29n15, 141n37, 245n52

Nykomb Synergetics Technology Holdings AB против Латвии (Решение), ЮНСИТРАЛ, декабрь 2003 г. 412

Нефтяные платформы (Иран против Соединенных Штатов) (решение), [2003] ICJ Rep. 161 40n76, 119-120, 155, 156n39, 312, 322n70 и n71, 341

Нефтяные платформы (Иран против Соединенных Штатов) (Предварительные возражения), [1996] ICJ Rep. 803 9n19, 155, 306, 321n69

Оскар Чинн (Соединенное Королевство против Бельгии), [1934] PCIJ (ser. A/B) № 63 166n4 Арбитраж ОСПАР (Ирландия против Соединенного Королевства), ППТС, 18 июня 2001 года 138n34

Pac Rim Cayman LLC против Республики Сальвадор (Решение по юрисдикционным возражениям ответчика), Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/09/12, 20 мая 2011 г. 127n133

Железная дорога Паневежис-Салдутискис (Эстония против Литвы), [1938] PCIJ (ser. A/B) № 75 453n75

Выплата различных сербских займов, выданных во Франции (Франция против Югославии), [1929 г.] PCIJ (Ser. A) № 20 453n75

Фосфаты в Марокко (Италия против Франции), [1938] PCIJ (ser. A/B) № 74 166n4, 453n75

Плама Консорциум Лтд против Болгарии (Юрисдикция), Арбитражный трибунал МЦУИС, дело №.

ARB/03/24, 8 февраля 2005 г. 412n74

Военнопленные - Требование Эритреи 17 (Эритрея против Эфиопии) (Частичное решение), (2003) 26 RIAA 23 348n82 и n83

Военнопленные - претензия Эфиопии 4 (Эфиопия против Эритреи) (частичное решение) (2003) 26 RIAA 73 348n82

Защита французских граждан в Египте, приказ от 29 марта 1950 г., [1950] ICJ Rep. 59 167n5

Целлюлозные заводы на реке Уругвай (Аргентина против Уругвая), [2010] ICJ Rep. 28 102-103, 287n18, 293n50, 299-300, 302

оэ

Вопросы толкования и применения Монреальской конвенции 1971 года, возникшие в связи с авиационным инцидентом в Локерби (Ливийская Арабская Джамахирия против Соединенного Королевства) (предварительные возражения), [1998] ICJ Rep. 9 40n77, 140, 168n11

Вопросы толкования и применения Монреальской конвенции 1971 года в связи с авиационным инцидентом в Локерби (Ливийская Арабская Джамахирия против Соединенных Штатов)

(Предварительные возражения), [1998] ICJ Rep. 115 40n77, 140, 168n11

Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или экстрадицию (Бельгия против Сенегала), решение от 20 июля 2012 г., [2012] ICJ Rep. _____ 139, 180n64

Рента 4 CBCA против Российской Федерации (предварительные возражения), ЮНСИТРАЛ, 20 марта 2009 года 413

Возмещение ущерба, причиненного на службе Организации Объединенных Наций (Консультативное заключение), [1949] ICJ Rep. 174 166n1, 168n8

Доклад франко-сиамской согласительной комиссии, решение от 27 июня 1947 года, (1947) 28 RIAA 433 221n37, 229

Просьба о рассмотрении ситуации в соответствии с пунктом 63 решения Суда от 20 декабря 1974 года по делу о ядерных испытаниях (Новая Зеландия против Франции), [1995] ICJ Rep. 288 77n55, 287n14, 297n66

Просьба о толковании решения от 15 июня 1962 г. по делу о храме Преах Вихеар (Камбоджа против Таиланда), ICJ, Общий список № 151, 18 июля 2011 г. 149n4, 151n10 и n11, 293

Просьба о толковании решения от 15 июня 1962 г. по делу о храме Преа Вихеар (Камбоджа против Таиланда) (временные меры), [2011] ICJ Rep. 537 310

Ответственность и обязательства государств, спонсирующих физических и юридических лиц в отношении

в отношении деятельности в районе (Консультативное заключение по добыче на морском дне), Камера по спорам, касающимся морского дна, ИТЛОС, дело № 17, 1 февраля 2011 года; (2011) 50 ILM 458 13n34, 301

Право на информацию о консульской помощи в рамках гарантий надлежащей правовой процедуры, Межамериканский суд по правам человека, Консультативное Мнение № 16, 1 октября 1999 г. 457n100

Права прохода через индейскую территорию (предварительные возражения), [1957] ICJ Rep. 140 140, 152, 157

Рональд Лаудер против Чешской Республики (Окончательное решение), ЮНСИТРАЛ, 3 сентября 2001 г. 420n114

RSM Production Corporation против Гренады (арбитражное решение), Арбитражный суд МЦУИС, дело № ARB/05/14, 13 марта 2009 г. 427n144

Дело Салем (Египет, США), [1932] 2 RIAA 1161 167n7

Salini Costruttori SpA и Italstrade SpA против Иордании (Юрисдикция), Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/02/13, 9 ноября 2004 г. 412n74

Saluka Investments BV против Чешской Республики (Частичное арбитражное решение), ЮНСИТРАЛ, 17 марта 2006 г. 16n45, 410n59 и 61, 411n63, 412n71

Самоанские претензии (Германия, Великобритания, Соединенные Штаты), 9 RIAA 15 333n14 и n15

SD Myers против Канады (Частичное решение), ЮНСИТРАЛ, 13 ноября 2000 г. 412n69
SEDITEX против Мадагаскара (№ 1), Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № CONC/82/1, 20 июня 1983 г. 426n143
SEDITEX против Мадагаскара (№ 2), Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № CONC/94/1, 19 июля 1996 г. 426n143
SESAM против Центральноафриканской Республики, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № CONC/07/1, 13 августа 2008 г. 426n143
SGS Socie´te´ Ge´ne´rale de Surveillance SA против Филиппин (юрисдикция), Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/02/6, 29 января 2004 г. 413n78
SGS Societe´ Ge´ne´rale de Surveillance SA против Парагвая, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/07/29, решение от 10 февраля 2012 г. 427n145
Siemens AG против Аргентины, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/02/8, 6 февраля 2007 г. 411n63
Socie´te´ Commerciale de Belgique (Бельгия против Греции), [1939] PCIJ (ser. A/B) № 78 453n75
Дела Юго-Западной Африки (Эфиопия против Южной Африки; Либерия против Южной Африки) (Предварительные возражения), [1962] ICJ Rep. 319 169n12
Дела Юго-Западной Африки (Эфиопия против Южной Африки; Либерия против Южной Африки) (Вторая фаза), [1966] ICJ Rep. 6 169n12
Южный голубой тунец (Новая Зеландия против Японии; Австралия против Японии) (временные меры) (1999) 117 ILR 148 62, 66, 67n26, 71, 74-77, 163, 263n18, 265, 267-268, 269n53, 270n59, 271, 290
Южный голубой тунец (Новая Зеландия против Японии; Австралия против Японии) (юрисдикция и приемлемость), (2000) 119 ILR 508 62, 66, 67n25, 71, 74-77, 163, 290
Суверенитет над определенными пограничными землями (Бельгия/Нидерланды), [1959] ICJ Rep. 209 139, 211n19, 229
Суверенитет над Педра-Бранка/Пулау-Бату-Путех, Средними скалами и Южным уступом (Малайзия/Сингапур), [2008] ICJ Rep. 12 148n1, 157, 159n51, 211n19, 228, 262n16
Суверенитет над Пулау Лигитан и Пулау Сипадан (Индонезия/Малайзия) (заявление о разрешении на вмешательство), [2001] ICJ Rep. 575 158n45
Суверенитет над Пулау Лигитан и Пулау Сипадан (Индонезия/Малайзия), [2002] ICJ Rep. 625 148n1, 157, 158n47, 211n19, 228
Дело SS *Lotus* (Франция против Турции), [1927] PCIJ Ser. A No. 10 263n19, 453n75
SS *Wimbledon*, [1923] PCIJ (ser. A) No. 1 262
Налоговый режим для "иностранных торговых корпораций" - обращение Соединенных Штатов в арбитраж в соответствии со статьей 22.6 ДСУ и статьей 4.11 Соглашения СКМ, WT/DS108/ARB (30 августа 2002 г.) 390n45
Храм Преах Вихеар (Камбоджа против Таиланда) (по существу), [1962] ICJ Rep. 6 149, 202n8, 211n18 и n20, 229
Храм Преах Вихеар (Камбоджа против Таиланда) (Предварительные возражения), [1961] ICJ Rep. 24 149, 150n8

оэ

Территориальный и морской спор (Никарагуа против Колумбии) (решение) МС, Общий список № 124, 19 ноября 2012 г. 80n7, 85, 87n31, 94, 97n54

Территориальный и морской спор (Никарагуа против Колумбии) (Предварительные возражения)
[2007] ICJ Rep. 832 202n8

Территориальный и морской спор между Никарагуа и Гондурасом в Карибском море (Никарагуа против Гондураса), [2007] ICJ Rep. 659 80n7, 84, 85n28, 97n54, 202n8, 231n4

Территориальный спор (Ливия/Чад), [1994] ICJ Rep. 6 211n19, 228

Tesoro против Тринидада и Тобаго, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № CONC/83/1, 27 ноября 1985 г. 425n140, 426n143

Тексако/Каласиатик против Ливии, (1977) 53 ILR 389 411n65, 427n144

TG World Petroleum Ltd против Нигера, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № CONC/03/1, 8 апреля 2005 г. 426n143

Togo Ele´ctricite´ против Того, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № CONC/05/1, 6 апреля 2005 г. 426n143

Арбитраж по делу Trail Smelter (Соединенные Штаты против Канады), (1938 и 1941) 3 RIAA 1911 5n6, 288n22

Обращение в Венгрии с самолетами и экипажами Соединенных Штатов Америки (Соединенные Штаты против СССР), постановление, [1954] ICJ Rep. 99 465n14

Суд над пакистанскими военнопленными (Пакистан против Индии), [1973] ICJ Rep. 328 153, 156, 246n52

Соединенные Штаты - Окончательные защитные меры в отношении импорта пшеничного глютена из Европейских сообществ, отчет Апелляционного органа, WT/DS166/AB/R, AB-2000-10 (19 января 2001 г.) 124n116, 390n45

Соединенные Штаты - Запрет на импорт определенных креветок и креветочных продуктов, отчет Апелляционного органа, WTO Doc. WT/DS58/AB/R (6 ноября 1998 г.) 383n20

Соединенные Штаты - Введение компенсационных пошлин на некоторые виды горячекатаной продукции из свинца и углеродистой стали с висмутом, происходящие из Великобритании, доклад Апелляционного органа, документ ВТО. WT/DS138/AB/R (7 июня 2000 г.) 383n21

Соединенные Штаты - Меры, затрагивающие трансграничное предложение азартных игр и букмекерских услуг - Обращение Антигуа и Барбуды к статье DSU. 22:6 on the Взаимопонимание правил и процедур, регулирующих разрешение споров, доклад Апелляционного органа, WTO Doc. WT/DS285/ARB (21 декабря 2007 г.) 389n43

Соединенные Штаты - Защитные меры в отношении импорта свежего, охлажденного или замороженного мяса ягненка из Новой Зеландии и Австралии, доклад Апелляционного органа, WTO Doc.
WT/DS177AB/R, WT/DS178/AB/R (1 мая 2001 г.) 386n32

Соединенные Штаты - Субсидии на возделывание хлопка, Отчет Апелляционного органа, WTO Doc.
WT/DS267/AB/R (3 марта 2005 г.) 397

Соединенные Штаты - Субсидии на возделываемый хлопок, отчет экспертной группы, WTO Doc.
WT/DS267/R (8 сентября 2004 г.) 397

United States - Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina - Arbitration under Article 21.3(c) of the Understanding of Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, WTO Doc. WT/DS268/12, ARB-2005-1/18 (7 июня 2005 г.) 394n60.

Соединенные Штаты - Налоговый режим для "иностранных торговых корпораций", отчет Апелляционного органа, WTO Doc. WT/DS108/AB/R, AB-1999-9 (24 февраля 2000 г.) 390n45

Соединенные Штаты - Налоговый режим для "иностранных торговых корпораций", отчет экспертной группы, документ ВТО. WT/DS108/RW (20 августа 2001 г.) 390n45

Дипломатический и консульский персонал Соединенных Штатов в Тегеране (решение) (United States v. Iran), [1980] ICJ Rep. 3 33n41, 117n70, 154n30

Дипломатический и консульский персонал Соединенных Штатов в Тегеране (постановление от 12 мая 1981 г.), [1981] ICJ Rep. 47 155n32

Дипломатический и консульский персонал Соединенных Штатов в Тегеране (Соединенные Штаты против Ирана) (постановление от 15 декабря 1979 г.), [1979] ICJ Rep. 7 116n62, 154n29

Венская конвенция о консульских сношениях (Парагвай против Соединенных Штатов) (постановление от 9 апреля 1998 г.), [1998] ICJ Rep. 248 35n48

Венская конвенция о консульских сношениях (Парагвай против Соединенных Штатов) (постановление от 10 ноября 1998 года), [1998] ICJ Rep. 426 456n94

Венская конвенция о консульских сношениях (Парагвай против Соединенных Штатов) (Временные меры), [1998] ICJ Rep. 248 440n16

Дело *"Волга"* (Россия против Австралии) (Оперативное освобождение), (2003) 42 ILM 159 62, 77n54, 78n58, 262n17, 279-282

Дело о границе Уолфиш-Бей (Германия/Великобритания), (1911) 11 RIAA 267 207n13

Уэйст Менеджмент, Инк. против Мексики (№ 2) (Решение), дело МЦУИС № ARB(AF)/00/3, 30 апреля 2004 г. 410n60

Wena Hotels Ltd против Египта, (2004) 6 ICSID Rep. 89 411n63

Западный фронт, воздушные бомбардировки и связанные с ними претензии - претензии Эритреи 1, 3, 5, 9-13, 14, 21, 25 и 26 (Эритрея против Эфиопии) (частичное решение), (2005) 26 RIAA 291 347n81, 348n84

Китобойный промысел в Антарктике (Австралия против Японии), Международный Суд, Общий список № 148, 31 мая 2010 г. 62n9, 74n46, 149n5, 156, 273n72, 289, 293, 304

Уайт Индастриз Австралия Лтд против Республики Индия (Окончательное решение), ЮНСИТРАЛ, 30 ноября 2011 года 415n86

Отечественные суды

Альперин против Банка Ватикана 410 F 3d 532, 544 (9-й округ, 2005 г.) (США) 56

Генеральный прокурор (Соединенное Королевство) против издательства Heinemann Publishers Australia Pty Ltd [1988] HCA 25; (1988) 165 CLR 30 (Австралия) 50

Бейкер против Карра, 396 США 186 (1962) (США) 44, 46-47

оэ

Банко Насьональ де Куба против Саббатино, 376 США 398 (1964) (США) 45
Беанал и др. против Фрипорт-МакМоран, Инк. и др., [1999] USCA5 1266; 197 F 3d 161 (5-й округ, 1999) (США) 55
Buttes Gas and Oil Co. v. Hammer, [1981] QB 22 (HL); [1982] AC 888 (UK) 44, 45, 47, 50, 53
Решение № 2-3/PUU-V/2007 (Петиция Скотта Энтони Раша), [2007] Конституционный суд Республики Индонезия, 93 (Индонезия) 439n8
Доу против Юнокал, [2003] USCA9 100; 395 F 3d 978 (9th Cir. 2003) (США) 55
Филартига против Пеня-Ирала, [1980] USCA2 576; 630 F 2d 876 (2-й округ, 1980) (США) 54
Хабиб против Содружества [2010] FCAFC 12 (Австралия) 50n37, 53n49
Хорта против Содружества, (1994) 181 CLR 183 (Австралия) 43, 48
Международное гуманитарное общество против компании Kyodo Senpaku Kaisha Ltd, [2005] FCA 664; [2006] FCAFC 116; [2008] FCA 3 (Австралия) 43, 51, 52, 53
In re Austrian and German Bank Holocaust Litigation No. 98 Civ. 3938 (США) 55 In re Holocaust Victim Assets No. CV-96-4849, 2001 US App. LEXIS 30154 (2d Cir. 2001) (США) 55
Хосе Франциско Соса против Умберто Альвареса-Махайна и др., [2004] USSC 2852; 542 US 692 (2004) (США) 55
Kuwait Airways Corporation против Iraqi Airways Co. (№№ 4 и 5), [2002] UKHL 19; [2002] 2 WLR 1353 (UK) 45, 53
Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador, [2005] EWCA Civ. 1116, [14]-[20] (Великобритания) 402n6
Петротимор против Содружества [2003] FCAFC 83; (2003) 126 FCR 354 (Австралия) 43, 48-52, 53, 56
Поттер против Broken Hill Proprietary Co Ltd (1906) 3 CLR 479 (Австралия) 49n33
R v. Bow Street Metropolitan Stipendendiary Magistrate; Ex parte Pinochet Ugarte [1998] UKHL 41; [2000] 1 AC 61 (UK) 45
Re Ditfort ex parte Deputy Commissioner of Taxation (NSW) (1988) 83 ALR 265; (1988) 19 FCR 347 46
Re Limbo Unreported G160 of 1989 (Австралия) 50, 53
Саката против Японии, 13 Кейшу 3225, дело № 1959 (А) № 710 (Япония) 46n23
Стюарт против Рональдса [2009] NSWCA 277 (Австралия) 46n19
Томас против Моубрея, (2007) 233 CLR 307 (Австралия) 50
Торп против Содружества, (1997) 144 ALR 677 (Австралия) 51
Андерхилл против Эрнандеса, 168 США 250 (1897) (США) 44, 45
Унгаро-Бенагес против Дрезден Банк АГ, 379 F 3d 1227 (11th Cir. 2004) (США) 56n64

СПИСОК ДОГОВОРОВ

1794

Договор о дружбе, торговле и мореплавании между Соединенными Штатами и Великобританией (подписан 19 ноября 1794 г., вступил в силу 29 февраля 1796 г.), 8 Stat. 116 108n12

1871

Вашингтонский договор между Соединенными Штатами и Великобританией (подписан 8 мая 1871 года, вступил в силу 17 июня 1871 года), 17 Stat. 863 31, 110-111, 115, 331

1899

Конвенция о тихоокеанском разрешении международных споров (подписана 29 июля 1899 г., вступила в силу 4 сентября 1900 г.), 32 Стат. 1799 174n41

1907

Конвенция о тихоокеанском урегулировании международных споров (подписана 18 октября 1907 года, вступила в силу 26 января 1910 года), 36 Стат. 2199 174n42

1919

Версальский договор (подписан 28 июня 1919 г., вступил в силу 10 января 1920 г.), 225 Консоль. Ц 188 90, 335

1944

Конвенция о международной гражданской авиации (открыта для подписания 1 декабря 1944 года, вступила в силу 5 марта 1947 года), 15 UNTS 295 152n15

1945

Устав Организации Объединенных Наций (открыт для подписания 26 июня 1945 года, вступил в силу 24 октября 1945 года), 59 Stat. 1031 131, 185, 422

1946

Международная конвенция о регулировании китобойного промысла (открыта для подписания 2 декабря 1946 года, вступила в силу 10 ноября 1948 года), 161 UNTS 72
441n17

1947

Генеральное соглашение по тарифам и торговле (открыто для подписания 30 октября 1947 года, вступило в силу 1 января 1948 года), 55 UNTS 194 375

1948

Американский договор о тихоокеанском урегулировании (подписан 30 апреля 1948 года, вступил в силу 6 мая 1949 года), 30 UNTS 84 82n14, 175n46

1949

Женевская конвенция (I) об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (открыта для подписания 12 августа 1949 года, вступила в силу 21 октября 1950 года), 75 UNTS 31 336, 346, 347, 450

Женевская конвенция (II) об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море (открыта для подписания 12 августа 1949 года, вступила в силу 21 октября 1950 года), 75 UNTS 85 336, 346, 347, 450

Женевская конвенция (III) об обращении с военнопленными (открыта для подписания 12 августа 1949 года, вступила в силу 21 октября 1950 года), 75 UNTS 135 336, 346, 347, 348, 450

Женевская конвенция (IV) о защите гражданского населения во время войны (открыта для подписания 12 августа 1949 года, вступила в силу 21 октября 1950 года), 75 UNTS 287 336, 346, 347, 440n13, 450

1950

Европейская конвенция о правах человека (открыта для подписания 4 ноября 1950 года, вступила в силу 3 сентября 1953 года), 213 UNTS 222 353, 360, 367, 442n26, 443n34

1951

Конвенция о статусе беженцев (открыта для подписания 28 июля 1951 года, вступила в силу 22 апреля 1954 года) 189 UNTS 150, с поправками, внесенными Протоколом касающимся статуса беженцев (открыт для подписания 31 января 1967 года, вступил в силу 4 октября 1967 года), 606 UNTS 267 172

1955

Договор о дружбе, экономических отношениях и консульских правах между Соединенными Штатами и Ираном, Иран-Соединенные Штаты (подписан 15 августа 1955 года, вступил в силу 16 июня 1957 года), 284 UNTS 93 108n12, 119, 154-155, 321

1957

Европейская конвенция о тихоокеанском урегулировании споров (подписана 29 апреля 1957 года, вступила в силу 30 апреля 1958 года), 320 UNTS 243 175n46

1958

Конвенция о континентальном шельфе (открыта для подписания 29 апреля 1958 года, вступила в силу 10 июня 1964 года), 499 UNTS 311 49

1959

Договор об Антарктике (открыт для подписания 1 декабря 1959 года, вступил в силу 23 июня 1961 года), 402 UNTS 71 26, 52, 269, 288

1960

Договор о водах Инда, Индия-Пакистан (подписан 19 сентября 1960 года, вступил в силу 12 января 1961 года), 419 UNTS 125 161

1963

Акт о судоходстве и экономическом сотрудничестве между государствами бассейна Нигера (подписан 26 октября 1963 года, вступил в силу 1 февраля 1966 года), 587 UNTS 9 176n49

Факультативный протокол к этой Конвенции об обязательном разрешении споров (открыт для подписания 24 апреля 1963 года, вступил в силу 21 июня 1985 года), 1400 UNTS 339 154, 456

Венская конвенция о консульских сношениях (открыта для подписания 24 апреля 1963 года, вступила в силу 19 марта 1967 года), 596 UNTS 261 35, 87, 154, 356, 440, 444-445, 454, 456

Договор о запрещении испытаний ядерного оружия в атмосфере, космическом пространстве и под водой (заключен 5 августа 1963 года, вступил в силу 10 октября 1963 года), 480 СООН 43

1965

Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации (открыта для подписания 21 декабря 1965 года, вступила в силу 4 января 1969 года), 660 ЮНТС 195 140, 309, 360

Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств (открыта для подписания 18 марта 1965 года, вступила в силу 14 октября 1966 г.), 575 UNTS 159 172, 406, 407n35

1966

Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (открыт для подписания 16 декабря 1966 года, вступил в силу 14 октября 1966 года). 16 декабря 1966 года, вступил в силу 3 ноября 1976 года), 993 UNTS 3 359

Международная конвенция о гражданских и политических правах (открыта для подписания 16 декабря 1966 г., вступила в силу 23 марта 1976 г., за исключением ст. 41, которая вступила в силу 28 марта 1979 года), 999 UNTS 171 437

Международная конвенция о гражданских и политических правах (Факультативный протокол) (открыта для подписания 16 декабря 1966 года, вступила в силу 23 марта 1976 года), 993 UNTS 3 365n46

Первый Факультативный протокол к Международному пакту о гражданских и политических правах (открыт для подписания 16 декабря 1966 года, вступил в силу 23 марта 1976 года), 999 UNTS 302 442

1968

Африканская конвенция об охране природы и природных ресурсов (подписана 15 сентября 1968 года, вступила в силу 16 июня 1969 года), 1001 UNTS 4 176n49

1969

Венская конвенция о праве международных договоров (заключена 23 мая 1969 года, вступила в силу 27 января 1980 года), 1155 UNTS 331 16

1971

Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (открыта для подписания 23 сентября 1971 года, вступила в силу 26 января 1973 года), 974
UNTS 178 153n17

1972

Соглашение между правительством Канады и правительством Французской Республики о взаимных рыболовных отношениях у атлантического побережья Канады (подписано и вступило в силу 27 марта 1972 года), 862 UNTS 209 238

Конвенция о создании Организации по освоению реки Сенегал
(подписана 11 мая 1972 года), см. http://faolex.fao.org/docs/texts/mul16004.doc 176n49.

1973

Конвенция о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения (заключена 3 марта 1973 года, вступила в силу 1 июля 1975 года), 993 UNTS 243
273

Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (открыта для подписания
14 декабря 1973 года, вступила в силу 20 февраля 1977 года), 1035 UNTS 167 154

1975

Статут реки Уругвай (открыт для подписания 26 февраля 1975 года, вступил в силу 18 сентября 1976 года), 1295 UNTS 340 88, 102-103, 298

1977

Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся 1977 г. Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) (заключен 8 июня 1977 г., вступил в силу 7 декабря 1978 г.), 1125 UNTS 3 440n13

1978

Конвенция о статусе реки Гамбия (подписана 30 июня 1978 года),
см.www.fao.org/docrep/w7414b/w7414b0b.htm 176n49

Протокол 1978 года к Международной конвенции по предотвращению загрязнения с судов (открыт для подписания 17 февраля 1978 года, вступил в силу 2 октября 1983 года), 1340 UNTS 62 294n54

1980

Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин
(открыта для подписания 1 марта 1980 года, вступила в силу 3 сентября 1981 года), 1249 UNTS 13 361n29

1981

Алжирские соглашения: Декларация правительства Демократической и Народной Декларация правительства Демократической и Народной Республики Алжир, Ирана и Соединенных Штатов (подписана и вступила в силу 20 января 1981 года), 62 ILR 595 117, 154n31

1982

Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (открыта для подписания 10 декабря 1982 года, вступила в силу 16 ноября 1994 года), 1833 UNTS 3 13n35, 62n6, 138,
197, 235, 260

1984

Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (открыта для подписания 10 декабря 1984 года, вступила в силу 26 июня 1987 года), 1465 UNTS 85 180, 361n30

1987

Монреальский протокол по веществам, разрушающим озоновый слой (открыт для подписания 16 сентября 1987 года, вступил в силу 1 января 1989 года), 1522 UNTS 29 292

1989

Конвенция о правах ребенка (открыта для подписания 20 ноября 1989 года, вступила в силу 2 сентября 1990 года), 1577 UNTS 3 361, 365

Договор между Австралией и Республикой Индонезия о зоне сотрудничества в районе между индонезийской провинцией Восточный Тимор и Северной Австралией [Договор о Тиморском разрыве] (открыт для подписания 11 декабря 1989 года, вступил в силу 9 февраля 1991 года), 1991 ATS, No. 9 48n26

1990

Соглашение между Федеративной Республикой Нигерия и Республикой Нигер о справедливом совместном освоении, сохранении и использовании их общих водных ресурсов (подписано 18 июля 1990 года), см. www.fao.org/docrep/ w7414b/w7414b10.htm 176n49

Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей (открыта для подписания 18 декабря 1990 года, вступила в силу 1 июля 2003 года), 2220 UNTS 3 361n32

1991

Конвенция об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте (открыта для подписания 25 февраля 1991 года, вступила в силу 10 сентября 1997 года), 1989 ЮНС 310 297

1992

Рамочная конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата (открыта для подписания 9 мая 1992 года, вступила в силу 21 марта 1994 года), 1771 UNTS 165 303n95

Конвенция о биологическом разнообразии (открыта для подписания 5 июня 1992 года, вступила в силу 29 декабря 1993 года), 1760 UNTS 79 6n12, 273n76
Конвенция о примирении и арбитраже (открыта для подписания 15 декабря 1992 года, вступила в силу 5 декабря 1994 года), 1842 UNTS 121 6n11, 137n22
Конвенция о трансграничном воздействии промышленных аварий (открыта для подписания 18 марта 1992 года, вступила в силу 19 апреля 2000 года), 2105 UNTS 457 6n12
Конвенция об использовании трансграничных водотоков и озер (открыта для подписания 17 марта 1992 года, вступила в силу 6 октября 1996 года), 2105 UNTS 457 6n12
подписания 17 марта 1992 года, вступила в силу 6 октября 1996 года), 1936 UNTS 269 6n12
Североамериканское соглашение о свободной торговле (подписано 17 декабря 1992 года, вступило в силу 1 января 1994 года), 32 ILM 296 126n128

1993

Соглашение между Австралией и Республикой Науру об урегулировании дела в Международном суде относительно некоторых фосфатных земель в Науру, Австралия-Науру, (открыто для подписания 10 августа 1993 года, вступило в силу 20 августа 1993 года), [1993] ATS 26, 32 ILM 1474 72n38

1994

Марракешское соглашение об учреждении Всемирной торговой организации (открыто для подписания 15 апреля 1994 года, вступило в силу 1 апреля 1994 года), [1993] ATS, ILM 1474 72n38
подписания 15 апреля 1994 года, вступило в силу 1 января 1995 года), 1867 UNTS 3 14n39, 121n92, 376n5, 379n9
Договор к Энергетической Хартии (открыт для подписания 17 декабря 1994 года, вступил в силу 16 апреля 1998 года), 34 ILM 360 408, 418, 419n108
Соглашение об осуществлении части XI ЮНКЛОС (открыто для подписана 28 июля 1994 года, вступила в силу 28 июля 1996 года), 1836 UNTS 42 302
Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (подписана 9 декабря 1994 года, вступила в силу 15 января 1999 года), 2051 UNTS 363 441

1996

Договор о всеобъемлющем запрещении ядерных испытаний (заключен 10 сентября 1996 года, еще не вступил в силу), 35 ILM 1439

1997

Киотский протокол к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата (открыт для подписания 11 декабря 1997 года, вступил в силу 16 февраля 2005 года), 1771 UNTS 107 287

2004

Соглашение о свободной торговле между Доминиканской Республикой, Центральной Америкой и Соединенными Штатами (подписано 5 августа 2004 года, вступило в силу 1 марта 2006 года), 43 ILM 514 127

2006

Конвенция о правах инвалидов (открыта для подписания 13 декабря 2006 года, вступила в силу 3 мая 2008 года), 2515 UNTS 3 361

Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновения (открыта для подписания 20 декабря 2006 года, вступила в силу 23 декабря 2010 года), UN Doc. A/61/488 361

ЧАСТЬ I

1

Место международного судопроизводства в международном праве

ДЖОН МЕРРИЛЛ С

В 1982 году Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций (ООН) приняла резолюцию, известную как Манильская декларация о мирном разрешении международных споров.[1]Декларация подтверждает и развивает некоторые положения Устава ООН, а также Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами, принятой Ассамблеей в 1970 году.[2]Так, пункт 2 раздела I Манильской декларации, как и статья 2(3) Устава, требует от каждого государства "разрешать свои международные споры исключительно мирными средствами таким образом, чтобы не подвергать опасности международный мир, безопасность и справедливость". Средства, доступные для разрешения споров, перечисленные в этих документах, принято делить на две группы. Переговоры, посредничество, выяснение отношений и примирение называются дипломатическими средствами, поскольку стороны сохраняют контроль над разрешением своего спора и могут принять или отклонить предложенное урегулирование по своему усмотрению. Арбитраж и судебное урегулирование, с другой стороны, применяются в тех случаях, когда требуется обязательное решение, обычно на основе международного права, и поэтому они известны как правовые средства урегулирования.

Судебное урегулирование и арбитраж дают государствам возможность решать споры в судебном порядке, и поэтому они являются основной темой данной книги, которая не будет касаться различных дипломатических методов, разве что вскользь.[3]Эта первая глава предназначена для предоставления общей информации о значении судебного разбирательства споров в качестве фона для более подробного рассмотрения в последующих главах. Исторически сложилось так, что арбитраж

[1]GA Res. 37/10, UN GAOR, 37th sess., 68th plen. mtg Supp. No. 51, UN Doc. A/RES/37/10 (15 ноября 1982 г.).

[2]GA Res. 25/26, UN GAOR, 25th sess., Supp. No. 28, UN Doc. A/8028 (24 октября 1970 г.).

[3]Обсуждение дипломатических методов урегулирования см. в John G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 5th edn (Cambridge University Press, 2011), chs. 1-4, 10, 11.

возник до судебного урегулирования и послужил источником вдохновения для многочисленных судов и трибуналов, которые существуют в настоящее время. Поэтому начать стоит с основных особенностей арбитража.

Арбитраж

Арбитраж - старейший из правовых методов разрешения споров, и его истоки в современной международной практике можно проследить более чем за двести лет до Договора Джея 1794 года. В этом документе Великобритания и Соединенные Штаты договорились о том, что различные нерешенные споры должны разрешаться группами национальных комиссаров, назначаемых двумя государствами. Эти ранние англо-американские комиссии не были судебными трибуналами в современном понимании, но должны были сочетать юридические и дипломатические соображения для достижения, по сути, урегулирования путем переговоров. Современная форма комиссии, однако, состоит из арбитров, назначаемых каждой стороной, а также одного или нескольких нейтральных членов, которые должны следовать строго юридической процедуре и выносить обоснованное решение. Возможны вариации этой базовой схемы, но стандартная форма арбитража уже давно устоялась и применяется во многих видах международных споров.[4]

Традиционно арбитраж используется для споров, в которых вопросы носят юридический характер, а желание улучшить отношения делает привлекательной идею обязательного урегулирования, переданного третьей стороной. Территориальные и пограничные споры, например, часто попадают в эту категорию, как будет показано в последующих главах.[5]Для этих и других видов споров дополнительным преимуществом арбитража является то, что стороны определяют вопрос или вопросы, на которые они хотят получить ответ от арбитражного суда, а также могут указать основание для принятия решения. Определение вопроса важно, поскольку оно устанавливает объем юрисдикции арбитров. Определив вопрос широко, стороны могут использовать арбитраж для устранения серьезного препятствия на пути к хорошим отношениям. И наоборот (что бывает чаще), определив проблему узко, стороны могут предотвратить расследование более широких вопросов. Такое исследование может создать больше проблем, чем решить, или исключить из арбитража конкретные вопросы, для которых переговоры или другие способы урегулирования считаются более подходящими.

[4]О развитии и использовании арбитража см. John L. Simpson and Hazel Fox, *Interna-tional Arbitration: Law and Practice* (London: Praeger, 1959); Christine Gray and Bene-dict Kingsbury, 'Developments in Dispute Settlement: Межгосударственный арбитраж с 1945 года", (1992) 63 BYBIL 97; Merrills, выше, n. 3, ch. 5.

[5]См. далее главу 10, а также главу 11 в данном томе.

Не менее важным, чем определение вопроса, является указание сторон трибуналу на критерии, которые должны применяться при вынесении решения. Часто в инструкциях трибунала прямо указывается, что он должен решить вопрос в соответствии с международным правом. Когда такого указания нет, намерения сторон должны быть выведены, и обычная практика заключается в том, чтобы снова основывать решение на международном праве. Иногда стороны хотят, чтобы в основу решения легло международное право, но при этом требуют подчеркнуть отдельные аспекты. Этого можно добиться с помощью соответствующей оговорки в арбитражном соглашении (*compromis*). Аналогичным образом, если стороны согласны с тем, что решение в соответствии с международным правом по каким-то причинам не подходит, они могут поручить арбитру решить дело в соответствии со справедливостью или на иной основе. Возможность указать применимое право также позволяет сторонам требовать от арбитра применения национального права, либо отдельно, либо в сочетании с какой-либо другой системой.[6]

Дополнительный контроль над процессом арбитража обусловлен уже упомянутым фактом, что стороны сами выбирают арбитров. Хотя это, как и другие элементы арбитража, требует согласования и может привести к задержке, это означает, что спор в конечном итоге будет разрешен судом, пользующимся доверием сторон, что имеет огромное значение в международном судопроизводстве. Как и следовало ожидать, при назначении арбитражных судов иногда могут возникнуть трудности. Если, например, стороны не могут договориться о нейтральных членах, одним из способов преодоления проблемы является предоставление возможности назначить их председателю Международного суда (МС) или другой незаинтересованной третьей стороне. Аналогичным образом, в редких случаях, когда сторона пытается саботировать арбитраж, отказываясь назначать своих собственных членов,[7]возможным решением является положение о том, что по истечении трех месяцев или иного подходящего периода необходимые назначения могут быть произведены внешней стороной.

Процедурные вопросы также определяются сторонами. Они регулируют порядок проведения арбитражного разбирательства, место его проведения и порядок оплаты. Обычно в арбитражное соглашение включаются довольно подробные положения, касающиеся таких вопросов, как количество и порядок подачи письменных состязательных бумаг, устная часть разбирательства и такой важный вопрос, как сроки. Другие вопросы, которые обычно затрагиваются в *компромиссе*, - это порядок работы арбитражного суда.

[6]См. например, *Арбитраж по делу Trail Smelter (Соединенные Штаты* против *Канады)* (1938 и 1941 гг.), 3 RIAA 1911.

[7]См. *"Толкование мирных договоров с Болгарией, Венгрией и Румынией (первая фаза)* [1950] ICJ Rep. 65; *(Вторая фаза)*, [1950] ICJ Rep. 221.

В этом случае необходимо определить, будет ли он получать доказательства, может ли он назначать экспертов или проводить визиты, может ли он распорядиться о принятии временных мер, какие языки будут использоваться, как будет приниматься решение, допускаются ли особые мнения и будет ли арбитражное решение опубликовано. Хотя каждый из этих вопросов может обсуждаться отдельно, очевидно, что удобнее, если стороны смогут договориться об использовании стандартных положений, таких как типовые правила, разработанные Комиссией международного права, Постоянной палатой третейского суда и другими органами.[8]

Для поощрения использования арбитража Гаагская конвенция 1899 года учредила список квалифицированных арбитров, неточно названный "Постоянной палатой третейского суда" (ППТС), и создала бюро с помещениями, библиотекой и персоналом, которое существует до сих пор и играет важную роль в содействии арбитражу и другим формам мирного урегулирования.[9]Как и судебное урегулирование, арбитраж - это метод, который может применяться ad hoc при возникновении спора или предусматриваться заранее соответствующими договоренностями в договоре. Следовательно, его можно встретить в положениях об урегулировании споров многосторонних и двусторонних конвенций по широкому кругу вопросов в качестве факультативной или обязательной процедуры, а зачастую и в сочетании с другими методами. Например, Конвенция ООН по морскому праву 1982 года (UNCLOS) отводит арбитражу значительную роль,[10]как и Стокгольмская конвенция о примирении и арбитраже 1992 года в рамках Комиссии по безопасности и сотрудничеству в Европе (СБСЕ)[11]и ряд недавних конвенций, касающихся окружающей среды.[12]В системе разрешения споров Всемирной торговой организации (ВТО),

[8]См. "Типовые правила арбитражной процедуры КМП", (1958) II(12) *Ежегодник Комиссии международного права*; текст также в Simpson and Fox, выше n. 4, 295; и "Факультативные правила ППТС для арбитражного урегулирования споров между двумя государствами" (1992), текст в (1993) 32 ILM 572.

[9]Филлис Гамильтон, Хилмара К. Рекена, Лоуренс де Блок ван Шельтинга и Бетт E. Shifman (eds.), *The Permanent Court of Arbitration and Dispute Resolution* (The Hague: Kluwer Law International, 1999); Belinda MacMahon and Fedelma Smith, *Permanent Court of Arbitration Summaries of Awards 1999-2009* (The Hague: TMC Asser Press, 2010).

[10]Merrills, выше, n. 3, 176-81.

[11]Конвенция о примирении и арбитраже (открыта для подписания 15 декабря 1992 года, вступила в силу 5 декабря 1994 года) 1842 UNTS 121; и см. Merrills, выше n. 3, 77-8 и 113.

[12]См., например, три конвенции, заключенные в 1992 году: Конвенция о биологическом разнообразии (открыта для подписания 5 июня 1992 года, вступила в силу 29 декабря 1993 года) 1760 UNTS 79; Конвенция об использовании трансграничных водотоков и озер (открыта для подписания 17 марта 1992 года, вступила в силу 6 октября 1996 года) 1936 UNTS 269; и Конвенция о трансграничном воздействии промышленных аварий (открыта для подписания 18 марта 1992 года, вступила в силу 19 апреля 2000 года) 2105 UNTS 457.

Аналогичным образом, хотя акцент делается на групповом разбирательстве (описанном ниже), арбитраж также является одним из вариантов, а по некоторым спорам - обязательным.

Использование арбитража в межгосударственных спорах следует отличать от его применения в смежном контексте - для разрешения споров между государством с одной стороны и частным лицом или корпорацией с другой. В делах такого рода, известных как смешанные арбитражи, юрисдикция арбитражного суда может вытекать из контракта, а не из договора, но в любом случае она имеет международные последствия, которые могут быть значительными. Например, Трибунал по претензиям между Ираном и США[13]был создан в 1981 году для рассмотрения большого количества споров, возникших в результате иранской революции, и осуществлял юрисдикцию как в отношении межгосударственных, так и частных претензий. Его решения, насчитывающие более тридцати томов, не только демонстрируют ценность арбитража как способа разрешения серьезных и сложных споров коммерческого характера, но и, поскольку трибуналу приходилось решать такие вопросы, как экспроприация и ответственность государства, вносят значительный вклад в межнациональное право.

Арбитраж является важным средством разрешения споров, о чем свидетельствует его широкое применение в международной практике. Однако, как и любой другой метод, он имеет определенные ограничения. Поскольку все находится в руках сторон, то и решение об арбитраже, и ход разбирательства зависят от их решений. Это означает, что многие споры так и не будут рассмотрены в арбитраже из-за отсутствия желания, а в тех, которые будут рассмотрены, полномочия арбитров ограничены теми, которые предусмотрены *в компромиссе*. Еще одно ограничение касается исполнения. Несмотря на то что в результате арбитража выносится решение, имеющее обязательную силу, в отсутствие процедуры принуждения проигравшей стороны к его принятию может быть сложно обеспечить исполнение арбитражного решения. Это не означает, что решения арбитража обычно игнорируются, поскольку у государств есть веские причины принимать поражения благосклонно. Тем не менее это слабое место. Способы поощрения соблюдения решений существуют, но ответ на этот вопрос в действительности лежит на сторонах. Арбитраж, как и другие способы разрешения споров в мире суверенных государств, в своей эффективности зависит от ответственного поведения сторон.

Международный суд

Судебное урегулирование подразумевает передачу споров в постоянные третейские суды для принятия обязательного решения. Это перечислено в Манильской декларации

[13]См. Charles Nelson Brower and Jason D. Brueschke, *The Iran-United States Claims Tri-bunal* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998).

Сразу после "арбитража", из которого он развился, и в настоящее время доступен через ряд судов с общей или специализированной юрисдикцией. Единственным судом общей юрисдикции является Международный Суд в Гааге, который был основан в 1945 году как преемник Постоянной Палаты Международного Правосудия (ППМП), созданной в рамках мирного соглашения 1919 года. К судам со специализированной юрисдикцией относятся суды по правам человека и различные другие трибуналы, описанные в следующем разделе. Однако любой обзор судебного урегулирования должен начинаться с Международного суда.[14]

Суд состоит из пятнадцати судей, избираемых на девятилетний срок Советом Безопасности ООН и Генеральной Ассамблеей ООН. Согласно Статуту Суда, судьи должны широко представлять "основные формы цивилизации и основные правовые системы мира", однако они заседают в качестве независимых судей, а не представителей своих национальных государств. Однако если сторона спора не имеет в своем составе судьи своей национальности, она имеет право назначить судью ad hoc, который становится членом Суда только на время рассмотрения данного дела. Обычно дела рассматриваются Судом в полном составе, но при желании стороны могут передать их на рассмотрение палаты меньшего состава.[15]Такие палаты, состоящие обычно из пяти судей, использовались для рассмотрения нескольких дел в последние годы.[16]Состав палаты на практике определяется сторонами, что делает разбирательство в палате Суда схожим в этом отношении с арбитражем.

Полномочия Суда на принятие решений по делам предоставляются Статутом и, как и в случае с арбитражем, основаны на принципе согласия. Поэтому государства могут согласиться передавать будущие споры или любой конкретный спор в Суд, заключив договор на соответствующих условиях, или сделать одностороннее заявление в соответствии со статьей 36(2) Статута, известной как факультативная оговорка.[17]Последняя, как и договорное обязательство государства, может быть безоговорочной - то есть охватывать все споры - или, с другой стороны, может быть ограничена оговорками или ограничениями, отражающими виды споров, которые государство готово рассматривать в суде. В случае разногласий как

[14]Более подробное описание Международного суда и его работы см. в Arthur Eyffinger, *The International Court of Justice 1946-1996* (The Hague: Kluwer Law International, 1996); Merrills, выше n. 3, chs. 6 and 7.

[15]См. Рудольф Остринханский, "Палаты Международного суда", (1988) 37 ICLQ 30.

[16]См. например, *Пограничный спор (Бенин/Нигер) (решение)* [2005] ICJ Rep. 90.

[17]Обсуждение факультативной оговорки с особым учетом недавней практики см. в John G. Merrills, "Does the Optional Clause Still Matter?", in Kaiyan Homi Kaikobad and Michael Bohlander (eds.), *International Law and Power Perspectives on Law, Order and Justice* (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2009) 431.

Вопрос о том, была ли признана юрисдикция по конкретному делу, решается Судом, решение которого, согласно статье 36(6), является окончательным. Сторонами в делах, рассматриваемых Судом, могут быть только государства, хотя статья 65 разрешает ему давать консультативные заключения по правовым вопросам в интересах международных организаций.

Споры о юрисдикции должны рассматриваться с самого начала и часто представляют собой отдельную стадию разбирательства. Правовые вопросы, которые могут возникнуть при оспаривании юрисдикции суда, очень разнообразны, но в основном они сводятся к тому, имеется ли необходимое согласие на разбирательство, подтвержденное действительным юридическим актом. Таким образом, вопрос может заключаться, например, в том, является ли документ, предположительно служащий основанием для юрисдикции, юридически обязывающим соглашением[18]или, если это не отрицается, охватывается ли текущий спор его условиями.[19]Особенно плодотворным источником проблем оказались заявления о факультативных оговорках, причем частой причиной спора является то, подпадает ли спор под оговорки в заявлении одной из сторон, хотя иногда возникает вопрос о действительности оговорки или самого заявления. Не во всех случаях возникают проблемы с юрисдикцией, но когда они возникают, Суд должен решить этот вопрос, прежде чем приступить к делу.

Функция Суда описана в Статье 38(1) Статута как "разрешение в соответствии с международным правом споров, переданных на его рассмотрение", а следующий за этим список материалов, начиная с "международных конвенций" и заканчивая "судебными решениями" и "учениями ... публицистов", стал рассматриваться как ядро современного международного права. Помимо толкования и применения норм права, Суд, разумеется, должен также разрешать любые спорные вопросы, связанные с фактами, и для этого он получает и оценивает документальные и иные доказательства, представленные сторонами, количество которых иногда бывает очень велико. Они могут включать показания свидетелей или экспертов, и Суд может сам принять решение о посещении места происшествия, как это произошло в *проекте "Габиково-Нагимарос"*.[20]Согласно Статье 38(2) Статута, Суд может по просьбе сторон выносят решение *ex aequo et bono*, а не на основании закона. Однако это положение, стирающее различия между преюдицией и примирением, пока не используется на практике. Менее радикальной альтернативой является передача дела в суд для принятия решения на согласованной основе. Как и в случае с

[18]См. например, *Делимитация морских пространств и территориальные вопросы между Катаром и Бахрейном (Катар* против *Бахрейна) (Юрисдикция)*, [1994] ICJ Rep. 112; и *(Приемлемость)*, [1995] ICJ Rep. 6.

[19]См., например, *Нефтяные платформы (Иран* против *Соединенных Штатов) (Предварительное возражение)*, [1996] ICJ Rep. 803.

[20]*Проект "Габиково-Надьмарош" (Венгрия* против *Словакии) (постановление от 5 февраля 1997 г.)*, [1997]. ICJ Rep. 3.

Это вновь приближает судебное разбирательство к арбитражу, хотя осуществление полномочий Суда должно всегда соответствовать Статуту. Еще одна возможность заключается в том, что Суд может расширить свои функции по собственной инициативе, используя различные соображения справедливости.[21]Хотя это не является лицензией на свободное судебное законодательство, это вносит полезный элемент гибкости в решения Суда и может быть показано в ряде современных дел.

Помимо спорной и консультативной юрисдикции, Статут наделяет Суд правом осуществлять побочную юрисдикцию, которая включает в себя полномочия указывать временные меры защиты, разрешать третьим государствам вступать в разбирательство, а также толковать или пересматривать судебное решение. Поскольку эти полномочия предоставляются Статутом, они не требуют какого-либо дополнительного выражения согласия со стороны заинтересованных государств, и в соответствующих обстоятельствах осуществление Судом своих побочных полномочий может внести конструктивный вклад в разрешение споров. Так, например, временные меры защиты могут быть использованы для сохранения прав сторон на время судебного р а з б и р а т е л ь с т в а . Вмешательство учитывает тот факт, что споры могут затрагивать более двух государств. А толкование и пересмотр призваны решить проблемы, которые могут возникнуть после вынесения решения.

Когда МС принимает решение по делу, его решение является обязательным для сторон, окончательным и не подлежащим обжалованию. Однако то, разрешит ли оно спор на самом деле, зависит отчасти от того, признают ли его стороны - то есть готовы ли они рассматривать его как обязательное - и отчасти от конкретного переданного вопроса. Например, государства могут предпочесть использовать Суд только для получения решения о применимых правилах и принципах[22]или для установления того, подлежит ли спор обязательному арбитражу,[23]и в таких случаях для достижения окончательного урегулирования могут потребоваться дополнительные шаги. Что касается принятия решений, то иногда могут возникнуть трудности, особенно когда сторона безуспешно пытается оспорить юрисдикцию суда. С другой стороны, споры часто передаются в Суд и разрешаются там без ожесточения, поскольку заинтересованные государства хотят урегулировать вопрос. В этих случаях, как и в случае с арбитражем, отказ от решения, будучи незаконным, просто вернет спор на политическую арену и тем самым будет самооправданием.[24]

[21]Michael B. Akehurst, "Equity and General Principles of Law", (1976) 25 ICLQ 801.

[22]Как в деле *"Континентальный шельф Северного моря" (Федеративная Республика Германия* против *Дании; Федеративная Республика Германия* против *Нидерландов)*, [1969] ICJ Rep. 3.

[23]Как в деле *Амбатиелос (Греция* против *Соединенного Королевства) (по существу)*, [1953] ICJ Rep. 10.

[24]Обсуждение эффективности судебных решений см. в Constanze Schulte, *Compliance with Decisions of the International Court of Justice* (Oxford University Press, 2004).

Хотя МС рассматривает относительно небольшое количество дел, было бы ошибкой недооценивать его значение. Многие договоры предусматривают передачу споров на рассмотрение Суда, и число государств с заявлениями о факультативных оговорках неуклонно растет. Поскольку подобные обязательства, как правило, препятствуют возникновению споров, эта "фоновая" роль Суда очень важна. Кроме того, нередки случаи, когда судебное разбирательство начинается, а затем вопрос урегулируется без необходимости принятия решения. В более общем плане преимущества существования Международного Суда заключаются в том, что его существование избавляет государства от необходимости создавать новый трибунал всякий раз, когда они хотят затеять судебное разбирательство; в той степени, в какой избежание и разрешение споров поддерживается развитием международного права, постоянный орган способен внести больший вклад в правовой прогресс, чем периодически возникающие арбитражи; и, наконец, присутствие Суда, наряду с простой процедурой установления его юрисдикции, придает судебному разбирательству ту значимость в международных делах, которой оно не имело бы в противном случае.

Другие суды и трибуналы

Среди различных судов со специализированной юрисдикцией наиболее яркие события, несомненно, связаны с трибуналами по правам человека, в частности Европейским судом по правам человека в Страсбурге и Межамериканским судом в Сан-Хосе. До 1970 года первый из них использовался редко, а Американский суд был открыт только в 1979 году. Однако сегодня Европейский суд, реконструированный в 1998 году, обладает впечатляющей судебной практикой[25], и хотя Американский суд менее загружен, он успел отметиться как спорными делами, так и консультативными заключениями.[26]В 2004 году был создан третий региональный суд - Африканский суд по правам человека и народов в Аруше (Танзания), учрежденный протоколом к Африканской хартии прав человека и народов 1981 года.[27]Работа двух старых региональных судов в основном связана с делами, поданными частными лицами, и деятельность Африканского суда, вероятно, будет аналогичной. Однако все три суда обладают юрисдикцией в отношении межгосударственных споров,

[25]О Суде и его работе, включая изменения, внесенные в 1998 году, см. G. Merrills and Arthur H. Robertson, *Human Rights in Europe*, 4th edn (Manchester: Juris Publishing, 2001).

[26]Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights* (Cambridge University Press, 2003).

[27]Джино Дж. Налди, "Аспекты Африканского суда по правосудию и правам человека", в Дункан Френч, Мэтью Сол и Найджел Д. Уайт (ред.), *Международное право и урегулирование споров: New Problems and Techniques* (Oxford: Hart Publishing, 2010) 321.

И европейские, и американские суды рассмотрели небольшое количество таких дел.

Среди других судов и трибуналов, занимающихся делами с участием физических лиц, - Международный уголовный суд (МУС)[28]и специальные уголовные трибуналы, такие как Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии (МТБЮ) и по Руанде (МТР). Специальные трибуналы были созданы Советом Безопасности ООН в соответствии с Главой VII Устава.[29]Таким образом, их юрисдикция в отношении военных преступлений, геноцида и преступлений против человечности не зависела от согласия отдельных государств. С другой стороны, юрисдикция МУС вытекает из договора и в этом отношении является более ограниченной. В отличие от специальных трибуналов, его юрисдикция также дополняет юрисдикцию национальных судов, что означает, что он может действовать только после того, как определит, что компетентный национальный суд не желает или не может осуществлять уголовное преследование.[30]Уголовные суды, конечно, не предназначены для рассмотрения межгосударственных споров, но как все более важная арена для международных судебных разбирательств заслуживают хотя бы мимолетного упоминания.

Суды со специализированной юрисдикцией совершенно иного типа содержатся в Конвенции ООН по морскому праву 1982 года (UNCLOS). Среди нескольких новых институтов, созданных Конвенцией, - новый суд, Международный трибунал по морскому праву (ITLOS), и отдельный вспомогательный орган, Палата по спорам, касающимся морского дна (SBDC).[31]ITLOS отражает предпочтение многих государств в отношении специального суда для рассмотрения споров, возникающих в связи с новым правом, содержащимся в UNCLOS, и Трибунал, который принял решение по своему первому делу в 1997 году,[32]постепенно начал развивать свою собственную судебную практику.[33]Таким же образом, SBDC был создан, поскольку сложные механизмы UNCLOS для разработки глубоководных участков морского дна считались непригодными для рассмотрения в основном суде.

[28]William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court* (Cambridge University Press, 2001).

[29]SC Res. 827, UN SCOR, 48th sess., 3217th mtg, UN Doc. S/RES/827 (24 мая 1993 г.), с поправками, внесенными Резолюцией SC 1877, СКОР ООН, 64-я сессия, 6155-е заседание, UN Doc. S/RES/1877 (7 июля 2009 г.) (Устав МТБЮ); Резолюция SC 955, СКОР ООН, 49-я сессия, 5453-я мтг, UN Doc. S/RES/955 (8 ноября 1994 года) приложение (Устав МУТР).

[30]Римский статут Международного уголовного суда (открыт для подписания 17 июля 1998 года, вступил в силу 1 июля 2002 года) 2187 UNTS 90.

[31]О роли этих органов в системе урегулирования споров в рамках Конвенции см. Natalie Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea* (Cambridge University Press, 2005); и Merrills, выше n. 3, ch. 8.

[32]*Дело M/V "Сайга" (Сент-Винсент и Гренадины* против *Гвинеи) (решение)* (Дело № 1 ITLOS, 4 декабря 1997 года).

[33]См. далее главу 20 в этом томе.

Трибунал. До недавнего времени SBDC не принимал решений по каким-либо делам, но в 2011 году Камера вынесла свое первое консультативное заключение.[34]

Механизмы, регулирующие организацию и юрисдикцию ITLOS и SBDC, а также подлежащее применению право, очень подробно изложены в ЮНКЛОС и показывают, что было положено в основу их создания. Среди моментов, заслуживающих особого внимания, следует отметить, что юрисдикция ИТЛОС основана на принципе свободного выбора средств, поскольку она зависит от заявлений государств, выдвигающих трибунал в качестве предпочтительного варианта.[35]С другой стороны, юрисдикция СОБК автоматически признается всеми сторонами ЮНКЛОС.[36]Оба трибунала, в отличие от Международного суда ООН, открыты не только для государств, но и для других субъектов, включая организации, и каждый из них может делиться на небольшие палаты, чтобы предоставить сторонам, если они того пожелают, процесс, обладающий некоторыми преимуществами арбитража.

Система урегулирования споров ВТО функционирует в совершенно иной сфере.[37]Эта сложная система, созданная при создании ВТО в 1994 году, предназначена для рассмотрения споров, связанных с торговыми соглашениями, и включает в себя поэтапный процесс, включающий консультации между сторонами и возможное использование посредничества, примирения и арбитража в рамках тщательно разработанных положений, которые не могут быть описаны здесь подробно.[38]Однако в центре системы находится механизм передачи споров на рассмотрение групп, состоящих из независимых экспертов, роль которых очень похожа на роль арбитров. Затем отчеты групп подлежат рассмотрению членами органа, называемого Апелляционным органом. Последний функционирует как постоянно действующий международный торговый суд, что означает, что, хотя в процедурах ВТО значительное внимание уделяется урегулированию споров путем переговоров, система в целом имеет ярко выраженный юридический характер.

Особенностью системы ВТО является то, что принцип свободного выбора средств, обычно столь важный при урегулировании межгосударственных споров, в значительной степени отсутствует. Хотя государства поощряются к урегулированию споров путем соглашения, если они не могут этого сделать, сторона, подавшая жалобу, имеет право обратиться в комиссию.

[34]*Ответственность и обязательства государств, поручающихся за физических и юридических лиц в отношении деятельности в районе (Консультативное заключение)*, Камера по спорам, касающимся морского дна, ИТЛОС, дело № 17, 1 февраля 2011 года.

[35]Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (открыта для подписания 10 декабря 1982 года, вступила в силу 16 ноября 1994 года) 1833 UNTS 3 (UNCLOS), ст. 287.

[36]ЮНКЛОС, ст. 188. [37]См. далее глава 17 в настоящем томе.

[38]См. Ernst-Ulrich Petersmann, *The GATT/WTO Dispute Settlement System* (Dordrecht: Kluwer Law International, 1997); Merrills, above n. 3, ch. 9.

После того как комиссия представила отчет, обращение в Апелляционный орган вновь становится вопросом права, а когда стадия судебного разбирательства завершена, за контроль над исполнением решений берется политический орган - Орган по разрешению споров. Примечателен и тот факт, что, присоединяясь к Соглашению ВТО, государства не только отказываются от средства самозащиты, но и обязуются использовать исключительно его процедуры. Так, например, если спор может быть рассмотрен как в рамках ВТО, так и в рамках региональной системы, приоритет должен быть отдан первой.[39]

Несмотря на то, что система ВТО является относительно новой, она постоянно используется и регулярно демонстрирует свою ценность. Торговые споры сложны, часто связаны с кардинальными изменениями в экономических и политических силах и способны вызвать сильные страсти.[40]Если это делает мирные методы разрешения таких споров необходимыми, это также означает, что методы, способствующие примирению, не менее важны, чем те, которые направлены на обеспечение соблюдения правил. Именно поэтому система ВТО включает в себя как дипломатические, так и юридические процессы. Более того, в международном торговом праве, как и в других областях, судебное разбирательство лучше всего работает, когда правила не только применяются беспристрастно, но и пользуются всеобщим признанием. Поскольку справедливость торговых правил зависит от политики основных участников ВТО, их конечная ответственность как законодателей лежит в основе системы урегулирования споров.

Прежде чем оставить эту тему, стоит напомнить, что время от времени создаются трибуналы, которые, хотя и не предназначены для постоянного функционирования, имеют более чем преходящее существование. Уже упоминался Трибунал по претензиям между Ираном и США, действовавший на протяжении трех десятилетий, и довольно похожий орган - Комиссия по претензиям между Эритреей и Эфиопией, функционировавшая с 2000 по 2009 год.[41]Созданная для рассмотрения исков о нарушениях международного права в результате недавней войны между Эритреей и Эфиопией, Комиссия вынесла ряд решений, касающихся как применения силы, так и *jus in bello*, включая обращение с военнопленными, выбор целей для бомбардировок с воздуха и уничтожение культурных ценностей.[42]Хотя такие трибуналы не обладают долговечностью и престижем своих постоянных аналогов, тот факт, что они рассматривают ряд дел по схожим темам, позволяет им развивать судебную практику.

[39]Марракешское соглашение об учреждении Всемирной торговой организации (открыто для подписания 15 апреля 1994 года, вступило в силу 1 января 1995 года) 1967 UNTS 3 (DSU), Приложение 2.

[40]См. далее главу 17 в данном томе.

[41]John G. Merrills, "Reflections on Dispute Settlement in the Light of Recent Arbitrations involving Eritrea", in Aristotle Constantinides and Nikos Zaikos (eds.), *The Diversity of International Law* (Leiden: Brill Academic Publishers, 2009), 109.

[42]См. далее главу 15 в настоящем томе.

В этом разделе рассматриваются вопросы, связанные с их конкретной сферой ответственности. Таким образом, они могут вносить вклад в развитие международного права и в этом отношении оказывать влияние, сравнимое с влиянием постоянных трибуналов.

Судебные решения и развитие международного права

Когда государства решают прибегнуть к судебному разбирательству, это происходит не потому, что они хотят внести свой вклад в развитие международного права. Действительно, такая перспектива иногда может оттолкнуть от судебного разбирательства. Но хотя обращение в суд обычно мотивировано желанием разрешить конкретный спор, а не раздуть международную юриспруденцию, решения судов и трибуналов часто имеют именно такой эффект. Как уже отмечалось, статья 38(1)(d) Статута Международного Суда требует, чтобы Суд применял "судебные решения" вместе с "учениями ... публицистов", хотя и только в качестве "вспомогательного средства для определения норм права". Источники, перечисленные в Статье 38(1)(a),
(b) и (c), а именно "международные конвенции", "международный обычай" и "общие принципы права, признанные цивилизованными нациями", таким образом, рассматриваются как имеющие явный приоритет. Более того, ссылка на судебные решения в Статуте предваряется словами "с учетом положений статьи 59", которая предусматривает, что постановления Суда имеют обязательную силу только между сторонами и в отношении конкретного дела, что еще больше ограничивает их влияние. Все это может навести на мысль, что решения Суда, как и решения других международных судов и трибуналов, оказывают лишь незначительное влияние на развитие международного права. Однако такое мнение было бы ошибочным. Хотя было бы неправильно преувеличивать их значение, на практике судебные решения имеют гораздо большее значение, чем кажется из статьи 38(1)(d).

В международном праве не существует формальной системы прецедентов и признанной иерархии судов. Как следствие, отдельные суды и трибуналы не обязаны следовать своим собственным предыдущим решениям или решениям других судов. На практике, однако, ни одна из этих особенностей не имеет большого значения. Международные судьи должны обосновывать свои решения, и хорошее обоснование можно найти в предыдущих делах, касающихся аналогичного вопроса, который, конечно же, обычно занимал видное место в аргументации адвоката. Другие соображения также обычно говорят в пользу следования прецеденту, поскольку, как сказал один бывший судья Международного Суда,

> [Такие решения являются хранилищем юридического опыта, которого следует придерживаться; потому что они воплощают в себе то, что Суд в прошлом считал хорошим правом; потому что уважение к решениям, принятым в прошлом, обеспечивает определенность и стабильность, которые составляют суть хорошего отправления правосудия; и (второстепенное и не всегда точное соображение) потому что судьи по природе своей не желают придерживаться решений, принятых в прошлом.

> определенности и стабильности, которые являются сутью надлежащего отправления правосудия; и (второстепенное и не всегда точное соображение) потому, что судьи, естественно, не желают, в отсутствие убедительных причин для обратного, признавать, что они ранее были неправы.[43]

Безусловно, есть дела, которые представляют собой новаторский момент, когда опора на прецедент невозможна. Такие дела, очевидно, требуют судебного вдохновения, исходящего из других источников. С другой стороны, любое дело первого впечатления, скорее всего, в силу своего новаторского характера, само по себе станет мощным прецедентом в будущих делах. Аналогичным образом, тот факт, что отдельные арбитражные суды не обладают собственным прецедентным правом, не позволяет им ни использовать судебную практику, созданную другими, ни выносить решения, которые последующие суды могут использовать точно таким же образом. Правда, при рассмотрении вопроса о том, какие правовые ресурсы может использовать тот или иной орган, необходимо обращать внимание на условия его конкретного мандата, которые могут, например, требовать приоритетного использования одних материалов или исключать другие. Тем не менее, в качестве общего положения верно утверждение, что решения международных судов и трибуналов пополняют правовой запас культуры и, таким образом, увеличивают ее активы на будущее.

Конкретные примеры роли судебных решений можно увидеть, рассмотрев различные источники, к которым обращается МС в статье 38(1) своего Статута. Международные конвенции, то есть договоры и, в частности, многосторонние договоры, являются основными составными частями современного международного права, и судебные решения влияют на их действие несколькими различными способами. Хотя основу современного договорного права составляет Венская конвенция о праве международных договоров 1969 года[44],многие ее положения вытекают из международного обычного права, о чем свидетельствуют судебные решения, а ряд положений, которые не вытекают из нее, применялись в более поздних делах, что позволило более четко определить их значение и в некоторых случаях подтвердить их статус как нового обычного права. Что касается применения конкретных договорных обязательств, то и здесь судебные решения сыграли важную роль. Так, например, ключевая концепция "справедливого и равноправного" режима, которая фигурирует в более чем 2000 двусторонних инвестиционных договоров, регулярно толкуется и применяется.[45]А рассмотрение значения

[43]Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court* (Лондон: Stevens & Sons, 1958), 14.

[(44)] (Открыт для подписания 23 мая 1969 года, вступил в силу 27 января 1980 года) 1155 UNTS 331.

[45]См. например, *Saluka Investments BV* против *Чешской Республики (Частичное решение)*, ЮНСИТРАЛ, 17 марта 2006 года.

В прецедентном праве постоянно встречается требование "справедливого решения" споров о морских границах, как того требуют статьи 74(1) и 83(1) ЮНКЛОС.

В делах, которые касаются обычного международного права, неизменно возникает один или оба вопроса: доказано ли, что предполагаемая норма действительно существует? И если да, то каково ее содержание? Сейчас суды и трибуналы не могут создавать обычное международное право, которое основывается на практике государств, подкрепленной *opinio juris*, но при решении вопроса о наличии достаточных доказательств этих требований и объеме любого вытекающего из них обязательства судебные решения могут быть весьма значимыми. Начиная с первых дней существования Постоянной палаты и заканчивая последними постановлениями Международного Суда, судебная практика изобилует решениями, подтверждающими или отрицающими существование спорных обычных норм.[46]Если существование нормы не вызывает сомнений, роль судов и трибуналов заключается в том, чтобы дать ей конкретное применение, тем самым детально прояснив ее содержание. Среди очень многих примеров судебных решений, выполняющих эту функцию, можно назвать право, касающееся границ и приобретения территории, применения силы в международных делах и ответственности государств.

Как и обычное международное право, общие принципы права не изобретаются судами, а исходят от государств и, более конкретно, от национальных правовых систем, где использование того или иного принципа в достаточном количестве местных культур приводит к признанию его в качестве общего принципа международного права. Таким образом, в настоящее время выявлен целый ряд принципов, включая эстоппель, неосновательное обогащение, снятие корпоративной вуали, принцип *ex injuria jus non oritur* и ряд других.[47]И наоборот, как и в случае с обычным международным правом, не все подобные утверждения были приняты, и поэтому время от времени выносятся решения о том, что тот или иной принцип не получил достаточного признания, чтобы его можно было квалифицировать.[48]Однако важно, что в обоих случаях именно на решения международных судов и трибуналов опираются в качестве доказательства правовой позиции. Действительно, можно с определенной уверенностью утверждать, что ни один общий принцип не может должным образом рассматриваться как часть международного права до тех пор, пока он не получит отпечаток одобрения в судебном решении. Таким образом, это еще один способ, с помощью которого такие решения имеют важное значение.

[46]Обзор последней практики Суда см. в Alberto Alvarez-Jime´nez, "Methods for the Identification of Customary International Law in the International Court of Justice's New Millennium Jurisprudence 2000-2009", (2011) 60 ICLQ 681.

[47]Akehurst, выше n. 21.

[48]Например, *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico* v. *US)*, [2004] ICJ Rep. 12.

Помимо вклада в материальное право, решения судов и трибуналов играют важную роль в разработке правил и принципов, связанных с отправлением международного правосудия, включая те, которые касаются целого ряда процессуальных вопросов, от доказательств до пересмотра арбитражных решений и средств судебной защиты. Так, в числе первых дел, находящихся в производстве ППТС, много решений было вынесено в период становления основ современного арбитража, и поэтому в них содержатся многочисленные решения по этим вопросам, оказавшие большое влияние.[49]В более позднее время эта тенденция сохранилась, и судам и трибуналам всех типов приходится решать целый ряд вопросов, связанных с ведением судебного процесса. Некоторые из них, такие как средства правовой защиты и правила доказывания, уже были предметом обширной международной практики, тогда как другие, такие как полномочия суда по толкованию или исправлению арбитражного решения, носят более новый характер. В результате появилось то, что метко назвали "общим правом международного судебного разбирательства"[50], на которое в значительной степени повлияли судебные решения.

До сих пор в этом обзоре основное внимание уделялось действию судебных решений, в которых содержится обязательная часть любого решения и которые, следовательно, содержат наиболее авторитетный правовой материал. Однако не следует упускать из виду и отдельные мнения, которые могут быть уполномочены высказывать отдельные судьи, если само решение не отражает полностью или частично их единодушное мнение. Большинство международных судов и трибуналов допускают такое индивидуальное выражение мнений, и в форме совпадающих или несогласных мнений они могут внести конструктивный вклад в развитие права. Особое мнение может сделать основное решение более рельефным, указав на аргумент, который суд отверг. Это приводит к лучшему пониманию того, что было решено, и более широких последствий дела. Более того, любое отдельное мнение обычно представляет альтернативную линию анализа или содержит другой акцент, и как таковое может вдохновить или побудить к повторному рассмотрению данного вопроса в будущем. Таким образом, хотя значение особых мнений относительно скромно, их роль в применении, толковании и развитии права не следует сбрасывать со счетов.[51]

В 1970 году один из видных членов Международного Суда отметил, что "поскольку конкретные законодательные действия, имеющие обязательную силу, в настоящее время невозможны в

[49]Примеры см. в резюме работы ППТС выше в п. 8.
[50]Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication* (Oxford University Press, 2007).
[51]См. далее: Ijaz Hussain, *Dissenting and Separate Opinions at the World Court* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1984).

в международной сфере судебные решения того или иного рода представляют собой основной метод, с помощью которого право может получить конкретное разъяснение или развитие".[52]Четыре десятилетия спустя многие сегодня, возможно, были бы склонны согласиться с другим уважаемым судьей, который в 1995 году предостерег от придания слишком большого значения словам судей и предположил, что международное право сейчас, возможно, "выходит из той стадии, когда можно было надеяться на увеличение числа дел в Суде просто для того, чтобы получить авторитетное изложение и развитие права".[53]Но если в настоящее время существует гораздо больше международного права, чем раньше, то, как следствие, международным судам также приходится больше толковать и применять, а спрос на их услуги возрастает в связи с ростом популярности судебных разбирательств. В этой ситуации "судебные решения того или иного рода", безусловно, не утратили своей ценности.

Более широкое значение международных судебных процессов

Значение права и правовых институтов для урегулирования межнациональных споров - тема, породившая обширную и очень разнообразную литературу. По мнению одних, ответ на все мировые проблемы можно найти в правовых кодексах и международных трибуналах. Другие, наблюдая за пренебрежением к законности, которое часто является характерной чертой международных кризисов, считают, что право в лучшем случае играет незначительную роль в мировых делах, а в худшем - является благонамеренной иллюзией. Сильные и слабые стороны правовых методов занимают важное место в любом обзоре мирных методов урегулирования и будут рассмотрены довольно подробно в последующих главах. В качестве фона для этого обзора и в завершение этого введения в роль судебного разбирательства, возможно, будет полезно определить ряд общих соображений, касающихся того, как международные суды и трибуналы используются в настоящее время.

С самого начала стоит подчеркнуть два момента. Первый заключается в том, что значение права в мире и значение судебного разбирательства - это разные вопросы. Хотя трудно представить себе судебное разбирательство без права, право без судебного разбирательства уже давно стало нормой в международных делах. Другой момент заключается в том, что когда суды и трибуналы используются, они не действуют изолированно, а регулярно взаимодействуют с политическими институтами и процессами. Так, например, передача спора в Международный Суд может быть вызвана давлением со стороны межправительственной организации и

[52]*Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd (Belgium* v. *Spain) (Second Phase)* [1970] ICJ Rep. 3, особое мнение судьи сэра Джеральда Фицмориса, 65.

[53]Robert Y. Jennings, 'The International Court of Justice after Fifty Years', (1995) 89 AJIL 493, 498.

Переговоры между сторонами могут потребоваться для определения вопроса, который будет задан, и могут действительно продолжаться по существу спора, пока идет судебное разбирательство. На этапе после вынесения решения может потребоваться техническая помощь со стороны ООН или дальнейшие переговоры, возможно, при содействии посредника, для решения вопросов демаркации границ или аналогичных вопросов, касающихся реализации.

Что касается видов споров, которые может рассматривать судебная практика, то важно признать, что суды и трибуналы не обладают всеобъемлющей способностью решать международные проблемы, а занимают довольно специализированное место среди методов урегулирования споров. Одним из отражений этого является то, что судебные органы, в отличие от политических институтов, не могут быть привлечены к решению ситуаций, в которых существует повсеместная напряженность, но нет конкретного спора, который необходимо разрешить. Более того, поскольку обычная функция судебного разбирательства заключается в прекращении споров путем применения закона, многие международные проблемы не подлежат разрешению в судебном порядке, поскольку они не представляют собой правовых вопросов или правовые вопросы отходят на второй план по сравнению с политическими или иными соображениями. Таким образом, МС указал, что в качестве общего правила он не может принимать дела, требующие, скажем, политической или экономической оценки, а не правового решения,[54]и, кроме того, он должен отказываться отвечать на вопросы, которые являются спорными или представляют лишь исторический интерес.[55]

В чем же тогда заключается особое место судебного разбирательства? Поскольку решение суда или трибунала является обязательным, оно представляет собой хороший способ решения проблем, когда устранение камня преткновения считается более важным, чем фактический результат. И наоборот, когда результат имеет первостепенное значение, судебное разбирательство, скорее всего, будет непривлекательным, потому что оно просто слишком рискованно. Этот тезис подкрепляется осознанием того, что судебное решение не только является диспозитивным, но и имеет тенденцию к получению решения типа "победитель получает все". Иногда эти ограничения можно преодолеть, если деликатно добиваться лишь частичного решения или использовать оговорку о выборе права, поощряющую компромисс. Однако это не всегда возможно. Поэтому неудивительно, что государства, как известно, неохотно берут на себя общее обязательство передавать свои споры в МС, в то время как в отдельных случаях они готовы это сделать. Это также объясняет популярность ITLOS и системы коллегий ВТО, которые созданы для конкретной цели, где обязательства сторон определены, а судьи обладают специальными знаниями.

[54]См. *Хайя-де-ла-Торре (Колумбия* против *Перу) (Решение)*, [1951] ICJ Rep. 71.
[55]См. *Северные Камеруны (Камерун* против *Соединенного Королевства) (Предварительные возражения)*, [1963] ICJ Rep.
ICJ Rep. 15.

Помимо окончательности, судебное разбирательство спора имеет преимущества упорядоченной и рациональной процедуры и законного результата, обусловленного предварительным принятием процесса сторонами.[56]Учитывая эти преимущества, мало кто будет сомневаться в том, что судебное разбирательство хорошо подходит для споров технического характера. Однако вопрос о том, подходит ли оно для межгосударственных споров с политическим аспектом, является более сложным.[57]При решении этого вопроса МС принял принцип, который на самом деле является основополагающим для всех международных судебных решений. Он заключается в том, что суды и трибуналы существуют для разрешения правовых проблем, и поэтому, если дело представляет собой правовой вопрос, они не могут препятствовать его разрешению только потому, что в нем есть и политические элементы.[58]Легко понять, что такая позиция необходима для функционирования судебной системы. Лишь немногие споры между государствами лишены политических элементов, поскольку государства являются политическими единицами. Поэтому признание того, что дело не может быть решено, если в нем есть политические элементы, позволило бы заблокировать практически любое дело. Совершенно справедливо этот абсурдный вывод был отвергнут.

Поскольку большинство международных споров имеют как правовое, так и политическое измерение, не стоит удивляться тому, что иногда споры передаются на рассмотрение правовых и политических институтов одновременно. Например, спор о заложниках в Тегеране между США и Ираном рассматривался и в Международном суде, и в Совете Безопасности ООН, а в споре о Никарагуа участвовали и Суд, и Совет Безопасности, и региональная процедура Contadora. Подобные дела явно поднимают вопрос о взаимоотношениях между юридическими и дипломатическими процессами, в отношении которых Суд, как и следовало ожидать, считает, что каждый из них имеет свою собственную сферу деятельности и ни один из них не имеет права на приоритет по отношению к другому в принципе.[59]Это полезно, но оставляет открытыми такие вопросы, как законность действий Совета Безопасности может быть оспорена в судебном порядке, - проблема, на которую пока нет четкого ответа.[60]

[56]См. Richard B. Bilder, 'International Dispute Settlement and the Role of Adjudication', in Lori Fisler Damrosch (ed.), *The International Court of Justice at a Crossroads* (New York: Transnational Publishers, 1987), 155.

[57]См. далее главу 2 в этом томе.

[58]Обсуждение дел, в которых высказывалась эта точка зрения, см. в Merrills, выше, n. 3, гл. 7.

[59]Там же, гл. 10.

[60]Dapo Akande, "The International Court of Justice and the Security Council: Есть ли возможность для судебного контроля за решениями политических органов ООН?", (1997) 46 ICLQ 309.

Когда стороны спора выбирают судебное разбирательство, например, заключая арбитражное соглашение или совместно обращаясь в Международный суд, они, по сути, соглашаются с тем, что юридические и политические аспекты их спора должны быть разделены. С другой стороны, когда дело передается в суд или трибунал в одностороннем порядке, это может свидетельствовать о том, что стороны по-разному рассматривают спор: заявитель считает правовой аспект первостепенным, а ответчик подчеркивает его политические аспекты и поэтому считает его непригодным для судебного разбирательства. Как уже отмечалось, суд вправе разрешить такое дело при наличии у него юрисдикции, несмотря на разные взгляды сторон, и сделает это, выделив правовой элемент. Таким образом, судьи или арбитры пытаются осуществить "деполитизацию" спора, которую стороны не смогли достичь консенсусом.

Вышесказанное имеет огромное значение, поскольку означает, что, хотя суды и трибуналы формально компетентны рассматривать спор, в котором присутствуют правовые вопросы, какой бы чувствительной ни была его политическая подоплека, сторона, чья основная забота связана с неправовыми элементами спора, может не захотеть признать правовое решение. Это, безусловно, ограничивает вклад, который может внести судебный процесс в разрешение межнациональных споров на практике. Именно поэтому так важно понимать взаимодействие правовых и политических процессов и именно поэтому при описании системы ВТО было обращено внимание на роль консультаций и необходимость создания торговых правил, которые могут принять все государства.[61]Недостаточно иметь суды и трибуналы, готовые выносить правовые решения. Убедить государства использовать их и сделать их решения эффективными - вот задачи, коренящиеся в их политическом контексте. Эти вопросы рассматриваются далее в следующей главе.

Заключение

Международное право требует, чтобы государства разрешали свои споры только мирными средствами. К таким средствам относятся арбитраж и судебное урегулирование, оба из которых предназначены для выработки обязательных решений, обычно на основе международного права. Арбитраж использует трибунал, созданный сторонами, в то время как судебное урегулирование использует постоянный суд, такой как Международный Суд. В любой из этих форм стороны должны дать согласие на осуществление юрисдикции судом или трибуналом до вынесения решения. Хотя основная функция судебных разбирательств заключается в разрешении споров, тот факт, что решения должны быть обоснованы ссылками на правовые принципы, означает, что они также способствуют развитию международного права. Однако судебные разбирательства,

[61]См. далее глава 17 в настоящем томе.

не подходит для всех международных споров, и государства иногда не согласны с тем, следует ли его использовать в конкретном случае. Следовательно, судебное разбирательство не является панацеей, но при наличии необходимых условий, в частности, спора соответствующего типа и признания юрисдикции трибунала, оно может внести реальный вклад в развитие международного права и правосудия.

2

Судебная практика в сравнении с разрешением споров через политические процессы

ШИРЛИ ПРОТИВ ск отт

"Судебный процесс, - заметил однажды Шабтай Розенн, - это всего лишь фаза в разворачивающейся политической драме"[1]Хотя это и верно, не каждая политическая драма включает в себя фазу судебного процесса. Международное право предусматривает целый ряд методов разрешения споров, включая переговоры, посредничество и примирение, и, несмотря на недавний рост числа международных судов и трибуналов, для государств по-прежнему гораздо более привычным является урегулирование разногласий с помощью дипломатии и двусторонних переговоров. Поэтому цель данной главы - описать некоторые факторы, которые, как можно ожидать, будут принимать во внимание лица, принимающие решения на национальном уровне, при принятии решения о включении или невключении стадии судебного разбирательства в разворачивающуюся политическую драму или разрешение международного спора. Примеры будут взяты в основном из практики Международного суда (МС или Суда) как "классического" международного суда. Однако в начале главы проводится различие между политическим и юридическим взглядом на разрешение споров между третьими сторонами в международном праве.

Две конкурирующие парадигмы, в рамках которых можно рассматривать международное судопроизводство

Начнем с рассмотрения двух конкурирующих мировоззрений или парадигм, в рамках которых можно рассматривать вопрос о соотношении судебного и политического урегулирования. Первая - это парадигма международного права. В рамках этой системы отправной точкой является набор вариантов разрешения споров, перечисленных в статье 33(1) Устава ООН, а также ряд международных судов и трибуналов, которые сегодня находятся в распоряжении государств. Затем можно задать вопросы о разрешении споров с помощью этих методов. В этой первой схеме

Я хотел бы поблагодарить Орли Захаву за ее ценную помощь в проведении исследований.

[1]Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-1996*: *The Court and the United Nations Vol. I*, 3rd edn (The Hague: Martinus Nijhoff, 1997), 3.

Цель использования законных методов для мирного разрешения спора является само собой разумеющейся, и основными объектами интереса являются методы или институты разрешения спора. Вторая схема - это политическая схема, и в ней реальные цели вовлеченных сторон гораздо менее ясны и могут быть неизвестны даже международным юристам, работающим над делом. Более того, скорее всего, целей у каждого государства будет несколько, и можно предположить, что разрешение споров не будет стоять во главе списка.

Почему государство может не ставить разрешение спора своей главной целью? Возможно, дело в том, что разрешение спора не представляется возможным, или просто в том, что государство находится в более выгодном положении по отношению к спорному вопросу, чем то, в котором оно окажется по условиям любого возможного разрешения. В то время как цель разрешения спора занимает центральное место в парадигме международного права, в политической системе ее может и не быть. Действительно, хотя в рамках международного права спор считается предметом объективного определения,[2]в политических терминах одна из сторон может отрицать существование спора. Аналогичным образом, даже разрешение правового спора может не означать, что стороны признают, что спор прекращен и гармоничные отношения восстановлены. Пока это признание не достигнуто, международные юристы могут категорически заявлять о том, что спор разрешен, но их декларации будут пустым звуком. Международное право в конечном итоге является посредником в разрешении споров, находящимся во власти тех, кому оно стремится помочь.

Стоит рассмотреть эти моменты в начале нашего исследования, потому что слишком легко предположить, что государства захотят, чтобы их споры были разрешены, что в разрешении спора есть что-то благородное.[3]Обратите внимание, что даже с точки зрения международного права, Статья 33(1) Устава не налагает на государства позитивного обязательства разрешать все свои споры, а ссылается на мирное разрешение любого спора "the

[2]Как отметил Международный Суд в *деле "Международный статус Юго-Западной Африки (Консультативное заключение)"*, [1950] ICJ Rep. 65, 74,

> [Одной из сторон в спорном деле недостаточно утверждать, что спор с другой стороной существует. Простого утверждения недостаточно для доказательства существования спора, равно как и простое отрицание существования спора доказывает его отсутствие. Также недостаточно показать, что интересы двух сторон в таком деле противоречат друг другу. Необходимо доказать, что требование одной стороны вызывает положительное противодействие со стороны другой.

[3]В отличие от этого, Джон Коллиер и Вон Лоу в основу своего учебника положили предположение о том, что "споры - или, говоря более строго, конфликты, из которых возникают споры, - не являются полностью нежелательными, а имеют определенные ценные характеристики, и что надлежащая функция права заключается в управлении, а не в подавлении или разрешении конфликта". Джон Коллиер и Воган Лоу, *Урегулирование споров в международном праве: Институты и процедуры* (Oxford University Press, 2000), 1.

продолжение которого может поставить под угрозу поддержание межгосударственного мира и безопасности". То, что иногда приводится в качестве образцового примера международного сотрудничества - система Договора об Антарктике, - основано на неразрешении спора о суверенитете.

Если мы хотим задать вопрос о факторах, которые побуждают государство обращаться к международному судопроизводству, нам придется работать в политических рамках, хотя внутри политики и находится сфера международного права. Несколько десятилетий назад Коплин писал о Всемирном суде, описывая то, что он называл "процессом международных переговоров"[4], и я думаю, что этот термин - или, возможно, более мягкий термин "дипломатия" - остается полезным при попытке понять поведение государств по отношению к Суду. Он подчеркивает тот факт, что обращение в Международный Суд редко является самоцелью, а лишь шагом в более широком политическом процессе. Суд может играть решающую роль в международных переговорах даже в тех случаях, когда дело не доходит до решения по существу.

Является ли Международный суд ООН подходящей "моделью" международного суда?

Международный суд ООН часто рассматривается как классический международный суд, но одним из наиболее поразительных событий в международной правовой системе после окончания холодной войны стало распространение международных судов и трибуналов.[5]Это распространение было таким, что некоторые "представляют себе мир, в котором международное верховенство права зависит от интегрированной сети международных судов, обеспечивающих повышенную предсказуемость и подотчетность в вопросах экономики и преступности, войны и мира".[6]В этом контексте Международный Суд уже нельзя назвать типичным среди действующих судов и трибуналов - количество органов, предоставляющих право на защиту негосударственным образованиям, например, сейчас значительно превышает число тех, чья юрисдикция ограничена

[4]William D. Coplin, "The World Court in the International Bargaining Process", in Robert W. Gregg and Michael Barkun (eds.), *The United Nations System and its Functions: Selected Readings* (Princeton: D. Van Nostrand, 1968), 317.

[5]Cesare P. R. Romano, 'The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle', (1999) 31 *New York University Journal of International Law and Politics* 709, 709.

[6]Daniel Terris, Cesare P. R. Romano, and Leigh Swigart, *The International Judge: An Intro-duction to the Men and Women Who Decide the World's Cases* (Hanover, NH: Brandeis University Press, 2007), 222.

[7]В связи с этим возникает вопрос о том, насколько выводы, сделанные на основе поведения государств в отношении Международного Суда, применимы к другим судам и трибуналам. Существует мнение, что Международный Суд не является особенно полезной моделью разрешения споров.[8]Выводы, сделанные на основе анализа Международного Суда, могут быть не переносимы на другие современные международные суды и трибуналы.

Рассмотрение всех международных судов и трибуналов как функционально равноправных может ввести в заблуждение. Романо целесообразно разделить международные суды и трибуналы на четыре типа, только один из которых он относит к классическим межнациональным судам, или судам только для государства, основной функцией которых является разрешение межгосударственных споров. К этой категории он относит только Международный суд ООН, Международный трибунал по морскому праву (ITLOS) и систему разрешения споров Всемирной торговой организации (ВТО). Во-вторых, это суды по правам человека, такие как Европейский суд по правам человека, Межамериканский суд по правам человека и Африканский суд по правам человека и народов. Их задача - предоставлять средства правовой защиты лицам, чьи права человека были нарушены; по мнению Романо, если рассматривать их как посредников в разрешении споров, то это не учитывает их жизненно важную роль как хранителей и разработчиков закона. Третьими и наиболее многочисленными являются суды региональной экономической и/или политической интеграции, включая Европейский суд, Суд Европейского соглашения о свободной торговле и Карибский суд. Эти суды выполняют множество функций, в том числе разрешают споры между органами сообщества и государствами-членами, а также между физическими лицами или корпорациями и органами сообщества или государствами-членами по вопросам содержания и применения права сообщества. В-четвертых, это международные уголовные суды, такие как Международный уголовный суд (МУС) и Международный уголовный трибунал по Руанде (МУТР),[9]которые на самом деле не разрешают споры между государствами, а выносят решения по международным преступлениям и, в случае необходимости, применяют уголовное наказание.

[7]Романо, выше, п. 5. Альварес предостерегает нас от предположения, что это равносильно "реальному доступу". Jose´ E. Alvarez, "The New Dispute Settlers: (Half) Truths and Consequences", (2003) 38 *Texas International Law Journal* 405, 411-12.

[8]Например, мнение Барри Картера. См. его замечания в "Сравнительном анализе институтов разрешения международных споров", (1991) 85 *Proceedings of the Annual Meeting* (*American Society of International Law*) 64, 64.

[9]Чезаре Романо, "Соединенные Штаты и международные суды: Getting the Cost-Benefit Analysis Right', in Cesare Romano (ed.), *The Sword and the Scales: The United States and International Courts and Tribunals* (Cambridge University Press, 2009), 424.

Поэтому представляется, что, поскольку мы рассматриваем вопрос о том, при каких обстоятельствах государство может принять решение о возбуждении судебного процесса против другого государства, есть несколько причин, по которым целесообразно начать с рассмотрения вопроса о МС. Во-первых, когда государство делает такой выбор, во многих случаях у него не такой уж большой выбор форумов, как может показаться при первом взгляде на количество существующих в настоящее время судов. Во-вторых, Всемирный суд является старейшим из судов и трибуналов, и, несмотря на увеличение их числа, по-прежнему актуально анализировать их возникновение и развитие как институтов, схожих с МС или отличающихся от него. Организация Объединенных Наций - нетипичная международная организация, поскольку она является одновременно глобальной и многопрофильной, и все же мало кто может предположить, что ООН не имеет значения для изучения международных организаций. И, в-третьих, Международный Суд ООН остается единственным международным судом, обладающим общей юрисдикцией для рассмотрения дела по любому вопросу международного публичного права с участием государств, и имеет системное значение, поскольку его решения могут быть приведены в исполнение Советом Безопасности ООН. Поэтому в данной главе будут приведены примеры практики государств в отношении Международного суда, а также некоторые ссылки на участие в процессах разрешения споров в ВТО.

Факторы, которые могут повлиять на решение о возбуждении судебного дела

Обращение к закону при разрешении споров обычно выбирается потому, что оно сулит одной или нескольким сторонам определенные краткосрочные или долгосрочные выгоды.[10]Поэтому в центральной части данной главы будет изложен ряд вопросов, которые целесообразно задать национальным директивным органам, когда на повестке дня стоит вопрос о возбуждении судебного процесса, чтобы оценить, будет ли судебный процесс в данных конкретных обстоятельствах хорошим вариантом. Конечно, скорее всего, этот вопрос был поставлен на обсуждение в стране, правовая культура которой предполагает большое количество судебных разбирательств. В качестве примера можно привести Соединенные Штаты, где правовая культура гораздо более склонна к судебным разбирательствам, чем в Китае. В традиционной китайской правовой культуре судебных разбирательств следовало избегать.[11]Количество судебных разбирательств меняется, но как внутренняя ситуация в стране, так и ее участие в работе Международного Суда остаются неизменными.

[10]Collier and Lowe, выше, n. 3, I.

[11]Esther Lam, *China and the WTO: A Long March towards the Rule of Law* (Austin, TX: Wolters Kluwer, 2009) 12.

В отличие от Соединенных Штатов, где внутри страны судебные процессы приобрели такой размах, что комментаторы говорят о "судебном кризисе".[12]Возможно, судебный кризис и не является таковым в том смысле, что Соединенные Штаты инициируют множество дел в МС, но стоит учитывать, что по международным стандартам Соединенные Штаты принимают самое активное участие в жизни Суда.[13]

Государства редко обращаются к судебному разбирательству в качестве первого шага в назревающей политической драме. Например, дела в МС, связанные с пограничными спорами, обычно следуют за военным конфликтом, который либо заводит в тупик, либо заставляет вовлеченные государства решить, что дальнейший конфликт будет слишком дорогостоящим.[14]Новая Зеландия потратила десятилетие на двусторонние переговоры и дебаты в ООН, прежде чем обратиться в Суд по делу о *ядерных испытаниях*;[15]заявления Великобритании и Западной Германии по делам о *юрисдикции рыболовства*[16]последовали за более чем десятью годами интенсивных переговоров.[17]

Государства, естественно, стремятся сохранить свои суверенные возможности,[18]а судебный процесс накладывает ограничения на набор аргументов и ходов, которые может предпринять правительство.[19]Судебный процесс, как правило, рискованный и длительный, а его результат непредсказуем,[20]так что шансы перевешивают в пользу решения в пользу судебного процесса. Поэтому, если лица, принимающие решения на национальном *уровне, все же* решают начать судебный процесс, можно ожидать, что они уже определились с ответом на один из следующих вопросов. Однако следует учитывать, что результаты приведенных ниже рассуждений находятся в сложной взаимосвязи друг с другом, поэтому в большинстве случаев не существует простой корреляции между

(12) G. Alan Tarr, *Judicial Process and Judicial Policymaking*, 5th edn (Boston: Wadsworth, 2010), 213.

[13]См. далее главу 5 в этом томе.

[14]Robert O. Keohane, Andrew Moravcsik, and Anne-Marie Slaughter, 'Legalized Dispute Resolution: Межгосударственное и транснациональное", (2000) 54 *International Organization* 457, 480.

[15]*Дела о ядерных испытаниях* (*Австралия* против *Франции, Новая Зеландия* против *Франции*) (*по существу*), [1974] ICJ Rep. 457.

[16]*Юрисдикция в области рыболовства (Соединенное Королевство* против *Исландии) (по существу)*, [1974] ICJ Rep. 3; *Юрисдикция в области рыболовства (Федеративная Республика Германия* против *Исландии) (по существу)*, [1974] ICJ Rep. 175.

[17]Dana D. Fischer, 'Decisions to Use the International Court of Justice: Четыре недавних дела", (1982) 26 *International Studies Quarterly* 251, 255-6.

[18]Charles N. Brower, 'The Case for Cross-Border Litigation: The Continent that Sues Together Hews Together", (1974) 68 *American Society of International Law Proceedings* 239, 241.

[19]Макс Соренсен, "Международный суд: Его роль в современных международных отношениях", (1960) 14 *International Organization* 261, 275.

[20]Terry D. Gill, *Litigation Strategy at the International Court: A Case Study of the Nicaragua v. United States Dispute* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1985), 52.

ответ на любой из приведенных ниже вопросов и решение о начале судебного разбирательства. Из каждого правила есть исключения, а переменные зависят от правительства и проблемы, о которой идет речь. Список начинается с вопросов, которые являются преимущественно юридическими, переходит к тем, в которых хорошо сочетаются как юридические, так и политические элементы, а затем переходит к тем, которые являются преимущественно политическими.

1 Сможем ли мы выиграть дело, если будет вынесено решение по существу?

Несмотря на то, что до половины всех дел, передаваемых в Международный Суд, не приводят к решению по существу,[21]государство, затевающее судебный процесс и считающее, что оно имеет преимущество в моральном плане, должно быть уверено, что это преимущество отражается в относительной силе его правовой аргументации. Хотя согласно статье 38(2) своего Статута Международный Суд м о ж е т принять решение по делу на основе справедливости и доброй совести (*ex aequo et bono*), а не в соответствии с международным правом, если стороны согласны на это, он никогда не делал этого. В 1950-х годах Австралия не хотела обращаться в Международный суд, когда у нее возник спор с Японией по поводу ловли жемчуга, поскольку официальные лица в Канберре и Лондоне считали, что Япония находится в более сильной правовой позиции.[22]Чтобы оценить правовую силу позиции правительства, необходимо суждение, и правительственные юристы играют важную роль в этом определении.

Даже если ответ не будет утвердительным, участие в разработке закона можно считать преимуществом. Действительно, в некоторых случаях полезнее прояснить закон, чем "выиграть" дело. По словам Ровайна, дела по *континентальному шельфу Северного моря* продемонстрировали возможности формулирования вопросов, которые дают правовую консультацию, а не окончательное решение.[23]Очень активное участие Европы и США в разрешении споров ВТО означает, что эти страны сыграли свою роль в формировании соответствующего права, что имеет большое значение при последующих спорах.

[21]Erwin Mu¨ller and Patricia Schneider, 'The ICJ 1945-2001: Empirical Findings about its Performance and Recommendations for an Improvement of Its Efficiency', (2007) 3 *Review of International Law and Politics* 71, 80.

[22]Ширли В. Скотт, "Включение оседлого рыболовства в доктрину континентального шельфа", (1992) 41 ICLQ 788.

[23]Arthur W. Rovine, 'The National Interest and the World Court', in Leo Gross (ed.), *The Future of the International Court of Justice Vol. I* (Dobbs Ferry, NY: Oceana, 1976) 324.

Это также означает, что собственные юристы приобретают ценный опыт, которого нет у неучастников.[25]С другой стороны, может возникнуть риск, связанный с выяснением того, что политические предпочтения или действия человека не подкреплены законом.

При оценке вероятного успеха в международном суде можно учесть состав нынешней коллегии и послужной список отдельных судей. Карьера одних судей отражает больше политических наклонностей, чем карьера других - например, работа независимым профессором или юристом может быть менее политически окрашенной, чем работа на дипломатической службе страны. Судебные труды судей могут указывать на то, в какую сторону они склонятся в потенциальном деле.[26]Похоже, что в некоторых случаях штаты проводят тщательный анализ отдельных судей на скамье подсудимых, а в других - нет.[27]

Средние державы - и, как нам хотелось бы думать, великие державы - могут взвесить не только свои краткосрочные выгоды, но и долгосрочные преимущества передачи спора на разрешение третьей стороны и быть готовыми принять и соблюдать потенциально неблагоприятный исход. Соединенное Королевство стало важным примером этого еще в 1870-х годах, когда оно не только было готово передать споры с Соединенными Штатами, возникшие в результате Гражданской войны, в арбитраж, но и согласилось с условиями Вашингтонского договора, которые почти наверняка обеспечили бы ему проигрыш в арбитраже *Алабамы*.[28]Великобритания должным образом выплатила 15 500 000 долларов золотом, присужденных арбитражным судом [(29)], что в пересчете на сегодняшний день примерно равно 150 млрд фунтов стерлингов.[30]

Хотя Соединенные Штаты решили больше не принимать факультативную оговорку после дела *Никарагуа*,[31]с тех пор они были стороной в ряде дел в МС,[32]и вполне возможно, что дело поощряется

[24]См. далее глава 17 в данном томе.

[25]См. Ширли В. Скотт, "Международное право и развивающиеся страны", в Robert Denemark (ed.), *The International Studies Encyclopedia Vol. 7* (Oxford: Wiley Blackwell, 2010) 4110.

[26]Fischer, выше n. 17, 259. [27]Ibid.

[28]Allan Nevins, *Hamilton Fish: The Inner History of the Grant Administration Vol. II*, rev. edn (New York: Frederick Ungar, 1957), 483.

[(29)] A. M. Stuyt, *Survey of International Arbitrations, 1794-1989*, 2nd edn (Dordrecht: Marti-nus Nijhoff, 1972), 96.

[30]Том Бингем, "Арбитраж по искам *Алабамы*", (2005) 54 ICLQ 1, 1.

[31]*Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее (Никарагуа* против *Соединенных Штатов) (Юрисдикция и приемлемость)*, [1984] ICJ Rep. 392.

[32]См. далее главу 5 в настоящем томе.

развивающимся странам думать, что Суд не будет предвзято относиться к ним. Однако включение этапа судебного разбирательства в политическую драму с целью получения долгосрочных выгод от демонстрации поддержки Суда может быть соображением, которое чаще возникает, когда государство выступает в роли ответчика, чем когда оно решает, начинать или не начинать разбирательство.

2 Каково отношение потенциального государства-ответчика или государств к Международному суду и его юрисдикции?

Отношение государства или группы государств к разрешению споров третьей стороной в международном праве - и, следовательно, перспективы признания ими юрисдикции Международного Суда вообще или в отношении конкретного дела - формируется, в очень широком смысле, историческим, политическим и культурным опытом и традициями этих государств, их правовой культурой и традициями внешней политики.[33]Хотя географическое распределение пользователей Суда всегда было весьма обширным,[34]в первые годы существования Международного Суда азиатские и африканские государства были заметно недопредставлены.[35]В последние годы значительно увеличилось количество дел, в которых фигурируют государства из этих регионов.

Если потенциальное государство-ответчик не признало юрисдикцию МС и вряд ли сделает это, если его пригласят, возбуждение дела в МС может оказаться невозможным, независимо от того, хочет оно этого или нет и имеет ли оно сильные позиции в отношении существа дела. Иногда потенциальное государство-ответчик даже не признает наличие спора, как, например, в преддверии дела *Амбатилос* с участием Греции и Соединенного Королевства.[36]Можно предположить, что государство все же может пойти на возбуждение дела в таких случаях, возможно, по одной из причин, о которых говорится ниже, но это не всегда приносит плоды. Когда Союзная Республика Югославия в 1999 году попыталась привлечь Соединенные Штаты к разбирательству в Международном суде в связи с бомбардировками НАТО во время кризиса в Косово, Югославия пыталась утверждать, что

[33]Gill, выше n. 20, 50.

[34]Hugh Thirlway, 'The International Court of Justice 1989-2009: В сердце системы урегулирования споров?", (2010) 57 *Netherlands International Law Review* 347, 349.

(35) R. P. Anand, 'Attitude of the "New" Asian-African Countries towards the International Court of Justice', in Frederick E. Snyder and Surakiart Sathirathai (eds.), *Third World Atti-tudes Toward International Law: An Introduction* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1987) 163.

[36]*Ambatielos (Greece* v. *United Kingdom) (Merits)*, [1953] ICJ Rep. 10. См. Shabtai Rosenne, *The World Court: What It Is and How It Works*, 4th edn (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1989), 174.

В этом случае Суд не смог бы принять решение о том, что Суд обладает юрисдикцией на трех основаниях, одно из которых - Конвенция о геноциде, но Соединенные Штаты сделали оговорку к этому положению, и Суд постановил, что в данном случае он не обладает юрисдикцией.[37]Трудно представить, что Югославия много выиграла от этой попытки.

Если другое государство может согласиться передать спор в Суд по специальному соглашению, то это означает, что оно либо считает себя в более сильной правовой позиции, либо готово пойти на компромисс. Часто именно в отношении дел, специально переданных на рассмотрение Суда по специальному соглашению, Международный Суд был по-настоящему эффективен.[38]Такие арбитражные дела, например, дело *Минкьерса и Экрехоса*,[39]обычно характеризуются решающими правовыми вопросами и низкой политической стоимостью.[40]

3 *Если бы решение было вынесено в нашу пользу, согласилась бы с ним другая сторона/другие стороны и выполнила бы это постановление?*

Здесь мы подходим к вопросу о соблюдении. Существует вероятность выигрыша, но также и неудовлетворительного исполнения судебного решения. Это может произойти потому, что у другой стороны нет средств или опыта для выполнения решения, или потому, что государство может оказаться под сильным внутренним давлением, чтобы не выполнять решение или, возможно, выполнять его номинально. Это более вероятно в тех случаях, когда государство-ответчик не очень высоко ценит МС и его роль. В отношении дела о *дипломатическом персонале в Тегеране* (1980 г.)[41]Суд принял решение в пользу США, но спор не был разрешен до освобождения заложников, что в конечном итоге произошло при посредничестве Алжира. Среди других дел, в которых решение против нежелающего государства не смогло урегулировать спор, можно назвать дела о *юрисдикции в области рыболовства* (1974)[42]и дело *Никарагуа*.[43]

[37]*Законность применения силы (Югославия* против *Соединенных Штатов) (временные меры)*, [1999] ICJ Rep. 761.

[38]Mark W. Janis, *An Introduction to International Law*, 3rd edn (Gaithersburg: Aspen, 1999), 128.

[39]*Minquiers and Ecrehos (France/United Kingdom)*, [1953] ICJ Rep. 47.

[40]Janis, выше n. 38, 130.

[41]*Дипломатический и консульский персонал Соединенных Штатов в Тегеране (Соединенные Штаты* против *Ирана) (решение)*, [1980] ICJ Rep. 3.

[42]*Юрисдикция в области рыболовства (Соединенное Королевство* против *Исландии) (по существу)*, [1974] ICJ Rep. 3; *Юрисдикция в области рыболовства (Федеративная Республика Германия* против *Исландии) (по существу)*, [1974] ICJ Rep. 175.

[43]Выше, п. 31. См. John G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 4th edn (Cambridge: Grotius Publications, 2005), 175.

Факты свидетельствуют о том, что государства выполняют решения МС в большинстве, хотя и далеко не во всех спорных случаях; однако соблюдение временных мер не так хорошо.[44]Принимая решение о возбуждении разбирательства, национальные директивные органы должны подумать о том, что они будут делать, если другая сторона или стороны не будут полностью выполнять решение, а также посмотреть в зеркало, чтобы понять, будут ли они сами рады подчиниться неожиданному постановлению. Тот факт, что другая сторона может не согласиться с судебным решением и не выполнить его, не обязательно исключает решение о судебном разбирательстве, если целью не является разрешение спора как такового.

4 Насколько этот вопрос подходит для решения в судебном порядке?

Здесь возникает вопрос о природе самого спора, который имеет как юридическое, так и политическое измерение. С юридической точки зрения, хотя Международный Суд не отказывается от рассмотрения дела только потому, что оно связано с политикой, - если бы он так поступал, у него не осталось бы много дел для решения, - Суд действует по принципу: если вопрос, переданный на рассмотрение Суда, таков, что не может быть решен путем применения правовых критериев, то, если только его компетенция не была расширена сторонами, он должен отказаться от вынесения решения.[45]

С политической точки зрения международное судопроизводство может быть более способно разрешить некоторые вопросы, чем другие. Существует вероятность того, что даже если другие стороны подчинятся, это не разрешит спор, или что практически по определению спор не поддается какому-либо компромиссу. Это наиболее вероятно в тех случаях, когда политическая значимость вопроса высока, а цели игроков взаимно несовместимы. Если, например, в центре спора находятся конкурирующие претензии на единоличное пользование участком территории, а характер этих претензий таков, что ни одна из сторон не может рассчитывать на отказ от своих притязаний, судебное решение в пользу одной из сторон по определению не способно разрешить спор.

5 Может ли обращение в суд выровнять ситуацию в нашу пользу?

Так уж сложилось в жизни, что более могущественные государства охотнее удовлетворяют свои потребности и желания, чем менее могущественные. Обращение в Международный Суд может поставить маленькое или слабое государство в более выгодное положение. Инициатива Науру

[44]Constanze Schulte, *Compliance with the Decisions of the International Court of Justice* (Oxford University Press, 2004).
[45]Merrills, выше n. 43, 167.

разбирательство против Австралии в Международном суде в связи со спором о восстановлении некоторых фосфатных земель, разработанных до обретения Науру независимости. Дело было урегулировано во внесудебном порядке: Австралия согласилась выплатить компенсацию в размере 107 миллионов австралийских долларов в течение нескольких лет.[46]С другой стороны, развивающаяся страна имеет гораздо меньше шансов, чем развивающаяся.

опираясь на одну или несколько причин, страна может инициировать судебный процесс. Во-первых, хотя закон может служить для выравнивания игрового поля, в любой момент времени он с большей вероятностью отражает интересы великих держав, чем малых государств. В ответ на отказ Соединенных Штатов выдать шаха Ирана аятолла Хомейни указал на предвзятость международного права, спросив,

> Что это за закон? Он позволяет правительству США эксплуатировать и колонизировать народы по всему миру на протяжении десятилетий. Но он не позволяет выдать человека, устроившего большую резню. Можно ли назвать это законом?[47]

Во-вторых, если развивающаяся или наименее развитая страна ведет спор с относительно более могущественной, вполне возможно, что более могущественное государство увяжет предмет судебного разбирательства с другим вопросом, например, с военной помощью, иностранной помощью или торговлей. В 1998 году Парагвай подал заявление в Международный суд ООН в связи с предполагаемыми нарушениями Соединенными Штатами Венской конвенции о консульских сношениях. МКЮ установил, что prima facie он обладает юрисдикцией,[48]и единогласно указал на временные меры, предусматривающие, что Анхель Бреард, парагвайский гражданин, приговоренный к смертной казни в США, не будет казнен до окончательного решения по этому делу.[49]Тем не менее, американский штат Вирджиния привел приговор в исполнение. Хотя парагвайские чиновники первоначально заявили, что будут добиваться обязательного судебного решения против Соединенных Штатов, они отозвали дело после извинений со стороны правительства США.[50]Неделю спустя, что некоторым наблюдателям показалось связанным с этим событием, Соединенные Штаты и Парагвай подписали меморандум о взаимопонимании по защите интеллектуальной собственности.[51]

[46]Nii Lante Wallace-Bruce, *The Settlement of International Disputes: The Contribution of Australia and New Zealand* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1998), 200.

[47]Интервью с аятоллой Хомейни, *Time*, 7 января 1980 г., стр. 27, цитируется в Richard Falk, 'The Iran Hostage Crisis: Легкие ответы и трудные вопросы", (1980) 74 AJIL 413, 413.

[48]*Венская конвенция о консульских сношениях (Парагвай* против *Соединенных Штатов Америки) (постановление от 9 апреля 1998 г.)*, [1998] ICJ Rep. 248, [34].

[49]Там же, [41]. [50]Там же.

[51]South-North Development Monitor, 'Paraguay - A Trade-off with the United States', 16 ноября 1998 года, доступно по адресу: www.sunsonline.org/trade/process/followup/1998/11160798.htm.

В-третьих, это огромные затраты, юридические знания и энергия, которые уходят на подготовку и представление дела в международном суде. В 1989 году был создан Целевой фонд Генерального секретаря для оказания помощи государствам в разрешении споров через Международный суд, в 2001 году - добровольный Целевой фонд ИТЛОС, а в 2001 году - Консультативный центр по праву ВТО; все они призваны способствовать широкому участию. Однако вопросы, связанные с огромным неравенством в правовом потенциале, сложны, и этих инициатив может оказаться недостаточно, чтобы побудить развивающееся или наименее развитое государство выбрать судебный процесс вместо других вариантов политики.

6 Может ли наш шаг к судебному разбирательству послужить катализатором того, что другое государство/государства будут готовы к переговорам об урегулировании?

Как мы уже отмечали в деле *Науру*, введение судебной фазы в спор может быть достаточным для того, чтобы заставить государство - в том числе относительно более могущественное - сесть за стол переговоров. При возбуждении дела против Индии в 1973 году Пакистан рассматривал МС как средство выхода из тупика в отношении дела о военнопленных, и после возобновления переговоров Пакистан отказался от этого дела.[52]Иран подал заявление о возбуждении дела против США в связи с уничтожением иранского гражданского самолета американским военным кораблем USS *Vincennes* в 1988 году. Дело было урегулировано во внесудебном порядке.[53]

7 Может ли передача этого спора в Суд помочь правительству справиться с внутренним политическим давлением со стороны общественности или групп интересов?

Внутриполитическое маневрирование может иметь очень большое значение для сдерживания решения о судебном разбирательстве, хотя вес, который имеет мнение внутри страны, вероятно, различается в разных государствах. Предполагается, что руководители высшего звена придают большое значение сохранению своего поста.[54]В течение долгих месяцев кризиса с иранскими заложниками общественное мнение в Соединенных Штатах

[52]*Дело о суде над пакистанскими военнопленными (Пакистан* против *Индии)*, 1973 ICJ Rep. 328; см. Fischer, выше n. 17, 271-2.

(53) "*Авиационный инцидент от 3 июля 1988 г. (Иран* против *Соединенных Штатов)*", (1996) 50 *ICJ Yearbook* 161.

[54]Todd L. Allee and Paul K. Huth, 'Legitimizing Dispute Settlement: Международно-правовые решения как внутреннее политическое прикрытие", (2006) 100 *American Political Science Review* 219, 222.

несомненно, повлияли на решения администрации Картера;[55]обращение в Международный Суд означало, что она могла, по крайней мере, показать, что что-то делает. В случае с ВТО заинтересованными негосударственными субъектами, как правило, являются богатые фирмы или промышленные группы, часто с существенным политическим электоратом, которые быстро жалуются на якобы несправедливые и дискриминационные действия своих конкурентов за рубежом.[56]Хотя государства сохраняют официальные полномочия по контролю в системе ГАТТ/ВТО, они часто позволяют субъектам гражданского общества определять большую часть повестки дня.[57]По мнению Коллиера и Лоу, в случае с *заливом Мэн*[58]именно местная, а не национальная общественная озабоченность побудила оба правительства согласиться на судебное разбирательство.[59]

Внутреннее население, как правило, имеет относительно ястребиные политические предпочтения.[60]Поэтому, возможно, не столько желание выиграть по существу дела побуждает государство к судебному разбирательству, сколько готовность пойти на уступки, а также ощущение, что оно не сможет сделать это в ходе прямых двусторонних переговоров.[61]В литературе встречается тема, что Международный Суд дает правительствам повод для компромисса. Что касается дела о *континентальном шельфе Северного моря*,[62]датские власти полагали, что судебный процесс, предшествовавший возобновлению переговоров, позволил правительству пойти на территориальные уступки, которые в противном случае были бы невозможны из-за сильных внутренних настроений.[63]Согласно исследованию Аллея и Хута, основанному на данных, полученных в ходе судебных разбирательств по территориальным спорам, лидеры обращаются к правовому урегулированию споров в ситуациях, когда они предвидят значительные внутренние политические издержки в случае уступок на двусторонних переговорах.[64]Таким образом, международные правовые решения обеспечивают "политическое прикрытие", позволяя им противостоять внутренней политической оппозиции спорному урегулированию.[65]Что касается торговли, процессы урегулирования споров в ВТО иногда служат средством обхода внутренних противоречий.

[55]David Patrick Houghton, *US Foreign Policy and the Iran Hostage Crisis* (Cambridge Uni-versity Press, 2001), 2-4.

[56]Keohane et al., выше n. 14. [57]Ibid., 486.

[58]*Делимитация морской границы в районе залива Мэн (Канада/Соединенные Штаты)*, [1984] ICJ Rep. 246.

[59]Collier and Lowe, выше n. 3, 9. В то время именно внутреннее общественное мнение не позволило ни одной из стран пойти на компромисс. Андреа Купфер Шнайдер, "Не совсем мир без судов: Почему разрешение международных споров все больше переходит в судебную плоскость", (2006) 1 *Journal of Dispute Resolution* 119, 126.

[60]Allee and Huth, above n. 54, 222. [61]Ibid., 223.

[62]*Континентальный шельф Северного моря (Федеративная Республика Германия* против *Дании; Федеративная Республика Германия* против *Нидерландов)*, [1969] ICJ Rep. 3.

[63]Fischer, выше n. 17, 271.

[64]Allee and Huth, выше n. 54, 219. См. далее глава 10 в настоящем томе.

[65]Там же, 219.

политическое сопротивление торговым реформам. Даже решения, вынесенные против Соединенных Штатов, могут служить средством, катализирующим решительные действия со стороны эффективных, ориентированных на экспорт американских производителей, и поэтому считаются полезными теми элитами, которые считают, что либерализация торговли в конечном счете отвечает национальным интересам.[66]

8 *Может ли судебное разбирательство быть полезным в качестве тактики отсрочки?*

Хотя переговоры могут продолжаться, пока дело находится на рассмотрении Международного Суда, вмешательство Суда обычно временно останавливает процесс переговоров - возможно, на несколько лет.[67]Разбирательство может затянуться, отчасти просто из-за процедур и методов работы Суда, и эта ситуация усугубляется переполненностью дел. Суду, как правило, не удается рассматривать более трех дел в год, поэтому ситуация, когда на рассмотрении находится, скажем, пятнадцать дел, может означать значительное ожидание.[68]Если задержка не является целью, вероятная продолжительность разбирательства может способствовать принятию решения о передаче дела в Международный Суд, или же могут быть п р е д п р и н я т ы усилия, чтобы ускорить разбирательство. Когда в 2010 году Буркина-Фасо и Нигер передали свой пограничный спор в МС, специальное соглашение предусматривало, что два государства подадут свои первоначальные меморандумы в течение девяти месяцев после обращения в Суд, а контрмеморандумы - через девять месяцев после подачи меморандумов; два государства начнут демаркацию обозначенной границы в течение восемнадцати месяцев после решения МС. Буркина-Фасо и Нигер вполне могли стремиться ускорить процесс - шестое пограничное дело в Африке - поскольку Программа пограничного контроля Африканского союза призывала африканские государства четко определить свои границы к 2012 году.[69]

С другой стороны, если задержка воспринимается как желательная, ее, как правило, можно продлить за счет стратегического планирования любой из сторон. Когда в 1950-х годах Япония предложила Австралии передать спор о ловле жемчуга в МС, Австралия согласилась в принципе, но затем не приняла условия предложенного *компромисса*, допустив многолетнюю задержку, пока спор не был фактически отменен развитием производства одновременно с изменением соответствующего законодательства.[70]Задержка может происходить на последующих этапах, даже во время исполнения решения - как это было в случае с

[66]Judith L. Goldstein and Richard H. Steinberg, 'Negotiate or Litigate? Effects of WTO Judith Goldstein and Richard Steberg 'Negotiate or Litigate?

[67]Coplin, выше n. 4, 327. [68]Thirlway, выше n. 34, 392.

[69]Julian Martin Thaler, 'Burkina Faso and Niger Refer Border Dispute to International Court of Justice', сентябрь 2010 г., доступно на http://web.worldbank.org/.

[70]Scott, выше, n. 22.

[71]Как и в случае с другими соображениями, потенциальная привлекательность задержки не должна рассматриваться изолированно, поскольку решение может повлиять на спор таким образом, что выгода от задержки перевесит.[72]

9 Может ли обращение к судебному разбирательству повредить отношениям с другим государством (государствами) или ухудшить спор?

Судебный процесс вполне может быть воспринят как недружественный акт,[73]хотя важно отметить, что большая часть международного юридического бизнеса правительства, скорее всего, приходится на соседей и союзников, и там, где общие отношения сильны, вполне возможно вычленить спор из более широких двусторонних отношений. Значение этого фактора, вероятно, в значительной степени зависит от неравенства сил между двумя сторонами. В случае значительного неравенства интересов более слабое государство может не выиграть судебный спор против более сильной державы, если оно может проиграть в других отношениях.

С другой стороны, сам спор уже может нанести существенный ущерб отношениям. Томми Кох отметил, что из-за тенденции азиатских правительств - особенно правительств стран Северо-Восточной Азии - настаивать на разрешении разногласий путем двусторонних переговоров, а не судебных разбирательств, споры часто остаются неразрешенными даже спустя годы. В результате двусторонние отношения в целом оказываются испорченными из-за того, что в конечном итоге может оказаться относительно незначительными проблемами.[74]В некоторых случаях любые конструктивные шаги в направлении разрешения спора могут быть достойным шагом.

10 Поможет ли нам обращение к судебному процессу заручиться поддержкой мирового общественного мнения и будет ли это полезно в данной ситуации?

Некоторые дела, похоже, представляют собой не столько попытку решения проблемы, сколько ее огласку, поскольку кажется предсказуемым, что проигравшая сторона вряд ли подчинится даже решению, принятому в ее пользу, или

[71]Krzysztof J. Pelc, "Why Do Some Countries Get Better WTO Accession Terms than Others?", (2011) 65 *International Organization* 639, 658.

[72]Rovine, выше n. 23, 323.

[73]См. обсуждение в Philip C. Jessup, 'International Litigation as a Friendly Act', (1960) 60 *Columbia Law Review* 24.

[74]Томми Кох, "Международное право и мирное разрешение споров: Азиатские перспективы, вклад и проблемы", (2011) 1 *Asian Journal of International Law* 57.

чтобы иметь возможность сделать это таким образом, чтобы урегулировать претензии.[75]Примерами очень громких дел такого рода могут служить иск Ирана к Соединенным Штатам за уничтожение нефтяных платформ в Персидском заливе,[76]и дело *Локерби*[77], возбужденное Ливией против Соединенных Штатов и Великобритании.[78]Фишер считает, что Великобритания и Западная Германия, по-видимому, использовали Международный Суд в делах о *юрисдикции в области рыболовства* в первую очередь как средство донести свою выгодную позицию как до Исландии, так и до "мирового общественного мнения".[79]Инициирование судебного процесса может привлечь внимание критиков к противнику в споре.[80]

Выводы: принятие решения после рассмотрения различных факторов

В данной главе было высказано предположение, что решение национальных директивных органов о передаче спора на разрешение третьей стороны, как правило, является прагматичным и основано на расчете потенциальных затрат и выгод. В ходе обсуждения были поставлены десять вопросов, ответы на которые национальным директивным органам было бы полезно проанализировать, прежде чем принимать решение о начале международного судебного разбирательства. Между ними существует очевидная взаимосвязь, и, казалось бы, возникает вопрос о том, как лица, принимающие решения, могут согласовать ответы с кажущимися противоречивыми последствиями. Здесь предполагается, что расчет риска часто производится - или должен производиться - исходя из целей внешней политики, которые потенциально могут быть достигнуты с помощью судебного разбирательства. Важно, что успех должен определяться как победа в судебном споре или как "победа" в судебном процессе и разрешение конфликта, или же возможно, что судебный процесс может привести к удовлетворительному результату даже без "победы", или что "победа" в суде может ухудшить спор? Можно ли считать успешным исходом само по себе принятие обеспечительных мер? Во-вторых, как определить неблагоприятный исход и каковы его возможные последствия? И, в-третьих, является ли благоприятный или неблагоприятный исход более вероятным в текущей ситуации и каковы риски ошибиться?[81]

[75]Keohane et al., выше n. 14, 481.

[76]*Нефтяные платформы (Иран* против *Соединенных Штатов) (решение)*, [2003] ICJ Rep. 161.

[77]*Вопросы толкования и применения Монреальской конвенции 1971 года, возникшие в связи с авиационным инцидентом в Локерби (Ливийская Арабская Джамахирия* против *Соединенного Королевства) (предварительные возражения)*, [1998] ICJ Rep. 9*; Вопросы толкования и применения Монреальской конвенции 1971 года, возникшие в связи с авиационным инцидентом в Локерби (Ливийская Арабская Джамахирия* против *Соединенных Штатов) (предварительные возражения)*, [1998] ICJ Rep. 115.

[78]Keohane et al., выше n. 14, 481. [79]Fischer, выше n. 17, 266. [80]Ibid., 266, 271.

[81]Терри Гилл задает аналогичный список вопросов. Gill, выше n. 20, 51.

Трудность для исследователей в этой области, конечно же, заключается в том, как узнать, какие из различных факторов могли стать решающими в принятии конкретного решения о возбуждении судебного процесса, поскольку письменного отчета о ходе обсуждения может не быть в открытом доступе. В заключение стоит отметить, что вопросы, затронутые в этой главе, по сути, являются практическими, эмпирическими. *Должно* ли это быть так, *должны* ли лица, принимающие решения на национальном уровне, прагматично рассчитывать затраты, выгоды и риски в каждом сценарии, или они *должны* стремиться чаще использовать возможность судебного разбирательства - это нормативный вопрос, ответ на который я оставлю другим.

3

Национальные и международные судебные процессы: партнеры или конкуренты?

КРИСТОФЕР УОРД

> На самом деле место международного права в муниципальных судебных делах сегодня - это тихая и часто незаметная революция в природе и содержании межнационального права. Это означает, что строго дуалистический взгляд на отношения между международным и муниципальным правом становится все менее пригодным, а старые четко определенные границы между международным публичным, международным частным и муниципальным правом больше не являются границами, а представляют собой серые зоны.[1]

Роберт Дженнингс определил отношения между международным и национальным правом в этих терминах в 1996 году. Пересечение международного публичного права и внутригосударственных правовых систем продолжает бросать вызов общепринятым границам каждой из традиций.

Одной из "серых зон", которая становится все более заметной, является использование частными истцами параллельных стратегий международного и внутреннего судопроизводства в вопросах, затрагивающих вопросы международного публичного права. Такая практика может возникнуть из-за растущего числа пересечений между публичными спорами, касающимися государств, и связанными с ними частными спорами между корпорациями и частными лицами. Она может возникнуть потому, что права отдельных лиц сегодня имеют прочную основу в международном праве прав человека и могут быть защищены в национальном суде. Наконец, она может возникнуть из-за существования и готовности общественных участников судебных разбирательств, заинтересованных в результатах международного публичного права, использовать внутренние судебные стратегии для достижения этих целей.

Все большее пересечение международного публичного права и национальных правовых систем создает проблемы как для государства, так и для участников судебного процесса. Когда частный истец обращается в национальный суд с вопросом, касающимся международного публичного права, на пути к успеху возникает множество препятствий. Споры, связанные с международным публичным правом, остаются одними из самых сложных вопросов для национальных судов, и относительно неясные судебные

[1]Robert Y. Jennings, "The Judiciary, International and National, and the Development of International Law", (1996) 45 ICLQ 1.

Стандарты часто приводят к неопределенным и неоднозначным результатам для участников судебного процесса. В равной степени, вовлеченные государства могут обнаружить, что лежащие в основе международного публичного права вопросы проясняются в нетрадиционном форуме не по их выбору. В этой главе рассматриваются мотивы, побуждающие тяжущиеся стороны выбирать внутреннее судебное разбирательство вместо более традиционных методов возбуждения вопросов международного публичного права.

Опыт Австралии особенно актуален в связи с наличием внутренних дел, возбужденных в связи с международными инцидентами, которые также стали предметом рассмотрения в Международном суде (МС). В делах *"Орта* против *Содружества"* [(2)]и *"Петротимор* против *Содружества"* [3]Высокий суд Австралии и Федеральный суд полного состава рассматривали вопросы, непосредственно связанные со спором о Тиморском разрыве между Австралией, Индонезией и Восточным Тимором. В деле *Humane Society International* против *Kyodo Senpaku Kaisha Ltd*.[4]вопросы японского китобойного промысла в антарктических водах рассматривались Федеральным судом, пока вопрос оставался на дипломатических переговорах, и впоследствии стали предметом обращения Австралии в Международный Суд.

На пути тяжущихся сторон, поднимающих в национальных судах спорные вопросы международного публичного права, обычно возникают труднопреодолимые барьеры. Как будет показано в этой главе, исторически эти барьеры оказывались практически непреодолимыми. Однако теперь, похоже, появились первые трещины, и параллельные внутренние судебные процессы, возможно, не являются гибельным делом и могут помочь в разрешении международных споров. В этом отношении показателен австралийский опыт. Поэтому можно ожидать, что стороны в спорах, затрагивающих вопросы международного публичного права, будут все чаще рассматривать внутреннее судопроизводство в качестве эффективного метода разрешения споров.

Сначала в главе будет рассмотрена традиционная характеристика препятствий, с которыми сталкиваются частные тяжущиеся стороны, пытающиеся поднять вопросы международного публичного права в национальных судах (судах общего права). Затем будет рассмотрен австралийский опыт рассмотрения подобных дел и, наконец, уроки, которые можно извлечь из судебного процесса по делу *Авены* в Соединенных Штатах.

Препятствия для внутренних судебных разбирательств

Препятствия для внутреннего судебного разбирательства, связанные с параллельным международным судебным процессом, традиционно обсуждаются судами в терминах либо "обоснованности", либо доктрины "государственного акта".

[(2)] (1994) 181 CLR 183. [(3)] [2003] FCAFC 83. [(4)] [2008] FCA 3.

В деле *Андерхилл* против *Эрнандеса* (*Underhill* v. *Hernandez*)(5)Верховный суд США рассмотрел вопрос о возможности гражданина США возбудить дело против офицера Венесуэлы, который отказался выдать паспорт. Председатель Верховного суда Фуллер сформулировал то, что сегодня понимается как доктрина государственного акта, следующим образом:

> Каждое суверенное государство обязано уважать независимость любого другого суверенного государства, и суды одной страны не будут выносить решения по поводу действий правительства другой страны, совершенных в пределах ее собственной территории. Удовлетворение жалоб, вызванных такими действиями, должно осуществляться с помощью средств, которыми суверенные державы могут пользоваться в отношениях между собой.

Доктрина государственного акта была подтверждена Верховным судом США в деле *Banco Nacional de Cuba* v. *Sabbatino*.[6]Однако в деле *Sabbatino* Верховный суд несколько отступил от абсолютного правила, отметив, что международное право само по себе не требует применения доктрины государственного акта, что позволяет предположить более гибкий подход к применению доктрины государственного акта в Соединенных Штатах.

В 1962 году в решении Верховного суда США по *делу "Бейкер* против *Каппа"*[7]судья Бреннан разработал связанную, но отличную доктрину обоснованности. В нем он охарактеризовал конкретные вопросы, которые "не подлежат рассмотрению" в национальном суде: ведение внешних сношений, существование и срок действия договоров, наличие состояния войны и признание иностранных правительств как обладающих действительной политической властью над иностранной территорией.[8]

В деле *Buttes Gas and Oil Co* v. *Hammer*,[9]лорд Уилберфорс в Палате лордов Соединенного Королевства столкнулся с иском калифорнийской нефтяной компании Buttes о диффамации. Она утверждала, что ее опорочили при обстоятельствах, которые могли потребовать судебного решения основного вопроса о суверенном праве собственности на спорную территорию. Ответчик ходатайствовал о постоянном приостановлении разбирательства, поскольку утверждалось, что вопросы затрагивают внешние отношения между Великобританией и Ираном.

Лорд Уилберфорс подошел к этому вопросу, исходя из того, что абсолютное правило о неподсудности не подходит, заявив,

> Настоящее дело скорее относится к категории пограничных споров между государствами. В отношении них было бы слишком широким предложением утверждать, что одно лишь возникновение в данном деле спора о границах государств является достаточным для исключения юрисдикции суда.[10]

Однако далее его светлость сформулировал "более широкий принцип":

[5]168 US 250 (1897). [6]376 US 398 (1964). [7]396 US 186 (1962).
[8]Ibid., 211-15. (9) [1982] AC 888. [10]Ibid., 926-7.

> Поэтому я считаю, что основной вопрос заключается в том, существует ли в английском праве более общий принцип, согласно которому суды не выносят решений по сделкам иностранных суверенных государств. Хотя я предпочел бы избежать терминологических споров, представляется желательным рассматривать этот принцип, если он существует, не как разновидность "государственного акта", а как принцип судебной сдержанности или воздержания.[11]

Лорд Уилберфорс отметил, что такой принцип "не является дискреционным, а заложен в самой природе судебного процесса"[12].

В Палате лордов в *деле R* v. *Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte*,[13]лорд Николлс сказал,

> Доктрина государственного акта - это принцип общего права с неопределенным применением, который не позволяет английскому суду рассматривать законность определенных действий, совершенных при осуществлении суверенной власти на территории иностранного государства или, в отдельных случаях, за его пределами. Дикты XIX века (например, в деле *Герцог Брауншвейгский* против *короля Ганновера*, 2 HLCas. 1 и *Underhill* v. *Hernandez*, 168 US 250) предполагали, что он отражает норму международного права. Современная точка зрения заключается в том, что этот принцип является нормой внутреннего права, которая отражает признание судами того, что некоторые вопросы иностранных дел не подлежат судебному разбирательству (*Buttes Gas and Oil Co.* v. *Hammer* [1982] AC 888) и, особенно в Соединенных Штатах, что судебное вмешательство в иностранные отношения может посягнуть на компетенцию двух других ветвей власти: *Banco Nacional de Cuba* v. *Sabbatino*, 376 US 398.[14]

Лорд Николлс далее отметил, что

> В последнее время суды Соединенных Штатов ограничивают сферу применения доктрины случаями, когда исход дела требует от суда решения вопроса о законности суверенных актов иностранных государств: *Kirkpatrick & Co. Inc.* против *Environmental Tectonics Corporation International*, 110 S.Ct. 701.[15]

Совсем недавно, в деле *Kuwait Airways Corporation* v. *Iraqi Airways Co.*,[16]принцип неподсудности был подвергнут дальнейшей критике, причем лорд Николлс, очевидно, ограничил доктрину делами, в которых не существует судебных или управляемых стандартов, по которым можно было бы судить о проблемах.[17]

Таким образом, теперь оказывается, что, казалось бы, грозные барьеры в виде неподсудности и государственного акта могут быть более ограниченными, чем считалось ранее. Шоу предлагает полезную таксономию, описывая "государственный акт" как один из них,

[11]Ibid., 931. [12]Ibid., 932. [13][1998] UKHL 41; [2000] 1 AC 61.
[14]Ibid., 106-7 (с которым согласился лорд Хоффманн).
[15]Там же. [16](№ 4 и 5) [2002] UKHL 19; [2002] 2 WLR 1353. [17]Там же, [26].

[18]Различные доктрины продолжают влиять на степень влияния национальных судов на урегулирование международных споров. Несмотря на некоторые тенденции к признанию международно-правовых принципов и вопросов, которые обязательно носят международный характер и рассматриваются на национальном уровне, основной трудностью является постоянная путаница, как в судебной, так и в научной среде, относительно различий и совпадения между различными аспектами неосуществимости, а также иммунитета государства.

В австралийском контексте, хотя и говорилось, что категории, описанные Бреннаном Дж. в деле *Baker* v. *Carr*, не должны рассматриваться как абсолютные,[19]рассмотренные ниже дела ясно показывают, что австралийские суды исторически демонстрируют нежелание разрешать споры, касающиеся характера действий правительства в области иностранных дел. В деле *Re Ditfort ex parte Deputy Commissioner of Taxation (NSW)*,[20]Гум-моу Джей рассмотрел вопрос о применимости концепции судебной защиты к ведению иностранных дел Австралии. Его честь постановил, что некоторые вопросы выходят за рамки судебного толкования и разрешения; к ним относятся заявления правительства о существовании состояния войны, статусе иностранной территории и личности иностранного правительства. Однако Его честь не пришел к выводу, что все вопросы, в к л ю ч а ю щ и е элемент международного публичного права, не подлежат судебному разбирательству.[21]

Хотя доктрина "политического вопроса" является порождением общего права, аналогичные барьеры для судебного разбирательства существуют и в государствах гражданского права, хотя и с учетом множества соображений и различных терминов. Французский *acte de gouvernement* остается наиболее широко признанным из этих барьеров на международном уровне, в основном благодаря довольно своеобразной французской судебной системе, хотя он, конечно, не одинок среди юрисдикций гражданского права в своем сходстве с более знакомым "государственным актом". Итальянские *atto politico* и *actos politicos*, разделяемые несколькими южноамериканскими государствами, являются выражением аналогичной судебной сдержанности в отношении рассмотрения вопросов, имеющих международно-правовые последствия.[22]Греческие и японские суды также ссылались на суверенные акты государства и на неподсудность вопросов, касающихся осуществления исполнительной властью полномочий в области иностранных дел.[23]Важно отметить, что эти гражданско-правовые "акты государства", хотя и схожи с принципами подсудности, изложенными в

[18]Malcolm N. Shaw, *International Law* (Cambridge University Press, 2008), 186.
[19]См., например, *Стюарт* против *Рональдса*, [2009] NSWCA 277.
[20](1988) 83 ALR 265; (1988) 19 FCR 347. [21](1988) 19 FCR 347, 368-9.
[22]Daniele Amoroso, 'A Fresh Look at the Issue of Non-justiciability of Defence and Foreign Affairs', (2010) 23 *Leiden Journal of International Law* 933, 934.
[23]Там же; *Сакката* против *Японии*, 13 Кейшу 3225, дело № 1959 (А) № 710.

Baker v. *Carr* и *Buttes Gas*, не столь широки в своем применении и, по крайней мере, по опыту Франции, имеют неопределенный эффект в отношении действий иностранных правительств.[24]

Сложность заключается в том, что доктрины судебной сдержанности по-прежнему облечены в форму двусмысленности и судебного усмотрения. Как сказал Линделл,

> Еще многое предстоит сделать для определения надлежащего использования принципа справедливости при ограничении судебного пересмотра и точных факторов, которые помогают объяснить, почему некоторые вопросы не поддаются судебному рассмотрению... [Предложенные критерии... сами по себе не будут достаточными, если концепция обоснованности будет представлять собой нечто большее, чем дискреционный и субъективный инструмент, с помощью которого суд может воздерживаться от решения сложных вопросов в делах, где он в противном случае надлежащим образом обладает юрисдикцией по требованию компетентного участника судебного процесса".[25]

Как следствие, возможность влияния национальных судебных процессов на исход международного урегулирования споров, а точнее, межнациональных судебных процессов, непредсказуема.

Примеры из австралийского опыта

С самого начала следует признать, что участие любого национального суда в решении вопросов международного права, и особенно вклад национального суда в разрешение международных споров, будет во многом определяться конституционными и национальными правовыми структурами, в рамках которых действует конкретный суд. Вклад национальных судов может быть частью внутреннего давления, которое испытывает правительство в отношении того, какие шаги оно должно предпринять для разрешения международного спора. Другой вклад национальных судов может заключаться в толковании и применении международного права в национальной сфере, что может повлечь за собой ответственность государства, если это повлечет за собой нарушение соответствующих правовых принципов, или может придать дополнительную силу позиции государства в его взаимодействии с другими правительствами. Таким образом, именно боязнь взять на себя эти активные функции может побудить суд воздержаться от участия в международных спорах.

[24]См. August Reinisch, *International Organizations before National Courts* (Cambridge Uni-versity Press, 2004), 96; Ildiko´ Marosi and Lo´ra´nt Csink, "Political Questions in the United States and in France", in Matthias Hoe (ed.), *Studia Iuridica Caroliensia*, Vol. 4 (Budapest: Kapa Ma´tya´s, 2009) 121.

[25]Geoffrey Lindell, "Justiciability", in Tony Blackshield et al. (eds.), *The Oxford Companion to the High Court of Australia* (Oxford University Press, 2001) 392.

Два аспекта сдержанности австралийской судебной системы в международных делах были проверены в ходе судебного разбирательства, связанного со спором по Тиморскому морю, в котором участвовали Австралия, Индонезия и Восточный Тимор. В 1989 году Индонезия и Австралия подписали Договор о Тиморском разрыве.[26]Согласно этому договору, юрисдикция по контролю за разработкой нефти и газа в районе Тиморского моря между Австралией и территорией нынешнего Тимора-Лешти была разделена между Австралией и Индонезией. Многие сразу же осудили этот договор как незаконный, поскольку в нем Австралия имела дело с государством, которое незаконно оккупировало территорию, применив силу.

Этот аргумент, а также аргументы, касающиеся права на самоопределение, были прямо выдвинуты Португалией перед МС в рамках *дела о Восточном Тиморе*, возбужденного 27 февраля 1991 года.[27]В своем решении от 30 июня 1995 года МС отказался рассматривать существо спора на том основании, что для этого ему пришлось бы определять права и обязанности третьего государства (Индонезии), которое не было представлено Суду.[28]

В деле *Хорта* против *Содружества* истец (Жозе Рамуш Хорта, впоследствии ставший президентом Тимора-Лешти) утверждал в Высоком суде, что Договор о Тиморском разрыве был незаконным и, следовательно, выходил за рамки исполнительной власти Содружества, поэтому договор и законодательство о его реализации были недействительными.[29]Перед полным составом Высокого суда было поставлено пять вопросов, включая вопрос о том, вызывают ли эти утверждения спор, подлежащий судебному разбирательству. Однако суд решил, что даже если договор недействителен с точки зрения международного права, оспариваемое внутреннее законодательство остается действительным осуществлением полномочий в области внешних сношений в соответствии с Конституцией.[30]Поэтому суду не было необходимости рассматривать аргументы, касающиеся возможности судебного разбирательства.

Иначе обстояло дело в деле *"Петротимор* против *Содружества*", где соображения справедливости и доктрина государственного акта были первостепенной основой, на которой внутреннее судебное разбирательство было решено неблагоприятно для истца.[31]

[26]Договор между Австралией и Республикой Индонезия о зоне сотрудничества в районе между индонезийской провинцией Восточный Тимор и Северной Австралией [Timor Gap Treaty] (открыт для подписания 11 декабря 1989 года, вступил в силу 9 февраля 1991 года) 1991 г. CAP, № 9.

[27]*Дело о Восточном Тиморе (Португалия* против *Австралии)*, [1995] ICJ Rep. 90.

[28]Ibid., 105. Опираясь на общепринятый принцип *Монетного золота, вывезенного из Италии в 1943 году (Италия* против *Франции, Соединенного Королевства и Соединенных Штатов)*, [1954] ICJ Rep. 19.

(29) (1994) 181 CLR 183. [30]Конституция Австралии, ст. 51(xxix).

(31) (2003) 126 FCR 354.

Petrotimor Companhia de Petroleos SARL - португальская компания, владевшая концессией на разведку нефти от Португалии от 31 января 1974 года. На момент предоставления концессии Португалия являлась колониальной управляющей державой территории, которая впоследствии стала Тимор-Лешти. В то время Португалия прямо заявила о своих правах на морское дно и ресурсы так называемого Тиморского разрыва до точки, по меньшей мере равной срединной линии между Австралией и тогдашним португальским Тимором.

Компания Petrotimor подала иск в Федеральный суд Австралии, в первую очередь утверждая, что концессия представляет собой имущественные права, которые были приобретены не на справедливых условиях, а на основании Закона о нефти (Австралийско-индонезийская зона сотрудничества) 1990 года, который привел в действие Договор о Тиморском разрыве 1989 года. Петротимор утверждал, что Закон о морях и затопленных землях 1973 года (Cth) определяет границы морских притязаний Австралии, ссылаясь на Конвенцию о континентальном шельфе 1958 года (которая, в свою очередь, ссылается на срединную линию для делимитации спорных континентальных шельфов).[32]Утверждалось, что границы континентального шельфа Австралии были определены законодательством, поэтому концессия Петротимора должна была быть законно предоставлена Португалией и что последующее введение в действие Закона об австралийско-индонезийской зоне сотрудничества привело к приобретению прав собственности, созданных концессией.

Статус Петротимора, разумеется, был неразрывно связан с территориальными претензиями Португальского Тимора, а впоследствии и Тимора-Лешти, поскольку очевидно, что одной из основных причин предоставления концессии Петротимору было стремление продемонстрировать законность территориальных претензий Португалии. Поэтому иск компании Petrotimor, поданный в Федеральный суд Австралии, напрямую затрагивал вопрос о возможности судебного разбирательства, поскольку его разрешение неизбежно потребует от суда рассмотрения вопросов, связанных с конкурирующими претензиями Австралии и Тимора-Лешти на спорные ресурсы морского дна.

Дело было передано на рассмотрение Федерального суда в полном составе. Суд отклонил иски, однако мнения о причинах такого решения разделились.

Блэк К. Дж. и Хилл Дж. высказали мнение, что, поскольку, по их мнению, существенным элементом иска Петротимора была проверка действительности португальской концессии, иск не прошел, так как национальные суды не имеют права ставить под сомнение права, предоставленные иностранным сувереном.[33]Блэк К. Дж.

[32]Конвенция о континентальном шельфе (открыта для подписания 29 апреля 1958 года, вступила в силу 10 июня 1964 года) 499 UNTS 311, ст. 6.

[33]*Петротимор* против *КТ*, (2003) 126 FCR 354, [42]-[43], применяя принцип, изложенный в деле *Поттер* против *Брокен Хилл*

Hill Proprietary Co. Ltd (1906) 3 CLR 479.

и Хилл Джей также пришел к выводу, что разрешение спора судом создаст неудобства для исполнительной власти при ведении внешних сношений и поэтому не подлежит судебной защите в смысле доктрины *"Buttes Gas and Oil Co* v. *Hammer*".[34]

Бомонт Дж. в отдельном мнении выразил мнение, что дело не является федеральным, а значит, Федеральный суд вообще не имеет юрисдикции для рассмотрения иска. Его честь также постановил, что иски представляли собой попытку Petrotimor принудительно удовлетворить интересы иностранного правительства и тем самым подпадали под принцип, изложенный в деле *Attorney General (United Kingdom)*
v. *Heinemann Publishers Australia Pty Ltd*.[35]Важно отметить, что Его честь не присоединился к большинству, полагаясь на основания "государственного акта" или "смущения".

Подход трех старших судей Федерального суда к искам Petro-timor демонстрирует ту сдержанность, с которой национальные суды зачастую относятся к судебным разбирательствам, напрямую связанным с параллельными международными спорами. С любой точки зрения, судебный процесс по делу *Петротимора* был сложным, поднимал чрезвычайно сложные вопросы материального права, а также раздвигал понимаемые в то время границы судебной сдержанности. Решение суда подвергалось критике,[36]в том числе совсем недавно самим Федеральным судом полного состава.[37]В решении Высокого суда Австралии по делу *Thomas* v. *Mowbray*,[38]Гуммоу Дж. и Креннан Дж. назвали принцип non-justiciability, на котором основывалось решение Федерального суда, "скользким термином неопределенной ссылки".[39]

Некоторые попытки опираться на внутренние судебные разбирательства для агитации по вопросам, имеющим международное значение, всегда будут явно не на той стороне. Так, например, дело *Re Limbo*[40]в Федеральном суде, в котором гражданин Лимбо (г-н Линдон) пытался удержать премьер-министра Боба Хоука и других парламентариев от незаконного разрешения использовать австралийскую землю в Пайн-Гэп для целей участия в американских соглашениях по противоракетной обороне, поскольку применение ядерного оружия было незаконным в

(34) [1982] AC 888. См. обсуждение в Cameron Sim, "Non-justiciability in Australian Private International Law: A Lack of Judicial Restraint?", (2009) 10 *Melbourne Journal of International Law* 9.

(35) [1988] HCA 25; (1988) 165 CLR 30.

(36) Например, Ричард Гарнетт, "Иностранные государства в австралийских судах", (2005) 29 *Melbourne University Law Review* 704.

37 *Хабиб* против *Содружества*, [2010] FCAFC 12. См. особенно комментарии Перрама Дж. в [30] и [40].

(38) (2007) 233 CLR 307. 39 Ibid., 354. 40 Незарегистрированное дело G160 от 1989 года.

международного права, будет надлежащим образом отклонено как злоупотребление процессом суда или как не подлежащее судебному разбирательству. Иски политического характера, иски, направленные на принуждение исполнительной власти занять определенную позицию в дипломатии, иски, поданные лицом, не имеющим статуса, - все они будут законно отклонены.

Аналогичный результат был бы достигнут в судебном процессе, подобном делу *Торп* против *Содружества*.[41]В нем истец утверждал, что Содружество обязано выполнять фидуциарные обязанности перед аборигенами на основании того, что их земли были незаконно захвачены и что аборигены подвергались геноциду. Он добивался вынесения постановления в форме позитивного судебного запрета, обязывающего Содружество обратиться к Генеральной Ассамблее ООН с просьбой о получении консультативного заключения Международного Суда относительно статуса прав аборигенов в земельных претензиях Австралии. Дело было рассмотрено Кирби Джей, заседавшим в Высоком суде в одиночку, на основании того, что не было раскрыто никакого вопроса по смыслу Конституции. Его честь правильно решил, что суд не имеет права контролировать действия Содружества в иностранных отношениях. Суд не может заставить Содружество делать дипломатические представительства в Организации Объединенных Наций. Ведение международных отношений Австралии относится исключительно к компетенции исполнительной власти.

Однако решения Федерального суда по делу *Humane Soci-ety International* свидетельствуют о том, что не каждое внутреннее дело, возбужденное параллельно с международным спором, будет лишено возможности быть рассмотренным. Как и *в случае* с *Petrotimor*, в деле *Humane Society* речь шла о заявлении, поданном в рамках внутреннего права и тесно связанном с существующим международным спором. Международная организация "Гуманное общество" начала разбирательство в Федеральном суде с целью получения судебных запретов и заявлений в соответствии с Законом об охране окружающей среды и сохранении биоразнообразия 1999 года (Cth) (Закон EPBC). Запреты были направлены на ограничение китобойной деятельности в китобойном заповеднике в пределах заявленной Австралией исключительной экономической зоны, прилегающей к заявленной Австралией Антарктической территории.

Как и в деле *Петротимора*, заявитель столкнулся с серьезными препятствиями на пути к получению судебной помощи. Первым существенным вопросом было вручение иностранному ответчику оригинального процесса. Оллсоп Джей сначала отказал в разрешении на вручение искового заявления за пределами Австралии.[42]Его честь отметил, что генеральный прокурор уведомил суд о том, что

(41) (1997) 144 ALR 677.

[42]*Humane Society International Inc.* против *Kyodo Senpaku Kaisha Ltd*, [2005] FCA 664.

> Утверждение юрисдикции австралийского суда в отношении исков, касающихся прав и обязанностей, предусмотренных Законом об ЭПБК, по мнению Правительства, спровоцирует или может спровоцировать международные разногласия с Японией, подорвать статус-кво, обеспечиваемый *Договором об Антарктике*, и противоречить долгосрочным национальным интересам Австралии.[43]

Далее Его честь заявил, что эти мнения "касаются соображений, которые относятся исключительно к сфере деятельности исполнительного правительства, как связанные с политическими суждениями (используя это выражение в широком смысле) и не имеющие юридических критериев для судебной оценки".[44]Его честь заявил, что из-за этих соображений и вероятной бесполезности любых окончательных распоряжений, которые может вынести суд, он не должен использовать свое усмотрение, чтобы разрешить вручение оригинала процесса за пределами Австралии.

Это решение было отменено по апелляции Федеральным судом полного состава.[45]Блэк СиДжей и Финклстейн Джей постановили, что:

> Мы считаем устоявшимся законом, что если юрисдикция Федерального суда затронута иском в отношении предмета, с которым суд может иметь дело, и иск возбужден заявителем, имеющим статус, и иск не является репрессивным, сутяжническим или иным процессуальным злоупотреблением, и, наконец, суд может принять юрисдикцию в отношении ответчика (путем вручения или представления), то суд не может отказать в вынесении решения по спору.[46]

Мур Джей выразил несогласие на том основании, что постановления в конечном итоге не могут быть исполнены и поэтому бесполезны.

В деле *Humane Society International Inc.* против *Kyodo Senpaku Kaisha Ltd*.[47]Оллсоп Дж. удовлетворил ходатайство о вынесении судебного запрета и декларативной защиты после замены ответчика. Его честь сделал это с учетом мнения большинства членов Суда полного состава о неуместности политического контекста спора и того факта, что ответчик, как представляется, не сопротивлялся иску. На основании материалов, представленных заявителем, Его честь убедился, что постановления были вынесены обоснованно.

Как отмечают Клейн и Хьюз,[48]любопытно и прискорбно, что суд не рассмотрел отдельно вопросы смущения, которые были столь важны для решения суда в деле *Петротимора*. Решения суда

[43]Там же. [14]. [44]Там же. [24].

[45]*Гуманное общество Интернэшнл Инк.* против *Киодо Сенпаку Кайша Лтд*, [2006] FCAFC 116.

[46]Там же. [10]. [47] [2008] FCA 3.

[48]Натали Клейн и Николас Хьюз, "Национальные судебные процессы и международное право: Последствия для защиты морских ресурсов Австралии", (2009) 33 *Melbourne University Law Review* 163, 198-204.

нелегко примирить, и, возможно, это отражает прямое наделение Акта EPBC статусом общественного интереса. На момент принятия решения легитимность так называемой "научной" китобойной программы Японии была напрямую поставлена под вопрос в ходе дипломатических двусторонних и многосторонних переговоров с Японией. Кроме того, как заявил суду генеральный прокурор, притязания Австралии на Антарктику остаются предметом горячих споров, и любая попытка привести в исполнение предписания суда в прилегающих водах может серьезно нарушить дипломатический баланс, связанный со статусом этих притязаний.

Уроки, извлеченные из австралийского опыта

Поскольку границы доктрины судебного стеснения остаются неопределенными, частные истцы будут вынуждены и впредь прибегать к рискованным судебным стратегиям, проверяющим границы взаимоотношений между международным публичным и частным правом. Однако, несмотря на эти предостережения, можно сказать, что такие решения, как *Humane Society International*[49], отражают более щедрый подход к вопросам судебной сдержанности, чем это было в прошлом. Они могут привести к более частым попыткам частных истцов использовать внутренние судебные процессы в контексте соответствующих споров по международному публичному праву.

Как видно, существует два совершенно разных основания для поддержания внутренних судебных процессов, затрагивающих вопросы международного публичного права. Одна из них - это судебный процесс в интересах общества, подобный тому, который рассматривается в делах *Re Limbo* и *Humane Society International*. В них истец стремится затронуть основные вопросы международного спора, опираясь на нормы внутреннего общего права и статутные нормы, которые могут быть призваны на помощь в конкретном деле.

Второй основой для такого рода внутренних судебных разбирательств является частный истец, который стремится защитить не публичные, а частные права, основанные на особом взгляде на основной международный спор. К таким делам относятся *Petrotimor*, *Buttes Gas* и *Kuwait Airways Corporation*.

В обоих случаях австралийские суды исторически неохотно занимаются вопросами международного публичного права. В случае судебного разбирательства, затрагивающего частные права, такое нежелание судов еще больше увеличивает вероятность того, что пострадавшая сторона будет подвергнута серьезной несправедливости.

[49]См. также дело *Хабиб* против *Содружества*, [2010] FCAFC 12.

Международное право предоставляет пострадавшим лицам ограниченные средства правовой защиты. Компенсация ущерба основана на правилах ответственности государства, которые признают традиционный примат государства и дипломатических соображений над индивидуальными правами. Тем не менее, национальные суды часто являются единственным реальным форумом, в котором можно исправить серьезные нарушения. Хотя очевидно, что существуют споры, которые просто не поддаются судебному разрешению, в тех случаях, когда споры о частных правах четко сформулированы, суды не должны избегать их на основании неопределенных и по сути дискреционных доктрин.

Примеры из практики Соединенных Штатов

Соединенные Штаты находятся в несколько необычном положении, разработав значительный свод законов, основанных на современном возрождении Закона об исках к иностранцам (обычно известного как "Статут об исках к иностранцам" (CAP)).[50]CAP гласит следующее.

> [Окружные суды обладают первоначальной юрисдикцией в отношении любого гражданского иска иностранца, поданного только в связи с деликтом, совершенным в нарушение права наций или договора Соединенных Штатов.

В течение многих лет CAP находился в состоянии покоя, однако в настоящее время он хорошо документирован и представляет собой средство, с помощью которого суды Соединенных Штатов могут напрямую рассматривать обвинения в нарушении иностранцами "права наций", где бы эти нарушения ни были предположительно совершены. Роль американских судов и степень ограничения сферы действия CAP были предметом серьезного судебного и научного рассмотрения.[51]

Современную жизнь CAP получило благодаря решению Второго окружного апелляционного суда по *делу "Филартига* против *Пенья-Ирала*".[52]В нем суд рассмотрел утверждения о том, что пытки и убийство в Парагвае Джоэля Филартиги ответчиком (парагвайским чиновником) являются нарушением права наций. Дело было возбуждено сестрой и отцом погибшего.

Удовлетворяя иск, суд решительно указал на необходимость того, чтобы простые истцы продемонстрировали наличие явного нарушения права наций, отметив, что

[50]Первоначально являлась частью Закона о судоустройстве 1789 года, 28 USC § 1350.

(51) Например, Gerald P. McGinley, "Of Pirates and Privateers - The Historical Background of the Alien Tort Claims Act with Some Suggestions for Its Future Use", (1992) 21 *Anglo-American Law Review* 138, 141.

(52) [1980] USCA2 576; 630 F 2d 876 (2nd Cir., 1980).

> Требование о том, что норма должна получить "общее согласие цивилизованных наций", чтобы стать обязательной для всех, является жестким. Если бы это было не так, суды одной страны могли бы свободно навязывать другим идиосинкразические правовые нормы во имя применения международного права. Так, в деле *Banco Nacional de Cuba* v. *Sabbatino*, 376 U.S. 398, 84 S.Ct. 923, 11 L.Ed.2d 804 (1964), Суд отказался решать вопрос о правомерности экспроприации правительством Кубы активов иностранной корпорации, отметив резко противоречивые взгляды на этот вопрос, выдвигаемые странами-экспортерами и странами-импортерами капитала, социалистическими и капиталистическими странами. Id. at 428-30, 84 S.Ct. at 940-41.[53]

Далее Суд заявил в *деле "Филартига* против *Пенья-Ирала"*

> В данном случае страны, как посредством международных соглашений, так и односторонних действий, заявили о том, что их волнуют внутренние нарушения прав человека такого масштаба.[54]

После решения по делу *Филартига* CAP использовалась для возбуждения ряда исков, многие из которых были урегулированы без окончательного судебного разбирательства.[55]В их числе дела *"Имущество жертв Холокоста"*,[56]*"Иск о Холокосте Австрийского и Немецкого банков"*,[57]*"Бинал* и др. против *Фрипорт-МакМоран, Инк.* и др.",[58]а также дела *компании Юнокал*, кульминацией которых стало *дело "Доу* против *Юнокал"*.[59]

В деле *Хосе Франциско Соса* против *Умберто Альвареса-Махайна* и др.[60]исполнительная власть США предприняла полномасштабную атаку на CAP, подав пространную записку-амикус, в которой выступила против толкования CAP по методу *Филартиги*.[61]Верховный суд США явно отказался от расширительного толкования CAP, но заявил, что

> Предоставление юрисдикции лучше всего рассматривать как принятое при понимании того, что общее право обеспечит основание для иска в отношении минимального числа нарушений международного права с возможностью личной ответственности.[62]

[53]Ibid., [18]. [54]Ibid., [49].

[55]Полезное обсуждение исков об историческом правосудии, включая иски по CAP, см. в Beth Stephens et al., *International Human Rights Litigation in US Courts*, 2nd edn (Leiden: Martinus Nijhoff, 2008), особенно 543-6.

[56]No. CV-96-4849, 2001 US App. LEXIS 30154 (2d Cir. 2001). [57]No. 98 Civ. 3938.

[58] [1999] USCA5 1266; 197 F 3d 161 (5th Cir. 1999).

[59] [2003] USCA9 100; 395 F 3d 978 (9th Cir. 2003).

[60] [2004] USSC 2852; 542 US 692 (2004).

[61]Эти аргументы подробно рассматриваются в статье Anne O'Rourke and Chris Nyland, "The Recent History of the Alien Tort Claims Act: Роль Австралии в его (попытке) падении", (2006) 25 *Australian Year Book of International Law* 139.

[62]542 US 692 at 30.

Хотя суд не затрагивал напрямую вопрос о возможности судебного разбирательства, он явно осознавал возможность возникновения противоречий. Он намеренно ограничил иски теми, которые основаны на "законах наций", единообразно и строго признанных всеми или, по крайней мере, подавляющим большинством наций. Он прямо признал побочные последствия признания частного правонарушения, основанного на нарушении права наций. Эти побочные последствия включали в себя необходимость остерегаться посягательств на главную ответственность исполнительной и законодательной власти за ведение внешних сношений Соединенных Штатов. Суд сказал:

> Поскольку многие попытки федеральных судов разработать средства правовой защиты в связи с нарушением новых норм международного права сопряжены с риском неблагоприятных внешнеполитических последствий, их следует предпринимать, если вообще предпринимать, с большой осторожностью.[63]

Подобные ограничительные взгляды на вежливость стали причиной провала других попыток рассмотрения вопросов прав человека в судах США.[64]Однако дело *"Альперин* против *Банка Ватикана"*[65]свидетельствует о более гибком подходе к вопросам вежливости и сдержанности в рамках доктрины политического вопроса. В этом деле Апелляционный суд Девятого округа рассматривал иск истцов к ответчику о неправомерном удержании богатств, награбленных нацистским режимом во время Второй мировой войны. Девятый апелляционный суд постановил, что разрешение имущественных претензий, несмотря на то, что они вытекали из явно политического контекста, не было запрещено доктриной политического вопроса. Суд отметил, что

> Хотя доктрина политического вопроса часто скрывается в тени при рассмотрении дел, связанных с иностранными отношениями, она редко рассматривается в лоб.[66]

В формулировке, напоминающей взгляды Бомонта Дж. в деле *Петротимора*, суд сказал,

> Действительно, в нашей системе разделения властей мы не должны отказываться от ответственности суда по статье III - разрешения "дел" и "противоречий" - в пользу исполнительной власти, особенно когда, как в данном случае, исполнительная власть отклонила давнее предложение принять участие в споре.[67]

Затем суд перешел непосредственно к рассмотрению доктрины политического вопроса, придя к выводу, что она не препятствует разрешению имущественных претензий, хотя и отметил, что эти претензии сталкиваются с другими серьезными трудностями.

[63]Ibid., at 33.
[64]Например, *Унгаро-Бенагес* против *Дрезден Банк АГ*, 379 F 3d 1227 (11th Cir. 2004).
[65]410 F 3d 532, 544 (9-й округ, 2005 г.). [66]Там же. [67]Там же.

Действительно, дело против Банка Ватикана было в конечном итоге прекращено на том основании, что Банк Ватикана является инструментом города Ватикана и поэтому защищен доктриной суверенного иммунитета.[68]

Заключительные замечания

Международные суды и трибуналы остаются основным средством, с помощью которого принципы международного права публично формулируются и развиваются. В частности, наличие в Европе развитого международного судебного аппарата означает, что международные, а не национальные суды играют более значительную роль в разрешении споров, имеющих международный характер.

Однако за пределами европейского судебного контекста у сторон, чьи претензии затрагивают вопросы международного публичного права, мало шансов довести дело до международного трибунала. В таких случаях все более важную роль будут играть национальные суды. Роль национальных судов в разрешении международных споров будет по-прежнему ограничиваться судебными доктринами воздержания от рассмотрения споров или их неосуществимости. В случае с судебными процессами, связанными с общественными интересами, судебная сдержанность не только ограничивает возможности защитников общественных интересов в освещении их дела, но и ограничивает роль национальных судов в диалоге между внутренним и международным правом. Уже давно признано, что международные трибуналы могут оказывать нормативное давление на государства, несмотря на отсутствие какой-либо последовательной доктрины прецедента в международном праве. Внутренние трибуналы способны оказывать аналогичное, если не большее, нормативное воздействие. Чтобы реализовать этот потенциал, национальным судам необходимо продолжать разрабатывать гораздо более четкие стандарты, с помощью которых можно было бы регулировать напряженность, присущую судебным разбирательствам по спорам, связанным с международным публичным правом. Опыт Австралии и Соединенных Штатов свидетельствует о том, что некоторые суды теперь признают искусственные ограничения доктрин судебной сдержанности, разработанных в двадцатом веке. Постепенно, судя по всему, национальные суды могут перейти к более гибкому применению этих доктрин, что приведет к значительному увеличению вероятности появления вопросов международного публичного права в ходе внутренних судебных разбирательств.

[68]Решение от 29 декабря 2009 г., № 08-16060, DC № 99-cv-04941-MMC.

ЧАСТЬ II

4

Опыт Австралии в области международного судопроизводства

Генри Берм Эстер

В этой главе рассматривается опыт Австралии в международных судебных процессах, особенно в качестве заявителя, но также и в качестве ответчика, с целью выявления проблем и подводных камней, которые могут возникнуть. Мое рассмотрение в значительной степени опирается на мое личное участие в качестве члена юридической группы правительства во всех спорных делах, в которых Австралия выступала стороной в Международном суде (МС) и Международном трибунале по морскому праву (ITLOS). Высказанные мнения, разумеется, являются моими личными взглядами и не обязательно совпадают с мнением правительства Австралии.

Австралия, будучи либеральной демократией с твердой приверженностью верховенству закона, уже давно проводит политику поддержки мирного урегулирования международных споров с помощью таких органов, как Международный суд. Такая держава среднего уровня, как Австралия, является убежденным сторонником основанной на правилах системы многостороннего сотрудничества и, как ее часть, обязательных механизмов разрешения международных споров.[1]

В рамках этого обязательства Австралия согласилась с обязательной юрисдикцией Международного Суда в соответствии с факультативной оговоркой (хотя и с некоторыми оговорками).[2]Это привело к тому, что она стала ответчиком по делам. Однако это также позволило Австралии вести неразрешимые экологические и ресурсные споры с помощью Суда. Как показано ниже, Австралия рассматривает международное судопроизводство как полезный способ разрешения споров, затрагивающих определенные вопросы, представляющие национальный интерес. В данной главе предпринята попытка изучить уроки, извлеченные из опыта Австралии в этом отношении, с тем чтобы пролить полезный свет на преимущества и подводные камни международного судопроизводства в целом. Уроки распространяются на процессуальные аспекты

[1]См. Генри Бурместер, "Австралия и Международный суд", (1996) 17 *Aus-tralian Year Book of International Law* 19, 20-5.

[2]ICJ, Декларации, признающие юрисдикцию Суда обязательной, 22 марта 2002 года, доступно на www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3&code=AU.

и тактике более стратегические аспекты, связанные с продвижением и развитием международного права.

Опыт любого государства в области международного судопроизводства во многом уникален, как с точки зрения дел, которые могут возникнуть, так и с точки зрения внутренних обстоятельств, которые могут побудить государство начать разбирательство. Однако опыт Австралии может послужить полезным примером для изучения. Дела, на которые мы будем опираться в этой главе, начинаются с дела о *ядерных испытаниях*[3]против Франции, где Австралия выступала в качестве заявителя. Австралия была ответчиком в делах *Науру*[4]и *Восточного Тимора*[5]. Австралия также выступала стороной в двух делах по Конвенции ООН по морскому праву (UNCLOS)[6]- в качестве заявителя в деле о *южном голубом тунце* против Японии[7]и в качестве ответчика в деле *"Волга"*, возбужденном Российской Федерацией с целью быстрого освобождения судна.[8]В настоящее время Австралия является заявителем в МС по делу против Японии, касающемуся китобойного промысла в Антарктике.[9]

В этой главе нет подробного анализа отдельных дел.[10]Скорее, в ней рассматриваются общие вопросы, возникающие в ходе международных судебных разбирательств. В главе также не рассматриваются другие международные споры с участием Австралии, например, возникающие в рамках процедур урегулирования споров Всемирной торговой организации или арбитража по инвестиционным договорам.[11]

[3]*Ядерные испытания (Австралия* против *Франции) (Временные меры)*, [1973] ICJ Rep. 99; *(Юрисдикция и приемлемость)*, [1974] ICJ Rep. 253 (*Ядерные испытания*).

[4]*Некоторые фосфатные земли в Науру (Науру* против *Австралии) (Предварительные возражения)*, [1992] ICJ Rep.
ICJ Rep. 240 (*Науру*).

[5]*Дело о Восточном Тиморе (Португалия* против *Австралии)*, [1995] ICJ Rep. 90 (*Восточный Тимор*).

[6]Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (открыта для подписания 10 декабря 1982 года, вступила в силу 16 ноября 1994 года), 1833 UNTS 3.

[7]*Южный голубой тунец (Новая Зеландия* против *Японии; Австралия* против *Японии) (временные меры)*, (1999) 117 ILR 148 (*Южный голубой тунец*). См. также *Южный голубой тунец (Новая Зеландия*
v. *Japan; Australia* v. *Japan) (Юрисдикция и приемлемость)*, (2000) 119 ILR 508.

[8]*Дело "Волга" (Россия* против *Австралии) (Оперативное освобождение)*, (2003) 42 ILM 159 (*Волга*).

(9) "Заявление о возбуждении производства", *Китобойный промысел в Антарктике (Австралия* против *Японии)*, МС, Общий список № 148, 31 мая 2010 г.

[10]Краткий анализ дел, рассмотренных МС, за исключением самого последнего, см. в Nii Lante Wallace-Bruce, *The Settlement of International Disputes: The Contribution of Australia and New Zealand* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1998). См. также Натали Клейн, "Судебные споры по морским ресурсам: Уроки для морского права, международного урегулирования споров и международного экологического права", (2009) 28 *Australian Year Book of International Law* 131.

[11]Обсуждение более раннего участия Австралии в урегулировании споров в рамках ВТО см. в Gavan Goh, 'Australia's Participation in the WTO Dispute Settlement System', (2002) 30 *Federal Law Review* 203.

Дела, в которых участвовала Австралия, касались спорных вопросов, и ни одно из них не начиналось со специального соглашения между сторонами о передаче отдельного правового вопроса на рассмотрение. Напротив, все дела были начаты в одностороннем порядке и, как следствие, не неожиданно, затронули вопросы юрисдикции. Это всегда важно учитывать в международных судебных процессах. Кроме того, хотя все дела касались экологических и ресурсных вопросов, предмет дела мало чем помогает при рассмотрении того, как государство может использовать международное судопроизводство. Скорее, каждое дело в значительной степени зависит от собственных обстоятельств, и это в значительной степени определило то, как эти дела рассматривались в процессуальном и стратегическом плане.

Теперь в этой главе мы перейдем к рассмотрению некоторых конкретных вопросов, возникающих в ходе международного судебного разбирательства. Сначала будут рассмотрены вопросы юрисдикции, затем решение о возбуждении дела, судебный процесс и, наконец, повторяющиеся процессуальные вопросы. Для иллюстрации этих вопросов будут использованы дела с участием Австралии.

Вопросы юрисдикции - необходимость согласия

Важно помнить, что международные споры могут рассматриваться только с согласия. Оно может быть дано заранее в рамках договорного режима, как это имеет место в отношении некоторых вопросов в соответствии с ЮНКЛОС. В соответствии с этим соглашением стороны также могут выбирать различные форумы по урегулированию споров, при этом по умолчанию используются специальные арбитражные суды.[12]Для Международного Суда согласие на юрисдикцию может содержаться в договоре или декларации о факультативной оговорке.[13]Однако юрисдикция часто вызывает жаркие споры и может быть центральным вопросом для государства-заявителя при определении того, использовать ли конкретный орган по урегулированию споров для разрешения какого-либо спора. Принятие государством-ответчиком решения об оспаривании юрисдикции является важным стратегическим решением в судебном процессе.

Несмотря на значительное количество международных споров, доведенных до судебного разбирательства, гораздо больше случаев, когда государства предпринимают шаги, чтобы предотвратить или избежать этого. Редко какое государство оказывается застигнутым врасплох возбуждением против него дела. Ни одно государство, включая такое, как Австралия, которое в целом поддерживает мирные механизмы разрешения международных споров, не подвергает себя риску заранее взять на себя полностью бессрочное обязательство, позволяющее ему быть переданным в международный трибунал в отношении всех и любых споров. Государства взвешивают свою подверженность обязательному урегулированию споров

[12]ЮНКЛОС, ст. 287. [13]Статут Международного Суда, ст. 36(1), (2).

механизмов до ратификации договоров, содержащих такие положения. Как и в случае с ЮНКЛОС, обязательное урегулирование споров может быть необходимой частью конкретной договорной сделки. Однако и в этом случае возможен выбор предпочтительного форума. Государства, которые принимают механизм факультативных оговорок в соответствии со Статутом Международного Суда[14], регулярно пересматривают и изменяют свои заявления с учетом своего восприятия подверженности правовым рискам. Австралия здесь не является исключением.

Еще в 1954 году Австралия гарантировала, что ее заявление о факультативной оговорке не позволит Японии в одностороннем порядке передать в Международный Суд спор о ловле жемчуга на континентальном шельфе.[15]Это было сделано в знак признания неопределенного состояния международного права в то время и перед лицом реальной перспективы того, что Япония ответит на новые меры регулирования, принятые Австралией. В 1975 году Австралия внесла в декларацию широкую факультативную оговорку с небольшими оговорками. В 2002 году Австралия вновь изменила свое заявление по факультативной клаузуле, сделав ряд оговорок, в том числе одну, касающуюся ранее не урегулированных споров с Австралией о делимитации морских пространств, которые могут быть переданы в Суд.[16]В то время у Австралии был ряд подобных ситуаций, в том числе с новым независимым Тимором-Лешти. Австралия не предприняла заранее никаких действий, чтобы предотвратить возбуждение Науру дела против нее в соответствии с факультативной оговоркой, хотя после возбуждения дела Австралия выдвинула существенные возражения по поводу юрисдикции.[17]Точно так же она не предприняла никаких действий, чтобы предотвратить возбуждение Португалией дела в связи с соглашением, достигнутым Авс-тралией с Индонезией по поводу эксплуатации морского пространства между тогдашним Восточным Тимором и Австралией. В обоих случаях Австралия решила противостоять любому делу, которое может быть возбуждено в Суде, в том числе путем выдвижения возражений против юрисдикции и приемлемости, а не пытаться заранее предотвратить возбуждение дел.

Решение государства о том, предпринимать ли шаги, чтобы избежать возбуждения дела против него, является важным стратегическим компонентом при рассмотрении вопроса об использовании международного судебного процесса. Необходимость согласия

[14]Статут Международного Суда, ст. 36(2).

(15) [1954] ATS 8; 186 UNTS 771. См. также Shirley V. Scott, 'The Inclusion of Sedentary Fisheries within the Continental Shelf Doctrine', (1992) 41 *ICLQ* 788, 800.

[16]ICJ, выше п. 2, [2002] ATS 5. Соответствующая оговорка гласит: "Настоящая декларация не применяется к: … (b) любому спору, касающемуся или относящемуся к делимитации морских зон, включая территориальное море, исключительную экономическую зону и континентальный шельф, или возникающему из, касающегося или относящегося к эксплуатации любого спорного района любой такой морской зоны или прилегающего к ней района до ее делимитации".

[17]См. *Определенные фосфатные земли в Науру (Науру* против *Австралии) (Предварительные возражения)*,
[1992] ICJ Rep. 240.

в некоторых ситуациях может использоваться для того, чтобы исключить любую форму судебного разбирательства или повлиять на форму суда. Так, Австралия в споре с Соединенными Штатами по поводу предполагаемой экспроприации указала, что она согласится на рассмотрение этого вопроса только полным составом Международного Суда, в то время как Соединенные Штаты были готовы к тому, чтобы этот вопрос решался только тщательно отобранной палатой. В итоге дело так и не было начато.[18]

Даже если государства предприняли шаги, чтобы избежать возбуждения дел против них, это не гарантирует, что разбирательство не будет начато. Так, Франция тщательно разработала свое заявление о факультативной клаузуле, чтобы исключить, в частности, споры, касающиеся деятельности, связанной с национальной обороной, и эта оговорка явно предназначалась для охвата ее ядерной программы, включая атмосферные ядерные испытания. Однако в деле *"Ядерные испытания"* Австралия утверждала, что исключение не препятствует вынесению судебного решения по делу Австралии против атмосферных ядерных испытаний в Тихом океане. Однако Австралия также опиралась на юрисдикцию, предоставленную Общим актом об урегулировании международных споров в Тихом океане 1928 г.[19]Этот договор был в значительной степени забыт и рассматривался многими, включая Францию, как утративший силу. Тот факт, что Австралия пыталась основывать взаимное согласие на юрисдикцию на таком неясном договоре, Франция расценила как способствующий незаконности всего разбирательства. Дело против ядерных испытаний было вопросом, который, по мнению Франции, затрагивал сердцевину ее национальной безопасности. Это не был экологический спор, как его представляла Австралия. Столкнувшись с этими крайне нежелательными разбирательствами, Франция предпочла остаться в стороне и вообще не участвовать в разбирательстве. Однако в письме в Международный Суд она подробно изложила свое мнение о том, что Суд явно не обладает юрисдикцией для рассмотрения данного вопроса.[20]

Более распространенной реакцией государств на нежелательные разбирательства является участие, но с оспариванием юрисдикции. Этот вопрос будет рассмотрен ниже. Оспаривание юрисдикции направлено не только на то, охватывает ли конкретный предмет спора соответствующее подведомство юрисдикции конкретного суда, выбранного государством-заявителем. Необходимо не только согласие на предметную юрисдикцию, но и наличие "спора", а по некоторым договорам могут быть соблюдены определенные процессуальные предпосылки. Важность этих вопросов была

[18]Burmester, выше n. 1, 24.

[19] (Открыт для подписания 26 сентября 1928 года, вступил в силу 16 августа 1929 года), 93 LNTS 343.

[20]*Ядерные испытания*, [1974] ICJ Rep. 253, 255 [4]. См. также Совместное особое мнение, с. 328-58, в котором содержится подробное опровержение аргументов Франции, касающихся, в частности, Общего закона 1928 года, вопрос, который сам суд в своем решении не рассматривал.

Недавно это было продемонстрировано в *деле, касающемся Конвенции о расовой дискриминации*.[21]

Необходимость спора была вопросом, который Австралия тщательно обдумала, прежде чем начать разбирательство по делу о *ядерных испытаниях*. Часто спор может кипеть в течение многих лет без тщательного определения его правовых параметров. Как только Австралия решила, что законность атмосферных ядерных испытаний должна быть предметом судебного разбирательства, она направила тщательно проработанную дипломатическую ноту, в которой изложила свое видение правовой ситуации.[22]Она также стремилась, прежде чем начать разбирательство, начать диалог на высоком уровне по научным аспектам вреда, причиненного в результате таких испытаний, чтобы определить, есть ли общие точки соприкосновения.

Последующий вывод об отсутствии какого-либо продолжающегося спора, связанного с французскими односторонними обязательствами, был расценен Судом как основание для прекращения дела на стадии юрисдикции.[23]По мнению большинства, предмет спора исчез, и, следовательно, не было ничего, по чему можно было бы вынести решение. В отличие от этого, судьи, выразившие несогласие, довольно подробно рассмотрели юрисдикцию, возникшую на основании Общего закона 1928 года, и характер претензий Австралии и пришли к мнению, что, поскольку юрисдикция была установлена, дело должно было перейти к рассмотрению по существу всех или, по крайней мере, некоторых претензий.[24]

В деле о *южном голубом тунце* Австралия и Новая Зеландия заявили о нарушении статей 64 и 116-119 ЮНКЛОС. Япония утверждала, что никакого правового спора не существует, а спор идет только о научных данных, не пригодных для судебного разрешения. Этот аргумент не имел успеха ни в ITLOS, ни в арбитражном суде. На этапе рассмотрения вопроса о юрисдикции арбитражный суд установил, что, несмотря на наличие спора по ЮНКЛОС, он не обладает юрисдикцией в силу статьи 281(1) этой Конвенции. Статья 281(1) исключает споры, в которых стороны договорились добиваться урегулирования посредством своего собственного выбора, и если этот выбор исключает

[21]*Дело о применении Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Грузия* против *Российской Федерации) (предварительные возражения)*, [2011] ICJ Rep. 70.

[22]См. *Ядерные испытания (Австралия* против *Франции) (Юрисдикция и приемлемость)*, [1974] ICJ Rep. 253, 260 [24]-[26], 242-7, 279-80 (судья Грос), 423-7 (специальный судья Барвик).

[23]Там же, 210 [24], 270-2 [55]-[59].

[24]Там же, 372 (судьи Оньеама, Диллард, Хименес де Аречага и Уолдок), 388 (судья де Кастро), 454 (судья Барвик).

любой другой процедуры. Арбитражная комиссия пришла к выводу, что статья 16 Конвенции о сохранении южного голубого тунца 1993 года "исключает любую дальнейшую процедуру" в рамках ЮНКЛОС.[25]Этот вывод отличался от вывода prima facie о наличии юрисдикции, сделанного ITLOS на предыдущем этапе рассмотрения дела о временных мерах.[26]

Необходимость наличия юрисдикции - это первый шаг, который должен быть сделан для того, чтобы международное разбирательство состоялось. Способность продемонстрировать разумную возможность юрисдикции имеет решающее значение, если необходимо ходатайствовать о принятии временных мер. Способность Австралии сделать это имела решающее значение для успеха в получении обеспечительных мер против Франции и Японии, несмотря на то, что оба дела были впоследствии отклонены из-за отсутствия юрисдикции. Даже если государству-заявителю кажется, что у него есть веские основания для юрисдикции, это не предотвратит возможные серьезные возражения против юрисдикции трибунала, которые вполне могут увенчаться успехом. Такую возможность государство-заявитель должно предусмотреть в своей судебной стратегии. Как будет рассмотрено ниже, наилучший способ оспаривания юрисдикции государством-ответчиком также является важным вопросом судебной тактики для этого государства.

Решение о возбуждении дела

Определение вероятности существования юрисдикции - важный первый шаг, но решение о возбуждении дела - важный шаг, который ни одно государство не принимает легкомысленно. Два дела, возбужденные Австралией против Франции и Японии в Международном Суде ООН, находятся на расстоянии почти сорока лет друг от друга, но есть определенные сходства в подготовке к принятию решения о возбуждении этих дел.

Ядерные испытания и китобойный промысел - оба вопроса, которые в Австралии вызывают широкую общественную оппозицию. В обоих случаях общественность требовала от правительства принять меры. Дипломатические и аналогичные действия не оказали должного влияния. Возможность международных правовых действий была поднята публично, политическим лидерам были предоставлены юридические заключения от известных международных юристов. В случае с французскими ядерными испытаниями свое мнение высказал профессор Д. П. О'Коннелл.[27]В случае с китобойным промыслом,

[25]*Южный голубой тунец (Новая Зеландия* против *Японии; Австралия* против *Японии)* (Юрисдикция и приемлемость), (2000) 119 ILR 508, [50]-[59].
[26]*Южный голубой тунец (Новая Зеландия* против *Японии; Австралия* против *Японии)* (Временные меры), (1999) 117 ILR 148, [33].
[27]Клейн, выше, n. 10, 134.

[28]В обоих случаях наличие мнений, поддерживающих возбуждение судебного разбирательства, было использовано оппозиционными партиями, и обязательство по судебному разбирательству было взято ими на вооружение в рамках избирательных кампаний, в результате которых эти партии в конечном итоге были избраны новым правительством.[29]

Таким образом, вклад членов академии международного права в такой демократической стране, как Австралия, часто будет важной частью убеждения правительства использовать судебный процесс в качестве инструмента для разрешения международного спора. Правительство, несомненно, будет обращаться за собственным советом, но, по крайней мере, в спорных вопросах, затрагивающих общественные интересы, подсказки сторонних юристов-международников, по-видимому, играют важную роль в повышении роли судебного разбирательства как основной стратегии в поисках разрешения конкретного спора и заставляют правительство тщательно рассмотреть его как вариант.

Правительства не всегда будут действовать в ответ на давление со стороны межнациональных юристов. Например, правительство Австралии отказалось возбуждать дело против Сингапура в связи с приведением в исполнение смертного приговора в отношении австралийского гражданина, несмотря на то, что ему были предоставлены юридические заключения, решительно поддерживающие такие действия.[30]

Еще одно важное соображение, касающееся возбуждения дела, заключается в том, что судебный процесс никогда не будет первым вариантом для любого государства. Как правило, уже были предприняты другие попытки дипломатическим путем или через международные органы разрешить спор. Так, в случае с китобойным промыслом судебное разбирательство было возбуждено только после того, как длительные попытки Международной китобойной комиссии найти решение не увенчались успехом, а специальный посол не **СМОГ** добиться прогресса в прямых переговорах с Японией. В случае с ядерными испытаниями перед началом разбирательства состоялся последний визит министров в Париж, после того как ранее состоялся двусторонний научный обмен мнениями о предполагаемых вредных последствиях атмосферных испытаний.

[28]См. например, Отчет Международной группы независимых экспертов по правовым вопросам: Специальный разрешенный ("научный") китобойный промысел по международному праву, Париж, 12 мая 2006 г., доступно на сайте www.ifaw. org/ifaw/general/default.aspx?oid=167943, [83]. В состав группы вошли Лоранс Буассон де Шазурн, Пьер-Мари Дюпюи, Дональд Р. Ротвелл, Филипп Сэндс, Альберто Сзекели, Уильям Х. Тафт IV и Кейт Кук.

[29]См. Австралийская лейбористская партия, *Национальная платформа и Конституция* (2007) 145, [131].

[30]См. Дэниел Хоар, "Премьер-министр - представитель ООН хочет, чтобы дело Ван Нгуена рассматривалось в Международном суде", 21 ноября 2005 г., ABC Online, доступно по адресу: www.abc.net.au/pm/content/2005/ s1513049.htm. См. также Джули Льюис, "Изучите международно-правовые возможности для "Девятки Бали" сейчас, говорит профессор", (2006) *Law Society Journal* 18, 18.

Нежелание государств спешить ввязываться в международные судебные процессы вполне объяснимо. Как и в случае с внутренним судопроизводством, любой судебный процесс связан с риском и может повлечь за собой значительные расходы. Результат всегда непредсказуем, поскольку международные трибуналы находят неожиданные способы рассмотрения рассматриваемых ими дел. Любое дело может иметь неблагоприятные последствия для двусторонних отношений с государством-ответчиком, какими бы хорошими они ни были. Во многих случаях это может привести к значительным дипломатическим и другим последствиям.

В деле о *ядерных испытаниях* Франция была возмущена ходом разбирательства и выступила с враждебной публичной реакцией во Франции и в Международном суде, несмотря на то, что не выступала в нем. На отношениях между Австралией и Францией также негативно сказалась ярость австралийской общественности против Франции, выразившаяся в бойкоте французских товаров и профсоюзных запретах для судов, направляющихся во Францию. Любое правительство, затевающее международное судебное разбирательство, несомненно, должно учитывать возможное влияние на более широкие двусторонние отношения, прежде чем начинать процесс. Демонизация государства редко помогает судебному процессу, но может стать неизбежным последствием, если к судебному разбирательству отнестись небрежно. К счастью, за исключением дела о *ядерных испытаниях*, опыт Авс-тралии говорит о том, что, хотя возбуждение дела может не приветствоваться другим государством, отношения не должны чрезмерно страдать. Это может быть отражением более широкого обращения к международному урегулированию споров после окончания холодной войны, но может также отражать различный характер конкретных споров.

На мой взгляд, одна из причин, по которой разбирательство против Франции было воспринято столь негативно самой Францией, заключалась в том, что дело затрагивало то, что во времена холодной войны считалось частью важнейшей программы национальной обороны страны. В глазах французов дело не затрагивало вопросы второго порядка, а касалось самой сути национальной безопасности Франции. Я считаю, что международные судебные процессы, затрагивающие такие вопросы, с гораздо большей вероятностью вызовут враждебную реакцию и с меньшей вероятностью приведут к положительному результату, чем судебные процессы, направленные на решение важных, но все же второстепенных вопросов.

Это нашло отражение в том, как Франция отреагировала на возбуждение дела. Они считали его нелегитимным и поэтому бойкотировали слушания в Суде. Как уже упоминалось, они пытались убедить Суд в нелегитимности дела Австралии нелегальными методами. Австралия опиралась в вопросе юрисдикции на до тех пор неясный договор 1928 года. Факультативная оговорка Франции прямо исключала вопросы "национальной обороны", и попытка Австралии обойти это путем использования старого договора была расценена Францией как неправомерная. Франция позаботилась о том, чтобы Суду в письме были представлены подробные аргументы против

любой опоры на договор 1928 года. Все разбирательство сопровождалось таким ожесточением, какого не было ни в одном другом разбирательстве, в котором я принимал участие. Эта неприязнь за пределами Суда также проявилась в сильном расколе внутри Суда, о чем свидетельствуют его решения как на стадии предварительных мер, так и на последующей стадии юрисдикции и приемлемости.[31]

Судебный процесс

Как только государство принимает решение о возбуждении дела, возникает ряд важных процессуальных вопросов. Для государства-ответчика также очень важно определить наилучший тактический ответ на разбирательство.

Опыт Австралии в различных делах подчеркивает ряд важных соображений. К ним относятся:

(a) любое судебное разбирательство сопряжено с риском, а его исход непредсказуем;
(b) Успех не должен определяться исключительно как победа в деле по существу;
(c) нельзя недооценивать международную политику дела как важный фактор, влияющий на то, как трибунал будет рассматривать рассматриваемое им дело;
(d) тактические решения в отношении судебного процесса имеют решающее значение.

Я кратко остановлюсь на каждом из этих вопросов.

Во-первых, как и в любом другом судебном процессе, независимо от того, насколько уверенным может быть юридический совет в успешном исходе, результат никогда не может быть гарантирован, и часто возникают неожиданности. В международном судебном процессе это даже более вероятно, чем в более предсказуемом внутреннем праве. Поэтому процессуальные и юрисдикционные возражения часто могут служить удобным способом для суда избежать вынесения решения по политически сложным вопросам. Это, безусловно, было очевидно в эпоху холодной войны, но продолжает оставаться проблемой и сегодня. Так, в деле о *ядерных испытаниях* Суд воспользовался односторонним обязательством Франции не проводить дальнейшие атмосферные испытания, чтобы положить конец рассмотрению дела.[32]Это было сделано вопреки решительным возражениям значимых членов Суда. Австралия не представила никаких материалов по этому вопросу, поскольку наиболее значимые обязательства были приняты после

[31]Голосование на этапе временных мер было 8 голосов против 6, а на этапе юрисдикции и приемлемости - 9 голосов против 6.

[32]*Ядерные испытания (Австралия* против *Франции) (Юрисдикция и приемлемость)*, [1974] ICJ Rep. 253, 270.

[33]Такой исход не был предсказуем на момент возбуждения дела и даже на стадии устных аргументов.

В деле *Науру* Суд отклонил юрисдикционные возражения Австралии, связанные с отсутствием третьих лиц, отнесясь с пониманием к претензиям науруанцев и посчитав, что присутствие других сторон опеки не является существенным.[34]В деле *Восточного Тимора*, напротив, Суд счел, что отсутствие существенного третьего лица, Индонезии, препятствует вынесению решения по существу.[35]Это не было совсем неожиданным, но, вероятно, после дела *Науру* Португалия считала, что Суд может быть убежден не рассматривать дело таким образом. Однако Суд смог провести различие между этими двумя ситуациями.[36]В деле о *южном голубом тунце* арбитражный суд пришел к выводу об отсутствии юрисдикции для рассмотрения дела по существу, несмотря на то, что ITLOS prima facie установил наличие юрисдикции.

Таким образом, прекращение дела на стадии юрисдикции является реальной возможностью во многих случаях. Однако такая возможность не означает, что возбуждение дела было неразумным или что разбирательство все равно не может привести к положительному результату. Даже если дело будет прекращено по юрисдикционным основаниям, возможно, удастся добиться принятия обеспечительных мер до того, как это произойдет, а это само по себе может стать важным результатом судебного разбирательства и иметь серьезные последствия для общего урегулирования спора.

Так, в деле о *ядерных испытаниях* успех Австралии на этапе предварительных мер, несомненно, способствовал давлению общественности на Францию с целью прекращения испытаний. Потеря юрисдикции после одностороннего французского обязательства не проводить больше испытаний, несмотря на то, что с юридической точки зрения она могла быть подвергнута критике, тем не менее, стала победой Австралии с точки зрения прекращения дальнейших испытаний.

Успех Австралии в ITLOS в обеспечении временных мер против Японии усилил давление на Японию, заставив ее вести переговоры об улучшении ситуации с сохранением синего тунца, даже несмотря на то, что Австралия проиграла по юрисдикции в арбитражном суде по Приложению VII.[37]Аналогичным образом

[33]Там же, 313 [6] (судьи Онияма, Диллард, Хименес де Аречага и Уолдок).

[34]*Определенные фосфатные земли в Науру (Науру* против *Австралии) (Предварительные возражения)*, [1992].
ICJ Rep. 240, 261-2 [55].

[35]*Восточный Тимор*, выше n. 5, 102 [28]-[35]. [36]Там же, 104-5 [34].

[37]Обсуждение этих переговоров см. в Tim Stephens, "The Limits of International Adjudication in International Environmental Law: Another Perspective on the Southern Bluefin Tuna Case", (2004) 19 *International Journal of Marine Coastal Law* 177; Alastair Cameron, "Is There Hope for the Fish? The Post-Arbitration Effectiveness of the Con-vention for the Conservation of Southern Bluefin Tuna', (2007) 15 *New York University Environmental Law Journal* 247.

Отклонение возражений против юрисдикции может способствовать разрешению дела путем переговоров, как это произошло между Австралией и Науру.[38]

Вынесение вопросов по делу на отдельную юрисдикционную стадию до рассмотрения дела по существу часто может служить ценным способом прояснения основных вопросов и облегчения текущих переговоров. Выделение юрисдикционных вопросов для отдельного рассмотрения является важным фактором стратегии судебного разбирательства. Ходатайствовать ли о принятии обеспечительных мер - также важное стратегическое решение, требующее тщательного рассмотрения при принятии решения о возбуждении дела. Эти вопросы более подробно рассматриваются ниже.

В разнообразных международных делах, стороной в которых выступала Австралия, международная политика, окружающая дело, неизбежно играла важную, хотя и косвенную роль в том, как суд или трибунал рассматривал этот вопрос. После окончания "холодной войны" Международный Суд не так четко разделен по политическим мотивам, как это было раньше. Однако в деле о *ядерных испытаниях* раскол между судьями, занимавшими твердую позицию государственного суверенитета, и теми, кто больше внимания уделял надлежащему правовому анализу вопросов, был очень очевиден. На этапе принятия временных мер несогласные судьи решительно утверждали, что ядерные испытания - это, по сути, политический, а не правовой вопрос. На этапе рассмотрения вопроса о юрисдикции и приемлемости прагматичный и удобный результат, основанный на одностороннем французском обязательстве, одержал верх, но только после решительного несогласия значительного числа судей, включая некоторых из наиболее уважаемых юристов в МС, которые, как оказалось, отбросили прагматические политические соображения и подробно рассмотрели аргументы о юрисдикции и приемлемости.

В деле *Науру* симпатии большинства членов Международного суда к государству-заявителю в деле, связанном с "колониальной" ситуацией, явно повлияли на то, что суд не решился прекратить дело на основании юрисдикции. В случае с *Восточным Тимором*, хотя МС, несомненно, сочувствовал позиции Португалии, он также признал, что возражение об "отсутствии необходимой третьей стороны", если оно будет поддержано, позволит избежать сложных юридических вопросов в отношении принципа самоопределения. Австралийские юристы, участвовавшие в деле, несомненно, считали, что возможность указать на сопоставимое с поведением Австралии поведение Португалии и других членов Европейского союза в отношении реальности

[38]Урегулирование содержится в Соглашении между Австралией и Республикой Науру об урегулировании дела в Международном суде относительно некоторых фосфатных земель в Науру, Австралия - Науру (открыто для подписания 10 августа 1993 года, вступило в силу 20 августа 1993 года), [1993] ATS 26, 32 ILM 1474. Соглашение не было заключено до того, как Австралия подала свой контрмеморандум по существу дела, после того как ее оспаривание юрисдикции было провалено.

Марокканский контроль над Западной Сахарой был важным материалом, который мог помочь убедить Международный Суд отклонить приемлемость дела на основании отсутствия существенной третьей стороны, Индонезии.[39]

Четко указать на прямое влияние политики в деле на его исход всегда будет сложно, и, как правило, оно носит умозрительный характер. В одних случаях вероятность того, что она сыграла свою роль, будет выше, чем в других. Тем не менее, вероятное влияние международного политического аспекта на отдельных судей - это соображение, которое остается важным при принятии решения о том, стоит ли вести международный спор и где, а также при определении того, как лучше оформить любое дело.[40]Избирательные системы, используемые в международных трибуналах, неизбежно обеспечивают влияние политических аспектов на отбор судей,[41]и это может иметь значение для прогнозирования того, как некоторые судьи могут реагировать в отдельных случаях. Национальность и происхождение судей - это не то, что можно игнорировать при рассмотрении вероятной реакции международного суда на конкретное дело. В данном разделе освещены некоторые из многих важных тактических решений.

с самого начала возникают вопросы: начинать ли судебный процесс и, если начинать, то где. Государство должно тщательно проработать свои цели и стратегию до начала дела и в то же время сохранять гибкость, чтобы корректировать свою позицию и тактику по мере развития судебного процесса. Теперь я перехожу к некоторым стратегическим и тактическим вопросам, которые возникают в связи с делом после его начала.

Дело по существу

Факты и доказательства

Один из важных вопросов, который, как показывает опыт Австралии в международных судебных процессах, имеет решающее значение, - это сбор и обработка фактов и доказательств. В то же время очевидно, что международные трибуналы не очень хорошо подготовлены к рассмотрению сложных фактических или научных вопросов.[42]Правила доказывания и такие понятия, как бремя доказывания и использование

[39]*Дело о Восточном Тиморе, устные слушания*, CR1995/9, 61-65; CR1995/10, 1-10.

[40]Линдел Протт, *"Скрытая власть культуры и международный судья"* (Abingdon: Profes-sional Books, 1979).

[41]Kenneth Keith, 'International Court of Justice: Размышления о процессе выборов", (2010) 9 *Chinese Journal of International Law* 49.

[42]Carolyn Foster, *Science and the Precautionary Principle in International Courts and Tri-bunals* (Cambridge University Press, 2011).

Перекрестный допрос свидетелей относительно неразвит. Государство, выдвигающее претензию или защиту, должно исходить из того, что ему придется доказывать все факты, необходимые для этой цели.[43]Некоторые судьи Международного Суда начинают признавать, что Суд должен лучше относиться к доказательствам экспертов.[44]В этом отношении интерес представляет то, как рассматриваются научные доказательства в деле о *китобойном промысле*.

В делах, связанных с ресурсами или окружающей средой, научные материалы будут иметь решающее значение, в том числе на любом этапе принятия промежуточных мер. В деле о *ядерных испытаниях* Австралия приложила немало усилий, чтобы собрать соответствующую научную информацию, полученную от комитетов ООН (например, НКДАР ООН), независимых научных экспертов и собственных научных органов. В деле о *южно-северном голубом тунце* Австралия снова подготовила экспертный отчет от своих собственных ученых, а затем подкрепила его мнением независимого ученого.[45]В деле о *китобойном промысле* против Японии научные доказательства будут важным компонентом дела.[46]

У некоторых комментаторов, выступающих за судебное разбирательство в конкретном вопросе, есть соблазн преуменьшить значение научных доказательств в попытке представить правовую аргументацию, в том числе на любом промежуточном этапе. Но, как я понял, будучи совсем молодым государственным юристом, и как показал опыт всех международных дел, в которых я принимал участие, в деле хороши только факты. Это касается не только экологических вопросов, но и дел, связанных с, казалось бы, чистыми вопросами права. Так, в деле о *Восточном Тиморе* я считаю, что успеху Австралии по юрисдикционным основаниям способствовала возможность продемонстрировать, что отношения Австралии с Индонезией как государством, фактически контролирующим соответствующую сухопутную территорию Восточного Тимора, по сути, ничем не отличались от того, как Европейский союз, включая Португалию, относился к тому, что Марокко контролировало территорию Испанской Сахары.[47]

[43]Carolyn Foster, "Burden of Proof in International Courts and Tribunals", (2010) 29 *Aus-tralian Year Book of International Law* 27.

[44]См. например, *Целлюлозные заводы на реке Уругвай (Аргентина* против *Уругвая)*, [2010] ICJ Rep. 109, 117 (судьи Аль-Хасаунех и Симма).

(45) "Просьба о назначении временных мер, поданная Австралией", *Дело о южном голубом тунце*, ITLOS, Дело № 3 и 4, 27 августа 1999 г., Приложение 4.

[46]Австралия утверждала, что "принимая во внимание масштаб программы JARPA II, отсутствие какого-либо продемонстрированного значения для сохранения и управления китовыми запасами, а также риски, которым подвергаются промысловые виды и запасы, программа JARPA II не может быть оправдана в соответствии со статьей VIII [Конвенции о китобойном промысле]". "Заявление о возбуждении производства", *Китобойный промысел в Антарктике (Австралия* против *Японии)*, ICJ, Общий список № 148, 31 мая 2010 года, 16 [37]. Ст. VIII разрешает выдачу специальных разрешений на проведение научных исследований.

[47]*Дело о Восточном Тиморе, устные слушания,* CR1995/9, 61-65, CR1995/10, 1-10.

Факты и доказательства неизбежно играют важную роль в том, как суд реагирует на юридические аргументы и воспринимает дело по существу. В то же время нельзя не признать, что иногда международные суды с удовольствием находят способы рассмотрения дел, чтобы избежать необходимости сталкиваться с весьма спорными научными вопросами. Если бы на стадии рассмотрения дела по существу сторонам пришлось представлять и разбираться с необходимыми сложными доказательствами в делах о *ядерных испытаниях* и о *южном голубом тунце*, чтобы поддержать правовые аргументы, это стало бы серьезным испытанием не только для сторон, но и для самого суда. Об этом фактическом аспекте никогда не следует забывать, когда государство рассматривает возможность возбуждения дела и то, как лучше провести его процессуально, включая вопрос о принятии обеспечительных мер. Способность Австралии собрать на стадии принятия обеспечительных мер достаточные доказательства, чтобы продемонстрировать prima facie "непоправимый ущерб", имела решающее значение для получения обеспечительных мер в делах о *ядерных испытаниях* и о *южном голубом тунце*. Юрисдикция prima facie - это не все, что необходимо продемонстрировать.

Существуют и другие процедурные и логистические вопросы

Существует ряд других процессуальных вопросов, которые следует упомянуть как имеющие отношение к тому, как государство рассматривает международные судебные споры.

Для государства-ответчика решение о том, выдвигать ли предварительные возражения, основанные на юрисдикции или приемлемости, является вопросом, требующим тщательного рассмотрения. В деле *Науру* отсрочка слушаний по существу дела была достигнута благодаря тому, что Австралия выдвинула предварительные возражения.[48]Основания для этих возражений были в значительной степени отделены от существа дела. В отличие от этого, в деле *Восточного Тимора* целью Австралии было скорейшее урегулирование вопроса, и вопрос о третьей стороне был тесно связан с вопросами существа. По этой причине Австралия решила не выдвигать отдельные предварительные возражения, а рассматривать любой вопрос о юрисдикции одновременно с рассмотрением дела по существу.[49]Однако это не гарантирует быстрого слушания или результата.[50]В деле о *южном голубом тунце* Япония выдвинула вопросы о юрисдикции отдельно и добилась успеха на этой стадии. В деле о *китобойном промысле* не было выдвинуто никаких предварительных возражений, и дело было передано на слушание только после одного раунда письменного разбирательства. Решение государства-заявителя

[48]*Определенные фосфатные земли в Науру (Науру* против *Австралии) (Предварительные возражения)*, [1992]
ICJ Rep. 240, 243.

(49) "Контрмеморандум правительства Австралии", *Восточный Тимор*, [1995] ICJ Rep. 90, 9 [20]; *Восточный Тимор*, [1995] ICJ Rep. 90, [19].

[50]Разбирательство было возбуждено в феврале 1991 года; письменные состязательные бумаги (два раунда) были завершены к июлю 1993 года. Слушания состоялись только в январе 1995 года, а решение было вынесено 30 июня 1995 года.

Вопрос о том, следует ли настаивать на втором раунде, имеет значительный вес, когда Суд рассматривает вопрос о том, соглашаться ли на это, и, очевидно, является важным тактическим решением для заявителя.

Еще один вопрос, который часто встает перед государством в международном судебном процессе, - это возможность назначения судьи ad hoc. За исключением *Науру*, Австралия воспользовалась этим правом в каждом деле, в котором у нее была такая возможность.[51]По моей оценке, присутствие судьи ad hoc помогло обеспечить надлежащее и полное рассмотрение аргументов и интересов Австралии в Суде. Решение в *Науру* не назначать судью ad hoc на основании того, что *Науру* также не будет назначать такого судью, было, с моей точки зрения, ошибкой в ретроспективе. Это означало, что аргументы Австралии, возможно, не были так непосредственно представлены другим членам Суда, как это могло бы быть в противном случае.[52]Выбор арбитров или членов специальных трибуналов также является важнейшим решением для государства.

Еще один вопрос, требующий тщательного рассмотрения государством, - это выбор адвоката для ведения дела. Австралия всегда предпочитала вести свои дела при значительном участии генерального прокурора и юристов из департамента генерального прокурора. Многие проекты и исследования были сделаны собственными государственными юристами. В отличие от некоторых государств, Австралия не пользуется услугами частных юридических фирм. В то же время Австралия всегда считала важным пользоваться помощью высококлассных международных юристов, которые регулярно выступают в качестве адвокатов в Международном Суде.

В делах в МС, кроме дела о *ядерных испытаниях*, Австралия имела в своем составе франкоговорящего адвоката. В некоторых делах в МС Австралия также использовала опыт и авторитет бывших судей или выдающихся юристов-международников. В деле о *ядерных испытаниях* Австралия получила консультации от профессора Роберто Аго (еще не ставшего судьей Суда, но уже пользующегося большим авторитетом), а также от Филлипа Джессапа, бывшего судьи Суда. Ни один из них не выступал в качестве адвоката, но об их участии в предоставлении консультаций было известно. В деле *Науру* профессор Эдуардо Химеэнес де Аречага, бывший судья и председатель Суда, был нанят Австралией и выступал в качестве одного из адвокатов Австралии.

Неспособность нанять юристов с соответствующим опытом может поставить государство в невыгодное положение. Это стало очевидным в деле о *южном голубом тунце*

[51]Сэр Гарфилд Барвик был назначен по *ядерным испытаниям*, сэр Ниниан Стивен - по *Восточному Тимору*, профессор Хилари Чарльзворт - по делу о *китобойном промысле*, а почетный профессор Айвен Ширер - по *южному голубому тунцу* и *Волге* в ITLOS.

[52]В Науру также не было судьи ad hoc. Однако судья Вирамантри был членом Суда. Он возглавлял Комиссию Науру по расследованию реабилитации, и его книга по этому вопросу доступна. Он не участвовал в рассмотрении дела (будучи явно дисквалифицированным).

на этапе принятия обеспечительных мер в ITLOS. На этом этапе Японию представляла в основном американская юридическая фирма с офисами в Японии. Они не были знакомы с судебным разбирательством в таком международном органе, как Трибунал. Когда дело перешло в арбитражный суд, Японию представляли ведущие международные юристы, знакомые с международным судопроизводством.[53]Кроме того, в *деле "Волга"* Россию представляли новозеландские юристы, которые представляли интересы владельцев судна, и есть основания полагать, что это не было идеальным вариантом.[54]

Последний процессуальный вопрос, который я затрону, - это участие третьих государств в любом деле. Такое участие может усложнить дело и требует дипломатического подхода. В деле о *ядерных испытаниях* Новая Зеландия представила свое собственное дело и привела свои собственные аргументы. Она назначила того же специального судью, что и Австралия, и дела рассматривались отдельно, но последовательно. Аргументы Новой Зеландии имели свои нюансы и в некоторых отношениях были шире, чем у Австралии, что стало важным в 1995 году, когда Новая Зеландия попыталась возобновить рассмотрение предыдущего дела.[55]В деле о *южном голубом тунце* Новая Зеландия начала рассмотрение дела, аналогичного австралийскому, и дела были объединены. В деле о *китобойном промысле* Новая Зеландия успешно добилась вмешательства в соответствии со статьей 63 Статута в связи с толкованием статьи VIII Конвенции о китобойном промысле.[56]

Если вопрос в судебном разбирательстве затрагивает другие государства или имеет региональное значение, участие других государств в деле на стороне одной из сторон может усилить воздействие аргументов этой стороны. Однако с точки зрения ведения дела, включая характер участия третьей стороны, координацию аргументов и такие вопросы, как назначение судей ad hoc, участие третьих сторон потребует тщательного управления, чтобы оно принесло пользу, а не вред.

Заключение

Рассмотрение некоторых вопросов, возникающих в ходе международных судебных разбирательств с участием Австралии, призвано пролить свет на то, когда и каким образом

[53]В арбитражном суде Японию представляли, в частности, профессора Вон Лоу и Шабтай Розенн.

[54]См. замечания судьи ad hoc Ширера по этому делу: *Дело "Волга" (Россия* против *Австралии) (Оперативное освобождение)*, (2003) 42 ILM 159, [19] (судья ad hoc Ширер).

[55]*Просьба о рассмотрении ситуации в соответствии с параграфом 63 решения Суда от 20 декабря 1974 г. по делу о ядерных испытаниях (Новая Зеландия* против *Франции)*, [1995] ICJ Rep. 288.

[56]ICJ, "Декларация о вмешательстве", 20 ноября 2012 г., пресс-релиз ICJ 2012/34.

Государство средней силы, такое как Австралия, использует и реагирует на международные судебные процессы для продвижения или защиты своих интересов.

Оценка эффективности международных судов или трибуналов - сложная задача.[57]Тем не менее, можно сделать вывод, что возбуждение дела в таких органах может быть полезным выключателем в случае некоторых трудноразрешимых споров. В некоторых ситуациях оно может помочь разрешить спор, даже если решение по существу так и не будет получено, прояснив вопросы или заставив государство-ответчика пересмотреть свою позицию.

Тип спора, в котором судебное разбирательство может быть полезным, обычно связан с вопросами второго порядка. Если Австралия, возможно, рассматривает атмосферные ядерные испытания как вопрос второго порядка, то для Франции это, безусловно, вопрос первого порядка, который никогда не должен был становиться предметом рассмотрения третьей стороной. Такие споры, если их довести до судебного разбирательства, скорее всего, будут очень ожесточенными.

Еще одно важное соображение заключается в том, что к международным судебным разбирательствам не стоит относиться легкомысленно. Это вопрос, который государства должны тщательно контролировать. Они не должны позволять частным интересам искажать процесс принятия решений как при возбуждении дела, так и в целом.[58]Даже в большей степени, чем в случае с внутренним судопроизводством, непредсказуемость, ресурсоемкость и возможные более широкие дипломатические последствия заставляют с осторожностью относиться к использованию судебного разбирательства для разрешения международных споров. В некоторых случаях, особенно связанных с делимитацией морских пространств, это может лишить государства гибкости в выработке собственного решения. При этом для такого государства, как Австралия, приверженного системе, основанной на правилах, международное урегулирование споров является ценным механизмом, который в соответствующих случаях может помочь в разрешении трудноразрешимых споров. Однако его не следует рассматривать как первый способ разрешения спора между государствами, и государство должно тщательно взвесить риски и потенциальные выгоды, прежде чем принимать решение о начале разбирательства.

[57]Юваль Шани, "Оценка эффективности международных судов: A Goal-Based Approach", (2012) 106 AJIL 225.

[58]См. замечания судьи ad hoc Ширера по делу *"Волга"*, выше, п. 54.

5

Латиноамериканские государства и Международный суд

XIMENA eu ENTES

Латиноамериканские государства демонстрируют приверженность принципу мирного урегулирования споров, в частности с помощью международного арбитража. Эту приверженность можно проследить с 1876 года, когда Аргентина и Парагвай решили передать свой пограничный спор относительно территории между реками Пилкомайо и Верде на арбитраж президента США.[1]Не стоит забывать и о том, что первым международным судом в истории международного судопроизводства стал Центральноамериканский суд, который был учрежден Никарагуа, Сальвадором, Гондурасом, Гватемалой и Коста-Рикой в 1908 году. Однако он не был постоянным судом.[2]Планировалось, что его деятельность продлится всего десять лет, и в 1918 году ни одна из сторон не согласилась на продление первоначального срока.

Конечно, основная причина предпочтения арбитража может заключаться в степени контроля, который государства сохраняют над спором.[3]С этой точки зрения, судебное урегулирование, безусловно, сопряжено с большими рисками для государств, участвующих в судебном процессе, поскольку они не контролируют назначение судей и процедуру. Но именно по этим причинам судебное урегулирование может быть предпочтительным вариантом, когда государства хотят оградить окончательный результат от критики внутри страны по поводу того, как была проведена процедура или кто был назначен арбитром.

В этом контексте можно задаться вопросом, почему латиноамериканские страны, которые проявили определенную склонность к арбитражу для разрешения своих

[1]Gordon Ireland, *Boundaries, Possessions and Conflicts in South America* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1938), 31-2.

[2]Текст Конвенции об учреждении Центральноамериканского суда (20 декабря 1907 г.), World Courts, Convention for the Establishment of a Central American Court of Justice, 2011, доступно по адресу: www.worldcourts.com/cacj/eng/documents/1907.12. 20 convention.htm.

[(3)] J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 5th edn (Cambridge University Press, 2011), 189.

Пограничные споры в последние годы, как правило, предпочитают рассматривать в Международном суде (МС). Нельзя сказать, что арбитраж не был успешным. Напротив, арбитраж в Латинской Америке широко и с хорошими результатами использовался в качестве средства разрешения споров в области пограничных споров.[4]Однако нельзя отрицать, что снижение использования арбитража в латиноамериканском контексте началось в начале XX века.[5]Тенденция к выбору Международного суда в качестве средства разрешения споров появилась позже, в начале XXI века. Поскольку МС начинает играть активную роль в разрешении латиноамериканских споров и это новое явление вызывает много вопросов, данная глава посвящена Суду как средству урегулирования споров в регионе.

Причины активной роли, которую МС начинает играть в разрешении латиноамериканских споров, еще не изучены в деталях. Однако при попытке выработать объяснение следует принять во внимание различные факторы. Во-первых, некоторые авторы отмечают, что появились новые типы споров.[6]Действительно, с тех пор как международное право установило новые морские зоны, морские споры занимают видное место в объеме работы Суда. Четыре из четырнадцати споров о делимитации морских пространств, рассматривавшихся Судом, касались стран Латинской Америки.[7]Учитывая тот факт, что МС создал судебную практику в области делимитации морских пространств, предсказуемость и опыт могут быть факторами, которые государства принимают во внимание при принятии решения о передаче такого рода споров в Суд. Еще одним фактором, который может способствовать использованию МС латиноамериканскими странами, является наличие договора (Боготского пакта), содержащего согласие сторон на юрисдикцию МС. Стороны Пакта могут инициировать процедуру в Суде без специального согласования с ответчиком. И третий критерий, который необходимо учитывать: именно потому, что арбитраж дает сторонам больше контроля над спором, он политически более рискован для правительств, которым, возможно, придется взять на себя всю ответственность.

(4) Д. М. Нельсон, "Арбитраж пограничных споров в Латинской Америке", (1973) 20 *Netherlands International Law Review* 267, 292.

[5]Там же, 293.

[6]Jorge Dom´ınguez, *Boundary Disputes in Latin America*, Peaceworks no. 50 (Washington, DC: United States Institute of Peace, 2003), 26.

[7]*Спор о земле, островах и морской границе (Сальвадор/Гондурас: Никарагуа вмешивается)*, [1992] ICJ Rep. 350; *Территориальный и морской спор между Никарагуа и Гондурасом в Карибском море* (*Никарагуа* против *Гондураса),* [2007] ICJ Rep. *Honduras*), [2007] ICJ Rep. 659; *Территориальный и морской спор (Никарагуа* против *Колумбии) (решение)*, ICJ, General List No. 124, 19 ноября 2012 года; и *Морской спор* (*Перу* против *Чили*), ICJ, General List No. 137, 16 января 2008 года (ожидает рассмотрения).

ответственность за плохой исход арбитражного разбирательства; обращение в МС может способствовать смягчению политической критики и обвинений, которые иногда следуют за проигрышем государства.

Несмотря на то, что обращение в Международный Суд ООН стало более или менее недавним событием в Латинской Америке, латиноамериканские страны внесли важный вклад в функционирование Суда. Например, факультативная оговорка как механизм установления согласия с юрисдикцией Международного Суда была инициативой одного латиноамериканского дипломата. Факультативная оговорка for-mula, которая сегодня включена в статью 36(2) Статута Международного Суда, была первоначальной идеей бразильского дипломата Рауля Фернандеша, который выдвинул это предложение на заседании Комитета юристов 1920 года, занимавшегося разработкой Статута Постоянной Палаты Международного Правосудия (ППМП).[8]

Несмотря на эту общую приверженность мирному урегулированию споров, очевидно, что этого недостаточно для устранения традиционных проблем, препятствующих обращению государств к международному суду. Неудивительно, что государствам не нравится, когда их привлекают к суду и уличают в нарушении международного права. В области территориальных границ государствам не нравится перспектива изменения статус-кво. И совершенно очевидно, что государства будут возражать против юрисдикции суда, если посчитают, что разбирательство может затронуть их интересы безопасности.

С учетом этого в настоящей главе предпринята попытка прояснить, что латиноамериканские дела могут рассказать нам о роли Суда в разрешении международных споров в регионе. Как видно, в латиноамериканских делах, рассматриваемых Судом, прослеживается определенная закономерность: многие из них связаны с прошлыми спорами, в которых договоры или решения международных трибуналов уже пытались найти решение. Это может свидетельствовать о том, что латиноамериканские государства продемонстрировали низкий уровень приверженности соблюдению соглашений, заключенных предыдущими правительствами в прошлом, и/или о том, что эти соглашения не смогли предвидеть будущие проблемы в их применении или толковании. Кроме того, можно добавить, что латиноамериканские правительства, как правило, не проявляют особого желания перезаключать и адаптировать старые договоры или решения к новым ситуациям.

Латиноамериканские государства участвовали в рассмотрении двадцати дел в Международном суде.[9]Десять латиноамериканских государств сделали односторонние заявления.

[8]Juan Jose´ Quintana, 'The Latin American Contribution to International Adjudication: Дело Международного суда", (1992) 39 *Netherlands International Law Review* 127,136.

[9]Некоторые из этих дел были прекращены без дальнейших шагов после подачи заявления. Например, в 1955 году Великобритания подала заявление против Чили и Аргентины по вопросу о суверенитете над Антарктидой. В 1956 году Суд распорядился удалить

признание юрисдикции Суда в соответствии со статьей 36(2) Статута Суда.[10]По меньшей мере половина этих заявлений не обусловлена или обусловлена только общим условием взаимности. В трех спорных делах, затрагивающих латиноамериканские государства, ответчиком выступали Соединенные Штаты: дело *Никарагуа*,[11]дело *Бреарда*,[12]и дело *Авены*,[13]причем в большинстве этих дел Никарагуа выступает либо в качестве заявителя, либо в качестве ответчика. Хотя тематика латиноамериканских дел в МС различна, по меньшей мере восемь дел касаются делимитации территориальных и морских границ.

Основания для юрисдикции

В шести делах с участием латиноамериканских государств основанием для юрисдикции Международного Суда, на которое ссылался заявитель, был Боготский пакт.[14]Это многосторонний договор, принятый на Девятой Межамериканской конференции в 1948 году, одновременно с принятием Устава Организации американских государств (ОАГ). Важность Боготского пакта в контексте деятельности Международного Суда заключается в том, что он устанавливает обязательную юрисдикцию Суда в качестве средства разрешения споров. Первоначально государства, подписавшие Пакт, намеревались включить в него механизм факультативной оговорки. Статья XXXI гласит:

> В соответствии с пунктом 2 статьи 36 Статута Межнационального суда Высокие Договаривающиеся Стороны заявляют, что они признают в отношении любого другого американского государства юрисдикцию Суда как обязательную ipso facto, без необходимости в каких-либо специальных условиях.

дело из списка нерассмотренных дел в связи с отсутствием оснований для юрисдикции, а Чили и Аргентина отказались предоставить *forum prorogatum*. Рассмотрение заявления, поданного Гондурасом 28 октября 2009 года против Бразилии в связи с предоставлением дипломатического убежища бывшему президенту Гондураса Мануэлю Селайе, также было прекращено после того, как Гондурас решил отозвать заявление.

[10]По состоянию на 2 ноября 2012 года латиноамериканскими государствами, признавшими обязательную юрисдикцию Суда, являются Коста-Рика, Доминиканская Республика, Гаити, Гондурас, Мексика, Никарагуа, Панама, Парагвай, Перу и Уругвай. См. ICJ, Declarations Recognizing the Jurisdiction of the Court as Compulsory, 2012, доступно на www.icj-cij.org/jurisdiction/ index.php?p1=5&p2=1&p3=3.

[11]*Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее (Никарагуа* против *Соединенных Штатов) (по существу)*, [1986] ICJ Rep. 14.

[12]*Венская конвенция о консульских сношениях (Парагвай* против *Соединенных Штатов) (постановление от 10 ноября 1998 года)*, [1998] ICJ Rep. 426 (*Венская конвенция*).

[13]*Авена и другие мексиканские граждане (Мексика* против *США)*, [2004] ICJ Rep. 12.

[14]Американский договор о тихоокеанском урегулировании (подписан 30 апреля 1948 года, вступил в силу 6 мая 1949 года), 30 UNTS 84 ("Пакт Боготы").

(14) Американский договор о тихоокеанском урегулировании (подписан в апреле, 6 мая, в Боготе), 30 UNTS 84 (Пакт Боготы'), до тех пор, пока настоящий Договор находится в силе, во всех спорах юридического характера, которые возникают между ними относительно:

a) Толкования договора;
b) любого вопроса международного права;
c) существования любого факта, который, если он будет установлен, будет представлять собой нарушение международного обязательства;
d) характера или размера возмещения, которое должно быть предоставлено за нарушение международного обязательства.

Боготский пакт был принят на той же конференции, на которой были созданы Организации американских государств (ОАГ). Однако его ратифицировали только шестнадцать латиноамериканских государств, а два государства впоследствии его денонсировали.[15]Однако с конца 1990-х годов Боготский пакт приобретает все большее значение в качестве основы юрисдикции Международного Суда. Первым делом, в котором Боготский пакт успешно послужил основой юрисдикции Суда, стало дело *Никарагуа* против *Гондураса*.[16]До этого дела комментаторы считали Пакт совершенно неуместным в контексте юрисдикционного урегулирования споров.[17]

Несмотря на то, что *производство по делу о пограничной и трансграничной вооруженной деятельности (Никарагуа* против *Гондураса)* было прекращено, это дело имеет огромное значение для латиноамериканских государств, поскольку Суд истолковал метод факультативной оговорки, предусмотренный в статье XXXI Пакта Боготы, и пришел к выводу, что в действительности он не действует как метод факультативной оговорки, предусмотренный статьей 36(2) Статута Суда. Один из аргументов, который Гондурас выдвинул в качестве возражения против юрисдикции Суда, состоял в том, что оговорки, сделанные Гондурасом в связи с его односторонним заявлением о признании юрисдикции Суда от 20 февраля 1960 года (с изменениями от 21 мая 1986 года), должны были применяться также к статье XXXI Боготского пакта. Суд придерживался иного мнения. Суд постановил, что,

[15]Государствами-участниками Боготского пакта являются Боливия, Бразилия, Чили, Коста-Рика, Доминиканская Республика, Эквадор, Гаити, Гондурас, Мексика, Никарагуа, Панама, Парагвай, Перу и Уругвай. Пакт вступил в силу 5 июня 1949 года.

[16]*Пограничная и трансграничная вооруженная деятельность (Никарагуа* против *Гондураса) (Юрисдикция и приемлемость)*, [1988] ICJ Rep. 69.

[17]Даже после этого дела некоторые комментаторы все еще не доверяли Боготскому пакту как основе юрисдикции Суда. В 1992 году Кинтана заявил, что "ни один из новых членов ОАГ не присоединился к нему, и, что более важно, Пакт никогда не применялся в полной мере в реальном споре между американскими государствами". Кинтана, выше n. 8, 143. Действительно, к 1992 году единственные два дела, в которых Боготский пакт использовался в качестве основы юрисдикции Суда, были к тому времени прекращены: *Пограничные и трансграничные вооруженные действия (Никарагуа* против *Гондураса)*, выше п. 16; и *Пограничные и трансграничные вооруженные действия (Никарагуа* против *Коста-Рики) (постановление от 19 августа 1987 года)*, [1987] ICJ Rep. 182.

Вопреки мнению Гондураса, оговорки, применимые к односторонним заявлениям, сданным на хранение Генеральному секретарю ООН в соответствии со статьей 36(2) Статута Суда, не были передаваемы признанию юрисдикции Суда, содержащемуся в статье XXXI Пакта. По мнению Суда, признание юрисдикции, содержащееся в этом положении, не было односторонним по своему характеру. Иными словами, статья XXXI представляет собой взаимное согласие сторон Пакта передавать свои споры в Международный Суд.

Из этого подхода вытекает важное следствие: Суд пришел к выводу, что факультативная оговорка статьи XXXI не может быть изменена односторонним действием, а только путем изменения самого Боготского пакта.[18]Другими словами, несмотря на то, что статья XXXI ссылается на метод факультативной оговорки статьи 36(2) Статута Суда, толкование Суда ясно показало, что эту статью можно лучше описать как установление юрисдикции по соглашению сторон. Это означает, что единственными элементами односторонности в принятии юрисдикции на основании статьи XXXI Боготского пакта являются (i) решение государств ратифицировать договор и (ii) решение о том, делать или не делать оговорку при ратификации пакта. В этой связи можно задаться вопросом, почему разработчики Боготского пакта решили упомянуть статью 36(2) Статута в статье XXXI Пакта, если в результате они добились того, что юрисдикция Суда была предоставлена в соответствии со статьей 36(1) Статута Суда.

Помимо *дела о пограничных и трансграничных вооруженных действиях (Никарагуа* против *Гондураса)*, на сегодняшний день на Боготский пакт ссылались в девяти других делах, рассматриваемых Судом:

Пограничные и трансграничные вооруженные действия (Никарагуа против *Коста-Рики)*[19]

Территориальный и морской спор между Никарагуа и Гондурасом в Карибском море (Никарагуа против *Гондураса)*[20]

[18]*Пограничная и трансграничная вооруженная деятельность (Никарагуа* против *Гондураса)*, [1988] ICJ Rep. 69, [34]: "Даже если принять гондурасское прочтение статьи XXXI и рассматривать эту статью как коллективное заявление о признании обязательной юрисдикции, сделанное в соответствии с пунктом 2 статьи 36, следует отметить, что это заявление было включено в Боготский пакт в качестве статьи XXXI. Соответственно, оно может быть изменено только в соответствии с правилами, предусмотренными в самом Пакте. Статья XXXI нигде не предусматривает, что обязательство, заключенное сторонами Пакта, может быть изменено посредством одностороннего заявления, сделанного впоследствии в соответствии со Статутом, и ссылка на пункт 2 статьи 36 Статута сама по себе недостаточна для того, чтобы иметь такой эффект".

[19]*Пограничные и трансграничные вооруженные действия (Никарагуа* против *Коста-Рики) (постановление от 21 октября 1986 г.)*, [1986] ICJ Rep. 548.

[20]*Территориальный и морской спор между Никарагуа и Гондурасом в Карибском море* (*Никарагуа* против *Гондураса*), [2007] ICJ Rep. 659.

Распыление гербицидов с воздуха (Эквадор против *Колумбии)*[21]
Спор о навигационных и смежных правах (Коста-Рика против Никарагуа)*(22).*
Никарагуа)[22]
Морской спор (Перу против *Чили)*[23]
Некоторые вопросы , касающиеся дипломатических отношений (Гондурас против Бразилии)(24)
Бразилия)[24]
Некоторые виды деятельности, осуществляемые Никарагуа в пограничной зоне (Коста-Рика против Чили)(24)
v. *Никарагуа)*[25]
Строительство дороги в Коста-Рике вдоль реки Сан-Хуан (Никарагуа против Никарагуа)(25)
v. *Costa Rica)*[26]
Территориальный и морской спор (Никарагуа против *Колумбии)*[27]

После представления в 1986 году *дела "Пограничные и трансграничные вооруженные действия (Никарагуа* против *Гондураса)"* прошло тринадцать лет, прежде чем Боготский пакт был вновь использован в качестве основания для юрисдикции Международного Суда в другом деле между теми же сторонами: *Территориальный и морской спор в Карибском море (Никарагуа* против *Гондураса)*.(28) Наэтот раз Гондурас не возражал против юрисдикции Суда. Следует учитывать, что одностороннее заявление, которое Гондурас сдал на хранение Генеральному секретарю ООН в соответствии со статьей 36(2) Статута Суда, прямо исключало территориальные вопросы, включая вопросы о территориальном море и вопросы о правах суверенитета, а также юрисдикцию, касающуюся правового статуса и границ исключительной экономической зоны и континентального шельфа. Поскольку Боготский пакт служит самостоятельным основанием для юрисдикции Суда, и принимая во внимание решение Суда 1988 года, Гондурас был лишен возможности ссылаться на оговорки, применимые к его одностороннему заявлению о признании юрисдикции Суда.

[21] *Aerial Herbicide Spraying (Ecuador* v. *Colombia)*, [2008] ICJ Rep. 174.
[22] *Спор о навигационных и смежных правах* (*Коста-Рика* против *Никарагуа*) (*решение*), [2009] ICJ Rep. 213.
[23] *Морской спор (Перу* против *Чили) (постановление от 27 апреля 2010 г.)*, [2010] ICJ Rep. 295.
[24] *Некоторые вопросы, касающиеся дипломатических отношений* (*Гондурас* против *Бразилии*) (*постановление от 12 мая 2010 г.*), [2010] ICJ Rep. 303.
[25] *Некоторые виды деятельности, осуществляемые Никарагуа в пограничной зоне (Коста-Рика* против *Никарагуа)*, МС, Общий список № 150, 18 ноября 2010 г.
[26] *Строительство дороги в Коста-Рике вдоль реки Сан-Хуан (Никарагуа* против *Коста-Рики)*, МС, Общий список № 152, 23 января 2012 г.
[27] *Территориальный и морской спор (Никарагуа* против *Колумбии) (решение)*, МС, Общий список № 124, 19 ноября 2012 г.
[28] *Территориальный и морской спор между Никарагуа и Гондурасом в Карибском море* (*Никарагуа* против *Гондураса*), [2007] ICJ Rep. 659.

Однако присутствие Гондураса в Суде по *территориальному и морскому* спору с Никарагуа не было обусловлено неотвратимой обязанностью, вытекающей из Боготского пакта и решения Суда 1988 года. Действительно, следует учитывать, что после решения 1988 года у Гондураса было достаточно времени для денонсации Боготского пакта. Поэтому, если Гондурас не хотел, чтобы вопросы территориального суверенитета и делимитации морских пространств были переданы Никарагуа на рассмотрение Суда, он должен был предусмотреть такую денонсацию. Кроме того, нельзя сказать, что Гондурас был застигнут врасплох заявлением Никарагуа от 8 декабря 1999 года, поскольку он должен был догадаться, что его ратификация Договора о делимитации морских пространств 1986 года с Колумбией в ноябре 1999 года не будет воспринята Никарагуа положительно.[29]Договор 1986 года косвенно признавал, что Колумбия обладает суверенитетом над некоторыми островами, банками и бухтами, в отношении которых Никарагуа готовит иск о суверенитете. Таким образом, утверждается, что Гондурас должен был предвидеть, что Никарагуа обратится в Суд с просьбой о делимитации их морских зон. Поскольку Гондурас не предпринимал попыток избежать юрисдикции Международного Суда, делается вывод, что он, вероятно, считал, что решение Международного Суда может иметь положительный эффект в его будущих отношениях с Никарагуа и другими странами региона.

Чтобы оценить роль, которую МС может сыграть в Центральной Америке, необходимо учесть, что установление морских границ в Карибском море - сложная задача, поскольку в ней участвуют различные государства с пересекающимися претензиями. Прямые переговоры о заключении двусторонних договоров, возможно, не являются лучшим методом разрешения этих споров, а перспективы заключения многостороннего договора, учитывая исторические различия между различными странами, очень малы. Поэтому обращение в Международный Суд может быть наилучшим вариантом для разрешения множества частей, на которые делятся споры в регионе; похоже, что Гондурас разделяет эту точку зрения, поскольку безропотно признает юрисдикцию Суда.

С 1999 года Боготский пакт переживает возрождение. На этот договор ссылались как на основание юрисдикции Суда в деле *Никарагуа* против *Колумбии*, в трех делах с участием Никарагуа и

[29]Для обзора сложности этого дела и его связи с делом *"Никарагуа против Колумбии* v. *Колумбия*, см. Martin Pratt, 'The Maritime Boundary Dispute between Honduras and Nicaragua in the Caribbean Sea', IBRU Boundary and Security Bulletin, 2001, доступно по адресу www.dur.ac.uk/resources/ibru/publications/full/ bsb9-2˙pratt.pdf.

Коста-Рика, в деле об *авиационном распылении гербицидов* между Эквадором и Колумбией, а также в *морском споре* между Перу и Чили.

Что касается других оснований юрисдикции, то следует упомянуть, что факультативное положение [30]статьи 36(2) Статута Суда было одним из оснований юрисдикции Суда в трех делах с участием Коста-Рики и Никарагуа:
(i) *Навигационные права на реке Сан-Хуан*,
(ii) *Некоторые виды деятельности, осуществляемые Никарагуа в пограничной зоне*, и
(iii) *Строительство дороги в Коста-Рике вдоль реки Сан-Хуан*.[31]Без сомнения, самым важным делом, в котором основанием для юрисдикции Суда послужил механизм факультативной оговорки статьи 36(2) Статута, было дело *Никарагуа* против Соединенных Штатов.[32]

Обращение в МС также основывалось на специальных соглашениях, в которых сторонам спора удавалось договориться о вопросах, подлежащих разрешению Судом. Из двадцати дел, по которым латиноамериканские государства обращались в МС, только три спора были переданы в МС на основании специального соглашения в соответствии со статьей 36(1) Статута Суда: (i) *дело о предоставлении убежища* между Колумбией и Перу,[33]
(ii) *Арбитражное решение, вынесенное королем Испании*, между Гондурасом и Никарагуа,[34]и (iii) *Спор о земле, островах и морской границе* между Сальвадором и Гондурасом.[35]

Другие споры были переданы в Суд на основании компромиссных оговорок, содержащихся в договоре, например споры о соблюдении обязательств, содержащихся в статье 36 Венской конвенции о консульских сношениях: дело *Бреарда* (между Парагваем и США),[36]и дело *Авены и других граждан Мексики (Мексика* против *США)*.[37]Еще одним делом является дело *"Палп Миллс"* между

[30]Для целей данного перечня дел Пакт Боготы следует рассматривать в соответствии со ст. 36(1) Статута Суда.

[31]*Спор о навигационных и смежных правах (Коста-Рика* против *Никарагуа) (решение)*, [2009] ICJ Rep. 213; *Строительство дороги в Коста-Рике вдоль реки Сан-Хуан (Никарагуа* против *Коста-Рики)*, ICJ, Общий список № 152, 23 января 2012 года; *Территориальный и морской спор (Никарагуа* против *Колумбии) (решение)*, ICJ, Общий список № 124, 19 ноября 2012 года.

[32]*Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее (Никарагуа* против *Соединенных Штатов*)
(Юрисдикция и приемлемость), [1984] ICJ Rep. 392.

[33]*Дело о предоставлении убежища (Колумбия* против *Перу)*, [1950] ICJ Rep. 266.

[34]*Арбитражное решение, вынесенное королем Испании 23 декабря 1906 г. (Гондурас* против *Никарагуа)*, [1960] ICJ Rep. 192.

[35]*Спор о земле, островах и морских границах (Сальвадор/Гондурас; вмешалась Никарагуа)*, [1992] ICJ Rep. 350.

(36) "Просьба о временных мерах", *дело о Венской конвенции (постановление от 9 апреля 1998 г.)*, [1998] ICJ Rep. 426.

[37]*Авена*, выше, п. 13.

Аргентина и Уругвай по вопросу толкования и применения Статута реки Уругвай.[38]

Возражения против юрисдикции Суда

Единственный метод, гарантирующий, что стороны действительно настроены на разрешение спора в судебном порядке, - это специальное соглашение (*compromis*) о передаче дела в Международный Суд. Во всех остальных случаях время, прошедшее между признанием юрисдикции Суда и возникновением спора, может означать, что государства больше не желают представать перед Судом. Только в пяти из двадцати дел с участием латиноамериканских государств в МС были получены возражения против юрисдикции Суда, что говорит об ограниченной степени сопротивления участию Суда в разрешении споров.

Однако существует одно ограничение юрисдикции Международного Суда, содержащееся в Пакте Боготы.

содержащееся в Боготском пакте, которое оказалось проблематичным и поэтому заслуживает особого комментария в данной главе,

поэтому заслуживает особого комментария в этой главе. В случае Пакта государства, участвовавшие в переговорах, не были готовы признать юрисдикцию Суда по всем спорам между ними, которые могут возникнуть. По этой причине в статье VI Пакта предпринята попытка ограничить действие механизмов урегулирования споров, установленных договором. Статья VI гласит следующее:

> Вышеуказанные процедуры, кроме того, не могут применяться к вопросам, которые уже урегулированы договоренностями между Сторонами, или арбитражным решением, или решением международного суда, или которые регулируются соглашениями или договорами, действующими на дату заключения настоящего договора".

Толкование этой ссылки в статье VI на договоры, которые урегулировали спор или регулируют конкретную ситуацию, может вызвать некоторые разночтения. Тот факт, что существует договор, регулирующий определенную ситуацию, не означает, что спор был разрешен, учитывая, что большинство договоров заключаются для регулирования отношений между сторонами без необходимости наличия ранее существовавшего спора. Поэтому кажется, что при прочтении статьи VI необходимо провести различие, которое следует учитывать, пытаясь понять обоснование этого ограничения юрисдикции Международного Суда.

Очевидно, что в статье VI Пакта Боготы была предпринята попытка исключить из юрисдикции МС те споры, которые уже были урегулированы арбитражным решением

[38] *Целлюлозные заводы на реке Уругвай (Аргентина* против *Уругвая)*, [2010] ICJ Rep. 28.

или по решению международного суда. Таким образом, первая цель этого положения заключалась в том, чтобы избежать возобновления споров, уже урегулированных решением международного трибунала. Такое толкование подтверждается *материалами,* подготовленными *к* Пакту.[39]

Именно Перу предложила включить в договор статью VI. Беспокойство Перу было вызвано не опасениями по поводу возобновления рассмотрения уже рассмотренных дел, а возможностью возобновления рассмотрения вопросов, уже урегулированных самими сторонами в рамках договоров, заключенных для разрешения спорных ситуаций. По всей видимости, Перу опасалось, что его сосед Эквадор может попытаться оспорить Протокол Рио-де-Жанейро о мире, дружбе и границах 1942 года, положивший конец вооруженному конфликту между двумя государствами. Действительно, Протокол Рио-де-Жанейро урегулировал длительный пограничный спор между сторонами. Однако было очевидно, что Протокол не удовлетворил всех в Эквадоре. Вскоре после его заключения Эквадор заявил о своем несогласии с процессом демаркации в пограничном секторе между истоком реки Кебрада-де-Сан-Франциско и устьем реки Яупи. Спор был передан на рассмотрение одного арбитра, капитана Браза Диаса де Агиара, бразильского морского офицера, чье имя было предложено соседними странами, выступившими гарантами Протокола Рио-де-Жанейро. 14 июля 1945 года арбитр вынес свое решение. Однако небольшой сектор в Кордильера-дель-Кондор оставался неурегулированным в результате новых географических фактов, обнаруженных в 1947 году относительно речной системы в этой зоне.[40]В сентябре 1948 года Эквадор заявил, что тот факт, что Протокол Рио-де-Жанейро не может быть применен в этом секторе, ставит под сомнение действительность всего соглашения.[41]Возможно, именно такого возобновления урегулированных споров Перу ожидало и пыталось избежать, когда предлагало включить Статью VI в Пакт Боготы.

Чили беспокоили те же проблемы, что и Перу. Чили и Боливия подписали мирное соглашение в 1904 году, которое разграничивало границы между двумя государствами, но вскоре после заключения соглашения стало ясно, что Боливия им недовольна. Так, в 1920 году Боливия попыталась добиться пересмотра соглашения Ассамблеей Лиги

[39]Девятая конференция американских государств, *Акты заседаний Комитета III, третья сессия* (1948), 134-36.

[40]Ronald St John, "Conflict in the Cordillera del Co´ndor: The Ecuador-Peru Disputes", *IBRU Boundary and Security Bulletin* (1996), доступно по адресу: www.dur.ac.uk/resources/ibru/publications/full/bsb4-1 john.pdf.

[41]Там же.

Ассамблея назначила комиссию из трех юристов, которые пришли к выводу, что статья 19 не допускает пересмотра договоров.[43]

Этот политический контекст объясняет, почему статья VI исключает из сферы действия Боготского пакта вопросы, которые были урегулированы по договоренности между сторонами. Использование термина "урегулированные" проливает свет на тот факт, что речь идет о договорах, которые разрешили текущие споры между сторонами. Именно по этой причине, когда Перу обосновывало включение статьи VI, оно прямо ссылалось на принцип *res judicata*.[44]

Однако статья VI также исключает из сферы применения Пакта все вопросы, регулируемые соглашениями или договорами, действовавшими на дату заключения Пакта Боготы. Эти договоры, упомянутые во второй части статьи VI Пакта, отличаются от договоров, урегулировавших спор. Этот второй тип договоров можно описать как соглашения, которые просто направлены на регулирование отношений между сторонами без необходимости наличия уже существующего спора. Поэтому обоснование для включения этого второго типа договоров не обязательно связано с принципом *res judicata*.

Таким образом, можно утверждать, что статья VI проводит различие между договорами, которые урегулировали спор между сторонами, и договорами, которые просто регулируют отношения между сторонами в отношении определенных вопросов. С учетом этого различия статья VI может быть истолкована как требующая, чтобы договоры были в силе на дату заключения Боготского пакта, только в отношении второго типа договоров (договоров, регулирующих определенный вопрос). Согласно такому толкованию, критерий *ratione temporis*, предусмотренный в этом положении, не должен применяться к первой части статьи VI, которая касается *res judicata*, поскольку урегулированные споры никогда не должны возобновляться независимо от даты их урегулирования.

У Международного Суда не было возможности решить, является ли эта интерпретация, которая проводит различие между двумя различными мотивами, лежащими в основе Статьи VI, правильной. Верно, что решение Суда по делу о *территориальном и морском споре* (Никарагуа против Колумбии) в предварительном

[42]Ст. 19 Версальского договора гласила: "Ассамблея может время от времени советовать членам Лиги пересмотреть договоры, ставшие неприменимыми, и рассмотреть международные условия, сохранение которых может поставить под угрозу мир во всем мире".

[43]Hermann Mosler, *The International Society as a Legal Community* (Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1980), 289-90.

[44]IX Международная конференция американских государств, Акты и документы, Акты сессий Комитета III, Третья сессия, 27 апреля 1948 года, 136.

Фаза возражений может быть истолкована как игнорирование любого различия между аспектами *res judicata* и *ratione temporis* статьи VI. Действительно, в деле *"Территориальный и морской спор"* Международный Суд истолковал, что вопросы, которые регулируются договорами между сторонами, являются такими же, как и вопросы, урегулированные по договоренности между сторонами, для целей применения Статьи VI в контексте дела между Никарагуа и Колумбией.[45]Однако важно подчеркнуть, что Суд заявил, что обе ситуации имели одинаковые правовые последствия в "конкретных обстоятельствах настоящего дела", что оставляет возможность того, что в будущих спорах между сторонами Боготского пакта различие между договорами, которые урегулировали спор, и договорами, которые просто регулируют конкретную ситуацию, может быть проведено для целей применения критической даты заключения Боготского пакта (30 апреля 1948 года) только ко второму типу договоров.

Статья VI создает дополнительную практическую проблему для действия Боготского пакта. Сторона, которая ссылается на статью VI в качестве основания для возражения против юрисдикции, может обнаружить, что другой участник тяжбы требует признания недействительным или прекращения действия договора, который якобы урегулировал спор или регулирует определенный вопрос. Или, в более общем смысле, может оказаться, что заявитель утверждает, что вопрос, переданный на рассмотрение Суда, не подпадает под действие рассматриваемого договора. Это может быть лишь стратегией, направленной на блокирование действия статьи VI, но вполне может быть и реальным вопросом, по которому одна из сторон хотела бы получить решение Суда. С этой точки зрения статья VI, безусловно, демонстрирует свои слабости и недостатки в качестве клаузулы об ограничении юрисдикции. Если целью было ограничить юрисдикцию Суда, избежав повторного рассмотрения споров, то ее формулировка определенно является неудачной по очень простой причине: в общем смысле, использование термина "урегулированный" в статье VI означает, что это положение ссылается на принцип *res judicata*, который, по сути, является защитой по существу дела.

Однако цель составителей Пакта Боготы состояла в том, чтобы статья VI работала как юрисдикционное ограничение, которое не позволило бы Суду рассматривать дело *in limine*. Именно по этой причине стороны Пакта Боготы включили в него статью XXXIV, которая предусматривает:

> Если Суд по причинам, изложенным в ... статье VI ... настоящего Договора, объявил себя неподсудным для рассмотрения спора, такой спор объявляется прекращенным".

[45]*Территориальный и морской спор (Никарагуа* против *Колумбии) (Предварительные возражения)*, [2007] ICJ Rep. 832, [39].

Проблемы, связанные с действием Статьи VI, были продемонстрированы в деле о *территориальном и морском споре*. Никарагуа оспаривала суверенитет над некоторыми островами. Позиция Колумбии заключалась в том, что вопрос о суверенитете над этими островами был урегулирован сторонами в Договоре Баэрсенас-Эсгерра 1928 года и, следовательно, вопрос о суверенитете над островами находится вне юрисдикции Суда в силу применения статьи VI Пакта Боготы. Кроме того, Колумбия недвусмысленно заявила, что утверждение Никарагуа о том, что договор 1928 года прекратил свое действие в связи с предполагаемым нарушением договора Колумбией, является инструментом для попытки Никарагуа избежать последствий статьи VI Боготского пакта:

> Цель такого экстраординарного утверждения - опровергнуть действительные возражения Колумбии против юрисдикции: подорвать ее позицию, что, согласно Боготскому пакту, спор является спором, урегулированным по договоренности между сторонами и регулируемым договором, который действовал на дату заключения пакта и продолжает действовать; и подорвать ее позицию, что спор возникает на основании фактов, имевших место до 1932 года. Если бы Суд поддержал такой аргумент, это позволило бы государству обойти ограничения юрисдикции Суда с помощью надуманной претензии, поскольку представление предполагаемых нарушений в Суд само по себе было бы достаточным для того, чтобы сделать оговорки - которые являются выражением воли государств - недействительными.[46]

Никарагуа придерживалась мнения, что даже если статья VI исключает толкование договоров, урегулировавших спор между сторонами, это положение не может быть истолковано как исключающее новый спор, касающийся прекращения или ничтожности этого договора. Кроме того, Никарагуа пыталась убедить Суд не решать вопросы о действительности или силе Договора 1928 года на стадии предварительных возражений, утверждая, что Суд лишен возможности решать вопросы, которые предполагают рассмотрение дела по существу.[47]Независимо от реальных мотивов Никарагуа, заявляющей о недействительности или прекращении действия Договора 1928 года, аргумент о том, что статья VI не может препятствовать рассмотрению действительности и правовых последствий договора, является обоснованным.

Однако Никарагуа не удалось убедить Международный суд отклонить предварительные возражения Колумбии. Тем не менее, она поставила Суд в

(46) "Предварительные возражения правительства Колумбии, июль 2003 года", *Территориальный и морской спор (Никарагуа* против *Колумбии)*, см. www.icj-cij.org/docket/files/124/ 13868.pdf, том 1, [48].

(47) "Письменное заявление Никарагуа, 26 января 2004 года", *Территориальный и морской спор (Никарагуа* против *Колумбии) (Предварительные возражения)*, доступно по адресу www.icj-cij.org/docket/ files/124/13872.pdf, Том 1, [2.23].

В сложной ситуации Суд должен был привести веские аргументы, почему спор, представленный Никарагуа, должен быть отклонен *in limine*, несмотря на то, что он, казалось бы, был связан с существом дела. По мнению судьи Абрахама, Суд не смог дать хороший ответ.[48]По его мнению, "это [объясняется] прежде всего тем, что Суд поддался прискорбному влиянию необычных положений, с которыми ему пришлось иметь дело".[49]По словам судьи Абрахама, статья VI Боготского пакта в сочетании со статьей XXXIV является необычным положением. Проблема заключается в том, что стороны Боготского пакта преследовали законную цель исключить из юрисдикции Суда споры, которые уже были урегулированы, но при этом требовали, чтобы Суд заявил об отсутствии юрисдикции *in limine*. По-видимому, составители Боготского пакта не знали, что применение статьи VI обязательно требует от Суда рассмотрения дела по существу, поскольку *res judicata* является типичной защитой, оспаривающей существо дела. Как сказал судья Абрахам,

> Иными словами, в особой системе, установленной Пактом, то, что в общем режиме (например, когда Суд рассматривает дело исключительно на основании заявлений по факультативным положениям) было бы строго вопросом существа, то есть вопрос о том, соответствует или противоречит требование одного государства к другому договорным положениям, действующим в их отношениях, трансформируется в вопрос о *юрисдикции*.[50]

Однако мнение судьи Абрахама не было поддержано большинством голосов в Суде. Колумбии удалось убедить Суд заявить на стадии предварительных возражений, что суверенитет над островами п р и н а д л е ж и т Колумбии, как это было согласовано в Договоре 1928 года. Однако это не обязательно произойдет в будущих спорах в Суде, и тогда, возможно, стороны Боготского пакта поймут, что существовали и другие возможные формулы, которые могли бы легче достичь своей цели - избежать возобновления уже урегулированных споров. Одной из таких возможностей было включение в Боготский пакт так называемой "бельгийской оговорки", которая гласила бы: "Механизмы урегулирования споров, предусмотренные Пактом, не могут применяться в отношении противоречий, возникших или связанных с фактами, имевшими место до даты заключения настоящего Пакта".

Существует ли какое-либо объяснение особой и оригинальной редакции, выбранной для Статьи VI? Да. Помимо решения сторон не допускать возобновления уже урегулированных споров, стороны, участвовавшие в переговорах, согласились с тем, что

[48]*Территориальный и морской спор (Никарагуа* против *Колумбии) (Предварительные возражения)*, [2007] ICJ Rep. 832, [7] (судья Абрахам).
[49]Там же, [7] (судья Абрахам). [50]Там же, [8] (судья Абрахам).

Намерение Боготского пакта состояло в том, чтобы создать систему, которая разрешала бы любые споры между сторонами. Возможно, именно по этой причине бельгийская оговорка даже не рассматривалась в качестве варианта; бельгийская оговорка слишком четко указывает на то, что некоторые споры, предшествующие определенной дате, должны оставаться открытыми, если стороны не договорятся в каждом конкретном случае о передаче их на мирное урегулирование. Статья VI также может оставить некоторые подлинные споры неразрешенными, но она, конечно, не содержит четких указаний на этот счет.

Некоторые непредвиденные последствия некачественного составления Боготского пакта": *Никарагуа* против *Колумбии*

19 ноября 2012 года Международный Суд ООН вынес решение по *территориальному и морскому спору (Никарагуа* против *Колумбии)*. Напомним, что Колумбия возражала против юрисдикции Суда. По мнению Колумбии, суверенитет над островами в Карибском бассейне и делимитация их соответствующих морских зон уже урегулированы Договором 1928 года и Протоколом 1930 года между сторонами. Поэтому Колумбия ссылалась на статью VI Боготского пакта, которая исключает из юрисдикции Суда споры, урегулированные договорами, заключенными до даты заключения пакта (1948 год). Суд согласился с доводами Колумбии лишь частично и заявил, что острова Сан-Андрес, Провиденсия и Санта-Каталина принадлежат Колумбии на основании Договора 1928 года и, соответственно, статья VI не позволяет Суду рассматривать этот вопрос. Что касается того, какие другие морские объекты являются частью архипелага Сан-Андрес и принадлежат Колумбии, то Суд пришел к выводу, что этот вопрос не был урегулирован Договором 1928 года и что поэтому его должен решать Суд. Он также постановил, что вопрос о суверенитете над островами Ронкадор, Китасуэна и Серрана был прямо исключен из Договора 1928 года и поэтому также относится к его юрисдикции. Что касается делимитации морских пространств, то тот факт, что в Протоколе 1930 года было указано, что архипелаг Сан-Андре не простирается к западу от 82-го меридиана, не может быть истолкован, по мнению Суда, как осуществление делимитации морских пространств между сторонами.[51]Поэтому Суд пришел к выводу, что делимитация морских пространств не была урегулирована Протоколом 1930 года.

В отсутствие соглашения о делимитации морских пространств между сторонами Суд был призван провести делимитацию в соответствии с правилами

[51]Там же, [115].

общего международного права. Эти нормы требуют, чтобы Суд учитывал различные факторы для достижения справедливого результата. Обычно Суд начинает с проведения срединной линии, которая впоследствии корректируется путем применения других критериев справедливости. В данном случае одним из наиболее важных соображений был элемент пропорциональности между протяженностью соответствующих побережий сторон, который сыграл в пользу Никарагуа. В результате срединная линия была перенесена ближе к побережью архипелага Сан-Андрес, к востоку от меридиана 82º з.д., и не была проведена полностью с севера на юг, как того требовала Колумбия.

Решение было с большим удивлением воспринято в Колумбии, которая обвинила Международный суд в игнорировании интересов своей безопасности и экономической зависимости населения Сан-Андреса от природных ресурсов этого района. Президент Хуан Мануэль Сантос в телеобращении, переданном на всю страну, заявил, что решение содержит серьезные упущения, ошибки, излишества и несоответствия, которые неприемлемы для Колумбии.[52]Поэтому он пообещал стране, и в частности жителям архипелага Сан-Андрес, рассмотреть возможность использования всех имеющихся механизмов для защиты прав Колумбии. В связи с этим правительство Колумбии обратилось к международным юристам, чтобы получить экспертное заключение о правовых возможностях, имеющихся у Колумбии, чтобы "противостоять этому решению".[53]

Пока Колумбия ждет этого юридического заключения, она уже предприняла один шаг, который показывает ее несогласие с тем, как МС разрешил спор. 27 ноября 2012 года Колумбия вышла из Боготского пакта. Президент Сантос заявил, что территориальные и морские споры должны решаться на основе соглашения, а не с помощью международных трибуналов. Суд можно обвинить в том, что он не предвидел такой реакции Колумбии и негативных последствий, которые это может иметь для будущей роли Суда в мирном урегулировании споров в регионе. Однако интересно проанализировать, в какой степени действие Боготского пакта поставило Колумбию и сам Международный Суд в положение, которое крайне затрудняет учет рыболовных интересов жителей островов, которым теперь приписывается значение, не вытекающее из письменных состязательных бумаг, представленных Колумбией.

(52) "Послание президента Сантоса стране 19 ноября 2012 года", доступно на сайте www.youtube.com/watch?v=2Reyu0NrhoA%26;noredirect=1.

[53]Колумбия наняла Роберта Вольтерру из компании Volterra & Fietta, и в информации для прессы говорится, что экспертное заключение будет вынесено в мае 2013 года: www.colombia.com/actualidad/nacionales/sdi/56361/colombia-dara-a-conocer-estrategia-ante-fallo-de-la-haya-en-mayo.

На этапе предварительных возражений позиция Колумбии заключалась в том, что Договор 1928 года и Протокол к нему 1930 года установили морскую делимитационную линию по меридиану 82°з.д. Было ясно, что документы 1928 и 1930 годов являются договорами, и вопрос заключался в толковании того, можно ли считать, что текст этих документов устанавливает делимитацию морских пространств. По этой причине в предварительных возражениях Колумбии не упоминается нынешняя экономическая зависимость населения архипелага Сан-Андрес от рыболовства в водах, находящихся под контролем Колумбии, поскольку Колумбия была озабочена только тем, чтобы убедить Суд в том, что договор устанавливает морскую границу.

Поэтому, когда Суд отклонил эту часть предварительных возражений Колумбии и вместо этого постановил, что соглашения о делимитации морских пространств между колумбийскими островами и побережьем Никарагуа не существует, любой альтернативный аргумент, основанный на использовании ресурсов спорной территории, должен был показаться очень слабым. Это объясняется тем, что как только Колумбия заявила о существовании договора о делимитации морских пространств, ее контроль над этими водами и использование ресурсов местным населением предстали как необходимое следствие этого ошибочного мнения. Иными словами, предварительные возражения способствовали формированию представления о том, что экономическая зависимость населения островов от рыболовства в спорных водах проистекает не из изначальной экономической и социальной связи между населением и этими водами, а из того факта, что Колумбия считала, что в соответствии с договором она имеет право осуществлять исключительную юрисдикцию над этими водами.

После отклонения Судом этого предварительного возражения Колумбия должна была продумать другую стратегию в отношении роли использования природных ресурсов района жителями островов в рамках делимитации. Однако Колумбия приложила мало усилий для разработки новой стратегии. По всей видимости, Колумбия была убеждена, что Суд будет придерживаться срединной линии, которая, в конце концов, окажется вблизи меридиана 82º з.д. Это, по-видимому, объясняет, почему Колумбия игнорировала возможность того, что Суд применит тест на пропорциональность и что Китасуэну будет отказано в полной морской проекции. Эти две возможности, безусловно, требовали от Колумбии более тщательной проработки своих аргументов в отношении рыболовных интересов населения. Она этого не сделала. Возможно, дело в том, что, в значительной степени опираясь на существование соглашения о делимитации морских пространств на этапе предварительных возражений, Колумбии впоследствии было крайне сложно ссылаться на экономические и социальные факторы в качестве самостоятельных критериев справедливости.

Никарагуа

На данный момент очевидно, что Никарагуа заслуживает отдельного раздела в этой главе. Никарагуа была самой активной латиноамериканской страной в МКЮ. Она участвовала в девяти делах Суда в качестве заявителя или ответчика.[54]Ей было разрешено вмешаться в дело о *сухопутных, островных и морских границах* (Сальвадор против Гондураса) (это был первый случай, когда МС разрешил вмешательство третьей стороны в соответствии со статьей 62 своего Статута).[55]Более того, знаменитое дело *Никарагуа* против США до сих пор является предметом обсуждения, в частности, его последствий для разрешения споров о применении силы в МС.[56]

В связи с этими событиями возникает вопрос, почему Никарагуа и ее соседи так стремятся воспользоваться услугами Международного суда. Конечно, можно было бы подчеркнуть положительный пример, который подают центральноамериканские государства международному сообществу, выбирая мирное урегулирование своих споров, что позволяет Суду играть важную роль в разрешении споров в регионе. Однако невольно возникает вопрос о мотивах, побуждающих их обращаться в Суд, и о невысказанных причинах такого поведения. Возможно, столь частое обращение в Суд является проявлением недостатка переговорного потенциала в Центральноамериканском регионе и неспособности прийти к стабильным, разумным договоренностям между сторонами.

Совершенно очевидно, что Никарагуа имела и продолжает иметь споры о сухопутных и морских границах со своими соседями. Очевидно также, что Никарагуа не была удовлетворена договорами, которые время от времени заключались для урегулирования этих территориальных и морских споров.

[54]В настоящее время на рассмотрении Суда находятся два дела Никарагуа: *Определенная деятельность, осуществляемая Никарагуа в пограничной зоне (Коста-Рика* против *Никарагуа)*, ICJ, Общий список № 150, 18 ноября 2010 года; и *Строительство дороги в Коста-Рике вдоль реки Сан-Хуан (Никарагуа* против *Коста-Рики)*, ICJ, Общий список № 152, 23 января 2012 года. МКЮ присоединился к этому разбирательству 23 апреля 2013 года. См. пресс-релиз МС, "Суд присоединяется к разбирательству двух дел", на сайтеwww.icj-cij.org/docket/files/150/17332.pdf . В прошлом Никарагуа выступала в качестве государства-интервента в *споре о суше, островах и морской границе (Сальвадор/Гондурас)*. Она также возбудила дело против Гондураса и Коста-Рики за вооруженные действия на границе (эти два дела были позже прекращены в 1992 и 1987 годах соответственно). Еще одно дело - *Территориальный и морской спор между Никарагуа и Гондурасом в Карибском море* (*Никарагуа* против *Гондураса*) - было решено Судом 8 октября 2007 года. Решение по *территориальному и морскому спору (Никарагуа* против *Колумбии)* было принято 19 ноября 2012 года.

(55) "Заявление о вмешательстве", *Спор о земле, островах и морской границе (Эль-Сальвадор/Гондурас) (постановление от 28 февраля 1990 г.)*, [1990] ICJ Rep. 3.

[56]Christine Gray, "The Use and Abuse of the International Court of Justice: Дела, касающиеся применения силы после Никарагуа", (2003) 14 *European Journal of International Law* 867.

Следует напомнить, что Никарагуа поставила под сомнение действительность арбитражного решения 1906 года, которым король Испании разрешил спор между Никарагуа и Гондурасом.[57]Совсем недавно, в деле о *территориальном и морском споре* (Никарагуа против Колумбии), Никарагуа поставила под сомнение действительность договора с Колумбией 1928 года, утверждая, что на момент его заключения Никарагуа была оккупирована Соединенными Штатами. Стоит также упомянуть, что заявление Никарагуа против Гондураса в 1986 году (*Территориальный и морской спор в Карибском море*) было вызвано тем, что Гондурас и Колумбия ратифицировали соглашение о делимитации морских пространств без учета интересов Никарагуа в этой зоне. А в деле *"Определенная деятельность в приграничье"* (Коста-Рика против Никарагуа) Коста-Рика утверждает, что Никарагуа не соблюдает арбитражные решения и договоры, которые в конце XIX века решили вопрос о том, какое государство обладает суверенитетом над этим регионом.

Поэтому можно сказать, что Никарагуа, вероятно, считает, что ей не хватает переговорного потенциала для достижения удовлетворительных договоренностей со своими центральноамериканскими соседями в отношении пограничных вопросов и управления международной пограничной зоной. Это разочарование в договорах, заключенных предыдущими правительствами, которое также относится к решениям международных арбитров, принимавших решения по никарагуанским пограничным делам, приводит к попыткам Никарагуа возобновить старые споры.

Для Никарагуа Международный суд может стать лучшей альтернативой для разрешения споров, чем прямые переговоры. Что касается Коста-Рики, то следует учитывать, что у этой страны нет армии, а значит, она не может продемонстрировать военную мощь против Никарагуа. В этом контексте Коста-Рика также рассматривает Суд как инстанцию, которая может заставить Никарагуа соблюдать свои международные обязательства. Вопрос заключается в том, будут ли стороны выполнять будущие решения Международного суда. Уже сейчас кажется, что Никарагуа не выполнила временные меры, предписанные Судом в деле *"Определенная деятельность в приграничной зоне"*.[58]

Пограничные споры и дела о делимитации морских пространств: игнорирование предыдущих обязательств

Восемь из двадцати дел, рассмотренных латиноамериканскими странами в Международном суде, касаются пограничных споров. Что касается сухопутных границ, то

[57] *Арбитражное решение, вынесенное королем Испании 23 декабря 1906 г. (Гондурас* против *Никарагуа)*, [1960] ICJ Rep. 192.

(58) "Costa Rica protesta por incursio´n de nicaragu¨enses en territorio en litigio", *El Pa´ıs,* 31 октября 2012 г., доступно по адресу: www.elpais.cr/frontend/noticia detalle/1/74306.

Интересно отметить, что в каждом из рассмотренных Судом латиноамериканских дел о земельных границах существовал договор, который якобы разрешал спор о делимитации. Иногда в этих договорах делалась попытка применить принцип *uti possidetis*. Это была прагматичная формула, которая, как считалось, позволит избежать разногласий между недавно возникшими латиноамериканскими государствами по поводу их международных границ. Принцип *uti possidetis* превращал унаследованные административные границы испанских и португальских доминионов в международные границы новых независимых латиноамериканских государств. Принцип также позволял избежать новых претензий европейских стран на территории, которые не были физически оккупированы, поскольку он ставил всю территорию, лежащую в пределах новых границ, под территориальный суверенитет новых государств независимо от фактической оккупации.[59]

Было очевидно, что применение принципа *uti possidetis* вызовет споры, поскольку не всегда было ясно, где проходит старая административная граница. Латиноамериканские страны с большим или меньшим успехом разрешали эти споры в арбитраже. Действительно, Латинская Америка может похвастаться устойчивой традицией назначения арбитражных судов для разрешения пограничных споров. С 1990-х годов эта практика изменилась, и латиноамериканские государства стали передавать дела о границах в Международный Суд ООН.

Дела, связанные с определением линии *uti possidetis*, показывают, что стороны были готовы передать реальные вопросы об амбициях линии *uti possidetis* на рассмотрение международного суда, и в этом случае можно с уверенностью сказать, что латиноамериканские государства внесли свой вклад в мирное урегулирование споров. Но есть и второй тип пограничных споров между латиноамериканскими странами, который демонстрирует прямо противоположное - чрезвычайное сопротивление окончательному урегулированию.

В этой связи интересно упомянуть дело *Гондурас* против *Никарагуа*, в котором Никарагуа поставила под сомнение действительность решения короля Испании от 23 декабря 1906 г.[60]По мнению МС, впервые Никарагуа поставила под сомнение юридические последствия этого решения в 1912 году. Доводы, на которые ссылалась Никарагуа, утверждая о недействительности арбитражного решения, были отклонены Судом на том основании, что Никарагуа в период между 1906 и 1912 годами "прямым заявлением и поведением признала арбитражное решение действительным".[61]

[59]Малкольм Н. Шоу, "Наследие государств: Принцип *Uti Possidetis Iuris* сегодня", (1996) 77 BYBIL 98.

[60]Заявление было подано в Международный Суд Никарагуа 1 июля 1958 года.

[61]*Арбитражное решение, вынесенное королем Испании 23 декабря 1906 г. (Гондурас* против *Никарагуа)*, [1960] ICJ Rep. 192.

Еще один пример - дело о *сухопутной, островной и морской границе* между Сальвадором и Гондурасом. Эти государства были вовлечены в длительный спор, переросший в военный конфликт. 1 декабря 1986 года стороны, не добившись делимитации границы смешанной комиссией, передали спор на рассмотрение палаты Международного Суда. Никарагуа было разрешено вмешаться в спор по вопросу о правовом статусе вод залива Фонсека.[62]Суд вынес свое решение по существу 11 сентября 1992 года, объявив, что залив находится в совместном владении трех стран, и решив спор о сухопутной границе, а также вопрос о суверенитете над некоторыми островами. Вскоре после вынесения решения возникли проблемы с его реализацией. Решение предполагало перемещение некоторых жителей этого района, поэтому проблемы с его выполнением было легко предвидеть.[63]Гондурасская полиция и военные вторглись на территорию, которая, как утверждает Сальвадор, является его территорией;[64]Гондурас утверждает, что Сальвадор выдал разрешения на вырубку леса на участках, принадлежащих Гондурасу.[65]Более того, утверждается, что Никарагуа не выполнила решение, но проблема заключается в том, что сам Международный Суд постановил, что решение не является обязательным для Никарагуа.[66]

В январе 2002 года Гондурас обратился в Совет Безопасности ООН, заявив, что Сальвадор не выполнил решение суда. В ответ Сальвадор подал в Суд заявление о пересмотре решения, которое в итоге было отклонено.[67]По словам Лламзона, после этого окончательного решения "сохраняющиеся проблемы на границе позволяют предположить, что Сальвадор, возможно, не полностью выполняет свои обязательства по разумному и добросовестному исполнению решения", и что "большинство проблем с исполнением вытекает из неспособности вести переговоры".[68]

На этом этапе следует упомянуть о двух делах, находящихся на рассмотрении Суда, поскольку они в определенной степени связаны с попыткой оспорить то, что было урегулировано в прошлом договором или международным судебным решением. В деле о *морском споре* (Перу против Чили) основное утверждение Чили заключается в следующем

(62) "Заявление о вмешательстве", *Спор о земле, островах и морских границах*, [1990] ICJ Rep. 3.

63См. Aloysius Llamzon, "Jurisdiction and Compliance in Recent Decisions of the Interna-tional Court of Justice", (2008) 18 EJIL 815, 827.

64Там же. 65Там же.

(66) D. Arrese, 'Gulf of Fonseca', in Ru¨diger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, 2012).

67*Заявление о пересмотре решения от 11 сентября 1992 года по делу о споре о земле, островах и морской границе*, [2003] ICJ Rep. 392.

68Llamzon, выше n. 62, 828.

что морская граница была установлена по соглашению между двумя сторонами. Перу, заявитель, отрицает, что когда-либо существовало соглашение о делимитации морских пространств, и поэтому просит Суд провести равноудаленную линию между морскими зонами двух стран. Если Чили права в том, что существует соглашение о делимитации морских пространств, которое стороны подписали и применяют на практике, то заявление Перу следует рассматривать как попытку возобновить рассмотрение вопроса, который уже был урегулирован. Опять же, если Чили права, то было бы парадоксально, если бы Перу, идеолог статьи VI Боготского пакта, попыталась бы вновь открыть вопрос, который уже был решен.

В деле *"Определенные действия Никарагуа в приграничной зоне*" (Коста-Рика против Никарагуа) Коста-Рика утверждает, что Никарагуа оккупирует и использует территорию Коста-Рики и что ее действия не только подразумевают незаконную оккупацию, но и наносят вред окружающей среде. В этой связи Коста-Рика просит Международный Суд заявить, что Никарагуа нарушила ряд обязательств перед Коста-Рикой, к которым Коста-Рика относит Договор о территориальных границах 1858 года, Арбитражное решение Президента Соединенных Штатов от 1888 года и два Арбитражных решения Эдварда Портера Александера от 1897 года. По мнению Коста-Рики, Никарагуа пытается искусственно создать территориальный спор там, где его не было. В этой связи Коста-Рика утверждает, что Никарагуа всегда признавала, что территория, которая сейчас якобы является предметом спора, полностью подпадает под суверенитет Коста-Рики.[69]Кроме того, Коста-Рика просила принять временные меры, и Суд постановил следующее: "Каждая сторона должна воздерживаться от направления на спорную территорию, включая *каньо*, или от содержания на ней любого персонала, будь то гражданские лица, полиция или служба безопасности". Тем не менее, поступают заявления о том, что Никарагуа не соблюдает временные меры.[70]Рассмотренные в данной главе дела показывают, что латиноамериканские государства время от времени готовы оспорить договоры, заключенные предыдущими правительствами, некоторые из которых были заключены в XIX или начале XX века и сегодня уже не у с т р а и в а ю т соответствующие государства. Это отсутствие приверженности предыдущим соглашениям, которое, вероятно, является симптомом институциональной слабости латиноамериканских государств, иногда также влияет на выполнение решений международных трибуналов.

(69) "Просьба о принятии временных мер", *Определенные действия, осуществляемые Никарагуа в приграничной зоне (Коста-Рика* против *Никарагуа) (Постановления от 8 марта 2011 г.)*, ICJ, Общий список № 150, 18 ноября 2010 г., [34].

(70) "Коста-Рика протестует", выше, n. 57.

МС как замена других, более экономически эффективных механизмов мирного разрешения споров

В предыдущих разделах этой главы было показано, что некоторые латиноамериканские дела, рассматриваемые в МС, связаны с попыткой одной из сторон возобновить споры, которые в прошлом были урегулированы договорами или судебными решениями. В последнем разделе рассматривается другая, но смежная проблема: некоторые споры возникают из-за неспособности сторон создать механизмы, которые могли бы способствовать прямым переговорам, способствующим достижению удовлетворительных договоренностей. Эта проблема является еще одним аспектом отсутствия переговорного потенциала, который объясняет многие латиноамериканские дела, рассматриваемые Судом. Я утверждаю, что дело *Pulp Mills* между Аргентиной и Уругваем как раз служит демонстрацией этой точки зрения.

Целлюлозные заводы касались установки и эксплуатации целлюлозных заводов на берегах реки Уругвай, по которой проходит граница между двумя государствами. В 1975 году Аргентина и Уругвай заключили Статут реки Уругвай, целью которого было создание совместных механизмов для оптимального и рационального использования реки (ст. 1). Статут учредил комиссию по управлению рекой - Административную комиссию реки Уругвай (CARU) (ст. 49). Аргентина жаловалась, что целлюлозные заводы, которые Уругвай разрешил строить на уругвайской стороне реки, нанесут экологический ущерб реке и аргентинской территории. МС постановил, что Уругвай нарушил процедурные обязательства, содержащиеся в Статуте 1975 года, а именно обязательство проинформировать CARU и Аргентину о деятельности, которую он планировал осуществлять на реке. Суд также постановил, что Аргентина не смогла доказать, что будет нанесен значительный ущерб окружающей среде. Поэтому работа комбината "Орион (Ботния)" может быть продолжена.

Аргентина просила Суд признать, что Уругвай нарушил процедурные обязательства, установленные Статутом реки Уругвай, и что нарушение процедурных обязательств подразумевает также нарушение субстантивных обязательств. Суд придерживался иного мнения и отклонил этот аргумент как в своем решении о временных мерах, так и в окончательном решении. Статут реки Уругвай устанавливает ряд процедур, позволяющих CARU принимать решения относительно деятельности на реке. Помимо того, что состав CARU, как и многих других комиссий подобного типа, требует, чтобы половина членов назначалась каждой страной, еще одним фактором, затрудняющим процесс принятия решений, было то, что несоблюдение процедур не влекло за собой

Еще одним фактором, затрудняющим процесс принятия решения, является то, что несоблюдение процедур не влечет за собой запрета на осуществление деятельности на реке, если только эта деятельность сама по себе не подразумевает нарушения существенных обязательств.

На этом этапе полезно провести сравнение между внутренним и международным правом. Внутреннее законодательство обычно связывает процедурные и материальные обязательства в области охраны окружающей среды, поскольку это очень экономически эффективный способ управления рисками. Так, во многих национальных правовых системах деятельность, представляющая определенный риск причинения вреда окружающей среде, подпадает под систему регулирования, требующую предварительного уведомления, предоставления информации, оценки риска ущерба и системы предварительных разрешений или выдачи разрешений государственными учреждениями. Национальные правовые системы принимают такие системы регулирования по многим причинам, включая тот факт, что предотвращение экологического вреда может обойтись дешевле, чем затраты на его устранение. Действительно, нормативные акты и предварительные разрешения - то есть процедурные обязательства - снижают вероятность причинения вреда окружающей среде.

Национальные правовые системы могут устанавливать такие режимы регулирования, которые не могут быть легко воспроизведены на международном уровне. Такие системы оснащены центральным органом власти и распределены между различными государственными органами, обладающими полномочиями, соответственно, по законодательству, а также по реализации и обеспечению соблюдения норм. В международной правовой системе отсутствует центральный орган, который мог бы навязывать государствам такие правила, отвечающие общественным интересам. В контексте дела *Pulp Mills* это объясняет, почему Международный Суд, в отсутствие соглашения между сторонами, не имел полномочий устанавливать систему управления рисками, которую стороны не включили в Статут реки Уругвай 1975 года. Статут содержит процедурные и материальные обязательства в отношении защиты реки, однако стороны не договорились, что нарушение процедурных обязательств влечет *ipso facto* запрет на продолжение запланированной деятельности. Именно по этой причине суд четко указал, что "нигде в Статуте 1975 года не указано, что ... нарушение процедурных обязательств автоматически влечет за собой нарушение материально-правовых обязательств"[71].

Поскольку CARU не смог разрешить спор, Аргентина применила статью 60 Статута реки Уругвай, и дело было передано в Международный Суд ООН. Суд пришел к выводу, что Аргентина и Уругвай создали систему сотрудничества для предотвращения значительного ущерба реке Уругвай. Эта система включала в себя создание CARU и обязательство уведомлять и информировать ее и другую сторону о деятельности, которая может нанести значительный ущерб другой стороне. Международный Суд постановил

[71] *Целлюлозные заводы на реке Уругвай (Аргентина* против *Уругвая)*, [2010] ICJ Rep. 28, [78].

что Уругвай нарушил обязательство по информированию и уведомлению, но не то, что это нарушение означает, что он также нарушил обязательство по охране реки. Можно задаться вопросом, не было ли для сторон более экономически эффективным создать систему, при которой несоблюдение процедурных обязательств приводило бы к запрету на осуществление деятельности на реке. Такое соглашение дало бы CARU и центральным правительствам возможность собрать всю необходимую информацию для обсуждения альтернативных вариантов, прежде чем передавать дело в Международный Суд.

Выводы

Практика латиноамериканских государств в области мирного урегулирования споров столь же разнообразна, как и в других частях света. Латиноамериканские страны имели возможность применять все виды мирных методов урегулирования споров. Каждый международный спор индивидуален, и поэтому государства стараются выбрать наиболее подходящий метод разрешения споров в конкретном контексте. Некоторые люди могут рассматривать международное судебное разбирательство как шаг к более развитой международной правовой системе. Однако, учитывая нынешние характеристики этой системы, международное судебное разбирательство не всегда целесообразно, и прежде чем принять решение о передаче дела в международный трибунал, необходимо учесть ряд факторов.

Именно в этом контексте следует оценивать тенденцию к передаче дел в МС латиноамериканскими государствами. Конечно, трудно предугадать истинные мотивы, побуждающие государства инициировать разбирательство в Суде. Конечно, не всегда они искренне стремятся к разрешению международного спора в соответствии с нормами международного права или, по крайней мере, это не является основной целью возбуждения судебного разбирательства.

Рассмотрение некоторых латиноамериканских дел в МС показывает, что существуют внутренние факторы политического и исторического характера, которые иногда мешают латиноамериканским правительствам поддерживать решения по спорам, которые были согласованы предыдущими правительствами. Это означает, что в этой части мира время от времени некоторые государства используют закон и судебные процедуры для поддержания международных противоречий, когда это политически выгодно тому или иному правительству.

Из этого можно сделать вывод, что страны Латинской Америки внесли огромный вклад в мирное урегулирование споров, развивая

различные способы решения своих разногласий. Они изобрели принцип *uti possidetis*, чтобы избежать пограничных споров или разрешить их в соответствии с международным правом. Они также внесли значительный опыт в создание и функционирование арбитражных судов. Именно латиноамериканский дипломат разработал идею факультативной оговорки в контексте PCIJ. И сегодня латиноамериканские страны продолжают вносить свой вклад в мирное урегулирование споров, передавая свои разногласия на разрешение МС, демонстрируя тем самым свою уверенность в международном праве, а также в возможностях и беспристрастности Суда. Однако перед этими странами по-прежнему стоит задача обеспечить, чтобы разрешение споров в регионе соответствовало принципу окончательности.

6

Соединенные Штаты как участник международного судебного процесса

Марк Илдм AN

В 1928 году Мэнли О. Хадсон, который впоследствии стал судьей Постоянного суда международного правосудия (ПМПМП), заметил, что Соединенные Штаты "редко упускают возможность абстрактно заявить о своей лояльности к международному арбитражу".[1]Что касается "конкретного применения" арбитражной политики США,[2]однако в отношении договора об арбитраже 1928 года между Францией и Соединенными Штатами Хадсон обнаружил, что "договор мало реализует цели, столь широко выраженные в его преамбуле".[3]Сравнивая договор 1928 года с другими арбитражными договорами, подписанными в 1920-х годах другими странами, кроме США, Хадсон пришел к выводу, что Соединенные Штаты "утратили свою долю лидерства в движении за международный арбитраж" и "значительно отстают от других стран в развитии этого средства мирного урегулирования споров".[4]

Аналогичные аргументы в отношении американской практики вынесения международных решений продолжают приводиться и сегодня.[5]В отношении Международного суда (МС) в таких аргументах часто подчеркивается выход США из состава суда.

Автор представлял Соединенные Штаты в качестве стороны, не участвующей в споре, в деле *Pac Rim* против *Сальвадора*, которое рассматривается ниже. Мнения, выраженные в данной главе, не обязательно отражают точку зрения Государственного департамента США или правительства США. Автор благодарит Джейми Бриггса за существенный вклад в подготовку главы, а также Ким И Сыля, Лю Фанфанга и Ма Цзи за отличную помощь в проведении исследований.

[1]Manley O. Hudson, 'The New Arbitration Treaty with France', (1928) 22 AJIL 368.

[2]Ibid., 369. [3]Ibid., 372. [4]Ibid., 373.

[5]См. например, Jose´ E. Alvarez, "The Return of the State", (2011) 20 *Minnesota Journal of International Law* 223, 235: "Если Соединенные Штаты возглавляли движение в пользу защиты инвесторов [по инвестиционным договорам], то теперь, похоже, они возглавляют движение в противоположном направлении"; Sean D. Murphy, "The United States and the International Court of Justice: Coping with Antinomies", in Cesare Romano (ed.), *The Sword and the Scales* (Cambridge University Press, 2009) 349: "Вероятно, Соединенные Штаты занимают невозможную позицию, одновременно принимая идею Суда и дистанцируясь от неизбежных последствий этой идеи"; Andreas Paulus, "From Neglect to Defiance? The United States and International Adjudication", (2004) 15 *European Journal of International Law* 783: "Отношение Соединенных Штатов к международному судопроизводству, похоже, достигло очередной низкой точки".

обязательной юрисдикции[6] и юрисдикции в соответствии с Венской конвенцией о консульских сношениях (ВКС),[7] а в отношении американских инвестиционных договоров - сужение, по мнению многих комментаторов, доступных средств защиты инвестиций.[8]

В этой главе опыт США как участника международного судебного процесса будет рассмотрен следующим образом. Во-первых, в главе будет представлен обзор периода, когда Соединенные Штаты были явным лидером "движения за международный арбитраж",[9] от Договора Джея до Алабамского арбитража и Гаагских мирных конференций 1899 и 1907 годов. Во-вторых, в главе будут рассмотрены аргументы, выдвинутые Соединенными Штатами в деле о *заложниках*,[10] которое представляет собой убедительный пример "конкретного применения" "лояльности" США к международному арбитражу.[11] В-третьих, будет рассмотрена продолжающаяся поддержка США постоянного, наднационального и независимого Апелляционного органа Всемирной торговой организации (ВТО). Наконец, в главе будет рассмотрена одна структурная проблема, мешающая поддержать участие США в спорах между инвесторами и государством: скромный характер побед американского правительства в таких делах, которые ограничиваются отклонением исков, поданных иностранными инвесторами.

В главе сделаны три вывода. Во-первых, дело *"Заложники"* является убедительной иллюстрацией того, почему государства соглашаются на урегулирование своих споров третьей стороной, и должно продолжать оказывать влияние на будущие взгляды США на международное судебное разбирательство. Во-вторых, сбалансированный и активный характер опыта США в разрешении споров в рамках ВТО позволяет сделать важные выводы, которые могут послужить основой для будущей практики США в Международном суде. В-третьих, ограниченный характер

[6] Например, Бруно Симма, "Международное судопроизводство и политика США - прошлое, настоящее и будущее", в Norman Dorsen and Prosser Gilford (eds.), *Democracy and the Rule of Law* (Washington, DC: CQ Press, 2001) 54: "Выход США из обязательной юрисдикции МС после решения по юрисдикции *Никарагуа* стал сигналом для международного сообщества, что государства могут избежать своих международных обязательств, просто не являясь на судебные разбирательства".

[7] См. например, John B. Quigley, 'The United States' Withdrawal from International Court of Justice Jurisdiction in Consular Cases: Причины и последствия", (2009) 19 *Duke Journal of Comparative and International Law* 263, 264: "Выход из Факультативного протокола ВККР показался некоторым еще одним примером самостоятельного подхода Соединенных Штатов".

[8] См. например, Stephen M. Schwebel, "The Influence of Bilateral Investment Treaties on Custom-ary International Law", (2004) 98 *American Society of International Law Proceedings* 27, 30: в нем говорится, что Типовой ДИД США 2004 года "воплощает регрессивные изменения, которые достойны сожаления".

[9] Хадсон, выше, п. 1, 373.

[10] *Дело о дипломатическом и консульском персонале Соединенных Штатов в Тегеране (Соединенные Штаты Америки* против *Ирана)*, [1980] ICJ Rep. 3.

[11] Hudson, выше n. 1, 368-9.

Победы американского правительства в арбитражных разбирательствах по спорам между инвесторами и государствами придают еще большее значение активному участию Соединенных Штатов в решении ключевых правовых вопросов, чтобы сохранить поддержку для дальнейшего участия США в делах между инвесторами и государствами.

От Договора Джея до Гаагской мирной конференции 1907 года: Соединенные Штаты как лидер международного арбитражного движения

По общему мнению, начало современному международному арбитражу положил Договор Джея 1794 года между Великобританией и Соединенными Штатами [12], который после Войны за независимость урегулировал нерешенные вопросы между двумя странами.[13]В соответствии со статьей V Договор Джея создал пограничную комиссию (для точного определения реки Сент-Круа, по которой проходила северо-восточная граница США), а в соответствии со статьями VI и VII - две комиссии для рассмотрения юридических претензий граждан Великобритании и США (одна - по претензиям британских кредиторов к американским должникам, другая - по морским претензиям как британских, так и американских граждан).

Перспектива мирного урегулирования споров была ключевым фактором, определившим решение США согласиться на арбитраж по Договору Джея.[14]Однако в то же время интерес США к соглашению об арбитраже с Великобританией в 1794 году был еще более усилен особыми фактическими обстоятельствами, с которыми столкнулись Соединенные Штаты в конце восемнадцатого века. Будучи "молодой республикой", созданной в результате "демократической революции", Соединенные Штаты стремились к "международному признанию, чтобы иметь дело с другими государствами на равных", и согласились на арбитраж по Договору Джея "в соответствии с международными правилами, основанными на равенстве сторон".

[12]Договор о дружбе, торговле и мореплавании между Соединенными Штатами и Великобританией (подписан 19 ноября 1794 г., вступил в силу 29 февраля 1796 г.), 8 Stat. 116 (Договор Джея).

[13]См. например, Bart Legum, 'Federalism, NAFTA Chapter Eleven, and the Jay Treaty of 1794', (2001) 95 *American Society of International Law Proceedings* 202: 'Today, the arbitral commissions established under the Jay Treaty are generally considered as beginning the mod-ern era of international arbitration'; R. Lillich, 'The Jay Treaty Commissions', (1962) 37 *St. Johns Law Review* 260: "Современную эру арбитража удобно рассматривать как начавшуюся с Договора Джея 1794 года", цитируя Уильяма Эванса Дарби, *Международный арбитраж. Международные трибуналы*, 4-е издание, (Калифорния: J. M. Dent, 1904), 769.

[14]См. например, M. E. O'Connell, 'Arbitration and Avoidance of War: The Nineteenth-Century American Vision', in Cesare Romano (ed.), *The Sword and the Scales* (Cambridge Univer-sity Press, 2009), отмечая, что "президент Джордж Вашингтон одобрил Договор Джея прежде всего потому, что обязательство по арбитражу могло "предотвратить войну и привести к мирному урегулированию недоразумений и ссор"", цитируя M. Curti, *Peace or War: The American Struggle 1636-1936* (New York: W. W. Norton, 1936), 24.

[15]Соединенные Штаты в то время также ощущали недостатки Статей Конфедерации, которые оказались недостаточными для обеспечения выполнения соответствующими штатами обязательств, взятых на себя США в отношении британских кредиторов по мирному договору с Великобританией 1783 года. Неадекватное исполнение обязательств по мирному договору усилило напряженность в отношениях с Великобританией.[16]Согласившись на аналогичные обязательства в Договоре Джея - подписанном после принятия Кон-ституции США 1787 года, согласно которой договоры становились частью "высшего закона страны", - Соединенные Штаты могли решать вопросы, связанные с долгами перед британскими кредиторами, "с большими шансами на успех".[17]

Урегулирование споров в рамках Договора Джея в конечном итоге было успешным и юридически значимым. Хотя комиссия по долгам, созданная в соответствии со Статьей VI, "зашла в тупик и потерпела неудачу",[18]комиссия по морским претензиям, созданная в соответствии со Статьей VII, вынесла более пятисот решений,[19]на общую сумму более 11 000 000 долларов, большая часть которых была взыскана американскими истцами.[20]Для обеих комиссий текст Джейского договора включал подробные указания по выбору арбитров,[21]приему доказательств,[22]графику рассмотрения жалоб,[23]и руководящему праву.[24]

Договор Джея также предоставил Соединенным Штатам возможность внести значительный вклад в развитие материального международного права в отношении обязательств нейтральных государств. Такой вклад впоследствии повлиял на Алабамский арбитраж 1872 года, который был назван "высшей точкой международного арбитража".[25]

Статья VII Договора Джея уполномочивала морскую комиссию рассматривать претензии к Соединенным Штатам, возникшие в результате захвата "судов и товаров", принадлежащих британским купцам, которые были захвачены на территории США или захвачены судами, первоначально вооруженными в американских портах. Корреспонденция государственного секретаря Томаса Джефферсона, приложенная к Договору Джея,[26]содержала дополнительные подробности о сути обязательства, которое будет применяться к британским искам о нейтралитете против

[15]Simma, выше n. 6, 41. [16]Legum, выше n. 13, 203. [17]Simma, выше n. 6, 42.

[18]John R. Crook, "The US and International Claims and Compensation Bodies", in Cesare Romano (ed.), *The Sword and the Scales* (Cambridge University Press, 2009) 297.

[19]Там же. [20]Lillich, выше n. 13, 280. [21]Договор Джея, ст. 6, 7.

[22]Там же. ст. 6. [23]Там же. [24]Там же, ст. 6, 7.

(25) O'Connell, выше, n. 14, 36. См. также Том Бингем, "Алабамский арбитраж", (2005) 54 ICLQ 1, называя "разумной оценкой" характеристику Алабамского арбитража как "величайшего из всех, которые когда-либо видел мир".

[26]Письмо государственного секретаря Томаса Джефферсона министру иностранных дел Великобритании Джорджу Хэммонду, 5 сентября 1793 года.

Соединенные Штаты: как нейтральное правительство[27]Соединенные Штаты должны были "охранять и защищать" "суда и имущество" британских граждан, находящиеся в американских портах, водах или "морях у наших берегов", а также "возвращать и восстанавливать" такие суда и имущество "законным владельцам, если они у них отняты".[28]Позиция США, изложенная в письме Джефферсона, характеризуется как "эпоха в развитии правил нейтралитета... [которая] представляла собой наиболее передовое из существующих мнений о том, каковы эти обязательства".[29]Более того, решения морской комиссии по британским искам о нейтралитете в конечном итоге послужили "плодотворным прецедентом" для Алабамского арбитража.[30]

Алабамский арбитраж возник на основании Вашингтонского договора 1871 года, который передал в арбитраж ряд претензий, известных как "Алабамские претензии".[31]Эти претензии касались определенных действий, совершенных рядом кораблей, включая *"Алабаму"*, которая была оборудована в Великобритании и использовалась Конфедерацией во время Гражданской войны в США.[32]Только *"Алабама"* захватила или уничтожила десятки кораблей Союза.[33]

Примечательно, что всего за два года до утверждения Вашингтонского договора Сенат США в 1869 году подавляющим большинством голосов отклонил Конвенцию Джонсона-Кларендона, которая, как и Вашингтонский договор, предусматривала бы урегулирование претензий к Великобритании, вытекающих из действий, совершенных во время Гражданской войны в США, третьей стороной. Конвенция Джонсона-Кларендона была согласована администрацией Джонсона, но на голосование в Сенат была вынесена при администрации Гранта. Эндрю Джонсон был подвергнут импичменту в 1868 году, и его непопулярность в 1869 году повлияла на голосование в Сенате.[34]Что касается сути документа, то председатель сенатского комитета по международным отношениям Чарльз Самнер (Charles Sumner) сказал: "Я не знаю, что это за документ,

[27]В 1793 году президент Вашингтон издал Прокламацию о нейтралитете в отношении "состояния войны", существовавшей "между Австрией, Пруссией, Сардинией, Великобританией и Объединенными Нидерландами, с одной стороны, и Францией - с другой". J. B. Moore (ed.), *International Adjudications Ancient and Modern History and Documents*, 6 vols. (Oxford University Press, 1929-33), Vol. 4, 20. В качестве одного из примеров событий, связанных с обязательствами США по нейтралитету, можно привести захват некоторых британских судов, таких как *"Уильям"*, французскими судами, которые были оборудованы в Чарльстоне, Южная Каролина. Там же, 22.

[28]Там же, 6-7.

[29]Ibid., 24, цитируя W. E. Hall, *A Treatise on International Law*, 2nd edn (Oxford: Clarendon Press, 1884), 550.

[30]Lillich, выше, n. 13, 280.

[31]Вашингтонский договор между Соединенными Штатами и Великобританией (подписан 8 мая 1871 года, вступил в силу 17 июня 1871 года), 17 Stat. 863 (Вашингтонский договор), ст. I.

(32) O'Connell, выше n. 14, 35. [33]Ibid.

[34]Charles E. Hill, *Leading American Treaties* (New York: Macmillan, 1922), 276, 291: "Напряженные отношения между президентом Джонсоном и Конгрессом должны рассматриваться как одна из причин решительности голосования".

отметил, что Конвенция Джонсона-Кларендона не содержала "ни слова сожаления".[35]Вашингтонский договор, напротив, открывается выражением "сожаления, испытываемого правительством Ее Величества в связи с побегом, при каких бы обстоятельствах он ни произошел, "Алабамы" и других судов из британских портов, а также в связи с грабежами, совершенными этими судами".[36]

Вашингтонский договор, как и договор Джея, содержал подробные положения об урегулировании споров. Статья I предусматривала, что Алабамские претензии будут рассматриваться судом, состоящим из пяти арбитров, каждый из которых будет назначен, соответственно, Соединенными Штатами, Великобританией, Италией, Швейцарией и Бразилией. Статья II предусматривала назначение каждой стороной агента для представления интересов стороны "в целом по всем вопросам, связанным с арбитражем". Статья III требовала, чтобы каждая сторона передала свое "письменное или печатное дело ... в двух экземплярах" каждому из арбитров и агенту другой стороны в течение шести месяцев после обмена ратификациями договора.

Как и Договор Джея, Вашингтонский договор внес значительный вклад в развитие международного права в отношении обязательств нейтральных государств. Статья VI Вашингтонского договора, определяющая руководящее право,[37]включала конкретные нормы об обязательствах нейтрального государства.[38]Одним из таких правил, налагаемых на "нейтральное правительство", было обязательство "проявлять должную осмотрительность в своих портах и водах", чтобы предотвратить установку в пределах своей юрисдикции судов, которые, как оно имело основания полагать, будут использованы для "ведения войны" против государств, с которыми нейтральное правительство находилось в мире, напоминая о праве Великобритании, согласно статье VII Договора Джея, предъявлять претензии в отношении судов, "захваченных судами, изначально вооруженными" в портах США.[39]В конечном итоге, *Алабамский* трибунал признал Великобританию ответственной за действия некоторых кораблей, построенных в Великобритании во время Гражданской войны в Америке, включая *"Алабаму"*[40], и вынес решение о присуждении 15,5 млн. долл.

[35]Ibid., 291. [36]Вашингтонский договор, ст. I.

[37]Вашингтонский договор, ст. VI: предусматривает, что претензии будут регулироваться правилами, применимыми к нейтральным правительствам, изложенными в договоре, и "принципами международного права".

[38]Великобритания издала Прокламацию о нейтралитете, признав Союз и Конфедерацию воюющими сторонами. O'Коннел, выше n. 14, 34.

[39]Лидерство США в XVIII и XIX веках в отношении материального международного права по обязательствам нейтральных государств отражено в тексте Вашингтонского договора, который предусматривал, что Великобритания не будет "соглашаться" с правилами нейтралитета, изложенными в договоре "в качестве изложения принципов международного права", которые действовали на момент возникновения Алабамских претензий. Скорее, как указано в ст. VI договора, Великобритания согласилась с этими правилами нейтралитета для разрешения претензий Алабамского арбитража из "желания" укрепить "дружественные отношения между двумя странами и создать удовлетворительные условия на будущее".

(40) O'Connell, выше, n. 14, 36.

[41]Британский премьер-министр Уильям Гладстон охарактеризовал это решение как "суровое" и "карательное", но, в то же время, "как пыль на глазу по сравнению с моральным примером, поданным" двумя странами, "идущими в мире и согласии в судебный трибунал", а не "прибегающими к арбитражу меча".[42]

Успех Алабамского арбитража "побудил движение за мир начать лоббировать создание постоянного механизма для мирного разрешения споров".[43]Важным шагом на пути к созданию такого "постоянного механизма" стало образование Постоянной палаты третейского суда (ППТС), которая, по словам Скотта, стала "великой и венчающей славой" Гаагской мирной конференции 1899 года.[44]

На Гаагских мирных конференциях 1899 и 1907 годов Соединенные Штаты поддержали идею создания постоянного международного суда.[45]Однако эта цель не была полностью достигнута. Хотя статья 20 Гаагской конвенции 1899 года предусматривала создание Постоянного третейского суда, "общеизвестно, что этот суд не является постоянным, поскольку он существует только для особого случая и должен быть создан заново для каждого представленного дела. На самом деле существует постоянный список, из которого можно и даже нужно выбирать судей для конкретного дела"[46].

В ответ на специальный характер суда, созданного в 1899 году, Джозеф Ходжес Чоут, возглавлявший делегацию США на Гаагской мирной конференции 1907 года, выразил заинтересованность США в создании действительно постоянного международного суда. Чоут заметил, что ППТС не хватает постоянства,

> была очевидным источником слабости и недостатка престижа в Трехстороннем суде... Так давайте же стремиться к созданию ... Постоянного суда, который будет

[41]Там же.

[42]Bingham, выше n. 25, 24, цитируя H. C. G. Matthew, *Gladstone: 1809-1874* (Oxford: Clarendon Press, 1986), 186.

(43) О'Коннелл, выше n. 14, 34. Подробное обсуждение роли американского движения за мир XIX века в продвижении идеи создания постоянного международного суда см. в Mark Janis, 'Americans and the Quest for an Ethical International Law', (2007) 109 *West Virginia Law Review* 571.

[44]James B. Scott (ed.), *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907*, Vol. I (Baltimore: Johns Hopkins Press, 1909), 254.

[45]См., например, Джеймс Б. Скотт, "Предлагаемый суд арбитражного правосудия", (1908) 2 AJIL 772, 776: "Соединенные Штаты... . постоянно заявляли, что для них трибунал, учрежденный в 1899 году, был лишь первым шагом на пути к постоянному арбитражному суду, который они хотели бы учредить еще в 1899 году".

[46]Scott, выше n. 44, 425.

проводить регулярные и непрерывные сессии. . состоять из одних и тех же судей... уделять должное внимание своим собственным решениям... ...и постепенно создавать систему межнационального права… Сделав такой шаг вперед, мы… сделаем работу этой Второй конференции достойной сравнения с работой Конференции 1899 года".[47]

Однако, как и в 1899 году, позиция США на Гаагской мирной конференции 1907 года в поддержку постоянного международного суда не возобладала.[48]Статья 41 Гаагской конвенции 1907 года - аналог статьи 20 Гаагской конвенции 1899 года - не добавила постоянства Постоянной палате третейского суда: "Договаривающиеся державы обязуются поддерживать Постоянную палату третейского суда, учрежденную Первой мирной конференцией".[49]

После более чем столетнего лидерства Соединенных Штатов в поддержке мирного разрешения споров между государствами посредством арбитража - от Договора Джея и Алабамского арбитража до Гаагских конференций мира 1899 и 1907 годов - Соединенные Штаты, как будет сказано ниже, в конечном итоге не присоединились к первому действительно постоянному международному суду: ПМСО.

С 1907 по 1946 год: два резких поворота в настроениях США в отношении постоянного международного суда

Как уже говорилось выше, в 1907 году делегация США на Гаагской мирной конференции поддержала идею создания постоянного международного суда, который мог бы "говорить авторитетом единого голоса наций" и "одобрять и регулировать поведение наций".[50]В 1935 году Сенат США голосовал по вопросу о том, следует ли Соединенным Штатам присоединиться именно к такому суду - ПМСО, который был создан после Первой мировой войны. Сенат США не смог утвердить протокол PCIJ; тридцать шесть сенаторов выступили против.[51]В результате Соединенные Штаты не принимали участия ни в одном деле, рассматриваемом PCIJ.

[47]Там же, 427.

[48]Неудача с созданием постоянного суда на Гаагской конференции 1907 года была в значительной степени вызвана разногласиями по поводу того, как будут отбираться судьи. См. Дэвид Д. Карон, "Война и международное судопроизводство: Размышления о мирной конференции 1899 года", (2000) 94 AJIL 4, 21.

[49]James B. Scott (ed.), *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907* (Oxford University Press, 1915), 57.

[50]Scott, выше n. 44, 427.

[51]Manley O. Hudson, 'The United States Senate and the World Court', (1935) 29 AJIL 303, 304.

Спустя 11 лет после голосования 1935 года Сенат США вновь рассматривал вопрос о том, следует ли Соединенным Штатам присоединиться к постоянному международному суду - Международному Суду, который был создан после Второй мировой войны. Примечательно, что предлагаемое обязательство Соединенных Штатов в отношении МС (обязательная юрисдикция) было более значительным, чем предлагаемое обязательство Соединенных Штатов в отношении PCIJ (добровольная юрисдикция). Несмотря на более серьезные обязательства, только два сенатора выступили против принятия США обязательной юрисдикции МС. Как заметил один из чиновников Государственного департамента США в 1946 году,

> С 1936 года времена действительно изменились. Десять лет назад резолюция, предусматривающая членство Соединенных Штатов в Постоянной палате межнационального правосудия на чисто добровольной основе, вызвала рев протеста на слушаниях в комитете, на заседании Сената и в целом по стране. Десять лет спустя... ни один свидетель не выступил перед подкомитетом против принятия Соединенными Штатами обязательной юрисдикции нового Суда... Ни один голос протеста не прозвучал против этого.[52]

Различная реакция Сената США на участие США в перманентном международном суде может быть отчасти объяснена различиями в настроениях США по отношению, с одной стороны, к Лиге Наций в 1935 году и, с другой стороны, к Организации Объединенных Наций в 1946 году.

Хадсон утверждал, что оппозиция Сената США по отношению к PCIJ "была основана главным образом на ее связи с Лигой Наций, на страхе перед ратификацией как шагом к вступлению в Лигу, на опасении потери Соединенными Штатами независимости и потери Сенатом своей доли контроля над нашими внешними отношениями".[53]Настроение США в отношении членства в Лиге Наций, которое изначально было неоднозначным (в основном из-за проблем с суверенитетом),[54]не улучшилось после того, как европейские правительства объявили дефолт по военным долгам на миллиарды долларов перед США.[55]

[52]Francis O. Wilcox, "The United States Accepts Compulsory Jurisdiction", (1946) 40 AJIL 699, 703.

[53]Хадсон, выше n. 51.

[54]См. George A. Finch, 'The Treaty of Peace with Germany in the United States Senate', (1920) 14 AJIL 155, 168-9: поправки и оговорки к мирному договору, предложенные сенатским комитетом по международным отношениям, "руководствовались единственной целью - защитить американские права и американский суверенитет", цитируя Senate Report No. 176, 66th Cong., 1st sess., Part 1.

[55]См. William O. Scroggs, 'Foreign Treatment of American Creditors', (1935) 14 *Foreign Affairs* 345: там говорится, что военные долги перед правительством США "в настоящее время составляют около двенадцати миллиардов" и что "все военные долги, за исключением небольшой суммы, причитающейся Финляндии, в настоящее время не выполнены"; Hudson, выше, n. 51, 305: там говорится о неисполнении военных долгов как о ключевой причине, по которой Сенат США не поддержал протокол PCIJ.

Однако после Второй мировой войны взгляды США на присоединение к постоянному международному суду резко изменились. В 1945 и 1946 годах Сенат США проголосовал 89-2 за Устав ООН и 62-2 за признание обязательной юрисдикции Международного Суда.[56]Эти действия, по словам Уилкокса, отражали "открытую политику Соединенных Штатов по поддержке Организации Объединенных Наций до конца".[57]

Резкий поворот в настроениях США в период с 1935 по 1946 год в сторону участия в постоянном международном суде напомнил более ранний сдвиг в настроениях США в отношении урегулирования претензий к Великобритании, связанных с Гражданской войной, третьей стороной, начиная с Конвенции Джонсона-Кларендона и заканчивая Вашингтонским договором. Как будет показано ниже, настроения США в отношении разрешения международных споров, особенно в отношении участия в постоянном международном суде, продолжали сильно колебаться во второй половине двадцатого века.

Дело о *заложниках* как мост к 1946 году

Голосование Сената США в 1946 году 62-2 в пользу признания обязательной юрисдикции Международного Суда отражает момент исключительно сильной поддержки участия США в постоянном международном суде. Эта сильная поддержка продолжала находить свое выражение в течение последующих двенадцати лет, когда Соединенные Штаты восемь раз инициировали разбирательства в МС.[58]Однако за последние тридцать лет Соединенные Штаты отказались от обязательной юрисдикции МС, отказались от юрисдикции МС в отношении споров, возникающих в рамках ВССР, и инициировали только одно разбирательство, более двадцати пяти лет назад, в деле *ELSI*.[59]

Самое последнее выражение широкой поддержки США МС произошло почти тридцать пять лет назад, когда Соединенные Штаты инициировали разбирательство по делу о *заложниках*. 29 ноября 1979 года, в ответ на захват иранскими студентами ранее в том же месяце около ста заложников, включая 63 американца, в посольстве США в Тегеране,[60]Соединенные Штаты инициировали разбирательство в Международном суде против Ирана. Соединенные Штаты утверждали о "многочисленных", "серьезных" и "глубоких" нарушениях международных обязательств Ирана, включая обязательства Ирана по

[56]Wilcox, выше n. 52, 699. [57]Там же. [58]Murphy, выше n. 5, 76-7.

[59]См. "Соединенные Штаты - Заявление о возбуждении производства", *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (Соединенные Штаты* против *Италии)*, [1987] ICJ Pleadings 3.

[60]Warren Christopher and Richard M. Mosk, 'The Iranian Hostage Crisis and the Iran-US Claims Tribunal', (2007) 7 *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal* 165, 167.

[61]Среди прочих форм помощи Соединенные Штаты добивались от Суда временных мер защиты, а также выплаты Ираном репараций.

На протяжении всего разбирательства по делу о *заложниках* Соединенные Штаты приводили обширные аргументы в отношении роли Международного Суда в рамках "мирового сообщества". На слушаниях по ходатайству о принятии временных мер Соединенные Штаты, представленные генеральным прокурором США и юрисконсультом Государственного департамента США, назвали МС отражением "высочайших правовых устремлений цивилизованного человека", подчеркнули "ожидания" "мирового сообщества", что МС будет действовать "энергично в интересах международного права и международного мира", утверждая "верховенство права среди наций",[62]и признали полномочия Суда положить "немедленный конец" поведению Ирана[63]и "спасти жизни и освободить людей".[64]

Соединенные Штаты также рассмотрели вопрос о законности параллельных действий по одному и тому же вопросу Совета Безопасности ООН и Международного Суда, выразив поддержку важной роли Международного Суда в обеспечении верховенства права. Незадолго до слушаний по временным мерам Совет Безопасности ООН принял резолюцию № 457, в которой "настоятельно призвал" правительство Ирана "немедленно освободить" лиц, взятых в заложники, и "постановил", что Совет Безопасности будет "продолжать активно заниматься этим вопросом". На слушаниях по вопросу о временных мерах Соединенные Штаты утверждали не только то, что параллельные действия Совета Безопасности и Международного Суда будут соответствовать Уставу ООН и Статуту Международного Суда, но и то, что Суд, если он сочтет, что временные меры оправданы в соответствии со Статьей 41 Статута Международного Суда, будет "обязан указать такие меры, совершенно не принимая во внимание любые параллельные действия, которые могли быть предприняты Советом Безопасности".[65]

В ответ на просьбу о принятии временных мер защиты Соединенные Штаты незамедлительно получили помощь. Через пять дней после слушаний и менее чем через шесть недель после того, как американцы были взяты в заложники в Тегеране, Суд вынес единогласное постановление, в котором говорилось, что Иран "должен немедленно обеспечить" возвращение Соединенным Штатам контроля над помещениями

(61) "Заявление о возбуждении дела", *Дипломатический и консульский персонал Соединенных Штатов в Тегеране* (*Соединенные Штаты* против *Ирана*), ICJ, Общий список № 64, 29 ноября 1979 г., 4-5.

[62]*Дипломатический и консульский персонал Соединенных Штатов в Тегеране (Соединенные Штаты* против *Ирана) (временное решение), ICJ, Общий список № 64, 29 ноября 1979 г., 4-5. Measures)*, [1979] ICJ Rep. 7, 21; ibid., 35-6.

[63]Там же, 22. [64]Там же, 21. [65]Там же, 29.

Посольство США и "должно обеспечить немедленное освобождение" всех американских заложников в Иране.[66]

На стадии рассмотрения дела о *заложниках* по существу Соединенные Штаты продолжали выдвигать экспансивные аргументы в отношении роли Международного Суда в мировом сообществе. Соединенные Штаты определили "важнейшую функцию" Международного Суда как "поддержание мирных отношений между государствами",[67]и признали полномочия Суда по созданию "максимального сдерживающего фактора против" повторения поведения Ирана "любой страной в любой части мира".[68] "Любая степень терпимости" к поведению Ирана со стороны Международного Суда, утверждали Соединенные Штаты, приведет к "расшатыванию упорядоченных международных отношений".[69]

В своем решении по существу дела Международный Суд вновь вынес решение в пользу Соединенных Штатов, постановив, что действия Ирана нарушили договорные и обычные международно-правовые обязательства.[70]Суд постановил, что Иран "должен немедленно прекратить незаконное содержание" всех американских заложников в Иране и "должен немедленно передать в руки защищающей державы" (Швейцарии) помещения и имущество посольства и консульств США в Иране.[71]Далее Суд постановил, что Иран должен выплатить Соединенным Штатам компенсацию за ущерб, причиненный кризисом, в размере, который будет определен позднее.[72]До вынесения такого решения Соединенные Штаты отозвали свой иск в Международный Суд в рамках урегулирования с Ираном в Алжирских соглашениях,[73]которые, в свою очередь, учредили Трибунал по претензиям Ирана и США, являющийся

[66]Там же, 21.

[67]*Дипломатический и консульский персонал Соединенных Штатов в Тегеране* (*Соединенные Штаты* против *Ирана*) *(устные аргументы)*, [1980] ICJ Rep. 249, 255.

[68]Там же. [69]Там же.

[70]*Дипломатический и консульский персонал Соединенных Штатов в Тегеране* (*Соединенные Штаты* против *Ирана) (решение)*, [1980] ICJ Rep. 3, 44.

[71]Ibid., 44-5.

[72]Там же, 45. Вынося решение в пользу США, Суд отметил, что он не мог "не выразить свою озабоченность в связи с вторжением Соединенных Штатов в Иран" в апреле 1980 года при неудачной попытке американских военных подразделений спасти заложников: там же, 44. Суд напомнил, что в своем постановлении о временных мерах он указал, что "ни одна из сторон не должна предпринимать никаких действий, которые могли бы усугубить напряженность в отношениях между двумя странами", и далее отметил, что вторжение США в Иран было "такого рода, которое рассчитано на то, чтобы подорвать уважение к судебному процессу в международных отношениях". Однако операция США не повлияла на исход решения Суда, поскольку перед Судом не стоял вопрос об ответственности, вытекающей из этой операции: ibid.

[73]См. Алжирские соглашения, [11] (требование к Соединенным Штатам "незамедлительно отозвать все иски, находящиеся в настоящее время на рассмотрении Международного суда против Ирана"), доступно в (1981) 81 *Бюллетене Государственного департамента* 1, 3.

Международный трибунал, который в дальнейшем разрешил более 3 900 дел и который сегодня, более чем через тридцать лет после своего создания, продолжает рассматривать иски.[74]

Расширительные аргументы, выдвинутые Соединенными Штатами в деле о *заложниках*, отражают устремления более ранней эпохи - после Второй мировой войны, когда Сенат США в 1946 году подавляющим большинством голосов признал обязательную юрисдикцию Международного Суда. Подобные устремления в 1946 году выразил и Хадсон в своем видении Суда:

> Концепция судебного процесса как одного из методов мирного урегулирования споров не преувеличивает роль, которую может сыграть суд. Опыт показывает, что судьи на скамье подсудимых, действуя в рамках жестких ограничений судебного процесса, могут эффективно решать определенные виды споров между государствами.[75]

Однако после решения по делу *"Заложников"* Соединенные Штаты предприняли шаги по ограничению своего воздействия на МС, как в ходе переговоров по договорам (отказавшись принимать пункты, предусматривающие урегулирование споров в МС)[76], так и путем отзыва ранее принятых решений о признании юрисдикции МС.

Действительно, всего через пять лет после того, как в деле о *заложниках* были приведены обширные аргументы в отношении роли Международного Суда в мировом сообществе, Соединенные Штаты отказались от обязательной юрисдикции Международного Суда,[77]заявив, что "наш опыт использования обязательной юрисдикции был глубоко

[74]См. Трибунал по претензиям Ирана и Соединенных Штатов, доступно на .www.iusct.net/

[75]Manley O. Hudson, 'The New World Court', (1945) 24 *Foreign Affairs* 75.

[76]Мерфи, выше, n. 5, 64.

[77]После решения по делу *заложников* и до выхода США из обязательной юрисдикции Соединенные Штаты совместно с Канадой договорились о передаче в палату Международного Суда в составе пяти членов спора о морских границах в районе залива Мэн. Процедура палаты, предусмотренная ст. 26 Статута Международного Суда, ранее не использовалась ни в одном разбирательстве в Международном Суде. Дэвис Робинсон, бывший юрисконсульт Государственного департамента США, работавший над делом о *заливе Мэн*, написал в личном качестве, что Соединенные Штаты, совместно согласившись передать дело в МС, "хотели правильно и надлежащим образом использовать Международный суд как институт и надеялись, что процесс в первой палате создаст положительный прецедент для других стран в мирном разрешении их споров": Дэвис Р. Робинсон, Дэвид А. Колсон и Брюс
С. Рашкоу, "Некоторые перспективы вынесения решений в Мировом суде: The Gulf of Maine Case", (1985) 79 AJIL 578, 581. По словам одного из членов палаты, состоящей из пяти человек, Стивена Швебеля, палата "вынесла важное решение, определив единую, всеобъемлющую морскую границу, регулирующую как континентальный шельф, так и рыболовство над ним, которую Канада и Соединенные Штаты приняли и провели в жизнь". Стивен Швебель, "Размышления о роли Международного суда", (1986) 61 *Washington Law Review* 1061, 1070. Хотя решение по *заливу Мэн* не было полной победой Соединенных Штатов, положительный опыт США в деле по *заливу Мэн*

разочаровывающим" и что некоторые предположения, сделанные Соединенными Штатами при принятии обязательной юрисдикции в 1946 году, в частности, что Судом не будут "злоупотреблять в политических целях", "теперь оказались ошибочными".[78]Выход был сделан менее чем через год после опубликования решения МС о юрисдикции по делу *Никарагуа*, в котором, несмотря на многочисленные возражения США, было установлено, что МС обладает юрисдикцией для рассмотрения претензий Никарагуа, утверждающих, что Соединенные Штаты нарушили договорные обязательства и обычные нормы международного права, поддерживая и участвуя в определенных военных действиях в Никарагуа.[79]Однако, по мнению Соединенных Штатов, похвальная цель "мирного рассмотрения международных споров" в МС была в случае с *Никарагуа* "подорвана попыткой Никарагуа и ее кубинских и советских спонсоров использовать Суд в качестве политического оружия".[80]

Выходя из обязательной юрисдикции МС в 1985 году, Соединенные Штаты заявили, что "продолжат использовать Суд для разрешения споров, когда это будет уместно", и объявили, что "мы достигли принципиального соглашения с Италией о передаче давнего спора в Суд".[81]В конечном итоге Соединенные Штаты инициировали разбирательство в МС в 1987 году для разрешения этого спора, который стал делом *ELSI*.[82]Однако после дела *ELSI* Соединенные Штаты не инициировали никаких разбирательств в МС - за период более чем в двадцать пять лет.

Юрисконсульт Государственного департамента США выразил дополнительное разочарование Судом после вынесения решения МС по делу о *нефтяных платформах* в 2003 г.[83]Хотя МС отклонил утверждение Ирана о том, что военные действия США против иранских морских нефтяных платформ нарушают обязательства США по Договору о дружбе между двумя странами 1955 г., Суд продолжил рассмотрение вопроса - в том, что юрисконсульт охарактеризовал как "необязательные дикты" - о том, что

Тем не менее, это резко контрастирует с параллельным, но однозначно негативным опытом США в деле *Никарагуа*, который привел к отказу США от обязательной юрисдикции МС.

[78]Письмо Государственного департамента о прекращении принятия обязательной юрисдикции МС, (1985) 24 ILM 1742, 1744.

[79]*Военные и полувоенные действия в Никарагуа и против Никарагуа (Никарагуа* против *Соединенных Штатов) (Юрисдикция и приемлемость*), [1984] ICJ Rep. 392, 442.

[80]Выше, n. 78, 1744. [81]Там же, 1745.

[82]"Соединенные Штаты - Заявление о возбуждении производства", *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (Соединенные Штаты* против *Италии)*, [1987] ICJ Pleadings 3.

[83]*"Нефтяные платформы" (Иран* против *Соединенных Штатов) (решение)*, [2003] ICJ Rep. 161.

действия США "квалифицировались как самооборона в соответствии с международным правом".[84]Юридический советник отметил, что "экскурс" Суда в вопрос о самообороне был "прискорбен по форме"; "еще более прискорбными" были заявления в заключении Суда, которые "могут быть прочитаны как предполагающие новые и неподтвержденные ограничения способности государств защищать себя от вооруженных нападений".[85]Юридический советник далее отметил, что "Соединенные Штаты, со своей стороны, будут продолжать следовать тому, что они считают правильным толкованием международного права по этим вопросам".[86]

Помимо разочарования США решениями по *Никарагуа* и *"Нефтяным платформам"*, ряд дел, возбужденных против Соединенных Штатов в 1998, 1999 и 2003 годах - *Breard*, *LaGrand* и *Avena* соответственно - привел к повторному отзыву согласия США на юрисдикцию Международного Суда. Каждое из этих дел касалось неспособности полиции Соединенных Штатов уведомить иностранных граждан об их праве на консульский доступ в соответствии со статьей 36 ДПКВ. В 2005 году Соединенные Штаты вышли из Факультативного протокола к ДПКВ, который предусматривает юрисдикцию Международного Суда над спорами по ДПКВ,[87]отметив, что Международный Суд истолковал ДПКВ "так, как мы не ожидали, что это касается уголовного преследования в штатах и смертной казни, фактически прося суд осуществлять надзор за нашей внутренней уголовной системой".[88]

Выяснив, что "Соединенные Штаты недовольны решениями, которые выносит Суд", Мерфи недавно пришел к выводу, что "в ближайшей перспективе американские политики будут стремиться избегать любого участия в делах, рассматриваемых в МС".[89]Такая ориентация США на МС резко контрастирует с нынешними настроениями США в отношении урегулирования споров в ВТО, о чем говорится ниже.

(84) W. H. Taft IV, 'Self-Defense and the Oil Platforms Decision', (2004) 29 *Yale Journal of International Law* 295.

[85]Ibid., 306. [86]Ibid.

[87]См. Quigley, выше, n. 7, 266: "Иски Международного суда против Соединенных Штатов послужили толчком к их выходу из Факультативного протокола [ВККР]. В 1998 году [*Бреард*], в 1999 году [*Лагранд*] и в 2003 году [*Авена*] против Соединенных Штатов были поданы иски государствами-участниками ВДПЧ, которые утверждали о нарушении статьи 36 ВДПЧ, касающейся роли консула в оказании помощи арестованным гражданам. В каждом случае юрисдикция основывалась на Факультативном протоколе".

[88]Там же, 272, цитируя представителя Государственного департамента США Дарлу Джордан в статье Чарльза Лейна "США выходят из пакта, используемого в делах о смертной казни", *Вашингтон Пост*, 9 марта 2005 г., доступной на сайте www. washingtonpost.com/wp-dyn/articles/A21981-2005Mar9.html.

[89]Мерфи, выше, n. 5, 98.

Активное участие США в урегулировании споров в рамках Всемирной торговой организации

Хотя Соединенные Штаты не возбуждали дела в МС более двадцати пяти лет, они, как говорится в недавнем докладе Управления торгового представителя США (USTR), "являются одним из самых активных участников процесса урегулирования споров в ВТО".[90]По данным USTR, по состоянию на декабрь 2011 года в ВТО было подано 95 жалоб от Соединенных Штатов и 138 жалоб против Соединенных Штатов.[91]

Такое активное участие Соединенных Штатов особенно примечательно, учитывая наднациональный, независимый и постоянный характер Апелляционного органа ВТО, который является "постоянным" органом, состоящим из лиц, работающих в течение фиксированных, возобновляемых сроков[92], и поддерживается собственным специальным персоналом.[93]Хотя доклады Апелляционного органа должны быть приняты Органом по разрешению споров ВТО (ОРС), такое принятие является "квазиавтоматическим",[94]учитывая действие правила "обратного консенсуса", согласно которому доклады Апелляционного органа принимаются, если все члены ВТО, включая выигравшую спор сторону, не согласятся не принимать доклад.

Независимость и постоянство Апелляционного органа были дополнительно усилены решением предоставить Апелляционному органу контроль над его собственными рабочими процедурами,[95]что, по мнению одного из комментаторов, свидетельствует о "чрезвычайной степени доверия" к этому учреждению.[96]Такой контроль позволил Апелляционному органу применить практику "коллегиальности", которая, возможно, "трансформировала" "вращающийся

[90]Office of the United States Trade Representative, *2010 Trade Policy Agenda and 2009 Annual Report*, 2010, available at .www.ustr.gov/2010-trade-policy-agenda

[91]Office of the United States Trade Representative, *Snapshot of WTO Cases Involv-ing the United States*, 2011, доступно на www.ustr.gov/trade-topics/enforcement/ overview-dispute-settlement-matters.

[92]См. Марракешское соглашение об учреждении Всемирной торговой организации (открыто для подписания 15 апреля 1994 года, вступило в силу 1 января 1995 года), 1867 UNTS 3 (DSU), Приложение 2,
ст. 17.

[93]См. Claus-Dieter Ehlermann, 'Experiences from WTO Appellate Body', (2003) 38 *Texas International Law Journal* 469, 476: отмечается, что Апелляционный орган поддерживается сотрудниками, которые "формально" являются частью Секретариата ВТО, но "функционально" принадлежат Апелляционному органу.

[94]Переговоры по усовершенствованиям и разъяснениям понимания урегулирования споров, WTO Doc. TN/DS/W/82, 24 октября 2005 года (сообщение Соединенных Штатов), 1.

[95]DSU, ст. 17(9). [96]Ehlermann, выше n. 93, 478.

Апелляционная коллегия из трех членов, как это предусмотрено DSU", в "фиксированную апелляционную коллегию из семи членов",[97]требуя, чтобы каждая коллегия из трех членов[98]"обменивалась мнениями"[99]со всеми членами Апелляционного органа до завершения подготовки отчета. Апелляционный орган также опирался на свой контроль над рабочими процедурами, когда пришел к выводу, что у него есть полномочия "принимать и рассматривать записки *amicus curiae* в апелляции",[100]несмотря на предыдущие разногласия между членами ВТО по поводу допустимости записок *amicus* при разрешении споров в ВТО.[101]

Таким образом, "постоянный" Апелляционный орган, состоящий из членов с фиксированным сроком полномочий, чьи доклады принимаются на "квазиавтоматической" основе, благодаря контролю над процедурами его работы, еще больше укрепил его постоянство и независимость. Несмотря на эти изменения, поддержка Апелляционного органа со стороны США остается сильной.

Одно из недавних предложений США, озаглавленное "Усовершенствования для Апелляционного органа ВТО", направлено на дальнейшее укрепление постоянного характера Апелляционного органа. В этом предложении Соединенные Штаты признали "далеко идущие последствия многих решений Апелляционного органа" и отметили, что "существуют определенные институциональные вопросы, которые, возможно, необходимо решить, чтобы укрепить Апелляционный орган и тем самым усовершенствовать систему разрешения споров".[102]В своем предложении Соединенные Штаты рекомендовали перевести работу в качестве члена Апелляционного органа с частичной занятости на полную ("работа в Апелляционном органе - это не работа на полставки"), а также добавить юрисконсультов для поддержки членов Апелляционного органа на индивидуальной основе, отдельно от существующего персонала Секретариата и в дополнение к нему.[103]

Однако в отношении независимости Апелляционного органа Соединенные Штаты в определенной степени добивались усиления надзора членов ВТО над правовым анализом, изложенным в отчетах комиссии и Апелляционного органа. В

[97]Shoaib A. Ghais, 'International Judicial Lawmaking: Теоретический и политический анализ Апелляционного органа ВТО", (2006) 24 *Berkeley Journal of International Law* 534, 543.

[98]DSU, ст. 17(1) требует, чтобы "любое одно дело" рассматривалось "тремя" членами Апелляционного органа.

[99]Рабочие процедуры апелляционного обзора, WTO Doc. WT/AB/WP/6, 16 августа 2010 г., Правило 4(3).

[100]Там же, Правило 42.

[101]См., например, Richard H. Steinberg, 'Judicial Lawmaking at the WTO: Discursive, Constitutional, and Political Constraints', (2004) 98 AJIL 247, 251: решение Апелляционного органа было принято "в контексте нескольких лет тупика между Севером и Югом по вопросу о том, разрешить ли подачу записок *amicus* в процессе разрешения споров в ВТО".

[102]Усовершенствования для Апелляционного органа ВТО - предложение Соединенных Штатов, WTO Doc. WT/DSB/W/398**,** 16 января 2009 г., 1.

[103]Там же, 2.

В представлении 2005 года Соединенные Штаты отметили, что "некоторые ограничения в действующих процедурах могли привести, в некоторых случаях, к интерпретационному подходу или юридическому обоснованию" Апелляционного органа и коллегий, которые "могли бы выиграть от дополнительного рассмотрения [членами ВТО]".[104]Одна "чувствительная область", обозначенная Соединенными Штатами, касается случаев, когда Апелляционный орган и/или коллегии "могут "заполнить пробел"", когда в соответствующем тексте ВТО не рассматривается вопрос "и, следовательно, добавить или уменьшить права и обязательства по соответствующему соглашению вместо того, чтобы разъяснить эти права и обязательства".[105]Другая "чувствительная область", обозначенная Соединенными Штатами, касается применения в разбирательствах ВТО по урегулированию споров "правовых концепций, не входящих в тексты ВТО... . включая утверждаемые принципы международного права, отличные от норм толкования обычного международного права"[106].

Учитывая эти деликатные области, Соединенные Штаты заявили, что "страны-участницы, возможно, пожелают рассмотреть способы предоставления дополнительных указаний судебным органам... в том числе с помощью процедур, которые усиливают контроль и гибкость членов".[107]Такие процедуры, по предложению США, могли бы включать в себя выпуск Апелляционным органом промежуточных отчетов, "что позволило бы сторонам высказать свои замечания для укрепления окончательного отчета", а также добавление процедуры "частичного принятия", "когда DSB отказывается принимать определенные части отчетов, позволяя при этом сторонам получить рекомендации и постановления DSB, необходимые для разрешения спора".[108]

Таким образом, Соединенные Штаты стремятся укрепить постоянство Апелляционного органа (рекомендуя переход на полный рабочий день для членов Апелляционного органа с индивидуальной поддержкой юристов), в то же время ограничивая, в некоторой степени, его независимость (рекомендуя использование промежуточных отчетов и процедуру частичного принятия). Как недавно заявил представитель USTR, "в процессе разрешения споров в ВТО еще есть возможности для совершенствования".[109]

Однако такое "пространство для совершенствования" не уменьшило энтузиазма США в отношении получения помощи в процессе разрешения споров в ВТО: "В 2009 году Соединенные Штаты продолжали оставаться одним из самых активных участников процесса разрешения споров в ВТО"[110]. В 111-м Конгрессе (2009-11 гг.) многочисленные законопроекты отражали "обеспокоенность Конгресса тем, что исполнительная власть не

[104]Сообщение Соединенных Штатов, выше, № 94, 1. [105]Там же.
[106]Там же. [107]Там же, 2. [108]Там же.
[109]Управление торгового представителя Соединенных Штатов, выше, n. 90, 72.
[110]Там же.

оспаривали ограничительную внешнеторговую практику в ВТО в достаточной степени".[111]

Активное участие США в ВТО резко контрастирует с отсутствием такого участия США в МС. Мерфи дал семь объяснений такому несоответствию. Во-первых, торговые споры носят "технический" характер.[112]Во-вторых, Соединенные Штаты находятся в "относительно более слабом положении" по отношению к ЕС и таким государствам, как Китай и Япония, в торговых вопросах по сравнению с другими вопросами.[113]В-третьих, "результаты принятия решений в ВТО не вторгаются непосредственно в правовую систему США", поскольку проигрыш в ВТО требует от Соединенных Штатов лишь выбора между приведением своего законодательства в соответствие или "ответными мерами, санкционированными ВТО".[114]

Несмотря на эти факторы, многие споры в ВТО - это резонансные и политически окрашенные дела, которые в случае проигрыша могут нанести значительный политический ущерб. Например, в связи со спором в ВТО *о защитных мерах в отношении американской стали* Бхала и Ганц отмечают: "Редко защита отечественной сталелитейной промышленности - обычная практика для США и многих других стран в течение последних тридцати лет - вызывала такие юридические и политические разногласия как внутри Соединенных Штатов, так и между США и их основными торговыми партнерами.'[115]Действительно, решение Апелляционного органа, подтвердившее выводы комиссии о том, что различные гарантии в отношении стали, применяемые Соединенными Штатами, нарушают международные обязательства по Соглашению о гарантиях ВТО[116], привлекло большое внимание Белого дома:

> Это широко ожидаемое решение уже несколько недель обсуждается в Белом доме. Г-н Буш разрывается между продолжением помощи сталелитейной промышленности и укреплением своих электоральных перспектив в ключевых промышленных штатах с помощью промышленников и их профсоюзов или соблюдением законов международной торговли и повышением своих шансов на победу в новых региональных и глобальных торговых соглашениях.[117]

(111) J. Grimmett, 'Dispute Settlement in the World Trade Organization (WTO): An Overview', Congressional Research Service, 8 April 2010, 12 (обсуждение Закона о правоприменении в торговле 2009 года (H.R.496, Рэнджел), Закона о торговых льготах (S.363, Сноу) и Закона о правоприменении и приоритетах в торговле (S.1982, Браун)).

[112]Murphy, выше n. 5, 96. [113]Ibid. [114]Ibid.

[115]Радж Бхала и Дэвид А. Ганц, "Обзор дел ВТО за 2003 год", (2004) 21 *Arizona Journal of International & Comparative Law* 317, 394.

[116]*United States - Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products*, отчет Апелляционного органа, WT/DS248/AB/R, AB-2003-3, 10 ноября 2003 г., [513].

(117) Э. Беккер, 'ВТО постановила, что тарифы США на сталь незаконны', *Нью-Йорк Таймс*, 10 ноября 2003 г.

Кроме того, Белый дом должен был учесть и третий фактор: угрозу возмездия со стороны ЕС в размере более 2 миллиардов долларов в ответ на доклад Апелляционного органа. Угрожая возмездием, "одной из стратегий ЕС было нацеливание на государства, которые были политически чувствительны для администрации Буша".[118]Например, "основной мишенью" возмездия ЕС была компания Harley-Davidson, которая вела "значительные операции" в "политически чувствительных штатах" Пенсильвания, Висконсин и Флорида.[119]Как отмечают Бхала и Ганц, угрозы возмездия со стороны ЕС были направлены на то, чтобы "причинить максимальную политическую боль в связи с переизбранием президента".[120]За шесть дней до принятия DSB отчета Апелляционного органа и за десять дней до ответных мер со стороны ЕС,[121]Соединенные Штаты прекратили действие гарантий на сталь, сославшись на "изменившиеся экономические обстоятельства".[122]

Хотя дела в ВТО касаются "технических" вопросов и могут подвергнуть члена ВТО только ответным мерам (а не принудительному обязательству по возмещению ущерба), проигрыш в ВТО, как показано в деле о *стальных гарантиях*, может повлечь за собой значительные политические издержки. Однако в случае с Соединенными Штатами такие потери должны быть сопоставлены с тридцатью семью победами (по состоянию на декабрь 2011 года), одержанными Соединенными Штатами в делах ВТО по "ключевым вопросам".[123]В соответствии с этой историей Соединенные Штаты утверждают, что "процесс разрешения споров в ВТО доказал свою эффективность в борьбе с барьерами на пути американского экспорта".[124]

В отличие от урегулирования споров в рамках ВТО, проигрыш Соединенных Штатов в арбитраже по делам между инвесторами и государством не может быть уравновешен победами правительства США в делах между инвесторами и государством; в арбитраже по делам между инвесторами и государством иски подают и выигрывают отдельные американские инвесторы. В следующем разделе рассматриваются структурные проблемы, возникающие в результате такой динамики.

Управление структурными проблемами арбитража по спорам между инвесторами и государствами

В отличие от разбирательств в МС и ВТО, участие США в арбитраже по делам инвесторов является, по замыслу, односторонним, в том смысле, что США

[118]Benjamin von Liebman and Kasaundra Tomlin, 'Safeguards and Retaliatory Threats', (2008) 51 *Journal of Law & Economics* 351, 366.

[119]Там же.

[120]Bhala and Gantz, выше n. 115, 397, цитируя Белый дом: Офис пресс-секретаря (пресс-брифинг Скотта Макклеллана, 4 декабря 2003 г.).

[121]Там же, 395-6.

[122]Президентская прокламация 7741 (4 декабря 2003 г.) (68 Fed Reg. 68483-68484).

[123]Управление торгового представителя Соединенных Штатов Америки, выше n. 91.

[124]Офис Торгового представителя США, выше n. 90.

Правительство выступает в качестве ответчика, а отдельные американские инвесторы - в качестве истцов. В межгосударственном контексте урегулирования споров в ВТО нередки заголовки типа "Соединенные Штаты подают иск в ВТО против Китая, чтобы защитить американские рабочие места"[125]. Однако такие заголовки недоступны для Соединенных Штатов в арбитраже по спорам между инвесторами и государством, поскольку иски в арбитраж по спорам между инвесторами и государством подают американские инвесторы, а не правительство США. Таким образом, характер победы правительства США при рассмотрении споров в ВТО (например, решение Апелляционного органа по китайским импортным ограничениям - "Победа для креативных индустрий Америки"[126]) значительно отличается от характера победы правительства США в арбитраже по делам инвесторов (например, "Трибунал НАФТА отклонил иск Гламиса").[127]

Особый характер "победы" правительства США в спорах между инвесторами и государствами представляет собой структурную проблему для поддержания поддержки постоянного участия США в таких спорах. Однако существуют эффективные средства для ответа на этот вызов. Соединенные Штаты не могут "защитить американские рабочие места" путем подачи исков в арбитраж инвестора[128], но Соединенные Штаты могут, и делают это, подчеркивая важность исходящих инвестиций для "экономики США и американских рабочих"[129]и соответствующую важность обеспечения договорной защиты для американских инвесторов "для обеспечения того, чтобы американские фирмы и рабочие могли конкурировать на равных условиях и чтобы с ними обращались в соответствии с верховенством закона на зарубежных рынках".[130]Эти политические интересы США продвигаются путем участия США в арбитраже инвестора, который

[125]Office of United States Trade Representative, 'United States Files WTO Case Against China to Protect American Jobs', пресс-релиз, 20 сентября 2011 г., доступно по адресу www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2011/september/ united-states-files-wto-case-against-china-prote.

[126]Office of United States Trade Representative, 'WTO Appellate Body Confirms Finding against China's Treatment of Certain Copyright-Intensive Products', пресс-релиз, 21 декабря 2009 г., доступно по адресу www.ustr.gov/about-us/press-office/press-releases/2009/ december.

[127]Государственный департамент США, 'NAFTA Tribunal Dismisses Glamis Claim', 2009, доступно наwww.state.gov/r/pa/prs/ps/2009/06a/124527.htm 28 февраля 2012 г.

[128]Не исключено, что Соединенные Штаты могут подать иск в арбитраж по делам инвесторов в своем качестве "инвестора", но такой иск будет касаться предполагаемых убытков, понесенных инвестором, а не другими американцами. Например, Североамериканское соглашение о свободной торговле (подписано 17 декабря 1992 года, вступило в силу 1 января 1994 года), 32 ILM 296 (NAFTA), ст. 1139, где "участник" НАФТА может быть включен в определение "инвестор участника".

[129]Ресурсный центр Управления торгового представителя США, доступен по адресу www.ustr.gov/trade-topics/services-investment/investment.

[130]Там же.

позволяет американским инвесторам подавать собственные иски против партнеров США по инвестиционному договору.

Однако важно отметить, что арбитраж по спорам между инвесторами и государством служит "американским фирмам и рабочим" только в том случае, если "американские инвесторы", подающие иски в соответствии с инвестиционными договорами США, на самом деле являются американскими организациями. В контексте одного из недавних арбитражных разбирательств по делам инвесторов в рамках десятой главы Соглашения о свободной торговле между Доминиканской Республикой, Центральной Америкой и Соединенными Штатами (CAFTA-DR) - *Pac Rim* v. *El Salvador* - петиция, подписанная 244 международными организациями гражданского общества, подчеркивала именно этот вопрос, утверждая, что истец, "злоупотребляя процессом", перевел дочернюю компанию с Каймановых островов в штат Невада, чтобы получить доступ к процедуре урегулирования споров между инвесторами и государством в соответствии с Главой 10 CAFTA-DR.[131]

Как и во многих других американских инвестиционных договорах, в десятой главе CAFTA-DR содержится положение об отказе в льготах, которое призвано позволить принимающим государствам отказывать в льготах по договору истцам, не имеющим реальной связи с их предполагаемым государством происхождения.[132]Таким образом, положения об отказе в преимуществах в американских инвестиционных договорах помогают обеспечить, чтобы основная политическая цель участия США в арбитраже по спорам между инвесторами и государствами - защита способности американских компаний и работников конкурировать на равных условиях на зарубежных рынках - не была подорвана неамериканскими организациями, пытающимися получить преимущества по договору путем создания подставных компаний в Соединенных Штатах.

После передачи иска *Pac Rim* в арбитраж в соответствии с главой 10 КАФТА-ДР Сальвадор сослался на положение КАФТА-ДР об отказе в льготах. Соединенные Штаты в деле *Pac Rim* сделали представление не участвующей в споре стороны по вопросу толкования договора КАФТА-ДР, утверждая, что на положение об отказе в льготах КАФТА-ДР можно ссылаться не только до, но и после подачи иска в арбитраж.[133]В конечном итоге арбитражный суд согласился с этой позицией.[134]

Сохранение поддержки участия США в арбитраже по спорам между инвесторами и государствами потребует обеспечения того, чтобы американские инвестиционные договоры защищали подлинно американские интересы.

[131]См. Manuel Perez-Rocha, 'Open Letter to World Bank Officials on Pacific Rim-El Salvador Case', 2011, Institute for Policy Studies, available at .www.ips-dc.org/

[132]Соглашение о свободной торговле между Доминиканской Республикой, Центральной Америкой и Соединенными Штатами (подписано 5 августа 2004 года, вступило в силу 1 марта 2006 года), 43 ILM 514, ст. 10(12)(2): предусматривает, что сторона "может отказать в преимуществах" главы 10 предприятию другой стороны, которое "не ведет существенной деловой деятельности на территории" любой другой стороны и находится в собственности или под контролем лица из отказывающей стороны или лица, не являющегося стороной.

[133]*Pac Rim Cayman LLC* против *Республики Сальвадор (Решение по юрисдикционным возражениям ответчика)*, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/09/12, 20 мая 2011 г.

[134]Там же, [4.85].

В результате, в частности, в отношении этих организаций будут действовать положения об отказе в выплате пособий, предусмотренные этими договорами. Соединенные Штаты внесли заметный вклад в эти усилия в рамках дела *Pac Rim* и должны продолжать активно работать над этим вопросом, чтобы гарантировать, что субъекты, обслуживаемые американскими инвестиционными договорами, действительно являются "американскими фирмами и работниками".

Заключение

Лояльность" Соединенных Штатов к международному судопроизводству в "абстрактном виде" была неизменной на протяжении долгого времени; "конкретное применение" этой политики, однако, менялось. Соответствующие и несовпадающие взгляды США на Лигу Наций в 1930-е годы и на Организацию Объединенных Наций в 1940-е годы существенно повлияли на соответствующие настроения США в отношении участия в ППГХО и МС. Более пятидесяти лет назад расхождения во взглядах США на администрацию Джонсона в 1869 году, с одной стороны, и на администрацию Гранта в 1871 году, с другой, повлияли на мнение Сената США о том, стоит ли соглашаться на арбитражное разбирательство претензий, связанных с Гражданской войной, с Великобританией. Совсем недавно дело *Никарагуа* оказало значительное влияние на настроения США в отношении МС, что привело к выходу США из обязательной юрисдикции МС всего через шесть лет после того, как Соединенные Штаты в деле о *заложниках* охарактеризовали Суд как отражающий "самые высокие правовые устремления цивилизованного человека".

Последующий опыт США в делах *Oil Platforms*, *Breard*, *LaGrand* и *Avena* еще больше умерил энтузиазм США в отношении участия в разбирательствах в Международном суде, причем настолько, что, как заключает Мерфи, в краткосрочной перспективе США будут стремиться избегать участия в работе Суда.

Однако избегание участия в разбирательствах в Международном суде может оказаться не самой лучшей реакцией США на судебную практику Международного суда за последние несколько десятилетий, особенно учитывая опыт США в разрешении споров в ВТО. Соединенные Штаты проиграли множество дел в ВТО, что, как показал спор о *стальных гарантиях*, может повлечь за собой значительные политические издержки. Но Соединенные Штаты также выиграли много дел в ВТО, и как исполнительная, так и законодательная ветви власти продолжают рассматривать урегулирование споров в ВТО как эффективное средство борьбы с торговыми барьерами. ВТО служит эффективным форумом для Соединенных Штатов в значительной степени потому, что Соединенные Штаты часто инициируют разбирательства в ВТО; Международный Суд не может служить эффективным форумом для Соединенных Штатов, если Соединенные Штаты стремятся лишь избежать взаимодействия с Судом.

Дело о *заложниках* служит важным напоминанием о том, как участие США в работе Международного Суда может способствовать продвижению интересов США. В этом деле Соединенные Штаты подчеркнули роль Международного Суда в утверждении верховенства права, поддержании мирных и упорядоченных международных отношений и предотвращении повторения противоправного поведения государств. На этапах рассмотрения дела о *заложниках* как по временным мерам, так и по существу, МС вынес решение в пользу Соединенных Штатов, подтвердив, что Суд готов незамедлительно предоставить временную помощь, когда это оправдано, и что действия Ирана нарушили как договорные, так и обычные международно-правовые обязательства.

В более широком масштабе дело о *заложниках* служит мостом в более раннюю эпоху - после Второй мировой войны, - когда настроения США в отношении участия в постоянном международном суде были исключительно высоки. Столь сильная поддержка США международного суда сама по себе напоминает о более чем 100-летней истории лидерства США - в рамках Договора Джея, Алабамского арбитража, Гаагских мирных конференций 1899 и 1907 годов - в поддержке использования международного судебного разбирательства в качестве мирного средства разрешения международных споров.

Чтобы сохранить американскую поддержку международного арбитража в рамках инвестиционных договоров, Соединенные Штаты должны решить структурную проблему, которая не возникает при урегулировании споров в МС или ВТО: скромный характер "побед" американского правительства в делах между инвесторами и государством, которые ограничиваются получением отказа в удовлетворении исков. Эффективный ответ на этот вызов потребует постоянного подчеркивания важности выездных инвестиций для американских компаний и работников и соответствующей важности обеспечения защиты договоров для создания равных условий для этих компаний и работников. Обеспечение того, чтобы защита инвестиционных договоров США служила интересам американских фирм и работников, а не интересам граждан третьих стран, в свою очередь потребует надлежащего применения положений об отказе в льготах, предусмотренных этими договорами. Соединенные Штаты должны опираться на свою работу в деле *Pac Rim* и продолжать демонстрировать лидерство в вопросах отказа в предоставлении льгот, что поможет обеспечить конкретное применение политики США в области международных судебных споров, включая решительную поддержку постоянного участия США в арбитраже по делам инвесторов.

7

Европейские перспективы межгосударственного судопроизводства

майкл ВУД

Пока холодная война не подошла к концу, европейцы были разделены на противоборствующие лагеря. Это касалось как мирного урегулирования споров, так и многого другого. Были государства "Западной Европы" (идеологическое, а не географическое описание), большинство из которых, по крайней мере, в принципе, были благосклонны к урегулированию международных споров третьей стороной в определенных пределах. А вот государства советского блока ("Восточноевропейская группа", по терминологии ООН) - нет. Первым признаком перемен в эпоху "перестройки" стал шаг Советского Союза и некоторых других "восточноевропейских" государств к принятию урегулирования споров третьей стороной, *в частности,* путем снятия оговорок к положениям об урегулировании споров в некоторых многосторонних договорах, в том числе в области прав человека.

В данной главе мы рассмотрим общее отношение сорока девяти европейских государств[1] к урегулированию международных споров, о чем свидетельствуют, в частности, их действия в рамках международных организаций и принятие обязательств по урегулированию споров, включая, но не ограничиваясь, факультативной оговоркой в Статуте Межнационального суда (МС). Прежде всего следует сказать, что картина отнюдь не однородна. Далее будет рассмотрена их реальная практика и опыт урегулирования межгосударственных споров. Наконец, несколько подробнее будет описана позиция Соединенного Королевства. Его практика может послужить примером несколько нюансированного подхода многих стран.

[1]Термин "европейский" имеет различные значения, даже в данном контексте: см. Michael Wood, "A European Vision of International Law: For What Purpose?", в He´le`ne Ruiz-Fabri, Emmanuelle Jouannet, and Vincent Tomkiewicz (eds.), *Select Proceedings of the European Society of International Law: Volume 1, 2006* (Portland, OR: Hart Publishing, 2008) 151. В данном случае под этим термином понимаются все сорок семь государств Совета Европы (хотя некоторые из них географически находятся в Азии), а также Беларусь и Косово. Святой Престол/Ватикан не рассматривается, учитывая его довольно особое положение: см. Gerd Westdickenberg, "Holy See", in Ru¨diger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, 2012), где, помимо прочего, описывается роль папы как посредника между государствами.

Европейские государства, подход, который, кажется, находится между идеализмом и реализмом.

До недавнего времени внимание юристов-международников было сосредоточено почти исключительно на Международном Суде. Конечно, сегодня уже стало общим местом, что существует множество "международных судов и трибуналов".[2]Некоторые из этих новых международных судов и трибуналов не занимаются, по крайней мере, в принципе, межгосударственными спорами. Но даже если их юрисдикция касается споров между государствами и частными лицами (например, в области прав человека или иностранных инвестиций), они являются важной частью фона.

Отношение европейских государств к международному урегулированию споров

Об общем отношении европейских государств к разрешению международных споров можно судить по их действиям в рамках Организации Объединенных Наций, принятию факультативной оговорки в Статуте Международного Суда и признанию региональных инструментов в Европе.

С окончанием холодной войны изменились не только взгляды в Европе. Изменилось и отношение в Организации Объединенных Наций, что является важной частью контекста, в котором можно рассматривать перспективы отдельных государств или государств конкретного региона.

Мирное разрешение споров является одним из принципов международного права, закрепленных в Уставе Организации Объединенных Наций. Статья 2(3) Устава идет рука об руку с запретом на применение силы в статье 2(4). Статья 33 налагает общее обязательство разрешать мирными средствами споры, которые могут привести к нарушению мира. А согласно статье 36(3) Совет Безопасности "должен принимать во внимание, что правовые споры, как правило, должны передаваться сторонами в Международный суд в соответствии с положениями Статута Суда".

Мирное урегулирование споров выходит за рамки судебного процесса, который является предметом настоящей книги. Так, в превосходном, хотя и несколько устаревшем, *"Руководстве по мирному урегулированию споров между государствами"*[3]есть разделы, посвященные принципу мирного урегулирования споров; средствам урегулирования (т.е. переговорам и консультациям, расследованию, хорошему

[2]См. Ruth Mackenzie, Cesare Romano, and Yuval Shany (eds.), *The Manual of International Courts and Tribunals*, 2nd edn (Oxford University Press, 2010).

[3]Управление по правовым вопросам, Организация Объединенных Наций, *Руководство по мирному урегулированию споров между государствами* (1992), OLA/COD/2394.

3) процедуры, предусмотренные в Чартере, и процедуры, предусмотренные в других международных документах (например, бюро, посредничество, примирение, арбитраж, судебное урегулирование и обращение к региональным агентствам или соглашениям).

За прошедшие годы в ООН был выдвинут ряд инициатив, вдохновленных положениями Устава, некоторые из них были более реалистичными, чем другие, но в целом горячо поддерживались большинством европейских государств. В документе *"Повестка дня для мира"* Генеральный секретарь Бутрос Бутрос-Гали призвал всех членов ООН принять обязательную юрисдикцию Международного Суда без каких-либо оговорок.[4]Генеральная Ассамблея не прислушалась к этому призыву.[5]В *документе "Больше свободы"* Генеральный секретарь Кофи Аннан дал более реалистичную рекомендацию тем государствам, которые еще не сделали этого, рассмотреть вопрос о принятии обязательной юрисдикции Суда. В Итоговом документе саммита 2005 года Генеральная Ассамблея приняла эту рекомендацию в качестве своей собственной.[6]

Совсем недавно в заявлении Председателя Совета Безопасности от 29 июня 2010 года было сказано следующее:

> Совет Безопасности привержен мирному урегулированию споров и активно поддерживает его, а также вновь обращается к государствам-членам с призывом разрешать свои споры мирными средствами, как это предусмотрено в главе VI Устава Организации Объединенных Наций. Совет подчеркивает ключевую роль Международного Суда, главного судебного органа Организации Объединенных Наций, в разрешении споров между государствами и ценность его работы и призывает государства, которые еще не сделали этого, рассмотреть вопрос о признании юрисдикции Суда в соответствии с его Статутом.
>
> Совет Безопасности призывает государства прибегать также к другим механизмам урегулирования споров, включая международные и региональные суды и трибуналы, которые предоставляют государствам возможность разрешать свои споры мирным путем, способствуя тем самым предотвращению или урегулированию конфликтов.[7]

Генеральная Ассамблея, со своей стороны, 24 сентября 2012 года приняла Декларацию заседания высокого уровня Генеральной Ассамблеи по вопросам верховенства права на национальном и международном уровнях, в которой главы государств и правительств, а также главы делегаций заявили:

[4]Повестка дня для мира: Превентивная дипломатия и смежные вопросы, GA Res. 47/120 A, UN GAOR, 47th sess., 91st plen. mtg, Agenda Item 10, A/RES/47/120 A (18 December 1992).

[5]Это не было отражено в Резолюции ГА 47/120 A.

[6]Итоговый документ Всемирного саммита 2005 года, Резолюция ГА ООН 60/1, ГАООР ООН, 60-я сессия, 8-е пленарное заседание, пункты 46 и 120 повестки дня, A/RES/60/1 (24 октября 2005 г.).

[7]Заявление Председателя Совета Безопасности, UN Doc. S/PRST/2010/11 (29 июня 2010 года). См. также Заявление Председателя Совета Безопасности, UN Doc. S/PRST/2012/1 (19 января 2012 года).

> Мы признаем позитивный вклад Международного Суда, главного судебного органа Организации Объединенных Наций, в том числе в разрешение споров между государствами, и ценность его работы для укрепления верховенства права; мы подтверждаем обязательство всех государств выполнять решения Международного Суда по делам, в которых они являются сторонами; и мы призываем государства, которые еще не сделали этого, рассмотреть вопрос о признании юрисдикции Международного Суда в соответствии с его Статутом. Мы также напоминаем о возможности соответствующих органов Организации Объединенных Наций запрашивать консультативные заключения Международного Суда.[8]

Все члены ООН (то есть сорок восемь из сорока девяти европейских государств) являются *ipso facto* участниками Статута Международного Суда,[9]все, то есть кроме Косово. Из сорока девяти государств сорок входят в число 115 членов Постоянной палаты третейского суда. Девять европейских государств, которые еще не являются членами Постоянной палаты третейского суда, - это Андорра, Армения, Азербайджан, Босния и Герцеговина, Грузия, Косово, Молдова, Монако и Сан-Марино.

Принятие обязательной юрисдикции Международного Суда ООН через заявление-ратификацию в соответствии с так называемой "факультативной оговоркой"[10]часто, справедливо или ошибочно,

[8]Сотрудничество между Организацией Объединенных Наций и Евразийским экономическим сообществом, Резолюция 67/10 ГА ООН, 67-я сессия, 40-е пленарное заседание, UN Doc. A/RES/67/10 (24 сентября 2012 г.), [31]; Саммит тысячелетия Организации Объединенных Наций, Резолюция 54/254, ГАООН, 54-я сессия, 93-е пленарное заседание, пункт 49(b) повестки дня, Дополнение № 49, UN Doc. A/RES/54/254 (23 марта 2000 г., принят 15 марта 2000 г.), 3.

[9]Устав ООН, ст. 93(1).

[10]О принятии факультативной оговорки отдельными европейскими государствами см. Simone Dreyfus, "Les de´clarations souscrites par la France aux termes de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de justice", (1959) 5 *Annuaire Fran¸cais de Droit Interna-tional* 258; Julien Feydy, "La nouvelle de´claration franc¸aise d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour internationale de justice", (1966) 12 *Annuaire Fran¸cais de Droit International* 155; Frans De Pauw, 'La Belgique et la compe´tence obligatoire de la Cour internationale de Justice', (1966) 2 *Revue Belge de Droit International* 49; Renata Sza-farz, 'The Modification of the Scope of ICJ Jurisdiction in Respect of Poland', in Tasfir
М. Ндиайе и Рудигер Вольфрум (ред.), *Морское право, экологическое право и разрешение споров: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah* (The Hague: Martinus Nijhoff, 2007) 545; Michael Wood, "The United Kingdom's Acceptance of the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice", in Ole Fauchald, Henning Jakhelln, and Aslak Syse (eds.), *Festskrift til Carl August Fleischer* (Oslo: Universitetsforlaget, 2006) 621; Christian
J. Тамс и Андреас Циммерманн, "Федерация присоединяется к соглашениям, предусматривающим общий, всеобъемлющий и обязательный международный арбитраж, Декларация о факультативной оговорке Германии от 1 мая 2008 года", (2008) 51 *German Yearbook of International Law* 391; Christophe Eick, "Die Anerkennung der obligatorischen Gerichtsbarkeit des Internationalen Gerichtshofs durch Deutschland", (2008) 68 Zao¨RV 763. О немецком подходе в целом см. A. Zimmermann (ed.), *Deutschland und die internationale Gerichtsbarkeit* (Berlin: Duncker & Humblot, 2004); Stefan Oeter, 'Germany and the

рассматривается как критерий приверженности государства принципу мирного урегулирования споров, закрепленному в Хартии.

Европейские государства одними из первых приняли факультативную оговорку Постоянной палаты международного правосудия (ППМП). Они и сейчас находятся в авангарде принятия факультативной клаузулы Международного Суда. Из шестидесяти шести государств, сделавших такое заявление (менее одной трети членов ООН), двадцать пять являются членами Совета Европы.[11]Однако поразительно, что из трех постоянных членов Совета Безопасности от Европы только Великобритания имеет действующее заявление. Как объясняется ниже, в его декларации есть существенные исключения.

Декларация Люксембурга от 15 сентября 1930 года остается в силе в силу статьи 36(5) Статута. Как и ряд других заявлений европейских государств, оно не содержит исключений. Среди тех, кто сделал важные исключения, часто в военной области и сфере безопасности, - Германия, Испания, Кипр, Литва, Мальта, Португалия, Словакия и Соединенное Королевство.

Недавно факультативную клаузулу приняли три страны Европы: Германия - 30 апреля 2008 года/1 мая 2008 года, Ирландия - 15 декабря 2011 года и Литва - 21 сентября 2012 года. Германия ранее принимала факультативную клаузулу в соответствии со Статутом ПКПЮ в течение пяти лет в 1927/1928 годах. Ее нынешняя декларация содержит широкое военное исключение.[12]Ирландия также приняла обязательную юрисдикцию ПМСО в 1929 году; поскольку Ирландия не была первоначальным членом Организации Объединенных Наций, действие этой декларации прекратилось с распадом ПМСО в 1946 году.[13]Декларация Ирландии охватывает "все правовые споры, указанные в статье 36,

Обращение в международные суды и трибуналы", в Socie´te´ Franc¸aise pour le Droit International, *Comparative International Law Practice in France and Germany* (Paris: Editions A. Pedone, 2012), 141. Более подробно о французском подходе см. Gilles Cottereau, "La France et le recours aux juridictions internationales", в Socie´te´ Franc¸aise pour le Droit Interna-tional, *Comparative International Law Practice in France and Germany* (Paris: Editions A. Pedone, 2012).

[11]Австрия, Бельгия, Болгария, Кипр, Дания, Эстония, Финляндия, Грузия, Германия, Греция, Венгрия, Ирландия, Лихтенштейн, Литва, Люксембург, Мальта, Нидерланды, Норвегия, Польша, Португалия, Словакия, Испания, Швеция, Швейцария, Великобритания.

[12]Германская декларация исключает "любой спор, который (a) касается, возникает или связан с размещением вооруженных сил за рубежом, участием в таком размещении или решениями по нему, или (b) касается, возникает или связан с использованием в военных целях территории Федеративной Республики Германия, включая ее воздушное пространство, а также морские районы, на которые распространяются суверенные права и юрисдикция Германии" (перевод автора с немецкого).

[13]Ст. 36(5) Статута, как она была истолкована в деле "*Воздушный инцидент от 27 июля 1955 года (Израиль* против *Болгарии) (Предварительные возражения)"*, [1959] ICJ Rep. 127, 136-42.

пункт 2, за исключением любого правового спора с Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии в отношении Северной Ирландии".[14]Литва не делала заявления во времена Лиги Наций. Ее декларация 2012 года содержит необычное исключение для

> любого спора, который возникает или связан с военной операцией, проводимой в соответствии с решением, принятым консенсусом или единогласно международной организацией по безопасности и обороне или организацией, осуществляющей общую политику безопасности и обороны, членом которой является Литовская Республика".

В связи с проведением в 2012 году заседания высокого уровня Генеральной ассамблеи по вопросам верховенства права некоторые европейские государства, например Италия, обязались признать обязательную юрисдикцию Суда.

В 2008 году Комитет министров Совета Европы рекомендовал правительствам рассмотреть вопрос о признании юрисдикции Международного Суда в соответствии со Статьей 36(2) Статута и при этом учесть типовые оговорки, приложенные к рекомендации.[15]Типовые оговорки охватывали такие вопросы, как прекращение признания юрисдикции МС, исключение споров, возникших до определенной даты, исключение споров, которые стороны договорились урегулировать каким-либо другим способом, избежание "неожиданных" заявлений и изменение признания.

В связи с заседанием высокого уровня Генеральной Ассамблеи по верховенству права на национальном и международном уровнях, с о с т о я в ш и м с я 24 сентября 2012 года, Швейцария, Нидерланды и Соединенное Королевство, очевидно, отчасти вдохновленные этой деятельностью в рамках Совета Европы, обязались совместно с Секретариатом Организации Объединенных Наций работать над следующими вопросами

> подготовке к концу 2014 года публикации в помощь государствам, желающим признать обязательность юрисдикции Международного суда (МС), включая:
> – Примеры деклараций о признании обязательной юрисдикции Международного Суда (включая возможные оговорки);
> – Примеры договорных положений о передаче категорий споров на рассмотрение МС; и

[14]Все споры между Ирландией и Соединенным Королевством исключены собственной декларацией Соединенного Королевства, которая исключает "любые споры с правительством любой другой страны, которая является *или* являлась членом Содружества" (выделено автором). Ирландия перестала быть членом Содружества в 1949 году.

[15]Рекомендация CM/Rec. (2008) 8 от 2 июля 2008 г., принятая Комитетом министров Совета Европы для государств-членов о признании юрисдикции Международного Суда.

- Примеры специальных соглашений о передаче конкретных споров на рассмотрение МС.

Еще одним показателем общей заинтересованности государства в межгосударственном судопроизводстве является наличие или отсутствие кандидатур в списках арбитров, предусмотренных различными международными конвенциями. И в этом случае Совет Европы выступил с инициативой поощрять государства-члены к выдвижению таких кандидатур и поддержанию их в актуальном состоянии. В своей рекомендации, принятой в июле 2008 года, Комитет министров Совета Европы рекомендовал

> правительствам государств-членов вести и постоянно обновлять список договоров и других документов, предусматривающих назначение арбитров и примирителей, для включения в списки, составляемые с целью реализации положений, касающихся мирного урегулирования споров;

и

> чтобы правительства государств-членов рассмотрели вопрос о назначении арбитров и примирителей в соответствии с указанными документами, и чтобы они держали такие назначения на контроле.[16]

В Европе межгосударственные дела могут быть поданы в одностороннем порядке в Европейский суд по правам человека, хотя это случается редко, а также в Суд Европейского союза и Суд ЕАСТ.

Кроме того, существует ряд европейских региональных документов, специально посвященных урегулированию споров. В 1957 году Совет Европы принял Европейскую конвенцию о мирном разрешении споров.[17]В ней участвуют четырнадцать сторон, все из которых, кроме одной, были членами Совета Европы в 1957 году.[18]Конвенция была разработана на основе Общего закона 1928/1949 года и подвергалась критике.[19]На нее ссылался Лихтенштейн (безуспешно) в деле *Лихтенштейн* против *Германии*,[20]и

[16]Рекомендация CM/Rec. (2008) 9 от 2 июля 2008 года, принятая Комитетом министров Совета Европы для государств-членов по назначению международных арбитров и примирителей.

[17]Люциус Кафлиш, "Европейская конвенция о мирном разрешении споров (1957)", в Ru¨diger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, 2012).

[18]Австрия, Бельгия, Германия, Дания, Италия, Лихтенштейн, Люксембург, Мальта, Нидерланды, Норвегия, Словакия, Соединенное Королевство, Швейцария, Швеция.

[19]См. Кафлиш, выше, п. 17.

[20]*Дело о некоторых видах собственности (Лихтенштейн* против *Германии) (Предварительные возражения)*,
[2005] ICJ Rep. 6.

Германия успешно выступила в деле *"Юрисдикционные иммунитеты государства" (Германия* против *Италии: вмешалась Греция)*.[21]

В 1992 году Совет министров иностранных дел Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе принял Конвенцию о примирении и арбитраже (Стокгольмская конвенция).[22]Этот документ вступил в силу 5 декабря 1994 года и учредил, начиная с 29 мая 1995 года, Суд примирения и арбитража, расположенный в Женеве. Председателем суда с момента его создания является французский юрист Робер Бадинтер.[23]Участие в Конвенции не влечет за собой обязательств по передаче спора в арбитраж, если только не сделано факультативное заявление,[24]а только по согласительной процедуре. На веб-сайте суда примирительная процедура названа "основным механизмом, предлагаемым судом".[25]За восемнадцать лет с момента создания Конвенции ни один спор между тридцатью тремя государствами-участниками не был передан в суд даже для примирения. Таким образом, Конвенция остается *lettre morte* - хотя однажды она может проснуться, к удивлению некоторых ее участников.[26]

Европейские государства и межгосударственное урегулирование споров на практике

Все спорные дела, рассматривавшиеся в ПЦПИ[27], и многие из тех, что рассматривались в МС, были связаны с европейскими государствами или касались их. Более половины (66) из 127 дел, перечисленных на сайте Международного Суда (по состоянию на октябрь 2013 года), имели в качестве стороны по крайней мере одно европейское государство. В тридцати четырех делах обе стороны были европейскими.[28]Они были начаты по специальному соглашению (*compromis*), в одностороннем порядке.

[21]*Юрисдикционные иммунитеты государства (Германия* против *Италии: Греция вступила в дело) (решение)*, Общий список № 143 МС, 3 февраля 2012 г.

[22]Конвенция о примирении и арбитраже (открыта для подписания 15 декабря 1992 года, вступила в силу 5 декабря 1994 года), 1842 UNTS 121; Lucius Caflisch (ed.), *R`eglement pacifique des diff´erends entre E´tats* (The Hague: Kluwer, 1998); Helmut Steinberger, "Orga- nization for Security and Co-operation in Europe, Court Conciliation and Arbitration", in *Ru¨diger Wolfrum (*ed.), Max Planck Encyclopedia *of Public International Law* (Oxford Press).
Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе, Суд примирения и арбитража", в Ru¨diger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, 2012).

[23]Суд состоит из списка примирителей и арбитров. Кроме того, он избирает Бюро и Секретаря.

(24) По состоянию на ноябрь 2012 года такое заявление сделали пять государств-участников (Греция, Дания, Македония, Мальта, Швеция).

[25]Штайнбергер называет его "центральным элементом" Конвенции: Steinberger, выше n. 22, [7].

[26]Как это произошло с "возрождением" Общего закона 1928 года во время рассмотрения дел *о ядерных испытаниях.*
дела.

[27]См. список в Ole Spiermann, *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice* (Cambridge University Press, 2005), 405-24.

[28]В эту цифру входит *"Монетное золото"*, в котором три из четырех сторон были европейскими государствами.

заявление в соответствии с факультативной оговоркой, или одностороннее заявление в соответствии с Европейской конвенцией о разрешении споров или каким-либо другим юрисдикционным титулом, или без юрисдикционного титула.[29]

Из двадцати спорных дел, переданных в Международный трибунал по морскому праву (ITLOS) в Гамбурге (по состоянию на октябрь 2013 года), десять касались одного или (в двух случаях) двух европейских государств (или в одном случае Европейского союза, который является участником Конвенции ООН по морскому праву 1982 года (UNCLOS)). Шесть из этих десяти дел касались специальной процедуры в ITLOS по оперативному освобождению судов,[30]а два - разбирательства по временным мерам до создания арбитражного суда в соответствии с Приложением VII UNCLOS. Остальные два спорных дела касались Европейского союза[31]и Испании[32]соответственно.

Интересно также взглянуть на еще не завершенные и прошедшие межгосударственные арбитражи или комиссии, перечисленные на сайте Постоянной палаты третейского суда (ППТС). Перечислены 17 межгосударственных дел за период с 1998 по октябрь 2013 года.[33]Из них пять - между двумя европейскими государствами[34]и одно - между африканским и европейским государством.[35]

Трудно сказать, что побуждает государства возбуждать разбирательство, и еще труднее понять, почему они решают не возбуждать его. Определить мотивы государства для начала межгосударственного судебного разбирательства не так просто. Это так даже в тех случаях, когда государство приводит причины, будь то в суде или трибунале (например, во вступительной речи своего представителя) или где-либо еще. Причины, изложенные публично, могут не рассказать всей истории.

[29]После включения ст. 38(5) в Регламент Суда в 1978 году, такие заявления больше не вносятся в Общий список Суда и не размещаются на его веб-сайте, если и до тех пор, пока предполагаемый ответчик не даст согласие на юрисдикцию.

[30]Три дела об оперативном освобождении были возбуждены против Франции, два - против России и одно - Россией (против Австралии).

[31]*Сохранение и устойчивая эксплуатация запасов меч-рыбы (Чили/Европейский союз)*, ITLOS, дело № 7, 20 декабря 2000 года.

[32]*Дело M/V "Louisa" (Сент-Винсент и Гренадины* против *Испании)*, ITLOS, дело № 18, 10 декабря 2010 года.

[33]Эта цифра не учитывает арбитраж Eurotunnel, который был смешанным, и одно дело, по которому на веб-сайте указано: "Дополнительная информация об этих разбирательствах недоступна". В эту цифру также не включены арбитражные разбирательства раннего периода деятельности ППТС (1902-35 гг.).

[34]*Арбитраж между Хорватией и Словенией (Хорватия/Словения)*, ППТС, 4 ноября 2009 г.; *Дело о заводе МОКС (Ирландия* против *Соединенного Королевства) (Постановление № 6)*, ППТС, 6 июня 2008 г.; *Арбитраж по Железному Рейну (Бельгия/Нидерланды)*, ППТС, 20 сентября 2005 г.; *Арбитраж между Нидерландами и Францией (Нидерланды/Франция)*, ППТС, 12 марта 2004 г.; *Арбитраж ОСПАР (Ирландия* против *Соединенного Королевства)*, ППТС, 18 июня 2001 г. См. в целом Постоянная палата третейского суда - Дела, доступно по адресу www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag id=1029.

[35]*Архипелаг Чагос (Маврикий* против *Соединенного Королевства)*, ППТС, 20 декабря 2010 года.

Влияние конкретных чиновников или даже юридических фирм не поддается учету. Причины, как правило, более очевидны, когда дело передается по соглашению. Особенно в последнем случае преобладающим мотивом, скорее всего, является желание убрать спор с политической арены, тем самым снизив напряженность между заинтересованными государствами, и окончательно разрешить его, тем самым навсегда устранив раздражающий фактор.

Дела, рассматриваемые в МС с участием европейских государств, можно разделить на следующие (в значительной степени субъективные) категории:

- Дела о делимитации морских пространств: *Делимитация морских пространств в Черном море (Румыния* против *Украины)*; *Делимитация морских пространств в районе между островами Грин-ланд и Ян-Майен (Дания* против *Норвегии)*; *Континентальный шельф Эгейского моря (Греция* против *Турции)*; *Континентальный шельф Северного моря (Федеративная Республика Гер-мания/Нидерланды)*; *Континентальный шельф Северного моря (Федеративная Республика Германия/Дания)*.
- Между дружественными государствами, направленные на разрешение споров, не имеющих большого политического значения, часто с высоким юридическим содержанием и интересом: *Юрисдикционные иммунитеты государства (Германия* против *Италии: Греция вмешивается)*; *Дело о некоторых видах собственности (Лихтенштейн против Германии)*; *Проход через Великий пояс (Финляндия* против *Дании)*; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (Соединенные Штаты Америки* против *Италии)*; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Бельгия* против *Испании) (Новое применение: 1982 год)*; *Compagnie du Port, des Quais et des Entrepo^ts de Beyrouth and Soci´et´e Radio-Orient (France* v. *Ливан*); *Суверенитет над некоторыми пограничными землями (Бельгия/Нидерланды)*; *Интерхандель (Швейцария* против *Соединенных Штатов Америки)*; *Применение Конвенции 1902 года, регулирующей опекунство над младенцами (Нидерланды* против Швеции); Некоторые вопросы норвежского права (Нидерланды против Швеции). *Швеция)*; *Некоторые норвежские займы (Франция против Норвегии)*; *Монетное золото, вывезенное из Рима в 1943 году (Италия* против *Франции, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и Соединенных Штатов Америки)*; *Nottebohm (Лихтенштейн* против *Гватемалы)*; *Minquiers и Ecrehos (Франция/Соединенное Королевство)*; *Ambatielos (Греция* против *Соединенного Королевства)*; *Дело о правах граждан Соединенных Штатов Америки в Марокко (Франция* против *Соединенных Штатов Америки)*; *Fish-eries (Соединенное Королевство* против *Норвегии)*. Интересно отметить, что большинство из них были поданы в одностороннем порядке, хотя иногда это происходило по предварительной договоренности.
- Те, которые затрагивают вопросы гораздо более политического характера: *Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или экстрадицию (Бельгия* против *Сенегала)*; *Некоторые вопросы взаимной помощи по уголовным делам (Джибути* против *Франции)*; *Некоторые уголовные разбирательства во Франции (Республика Конго* против *Франции)*; Рыболовная юрисдикция (Испания против *Канады)*; Проект Габ-Нагимарош (Венгрия/Словакия).

Франция); *Рыболовная юрисдикция (Испания* против *Канады)*; *Проект Габсково-Надьмарош (Венгрия/Словакия)*.

– Дела, затрагивающие сугубо политические вопросы, где юрисдикция часто оспаривалась: *Применение Временного соглашения от 13 сентября 1995 года (бывшая югославская Республика Македония* против *Греции)*; *Дело о применении Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Грузия* против *Российской Федерации)*; многочисленные дела, касающиеся *Сербии и Черногории/Югославии*; *Вопросы толкования и применения Монреальской конвенции 1971 года, возникшие в результате авиационного инцидента в Локерби (Ливийская Арабская Джамахирия* против Соединенного *Королевства)*; *Дело о Восточном Тиморе (Португалия* против *Австралии)*; Ядерные испытания (Новая Зеландия против Франции); Ядерные испытания (Австралия против *Соединенного Королевства)*. *Великобритания)*; *дело о Восточном Тиморе (Португалия* против *Австралии)*; *ядерные испытания (Новая Зеландия* против *Франции)*; *ядерные испытания (Австралия* против *Франции)*; *рыболовная юрисдикция (Федеративная Республика Германия* против *Исландии)*; *рыболовная юрисдикция (Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии* против *Исландии)*; *права на проход через индийскую территорию (Порту-гал* против *Индии)*; *"Англо-иранская нефтяная компания" (Соединенное Королевство* против *Ирана)*; *канал Корфу (Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии* против *Албании)*.

– Те, которые едва начались, большинство из которых уже не будут внесены в список Суда: *Статус дипломатического посланника при ООН по отношению к государству пребывания (Содружество Доминики* против *Швейцарии)*; различные дела об *авиационных инцидентах* 1950-х годов; *Антарктика (Соединенное Королевство* против *Чили)*; *Антарктика (Соединенное Королевство* против *Аргентины)*; *Electricit´e de Beyrouth Company (Франция* против *Ливана)*.

Какой бы ни была позиция в прошлом, маловероятно, что отношение европейских государств к межгосударственным спорам сильно отличается от отношения государств других регионов. Возможно, что в целом они (или большинство из них) относятся к межгосударственным спорам более открыто, чем некоторые государства из других регионов, хотя эмпирически доказать это было бы сложно.

Представляется маловероятным, что какое-либо европейское государство на практике проводит общую политику в отношении межгосударственного судебного разбирательства (в отличие от политики в отношении принципа межгосударственного судебного разбирательства). Решения о начале или отказе от начала судебного разбирательства, несомненно, принимаются редко и, скорее всего, носят разовый характер. Переговоры, безусловно, являются предпочтительным способом разрешения спора. Вероятно, только тогда, когда перспективы решения путем переговоров представляются незначительными, можно рассматривать возможность судебного разбирательства; и даже в этом случае лучше оставить вопрос нерешенным до более благоприятных времен. В случае делимитации морских пространств или пограничных споров судебное разбирательство

может иметь ту привлекательность, что ни одно из правительств не будет считаться продавшим пас.

Решение о подаче заявления против другого государства не принимается легкомысленно, и, скорее всего, оно будет принято только после долгих консультаций в правительстве, включая министерство иностранных дел и высших государственных юристов. Среди очевидных факторов, которые будут взвешены, - наличие юрисдикции, оценка успеха, влияние на двусторонние отношения, сроки и стоимость разбирательства (которая часто бывает значительной, и практически нет шансов окупить ее в случае успеха).[36]Если отбросить ранние дела, которые были внесены в Общий список даже при отсутствии оснований для юрисдикции, есть относительно немного примеров, когда европейские государства не явились в Суд или не смогли защищать дело. Последние случаи были сорок лет назад.[37]

Соединенное Королевство и межгосударственные судебные процессы

Соединенное Королевство имеет долгую историю участия в урегулировании межгосударственных споров через международные суды и трибуналы. Это важный компонент его приверженности верховенству права в международных делах. Это участие касается как содействия урегулированию международных споров, так и участия в разбирательствах в международных судах и трибуналах.

В этой области международного права, как и в других, Соединенное Королевство стремится найти баланс между идеализмом и реализмом. Как и в случае со многими европейскими государствами, хотя много говорится о важности международного урегулирования споров, на практике Соединенное Королевство проявляет осторожность и делает только то, что, по его мнению, отвечает его краткосрочным, среднесрочным или долгосрочным интересам. Позиция Соединенного Королевства в отношении урегулирования споров менялась с течением времени: от нерешительного первопроходца в XIX веке до просто нерешительного в первой половине XX века, до колебания между идеализмом и реализмом во время холодной войны и в последующий период.

[36]См., например, неудачные попытки Соединенного Королевства взыскать с Ирландии ее весьма значительные расходы в *деле "Завод МОКС" (Ирландия* против *Соединенного Королевства) (Постановление № 6)*, ППТС, 6 июня 2008 г.

[37]Албания в деле *Канал Корфу (Соединенное Королевство* против *Албании) (Оценка компенсации)*, [1949] ICJ Rep. 244; Исландия в деле *Рыболовная юрисдикция (Соединенное Королевство* против *Исландии) (по существу)*, [1974] ICJ Rep. 3 и *Рыболовная юрисдикция (Федеративная Республика Германия* против *Исландии) (по существу)*, [1974] ICJ Rep. 175; и Франция в *делах о ядерных испытаниях (Австралия* против *Франции, Новая Зеландия* против *Франции) (по существу)*, [1974] ICJ Rep. 457.

Арбитраж по Алабамским претензиям 1871-2 гг. является, пожалуй, самым известным примером дела, в котором участвовала Великобритания.[38]Считается, что он положил начало новой эре в урегулировании споров между государствами. Но это был не единичный случай. Традиция арбитража между Соединенным Королевством и Соединенными Штатами восходит к Договору Джея 1794 года.[39]Последующими крупными арбитражными разбирательствами с участием Соединенного Королевства были арбитраж по *заливу Делагоа* 1872 года с Португалией,[40]арбитраж по *омарам Ньюфаундленда* 1892 года,[41]арбитраж по *морю Беринга* 1893 года,[42]арбитраж *по пакетботу Коста-Рики* 1895 года с Нидерландами,[43]и арбитраж по *границе между Британской Гвианой и Венесуэлой* 1899 года.[44]

Соединенное Королевство принимало активное участие в дебатах по урегулированию споров на Гаагских мирных конференциях 1899 и 1907 годов, результатом которых стали Конвенции 1899 и 1907 годов о мирном разрешении международных споров и создание ППТС. Соединенное Королевство также сыграло важную роль в создании ПКМП, будучи обеспокоено созданием суда, в котором большинство судей не были бы представителями систем общего права, и выступая против обязательной юрисдикции. Тем не менее, оно признало обязательную юрисдикцию этого суда и его преемника, Международного Суда, почти без перерыва с 1930 года.[45]Сегодня оно является единственным постоянным членом Совета Безопасности, который делает это, хотя и с некоторыми далеко идущими оговорками. Соединенное Королевство также регулярно принимает факультативные положения об урегулировании споров в многосторонних конвенциях.

(38) J. Gillis Wetter, *The International Arbitral Process: Public and Private*, Vol. I (New York: Oceana Publications, 1979), 3-173; John B. Moore, *History and Digest of International Arbitrations*, Vol. I (Washington, DC: Government Print Office, 1898), 653; Tom Bingham, 'The Alabama Claims Arbitration', (2005) 54 ICLQ 1; Tom Bingham, 'Alabama Arbitration', in Ru¨diger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, 2012).

[39]Подписано 19 ноября 1794 года, 52 *Сводная серия договоров*; см. Jackson H. Ralston, *International Arbitration from Athens to Locarno* (Stanford: Stanford University Press, 1929). Три арбитража были предусмотрены в соответствии со статьями. V, VI и VII Договора: о реке Сент-Круа и границе с британскими владениями в Северной Америке; о препятствовании выплате долгов британским кредиторам; о претензиях, возникших в результате захвата британских судов и грузов во время Войны за независимость. Затем последовало четыре арбитражных разбирательства по Гентскому договору (завершившему англо-американскую войну 1812-14 гг.). Великобритания была участником ряда арбитражных разбирательств в середине XIX века, включая три арбитражных разбирательства Гамбургского сената в 1856-1864 годах (John Liddle Simpson and Hazel Fox, *International Arbitration* (London: Stevens & Sons, 1959), 5); арбитраж с Венесуэлой в 1869 году (ibid., 6-7); и арбитраж *острова Булама* с Португалией в 1870 году (Moore, выше n. 38, 1909).

[40]Moore, above n. 38, 5015. [41]Ibid., 4939. [42]Ibid., 495. [43]Ibid., 4948.

[44]Wetter, выше n. 38, vol. III; 92 *British Foreign and State Papers*, 970.

[45]См. Вуд, выше, п. 10.

В период с 1914 по 1939 год Соединенное Королевство активно сотрудничало с PCIJ. Британский член Консультативного комитета юристов лорд Филлимор был убежденным сторонником обязательной юрисдикции, хотя британское правительство выступало против. В 1920 году (как и в 1945-м) большинство государств выступало за обязательную юрисдикцию, но в каждом случае верх брали "великие державы" того времени. Факультативная оговорка, возникшая из предложения бразильца Рауля Фернандеша, представляла собой форму факультативной обязательной юрисдикции. Соединенное Королевство приняло факультативную оговорку только в 1929 году,[46]и сделало это с семью оговорками, вызвавшими резкую критику, в частности, со стороны Херша Лаутерпахта.[47]Британская декларация была согласована между доминионами и содержала оговорку Британского Содружества, которая отражала доктрину Commonwealth *inter se*.[48]Эта оговорка осталась в декларации Великобритании и до сих пор имеет силу, [49]даже несмотря на то, что сама доктрина *inter se* "в основном представляет исторический интерес". [50]В июле 2004 года действие оговорки было распространено на страны, которые были, но больше не являются членами Содружества. Декларация Соединенного Королевства 1929 года "стала примером для других государств, и число других деклараций быстро увеличилось"[51].

В Соединенном Королевстве декларация действует, за исключением нескольких дней с 14 по 18 апреля 1957 года, уже более восьмидесяти лет.[52]Нынешняя декларация содержит некоторые основные оговорки, которые, за исключением исключения для Содружества (для которого сохраняются особые причины), можно рассматривать как минимум, необходимый для

[46]Лорна Ллойд, *Мир через право: Британия и Международный суд в 1920-е годы* (Лондон: Королевское историческое общество, 1997). О Соединенном Королевстве и Международном Суде в целом см. Ian Sinclair, 'International Law: Суд, Комиссия и судьи", в Erik Jensen and Thomas Fisher (eds.), *The United Kingdom and the United Nations* (London: Macmillan, 1990) 126.

[47]Hersch Lauterpacht, 'The British Reservations to the Optional Clause', (1930) 10 *Economica* 137.

(48) "Исторически сложилось так, что отношения внутри Содружества не рассматривались как международные. Согласно доктрине *inter se* страны Содружества не были "иностранными" по отношению друг к другу": Charlotte Steinorth, "Commonwealth", in Ru¨diger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Oxford University Press, 2012), [9].

[49]*Авиационный инцидент от 10 августа 1999 г. (Пакистан* против *Индии) (Юрисдикция)*, [2000] ICJ Rep. 12, 31
[44].

[50]Steinorth, выше n. 48, para. 10.

[51]Лео Гросс, "Принудительная юрисдикция в соответствии с факультативной клаузулой: История и практика", в Lori Damrosch (ed.), *The International Court of Justice at the Crossroads* (New York: Transnational Publishers, 1987) 20.

[52]Описание девяти последовательных деклараций Соединенного Королевства см. в статье Wood, выше
n. 11.

разумно благоразумной декларации. Это разумная дата прекращения (1974 г.), двенадцатимесячный срок для предотвращения "неожиданных" заявлений, право на прекращение или изменение в любое время, а также исключение для споров, которые стороны договорились урегулировать другими способами. Право на расторжение договора, пожалуй, вызывает наибольшие споры. Высказывалось даже предположение, что заявление с такой оговоркой на самом деле не является признанием обязательной юрисдикции вообще. Однако это не так. Государство, делающее такое заявление, всегда подвержено риску неожиданного применения, поскольку оно не обязательно получит предупреждение. А прекращение или изменение декларации во избежание угрозы не обязательно связано с политическими издержками и не я в л я е т с я чем-то легкомысленным.

В период с 1940 года по настоящее время Соединенное Королевство, похоже, колебалось между идеализмом и реализмом. В 1943 году оно проявило инициативу, призвав неофициальный межсоюзнический комитет экспертов изучить вопрос о Суде,[53]который подготовил "ценный и стимулирующий - даже противоречивый" отчет о будущем ПМСО.[54]В 1944/5 году оно сопротивлялось давлению, чтобы сделать юрисдикцию нового Международного Суда действительно обязательной. Один американский автор написал о декларации Соединенного Королевства от 18 апреля 1957 года, что она "имеет незавидное отличие от всех других действующих деклараций тем, что включает больше оговорок - не менее четырнадцати - и субъективную оговорку о национальной безопасности по мнению Соединенного Королевства, которая подрывает систему обязательной юрисдикции"[55].

Современная поддержка Соединенным Королевством принципа мирного урегулирования споров как одного из элементов его поддержки верховенства права в международных отношениях очевидна. Но то же самое сегодня можно сказать практически обо всех членах Организации Объединенных Наций. Что означает это обязательство на практике? Можно ли утверждать, что в принципе Соединенное Королевство поддерживает обязательное урегулирование споров третьей стороной, в частности арби-тражное и судебное урегулирование? Его заявления и действия свидетельствуют о том, что оно действительно склоняется к таким процедурам или, по крайней мере, в принципе не выступает против них. Однако она не делает этого догматически, во всех или практически во всех обстоятельствах. Его подход более прагматичен. Он рассматривает вопросы

[53]Geoffrey Marston, "The London Committee and the Statute of the International Court", in Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge University Press, 1996) 40.

[54]Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, 4th edn (The Hague: Martinus Nijhoff, 2006), 51.

[55]Herbert W. Briggs, 'Reservations to the Accepting of the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice', (1958) 93 *Hague Recueil* 121, 303.

Например, реалистично ли ожидать от государств согласия на обязательное урегулирование споров в данном конкретном контексте; действительно ли имеет смысл урегулировать такой-то и такой-то класс споров или конкретный спор с помощью обязательных процедур третьей стороны; нуждается ли спор в урегулировании в конкретное время, и если да, то можно ли лучше достичь этого путем переговоров. Соединенное Королевство признает юрисдикцию международных ных судов и трибуналов посредством факультативных протоколов и оговорок об урегулировании споров. Действительно, оно делало это практически во всех случаях.[56]

После создания органов по урегулированию споров они, как правило, могут рассчитывать на поддержку Соединенного Королевства. Так уже давно происходит в отношении Международного Суда (и его предшественника, PCIJ), а также некоторых органов, создание которых Соединенное Королевство изначально не поддерживало, таких как ITLOS.[57]Поддержка включает в себя адекватные ресурсы, административную и юридическую поддержку, и, прежде всего, выдвижение и поддержку хороших кандидатов.[58]Ее не следует измерять участием в спорных делах, которое зависит от многих других факторов. Однако участие в процедурах консультативного заключения может свидетельствовать о том, насколько серьезно государство относится к судебному урегулированию, и в этом отношении Соединенное Королевство имеет вполне приемлемые показатели.

В прошлом Соединенное Королевство иногда выступало в качестве арбитра, но в настоящее время это маловероятно, поскольку такая форма арбитража может возникнуть только в рамках очень старых договоров. Более вероятна роль в организации или ином материальном обеспечении арбитражного разбирательства, хотя с ростом роли таких органов, как ППТС, предлагающих квалифицированные регистрационные услуги, необходимость в этом также снижается по сравнению с прошлым.

Не следует упускать из виду и вклад граждан Великобритании в их личном качестве, будь то судьи, арбитры, адвокаты или сотрудники секретариата.

[56]Хотя это и не входит в рамки данной главы, стоит отметить, что, вероятно, во избежание двойного воздействия, поскольку Соединенное Королевство уже является участником Европейской конвенции по правам человека, оно до сих пор воздерживалось от признания юрисдикции различных комитетов по правам человека по принятию индивидуальных сообщений, хотя в порядке исключения делало это с 2004 года в случае Комитета по ликвидации дискриминации в отношении женщин (CEDAW).

[57]Исключением является Суд ОБСЕ по примирению и арбитражу (см. раздел I выше), юрисдикцию которого Соединенное Королевство не признает.

[58]Michael Wood, "The Selection of Candidates for International Judicial Office: Recent Prac-tice", in Tasfir M. Ndiaye and Ru¨diger Wolfrum (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah* (The Hague: Marti-nus Nijhoff, 2007). См. также: Ruth Mackenzie, Kate Malleson, Penny Martin, and Philippe Sands, *Selecting International Judges: Принцип, процесс и политика* (Oxford University Press, 2010).

Наконец, следует упомянуть о вкладе авторов из Соединенного Королевства. Последнее (седьмое) издание II тома *"Международного права" Оппенгейма*, датируемое 1951 годом, и работа Херша Лаутерпахта содержат полезную и по сей день часть, озаглавленную "Урегулирование государственных разногласий". Возможно, наиболее доступной современной книгой по урегулированию международных споров является книга Джона Мерриллса.[59]

Короче говоря, можно считать, что подход Соединенного Королевства к урегулированию международных споров, в общем и целом, был основан на здоровом балансе идеализма и реализма (собственных интересов). Он не был звездным, но и не был чрезмерно осторожным.

Если принять признание обязательной юрисдикции Международного Суда за критерий поддержки государством урегулирования споров, то по этому показателю Соединенное Королевство находится где-то посередине. Оно никогда не признавало юрисдикцию Международного Суда без существенных оговорок. Иногда, действительно, у Соединенного Королевства было много оговорок. Часто они преследовали вполне конкретную цель - избежать попадания конкретного спора в Суд. Довольно много государств (например, Дания, Финляндия, Нидерланды, Швейцария, а также Демократическая Республика Конго, Доминика, Грузия, Гвинея-Бисау, Парагвай) принимают юрисдикцию без каких-либо существенных оговорок вообще. И многие другие имеют меньше оговорок, чем Соединенное Королевство. Но многие не принимают ее вообще.

Заключение

Любое сравнение относительного вклада государств в мирное урегулирование споров будет в значительной степени импрессионистическим. Нельзя с пользой для дела измерить поддержку государством международного урегулирования споров каким-либо математическим или научным способом. Но есть определенные признаки, на которые можно ориентироваться, как это отражено выше.

В Европе существует традиция поддержки международного урегулирования споров, хотя и нерешительная, насчитывающая более ста лет, а в некоторых случаях и гораздо больше.

Европейские государства, по крайней мере многие из них, все больше подпадают под юрисдикцию международных судов и трибуналов. Это расширяет возможности для начала судебного процесса *inter se*, но в то время, когда политически это

[59] John G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 5th edn (Cambridge University Press, 2011). См. также John Collier and Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law* (Oxford University Press, 1999); Duncan French, Matthew Saul, and Nigel D. White (eds.), *International Law and Dispute Settlement* (Oxford: Hart, 2010).

может показаться, что такие судебные процессы менее вероятны, по крайней мере, между государствами-членами Европейского союза. Тем не менее, как показывает дело *Германия* против *Италии* в Международном суде и ряд дел между Ирландией и Великобританией, такие судебные разбирательства не следует исключать (хотя членство в ЕС может накладывать ограничения на ведение судебных разбирательств вне рамок ЕС, как это было сделано Ирландией в деле о *заводе МОКС*).

8

Азиатские перспективы межгосударственного судопроизводства

РОДМАН Р. БЭНДИ

Хотя за последние пятнадцать лет азиатские государства довольно активно участвовали в межгосударственных судебных и арбитражных разбирательствах, сложно сделать обобщенные выводы об отношении азиатов к межгосударственным судебным процессам, учитывая большое количество, географическое и политическое разнообразие вовлеченных государств. Многие азиатские страны, по-видимому, по-прежнему с осторожностью относятся к межнациональным судебным процессам, если судить по относительно скромному числу азиатских государств, подавших заявления о факультативной оговорке в соответствии со статьей 36(2) Статута Международного суда (МС). Другие могут опасаться судебных разбирательств, особенно если они были ответчиками в делах, возбужденных по односторонним заявлениям.

Тем не менее, последние тенденции свидетельствуют о том, что некоторые азиатские государства, в частности члены Ассоциации государств Юго-Восточной Азии (АСЕАН) и некоторые государства Южной Азии, становятся более благосклонными к разрешению споров с помощью МС, специальных арбитражных трибуналов (включая трибуналы, созданные в соответствии с Приложением VII к Конвенции ООН по морскому праву 1982 года (UNCLOS)) и Международного трибунала по морскому праву (ITLOS). Дела, в которых участвовали эти государства, в основном касались вопросов оспаривания территориального суверенитета, делимитации морских пространств и вопросов, возникающих в связи с ЮНКЛОС, хотя в суды и трибуналы обращались и по другим видам споров.

За последние десять лет МС принял решение по двум делам, возбужденным по специальному соглашению между государствами АСЕАН, касающимся спорного суверенитета над территорией.[1] В 2005 году трибунал, учрежденный в соответствии с Приложением VII, вынес решение на согласованных условиях в связи со спором о мелиорации земель в районе и вокруг него.

[1] *Суверенитет над Пулау Лигитан и Пулау Сипадан (Индонезия/Малайзия)*, [2002] ICJ Rep. 625 (*Суверенитет над Пулау Лигитан*); *Суверенитет над Педра Бранка/Пулау Бату Путех, Средними скалами и Южным уступом (Малайзия/Сингапур)*, [2008] ICJ Rep. 12 (*Суверенитет над Педра Бранка*).

[2]А 14 марта 2012 года ITLOS вынес решение по делу о делимитации морских пространств между Бангладеш и Мьянмой - первый случай, когда ITLOS принял решение по спору о делимитации.[3]

В настоящее время на рассмотрении МС находится запрос Камбоджи о толковании решения Суда 1962 года по делу о *храме Преах Вихеар*,[4]а также дело о *китобойном промысле в Антарктике*, возбужденное Австралией против Японии.[5]Дело о делимитации морских пространств между Бангладеш и Индией также находится на рассмотрении арбитражного суда, учрежденного в соответствии с Приложением VII к ЮНКЛОС. Кроме того, впервые с момента заключения Договора о реке Инд между Пакистаном и Индией в 1960 году был создан арбитражный суд в соответствии с положением этого договора о разрешении споров для разрешения спора, возбужденного Пакистаном против Индии в связи с проектом строительства гидроэлектростанции на одном из притоков реки Инд в Кашмире.[6]

Когда разбирательство возбуждается на основании специального соглашения или двустороннего арбитражного соглашения, разумно заключить, что обе стороны спора считают судебное разбирательство между государствами уместным и политически полезным средством разрешения спора. В отличие от этого, когда судебный процесс возбуждается путем одностороннего обращения, это может свидетельствовать о желании государства-заявителя прибегнуть к межгосударственному судебному разбирательству, однако это не обязательно означает, что государство-ответчик разделяет ту же точку зрения. В таких случаях вопросы юрисдикции обычно играют решающую роль в определении того, будет ли заявитель передавать спор в действующий суд или трибунал или в арбитраж.

Азиатские государства и Международный суд

Заявления о факультативных оговорках

По сравнению с другими географическими регионами мира, относительно небольшое количество азиатских государств сдали на хранение заявления о факультативной оговорке в соответствии со статьей 36(2)

[2] *Дело о рекультивации Сингапуром земель в Джохорском проливе и вокруг него (Малайзия* v. *Сингапур) (Решение от 1 сентября 2005 г.)*, 27 RIAA 133.

[3]*Спор о делимитации морской границы между Бангладеш и Мьянмой в Бенгальском заливе (Бангладеш/Мьянма)*, ITLOS, дело № 16, 14 марта 2012 г. (*Спор о Бенгальском заливе*).

[4]*Просьба о толковании решения от 15 июня 1962 г. по делу о храме Преах Вихеар (Камбоджа* против *Таиланда)*, ICJ, Общий список № 151, 18 июля 2011 г. (*Просьба о толковании храма Преах Вихеар*).

[5]*Китобойный промысел в Антарктике (Австралия* против *Японии)*, МС, Общий список № 148, 31 мая 2010 г.

[6]*Арбитраж Кишенганга по водам Инда (Пакистан* против *Индии)*, ППТС, 31 августа 2012 г.

Статут Международного Суда, признавая обязательную юрисдикцию Суда. В настоящее время пять азиатских государств имеют зарегистрированные заявления о факультативной оговорке: Камбоджа, Индия, Япония, Пакистан и Филиппины.

Самое раннее из ныне действующих заявлений о факультативной оговорке было сделано Камбоджей 9 сентября 1957 года.[7]В нем Камбоджа

> признает] обязательной ipso facto и без специального соглашения в отношении любого другого государства - члена Организации Объединенных Наций, принимающего на себя такое же обязательство, то есть на условиях взаимности, юрисдикцию указанного Суда во всех правовых спорах, за исключением:
>
> 1. Споры, в отношении которых стороны согласились или согласятся прибегнуть к какому-либо другому способу мирного урегулирования;
> 2. споров, которые относятся исключительно к юрисдикции Королевства Камбоджа;
> 3. Споры, касающиеся любого вопроса, исключенного из судебного урегулирования или обязательного арбитража в силу любого договора, конвенции или другого международного соглашения или документа, участником которого является Королевство Камбоджа.

В 1950 году Таиланд также сдал на хранение сообщение, в котором указывалось, что его заявление 1929 года о признании обязательной юрисдикции Постоянной палаты международного правосудия (ППМП), продленное один раз в 1940 году на десять лет, было продлено еще раз на очередной десятилетний период.[8]Таким образом, когда в октябре 1959 года Камбоджа подала заявление о возбуждении производства против Таиланда по делу о *храме Преах Вихеар*, основанием для юрисдикции, на которую ссылалась Камбоджа, послужили соответствующие заявления сторон о факультативной клаузуле. Таиланд выдвинул предварительные возражения против юрисдикции Суда, но они не были приняты Судом.[9]

В то же время действие заявления Таиланда о факультативной оговорке истекло в 1960 году и впоследствии не возобновлялось. Нет сомнений в том, что решение Суда по существу дела *Темпл*, вынесенное в 1962 году, было плохо воспринято Таиландом. Это может объяснить, почему Таиланд не подал новую декларацию о факультативной клаузуле за пятьдесят лет, прошедших с момента вынесения решения. Однако не является ли поведение Таиланда свидетельством общего нежелания азиатских государств обращаться в Международный Суд после

[7]Текст декларации Камбоджи см. в "Declaration by Cambodia", (1998) 52 *ICJ Yearbook* 88.

[8]Текст декларации Таиланда 1950 г. см. в статье "*Храм Преах Вихеар (Камбоджа* против Таиланда) *(Предварительные возражения)"*.

Thailand) (Preliminary Objections), [1961] ICJ Rep. 24 (*Temple of Preah Vihear*).

[9]Ibid., 35.

Получение того, что воспринимается как неблагоприятный результат, является спекулятивным, учитывая отсутствие достаточного количества прецедентов.

Что касается дела *Темпла*, то 28 апреля 2011 года Камбоджа подала в Суд заявление с просьбой о толковании решения 1962 года и просьбой о принятии временных мер защиты.[10]Что касается юрисдикции, то просьба Камбоджи основывалась на статье 60 Статута Суда, которая в соответствующей части гласит: "В случае спора относительно смысла и сферы применения решения Суд толкует его по просьбе любой стороны".

18 июля 2011 года Суд издал постановление с указанием временных мер, применимых к обеим сторонам.[11]На момент подготовки настоящего документа разбирательство по этому делу все еще находилось на письменной стадии. Вопрос о созыве устных слушаний был отнесен к компетенции Суда в соответствии со статьей 98(4) Регламента Суда. В итоге слушания все же состоялись, и решение должно было быть вынесено к концу 2013 года.

Другие заявления о факультативных оговорках, сделанные азиатскими государствами, носят более ограничительный характер. Например, заявления, поданные Пакистаном (1960), Филиппинами (1972), Индией (1974) и Японией (2007), содержат положения, исключающие признание юрисдикции Суда по спорам, в отношении которых другая сторона спора либо признала обязательную юрисдикцию Международного Суда для целей или в отношении целей такого спора, либо если признание обязательной юрисдикции Суда было депонировано или ратифицировано менее чем за двенадцать месяцев до подачи заявления, передающего спор на рассмотрение Суда.[12]

Эти исключения отражают взвешенный подход к признанию юрисдикции Суда государствами, подавшими заявления о факультативной оговорке. С практической точки зрения они позволяют соответствующим государствам отслеживать список государств, подавших такие заявления, чтобы выяснить, не было ли подано новое заявление исключительно с целью возбуждения дела против них, и, если это так, отозвать или изменить свое собственное заявление, если разрешение спора в МС нежелательно.

[10]*Просьба о толковании решения от 15 июня 1962 года по делу о храме Преах Вихеар (Камбоджа* против *Таиланда)*, МС, Общий список № 151, 18 июля 2011 года.

[11]*Запрос о толковании решения от 15 июня 1962 года по делу о храме Преах Вихеар (Камбоджа* против *Таиланда) (постановление от 18 июля 2011 года)*, ICJ, Общий список № 151, 18 июля 2011 года.

[12]Эта модель в целом повторяет декларацию Соединенного Королевства, которая, насколько известно автору, была первой, содержащей подобную формулировку.

Интересно, что нынешние декларации Индии и Японии, содержащие это исключение, отличаются от предыдущих деклараций, которые они делали.

В 1940 году Индия подала заявление в соответствии со Статьей 36(2) Статута, которое носило более широкий характер. В деле о *правах прохода* Португалия обосновала юрисдикцию Суда тем фактом, что обе стороны признали обязательную юрисдикцию в силу своих заявлений о факультативной оговорке.[13]Хотя Индия выдвинула ряд из шести предварительных возражений против юрисдикции Суда, в своем решении по этим возражениям Суд отклонил четыре и приобщил к существу дела два других.[14]Декларация Индии 1940 года была заменена декларацией 1974 года.

В 1958 году Япония также подала декларацию о факультативной оговорке, которая не содержала такого рода исключений, о которых говорилось выше, но в 2007 году эта декларация была заменена новой, которая в целом повторяла модель, использованную Соединенным Королевством в 1969 году.

Односторонние обращения в Международный суд с участием азиатских государств

То ли из-за отсутствия юрисдикционной связи, то ли по другим причинам в одностороннем порядке в МС было подано относительно мало дел как азиатским государством, так и против него (или, что, возможно, более точно, было относительно мало азиатских государств, которые выступали в качестве сторон в таких делах). За исключением дел о *праве прохода* и *Храме*, которые были рассмотрены более пятидесяти лет назад, семь дел с участием азиатского государства или государств были представлены в Суд на односторонней основе. Три из них касались Пакистана и Индии, три - Ирана и Соединенных Штатов и одно (в настоящее время рассматривается) - Австралии и Японии. Ниже приводится краткое описание этих дел.

В 1971 году Индия подала в Международный Суд ООН заявление об обжаловании некоторых решений, вынесенных Советом Международной организации гражданской авиации (ИКАО) по предварительным возражениям, выдвинутым Индией в связи с заявлением и жалобой, поданными в Совет Пакистаном. Основанием для юрисдикции послужила статья 84 Чикагской конвенции.[15]В своем решении Суд постановил, что он обладает юрисдикцией в отношении

[13]*Права прохода через индийскую территорию (предварительные возражения)*, [1957] ICJ Rep. 140 (*Права прохода*).

[14]Ibid., 152.

[15]Конвенция о международной гражданской авиации (открыта для подписания 1 декабря 1944 г., вступила в силу 5 марта 1947 г.), 15 UNTS 295.

рассмотрел апелляцию Индии, но отклонил ее на том основании, что Совет ИКАО был компетентен рассматривать заявление и жалобу, поданные на его рассмотрение Пакистаном.[16]

Еще одно дело было передано в МС азиатским государством в связи с обжалованием решения, вынесенного Советом ИКАО. Это дело об *авиационном инциденте от 3 июля 1988 года*, возбужденное Ираном против США в связи с решением, которое Совет ИКАО вынес в соответствии с Чикагской конвенцией относительно уничтожения военно-морскими силами США иранского гражданского самолета, пролетавшего над Персидским заливом. Помимо ссылки на статью 84 Чикагской конвенции в качестве основания для юрисдикции, Иран также ссылался на компромиссную оговорку, содержащуюся в статье 14(1) Монреальской конвенции 1971 года.[17]Соединенные Штаты выдвинули предварительные возражения против юрисдикции Суда, однако впоследствии дело было прекращено в соответствии с представленным сторонами уведомлением о том, что они пришли к полному и окончательному урегулированию спора.[18]

В 1973 году Пакистан возбудил дело против Индии по делу о *суде над пакистанскими военнопленными* на основании Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, включая компромиссную оговорку, содержащуюся в ее статье IX.[19]Пакистан также ходатайствовал о принятии временных мер защиты.[20]Однако 14 декабря 1973 года Пакистан направил в Международный Суд письмо, в котором ссылался на то, что переговоры с Индией по данному спору продолжаются, и просил прекратить рассмотрение дела. Соответственно, 15 декабря 1973 года МКЮ издал постановление, в котором официально зафиксировал прекращение разбирательства правительством Пакистана и исключил дело из списка.[21]

Помимо того, что Иран является заявителем по делу об *авиационном инциденте 3 июля 1988 года*

Иран был стороной в двух других делах Международного Суда: в деле *Соединенных Штатов*

[16]*Апелляция, касающаяся юрисдикции Совета ИКАО*, [1972] ICJ Rep. 46, 70 [46].

[17]Конвенция о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности гражданской авиации (открыта для подписания 23 сентября 1971 г., вступила в силу 26 января 1973 г.), 974 UNTS 178.

[18]*Авиационный инцидент от 3 июля 1988 года (Иран* против *Соединенных Штатов) (постановление от 22 февраля 1996 года)*, [1996]
ICJ Rep. 9, 9-11.

[(19)]'Pleadings', *Trial of Pakistani Prisoners of War (Pakistan* v. *India)*, [1973] ICJ Rep. 328.

[20]*Суд над пакистанскими военнопленными (Пакистан* против *Индии) (постановление от 13 июля 1973 г.)*, [1973] ICJ Rep. 328.

[21]*Суд над пакистанскими военнопленными (Пакистан* против *Индии) (постановление от 15 декабря 1973 г.)*, [1973] ICJ Rep. 348.
ICJ Rep. 348.

Дело о *дипломатическом и консульском персонале в Тегеране*, в котором Иран выступал в качестве ответчика, и дело о *нефтяных платформах*, в котором он выступал в качестве заявителя.[22]

Первое дело возникло в связи с кризисом с заложниками. Соединенные Штаты основывали свои претензии и юрисдикцию Суда на Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года,[23]Факультативном протоколе к этой Конвенции об обязательном разрешении споров,[24]Венской конвенции о консульских сношениях 1963 года,[25]Факультативном протоколе к этой Конвенции,[26]Конвенции о предотвращении преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов, 1973 года,[27]и Договоре о дружбе, экономических отношениях и консульских правах между Соединенными Штатами и Ираном 1955 года.[28]

15 декабря 1979 года Суд указал на временные меры по этому делу,[29]а 24 мая 1980 года вынес свое решение, постановив, что Иран нарушил и продолжает нарушать обязательства перед Соединенными Штатами в соответствии с международными конвенциями, действующими между сторонами, и общим международным правом.[30]Иран не участвовал ни в письменном, ни в устном разбирательстве. После завершения Алжирских деклараций в январе 1981 года[31]Соединенные Штаты сообщили Суду

[22]В настоящем материале не рассматриваются многочисленные дела, которые были рассмотрены между Ираном и Соединенными Штатами, а также между Ираном и американскими гражданами, и которые были решены Трибуналом по претензиям между Ираном и Соединенными Штатами, учрежденным в соответствии с Алжирскими декларациями 1981 года.

[23]Венская конвенция о дипломатических сношениях (открыта для подписания 18 апреля 1961 года, вступила в силу 24 апреля 1964 года), 500 UNTS 95.

[24]Факультативный протокол к Венской конвенции о дипломатических сношениях, касающийся обязательного разрешения споров (открыт для подписания 24 апреля 1963 года, вступил в силу 21 июня 1985 года), 1400 UNTS 339.

[25]Венская конвенция о консульских сношениях (открыта для подписания 24 апреля 1963 года, вступила в силу 19 марта 1967 года), 596 UNTS 261.

[26]Факультативный протокол к Венской конвенции о консульских сношениях, касающийся обязательного разрешения споров (открыт для подписания 24 апреля 1963 года, вступил в силу 19 марта 1967 года), 596 UNTS 487.

[27]Конвенция о предотвращении и наказании преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, в том числе дипломатических агентов (открыта для подписания 14 декабря 1973 года, вступила в силу 20 февраля 1977 года), 1035 UNTS 167.

[28]Договор о дружбе, экономических отношениях и консульских правах между Соединенными Штатами и Ираном, Иран-Соединенные Штаты, (подписан 15 августа 1955 года, вступил в силу 16 июня 1957 года), 284
UNTS 93.

[29]*Дипломатический и консульский персонал Соединенных Штатов в Тегеране (Соединенные Штаты* против *Ирана) (распоряжение от 15 декабря 1979 г.)*, [1979] ICJ Rep. 7.

[30]*Дипломатический и консульский персонал Соединенных Штатов в Тегеране (Соединенные Штаты* против *Ирана)*, [1980] ICJ Rep. 44, [95].

[31]Алжирские соглашения: Декларация правительства Демократической и Народной Республики Алжир, Иран - США, 62 ILR 595 (подписано и вступило в силу 20 января 1981 г.).

что он добивается прекращения дела, в котором еще не был решен вопрос о форме и размере репарации, причитающейся Ирану от Соединенных Штатов. Поэтому 12 мая 1981 года Суд издал постановление, в котором официально заявил о прекращении дела и исключил его из списка.[32]

Дело *"Нефтяные платформы"* было возбуждено Ираном против Соединенных Штатов по заявлению от 2 ноября 1992 г.[33]Иран основывал свои требования на утверждении, что, атаковав и уничтожив ряд иранских морских нефтяных платформ в 1987 и 1988 годах, Соединенные Штаты нарушили Договор о дружбе между двумя государствами 1955 года. Для целей юрисдикции Иран опирался на компромиссную оговорку, содержащуюся в статье XXI(2) договора.

В то время возник вопрос, должен ли Иран обращаться в Суд в соответствии с Договором о дружбе или в Трибунал по претензиям Ирана и Соединенных Штатов в соответствии с пунктом 1 Общей декларации, подписанной Ираном и Соединенными Штатами 19 января 1981 года, и компромиссной оговоркой, содержащейся в пункте 17 этой декларации.[34]Согласно пункту 1, Соединенные Штаты обязались, что политика Соединенных Штатов заключается и впредь будет заключаться в невмешательстве, прямом или косвенном, политическом или военном, во внутренние дела Ирана.[35]Пункт 17 Декларации предусматривает, что, если между сторонами возникнет какой-либо спор относительно толкования или выполнения любого положения Декларации, любая сторона может передать этот спор на обязательный арбитраж в Трибунал по претензиям Ирана и Соединенных Штатов.[36]

В конечном итоге Иран принял решение передать спор в Международный Суд, отчасти потому, что ранее Международный Суд уже рассматривал положения договора, схожего по своей природе с Договором о дружбе, в деле *Никарагуа - Соединенные Штаты*.[37]

Хотя Соединенные Штаты выдвинули предварительные возражения по делу *Oil Plat-forms*, которые не были приняты Судом,[38]впоследствии Соединенные Штаты энергично защищали это дело по существу, в отличие от дела против Никарагуа. В своем решении от 6 ноября 2003 года Суд постановил

[32]*Дипломатический и консульский персонал Соединенных Штатов в Тегеране (Соединенные Штаты* против *Ирана) (постановление от 12 мая 1981 года)*, [1981] ICJ Rep. 47.

(33) "Заявление о возбуждении производства", *Нефтяные платформы (Иран* против *Соединенных Штатов) (решение)*, [2003] ICJ Rep. 161 (*Oil Platforms*).

[34]Текст Общей декларации см. в 1 Iran-US CTR 3. [35]Там же, 3.

[36]Там же, [17].

[37]*Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее (Никарагуа* против *Соединенных Штатов) (по существу)*, [1986] ICJ Rep. 14. Это мнение отражает личные воспоминания автора как адвоката Ирана в то время, но не обязательно отражает точку зрения правительства Ирана.

[38]*Нефтяные платформы (Иран* против *Соединенных Штатов) (Предварительные возражения)*, [1996] ICJ Rep. 803, [55].

что действия Соединенных Штатов против нефтяных платформ не могут быть оправданы как меры, необходимые для защиты их существенных интересов безопасности в соответствии с договором, но что утверждения Ирана о нарушении договора о свободе торговли и судоходства между территориями сторон не могут быть поддержаны.[39]

В 1999 году Пакистан возбудил дело против Индии в связи с *авиационным инцидентом 10 августа 1999 года*, в котором Пакистан в первую очередь опирался на заявление Индии о факультативной клаузуле 1974 года для установления юрисдикции Суда. Однако в своем решении Международный Суд постановил, что он не имеет юрисдикции рассматривать заявление Пакистана в свете "оговорки Содружества" Индии, содержащейся в подпункте (2) первого пункта ее декларации.[40]

Самым последним делом с участием азиатского государства, переданным в МС, является дело о *китобойном промысле в Антарктике*, которое Австралия возбудила против Японии посредством заявления, поданного 31 мая 2010 г.[41]В своем заявлении Австралия просила Суд вынести решение и объявить, что Япония нарушает свои международные обязательства по Международной конвенции о регулировании китобойного промысла при реализации второй фазы своей программы исследования китов по специальному разрешению в Антарктике. Австралия основывала юрисдикцию Суда на заявлениях о принятии, сделанных соответственно Австралией от 22 марта 2002 года и Японией от 9 июля 2007 года в соответствии со статьей 36(2) Статута Суда. На момент подготовки настоящего документа дело находилось на рассмотрении Суда.

Какие выводы можно сделать из этой практики относительно отношения азиатских государств к судебным разбирательствам в МС? Во-первых, из девяти дел с участием азиатских государств, возбужденных путем одностороннего обращения, только в шести из них заявителем выступало азиатское государство (Иран - дважды, Пакистан - дважды, Индия и Камбоджа - по одному разу). Три из этих дел не дошли до стадии рассмотрения по существу либо из-за отсутствия у Суда юрисдикции (*Авиационный инцидент от 10 августа 1999 года*), либо из-за того, что дело было прекращено в результате урегулирования (*Авиационный инцидент от 3 июля 1988 года* и *Суд над пакистанскими военнопленными*). Во-вторых, большинство рассматриваемых дел, как правило, касались конкретных двусторонних отношений. Например, во всех трех делах в

[39] *Нефтяные платформы*, [2003] ICJ Rep. 161, [125].

[40] *Авиационный инцидент от 10 августа 1999 года (Пакистан* против *Индии) (Юрисдикция)*, [2000] ICJ Rep. 12, [46], [56] (*диспозитив*). В заявлении Индии о признании юрисдикции Международного Суда была сделана оговорка: "2) споры с правительством любого государства, которое является или являлось членом Содружества Наций".

(41) "Заявление о возбуждении производства", *Китобойный промысел в Антарктике (Австралия* против *Японии)*, Международный Суд, Общий список № 148, 31 мая 2010 г.

в которых стороной выступал Иран, а другой стороной были Соединенные Штаты. Три других дела касались споров между Индией и Пакистаном. А в деле о *праве прохода* ответчиком выступала Индия. Учитывая столь малый объем выборки, сложно делать широкие выводы о готовности азиатских государств проявить инициативу и обратиться в Суд путем подачи односторонних заявлений. В любом случае, за исключением двух дел, поданных Ираном против США, ни одно азиатское государство не обращалось в Суд ни в одностороннем порядке, ни по специальному соглашению.

Дела, возбужденные по специальному соглашению

Несмотря на рассмотренную выше практику, есть признаки того, что по крайней мере некоторые государства АСЕАН готовы по взаимному согласию передавать некоторые виды споров между собой на рассмотрение Международного суда. За последние десять лет Суд вынес два решения по делам об оспаривании суверенитета над сухопутной территорией (в частности, островами), которые государства АСЕАН передали ему по специальному соглашению. Это дело о *суверенитете над Пулау Лигитан и Пулау Сипадан* между Индонезией и Малайзией, решенное Судом в 2002 году,[42]и дело о *суверенитете над Педра Бранка/Пулау Бату Путех, Средними Скалами и Южным Леджем* между Малайзией и Сингапуром, решенное Судом в 2008 году.[43]

Дело *Индонезии и Малайзии* возникло в связи с переговорами между сторонами о делимитации границ их континентального шельфа, а не как самостоятельный, уже существовавший спор о суверенитете. В 1969 году сторонам удалось согласовать границы континентального шельфа в Малаккском проливе и Южно-Китайском море.[44]Однако когда дело дошло до делимитации границы континентального шельфа у восточного побережья Борнео между Сабахом и Калимантаном, стороны не смогли достичь соглашения из-за возникшего тогда спора о том, какая из сторон обладает суверенитетом над двумя небольшими островами в рассматриваемом районе: Пулау Лигитан и Пулау Сипадан.

Двум государствам потребовалось почти тридцать лет, чтобы договориться о совместной передаче спора в Международный Суд. Специальное соглашение об этом было подписано 31 мая 1997 года в Куала-Лумпуре и подано в секретариат Суда 2

[42]*Суверенитет над Пулау Лигитан*, [2002] ICJ Rep. 625.
[43]*Суверенитет над Педра-Бранка*, [2008] ICJ Rep. 12.
[44]Jonathan Charney and Lewis Alexander (eds.), *International Maritime Boundaries*, Vol.I (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993), 1025.

Ноябрь 1998 года. В этом документе МКЮ было предложено определить на основе договоров, соглашений и других доказательств, представленных сторонами, принадлежит ли суверенитет над Пулау Лигитан и Пулау Сипадан Индонезии или Малайзии.

В ходе разбирательства по делу Филиппины подали заявление о разрешении вступить в дело в соответствии со статьей 62 Статута Суда.[45]В обоснование своей просьбы Филиппины утверждали, что Суд, вероятно, рассмотрит ряд договоров и других документов по делу, которые могут иметь отношение к историческим притязаниям Филиппин на Северный Борнео. Эта просьба была отклонена Судом в 2001 году, поскольку Филиппины не продемонстрировали интерес юридического характера, который может быть затронут решением по данному делу.[46]В следующем году Суд вынес решение по существу спора, в котором постановил, что суверенитет над двумя островами принадлежит Малайзии.[47]

Есть некоторые анекдотические свидетельства индонезийской стороны о том, что во время переговоров рассматривалась возможность передачи спора в рамках АСЕАН в соответствии с Договором о дружбе и сотрудничестве в Юго-Восточной Азии 1976 г.[48]Однако Малайзия явно убедила Индонезию, что, поскольку Малайзия имеет ряд пограничных или суверенных споров с другими государствами-членами АСЕАН, это нецелесообразно. Поэтому было принято решение передать спор в Суд - впервые два азиатских государства обратились в Международный Суд на основании специального соглашения.

Дело *Малайзии и Сингапура* о Педра-Бранка/Пулау-Бату-Путех, Миддл-Рокс и Саут-Ледж также имело долгую историю. Впервые спор возник в 1979 году, когда Малайзия опубликовала карту, на которой остров Педра-Бранка, расположенный в восточной части Сингапурского пролива, был обозначен как принадлежащий Малайзии. Сингапур выразил протест в 1980 году.

После этого стороны вступили в длительные переговоры, в ходе которых каждая сторона подготовила и представила другой документы и аргументы в поддержку своей позиции. Решение о передаче вопроса на рассмотрение третьей стороны было принято только в 1994 году, спустя примерно четырнадцать лет после возникновения спора.[49]

(45) "Заявление о разрешении на вмешательство", *Суверенитет над Пулау Лигитан и Пулау Сипадан (Индонезия/Малайзия)*, [2001] ICJ Rep. 575.

46 Там же. 47 *Суверенитет над Пулау Лигитан*, [2002] ICJ Rep. 625, [150].

48 Договор о дружбе и сотрудничестве в Юго-Восточной Азии (открыт для подписания 24 февраля 1976 г., вступил в силу 15 июля 1976 г.), 1025 UNTS 316.

(49) S. Jayakumar and Tommy Koh, *Pedra Branca, The Road to the World Court* (Singapore: NUS Press, 2009) 20, 32-3.

После этого сторонам потребовалось еще четыре года, чтобы выработать условия специального соглашения, и еще больше времени, прежде чем это соглашение было нотифицировано в МКЮ. Один из вопросов, который необходимо было решить, заключался в том, следует ли ограничить запрос в Суд вопросом суверенитета над Педра-Бранка/Пулау-Бату-Путех или же он должен включать также Миддл-Рокс и Саут-Ледж.[50]Кроме того, Малайзия в то время занималась своим делом в МС с Индонезией, специальное соглашение по которому было подписано до заключения малайзийско-сингапурского соглашения. Малайзия, очевидно, хотела завершить это дело, прежде чем браться за новое.

После вынесения Судом решения по делу *Индонезия/Малайзия* 24 июля 2003 года в Суд было направлено совместное уведомление о специальном соглашении между Малайзией и Сингапуром. 23 мая 2008 года Суд вынес решение, в котором установил, что суверенитет над Педра-Бранка/Пулау-Бату-Путех принадлежит Сингапуру, суверенитет над Средними скалами принадлежит Малайзии, а суверенитет над Южным ледджем (приливная возвышенность) принадлежит государству, в территориальных водах которого он расположен.[51]Как рассказали представитель Сингапура и другой высокопоставленный правительственный чиновник в книге, написанной ими по этому делу,

> Дело Педра-Бранка стало важным событием в наших двусторонних отношениях с Малайзией. Оно наконец-то позволило завершить этот давний спор между двумя странами. Помимо двусторонних отношений, это дело послужило хорошим примером для остальных стран региона в отношении преимуществ дружественного урегулирования споров с помощью третьей стороны.[52]

Надеюсь, эти слова найдут отклик у других азиатских государств, особенно в делах, связанных со спорным суверенитетом или морскими границами. В обоих делах, которые были возбуждены азиатскими государствами в соответствии со специальным соглашением, соответствующие правительства имели в своем распоряжении высококомпетентные внутренние команды, а также опытные группы иностранных адвокатов. По мнению автора, при рассмотрении вопроса о передаче своих споров в Суд Малайзия, Индонезия и Сингапур учитывали тот факт, что Международный Суд имеет большой опыт разрешения территориальных споров на основе международного права. Даже если окончательные результаты нельзя было предсказать с уверенностью, из практики Суда было достаточно ясно, какие принципы и нормы международного права будут применяться при решении вопросов, связанных с приобретением и сохранением права собственности

[50]Там же, 36-7. [51]*Суверенитет над Педра-Бранка*, [2008] ICJ Rep. 12, [300].
[52]Jayakumar and Koh, above n. 49, xviii.

В этом случае, как и в случае с суверенитетом над территорией, государство может предъявить более выгодные права на данную территорию.

Арбитраж между азиатскими государствами

Между азиатскими государствами было относительно мало споров, переданных в арбитраж, хотя эта тенденция может измениться в результате использования альтернативных способов разрешения споров, предусмотренных ЮНКЛОС, участниками которой являются более двадцати азиатских государств.

Арбитраж ad hoc и арбитраж на основании двусторонних договоров

Первым современным межгосударственным арбитражным разбирательством между двумя азиатскими государствами стало дело *Ранн-оф-Кутч*. Генезис этого спора, который касался участка границы между Индией и Пакистаном в юго-западном регионе Индийского субконтинента, восходит к периоду до обретения обеими странами независимости. После обретения независимости, и особенно в результате военных действий, вспыхнувших в апреле 1965 года вдоль пограничной зоны, этот вопрос стал более актуальным.[53]

Британские официальные лица были заинтересованы в скорейшем прекращении огня и с этой целью вступили в переговоры с обеими сторонами, пытаясь выступить посредниками в урегулировании спора. При содействии Великобритании стороны в конце концов заключили соглашение о прекращении огня, в котором они также согласились на арбитраж, 30 июня 1965 года. После этого в начале 1966 года в Женеве был создан арбитражный суд в составе трех человек, который вынес свое решение в феврале 1968 года.[54]Как отметил в то время один из авторов в отношении арбитражного разбирательства,

> Однако, прежде всего, арбитраж по *делу Ранн-оф-Кутч* демонстрирует, что даже сегодня можно достичь мирного урегулирования в споре, затрагивающем большие территории.

(53) J. Gillis Wetter, "The Rann of Kutch Arbitration", 65 AJIL 346.

[54] *Западная граница Индо-Пакистана (Ранн-оф-Кутч)*, (1968) 17 RIAA 1. Совсем недавно правительство Франции сыграло аналогичную роль в споре между Йеменом и Эритреей. В 1995 году между двумя странами вспыхнули военные действия на островах Ханиш в южной части Красного моря. Франция, при содействии Эфиопии и Египта, сначала помогла заключить "Соглашение о принципах" в мае 1996 года, в котором две страны согласились на арбитражное урегулирование спора о суверенитете над островами. Впоследствии Министерство иностранных дел Франции выступило в качестве посредника в переговорах по заключению подробного арбитражного соглашения от 3 октября 1996 года, согласно которому был создан арбитражный суд для решения в два этапа вопроса о спорном суверенитете и морских границах между сторонами. Копии двух арбитражных решений см: PCA, *The Eritrea-Yemen Arbitration Awards 1998 and 1999* (The Hague: T. M. S. Asser Press, 2005).

> В результате, хотя на первый взгляд и незначительный, он стал причиной войны. Поэтому следует надеяться, что оно послужит прецедентом для урегулирования других споров подобного характера, в которых исчерпывающее и беспристрастное судебное рассмотрение может стать надлежащим средством для обеспечения мирного разрешения вопросов, подлежащих рассмотрению в суде.[55]

Что касается арбитража между государствами в рамках двустороннего договора, то одно недавнее дело заслуживает упоминания. 17 мая 2010 года Пакистан возбудил арбитражное разбирательство против Индии в соответствии с положениями о разрешении споров, содержащимися в статье IX и Приложении G к Договору о водах Инда 1960 года.[56]Несколько необычно то, что Приложение G к договору предусматривает механизм создания Арбитражного суда, состоящего из семи арбитров, для разрешения определенных споров, возникающих в связи с договором. Каждая сторона имеет право назначить двух арбитров; остальные три арбитра назначаются по одному из следующих категорий:

(i) лица, обладающие статусом и репутацией председателя, которые могут, но не обязательно должны быть инженерами или юристами;
(ii) высококвалифицированные инженеры;
(iii) лица, хорошо разбирающиеся в международном праве.

Требование о включении в состав Арбитражного суда как минимум одного инженера обусловлено тем, что Договор о водах Инда вместе с приложениями к нему содержит большое количество технических условий, регулирующих использование вод системы рек Инда и строительство плотин и/или гидроэнергетических проектов на этих реках.

К настоящему времени Третейский суд вынес постановление о временных мерах от 23 сентября 2011 года и организовал два выезда на место (возможно, впервые в международном арбитраже) в проблемный район в Кашмире.[57]В остальном разбирательство продолжается.

Арбитраж по делу *"Кишенганга"* является первым арбитражным разбирательством, возбужденным в рамках Договора по *водам Инда* с момента его заключения в 1960 году. При этом договор также предусматривает возможность вынесения нейтральным экспертом определений по некоторым техническим вопросам, вызывающим разногласия

[55]Wetter, выше n. 53, 357.

[56]Договор о водах Инда, Индия-Пакистан (подписан 19 сентября 1960 года, вступил в силу 12 января 1961 года), 419 UNTS 125.

[57]Разбирательство носит конфиденциальный характер, однако общедоступная информация, включая членов Третейского суда и постановление о временных мерах, может быть размещена на веб-сайте Постоянной палаты третейского суда, которая выступает в качестве секретариата Третейского суда по данному делу.

что сторона может передать в соответствии с положениями договора. Этот механизм уже однажды использовался. Так, 12 февраля 2007 года нейтральный эксперт, назначенный Всемирным банком, вынес Экспертное определение по ряду вопросов, переданных ему Пакистаном в связи с Баглихарской гидроэлектростанцией, построенной Индией на притоке Инда.[58]

В обоих случаях выбор механизма обращения к третьей стороне был продиктован положениями договора. Другими словами, не было возможности передать споры, возникающие в рамках договора, на рассмотрение другого форума.

Наконец, в средствах массовой информации появились сообщения о том, что Сингапур и Малайзия, возможно, рассматривают возможность проведения специального арбитража в связи со спором, касающимся сборов за застройку, связанных с переносом малазийской железнодорожной станции в Сингапуре в другое место, и совместного освоения нескольких участков железнодорожной земли, которые будут задействованы в такой сделке.[59]Подробности арбитража, если он действительно состоится, не сообщаются. Также пока нет сведений о том, был ли назначен какой-либо орган, выполняющий функции регистратора в этом деле. Однако оба государства имеют опыт международных арбитражных и судебных разбирательств благодаря делам в Международном суде ООН и арбитражному разбирательству по Приложению VII, которое Малайзия провела в соответствии с ЮНКЛОС против Сингапура в связи с проектом мелиорации земель вдоль Джохорского пролива.

Судебное разбирательство в рамках Конвенции ООН по морскому праву

Недавняя практика свидетельствует о том, что ряд азиатских государств, вновь сосредоточенных в Южной и Юго-Восточной Азии, готовы передавать споры, возникающие в связи с толкованием или применением UNC-LOS, в арбитраж третьей стороны согласно Приложению VII к Конвенции или в ITLOS.

Приблизительно двадцать два азиатских государства (в зависимости от того, как классифицировать государство как "азиатское") являются участниками ЮНКЛОС. Из них четыре государства подали заявления о "выходе" в соответствии со статьей 298, указав, что они не согласны с обязательным разрешением споров, касающихся, *в частности*,

[58]См. Всемирный банк, "Договор о водах Инда - Статьи и приложения. Баглихарское решение - экспертное определение", 2007 г., доступно по адресу: http://water.worldbank.org/publications/indus-waters-treaty-articles-and-annexures-baglihar-decision-expert-determination.

[59]См. например, "Обмен землями КТМ произведен, но предстоит арбитраж по поводу платы за развитие", *Малайзия Инсайдер*, 20 сентября 2010 г., доступно по адресу www.themalaysianinsider.com/malaysia/article/ ktm-land-swap-done-but-arbitration-for-development-charges/.

Статьи 15, 74 и 83 ЮНКЛОС, касающиеся делимитации территориального моря, исключительной экономической зоны и континентального шельфа. Это Китай, Палау, Республика Корея (Южная Корея) и Таиланд.

В самом первом арбитражном разбирательстве, возбужденном в соответствии с Приложением VII к Конвенции, в качестве ответчика выступало азиатское государство (Япония). Это было дело о *южном голубом тунце*, возбужденное Австралией и Новой Зеландией против Японии в 1999 году. В ожидании формирования состава арбитражного суда оба государства-заявителя подали в ITLOS запрос о предписании временных мер. 27 августа 1999 года ITLOS вынес постановление, в котором установил, что prima facie арбитражный суд, который будет создан, будет обладать юрисдикцией, и указал определенные временные меры.[60]Однако 4 августа 2000 года арбитражный суд (который тем временем был создан в соответствии с Приложением VII) вынес Решение о юрисдикции и приемлемости, в котором постановил, что он не обладает юрисдикцией для вынесения решения по существу спора. В связи с этим трибунал отменил временные меры, которые ранее были предписаны ITLOS.[61]

Второе дело с участием азиатского государства в соответствии с положениями ЮНКЛОС о разрешении споров было возбуждено Малайзией против Сингапура на основании дипломатической ноты, направленной 4 июля 2003 года, в которой Малайзия просила передать спор, касающийся определенных действий по возвращению земель, которые Сингапур осуществлял в проливе Джохор и вокруг него, на рассмотрение арбитражного суда, который должен быть создан в соответствии с Приложением VII к Конвенции. 5 сентября 2003 г., в ожидании формирования состава арбитражного суда, Малайзия подала в МТЛОС просьбу о принятии временных мер в соответствии со статьей 290(5) ЮНКЛОС.[62]

8 октября 2003 года ITLOS предписал ряд временных мер, применимых к обеим сторонам. Они включали в себя предписание двум государствам создать группу независимых экспертов для проведения исследования с целью определения последствий намыва Сингапура и предложить, в случае необходимости, меры по устранению любых неблагоприятных последствий.[63]

После этого Малайзия и Сингапур создали Группу экспертов, которая подготовила и представила как промежуточный, так и окончательный отчет по проекту. После публикации окончательного доклада стороны подписали

[60]*Южный голубой тунец (Австралия и Новая Зеландия* против *Японии) (временные меры) (Постановление от 27 августа 1999 г.),* (1999) 117 ILR 148.

[61]*Южный голубой тунец (Австралия и Новая Зеландия* против *Японии) (Юрисдикция и приемлемость),* (2000) 119 ILR *148.*

и приемлемость), (2000) 119 ILR 508.

[62]*Рекультивация Сингапуром земель в Джохорском проливе и вокруг него (Малайзия* против *Сингапура) (временные меры)*, [2003] ITLOS Rep. 10 (*Рекультивация земель*).

[63]*Land Reclamation (Order of 8 October 2003)*, [2003] ITLOS Rep. 10, [106].

26 апреля 2005 года было заключено мировое соглашение. После этого, 18 мая 2005 года, стороны совместно направили в арбитражный суд письмо с просьбой вынести окончательное решение, обязательное для сторон, на условиях, изложенных в мировом соглашении.[64]1 сентября 2005 года арбитражный суд вынес Решение на согласованных условиях, приложив к нему текст мирового соглашения и прекратив производство по делу.[65]

Что касается споров о морских границах в регионе, то 8 октября 2009 года Бангладеш возбудил отдельные арбитражные дела против Мьянмы и Индии, соответственно, в соответствии со статьей 287 и Приложением VII ЮНКЛОС.

В деле *Бангладеш-Мьянма* Бангладеш и Мьянма 4 ноября 2009 года и 12 декабря 2009 года подали заявления о согласии с юрисдикцией ИТЛОС вместо арбитража по Приложению VII. Это был первый случай, когда ИТЛОС рассматривал дело о делимитации морских пространств. ИТЛОС вынес свое решение 14 марта 2012 года. Хотя это решение следовало прошлой практике Международного Суда, принявшего правило "равноудаленности/ релевантных обстоятельств" для определения хода морской границы, оно открыло новые возможности, продлив делимитационную линию за пределы 200 морских миль от исходных линий сторон в районы внешнего континентального шельфа.[66]Обе стороны в деле, похоже, удовлетворены результатом.

Что касается дела *Бангладеш-Индия*, то на момент подготовки настоящего документа разбирательство по Приложению VII все еще находилось на письменной стадии.

Выводы

На основании анализа прецедентов можно сделать вывод, что, по крайней мере, на региональном уровне ряд азиатских государств занимает более активную позицию в отношении межгосударственных судебных и арбитражных разбирательств. В частности, государства Южной и Юго-Восточной Азии недавно участвовали или участвуют в настоящее время в ряде судебных и арбитражных разбирательств.

В этой связи бывший заместитель премьер-министра и старший министр Сингапура С. Джаякумар высказал глубокую точку зрения на позицию Сингапура в отношении урегулирования двусторонних споров третьими сторонами на основе опыта Сингапура в делах *о мелиорации земель* и *Педра-Бранка*. Как отмечает Джаякумар,

[64]*Land Reclamation (решение от 1 сентября 2005 года)*, 27 RIAA 133. [65]Там же.
[66]*Спор относительно Бенгальского залива*, ITLOS, дело № 16, 14 марта 2012 г.

> Не каждый спор будет иметь юридический подтекст или связан с положениями соглашений. Но когда они возникают, и после двусторонних переговоров возникает тупик, Сингапур последовательно предлагает урегулировать вопрос с помощью механизмов урегулирования споров с участием третьей стороны, будь то международный арбитраж или другие методы, такие как международное судебное разбирательство, например, в Международном суде (МС). Урегулирование споров третьей стороной - это дружественный способ решения трудноразрешимых вопросов. Правительства могут заниматься другими аспектами двустороннего сотрудничества, пока идет процесс урегулирования данного вопроса.[67]

Отражают ли эти взгляды восприятие других азиатских государств, пока неизвестно, хотя недавняя практика, похоже, свидетельствует о готовности по крайней мере некоторых государств передать споры о суверенитете, делимитации и морском праве на разрешение третьей стороны.

Тем не менее, есть и заметные исключения. Например, несмотря на то, что и в Китае (Ши, 2003-6), и в Японии (Овада, 2009-12) один из их граждан в течение последних десяти лет занимал пост председателя Международного Суда, ни одно из государств не возбуждало разбирательства в Суде или в соответствии с ЮНКЛОС, будь то по одностороннему заявлению или специальному соглашению. В то время как Япония выступала ответчиком по двум делам, возбужденным неазиатскими государствами (одно дело в МС и один арбитраж по Приложению VII), Китай остается единственным постоянным членом Совета Безопасности, который не был стороной в деле МС.

Даже в том, что касается вопросов делимитации морских пространств, остается ряд, казалось бы, неразрешимых споров. Например, значительная часть Сиамского залива остается недоступной для разведки углеводородов из-за давнего спора между Таиландом и Камбоджей, начавшегося в начале 1970-х годов. Тот факт, что Таиланд не продлил срок действия своего заявления о факультативной оговорке и подал заявление об отказе от участия в соответствии со статьей 298 ЮНКЛОС, делает маловероятным разрешение этого спора в ближайшее время с помощью третьей стороны или арбитража при отсутствии соглашения между сторонами.

Также хорошо известно, что важные вопросы суверенитета и делимитации остаются нерешенными в Южно-Китайском море и в районах, лежащих дальше к северу. Учитывая количество государств, вовлеченных в эти споры, и отсутствие достаточных юрисдикционных связей, связывающих все эти государства, обращение к разрешению споров третьей стороной может вновь оказаться труднодостижимым на данный момент.

(67) S. Jayakumar, *Diplomacy: Сингапурский опыт* (Сингапур: Straits Times Press, 2011), 176.

9

Африканские взгляды на межгосударственные судебные процессы

МАКАНЕ МОЭЗЕ МБЕНГЕ

> В своей речи 16 января 1925 года президент Макс Хубер заявил, что в силу своей судебной функции Суд должен возвышаться над столкновением интересов и страстей людей - над партийными, классовыми, национальными и расовыми [. . .] Таким образом, в самом своем существовании Суд сохраняет и культивирует идеи, общие для всего человечества. От Суда требуется, чтобы он способствовал миру, разрешая переданные ему споры. Возможно, он внесет еще больший вклад, прививая знания о том, что, в конце концов, объединяет человечество.[1]

Развенчание мифа: африканское "недоверие" к международным судебным решениям

Пройден долгий путь с 1952 года, когда Международный суд ООН (МС) вынес решение по *делу о правах граждан Соединенных Штатов Америки в Марокко*.[2]Хотя "правовые интересы Марокко составляли сам предмет"[3]спора между Францией и Соединенными Штатами, Марокко не могло быть стороной в споре из-за своего статуса французского протектората в то время. Эта ситуация не была уникальной для Марокко.[4]Она касалась

[1]Речь президента Басдеванта, ICJ Pleadings, Oral arguments, Documents, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion of 11 April 1949, 46.

[2]*Дело о правах граждан Соединенных Штатов Америки в Марокко (France* v. *United States)*, [1952] ICJ Rep. 176.

[3]Ссылаясь на выражение, использованное Международным Судом для формулировки "принципа монетарного золота", *"Монетарное золото, изъятое у Италии в 1943 году (Италия* против *Франции, Соединенного Королевства и Соединенных Штатов)* (1954) ICJ Rep. 19, 32.

[4]Правовые интересы Марокко также являлись предметом споров в Постоянной палате международного правосудия (ППМП). См. *Декреты о гражданстве в Тунисе и Марокко (Advisory Opinion)*, [1923] PCIJ (ser. B) No. 4; *Фосфаты в Марокко (Италия* против *Франции)*, [1938] PCIJ (ser. A/B) No. 74. В эпоху ППГХО, помимо двух вышеупомянутых дел, еще одно дело касалось африканской страны, а именно Бельгийского Конго: см. *Оскар Чинн (Соединенное Королевство* против *Бельгии)*, [1934] PCIJ (ser. A/B) № 63. Что касается межгосударственного

квазитотальность[5]африканских стран, находившихся в колониальной или иной зависимости.[6]Поэтому неудивительно, что более половины двадцатого века Африка вносила очень незначительный вклад в "развитие современного судебного урегулирования международных споров".[7]

В течение значительной части двадцатого века африканские страны не принимали участия в арбитраже. Что касается разбирательств в PCIJ и ICJ, то некоторые их интересы юридического характера иногда затрагивались без возможности быть стороной в арбитражном разбирательстве. Например, *"Дезертиры Касабланки" (Франция* против *Германии)*, ППТС, 22 мая 1909 года.

[5]Были и исключения. К 1945 году четыре африканские страны были признаны государствами: Египет, Эфиопия, Либерия и Южная Африка. Интересно отметить, что, например, третье дело, переданное в Международный Суд, касалось спора между Францией и другим африканским государством (Египтом). См. ICJ, "Filing by France of an Application an Instituting Proceedings against Egypt", пресс-релиз 1949/17, 14 октября 1949 года. Дело было прекращено по просьбе французского правительства. *Защита французских граждан в Египте, постановление от 29 марта 1950 года* [1950] ICJ Rep. 59. Также следует отметить тот факт, что Египет представил письменные заявления в ходе четвертого и пятого консультативных разбирательств, которые рассматривал Международный Суд за всю свою историю. См. ICJ Pleadings, Oral arguments, Documents, *Competence of the General Assembly for the admission of a State to the United Nations*, Advisory Opinion of 3 March 1950, 156; ICJ Pleadings, Oral arguments, Documents, *International Status of South-West Africa*, Advisory Opinion of 11 July 1950, 67-71. См. также письменное заявление правительства Либерии в ICJ Pleadings, Oral arguments, Documents, *Constitution of the Maritime Safety Committee of the Inter-Governmental Maritime Consultative Organization*, 34-85.

[6]О влиянии такого статуса на участие африканских стран в межгосударственных судебных процессах см. T. O. Elias, *The International Courtof Justice and Some Contemporary Problems* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1983), 299. По словам автора, "Африка в том или ином аспекте предстает перед Судом со времен Лиги Наций, хотя, к сожалению, чаще в качестве объекта, а не субъекта международного права". См. также A. Mahiou, "Pre´face", in D. Perrin, *La Cour internationale de Justice et l'Afrique* (Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005), Vol. I, 7: "С самого начала континент стал предметом споров в тот момент, когда колониальные державы потребовали от суда указать права каждой из них в рамках их курса на раздел Африки".

(7) P. B. A. Ajibola, "Africa and the International Court of Justice", in C. A. Armas Barea et al. (eds.), *Liber Amicorum "In Memoriam" of Judge Jos´e Maria Ruda* (The Hague: Kluwer Law International, 2000) 353. Тем не менее, существуют примеры межгосударственных арбитражных дел с участием африканских государств, которые свидетельствуют о том, что Африка внесла определенный вклад в развитие международного урегулирования споров в первой половине XX века и даже во второй половине XIX века: *Соглашение об урегулировании разногласий между султаном Маската и султаном Занзибара и независимости их соответствующих государств*, [1861] 28 RIAA 107; *Арбитражное решение, касающееся делимитации границ между Южно-Африканской Республикой (Трансвааль) и Свободным Оранжевым государством*, [1870] 28 RIAA 125; *Решение по вопросу о границе между Соединенным Королевством и Южно-Африканской Республикой.*
Republic (Transvaal), [1885] 28 RIAA 185; *Affaire de l'attaque de la caravane du maharao de Cutch (Royaume-Uni contre E´thiopie)*, [1927] 2 RIAA 821; *Salem case (Egypt, USA)*, [1932] 2 RIAA 1161; *Инцидент с Вальвалем (Италия против Эфиопии)*, [1935] 3 RIAA 1657; *Дело Общества Радио-Ориента (Эмираты Леванта под мандатом Франции против Египта)*, [1940] 3 RIAA

Однако после того, как большинство африканских стран обрели независимость и присоединились к международному суверенитету, ситуация изменилась. С этого момента африканские государства постепенно стали полностью осознавать одну из существенных черт своей международной правосубъектности: компетенцию или способность предъявлять международные претензии.[8]Как указал Международный Суд ООН, "эта способность, безусловно, принадлежит государству: государство может предъявить международную претензию к другому государству. Такой иск принимает форму иска между двумя политическими образованиями, равными по праву, сходными по форме и являющимися непосредственными субъектами международного права".[9]Несмотря на то, что африканские государства не были конкретными адресатами такого заявления, оно имело огромное значение для этих государств. Действительно, в нем утверждалось, что вступление в государственность позволит африканским государствам на равной основе обращаться к международному суду, чтобы сохранить свою независимость и, что самое главное, воспользоваться защитой международного правопорядка.[10]Для новорожденных наций, которые в экономическом, социальном и политическом плане были одними из самых слабых государств в международном сообществе, это был важнейший предохранительный клапан. В конечном итоге это позволило бы "мошке [иметь] смелость противостоять орлу и льву"[11].

Сдержанность африканских государств - именно то, что произошло впоследствии. Уже в 1960 году - на пике волны независимости на континенте - два африканских государства (Эфиопия и Либерия) обратились в Международный суд по двум спорам с ЮАР, касающимся статуса Юго-Западной Африки. Это был первый случай, когда африканские государства инициировали спорные разбирательства в МС. Решения Суда по предварительным возражениям (1962 и

1871; *Управление некоторыми объектами государственной собственности в Ливии (Италия* против *Соединенного Королевства и Соединенного Королевства Ливии)*, [1952/1953] 12 RIAA 357.

[8]Согласно определению Международного суда ООН, "Компетенция предъявлять международные претензии - это, для тех, кто ею обладает, способность прибегать к обычным методам, признанным международным правом для установления, предъявления и урегулирования претензий. Среди этих методов можно упомянуть протест, просьбу о проведении расследования, переговоры и просьбу о передаче дела в арбитражный суд или в Суд в той мере, в какой это может быть разрешено Статутом". *Возмещение ущерба, причиненного на службе Организации Объединенных Наций (Консультативное заключение)*, [1949] ICJ Rep. 174, 177.

[9]Ibid., 177-8.

[10]Как утверждал Лаутерпахт, "международные урегулирования - это зарождающееся международное законодательство". Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the Permanent Court of International Justice* (London: Longman, Green & Co., 1934), 309.

[11]*Вопросы толкования и применения Монреальской конвенции 1971 года в связи с авиационным инцидентом в Локерби (Ливийская Арабская Джамахирия* против *Соединенных Штатов) (Ливийская Арабская Джамахирия* против *Соединенного Королевства)*, CR/97/20 (перевод), г-н Эль-Муртади Сулейман, 26, [3.20].

1966 г.)[12]по этим делам были подвергнуты значительным комментариям,[13]и описаны как "ознаменовавшие переломный момент в роли Суда".[14]Помимо законной критики, которую можно высказать в отношении решения Суда 1966 г. по *делам Юго-Западной Африки*, из разбирательств по этим делам следует, что африканские государства традиционно не выступают против идеи международного судебного разбирательства или, более конкретно, против подчинения себя юрисдикции международных судов и трибуналов. Думать обратное - заблуждение.[15]Очень рано африканские государства стали придерживаться идеи о том, что международные суды и трибуналы могут стать главной движущей силой в продвижении и укреплении верховенства международного права.[16]

[12]*Дела Юго-Западной Африки (Эфиопия* против *Южной Африки; Либерия* против *Южной Африки) (Предварительные возражения)*, [1962] ICJ Rep. 319; *Дела Юго-Западной Африки (Эфиопия* против *Южной Африки; Либерия* против *Южной Африки) (Вторая фаза)*, [1966] ICJ Rep. 6.

[13]См. например, Rosalyn Higgins, 'The International Court and South West Africa: The Impli-cations of the Judgment", (1966) 42 *International Affairs* 573 (переиздано в Rosalyn Higgins, *Themes and Theories: Selected Essays, Speeches, and Writings in International Law*, Vol. 2 (Oxford University Press, 2009) 758); G. Fischer, 'Les re´actions devant l'arre`t de la CIJ concernant le Sud-ouest africain', (1966) *Annuaire fran¸cais de droit international* 144; Richard A. Falk, "The South West Africa cases: an appraisal", (1967) 21 *International Organization* 1; W. Friedman, "The jurisprudential implications of the South West Africa case", (1967) 6 *Columbia Journal of Transnational Law* 1; Joel Trachtman, "The South West Africa cases and the development of international law", (1976-7) 5 *Millennium: Journal of International Studies* 292; Georges Abi-Saab, 'The International Court as a World Court', in Vaughan Lowe and Malgosia Fitzmaurice (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge University Press, 1996) 3;
И. де ла Расилья дель Мораль, "*Nihil Novum Sub Sole* since the South West Africa Cases? On *Ius Standi*, ICJ and Community Interests", (2008) 10 *International Community Law Review* 171; M. Kawano, "The Role of Judicial Procedures in the Process of the Pacific Settlement of International Disputes", (2009) 346 *Collected Courses* 413.

[14]Аджибола, выше, п. 7, 356.

[15]См., например, Антонио Кассезе, *Международное право в разделенном мире* (Оксфорд: Кларендон Пресс, 1986), 205. Кассезе считает, что развивающиеся страны неохотно соглашаются на адъюдицию. Обсуждая международный арбитраж, он, тем не менее, признал, что "западные страны очень часто не менее неохотно, чем другие государства, прибегают к [арбитражу]".

[16]См. Mahiou, выше, n. 6, 7. По словам автора, "африканские государства, считающие, что Суд осуществляет универсальное правосудие, не могли не помочь в создании системы, основанной не только на уважении права, но и на мире и гармонии международных отношений: leur approachche du droit international est qu'il ne may y avoir de re`glement harmonieux que par le passage devant le juge qui devient un e`le´ment essentiel pour la revendication d'une conscience juridique internationale.' См. также особое мнение судьи Бадави (*Северные Камеруны (Камерун* против *Соединенного Королевства), (Предварительные возражения)*, [1963] ICJ Rep. 150), где он подчеркивает важность для Камеруна получить "декларативное решение", т.е. получить простое заявление о фактах и юридических выводах относительно нарушений в управлении управляющего органа в течение всего периода опеки, а не решение, имеющее исполнительный характер.

Соответственно, они без колебаний принимали участие в знаковых консультативных процедурах системы ООН[17]или инициировали споры против других африканских или неафриканских государств.[18]Причиной осторожного отношения, если не сказать "враждебной реакции"[19]африканских государств по отношению к системе международного судопроизводства (и, в частности, к Международному Суду) стало чувство разочарования после решения 1966 года по *делу Юго-Западной Африки*.[20]И здесь также ошибочно думать, что только африканские государства были разочарованы решением Суда по *делу Юго-Западной Африки* 1966 года.[21]

Не следует путать "недоверие" с "недоверием". То, что произошло после 1966 года, было просто "недоверием" к способности Международного Суда должным образом защищать особые интересы африканских государств.[22]Поэтому до конца 1970-х годов африканские государства воздерживались от передачи споров в Международный Суд через процедуру рассмотрения споров. Тем не менее, доверие к мирному урегулированию споров посредством международного судебного разбирательства активно отстаивалось и подтверждалось африканскими государствами с момента обретения ими независимости.[23]Это миф.

[17]См., например, письменное заявление, представленное правительством Республики Верхняя Вольта (которая стала независимой в августе 1960 г.) в документе ICJ Pleadings, Oral arguments, Documents, *Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph2 of the Charter)*, Advisory Opinion of 20 July 1962, 123-4.

[18]См. *Северные Камеруны (Камерун* против *Соединенного Королевства) (Предварительные возражения)*, [1963].
ICJ Rep. 15.

[19]Higgins, выше n. 13, 774.

[20]См. Abi-Saab, выше n. 13, 5. Ссылаясь на решение 1966 года, автор поясняет, что "оно ввергло Суд в острый кризис, разрушив доверие значительной части мира, особенно третьего мира, к Суду в его нынешнем виде".

[21]Higgins, выше n. 13, 774: "Выраженное недовольство, иногда в очень резких выражениях, ни в коем случае не ограничивалось африканцами".

[(22)] A. Mahiou, "L'Afrique et la CIJ: un bref aperc¸u de la pratique", in M. Kamga and M. M. Mbengue (eds.), *Liber Amicorum Raymond Ranjeva* (Paris: Pedone 2012) 191. См. также G. Abi-Saab, "Cours ge´ne´ral de droit international public", (1987) 207 *Recueil des cours* 9, 255 (где он говорит о "предполагаемом недоверии" к судебному урегулированию) и 257 (где он говорит, что решение 1966 года *по делам Юго-Западной Африки* "вызвало доверие многих сторон мира, и прежде всего всего всего международного мира, к Суду, который существовал в этот момент"); Georges Abi-Saab, "Evolutions dans le re`glement des diffe´rends e´conomiques depuis la Convention Drago-Porter", in Yves Daudet (ed.), *Top-icality of the 1907 Hague Conference, the Second Peace Conference*, Hague Academy of International Law, Workshop, 2007 (The Hague: Martinus Nijhoff, 2008) 191.

[23]См., например, речь г-на Энго, помощника агента Федеративной Республики Камерун: "Этот Суд, г-н Президент, является великим символом надежды для всех молодых государств, которые, зародившись в результате политической эволюции, только в недавнем прошлом появились на свет в мире, о х в а ч е н н о м смятением и беспорядками. Само его присутствие на этой международной арене придает уверенность в существовании этих молодых государств. Мы находимся здесь, потому что считаем это единственным цивилизованным и желательным способом разрешения споров между любыми двумя государствами. Мы действительно

считают, что африканские государства "с подозрением относятся к устоявшимся механизмам судебного урегулирования".[24]Даже после эпизода 1966 года некоторые африканские государства продолжали участвовать в консультативных процедурах в МС,[25]и таким образом вносить свой вклад в развитие международного права.

Более того, к концу 1970-х годов[26]двенадцать африканских государств уже были участниками системы факультативной оговорки в соответствии со статьей 36(2) Статута Международного Суда.[27]Сегодня двадцать два африканских государства сделали заявления о признании обязательной юрисдикции Суда. Это означает, что половина африканских государств, являющихся участниками системы обязательной юрисдикции, стали таковыми в то время, когда африканские государства ошибочно считались подозрительными по отношению к третейскому суду.[28]Договорная практика также показывает, что на раннем этапе африканские государства были готовы принять оговорки об урегулировании споров в многосторонних договорах, в частности, оговорки об обязательной миссии, ссылающиеся на МС. Это касается фундаментальных

восхищен тем, что мы можем таким образом разрешить спор, не прибегая к политической враждебности и, возможно, насилию". Заявления, устные аргументы, документы Международного Суда, *Дело о Северных Камеронах (Камерун* против *Соединенного Королевства), Предварительные возражения*, открытое слушание 25 сентября 1963 г., 314.

[24]Аджибола, выше, п. 7, 353. См. также Perrin, выше, n. 6, 17 ("континент долгое время считался - вместе с Азией - регионом, который в наибольшей степени способствует принятию международной юрисдикции"). На практике редко можно встретить примеры столь сильного подозрения. Можно вспомнить *решение председателя арбитражного франко-тунисского совета (Франция, Тунис)*, принятое после того, как тунисские арбитры решили не участвовать в арбитражном разбирательстве по Генеральной конвенции 1955 года между Францией и Тунисом, 12 RIAA 271.

[25]См., например, письменное заявление Нигерии (сделанное от имени Организации африканского единства), ICJ Pleadings, Oral arguments, Documents, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Vol. I, 889-897. См. также устное заявление г-на Элиаса (Организация африканского единства), ICJ Pleadings, Oral arguments, Documents, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Vol. II, 88. См. письменное заявление Мавритании и письменное заявление Марокко, ICJ Pleadings, Oral arguments, Documents, *Western Sahara*, Vol. III, 4.

[26]В настоящем материале конец 1970-х годов рассматривается как критическая дата, поскольку он знаменует конец периода, в течение которого африканские государства воздерживались от обращения в Международный Суд. Действительно, в 1978 году Тунис и Ливия передали свой спор о континентальном шельфе в Международный Суд. См. Специальное соглашение между Тунисом и Ливийской Арабской Джамахирией (нотифицировано в Секретариате Международного Суда 1 декабря 1978 года), ICJ Pleadings, *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Vol. I, 3.

[27]Ботсвана (16 марта 1970 года), Египет (22 июля 1957 года), Гамбия (22 июня 1966 года), Кения (19 апреля
1965 года), Либерия (20 марта 1952 года), Маврикий (23 сентября 1966 года), Малави (12 декабря 1966 года).
1968), Сомали (11 апреля 1963), Судан (2 января 1958), Свазиленд (26 мая 1969), Того (25 октября 1979 г.), Того (25 октября 1979 г.) и Уганды (3 октября 1963 г.).

[28]И в то время, когда сэр Хамфри Уолдок уже описывал "упадок факультативной оговорки", (1955-6) 32 BYIL 244.

В то время, когда сэр Хамри Уолдок уже описывал "упадок факультативной клаузулы", (1955-6) 32 BYIL 244.

Говоря о многосторонних договорах, следует особо отметить Конвенцию 1965 года об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств (обычно называемую Конвенцией МЦУИС). Несмотря на то, что этот документ не имеет отношения исключительно к межгосударственным спорам,[32]он, учредивший Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), является, пожалуй, первым договором по урегулированию споров, который был так широко ратифицирован африканскими государствами и в рекордно короткие сроки.[33]Хотя ратификация Конвенции МЦУИС не означает *ipso jure* согласия на арбитраж МЦУИС,[34]популярность этого договора

[29]К концу 1970-х годов следующие африканские государства ратифицировали Конвенцию о геноциде без каких-либо оговорок к ст. IX: Алжир (1963), Буркина-Фасо (1965), Демократическая Республика Конго (1962), Египет (1952), Эфиопия (1949), Гамбия (1978), Гана (1958),
Лесото (1974), Либерия (1950), Мали (1974), Марокко (1958), Тунис (1956).

[30]К концу 1970-х годов Конвенцию о ликвидации всех форм расовой дискриминации ратифицировали следующие африканские государства без каких-либо оговорок к ст. 22: Алжир (1972), Ботсвана (1974), Буркина-Фасо (1974), Бурунди (1977), Камерун
(1971), Кабо-Верде (1979), Центральноафриканская Республика (1971), Чад (1977), Коˆте-д'Ивуар (1973), Демократическая Республика Конго (1976), Египет (1967), Эфиопия (1976), Габон
(1980), Гамбия (1978), Гана (1966), Гвинея (1977), Лесото (1971), Либерия (1976),
Мали (1974), Маврикий (1972), Нигер (1967), Нигерия (1967), Руанда (1975), Сенегал
(1972), Сейшельские острова (1978), Сьерра-Леоне (1967), Сомали (1975), Судан (1977), Свазиленд
(1969), Того (1972), Тунис (1967), Уганда (1980), Танзания (1972) и Замбия (1972).

[31]К концу 1970-х годов следующие африканские государства ратифицировали Протокол, к а с а ю щ и й с я статуса беженцев, без каких-либо оговорок к ст. IV: Бенин (1970), Буркина-Фасо (1980), Бурунди (1971), Камерун (1967), Центральноафриканская Республика (1967), Конго
(1970), Демократическая Республика Конго (1975), Коˆте-д'Ивуар (1970), Джибути (1977), Эфиопия (1969), Габон (1973), Гамбия (1967), Гана (1968), Гвинея (1968), Гвинея-
Гвинея (1968), Гвинея-Бисау (1976), Либерия (1980), Мали (1973), Марокко (1971), Нигер (1970), Нигерия (1968),
Сенегал (1967), Сейшельские острова (1980), Сомали (1978), Судан (1974), Свазиленд (1969), Того (1969), Тунис (1968), Уганда (1976), Замбия (1969).

[32]Ст. 64 является единственным положением Конвенции МЦУИС, которое предусматривает межгосударственный судебный процесс.

[33]К концу 1970-х годов Конвенцию МЦУИС ратифицировали следующие африканские государства: Бенин (1966), Ботсвана (1970), Буркина-Фасо (1966), Бурунди (1969), Камерун (1967), Центральноафриканская Республика (1966), Чад (1966), Коморские острова (1978), Демократическая Республика Конго (1970), Республика Конго (1966), Ко't-д'Ивуар (1966), Арабская Республика Египет (1972), Габон (1966), Гамбия (1974), Гана (1966), Гвинея (1968), Кения (1967),
Лесото (1969), Либерия (1970), Мадагаскар (1966), Малави (1966), Мали (1978), Маври
тания (1966), Маврикий (1969), Марокко (1967), Нигер (1966), Нигерия (1965), Руанда
(1979), Сенегал (1967), Сейшельские острова (1978), Сьерра-Леоне (1966), Сомали (1968), Судан
(1973), Свазиленд (1971), Того (1967), Тунис (1966), Уганда (1966), Замбия (1970).

[34]Согласие может быть дано в оговорке, включенной в инвестиционное соглашение (например, двусторонний инвестиционный договор (ДИД)) и предусматривающей передачу в МЦУИС будущих споров

[35)]подтверждает сильную приверженность африканского континента идее международного судебного разбирательства. Иными словами, "привлекательность судебного разбирательства" является ключевым, если не сказать определяющим, фактором политического выбора, который приведет африканское государство к участию или отказу от участия в том или ином судебном или арбитражном механизме.[38]Привлекательность является *смыслом существования* системы МЦУИС,[39]поэтому неудивительно, что подавляющее большинство

вытекающие из этого соглашения или в *компромиссе* по уже возникшему спору. Согласие также может быть дано принимающим государством в его национальном инвестиционном законодательстве. По вопросу о согласии на арбитраж МЦУИС через национальные инвестиции см.
M. Mbengue, "National Legislations and Unilateral Acts of States", in T. Gazzini and E. de Brabande`re (eds.), *The Sources of Rights and Obligations in Transnational Investment Law* (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2012) 183. См. также Makane M. Mbengue, "Согласие на арбитраж через национальное инвестиционное законодательство", (2012) 2(4) *Investment Treaty News* 7.

[35]См. A. Agyemang, 'African States and ICSID arbitration', (1988) 21 *Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 177.

[36]В преамбуле Конвенции МЦУИС говорится о "необходимости международного сотрудничества в целях экономического развития и роли международных частных инвестиций в этом процессе" (первый пункт преамбулы Конвенции МЦУИС).

[37]Важно напомнить, что африканское государство, то есть Габон, стало первым в истории МЦУИС государством, инициировавшим иск против иностранного инвестора (*Government of Gabon* v. *Soci´et´e Serete*, ICSID Case No. ARB/76/1). Комментарии по этому делу, которое было прекращено, см. в I. F. I. Shihata, A. R. Parra, "The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes", (1999) 15 *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal* 316. См. также М. Торал и Т. Шульц, "Государство - вечный ответчик в инвестиционном арбитраже? Some Unorthodox Considerations", in M. Waibel, A. Kaushal, K.-H. L. Chung, and Cl. Balchin (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality* (The Hague: Kluwer Law International, 2010) 589.

[38]Хотя речь идет о развивающихся странах в целом, см. аналогичную позицию в контексте ГАТТ 1947 г. в W. J. Davey, 'Dispute Settlement in GATT', (1987) 11 *Fordham International Law Journal* 90: "Развивающиеся страны лишь изредка использовали систему разрешения споров... В значительной степени это, по-видимому, является следствием их убежденности в том, что эта система в лучшем случае предназначена для разрешения споров между основными развитыми странами. Считается, что им бесполезно ссылаться на эту систему, поскольку ГАТТ не отнесется с пониманием к их претензиям и что даже если они выиграют дело, у них не будет дипломатических или экономических рычагов, чтобы обеспечить выполнение решения". См. также M. L. Busch и E. Reinhardt, 'Developing Countries and GATT/WTO Dispute Settlement', (2003) 37 *Journal of World Trade* 719 (где они утверждают: 'В основе презумпции, конечно, лежит то, что развивающиеся страны были особенно плохо обслуживаемы дипломатией ГАТТ').

[39]См. МЦУИС, "Доклад исполнительных директоров по Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств", (1965) 1 ICSID Rep. 25, пп. 9 и 12: "Создание института, призванного содействовать урегулированию споров между государствами и иностранными инвесторами, может стать важным шагом на пути к созданию атмосферы взаимного доверия и, таким образом, стимулировать увеличение притока частных инвестиций".

В результате создания института, призванного разрешать споры между государствами и иностранными инвесторами, может стать важным шагом на пути к созданию атмосферы взаимного доверия и, таким образом, стимулировать увеличение потока частных инвестиций.

Такое же увлечение не распространялось на Постоянную палату третейского суда (ППТС) в течение нескольких десятилетий после обретения независимости большинством африканских стран.[40]Гаагские конвенции 1899[41]и 1907[42]годов действительно задумывались как отражение интересов бывших колониальных держав[43]и были заключены в то время, когда подавляющее большинство африканских государств не являлись членами международного сообщества. Судебное разбирательство третьей стороной никогда не может быть привлекательным для государства или группы государств, если оно направлено на легитимацию или навязывание ядра ценностей, которые не полностью разделяются данным государством(ами).[44]Действительно, приверженность международному

Присоединение страны к Конвенции послужит дополнительным стимулом и будет способствовать увеличению притока частных международных инвестиций на ее территорию, что является основной целью Конвенции".

[40]К концу 1970-х годов членами ППТС были только девять африканских государств: Буркина-Фасо (1961), Камерун (1961), Демократическая Республика Конго (1961), Египет (1907), Маврикий (1970), Сенегал (1977), Судан (1966), Свазиленд (1970) и Уганда (1966). Другими африканскими государствами-членами ППТС являются Бенин (2005), Эритрея (2003), Эфиопия (2003), Кения (2006), Ливия (1996), Мадагаскар (2009), Марокко (2001), Нигерия (1987), Южная Африка (1998).

(1987), ЮАР (1998), Того (2004), Замбия (2000) и Зимбабве (1984). Интересно отметить, что между моментом, когда первые африканские государства стали членами СПС, и моментом, когда другие африканские государства стали ее членами, прошел промежуток почти в тридцать лет, а иногда и больше: Бенин (2005), Эритрея (2003), Эфиопия (1973), Кения (2006), Ливия (1996), Мадагаскар (2009), Марокко (2001), Нигерия (1987),

Южная Африка (1998), Того (2004) и Замбия (2000).

[41]Конвенция о тихоокеанском разрешении международных споров (подписана 29 июля 1899 года, вступила в силу 4 сентября 1900 года), 32 Stat. 1799.

[42]Конвенция о тихоокеанском разрешении международных споров (подписана 18 октября 1907 г., вступила в силу 26 января 1910 г.), 36 Stat. 2199.

[43]Shabtai Rosenne, *The Hague Peace Conferences of 1899 and 1907 and International Arbi-tration: Reports and Documents* (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2001), xxvi ("Все европейские державы с заморскими владениями той эпохи приняли участие в обеих мирных конференциях, и ратифицированные конвенции были, согласно международному праву того времени, применимы ко всем их территориям … в протоколах обеих конференций нет никаких признаков участия заморских территорий или какого-либо учета их интересов"). См. также Martti Koskenniemi, "The Ideology of International Adjudication and the 1907 Hague Conference", in Yves Daudet (ed.), *Topicality of the 1907 Hague Confer-ence, the Second Peace Conference*, Hague Academy of International Law, workshop, 2007 (The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 2008) 135 ("Конференция 1899 года была по-прежнему европейским делом") и 139 ("Вторая мирная конференция была с самого начала и до конца, с небольшим интерлюдированием России, американским делом").

(44) G. Oduntan, 'Africa before International Courts: Разрыв между поколениями в международном судопроизводстве и арбитраже", (2004) 5 *The Journal of World Investment and Trade* 979:

[45]И так часто идеология совпадает с родственными связями.

Реальность: африканская "идеология" судебного разбирательства

Каждый континент руководствуется различными идеологическими парадигмами судопроизводства.[46]В определенной степени африканские государства сформировали африканскую идеологию международного судопроизводства, которая основана на двух аксиомах: "аксиоме регионализации" и "аксиоме де-легализации".[47]

Аксиома регионализации

Вскоре после обретения независимости регионализация урегулирования споров - то есть разрешение споров на уровне континента - стала предпочтительным вариантом для африканских государств. Организация африканского единства (ОАЕ) даже определила урегулирование споров в качестве одной из своих основных институциональных целей. Неудивительно, что в Уставе ОАЕ было предусмотрено создание Комиссии по посредничеству, примирению и арбитражу.[48]Идея заключалась в том, что Комиссия по посредничеству, примирению и арбитражу будет нести своего рода главную ответственность за мирное урегулирование споров между африканскими государствами. Обращение к универсальным судебным механизмам, таким как Международный Суд, будет лишь крайним средством, в ситуациях, когда спор не будет передан в Комиссию или когда последняя окажется неспособной разрешить спор. Этот постепенный подход был четко выражен

Без ущерба для многочисленных достижений ППТС за 104 года его существования, можно утверждать, что его деятельность в отношении Африки была менее чем удовлетворительной".

[45]См. Коскенниеми, который использует формулу "Судебное разбирательство как идеология", выше n. 43, 127.

[46]Например, Европа и Америка - единственные континенты, заключившие общие договоры об урегулировании споров: Американский договор о тихоокеанском урегулировании (подписан 30 апреля 1948 года, вступил в силу 6 мая 1949 года), 30 UNTS 84 (широко известный как Боготский пакт) и Европейская конвенция о тихоокеанском урегулировании споров (подписана 29 апреля 1957 года, вступила в силу 30 апреля 1958 года), 320 UNTS 243.

[47]Хотя на практике такое случается крайне редко, можно упомянуть и об "аксиоме солидарности". См. Аби-Сааб, который объясняет, что Эфиопия и Либерия подали заявки *по делам Юго-Западной Африки* от имени африканских стран. Abi-Saab, "Cours ge´ne´ral", выше n. 22, 255.

[48]Об этой комиссии см. P. Mweti Munya, "The Organization of African Unity and Its Role in Regional Conflict Resolution and Dispute Settlement: Критическая оценка", (1999) 19 *Boston College Third World Law Journal* 547. Автор подчеркивает, что "сложность этой комиссии подчеркивает серьезность, с которой основатели ОАЕ относились к разрешению споров мирными средствами". Ibid., 547.

или имплицитно воплощены в некоторых договорах, заключенных между африканскими государствами.[49]

Впервые регионализация урегулирования споров совпала с тенденцией к созданию определенной иерархии между региональными дипломатическими форумами по урегулированию споров и универсальными судебными органами. Действительно, хотя Комиссия ОАЕ по посредничеству, примирению и арбитражу могла заниматься и арбитражем, по своей природе она была скорее дипломатической, чем какой-либо другой. Такая иерархия может рассматриваться как логическое следствие "культуры" урегулирования споров, если не сказать идеологии, судебного разбирательства в Африке. Африканские государства по определению больше тяготеют к переговорам, чем к судебному разбирательству.[50]Однако следует ли воспринимать эту тенденцию как пренебрежение к судебному разрешению споров?[51]Или предпочтение дипломатии (т.е. переговоров) или "взаимосогласованных решений" следует рассматривать как африканское "исключение"? Сложно сделать однозначные выводы.

Например, что касается первого вопроса, то некоторые ученые подчеркивают структурные причины, объясняющие тот вес, который в теории придавался Комиссии ОАЕ по посредничеству, примирению и арбитражу в

[49]Формулировки варьируются в зависимости от рассматриваемых договоров. См. например, Африканская конвенция об охране природы и природных ресурсов (подписана 15 сентября 1968 года, вступила в силу 16 июня 1969 года), 1001 UNTS 4 (ст. XVIII); Акт о судоходстве и экономическом сотрудничестве между государствами бассейна реки Нигер (подписан 26 октября 1963 года, вступил в силу 1 февраля 1966 года), 587 UNTS 9 (ст. 7); Конвенция о создании Организации по освоению реки Сенегал (подписана 11 мая 1972 года), см. на сайте http://faolex.fao.org/ docs/texts/mul16004.doc (ст. 18); Конвенция о статусе реки Гамбия (подписана 30 июня 1978 г.), размещена на сайтеwww.fao.org/docrep/w7414b/w7414b0b.htm (ст. 18); Соглашение между Федеративной Республикой Нигерия и Республикой Нигер о совместном равноправном освоении, сохранении и использовании их общих водных ресурсов (подписано 18 июля 1990 г.), размещено на сайтewww.fao.org/docrep/w7414b/w7414b10.htm (ст. 17).

[50]См. P. Mweti Munya, "The International Court of Justice and Peaceful Settlement of African Disputes: Проблемы, вызовы и перспективы", (1998) 7 *Journal of International Law and Practice* 164. Автор объясняет, что "первые три десятилетия независимого существования африканских стран как суверенных государств характеризовались безразличием и недоверием к Международному суду. Некоторые ученые находят объяснения этому якобы африканскому скептицизму по отношению к Международному суду, корни которого лежат как в африканской, так и в восточной культурах. Обе культуры предпочитают переговоры и консенсус в качестве идеальных способов разрешения споров".

[51]См., например, R. P. Anand, 'Attitudes of the "New" Asian African Countries towards the International Court of Justice', in Frederik E. Snyder and Surakiart Sathirathai (eds.), *Third World Attitudes towards International Law: An Introduction* (The Hague: Brill, 1987) 17: "Считается, что на политику и отношение этих новых независимых государств к международному праву и отношениям влияют их религиозные и культурные традиции и что они объясняют их непримиримое поведение и отношение, например, к судебному урегулированию международных споров".

Африканская система урегулирования споров.[52]На практике Комиссия ОАЕ по посредничеству, примирению и арбитражу так и не начала функционировать[53]и, следовательно, не смогла показать, что африканские государства больше тяготеют к переговорам, чем к судебному разбирательству, по сравнению с любыми другими государствами-членами международного сообщества.

Это замечание приводит ко второму вопросу: является ли африканским исключением предпочтение культуры дипломатии, а не культуры адъю-дикции. Ответ должен быть отрицательным. Действительно, обращение африканских государств к международным судам и трибуналам "все еще является исключительным методом";[54]но "это справедливо и для остальных членов международного сообщества".[55]Более того, постмодернистские международные судебные процедуры заходят так далеко, что включают дипломатию в судебные процессы. Вспомним, например, механизм урегулирования споров ВТО, который явно отдает приоритет дипломатии перед судебным разбирательством при разрешении международных торговых споров.[56]

Неожиданно провал Комиссии ОАЕ по посредничеству, примирению и арбитражу не привел к тому, что африканские государства стали отказываться от создания форумов, где они могли бы разрешать свои споры дипломатическим или судебным путем. Скорее, это было компенсировано своего рода "бэби-бумом" в создании региональных судов на африканском континенте. Конечно, это не означает, что существует причинно-следственная связь между неуспехом Комиссии ОАЕ по посредничеству, примирению и арбитражу и ростом числа региональных судов и трибуналов на уровне африканского континента. Однако следует отметить, что провал механизма, который был

[52]См. J. G. Merrills, *International Dispute Settlement*, 4th edn (Cambridge University Press, 2005), 284 ("OAE был гораздо более слабым типом региональной организации с акцентом на моральные, а не юридические обязательства и на уважение суверенитета членов").

[53]Там же. О провале Комиссии ОАЕ по посредничеству, примирению и арбитражу см. также T. O. Elias, "The Commission of Mediation, Conciliation and Arbitration of the Organization of African Unity", (1964) BYIL 336; W. J. Foltz, "The Organization of African Unity and the Resolution of Africa's Conflicts", in Francis M. Deng and Ira W. Zartman (eds.), *Conflict Resolution in Africa* (Washington, DC: Brookings Institution Press, 1991) 347.

[54]Ibrahim F. I. Shihata, 'The Attitude of New States toward the International Court of Justice', (1965) 19 *International Organization* 222.

[55]Ibid.

[56]См., например, Взаимопонимание о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, ст. 3(7): "Прежде чем возбудить дело, член Организации должен вынести свое суждение о том, будут ли действия в рамках этих процедур плодотворными". Целью механизма урегулирования споров является достижение положительного решения спора. Предпочтение, безусловно, должно отдаваться решению, взаимоприемлемому для сторон спора и соответствующему охватываемым соглашениям".

В целом же, по своим дипломатическим характеристикам, этот процесс не привел африканские государства к повторению опыта, а, скорее, к закреплению другого пути. Этот путь можно обозначить как "регионализация судебного разбирательства". Он подтверждает тот факт, что африканские государства не испытывают аллергии к межнациональному разрешению споров. Они просто предпочитают, когда это возможно, разрешать эти споры на региональном уровне. Можно даже сказать, что региональные дипломатические средства урегулирования споров и региональные механизмы адъю-дикации развивались в Африке параллельно.

Регионализация судопроизводства сегодня является настоящей аксиомой африканской "идеологии" судопроизводства.[57]Некоторые суды и трибуналы, хотя и исчезнувшие в настоящее время, были созданы довольно рано после деколонизации. Это касается прекратившего свое существование Апелляционного суда Восточноафриканского сообщества (1967-77), Трибунала Восточноафриканского сообщества по общему рынку (1967-77), Трибунала Экономического сообщества западноафриканских государств (1975-91) и Суда Экономического сообщества центральноафриканских государств (1983). Позднее были созданы некоторые другие прекратившие свое существование суды, такие как Суд Союза арабского Магриба (1989) и Суд Африканского экономического сообщества (1991).[58]На данный момент существует по меньшей мере восемь функциональных региональных судов и трибуналов: Общий судебный и арбитражный суд Организации по гармонизации корпоративного права в Африке (1997), Суд Общего рынка Восточной и Южной Африки (1998), Суд Африканского союза (2003), Суд Экономического сообщества западноафриканских государств (ЭКОВАС) (2001), Суд Западноафриканского экономического и валютного союза (1996), Восточноафриканский с у д (2001), Трибунал Сообщества по развитию юга Африки (САДК) (2000),[59]и Африканский суд по правам человека и народов. Таким образом, феномен распространения или умножения международных судов и трибуналов - это проблема, которая возникла не только на международном, но и на региональном уровне в случае Африки.

Причиной увеличения числа созданных африканских судов и трибуналов стало желание африканских государств сохранить свои "возможности".

[57]См. Одунтана, который настаивает на увеличении числа региональных международных судов: G. Oduntan, 'How International Courts Underdeveloped International Law: Политические, экономические и структурные недостатки международного судопроизводства по отношению к развивающимся государствам", (2005) 13 *African Journal of International and Comparative Law* 308.

[58]Информация, предоставленная Проектом по международным судам и трибуналам, "The Interna-tional Judiciary in Context", доступна по адресу: www.pict-pcti.org/publications/synoptic chart/ synop c4.pdf.

[59]Там же, следует отметить, что деятельность Трибунала САДК была де-факто приостановлена в 2010 году на саммите глав государств и правительств САДК.

открытыми"[60]в разрешении своих споров. Иными словами, способствуя развитию региональных судов и трибуналов, африканские государства смогли создать систему преюдиции *a`la carte*, в которой они могли выбирать между тем, чтобы полагаться исключительно на дипломатию или прибегать к помощи региональных судов или универсальных судов и трибуналов. При этом важно подчеркнуть, что судебное разбирательство *a`la carte* относится не только к тем вариантам, которые африканские государства позволяют себе использовать в контексте межгосударственных споров. Оно также включает в себя варианты судебного разбирательства, которые африканские государства предоставляют другим субъектам международного права или негосударственным субъектам, чтобы бросить вызов африканскому государству.

Одно можно сказать наверняка: регионализация судебной системы может предположительно повлечь за собой конкуренцию между африканскими судами и универсальными судами. В свою очередь, конкуренция, если ею не управлять должным образом, может спровоцировать фрагментацию в толковании международного права этими различными судами и трибуналами. Однако перекрестное оплодотворение или, по крайней мере, неформальная координация могут возникнуть в результате использования различных судов как на африканском, так и на универсальном уровне. Не стоит полагать, что африканские государства, подчиняясь региональным судам и трибуналам, намерены отказаться от общего международного права. Вовсе нет. Регионализация судопроизводства подразумевает адаптацию, а также корректировку применения международного права и его толкования с учетом африканских реалий.[61]Она не подразумевает никакого *выхода* из общего международного права.

Тем не менее, на практике могут возникать проблемы судебного диалога или расхождения в толковании. Например, сага о Хиссе-не Хабре рассматривалась, с одной стороны, двумя африканскими судами, Африканским судом по правам человека и народов[62]и Судом ЭКОВАС, а с другой стороны

[60]Stephen M. Schwebel, "The Impact of the International Court of Justice", in Boutros Boutros-Ghali (ed.), *Amicorum Discipulorumque Liber: Мир, развитие, демократия* (Брюссель: Bruylant, 1998) 667.

[61]См. различные материалы в E. A. Ankumah и E. K. Kwakwa (eds.), *African Per-spectives on International Criminal Justice*, (Accra-Maastricht-Pretoria: Africa Legal Aid, 2005).

[62]*Мишелот Йогомбайе* против *Республики Сенегал*, Африканский суд по правам человека и народов, заявление № 001/2008, решение от 15 декабря 2009 года. В декабре 2009 года Африканский суд по правам человека и народов постановил, что он не обладает юрисдикцией для рассмотрения заявления, поданного в августе 2008 года против Республики Сенегал и направленного на прекращение текущего разбирательства, возбужденного этим государством с целью предъявления обвинения, судебного разбирательства и вынесения приговора Хиссене Хабре. Африканский суд по правам человека и народов основывал свое решение на том, что Сенегал не сделал заявления о признании своей юрисдикции по рассмотрению подобных заявлений в соответствии со ст. 34(6) Протокола к Африканской хартии прав человека и народов об учреждении Африканского суда по правам человека и народов.

с подачи Международного суда. Косвенное столкновение между Судом ЭКОВАС и МС заслуживает упоминания.

В решении от ноября 2010 года[63] Суд ЭКОВАС вынес решение по заявлению, поданному в октябре 2008 года, в котором Хабре - правитель Чада с 1982 года до своего свержения в 1990 году - просил суд признать, что его права человека будут нарушены Сенегалом в случае возбуждения дела против него. Отметив наличие доказательств, указывающих на потенциальные нарушения прав человека Хабре в результате конституционных и законодательных реформ Сенегала, Суд ЭКОВАС обязал Сенегал соблюдать принцип отсутствия обратной силы. Суд ЭКОВАС подчеркнул, что мандат, полученный Сенегалом от Африканского союза, фактически заключался в том, чтобы разработать и предложить все необходимые меры для преследования и суда над Хабре "в строгих рамках специального международного разбирательства ad hoc". Таким образом, в решении ЭКОВАС, по сути, говорилось, что Сенегал не может преследовать Хабре, передав его дело своим компетентным органам для осуществления судебного преследования. По мнению Суда ЭКОВАС, это может сделать только специальный трибунал, имеющий международный характер.

МС, со своей стороны, пришел к выводу, что обязанность Сенегала соблюдать свои обязательства по Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (Конвенция против пыток) "не может быть затронута решением Суда ЭКОВАС".[64] Таким образом, Суд ЭКОВАС пошел по другому пути и счел, что Сенегал, не передав дело Хабре своим компетентным органам для целей уголовного преследования, нарушил Конвенцию против пыток.

В задачи настоящего материала не входит дальнейшее рассмотрение вопросов судебной последовательности, согласованности и диалога между африканскими судами и трибуналами и универсальными судами. Важно учитывать, что регионализация судопроизводства на уровне африканского континента не ведет к ограничению юрисдикции универсальных судов и трибуналов. Африканские региональные суды могут иметь больший вес, если спор касается двух африканских государств. Однако африканские государства взаимодействуют не только с другими африканскими государствами. Они также взаимодействуют с другими (неафриканскими) государствами, и благодаря этому взаимодействию у африканских государств может не быть другого выбора, кроме как признать юрисдикцию более универсальных судов и трибуналов.

[63] *Хиссен Хабр* против *Республики Сенегал*, С у д ЭКОВАС, решение № ECW/CCJ/JUD/06/10 от 18 ноября 2010 года.

[64] *Вопросы, касающиеся обязательства осуществлять судебное преследование или выдачу (Бельгия* против *Сенегала) (Judg-ment)*, 20 июля 2012 года, [2012] ICJ Rep.__ , para. 111.

Международные суды и трибуналы для разрешения своих споров с этими другими государствами.

Даже когда споры касаются только африканских государств, сопротивление универсальным механизмам межгосударственного судебного разбирательства может быть оказано, если африканское государство, участвующее в данном споре, предпочтет использовать региональный вариант. Именно такую позицию проявила Нигерия в деле *Камерун* против *Нигерии* в Международном суде. Среди предварительных возражений, выдвинутых Нигерией в этом деле, одно состояло в утверждении, что урегулирование пограничных споров в районе озера Чад относится к исключительной компетенции Комиссии по бассейну озера Чад, и в этом контексте процедуры урегулирования в рамках этой Комиссии являются обязательными для заинтересованных африканских государств. Для Нигерии исключительная компетенция Комиссии по бассейну озера Чад означала невозможность для Камеруна ссылаться на Декларацию Нигерии о признании обязательной юрисдикции МС (ст. 36(2) Статута МС).[65]В ответ МС напомнил свои слова по делу *Никарагуа*, согласно которым "Суд также не может согласиться с тем, что существует какое-либо требование предварительного исчерпания региональных процессов переговоров в качестве предварительного условия для обращения в Суд".[66]В деле *Cameroon* v. *Nigeria* МС пошел еще дальше и заявил, что "каков бы ни был их характер, существование процедур региональных переговоров не может помешать Суду осуществлять функции, возложенные на него Уставом и Статутом".[67]Верно, что в деле *Cameroon* v. *Nigeria* МС не имел дела с региональным судом или трибуналом; тем не менее, позиция МС в деле *Belgium* v. *Senegal*, рассмотренное выше, показывает, что для африканского государства было бы совершенно невозможно противостоять возможности регионального суда препятствовать осуществлению юрисдикции МС или другого "универсального" суда или трибунала, когда титул юрисдикции передан этому суду или трибуналу.

Поэтому варианты в межгосударственном судебном процессе могут оказаться *постфактум* не вариантами. В частности, такая трансформация может произойти в африканском контексте, где государства иногда стремятся использовать механизмы международного судебного разбирательства, которые "де-легализованы", то есть отбрасывают *правовое урегулирование* в пользу *политического*. Такие ситуации возникают потому, что африканский взгляд на межгосударственные судебные процессы также регулируется тем, что можно назвать "аксиомой де-легализации".

[65]*Сухопутная и морская граница между Камеруном и Нигерией* (*Камерун* против *Нигерии*) (*Предварительные возражения*), [1998] ICJ Rep. 275, 304, [61].

[66]*Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее (Никарагуа* против *Соединенных Штатов)* *(Юрисдикция и приемлемость)*, [1984] ICJ Rep. 392, 440.

[67]*Сухопутная и морская граница между Камеруном и Нигерией,* выше n. 65, 307, [68].

Аксиома де-легализации

Как верно заметил судья Швебель, "всегда будут существовать споры с высокой степенью политического или идеологического содержания, которые государства просто не хотят представлять или разрешать в правовых терминах... Зачастую государство не желает обращаться к судебному разбирательству, если оно не уверено в своей победе".[68]Это наблюдение хорошо описывает отношение африканских государств к международно-правовым спорам, возникающим в их отношениях. Довольно часто африканские государства предпочитают искать политическое, а не правовое урегулирование. И здесь кроется истинная причина неудачи Комиссии ОАЕ[69]или нежелания африканских государств прибегать к помощи третьей стороны. Малува объясняет:

> [Данные о готовности и желании африканских государств передать свои споры на разрешение и регулирование конфликтов третьей стороной оставляют желать лучшего. И даже в ограниченной области политического или дипломатического урегулирования основная функция различных *специальных* комиссий по посредничеству и примирению заключалась лишь в том, чтобы действовать в качестве "уменьшителей напряженности", а не предписывать окончательные решения споров… В целом, *специальные* комиссии, как правило, избегали высказываться по поводу международно-правовых прав и неправд спорящих сторон или, тем более, назначать *виновных* во всех таких спорах"[70].

На практике африканские государства предпочитают использовать "одиночную дипломатию"(71) (т.е. добрые услуги под эгидой главы государства) и/или специальные медиативные или примирительные комитеты или комиссии[72]для урегулирования своих споров. В частности, в контексте пограничных споров, которые являются наиболее распространенным видом споров между африканскими государствами, последние предпочитают

[68]Schwebel, выше n. 60, 667.

[69]Несмотря на дипломатический характер Комиссии ОАЕ по посредничеству, примирению и арбитражу, африканские государства наверняка подозревали, что урегулирование споров под эгидой Комиссии будет скорее юридическим, нежели политическим типом урегулирования.

(70) Т. Малува, "Мирное урегулирование споров между африканскими государствами 1963-1983: некоторые концептуальные вопросы и практические тенденции", (1989) 38 ICLQ 299, 316-17.

[71]Об этой концепции см. Maluwa, выше, n. 70, 309. Автор приводит следующие примеры успешного посредничества под эгидой главы государства: Император Хайле Селассие и президент Мали Модибо Кейта в марокко-алжирском конфликте 1963 года, президент Судана Аббуд в эфиопско-сомалийском споре 1964 года, президент Заира Мобуту Сесе Секо в споре между Руандой и Бурунди 1966 года.

[72]Ibid., 310-13. Автор рассматривает два примера согласительных комиссий с участием африканских государств. Одна, созданная в 1964 году для рассмотрения конфликта в Конго, включала в себя Камерун, Эфиопию, Гвинею, Сомали, Нигерию, Египет, Тунис, Кению и Верхнюю Вольту. В состав другой, созданной в 1966 году для примирения Ганы и Гвинеи по некоторым спорам, возникшим в результате свержения правительства президента Нкрумы в Гане, вошли Кения, Сьерра-Леоне и Заир.

создали технические пограничные комитеты. Эти технические комитеты также являются хорошей иллюстрацией нежелания африканских стран передавать свои территориальные споры на рассмотрение международного суда, а точнее, Международного суда ООН или межгосударственного арбитража. В состав технических пограничных комитетов не всегда входят юристы, а если и входят, то в сочетании с представителями других дисциплин. Как таковые, технические пограничные комитеты в большинстве случаев[73]руководствуются аксиомой "де-легализации" процессов урегулирования споров в Африке.

Дело о *пограничном споре (Бенин/Нигер)* - прекрасная иллюстрация того, как африканские государства порой десятилетиями откладывают урегулирование территориальных споров в международном судебном порядке. Потребовалось около сорока лет, чтобы Бенин и Нигер наконец согласились передать свой территориальный спор в Международный Суд. Тем временем оба государства делали все возможное, чтобы найти решение вне зала суда и, в частности, в рамках технических пограничных комиссий. Интересно вспомнить шаги, которые привели Бенин и Нигер к обращению в Международный Суд после десятилетий попыток "де-легализовать" их территориальный спор. Пограничный спор начался с инцидентов, произошедших на острове Лете накануне обретения независимости Бенином и Нигером, в 1959 и 1960 годах соответственно. После этих событий два государства организовали процесс дружественного урегулирования пограничного спора. В 1961 и 1963 годах две совместные комиссии Дагомеи (прежнее название Бенина) и Нигера собрались для обсуждения этого вопроса. В октябре 1963 года кризис между Дагомеей и Нигером углубился, в частности, в отношении острова Лете. После этого каждое государство опубликовало "Белую книгу", в которой изложило свои позиции относительно пограничного спора. Однако вопрос о суверенитете над островом Леоте не был решен, и в последующие годы произошли новые инциденты, в частности, в 1993 и 1998 годах. 8 апреля 1994 года Бенин и Нигер заключили соглашение о создании совместной комиссии по делимитации их общей границы, в круг полномочий которой входило перечисление, сбор и анализ документов, относящихся к границе и ее точному установлению. Комиссия провела шесть заседаний в период с сентября 1995 года по июнь 2000 года. Поскольку усилия по урегулированию спора путем переговоров не увенчались успехом, комиссия

[73]На практике существуют некоторые исключения. Например, спор о границе между Эфиопией и Эритреей был передан на рассмотрение Комиссии по установлению границы между Эритреей и Эфиопией, состоящей исключительно из юристов-международников (сэр Элиху Лаутерпахт, принц Бола Адесумбо Аджибола, У. Майкл Райзман, судья Стивен Швебель и сэр Артур Уоттс). Постоянная палата третейского суда выполняла функции секретариата этой комиссии. *Решение о делимитации границы между государством Эритрея и Федеративной Демократической Республикой Эфиопия (Эритрея/Эфиопия)*, Комиссия по установлению границы между Эритреей и Эфиопией, 13 апреля 2002 года, (2002) 41 ILM 1057.

предложил двум государствам передать спор в МС на основании Специального соглашения. Специальное соглашение было подписано в Котону 15 июня 2001 г. и вступило в силу 11 апреля 2002 г.[74]Интересно отметить, что в случае Бенина и Нигера именно техническая пограничная комиссия сама рекомендовала обоим государствам обратиться в МС. Таким образом, это свидетельствует о том, что даже если африканские государства в конкретном контексте настаивают на выборе "де-легализованного" процесса урегулирования споров, созданные ими органы могут признать свои ограничения и выступить за использование третьестороннего судебного решения.

Однако обращение к техническим пограничным комиссиям может вызвать трудности впоследствии, когда африканские государства *решат* передать свои споры на рассмотрение третьей стороны. Действительно, поскольку в основе этих комиссий лежит не правовое, а скорее политическое или техническое урегулирование, африканские государства все еще пытаются *добиться подтверждения* работы этих комиссий международными судами и трибуналами или использовать международные суды для того, *чтобы разморозить* процесс в рамках того или иного технического комитета.

Например, в деле о *континентальном шельфе (Тунис/Ливия)* (которое стало первым африканским спором, переданным на рассмотрение МС после более чем десятилетнего бойкота со стороны африканских стран после *дела Юго-Западной Африки*) специальное соглашение требовало от МС разъяснить принципы и нормы международного права, которые могут применяться для делимитации территории континентального шельфа, и точно указать практический способ применения вышеуказанных принципов и норм, с тем чтобы эксперты двух стран могли без затруднений разграничить эти территории.[75]Оба государства разошлись во мнениях относительно значения специального соглашения на этом уровне. По мнению Туниса, Международный Суд должен был принять во внимание все элементы фактов и права, касающиеся практических методов и инструментов, которые должны быть использованы, "вплоть до конечной точки перед технической работой".[76]По мнению Ливии, Суд не был уполномочен рассматривать этот вопрос "вплоть до конечной точки перед чисто технической работой"[77], а также "не был приглашен изложить сам конкретный метод делимитации".[78]Таким образом, очевидно, что с точки зрения Ливии, МС должен был содействовать техническому определению континентального шельфа экспертами двух стран, а не приступать к самой делимитации. МС отметил, что независимо от вариантов урегулирования спора между двумя государствами, Суд в первую очередь

[74]Исторические факты по этому делу изложены в *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, [2005] ICJ Rep. 90, 107, [20]-[22].

[75]*Континентальный шельф* (*Тунис/Ливийская Арабская Джамахирия*) (*Merits*), [1982] ICJ Rep. 18, 38, [25].

[76]Там же, 39, [27]. [77]Там же, 39, [28]. [78]Там же.

и прежде всего органом права. Следовательно, рассмотрев спорное дело, Суд "должен вынести решение по спорному делу... которое будет иметь, таким образом, эффект и силу, приписываемые ему в соответствии со статьей 94 Устава Организации Объединенных Наций и указанными положениями Статута и Регламента Суда".[79]Вот еще один пример косвенного столкновения между желанием африканских государств контролировать - на этот раз посредством *компромисса* (специального соглашения) - не только юрисдикцию международного суда, но и международную судебную функцию как таковую.[80]Это особенность некоторых африканских территориальных споров, переданных в международные суды и трибуналы, особенно когда эти государства пытаются создать некий континуум между международными судами и трибуналами и (неюридической) работой своих технических пограничных комиссий.

Некоторые международные суды и трибуналы могут видеть своего рода правовой континуум между своей деятельностью, укорененной в международном праве, и деятельностью этих "де-легализованных" механизмов в африканском контексте. В этой связи можно рассмотреть арбитраж по делу *Абьея* между правительством Судана и Народно-освободительным движением/армией Судана. Там арбитражный суд с большим уважением отнесся к работе экспертов Комиссии по границе Абьея (ABC) - органа (или технической пограничной комиссии), который сам арбитражный суд квалифицировал как состоящий из "лиц, известных и признанных в области суданской и африканской истории, географии, политики, общественных дел, этнографии и культуры".[81]Примечательно, что арбитражный суд подчеркнул характерные черты "де-легализованных" механизмов урегулирования споров в Африке. Например, он указал, что эксперты БАС "должны были применять процедуры "научного анализа и исследования" [и что] не было никаких ссылок на применение международного права, будь то материального или процессуального [в работе экспертов БАС]".[82]Трибунал также подчеркнул, что "в отличие от традиционных судебных или арбитражных процедур, процедуры БАС были заметно неформальными ("неформальными, но деловыми"), разбирательства

[79]Там же, 39-40, [40].

[80]О международной судебной функции см. Georges Abi-Saab, 'The Normalization of International Adjudication: Сближение и расхождение", (2010) 43 *New York University Journal of International Law and Politics* 1.

[81]*В рамках арбитражного разбирательства в суде, образованном в соответствии со статьей 5 Арбитражного соглашения между правительством Судана и Народно-освободительным движением/армией Судана о делимитации района Абьей и Факультативным регламентом Постоянной палаты третейского суда для арбитража споров между двумя сторонами, из которых только одна является государством, между правительством Судана и Народно-освободительным движением/армией Судана*, ППТС, Окончательное решение, 22 июля 2009 года, [467].

[82]Там же, [468].

не проводились в конфронтационной манере, и была создана атмосфера сотрудничества".[83]Несмотря на эти особенности,[84]арбитражный суд зашел так далеко, что пришел к выводу, что эксперты АВС как орган имели *competence de la competence*(85) (как и любой международный суд или трибунал), и что трибунал будет следовать "толкованию" экспертов АВС, если это толкование будет "разумным"(86) (например, толкование будет считаться разумным, если эксперты АВС не превысят свои полномочия).

Подход, который был одобрен арбитражным судом в арбитражном разбирательстве по делу *Абьея*, остается оригинальным, если не уникальным. Он может подтолкнуть африканские государства к передаче своих территориальных споров в международные судебные механизмы, если им понадобится международный суд или трибунал для укрепления определений их технических комиссий, таких как техническая пограничная комиссия, или для их подтверждения. Де-легализованные" споры иногда могут затрагивать де-факто правовые вопросы[87]и как таковые могут иметь больший вес, когда африканские государства прибегают к международному судебному разбирательству. На данный момент кажется, что международные суды и трибуналы "универа" сопротивляются тому, чтобы идти по этому пути вслед за африканскими государствами.

Недавно Международный Суд ООН имел возможность четко обозначить свою позицию по отношению к делимитации, проводимой африканскими техническими пограничными комиссиями. В деле *"Пограничный спор (Буркина-Фасо/Нигер)"* Буркина-Фасо просила Суд вынести решение и объявить, что один из участков ее границы с Нигером проходит по линии, которая уже была определена совместной технической комиссией, созданной в 1997 году. Другими словами, в целях *обеспечения res judicata* Буркина-Фасо хотела, чтобы Суд включил в резолютивную часть своего решения

[83]Там же, [469].

[84]Там же, [483], где трибунал приходит к следующему выводу: "Учитывая особый характер БАС, большинство членов Трибунала без труда пришли к выводу, что БАС обладал важными полномочиями по принятию решений в дополнение к своим функциям по установлению фактов. Хотя эксперты БАС были не юристами, а лицами, признанными в области "истории, географии и других соответствующих знаний", они должны были вынести окончательное и обязательное решение. Хотя стороны не требовали от экспертов БАС применять международное право или юридические аргументы для делимитации границ района Абьей, а научные методы, они требовали от экспертов БАС вынести решение, которое разрешило бы спор с окончательными и обязательными последствиями. Именно эта важная функция принятия решений, по мнению большинства, является определяющей характеристикой БАС".

[85]Ibid., [502]-[503]. [86]Ibid., [504].

[87]Малува приводит пример спора об острове Леоте между Бенином и Нигером. Он поясняет: "На протяжении всего спора (1960-1965 гг.) обе стороны прибегали к юридическим аргументам, хотя стремились и добились - частично путем прямых переговоров между спорящими сторонами, а частично при посредничестве *Консейля Антанты* - не правового, а политического урегулирования". Maluwa, выше, n. 70, 301, n. 6.

решение линию общей границы, установленную совместной технической комиссией. По мнению Нигера, поскольку между сторонами уже существовало соглашение относительно рассматриваемого сектора, у Международного Суда не было необходимости включать ссылку на этот сектор в резолютивную часть своего решения. По мнению Нигера, достаточно было того, что Суд принял к сведению данное соглашение в мотивировочной части своего решения, "и разрешил единственный спор, который остается между сторонами, а именно спор, касающийся части границы, в отношении которой Совместная техническая комиссия не смогла успешно завершить свою работу и по которой стороны, таким образом, не смогли достичь соглашения".[88]

Международный Суд категорически отказался удовлетворить просьбу Буркина-Фасо. Суд напомнил Буркина-Фасо, что в свете специального соглашения, заключенного между Буркина-Фасо и Нигером, Суд должен был лишь "занести в протокол соглашение сторон" относительно делимитации границы, проведенной Совместной технической комиссией, а не "самостоятельно делимитировать границу по линии, соответствующей выводам Совместной технической комиссии, о которых договорились обе стороны".[89]Суд пояснил, что "одно дело отметить существование соглашения между сторонами и занести его в протокол; совсем другое дело - присвоить содержание этого соглашения, чтобы сделать его содержанием решения самого Суда".[90]Он отклонил просьбу Буркина-Фасо, поскольку счел, что эта просьба выходит за рамки специального соглашения между Буркина-Фасо и Нигером. Однако примечателен тот отрывок решения, в котором Суд заявил, что даже если бы *компромисс* просил Суд сделать это (то есть делимитировать границу на основе выводов технической пограничной комиссии), Суд не удовлетворил бы такую просьбу. В самом деле, в мощном диктуме Суд заявил,

> Специальное соглашение позволяет сторонам свободно определять пределы юрисдикции*, stricto sensu*, которую они намерены предоставить Суду. Оно не может позволить им *изменить* пределы судебной функции Суда: эти пределы, поскольку они определены Статутом, не находятся в распоряжении сторон, даже по соглашению между ними, и являются обязательными для сторон, как и для самого Суда.[91]

Интересно отметить, что это уже второй случай в истории, когда МС подчеркивает посредством формулирования новых диктовок не только

[88]*Пограничный спор (Буркина-Фасо/Нигер)*, [2013] ICJ Rep.__, [39].
[89]Там же, [43]. [90]Там же. [91]Там же, [46] (выделение добавлено).

Пределы его судебной функции, а также ограничения, которые накладываются на государства при принятии решения о передаче спора в международный суд. В обоих случаях именно в контексте "африканских споров" Суд предложил новые и сильные формулировки этих пределов. Он сделал это в 1963 году в деле *"Северные Камеруны"*, которое можно рассматривать как африканский спор, поскольку Камерун был государством-заявителем, а предмет касался самоопределения и территориальных вопросов в Африке. Постановление Суда *по пограничному спору (Буркина-Фасо/Нигер)* не только повторило то, что Суд сказал в 1963 году,[92] но и добавило еще один "слой защиты" с помощью вышеупомянутой сентенции.

Заключительные замечания

Посыл, направленный африканским государствам, ясен: государства не могут контролировать судебное разбирательство с участием третьей стороны, если они решили прибегнуть к нему. Боуэтт в свое время утверждал, что "основная причина избегания судебного урегулирования заключается в том, что государства предпочитают сохранять контроль над процессом урегулирования, чтобы гарантировать, что любое урегулирование будет приемлемым для них или, если этого нельзя достичь, что урегулирование не будет достигнуто".[93] Малува пошел дальше и выдвинул аргумент, что вопрос "контроля над процессом урегулирования дает ключ ко многому, что кажется загадочным в отношении африканских государств к урегулированию споров в целом".[94] Если "контроль" является *непременным* условием для большего присоединения и использования африканскими государствами системы международных судов и трибуналов, тогда нет надежды на большее участие африканских государств в международном судопроизводстве. Реакция Международного Суда на запрос Буркина-Фасо показывает, что любая идея контроля иллюзорна, особенно в контексте зрелости международной судебной функции.

Более того, при всем уважении к таким ученым, как Малува, зачастую необоснованно считать, что главным фактором, который диктует выбор

(92) "Даже если суд при рассмотрении дела обнаружит, что он обладает юрисдикцией, он не обязан в каждом случае осуществлять эту юрисдикцию. Существуют неотъемлемые ограничения на осуществление судебной функции, которые Суд, как орган правосудия, никогда не может игнорировать. Таким образом, может возникнуть несовместимость между желаниями заявителя или, более того, обеих сторон дела, с одной стороны, и обязанностью Суда сохранять свой судебный характер, с другой стороны. Сам Суд, а не стороны, должен быть хранителем судебной целостности Суда". *Северные Камеруны (Камерун* против *Соединенного Королевства) (Предварительные возражения)*, [1963] ICJ Rep. 15, 29. См. также *Пограничный спор (Буркина-Фасо/Нигер)*, выше n. 88, [45].

93 Дерек В. Боуэтт, "Современные достижения в юридической технике разрешения споров", (1983) *Recueil des cours* 181.

94 Maluwa, выше n. 70, 314.

африканских государств по отношению к международному судебному разбирательству связано с "контролем". Наиболее важным фактором является "доверие". Как верно заметил Дженкс, "суть вопроса заключается в доверии: в доверии к стабильности и адекватности закона, а также в доверии к честности и предсказуемости судов и трибуналов, управляющих этим законом".[95]С момента обретения суверенитета африканские государства постепенно формировали культуру судебного разбирательства. Они больше доверяли и доверяют вынесению решений третьими сторонами и, следовательно, чаще обращались в международные суды и трибуналы (в смысле универсальные суды). Можно не сомневаться, что в будущем африканские государства будут еще активнее участвовать в международных судебных процессах и вносить более активный вклад в развитие международного права.

(95) C. W. Jenks, *The Prospects of International Adjudication* (London/New York: Stevens & Sons/Oceana Publications, 1964), 104.

ЧАСТЬ III

10

Инициирование территориального судебного разбирательства: кто, как, когда и почему оспаривает суверенитет

Леа Брилмайер и Адель Эор

Покупайте землю, ее больше не производят.

Марк Твен

Лишь малая часть территориальных споров доходит до судебного разбирательства. Некоторые из них решаются путем переговоров, посредничества или по прошествии времени; другие просто затухают. В этой главе мы рассмотрим факторы, влияющие на то, какие дела с большей вероятностью будут рассмотрены в судебном порядке. Другими словами, мы рассматриваем "почему" территориального судопроизводства. Что заставляет государство (или, скорее, пару государств) принимать решение о передаче территориального спора на обязательное разрешение третьей стороны - то есть в суд или арбитраж? Мы также исследуем "кто" - а именно, существуют ли тенденции среди типов государств, которые обращаются в Международный Суд или в обязательный арбитраж по поводу земельных конфликтов.[1]

Мы начнем с проверки, казалось бы, простых логических наблюдений об интересах государства. Во-первых, мы рассмотрим вопрос "кто". Победитель судебного разбирательства, при прочих равных условиях, чаще всего должен был быть инициатором. Стороне с более слабым делом незачем вступать в судебный процесс, поскольку это только ухудшит ее положение по сравнению с тем, что было до рассмотрения дела. Поэтому если дело и дойдет до суда, т о только по инициативе стороны, имеющей более весомые юридические и фактические аргументы. Далее мы предполагаем, что сторона-инициатор не будет в

[1]При такой постановке проблемы территориальные судебные решения - это "что", а юрисдикционные правила обращения в Международный Суд или арбитраж - это "как". Под "кем" в этой главе понимается совокупность всех сорока диад, которые обращались в МС или арбитраж за последнее столетие ("когда") по территориальным спорам. Эта глава отчасти посвящена "кому" - а именно, можно ли сделать какие-либо прогнозы относительно определенных атрибутов государства и его вероятности обратиться в суд или выиграть судебное разбирательство. Однако прежде всего эта глава посвящена тому, "почему" эти государства обращаются к судебному разбирательству земельных споров.

Оккупация спорной территории: государство, не находящееся в оккупации, мало что теряет, если вообще что-то теряет, в то время как оккупирующее государство мало что приобретает.[2]Кроме того, мы ожидаем, что государство, которое с меньшей вероятностью инициирует аджу-. дикация также не захочет соглашаться на судебный процесс, когда его предложит другая сторона - и по той же причине. Поэтому было бы разумно ожидать, что разрешенные дела будут в основном касаться споров, в которых юрисдикция основывается на соглашении неинициирующей стороны *ex ante*, а не на специальном соглашении между спорящими государствами *ex post*.

Затем мы переходим к вопросу "почему". Мы предполагаем, что государства будут мотивированы на обязательное третьестороннее судебное разбирательство только в том случае, если они верят, что для них все закончится хорошо, или, по крайней мере, что все закончится *лучше*, чем при статус-кво. Исходя из этого предположения, мы предсказываем, что государства будут инициировать судебное разбирательство только в том случае, если у них есть более весомые юридические аргументы.

Все эти предположения теоретически проверяемы (хотя и с трудом). Поэтому мы постарались оценить их как можно более объективно, учитывая практические ограничения на данные.[3]Наша оценка судебных дел (из Международного суда (МС), из Постоянной палаты международного правосудия (ППМП) и из сообщений об арбитражных решениях) в основном, хотя и слабо, подтверждает наш анализ того*, кто* инициирует или выигрывает территориальные сделки. Но для нашей гипотезы о том*, почему* государства оказываются в суде, наша базовая предпосылка о том, что только случаи соглашения *ex ante* достигают судебного разбирательства, полностью опровергается: гораздо большее число территориальных решений было результатом специального соглашения (то, что мы называем "согласием на юрисдикцию *ex post*").

Поэтому мы обращаемся к более сложным моделям государственных интересов и мотивов для судебного разбирательства, пытаясь определить, где упрощенный взгляд должен быть скорректирован. Мы рассматриваем как различные виды интереса к территории, так и нетерриториальные интересы, которые могут повлиять на решение о передаче территориальных споров в суд или арбитраж.

К сожалению, существует слишком много переменных - и почти нет достаточного количества точек данных - чтобы разработать настоящую эмпирическую теорию. Тем не менее, можно составить представление (пусть и импрессионистское) о различных типах факторов, влияющих на решение государства о судебном разбирательстве. Интересно наблюдать, насколько далека от реальности оказывается простая версия "общепринятого мнения". При этом повсеместно высказываются предложения о том, как

[2]О том, как это отличает территориальные споры от других, см. Lea Brilmayer and Natalie Klein, 'Land and Sea: Two Sovereignty Regimes in Search of a Common Denominator', (2001) 33 *NYU Journal of International Law & Politics* 703, 730-31.

[3]О трудностях проведения такого эмпирического анализа см. ниже в разделе "Методологические и дефиниционные проблемы".

В этом случае необходимо скорректировать простые, на первый взгляд, предпосылки, оставив место для нюансов, которые делают предпосылки более сложными, но и более реалистичными.

Немного здравого смысла о международном территориальном судопроизводстве

Предпосылки, лежащие в основе решений о передаче дела в международный суд, кажутся просто здравым смыслом. Поэтому мы начнем с определения некоторых базовых предпосылок, характеризующих данную тему. Исходя из этих предпосылок, мы будем делать прогнозы относительно того, что мы ожидаем найти в решенных делах.

Основные предпосылки

Начнем с определения трех основных допущений. Первое (допущение "уникальности") связано с особой природой территории: земля уникальна, и ее потеря не может быть легко компенсирована. Второе (предположение "максимизации") заключается в том, что судебный процесс - это стратегия максимизации территории государства. Третье предположение заключается в том, что государства будут бороться за то, чтобы избежать юрисдикции любого суда или арбитражного трибунала, который угрожает их существующим территориальным интересам (предположение "избежание юрисдикции").

Уникальность территории

Территориальные споры являются особенно спорными. Хотя территория ценится также по экономическим причинам и в целях национальной безопасности, она вызывает необычные эмоциональные привязанности. Земля уникальна. Мало что волнует людей больше, чем "свое место", и когда эта привязанность насильственно нарушается, их обида сохраняется в поколениях. В качестве источника конфликтов территория, пожалуй, может соперничать только с религией.

В отличие от большинства других активов, в мире существует лишь фиксированный объем территории. Территориальные споры имеют нулевую сумму в самом фундаментальном смысле: то, что выигрывает одно государство, обязательно связано с тем, что теряет другое. А после потери территория, скорее всего, не может быть восстановлена. Обычно не ожидается, что государства будут обменивать свои территориальные претензии на преимущества другого рода.

Судебный процесс как стратегия максимизации

Земля желанна, и государства хотят получить ее побольше. Какой бы самоотверженной ни была дипломатия, компромисс трудно найти, и иногда единственными альтернативами являются война и закон. Учитывая очевидные недостатки войны, судебное разбирательство с участием третьей стороны имеет очевидные преимущества. Государства используют судебное разбирательство

как инструмент для достижения своей цели - приобретения территорий. Они ищут трибунал с юрисдикцией, когда им нужно достичь позитивных целей, и стремятся избежать юрисдикции трибуналов, когда им есть что терять.

Избегание юрисдикции

По сравнению с внутренним правом, до суда доходит мало международно-правовых дел. Главная причина - ограниченная юрисдикция международных трибуналов, судебных или арбитражных. Поскольку юрисдикция основана на согласии, судебное разбирательство третьей стороной должно быть привлекательным для обеих сторон, чтобы представлять собой жизнеспособное решение.

Представляется очевидным, что судебный процесс должен быть привлекательным только для государства, которое рассчитывает получить от него какую-то выгоду. Ожидает ли государство получить выгоду от судебного разбирательства, зависит от двух вещей: его оценки статус-кво до начала судебного разбирательства и его ожиданий относительно решения международного трибунала. Ожидания государств в отношении изменения статуса, как мы полагаем, будут определять готовность государства к судебному разбирательству. Однако, поскольку территориальные споры имеют нулевую сумму, существует вероятность того, что все, что понравится одной из спорящих сторон, по этой самой причине не понравится другой - и эта проблема составляет центральную загадку, которой посвящена данная глава.

Эти три предположения настолько просты и очевидны, что трудно представить, что они могут быть не верны. Но (как мы увидим) они имеют проверяемые следствия, которые не во всем подтверждаются фактами. Мы сравнили последствия этих предположений с существующим массивом территориальных дел, рассмотренных в судебном порядке за последнее столетие, и они не вполне совпадают.

Международное судебное разбирательство: суды, трибуналы и юрисдикционные правила

В качестве базы данных мы взяли все "территориальные дела", по которым были вынесены арбитражные или судебные решения за последние сто лет. Морские делимитации не учитываются, если дело не связано с сухопутной территорией. Самый ранний из этих территориальных споров относится к 1911 году, а некоторые из них возникли достаточно недавно, и на момент написания статьи решение еще не было объявлено.

Территориальные споры составляют существенную, но не слишком большую часть дел, рассматриваемых Международным Судом. По состоянию на 2012 год Суд принял решения по примерно 140 делам во всех областях международного права. Из них 114 дел были спорными; остальные двадцать шесть были возбуждены в соответствии с

[4]Из этих 114 спорных дел семнадцать были спорами о суверенитете на территории, то есть споры о территории составляют около 15 процентов от общего числа дел Суда. Кроме того, с 1911 года в арбитраже было разрешено еще двадцать два территориальных спора.

Юрисдикция по спорным делам в МС устанавливается одним из трех способов. В соответствии со статьей 36(2) Статута Суда ("декларация о факультативных положениях") государство может подписаться под юрисдикцией Международного Суда в общем порядке, и тогда ему будет разрешено подавать иски и получать иски от других государств, которые также подчинились юрисдикции Международного Суда. Во-вторых, согласно статье 36(1), государство может стать участником договора, содержащего признание юрисдикции Международного Суда в отношении дел, возникающих на основании этого договора. Дело, возбужденное в соответствии с любым из этих двух видов юрисдикции, может быть начато с одностороннего заявления. Наконец, статья 36(1) позволяет двум государствам, имеющим международно-правовой спор, подписать специальное соглашение о передаче их спора в МС. Другими словами, этот механизм позволяет государствам согласиться на вынесение решения *уже после того, как* спор возник.

Поскольку арбитражные дела рассматриваются специальными трибуналами, созданными специально для решения конкретного дела, правила юрисдикции отличаются. Некоторые дела рассматриваются в рамках общих договоров, предусматривающих арбитражное разбирательство споров, возникающих на их основании; такое положение об арбитраже часто встречается в двусторонних инвестиционных договорах. Существует также небольшое число многосторонних материально-правовых соглашений, таких как Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (UNCLOS), в которых арбитраж указан в качестве механизма разрешения споров.[5]

Однако в случае арбитража гораздо чаще арбитражное соглашение составляется *после* возникновения спора. Это особенно характерно для территориальных споров, для которых существует мало материально-правовых механизмов, сопоставимых с UNCLOS, которые могли бы обязать стороны в целом участвовать в арбитраже в спорах о территории. Вместо этого арбитраж выбирается сторонами конкретного территориального спора в качестве решения этого спора и только его.

Важность этой юрисдикционной структуры станет яснее по мере изучения стимулов к судебному разбирательству. Арбитражи ad hoc в некоторых отношениях отличаются от постоянных судов, но есть и важные сходства. Особенно это касается юрисдикции МС, вытекающей из специального соглашения, которое больше всего похоже на арбитражные соглашения.

[4]ICJ, Cases, 8 октября 2012 г., доступно на сайте .www.icj-cij.org/docket

[5]См. ЮНКЛОС, часть XV, ст. 279-299, особенно ст. 287(1)(c) (арбитраж). См. в целом Натали Клейн, *Урегулирование споров в Конвенции ООН по морскому праву* (Cambridge University Press, 2005).

Методологические и дефиниционные проблемы

Международное право - сложная область для сбора данных, в частности, в отношении собранной судебной практики международных трибуналов (судебных и арбитражных). Судебная практика по территориальным спорам не является исключением. Самое главное, что количество дел ограничено - мы рассматриваем сорок таких споров - и поэтому зачастую невозможно собрать достаточное количество примеров гипотезы для проверки ее обоснованности.

Кроме того, опубликованные мнения часто не раскрывают всей истории, и у судей или арбитров, а также историков и ученых, изучающих международное право, могут быть мотивы рассказать о том, что им известно, с уклоном. В частности, в случае арбитража состязательные бумаги вряд ли будут доступны общественности. Ответы на некоторые вопросы, которые мы задаем, субъективны; и даже если они допускают объективные ответы, они могут быть не черно-белыми, а вопросом степени. У ученого нет ни единого шанса.

В дополнение к этим методологическим проблемам существуют проблемы определения, вытекающие из отсутствия стандартной терминологии. Три термина, взаимосвязь которых окажется важной, требуют определения: "инициирующая сторона", "победитель" и "оккупант". Оказалось, что это более сложные понятия, чем может показаться на первый взгляд; и эта сложность в значительной степени обусловливает нашу неспособность делать четкие статистические выводы.

'Инициативная сторона' или 'инициатор'

Под "инициативной стороной", или "инициатором", мы понимаем сторону, которая начинает дело как формальный юридический вопрос. В национальном праве это лицо, называемое истцом, и не требуется особых тонкостей, чтобы понять, какая это сторона. Однако международное судебное разбирательство отличается от внутригосударственного в одном отношении: обе стороны должны получить согласие, прежде чем будет вынесено решение. Таким образом, в международных делах наблюдается тенденция к большей симметрии структуры сторон, что подрывает смысл попыток различить, какое государство было активным в начале, а какое - реактивным.

Во многих случаях можно с полным основанием утверждать, что оба государства являются "инициаторами". Мы будем считать случаи, когда оба государства дают свое согласие на вынесение решения в начале судебного процесса (а не до возникновения спора), отсутствием инициатора. Как будет рассмотрено ниже, это дела, возбужденные по "специальному соглашению", или арбитражные разбирательства, инициированные компромиссом. Такие дела формально симметричны, поскольку оба государства дали согласие на вынесение судебного решения, полностью осознавая, на что именно они соглашаются,

на что конкретно они соглашаются. Таким образом, ни одно из государств не является стороной, передающей дело в суд или арбитражный суд. В отличие от случаев, когда основанием для юрисдикции является общее государственное соглашение, заключенное до возникновения конкретного спора; в таких случаях преюдициальное разбирательство может быть начато по заявлению одной стороны.

Единственное исключение, которое мы делаем, чтобы характеризовать все формально симметричные дела как не имеющие инициатора, - это случаи, когда одна из сторон официально оспаривает юрисдикцию суда или трибунала. Мы считаем это достаточным доказательством несогласия, чтобы считать другую сторону истинным инициатором. Это исключение не будет применяться в очень многих случаях, поскольку (как отмечалось выше) дела формально симметричны, когда они возбуждаются на основании специального соглашения (для дел МС) или *компромисса* (для арбитража). В таких случаях стороны, скорее всего, не будут оспаривать юрисдикцию.

Мы отмечаем одну ключевую трудность при использовании терминологии таким образом: даже в случаях формально равного участия в возбуждении дела мотивы могут быть далеко не симметричными. Даже если соглашение о судебном разбирательстве формально симметрично, одно из государств может быть более агрессивным или более энергичным в продвижении спора к судебному разбирательству. Такие случаи были бы весьма интересны для включения в наше исследование, но вопрос об асимметричной мотивации не может быть решен без значительной (и, возможно, ненадежной) внутренней информации.[6]Там, где такая информация доступна, мы осторожно включаем ее после предварительного анализа данных о формальной асимметрии.

'Оккупант'

Второй проблематичный термин - "оккупант". Оккупант" - это государство, контролирующее спорную территорию на момент вступления спора в стадию судебного разбирательства; естественно, вполне возможно, что обе стороны

[6]Возьмем, к примеру, арбитраж по делу Ранн-оф-Кутч между Индией и Пакистаном в 1966 году для разрешения пограничного спора, возникшего после индо-пакистанской войны. Считалось, что Индия враждебно относится к арбитражу и сопротивлялась ему на протяжении десяти лет. Джонатан Колман, "Британия и индо-пакистанский конфликт: Ранн-оф-Кутч и Кашмир", (1965) 37 *Journal of Imperial & Commonwealth History* 465, 470-1. Пакистан, с другой стороны, проявил готовность передать спор в арбитраж. Mukund Untawale, 'The Kutch-Sind Dispute: A Case Study in International Arbitration', (1974) 23 ICLQ 818, 824. Тем не менее, не совсем ясно, можно ли считать Пакистан "сторонником судебного разбирательства". Точно так же не так просто определить победителя. Арбитражная комиссия поддержала 90 процентов претензий Индии по болотам Ранн-оф-Кутч, что, по мнению некоторых, означает, что Индия добилась лучшего результата. Колман, выше, 470. Однако Пакистан получил наиболее спорные участки - а именно, наиболее "пригодные для использования" земли - и был удовлетворен результатом, в то время как Индия выразила недовольство решением. Унтавале, выше, 829, 838. Хотя были признаки того, что стороны могут вписаться в некоторые из наших категорий, мы сочли разумным не применять классификацию в таких относительно неопределенных делах. Соответственно, это дело (наряду с другими) было исключено из нашего анализа.

спора занимают разные части спорной территории. Некоторые спорные территории не заняты; на других спорных территориях могут находиться оккупанты определенной национальности, но нет признаков официального присутствия. В нашем понимании ни одна из этих территорий не считается "оккупированной" и не имеет "оккупанта". Мы ограничиваем этот термин территориями, которые так или иначе находятся под физическим контролем государства, пусть даже минимальным. Это использование не требует, чтобы "оккупант" был иностранцем (как в законах войны, когда враждебная армия оккупирует территорию другого государства). Государство может оккупировать свою собственную территорию или территорию другого государства, насколько этого требует наше значение слова.

Оккупация в этом смысле часто является вопросом степени. В частности, удержание территории одним государством может быть шатким, и можно судить о том, как долго оно будет находиться в состоянии оккупации. Но бывают случаи, когда вопрос имеет относительно четкий ответ, и в таких случаях стоит обратить внимание на статус спорной территории.

'Победитель'

Аналогичным образом, определение "победителя" в территориальном споре чревато опасностями. Решения, полностью признающие претензии одного государства к другому, встречаются редко. Особенно это касается случаев, когда ценность, придаваемая государством тому или иному участку земли, носит субъективный характер (к этому вопросу мы еще вернемся).[7]

Однако для целей нашего анализа крайне желательно иметь возможность определить, хотя бы приблизительно, какое государство выиграло судебное разбирательство. В некоторых случаях результат однозначно в пользу одного из государств; в этом случае легко классифицировать государства, участвующие в споре, как победителей или проигравших. В решениях, где главный спорный вопрос решается в пользу одного государства, это государство считается "выигравшим", даже если по некоторым другим вопросам решение благоприятствует "проигравшему". Если одна из двух сторон упорно оспаривала решение, а другая с готовностью принимала его, мы рассматривали это как признак, пусть и несовершенный, того, что государство, принявшее решение, в большей степени является победителем.

Когда мы не могли с достаточной уверенностью сказать, какое государство может быть признано победителем, мы классифицировали дело как не имеющее явного победителя. Для примера: в деле *Сальвадор/Гондурас* в 1992 году Международный Суд постановил, что из примерно 440 кв. км земли, поставленной на карту, Сальвадор получит 140, а Гондурас - 300. На первый взгляд кажется, что Сальвадор не вышел вперед. Но, возможно, 140 кв. км Сальвадора были

[7]См. сценарий 4, рассмотренный ниже.

наиболее ценными из всех спорных земель. Или, возможно, первоначальные притязания Сальвадора на территорию, которую получил Гондурас, были сделаны не из добрых побуждений, а просто для расширения притязаний Сальвадора в стратегических целях; в таком случае потеря Сальвадором этой части своих притязаний не будет иметь для него большого значения. В тех случаях, когда подобная неопределенность делает оценки спорными, мы воздерживаемся от классификации государств как "победителей" и "проигравших".

По этой причине количество случаев, которые мы могли бы использовать для проверки наших гипотез, сократилось до тех, в которых результаты были достаточно разительными. Однако, несмотря на то что наша грубая классификация скрывает большую сложность, она все же позволяет нам проследить, возникают ли определенные предварительные закономерности.

Основные гипотезы и эмпирические наблюдения в области международного судопроизводства

Учитывая эти предостережения, мы сформулировали четыре отдельные гипотезы для проверки. Вот они:

Гипотеза 1: При прочих равных условиях ожидается, что инициирующая сторона не будет оккупировать спорную территорию.

Гипотеза 2: при прочих равных условиях оккупирующее государство с большей вероятностью одержит верх в судебном разбирательстве.

Гипотеза 3: При прочих равных условиях международный трибунал должен быть склонен выносить решение в пользу стороны-инициатора.

Гипотеза 4: Территориальные споры должны с большей вероятностью доходить до судебного разбирательства в результате заключения соглашений ex ante.

Для каждого из них мы сначала объясним, почему это может следовать из основных предпосылок, описанных выше. Затем мы оценим соответствие существующим решениям, а затем приведем конкретные иллюстрации этого соответствия или несоответствия.

Как выяснится, ни одно из этих положений не находит убедительного подтверждения при изучении существующих судебных или арбитражных решений. Первые три варианта слабо согласуются с нашим анализом дел за последние сто лет, с учетом методологических оговорок, о которых мы говорили выше. Однако данные решительно отвергают нашу четвертую гипотезу.

Мы приходим к выводу, что расхождения между этими гипотезами и эмпирическими результатами достаточно велики, поэтому следующей целью должно стать определение того, где в наших основных предпосылках "самоочевидная" логика на самом деле ошибочна. Последний раздел этой главы ставит некоторые вопросы в этом отношении и указывает на возможные ответы.

Гипотеза 1: При прочих равных условиях ожидается, что инициирующая сторона не будет занимать спорную территорию

Прежде всего, мы ожидаем, что сторона, инициирующая дело в суде, не будет оккупировать спорную территорию. Оккупирующее государство в большей степени заинтересовано в сохранении статус-кво; обращение к международному судебному разбирательству может поставить под угрозу его контроль над территорией. Таким образом, обращение к судебному разбирательству противоречит интересам оккупирующего государства. В отличие от этого, государство, не владеющее территорией, может только улучшить свое положение, обратившись за обязательным разрешением спора; если трибунал вынесет против него решение, оно не станет намного хуже, чем было до начала процесса.

Соответственно, чаще всего мы ожидаем, что инициаторами будут неоккупирующие государства - если территория, о которой идет речь, вообще оккупирована. Это "мягкий" вывод; он описывает тенденцию, которая может быть преодолена конкурирующим давлением в противоположном направлении. Но он описывает то, чего мы могли бы рационально ожидать при прочих равных условиях.

Одна из главных трудностей в оценке эмпирической ситуации заключается в том, что размер выборки слишком мал, чтобы сделать интересные обобщения. Государств, официально инициирующих судебные разбирательства, сравнительно немного; как будет показано ниже, большинство случаев являются результатом переговоров, приводящих к заключению специальных соглашений (или их арбитражного аналога), которые не имеют "формального" инициатора и претендуют на взаимность. В нашем наборе данных оказалось всего девять дел,[8]два из которых - арбитражные, где государство официально возбудило дело (или где по процедурным причинам формально не было "формального" инициатора, но одно государство оспаривало юрисдикцию суда настолько, что другая сторона считалась инициатором). Из девяти дел с официальными инициаторами только в пяти случаях сторона явно оккупировала спорную территорию: дела МС *Никарагуа* против *Гондураса*, *Коста-Рика* против *Никарагуа*,

[8]*Определенная деятельность, осуществляемая Никарагуа в пограничном районе (Коста-Рика* против *Никарагуа)*, ICJ, Общий список № 150, 18 ноября 2010 г. (*Определенная деятельность*); *Территориальный и морской спор (Никарагуа* против *Колумбии) (предварительные возражения)*, [2007] ICJ Rep. 832 (*Территориальный и морской спор*); *Территориальный и морской спор между Никарагуа и Гондурасом в Карибском море* (*Никарагуа* против *Гондураса*), [2007] ICJ Rep. 659 (*Карибское море*); *Сухопутная и морская граница между Камеруном и Нигерией (Камерун* против *Нигерии: Экваториальная Гвинея вмешивается)*, [2002] ICJ Rep. 303 (*сухопутная и морская граница*); *Храм Преах Вихеар (Камбоджа* против *Таиланда) (по существу)*, [1962] ICJ Rep. 6 (*Храм Преах Вихеар*); *Делимитация морских пространств в районе между Гренландией и Ян-Майеном (Дания* против *Норвегии)*, [1993] ICJ Rep. 38 (*Ян-Майен*); *Делимитация морских пространств и территориальные вопросы между Катаром и Бахрейном (Катар* против *Бахрейна) (по существу),* [1993] ICJ Rep. *Bahrain) (Merits)*, [2001] ICJ Rep. 40 (*Qatar and Bahrain*); *The Boundary Case between Honduras and Nicaragua (Honduras/Nicaragua)*, (1906) 11 RIAA 101; *Argentine-Chile Frontier Case (Argentina/Chile)*, (1966) 16 RIAA 109 (*Argentine-Chile Frontier Case*).

Камерун против *Нигерии* и *Камбоджа* против *Таиланда*, а также дело PCIJ *Дания* против *Норвегии*. В каждом из этих случаев инициатором была сторона, не владеющая имуществом - как мы и ожидали, учитывая стимулы каждой из сторон. Однако при таком ограниченном количестве дел выводы, которые мы можем сделать, ограничены даже анекдотически.

Если мы расширим нашу точку зрения и включим в нее мягкие доказательства того, что одна из двух сторон очень не хотела обращаться в арбитраж и ей потребовались серьезные уговоры и/или угрозы, чтобы согласиться, то, похоже, будет действовать та же схема. Симметричные" дела - иными словами, дела, которые якобы были результатом совместного соглашения о рассмотрении дела в суде, - в которых одна из сторон не желает обращаться в арбитраж, примерно соответствуют динамике формально инициированных дел. Одна из сторон явно более склонна к судебному разбирательству; мы можем предположить, что и в этих случаях это связано с тем, что она больше выигрывает (или, что эквивалентно, меньше теряет) от юридически обязывающего решения. Другими словами, в симметричных случаях сторона, проявляющая больший энтузиазм, - если таковая может быть определена на основании контекста и соответствующей литературы - не должна занимать спорную территорию. Помимо пяти вышеперечисленных официально инициированных случаев, мы можем выделить еще примерно шесть случаев, в которых можно обнаружить как оккупанта, так и асимметрию в желании вынести решение. Во всех этих случаях, за исключением (спорно[9]) двух, более неохотно соглашающаяся сторона, как правило, также занимала спорную землю. И если мы рассмотрим всю совокупность сторон, в отношении которых наблюдалась явная асимметрия в желании участвовать в судебном разбирательстве - всего около двадцати дел, - независимо от наличия идентифицируемого оккупанта, то тот факт, что, по крайней мере, в двух случаях "оккупанты" выступали в пользу судебного разбирательства, является показательным (см. таблицу 10.1).

Естественно, это все еще небольшая выборка; вероятно, в прошлом веке было еще больше территориальных дел, в которых одно государство оказывало давление на другое, и/или стороны особенно не хотели принимать решение. Можно ли отнести эти дела к той или иной категории, зависит от того, раскрываются ли в первоисточниках или вторичной литературе подобные аспекты судебного процесса и его подготовки. В свою очередь, в некоторых делах, демонстрирующих сильный дисбаланс в готовности государств к судебному разбирательству, не было явного оккупанта спорной территории, поэтому они не могли быть включены в этот подсчет. Тем не менее,

[9]В двух случаях, когда "оккупанты" выступали за судебное разбирательство, оккупация не была особенно сильной или очевидной. Тем не менее мы решили включить оба дела (*Великобритания/Франция* и *Коста-Рика/Панама*) как имеющие идентифицируемых оккупантов, чтобы продемонстрировать как можно более широкий спектр дел, в которых оккупанты выступали за судебный процесс.

Таблица 10.1 *Случаи, в которых наблюдалась явная асимметрия в стремлении к судебному разбирательству*

Государство, не являющееся оккупирующей стороной, выступает за судебное разбирательство	Оккупирующее государство выступает за судебное разбирательство
Никарагуа против *Колумбии* (2012 год)[1]	*Соединенное* Королевство/Франция (1953)[3]
Никарагуа против *Гондураса* (2007)[2]	Коста-Рика/Панама (1914)[4]
Камерун против *Нигерии* (2002)	
Катар против *Бахрейна* (2001)	
Ливия *против Чада* (1994)	
Камбоджа против *Таиланда* (1962)	
Сиам против Франции (1947)	
Дания против *Норвегии* (1933)	
Чили/Перу (1925)	

Примечание: государство, название которого выделено курсивом, является оккупирующим государством. В скобках указана дата - год принятия решения по делу.

[1]Жалоба Никарагуа была основана на претензии Колумбии на господство над морским пространством, в котором расположены острова и ключи. Хотя Колумбия не высаживалась на спорные острова в Карибском море, мы решили классифицировать Колумбию как оккупирующее государство, поскольку ее более мощные военно-морские силы осуществляли исключительно патрулирование в этом районе и регулярно блокировали доступ и останавливали никарагуанские суда. Кристина Стегемоллер, "Никарагуа против Колумбии", (2005) 11 *Law & Business Review of the Americas* 127, 133. Контроль Колумбии над рассматриваемой территорией был более жестким и распространялся исключительно на граждан Никарагуа, поэтому мы считаем, что квалификация "оккупант" будет лучше отражать факты на месте.

[2]По сообщениям,Гондурас располагал войсками на острове Южный Кай (Кайо-Сур) в то время, когда Никарагуа возбудила дело.

[3]Франция и Великобритания спорили о принадлежности островов и скал, входящих в так называемую группу Минкье и Экрехос. Лишь немногие из этих островов были пригодны для жизни, и еще меньше островов были обитаемы во время спора. На одном из островов группы Минкиерс (Маˆитресс) правительство зависимого от британской короны острова Джерси построило слип, таможенный домик, дом "для судебного пристава Джерси" и флагшток. См. D. H. N. Johnson, "The Minquiers and Ecrehos Case", (1954) 3 ICLQ 189, 206-7. Джерсийские рыбаки половину года жили в деревянных хижинах на острове. В группе Экрехос на острове Маˆитр жил некий лорд Трент из Ноттингема; на острове Мармотье было двенадцать хижин, в которых джерсийцы жили половину года (для рыбалки и отдыха), а также таможенный дом, слип и флагшток, которые содержались штатом Джерси; и, наконец, на острове Блан стоял большой дом, принадлежавший гражданину Джерси. Там же. Таким образом, на момент передачи дела в суд оккупация и управление островом, судя по всему, были преимущественно британскими.

Таблица 10.1 (*продолжение*)

[4]Спорной территорией была область вдоль границы между Панамой и Коста-Рикой, которая уже была предметом арбитражного разбирательства тогдашнего президента Франции Э'миля Лубе в 1900 году (когда Панама еще была частью Колумбии). Коста-Рика оспорила это решение, известное как "решение Лубе", поскольку оно передавало часть территории Коста-Рики Панаме, но вопрос не продвинулся дальше до начала 1909 года. В этот момент Соединенные Штаты захотели, чтобы право собственности на границу было утихомирено, поскольку американцы, владеющие землей в спорном регионе, не могли урегулировать свои собственные претензии до тех пор, пока не будет решен скрытый территориальный спор между Панамой и Коста-Рикой. Обзор этого дела см. в L. H. Woolsey, "Boundary Disputes in Latin-America", (1931) 25 AJIL 324, 329. По решению суда Лубе спорная территория была передана Панаме - результат, который Коста-Рика оспаривала, - но Коста-Рика сохранила фактический контроль над ней. Признавая это, и поскольку Панама не хотела возвращаться в арбитраж, Соединенные Штаты указали, что будут рассматривать этот район как принадлежащий Коста-Рике. Там же. В конце концов Соединенные Штаты заставили неохотно согласившуюся Панаму обратиться в арбитраж; арбитр, главный судья Верховного суда США Уайт, вынес решение в пользу Коста-Рики.

Наблюдаемая нами тенденция дает определенную поддержку, хотя и анекдотическую, нашей гипотезе о том, что стороны, желающие получить судебное решение, почти никогда не являются теми, кто оккупирует спорную территорию.

Иногда классификацию провести сложно. Например, в запутанном споре между Катаром и Бахрейном определение "оккупанта" представляло собой сложную задачу. Оба государства оккупировали некоторые из спорных территорий: Бахрейн занимал острова Хавар, а Катар - Зубару, небольшой регион на северо-западном побережье Катара. Тем не менее, основным предметом спора были острова Хавар, и, похоже, не было особых сомнений в том, какое государство в конечном итоге получит Зубару. По мнению одного из комментаторов, "поскольку Бахрейн владел этой территорией, Катар мало что терял, обращаясь в суд".[10]По этим причинам оккупация Хаварских островов представляется более значимым фактором, который следует рассматривать при определении того, какое государство владеет территорией, о которой идет речь. И действительно, несмотря на то, что обе стороны были близки к подписанию специального соглашения,[11]Катар в одностороннем порядке подал заявление о возбуждении дела

[10]Maurice Mendelson, 'The Curious Case of *Qatar* v. *Bahrain* in the International Court of Justice', (2001) BYBIL 183.

[11]В конце 1990 года Бахрейн подписал с Катаром предварительное соглашение ("Дохийские протоколы"), содержавшее пункт, согласно которому стороны могли обратиться в Международный суд, если спор по островам Хавар и Зубара (среди прочих) не будет разрешен к маю 1991 года.

в Международный Суд в соответствии со Статьей 36(1), в то время как Бахрейн боролся за то, чтобы избежать юрисдикции Международного Суда. К ужасу Катара, Международный Суд двенадцатью голосами против пяти присудил острова Хавар Бахрейну.[12]

Если не принимать во внимание трудности классификации, приведенные выше результаты свидетельствуют о том, что мы редко видим, как оккупирующие государства выступают за судебные разбирательства. Одним из объяснений может быть то, что оккупирующие государства всегда имеют (или думают, что имеют) более слабые юридические аргументы, хотя результаты, приведенные в разделе ниже, показывают, что оккупирующие государства чаще выигрывают, чем проигрывают. Скорее, тот факт, что оккупирующие государства редко инициируют или настаивают на судебном разбирательстве, говорит о том, что, даже если они считают, что у них более сильная правовая позиция, они все равно не верят, что судебное разбирательство отвечает их интересам.

Гипотеза 2: При прочих равных условиях оккупирующее государство должно с большей вероятностью одержать победу в судебном разбирательстве.

Как объяснялось выше, мы ожидаем, что у оккупирующих государств обычно не будет мотивации добиваться судебного разбирательства. Напротив, государство, не оккупирующее спорную территорию, меньше теряет от судебного разбирательства; в этом случае оно может быть более склонно рассматривать дела, в которых шансов мало, или, по крайней мере, больше, чем готова рискнуть оккупирующая сторона при прочих равных условиях. Это создаст предвзятость отбора, в результате чего будет больше споров, в которых у оккупирующей стороны есть веские юридические аргументы для вынесения судебного решения.

Может также существовать независимая причина, по которой можно ожидать, что оккупирующее государство в среднем выиграет больше, чем государство, не являющееся оккупантом. Гипотетически у международных трибуналов может возникнуть соблазн вынести решение в пользу оккупанта. Учитывая трудности, связанные с передачей суверенитета одной стороне, когда земля контролируется другой, и тот факт, что участие оккупантов является ключевым фактором для выполнения арбитражного решения, могут возникнуть следующие ситуации

Из-за разницы в переводе это положение можно понимать как допускающее либо одностороннее представление в МС одной из сторон, либо представление при согласии *обеих* сторон. Бахрейн выдвинул первый аргумент, чтобы оспорить одностороннюю передачу Катаром спора в МС, но безрезультатно: МС счел, что дело находится в его юрисдикции. Считается, что Бахрейн, подписывая Дохийские протоколы, не думал, что дело может быть передано в суд по единоличной инициативе Катара. См. Mendelson, выше n. 100, 210.

[12]Однако определение "победителя" в данном случае (для использования в гипотезе 3) осложнялось еще и тем, что решение не было однозначно в пользу одной стороны по отношению к другой. Формально решение выглядит "симметричным" - Бахрейн получил острова Хавар, а Катар - Зубару, - так что определение победителя вносит элемент субъективности, который не так заметен, как, например, в споре о храме Преах Вихеар между Таиландом и Камбоджей (см. примечание 188 ниже). Тем не менее, по общему мнению, решение было вынесено в пользу Бахрейна, поскольку аргументы Катара были в целом проигнорированы. См., например, Колтер Полсон, "Соблюдение окончательных решений Международного суда с 1987 года", (2004) 98 AJIL 434, 454.

в некоторых случаях институциональное давление на арбитражный суд, чтобы он принял решение в пользу оккупанта.

Например, такая динамика могла иметь место в арбитражном разбирательстве 1911 года в Уолфиш-Бей между Великобританией и Германией. Германия оспаривала право владения Великобританией стратегически важной глубоководной бухтой на нынешнем побережье Намибии. По возражениям Германии, Великобритания владела портом Уолфиш-Бей с 1878 года.[13]Под эгидой короля Испании для арбитражного разбирательства спора был выбран профессор международного права из Мадридского университета. Он вынес решение в пользу Великобритании, государства, владеющего портом Уолфиш-Бей. Арбитражное решение гласило:

> Учитывая, что, поскольку не было сделано исключения в отношении продолжающегося владения Великобританией [спорной] территорией... необходимо принять факт владения, на который ссылается британское правительство, и видеть в нем не только доказательство того смысла, в котором всегда интерпретировалась [британская] прокламация об аннексии. . но и доказательство желания приобрести и эффективной оккупации, посредством которой в любом случае мог быть установлен британский суверенитет над спорной зоной, прежде чем прилегающая территория оказалась под защитой Германии".[14]

Формулировки арбитра позволяют предположить, что факт оккупации Великобритании играл роль в его понимании юридических прав, о которых идет речь.

Эмпирические результаты согласуются с этой гипотезой, однако нельзя сказать, что они являются весомым доказательством в ее пользу. Из примерно тринадцати случаев, когда можно было выделить победителя и оккупанта, в девяти победил оккупант. В таблице 10.2 перечислены эти тринадцать дел в разбивке по тому, в пользу кого было вынесено решение.

> Гипотеза 3: При прочих равных условиях международный трибунал должен склоняться к вынесению решения в пользу стороны-инициатора.

Мы также можем ожидать, что сторона-инициатор с большей вероятностью выиграет дело. Тот факт, что она подает иск, свидетельствует о том, что она рассчитывает на победу, и она лучше других осведомлена о силе своего дела.

Как отмечалось выше, существует всего девять дел, в которых фигурируют официальные "инициаторы" - так сказать, квази-истцы. Из этих девяти дел в шести можно определить победителей, два находятся на рассмотрении, а в одном (аргентинско-чилийское "пограничное дело") нет явного победителя.[15]Из шести дел с официальными инициаторами и определенными победителями четыре - *Камерун* против *Нигерии*,

[13]*Дело о границе Уолфиш-Бей (Германия/Великобритания)*, (1911) 11 RIAA 267.
[14]Ibid., 307-8. [15]См. сценарий 4, рассмотренный ниже.

Таблица 10.2 *Случаи, в которых можно выделить явного победителя и оккупанта*

Оккупирующее государство выигрывает	Оккупирующее государство проиграло
Никарагуа против *Гондураса* (2007)	Камерун против *Нигерии* (2002)
Катар/Бахрейн (2001)	*Египет/Израиль* (1988)
Ботсвана/Намибия (1999)	Камбоджа против *Таиланда* (1962)
Великобритания/Франция (1953)	Дания против *Норвегии* (1933)
Франция/Сиам (1947)	
Боливия/Парагвай (1938)	
Перу/Чили (1925)	
Коста-Рика/Панама (1914)	
Германия/Великобритания (1911)	

Примечание: Сторона, выделенная курсивом, - это государство-оккупант. Дата в скобках - год принятия решения по делу.

Камбоджа против *Таиланда*, *Дания* против *Норвегии* и арбитраж *Гондурас* - *Никарагуа* 1960 года - характеризуются тем, что инициатор выиграл дело.

Размер выборки официальных инициаторов и идентифицируемых победителей - шесть человек - слишком мал, чтобы выявить какую-либо тенденцию. Поэтому, как и ранее, мы использовали "мягкие" доказательства, чтобы расширить набор "инициаторов", включив в него те случаи, когда наблюдалась явная асимметрия в желании обратиться к судебному разбирательству. Хотя технически государство не может быть инициатором, в таких случаях мы можем определить государство, которое в большей степени "выступает за судебный процесс", в то время как другое государство более неохотно переходит к судебному разбирательству. Результаты показывают, что в тех случаях, когда государство в большей степени выступает за судебный процесс, вероятность успеха у него несколько выше. Из тринадцати случаев, в которых было как разумно идентифицируемое государство, настаивающее на судебном разбирательстве (по сравнению с государством, более неохотно идущим на это), *так и* разумно идентифицируемый победитель, инициатор, как правило, выигрывал. В девяти из этих случаев государство, выступающее за судебный процесс, "победило" в руках арбитражного суда или Международного Суда. Только в четырех случаях государство, поддерживающее судебную тяжбу, в итоге проиграло (табл. 10.3).

Гипотеза 4: Территориальные споры должны с большей вероятностью доходить до судебного разбирательства в результате *предварительных* соглашений

Государства знают, что, когда они соглашаются на судебное разбирательство, одно из них обречено на проигрыш.[16]Учитывая это довольно очевидное наблюдение, почему оба государства делают это? В частности, для любого конкретного решения, разрешающего территориальный спор, почему

[16]Конечно, можно представить себе случаи в стиле гордиева узла, когда спорная территория просто делится поровну между обеими сторонами. Это могло произойти в споре о

Таблица 10.3 *Случаи с идентифицируемым инициатором в разбивке по победителям*

Государство-инициатор (или государство, поддерживающее тяжбу) побеждает	Инициирующее государство (или государство, поддерживающее судебный процесс) проигрывает
Камерун против Нигерии (2002) *Индонезия/Малайзия* (2002) *Ливия* против Чада (1994 год) *Камбоджа* против Таиланда (1962) *Гондурас* против Никарагуа (1958) *Соединенное* Королевство/Франция (1953) *Дания* против Норвегии (1933) Саудовская Аравия против *Йемена* (1931) Коста-Рика/Панама (1914)	*Никарагуа* против Гондураса (2007)[1] Катар/Бахрейн (2001) *Франция/Сиам* (1947) Перу/Чили (1925)

Примечание: Сторона, выделенная курсивом, - это государство, выступающее за судебный процесс. Дата в скобках - год принятия решения по делу.

[1]Это дело в Международном суде касалось вопроса о суверенитете над перекрывающимися морскими претензиями в Карибском море, включающими несколько островов. Никарагуа в 1999 году в одностороннем порядке возбудила дело против Гондураса; предполагается, что Никарагуа подала этот иск, чтобы смягчить последствия недавнего соглашения между Гондурасом и Колумбией, признавшего суверенитет Колумбии над островами, на которые также претендовала Никарагуа. (В итоге Международный Суд установил морскую границу примерно на полпути между претензиями двух стран, и Гондурас получил суверенитет над горсткой островов, на которые претендовала Никарагуа. Гондурас, строго говоря, мог бы выиграть территориальную часть решения, но неясно, что в целом вышло "вперед" - Гондурас или Никарагуа, особенно учитывая, что целью Никарагуа был срыв договора между Гондурасом и Колумбией.

согласилось ли государство с более слабой позицией обратиться в суд? Этот вопрос имеет смысл; в международном праве, если оба государства не согласны, никакого судебного разбирательства не будет. Несколько разумных объяснений того, как проигравшая сторона оказывается в суде, обсуждаются в следующем разделе; они помогают выявить недостатки в исходных базовых предпосылках.

Но, даже не меняя исходных предпосылок, можно дать важный ответ. Для этого достаточно спросить, в какой момент было дано согласие на юрисдикцию? Оно не обязательно должно было быть дано при нынешней территориальной

В случае с полосой Агачер, где Международный Суд разделил ее пополам между Мали и Буркина-Фасо. Однако подобная картина встречается нечасто. См. Джино Нальди, "Дело о пограничном споре (Буркина-Фасо/Республика Мали): *Uti Possidetis* в африканской перспективе", (1987) 36 ICLQ 893.

спор в виду, поскольку он мог быть результатом общего согласия за много лет до этого. Если согласие было дано еще до того, как спор выкристаллизовался, то нельзя ничего предполагать о готовности государств к судебному разбирательству по данному конкретному делу.[17]

Поэтому, чтобы ответить на этот вопрос, мы можем просто предположить, что территориальные споры чаще всего будут возникать на основе согласия *ex ante*. Как только территориальный спор разгорается, мы ожидаем, что будет очень трудно получить согласие обеих сторон на передачу спора в международный трибунал. Как уже говорилось выше, для того чтобы согласиться на судебное разбирательство, сторона должна верить, что у нее есть веские юридические аргументы - те, которые приведут к ситуации, лучшей, чем статус-кво. Однако, когда речь идет о земле, обе стороны не могут "выиграть" территорию: существует только один кусок земли. Обе стороны знают об этом.

Соответственно, сторона с более слабой правовой позицией никогда не должна соглашаться на преюдициальное разбирательство, и поэтому - поскольку требуется согласие обеих сторон - соглашение об обращении в арбитраж или передаче дела в Международный Суд после спора почти никогда не должно иметь места. В частности, в случаях, когда одна из сторон выступает за преюдициальное разбирательство, основанием для юрисдикции почти всегда должно быть соглашение *ex ante*. Это объясняется тем, что сторона, выступающая за судебное разбирательство, имеет (или считает, что имеет) более весомые аргументы, поэтому ее оппоненту было бы глупо подписывать специальное соглашение, когда он видит, что другая сторона так охотно идет в трибунал. Таким образом, мы остаемся в мире, где судебные разбирательства по территориальным спорам между государствами возникают в основном на основе факультативных оговорок или договоров, заключенных до возникновения спора. В таком мире арбитражи и специальные соглашения об обращении в Международный Суд - редкость, поскольку эти соглашения обычно заключаются *после* возникновения спора, в условиях, когда стороны лучше понимают свои шансы на победу.[18]

[17]Хотя технически государство может нарушить свое соглашение *ex ante* и отказаться от судебного разбирательства, вероятность того, что на такие государства будет оказано давление, гораздо выше, чем на государства, не заключившие такого соглашения.

[18]Удобным примером *предварительного* согласия может служить дело Международного суда между Камбоджей и Таиландом о суверенитете над храмом Преах Вихеар, построенным в одиннадцатом веке. В первой половине XIX века точное местоположение границы по отношению к храму стало предметом острых разногласий. В 1954 году, после ухода французов из Камбоджи, тайские войска оккупировали Преах Вихеар, чтобы подтвердить притязания Таиланда. Камбоджа подала заявление в Международный Суд в соответствии с факультативной оговоркой (ст. 36(2)) Статута Международного Суда. Впоследствии Международный Суд отклонил предварительное возражение Таиланда против своей юрисдикции. (Таиланд утверждал, что он признал только общую юрисдикцию ПЦПИ, и что это признание юрисдикции закончилось после роспуска ПЦПИ). В 1962 году, проголосовав 9:3, Международный Суд постановил, что храм находится на территории Камбоджи. Как показывает попытка Таиланда отказаться от юрисдикции Международного суда, сторона с более слабыми юридическими аргументами - в данном случае Таиланд - может

Но данные не подтверждают это предсказание. Из восемнадцати дел, рассмотренных МС или PCIJ, двенадцать были возбуждены по специальному соглашению[19]и только шесть - на основании ранее существовавшего соглашения.[20]В одном деле (*Бахрейн/Катар*) возникли разногласия по поводу того, существовало ли специальное соглашение и б ы л о ли оно достаточным для обоснования юрисдикции; МС принял положительное решение. Более того, из двадцати двух арбитражных разбирательств, имевших место в прошлом веке, только одно (или, возможно, два) было проведено в результате ранее существовавшего соглашения,[21]в то время как в остальных двадцати/двадцати одном в результате

на самом деле не желал, чтобы дело рассматривал Международный Суд. Тем не менее, в конечном счете, они уступили (хотя с тех пор вновь заняли часть храма, нарушив приказ Международного суда об освобождении территории). *Храм Преах Вихеар (Камбоджа* против *Таиланда) (по существу)*, [1962] ICJ Rep. 6.

[19]*Пограничный спор (Буркина-Фасо/Нигер)*, МС, Общий список № 149, 14 сентября 2010 г.; *Суверенитет над Педра-Бранка/Пулау-Бату-Путех, Средними скалами и Южным уступом (Малайзия/Сингапур)*, [2008] ICJ Rep. 12; *Пограничный спор (Бенин/Нигер)*, [2005] ICJ Rep. 90; *Суверенитет над Пулау Лигитан и Пулау Сипадан (Индонезия/Малайзия)*, [2002] ICJ Rep. 625; *Остров Касикили/Седудуду (Ботсвана/Намибия)*, [1999] ICJ Rep. 1045; *Территориальный спор (Ливия/Чад)*, [1994] ICJ Rep. 6; *Спор о земле, островах и морской границе (Сальвадор/Гондурас; вмешалась Никарагуа)*, [1992] ICJ Rep. 350 ("*Спор о земле, островах и морской границе*"); *Пограничный спор (Буркина-Фасо/Мали)*, [1986] ICJ Rep. 554; *Суверенитет над некоторыми пограничными землями (Бельгия/Нидерланды)*, [1959] ICJ Rep. 209; и *Минкье и Экрехос (Франция/Соединенное Королевство)*, [1953] ICJ Rep. 47. В деле *Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras* v. *Nicaragua)*, [1960] ICJ Rep. 192, стороны достигли неоднозначно сформулированного соглашения о передаче спора на рассмотрение МС в 1957 году, которое, в той мере, в какой оно квалифицируется как соглашение об обращении в МС, является соглашением, заключенным после возникновения спора. Шабтай Розенн, *Толкование, пересмотр и другие способы обращения к международным решениям и постановлениям* (Лейден: Martinus Nijhoff Publishers, 2007), 147. Аналогичным образом, в *деле "Правовой статус юго-восточной территории Гренландии (Дания* против *Норвегии)"*, [1933] PCIJ (Ser. A/B) № 53, стороны согласились передать свой спор на рассмотрение PCIJ после его возникновения.

[20]*Некоторые виды деятельности*, МС, Общий список № 150, 18 ноября 2010 г.; *территориальный и морской спор*, [2007] ICJ Rep. 832; *Карибское море*, [2007] ICJ Rep. 659; *сухопутная и морская граница*, [2002] ICJ Rep. 303; *храм Преах Вихеар*, [1962] ICJ Rep. 6; *Катар и Бахрейн*, [2001] ICJ Rep. 40. Из этих шести дел два были возбуждены в соответствии со ст. 36(1) ("действующие договоры и конвенции"), два - в соответствии со ст. 36(2) (заявления о факультативных положениях, то есть об обязательной юрисдикции), и два дела были возбуждены на основании обеих ст. 36(1) и 36(2).

[21]В частности, *дело о границе между Аргентиной и Чили*, (1966) 16 RIAA 109. Две страны подписали Общий арбитражный договор 28 мая 1902 года, в котором говорилось, что правительство Великобритании будет выступать в качестве арбитра в случае возникновения споров. Спустя несколько десятилетий Чили возбудила дело *"Пограничное дело"* в соответствии со ст. 5 Общего договора. Возможно, более поздний арбитраж по делу о *канале Бигль* между Аргентиной и Чили, который также был основан на Общем арбитражном договоре 1902 года, также можно рассматривать как арбитраж "*ex ante*". Однако в этом случае Аргентина и Чили в июле 1971 года подписали Соглашение о рассмотрении спора о канале Бигль, которое само по себе можно рассматривать как своего рода специальное соглашение. Это контрастирует с односторонним обращением Чили в арбитраж по *Пограничному делу* в соответствии со ст. 5 Общего договора 1902 года, которое не требовало согласия обоих государств.

из решения об обращении в арбитраж, которое было принято после начала спора. Это означает, что из сорока территориальных дел, рассмотренных в прошлом веке (список приведен в Приложении 1), только семь или восемь дел возникли в результате ранее существовавших соглашений. Другими словами, подавляющее большинство территориальных судебных разбирательств было результатом достигнутых задним числом договоренностей о передаче спора в международный трибунал.

Такая картина результатов говорит о том, что обычная интуиция не верна. Значительное большинство споров передается в суд обеими сторонами, действующими совместно - либо через специальное соглашение в МС, либо через соглашение об обращении в арбитраж. Эти данные вызывают недоумение: они противоречат вышеизложенной гипотезе о том, что в любой государственной диаде одно государство не захочет передавать территориальные споры на рассмотрение, оставляя в судах только государства, заключившие *предварительные* соглашения.

Конечно, многие государства могут не иметь возможности полагаться на факультативную оговорку МС, поскольку ее использование зависит от того, подписали ли ее обе стороны спора.[22]Аналогичным образом, многие граничащие государства могут не подписывать друг с другом договоры, предусматривающие обращение в МС или арбитраж в случае возникновения споров. Соответственно, представляется нормальным, что количество дел *ex ante* должно быть ограниченным. Удивляет тот факт, что гораздо больше дел *ex post*, когда мы ожидали бы их немного. Однако можно предположить, что большинство *всех* территориальных споров (включая те, которые так и не дошли до суда) на самом деле не дошли до рассмотрения, потому что одно государство боялось проиграть в суде, и то, что мы наблюдаем, - это исключение, а не правило. Другими словами, то, что кажется большим количеством дел *ex post*, на самом деле является исключением, потому что несметное количество конфликтов так и не дошло до судебного разбирательства. Такая интерпретация лучше согласуется с нашей первоначальной гипотезой о том, что в суд должны обращаться только те государства, которые договорились о рассмотрении конфликтов до начала спора.

Тем не менее, тридцать три дела *ex post* (из сорока) - это не так уж мало. Проще говоря, эти данные не соответствуют общему нежеланию доводить территориальные споры до судебного разбирательства, особенно когда необходимо согласие обеих сторон. Таким образом, мотивирующий вопрос заключается в том, *почему* две страны соглашаются обратиться в Международный суд или арбитраж после возникновения спора. В следующем разделе мы рассмотрим возможные объяснения той модели соглашения *ex post*, которая, как мы видим, имеет место в действительности.

[22]На сегодняшний день шестьдесят семь стран признали юрисдикцию Международного Суда в качестве обязательной в соответствии со ст. 36(2). См. Международный суд, Декларации, признающие юрисдикцию Суда обязательной, на сайте www.icj-cij.org/jurisdiction/?p1=5&p2=1&p3=3. Из всех дел, рассмотренных *задним числом*, только в одном случае обе стороны согласились с факультативной оговоркой (*Caribbean Sea*, [2007] ICJ Rep. 659).

Пересмотр основных предположений о том, почему государства рассматривают территориальные споры

Наше обсуждение началось с трех предположений; на их основе были сделаны некоторые базовые прогнозы, а сами прогнозы были проверены на сравнительно небольшом количестве дел, в которых были вынесены территориальные решения. Хотя наши гипотезы относительно "кто" были, по крайней мере, анекдотически подтверждены нашим обзором дел, "почему" остается неясным. Наша главная предпосылка, согласно которой государства, не заключившие *заранее* соглашения об обращении к судебному разбирательству, никогда не должны оказываться в суде, была опровергнута тем фактом, что значительное большинство преюдициальных дел передается в суд на основании специальных соглашений (или их арбитражного аналога). Таким образом, наши базовые предпосылки должны быть в чем-то ошибочными. Как будет показано ниже, выяснилось - что, возможно, неудивительно - что наши предположения были не столько неверными, сколько недостаточно проработанными.

Во-первых, предположение об уникальности заходит слишком далеко и нуждается в модерации. Оно практически категорически отвергает возможность того, что потенциальная потеря территории (в результате согласия на судебное разбирательство) когда-либо будет оправдана, за исключением, возможно, случаев, когда это делается в качестве quid pro quo для получения другой территории. Второе предположение - что судебный процесс является способом максимизации территории - упускает из виду различные способы измерения территориальных выгод и потерь. Что же касается третьего предположения об избежании юрисдикции, то здесь необходимо учесть возможность асимметричной информации и иррациональных или недальновидных субъектов.

В каждом из трех подразделов ниже мы повторно рассматриваем три исходных предположения в контексте выявленных причин, по которым государства выбирали судебное разбирательство в прошлом. Каждый из этих сценариев усложняет нашу слишком простую модель "с нулевой суммой", анализируя различные мотивы для обращения к судебному разбирательству. Ни один из них сам по себе не является достаточным для объяснения всего обоснования решения государства согласиться на преюдициальное разбирательство; однако они позволяют выявить различные причины, которые в различных комбинациях могут побудить государство обратиться к преюдициальному разбирательству.

Предположение об уникальности

Во-первых, мы рассмотрим "предположение об уникальности", согласно которому каждый участок территории имеет уникальную ценность. Из этого предположения следует естественный вывод, что за исключением некоторых необычных и, возможно, анахроничных ситуаций - колониальная держава обменивается землей с другими колониальными державами или государство отказывается от земли, которую другое государство захватило войной в ходе завоевания, - государства не идут (когда у них есть выбор в этом вопросе) на компромисс, на уступки,

или обмениваться участками земли.[23]Это связано не только с экономической или стратегической ценностью - как бы важны они ни были - но и с ценностью, которую граждане государства, вероятно, будут придавать этому месту. Для некоторых граждан государства это конкретное место будет "домом". Для других отказ от суверенитета может быть вопросом национальной гордости. Отказ от территории никогда не бывает популярным.

Это порождает бескомпромиссное отношение к любому виду "решения" территориального спора, например к судебному разбирательству. Если куски земли слишком уникально ценны, чтобы рассматривать возможность отказа от них, аргументы о том, что какая-то другая выгода или преимущество оправдывает разрешение спора третьей стороной, будут отвергнуты. Стороны застрянут в менталитете "нулевой суммы", который вряд ли способствует компромиссу. Отношение к территории как к уникальной ценности означает, что она не может быть обменена на другие виды ценностей, которые может предложить международный порядок.

Напротив, чем шире возможности для заключения сделок, тем больше шансов на беспроигрышное решение. Перспектива того, что оба государства могут оказаться в выигрыше, меняет расчеты относительно того, передавать ли территориальный спор в арбитраж или в суд. Такое ожидание позволяет объяснить, почему государства передают споры в суд, зная, что одно из них проиграет. Оказывается, что в определенных условиях действительно существует возможность для беспроигрышных решений.

Поэтому мотивы для ведения судебного разбирательства по конкретному территориальному спору меняются, когда допускается возможность обмена на другие ценности. Если становится открытой возможность того, что потеря или отказ от территории может быть компенсирован другими видами активов, то эти другие активы будут учитываться при принятии государством решения о том, подавать ли ему иск или согласиться с подачей иска каким-либо другим государством. Мы рассмотрим три категории выгод, которые могут компенсировать потерю территории: выгода, которую государство получает от своего собственного соглашения о прекращении конфликта; выгода, которую государство получает в качестве компенсации от другой спорящей стороны; и выгода, которую государство получает от третьих сторон.

Сценарий 1: дивиденды мира

Сценарий мирных дивидендов отвергает характеристику спора как игры с нулевой суммой, рассматривая особый вид нетерриториальных

[23]В нынешних условиях наиболее частой причиной потери территории, как представляется, является успех сепаратистских движений. Об интерпретации сецессионизма как замаскированной претензии на территорию см. в целом Lea Brilmayer, "Secession and Self-Determination: Территориальная интерпретация", (1991) 16 *Yale Journal of International Law* 177.

преимущество, которое может быть адекватным побуждением к судебному разбирательству. Побуждение - это преимущества (для обеих сторон) мирного разрешения спора. Мирные дивиденды могут принимать различные формы. Например, жизни и имущество не будут потеряны в результате военного конфликта. Объем торговли и инвестиций между странами и с третьими государствами может увеличиться после того, как минует опасность насильственного конфликта. Приграничные районы станут более безопасными и мирными.

Примером сценария "мирных дивидендов" может служить конфликт вокруг полосы Таба на границе между Египтом и Израилем. Египет и Израиль яростно оспаривали право собственности на этот участок пустыни площадью 1 кв. км, который Израиль оставил себе после ухода с остальной части Синайского полуострова в 1982 году. За исключением высококлассного туристического курорта на берегу Красного моря, Таба была практически бесполезна. Однако в течение некоторого времени она создавала тупик в нормализации отношений между двумя странами после Шестидневной войны 1967 года.

Египет потребовал, чтобы спор был решен в арбитраже, на что Израиль - возможно, предчувствуя, что арбитраж примет решение не в его пользу, и столкнувшись со значительным сопротивлением населения, - согласился неохотно.[24]Тем не менее Израиль был давно заинтересован в установлении мира в регионе, и оттепель в отношениях с Египтом стала самым значительным прогрессом, которого он достиг. Спор вокруг Табы грозил сорвать процесс нормализации египетско-израильских отношений.[25]Арбитражный суд в основном принял решение в пользу Египта, и в 1989 году полоса Табы вернулась под контроль Египта.

Сценарий 2: побочные платежи

В сценарии "мирных дивидендов" каждая сторона получает выгоду от своего собственного согласия на урегулирование спора в судебном порядке. В этом случае стимулом для принятия на себя риска судебного разбирательства служит в основном собственная мотивация государства изменить свое поведение и стремиться к миру. Аналогичный сценарий связан со стимулами, которые исходят от обещаний, данных другой стороной спора. В отличие от "дивидендов мира", сценарий "побочных платежей" предполагает quid pro quo, когда что-то дается в обмен на то, что другая сторона берет на себя риск отказа от права на территорию. Соглашаясь на судебное разбирательство, государство рискует потерять свои притязания на землю;

[24]См. например, Dan Fisher, 'Taba's 2 Residents Divided: Израильско-египетская ссора отозвалась эхом на спорном пляже", *Лос-Анджелес Таймс*, 15 января 1986 г.

[25]В конечном итоге, согласившись на арбитраж, израильское правительство настояло на том, чтобы обе стороны договорились до арбитража о свободных правах доступа в Табу (среди прочих подобных прав) для страны, проигравшей арбитраж. См. там же. Обратите внимание, что это также пример сценария "побочных платежей"; как объяснялось выше, решение о рассмотрении пограничных споров может быть обусловлено многими причинными факторами.

В этом сценарии решение пойти на такой риск оправдывается нетерриториальной выгодой, которую предоставляет другое государство.

Теоретически платеж может принимать любую форму; это просто вопрос увязки территориального спора с любым другим, возможно, не связанным с ним вопросом, который имеет значение для получателя платежа. Такие договоренности бывает трудно выявить, поскольку они могут быть результатом негласных дипломатических переговоров. Услуга "услуга за услугу" может никогда не быть обнародована. Однако доказательства обмена иногда можно обнаружить. Например, в деле *Minquiers and Ecrehos* между Францией и Великобританией, похоже, был произведен своеобразный "побочный платеж".

Между Францией и Соединенным Королевством был сердечный, но давний спор по поводу крошечных островных групп Минкьер и Экрехос в Ла-Манше, которые имели определенную ценность из-за ценного рыболовства в этом районе. Франция согласилась передать дело в Международный Суд по специальному соглашению только при условии, что Великобритания сначала подпишет соглашение, предоставляющее права на рыболовство обеим странам, независимо от результата.

> [В конце концов удалось договориться о решении вопроса о суверенитете путем заключения Специального соглашения, хотя французское правительство поставило условием такого шага одновременное и окончательное урегулирование вопроса о рыболовстве... Настаивая на одновременном заключении Соглашения о рыболовстве в этом направлении, французское правительство, которое всегда казалось более озабоченным вопросом рыболовства, чем вопросом суверенитета, таким образом, частично обеспечило свою позицию, даже если решение о суверенитете будет принято не в их пользу. Это имело тот благотворный результат, что обе стороны могли более чисто аргументировать вопрос о суверенитете по существу.[26]

Соглашение о рыболовстве предоставляло равные права французским и британским рыбакам вокруг островов, за исключением небольших зон непосредственно у островов, которые будут закреплены за тем, кто получит суверенитет. Сделав это соглашение о ресурсах условием, предшествующим согласию с юрисдикцией Международного суда, Франция обеспечила себе права на ценный промысел, даже несмотря на то, что в конечном итоге Международный суд единогласно постановил, что суверенитет над группами Минкьер и Экрехос принадлежит Соединенному Королевству. Уступка Соединенным Королевством этих прав может рассматриваться как "плата" Франции за ее участие. Этот пример показывает, что положительная ценность (достаточная для того, чтобы сформировать общее предпочтение в пользу судебного разбирательства) может быть получена из источника, не связанного с конкретным спором.

(26) D. H. N. Johnson, "The Minquiers and Ecrehos Case", (1954) 3 ICLQ 189, 206-7.

Еще один пример того, как государство эффективно обменивает право на землю на неземельные блага, возник в конфликте между Сиамом (ныне Таиланд) и Францией сразу после Второй мировой войны. Во время войны на правительство Франции Виши было оказано давление, чтобы оно отказалось от суверенитета над 20 000 квадратных миль лаосских и камбоджийских территорий в пользу Сиама. После окончания войны французское правительство настойчиво требовало от Сиама вернуть эти территории. Франция якобы угрожала наложить вето на заявку Сиама в Организацию Объединенных Наций, если территории не будут возвращены.[27]Столкнувшись с этой угрозой и возможностью открытой войны, Сиам согласился уступить территории обратно Франции при условии, что в будущем примирительная комиссия будет рассматривать претензии Сиама.[28]В этом смысле Сиам, похоже, уступил территорию за нетерриториальную ценность.

Сценарий 3: участие третьих сторон

Выгоды, которые привлекают государства, не желающие участвовать в судебном разбирательстве, иногда дополняются третьими сторонами. Вмешательство правительств третьих сторон не раз играло роль в привлечении сторон в Международный Суд или арбитраж. Например, во многих делах в Южной Америке Соединенные Штаты принимали значительное участие, а некоторые сказали бы - вмешивались. В арбитражном разбирательстве между *Коста-Рикой и Панамой* в 1914 году Соединенные Штаты настойчиво убеждали стороны обратиться в арбитраж, поскольку хотели разрешить скрытый территориальный спор, чтобы урегулировать противоречивые американские претензии на землю в регионе.[29]Панама, в частности, неохотно согласилась на арбитраж, но в конце концов уступила давлению США;[30]Соединенные Штаты также выступили арбитром в этом деле.

В другом варианте сценария "международного давления", похоже, что на подачу иска в МС против Гондураса на Никарагуа повлияли соображения третьей стороны. По всей видимости, Никарагуа почувствовала угрозу в связи с договором, подписанным между Гондурасом и Колумбией о разграничении морских пространств, в котором признавалось колумбийское владение островами, которые Никарагуа оспаривала.[31]Поскольку Никарагуа не могла вмешиваться в двусторонний договор, она

(27) S. H., 'Musical Chairs in Siam', (1949) 5 *World Today* 378, 383.

(28) 'Siam to Return Disputed Provinces to the French', *Indian Express*, 14 October 1946.

(29) L. H. Woolsey, 'Boundary Disputes in Latin-America', (1931) 25 AJIL 324, 329.

30 Ibid.

31 Мартин Пратт, "Спор о морской границе между Гондурасом и Никарагуа в Карибском море", (2001) 9 *IBRU Boundary and Security Bulletin* 108, 109-10. См. также Александра Хадсон, "Суд ООН рассматривает дело о пограничном споре между Никарагуа и Гондурасом", Рейтер, 5 марта 2007 г.; "Морская граница между Никарагуа и Гондурасом установлена", *BBC News*, 8 октября 2007 г.

Вместо этого Никарагуа прибегла к оспариванию своей границы с Гондурасом в попытке подорвать действие договора между Колумбией и Гондурасом.[32]

Внешнее давление может также создавать нематериальные причины для выбора государствами арбитража в виде заинтересованности сторон в поддержании хорошего международного имиджа.[33]Например, в конфликте *Ливии и Чада* полковник Муаммер Каддафи, тогдашний ливийский лидер, как полагают, решил обратиться в МС - и затем в основном выполнить его решение о присуждении полосы Аузу Чаду - отчасти из-за таких опасений.[34]В деле 2002 года *между Малайзией и Сингапуром* о суверенитете над Пулау Лигитан и Пулау Сипадан, островами в Целебном море, Малайзия настояла на обращении в Международный суд, а не на поиске какого-либо регионального урегулирования спора. Предположительно, это было продиктовано обеспокоенностью Малайзии корыстными интересами государств региона, а также тем, что она была вовлечена в другие территориальные споры с некоторыми из этих государств; демонстрация приверженности международному праву в этом деле улучшит ее перспективы в других делах.[35]

Судебный процесс как стратегия максимизации территории

Второе из наших исходных предположений заключалось в том, что государства используют судебное разбирательство для максимизации своих интересов. В сочетании с первой посылкой это означает, что цели государств сводятся к максимизации территории. По тем же причинам, по которым мы признали необходимость переформулировать предпосылку "территория уникальна", нам нужно пересмотреть предпосылку "государства обращаются в суд, чтобы максимизировать свою территорию". И, как и в случае с первым предположением, второе не столько ошибочно, сколько лишено нюансов.

Что нуждается в уточнении, так это понимание того, что означает "победа". Существуют способы определения "победы", которые позволяют выиграть обеим сторонам. Если соперничающие государства по-разному оценивают территорию, которую они получают, игра больше напоминает игру с переменной суммой, чем игру с нулевой суммой - даже если на кону стоит фиксированное количество территории. Это может произойти несколькими способами.

[32]Пратт, выше, п. 31.

[33]Однако в других случаях международные соображения могут работать *против* судебного разбирательства: например, в деле *Катар и Бахрейн*, [2001] ICJ Rep. 40, Саудовская Аравия оказала давление, чтобы сохранить процесс урегулирования спора на Ближнем Востоке. Мендельсон, выше n. 100, 195.

[34]Paulson, выше n. 12, 438-9.

[35]Дэвид Онг, "Дело между Индонезией и Малайзией о суверенитете над Пулау Лигитан и Пулау Сипадан", (1999) 14 *International Journal of Marine & Coastal Law* 399, 413.

Сценарий 4: субъективная ценность

Легко потерять представление обо всем, кроме традиционной интерпретации судебного процесса с нулевой суммой. Существует фиксированное количество собственности, и то, что отдано одному, не может быть отдано другому. Но, как отмечалось ранее, признание того, что мир стимулов включает в себя не только территорию, делает судебный процесс потенциально выгодным. Если принимать во внимание нетерриториальные ценности, то выгода одной стороны не обязательно означает потерю той же величины для другой.

Мы хотим сказать, что *даже если единственной ценностью, которая переходит из рук в руки, является территория*, конечный результат все равно может быть положительно-суммовым. Причина в том, что территория имеет как субъективную, так и объективную ценность. Последствия признания того, что ценность субъективна, можно проиллюстрировать на классическом примере из курса переговоров для начинающих. Два брата и сестра ссорятся из-за одного апельсина. Их родителя просят определить, как решить проблему. Поговорив с двумя сторонами, родитель выясняет, что старший брат хочет получить кожуру от апельсина, чтобы испечь торт, а младший - чтобы съесть внутренности апельсина. Таким образом, апельсин можно разделить на кожуру и мякоть таким образом, чтобы удовлетворить желания обоих братьев и сестер, а не использовать неоптимальный вариант деления пятьдесят на пятьдесят.

Государства могут по-разному оценивать стоимость из-за своей привязанности к различным вещам или потребности в них. Одно государство может ценить участок земли по историческим, символическим или другим подобным причинам. Возможно, одно государство заботится, скажем, об определенном историческом памятнике на территории, в то время как другое государство хочет получить эту территорию из-за ее водных ресурсов или влияния на морские зоны. Аргентино-чилийское *пограничное дело* 1966 года, вероятно, представляет собой один из таких примеров. В этом деле британское правительство, выступавшее в качестве арбитра, постановило, что 70 процентов спорной территории должно быть присуждено Аргентине, в то время как Чили, инициатору дела, полагается только 30 процентов. Однако, несмотря на такое неравномерное разделение, остается неясным, считать ли этот результат победой Аргентины или Чили. По словам одного из современных наблюдателей, "Аргентина выразила удовлетворение тем, что семь десятых спорной территории были присуждены ей, но Чили была не менее довольна тем, что долины, в которых поселились чилийские граждане, были отнесены к чилийской стороне границы"[36].

Другим потенциальным примером может послужить дело *Минкье и Экрехоса*, рассмотренное выше, где Франция, как оказалось, была более обеспокоена

[36] J. A. Steers, 'The Queen's Award: Обзор", (1967) 133 *Geography Journal* 57.

В то время как Соединенное Королевство хотело обеспечить свой суверенитет над скалистыми островками. Хотя Международный Суд присудил острова Соединенному Королевству, Франция уже получила признание своих прав на рыболовство, более или менее в обмен на согласие обратиться в Международный Суд.

Эти случаи иллюстрируют возможность того, что субъективная ценность превращает спор с нулевой суммой в спор с положительной суммой. Если одна часть спорной территории несет в себе экономические выгоды, связанные с землей (включая морские права), а остальная часть ценится по субъективным причинам (например, по историческим причинам или потому, что этот регион является домом для некоторых граждан страны), то разделение, признающее эту разницу в субъективной оценке, будет выигрышным. Даже зная, что оно может получить не все, на что имеет право, государство в целом может решить, что шансы на победу достаточно высоки, чтобы оправдать судебное разбирательство.

Сценарий 5: оценка "выигрыша

Другой способ, при котором спор с нулевой суммой может иметь положительную сумму, - это когда государства по-разному оценивают то, что поставлено на карту в споре. Одно государство может больше заботиться об абсолютном объеме территории, которую оно выиграет, в то время как другое может больше заботиться о том, что оно выиграло больший процент от того, на что претендовало. В таком случае, если два государства предъявляют разные претензии на территорию, оба они могут в итоге заявить о своей победе - результат "win-win".

Например, как в *примере* с *границей*, предположим, что имеется участок земли площадью 100 кв. км. Если государство А получит 70 кв. км, то останется 30 кв. км, которые будут присуждены государству Б. Спор выглядит с нулевой суммой.

Но что, если государства не определяют свои интересы таким образом? Вместо этого они могут определить победу как получение большого процента от того, на что они претендуют. Таким образом, в споре, который два государства собираются передать на рассмотрение, у государства Б есть выбор. Оно может попытаться преувеличить свои претензии, полагая, что это позволит ему увеличить общее количество захваченных территорий. Или же оно может сформулировать свои претензии осторожно, чтобы минимизировать потери, которым оно потенциально может подвергнуться. Не зная, как государства оценивают различные распределения - абсолютные суммы, процент от заявленной суммы, процент от занимаемой территории, который они получат, и так далее, - невозможно с уверенностью утверждать, что спор ведется с нулевой суммой.

Достаточно просто найти случаи, когда одна из сторон предъявляла чрезмерные претензии на территорию. Например, в арбитражном разбирательстве *между Сиамом и Францией* сиамские переговорщики выдвинули обширные претензии на более чем треть территории французского

Однако в случаях завышенных требований трудно определить, были ли обширные претензии выдвинуты из стратегических соображений (с расчетом на то, что суд присудит меньшую сумму, чем требовалось), или же они были выдвинуты добросовестно, хотя и амбициозно. Во многих случаях, вероятно, имеет место смесь того и другого - смесь, которую сами участники, возможно, не смогут распутать и уж точно не захотят раскрывать.

Сценарий 6: политическое прикрытие

Некоторые государства могут стратегически выбрать обращение в суд, чтобы получить внутриполитическое прикрытие для *потери* территории. Правительство может хотеть прекратить территориальный конфликт с соседом, но не сможет просто уступить территорию, не потеряв при этом лицо перед своими согражданами. Соответственно, государство может согласиться на судебное разбирательство - прекрасно зная, что проиграет, - если считает, что это смягчит или вытеснит недовольство внутри страны, вызванное отказом от территории. Таким образом, санкционированная судом потеря территории может быть более приемлемой для внутреннего рынка, чем соглашение об уступке территории в первой инстанции.

Подобная динамика, по-видимому, имела место в вышеупомянутом деле *Сиама и Франции*. Согласно современным новостным источникам, Сиам знал, что в конечном итоге ему придется отказаться от оспариваемых территорий Лаоса и Камбоджи, которые он получил от вишистской Франции в 1941 г.[39]Утверждается, что для сохранения лица правительство пыталось привлечь ООН к арбитражу по этому делу, "в основном потому, что сиамское правительство, зная, что их капитуляция перед Францией [неизбежна], хотело быть "вынужденным" уступить, а не казаться сдавшимся".[40]Франция должна была

[37]*Доклад франко-сиамской согласительной комиссии, решение от 27 июня 1947 года*, (1947) 28 RIAA 433, 439.

[38]Kobkua Suwannathat-Pian, 'Thai Wartime Leadership Reconsidered: Пхибун и Приди", (1996) 27 *Journal of Southeast Asian Studies* 166, 171. Франко-сиамская согласительная комиссия пришла к выводу, что смелые притязания Сиама выходят за рамки компетенции комиссии, и вынесла решение в основном в пользу Франции.

[39]Джордж Веллер, 'Азиатские "Балканы" кипят в споре между Францией и Сиамом', *Янгстаун Винди-Катор* (Янгстаун, Огайо), 28 августа 1946 г.; 'Вопрос о границе Сиама и Индокитая перед ООН потенциально взрывоопасен', *Палм Бич Пост*, 18 июля 1946 г: 'Сейчас сиамские лидеры в частном порядке признают, что ООН почти наверняка вернет эти территории Франции, но они считают, что если решение будет принято ООН, а не в ходе прямых переговоров с Францией, сиамское правительство сможет избежать политической катастрофы'.

[40]Weller, выше, n. 39.

Однако Сиам был вынужден уступить контроль над территорией в обмен на соглашение об арбитражном разбирательстве в более поздний срок.

Избегание юрисдикции

Эмпирические данные не подтвердили наше третье предположение. Оно заключалось в том, что государство будет сопротивляться юрисдикции любого суда или арбитражного трибунала, который, по его мнению, угрожает его территориальным интересам. И в любом конкретном случае, в силу (предполагаемой) нулевой суммы спора, одна из сторон должна признать, что только одна из них может одержать верх в территориальном споре. Поскольку правила юрисдикции международных судов требуют согласия обеих сторон, такая тенденция приведет к ограничению количества дел, передаваемых в суд. Исходя из этого, мы ожидали, что единственным способом получить юрисдикцию по взаимному согласию на практике будет достижение соглашения до того момента, когда спор выкристаллизовался. Однако, изучив дела, мы увидели, что и в арбитраже, и в МС большинство решений было вынесено на основании специального соглашения.

Мы уже рассмотрели несколько причин наблюдаемой закономерности. Государства могут ценить не только территорию, но и другие вещи, которые могут быть не с нулевой суммой и которые могут вовлечь их в судебное разбирательство, даже если они рискуют проиграть территориальные претензии. Кроме того, государства могут по-разному оценивать территорию, на которую они претендуют, так что, хотя раздел территории происходит с нулевой суммой, ценность, которую государства приписывают территории, может быть переменной (и потенциально положительной). В результате, опять же, государства могут быть втянуты в судебное разбирательство обещанием, что оба окажутся в выигрыше - даже если наградой является фиксированный участок земли, который должен быть поделен между ними.

Последний набор объяснений вытекает из третьей предпосылки. Как и в первом случае, причина несоответствия решенным делам заключается в слишком жесткой формулировке основного принципа. При описании взаимодействия между юрисдикционными правилами и стимулами сторон необходимо учитывать эффект несовершенной информации. Когда государства основывают решения на своих представлениях о том, какая из сторон победит - относительно реальных вероятностей конкретных исходов, - шансы на достижение согласия между ними значительно возрастают.

Сценарий 7: вечный оптимист

Первый способ реализации этого сценария заключается в том, что государства могут переоценить вероятность своей победы. Хотя каждый из них знает, что есть фиксированное количество территории, которую нужно разделить, и что один или другой из них уйдет разочарованным, каждый ожидает, что разочарованная сторона

будет его соперник. Хотя это и несколько парадоксально, в результате получается, что, хотя каждый знает, что только один получит определенный кусок территории, оба предполагают, что им будет лучше, если дело дойдет до судебного разбирательства.

Это можно назвать сценарием "вечного оптимиста". Нетрудно найти дела, в которых стороны, похоже, исходили именно из таких предположений. Одно из них - арбитражное разбирательство по делу *об островах Бигл* между Аргентиной и Чили в 1977 году. Канал Бигл - это узкий пролив на самой южной оконечности Южной Америки, который отделяет главный остров Огненная Земля от других, более мелких островов. Спор шел о суверенитете восточной части канала Бигль, а именно о трех островах - Пиктон, Леннокс и Нуэва. Площадь этих островов вместе составляла всего около десятка квадратных миль, но, создавая исключительную экономическую зону в 200 морских миль, они обеспечивали тому, кто ими владел, контроль над 30 000 квадратных морских миль, предположительно богатых галиевыми и углеводородными ресурсами.[41]Этот спор вызывал трения между Аргентиной и Чили на протяжении более века и был отмечен рядом неудачных попыток арбитража.[42]

В итоге стороны договорились передать спор в арбитраж Соединенного Королевства.[43]К большому огорчению Аргентины, Чили по сути присудили всю территорию, на которую она претендовала, а именно три острова, являющиеся предметом спора. Это решение застало Аргентину врасплох. По словам одного аргентинского дипломата, знакомого с этим вопросом, "решение суда ошеломило правительство". Аргентинские дипломаты ожидали, что в худшем случае суд разрешит Аргентине отдать один остров".[44]Аргентина пыталась обойти решение путем двусторонних переговоров, а затем путем усиления военного присутствия в канале Бигль, но когда это оказалось безрезультатным, она просто объявила решение суда недействительным. Аргентина явно полагала, что ее шансы на положительный исход были высоки, что объясняет ее согласие на соглашение *ex post*; впоследствии она была ошеломлена неблагоприятным исходом.

Сценарий 8: откладывание дела на потом

Что делает сценарий 7 правдоподобным, так это то, что государства обладают неполной информацией; если бы они знали конечный результат, это, скорее всего, сделало бы

[41]Malcolm Shaw, "The Beagle Channel Arbitration Award", (1978) 6 *International Relations* 415, 416.
[42]James Garrett, "The Beagle Channel Dispute: Конфронтация и переговоры в Юго-Западном конусе", (1985) 27 *Journal of Interamerican Studies & World Affairs* 81, 89.
[43]Обратите внимание, что в то время, когда это дело готовилось к передаче в арбитраж, Аргентина и Чили подписали новый договор, согласно которому будущие территориальные дела будут передаваться в МС.
[44]Garrett, выше n. 42, 93.

Соглашение о вынесении судебного решения очень трудно принять одному из них - потенциальному проигравшему. Но незнание будущего делает возможным согласие обеих сторон на обращение в суд.

Аналогичный сценарий можно назвать "пинком под дых". В этом последнем сценарии два государства, имеющие пограничный спор, подписывают договор, в котором они соглашаются разрешить свои разногласия вместе, с последним средством (или, возможно, угрозой) обратиться в Международный суд или арбитраж, если переговоры не принесут результата. Государства могут заключать такие соглашения, не веря - или, если призрак судебного разбирательства находится достаточно далеко, не заботясь о том, - что им не удастся урегулировать свои разногласия в отведенный срок.[45]Затем спор оказывается сложнее разрешить, чем предполагалось, и со временем срок приближается. В этот момент государство, взявшее на себя договорные обязательства по преюдициальному урегулированию, может почувствовать, что у него связаны руки: отклонить предложение о преюдициальном урегулировании, если государство обязалось сделать это в прошлом, сложнее и политически затратно, чем в первом случае. Таким образом, государство, не желающее передавать территориальный спор на рассмотрение трибунала, все же может чувствовать себя вынужденным придерживаться своих договорных обязательств.

Существует несколько примеров такого сценария "пинания банки". Один из них - вышеупомянутый спор *между Катаром и Бахрейном*. В преддверии судебного разбирательства Бахрейн категорически возражал против обращения в Международный Суд. После серии неудачных переговоров о подписании специального соглашения два государства подписали протокол на встрече Совета сотрудничества стран Персидского залива в Дохе в 1990 году, в котором говорилось, что они продолжат переговоры, но если спор не прекратится после мая 1991 года, стороны могут обратиться в Международный суд.

Наступил май 1991 года, и Катар в одностороннем порядке возбудил дело в Международном суде. Бахрейн решительно оспаривал юрисдикцию Международного Суда, утверждая, главным образом, что предусмотренное специальное соглашение никогда не было согласовано и что - на основании технического момента, связанного с английской и арабской версиями протокола - *обе* стороны должны были согласиться с юрисдикцией Международного Суда.[46]Международный Суд постановил, что он действительно обладает юрисдикцией, и, как описано выше, приступил к рассмотрению дела по существу. Бахрейн явно не хотел обращаться в МС и, возможно, даже не осознавал, что, подписывая протокол в Дохе, он подвергает себя риску одностороннего применения.(47) (Если Бахрейн просто не понимал юридических последствий подписания протокола в Дохе.

[45]Государства могут даже решить включить такую оговорку, чтобы стимулировать стороны к заключению соглашения, чтобы предотвратить потенциально более рискованный исход. Подписание договора с преюдициальной оговоркой может быть выгодно в настоящем, а риск оказаться в преюдициальной инстанции может быть (или казаться) низким в то время, так что государства, которые обычно не согласились бы на преюдициальное рассмотрение спора, все равно могут подписать такой договор.

[46]Mendelson, above n. 10, 192. [47]Ibid., 210-11.

Это может дать еще одно четкое объяснение тому, почему государства обращаются к судебному разбирательству территориальных споров: простое заблуждение).

Ожесточенный конфликт между Ливией и Чадом в 1970-90-х годах может служить еще одним примером сценария "пинания банки". Полоса Аузу, участок земли на границе между Ливией и Чадом, по мнению обеих стран, содержал ценные залежи урана. По указанию полковника Каддафи в 1973 году Сирия захватила часть этой полосы. В конце 1980-х годов Ливия сильно пострадала от рук чадских войск, и Каддафи начал переговоры о мирном урегулировании. Ключевой частью соглашения 1990 года было решение о передаче спора в Международный суд, если стороны не смогут урегулировать конфликт в течение года.[48]Перед лицом международного давления, требующего обращения в Международный суд, а также якобы будучи уверенным в своих юридических правах,[49]Каддафи позволил делу быть рассмотренным в Международном суде, который присудил всю полосу Аузу Чаду. И здесь Ливия, похоже, "застряла" в обязательстве обратиться в Международный суд, хотя и не стремилась к этому.

В двух приведенных выше примерах Бахрейн и Ливия не стали далеко "забегать вперед": в итоге оба государства были вынуждены обратиться в суд в течение года. Некоторые государства откладывают последнюю попытку судебного разбирательства на более поздний срок. Например, Гондурас и Сальвадор оказались в МС в результате ранее достигнутого взаимного соглашения, согласно которому Совместная пограничная комиссия должна была в течение пяти лет урегулировать конфликт, прежде чем он будет передан в МС.[50]

Заключение

Одна из причин, побуждающих государства к судебным разбирательствам по территориальным претензиям - в отличие от того, чтобы государства боролись с ними или оставляли их без движения, - заключается в том, чтобы узнать, как лучше поощрять их к этому. Международное сообщество в целом сильно заинтересовано в мирном разрешении споров, а одной из главных причин насильственных конфликтов являются территориальные споры. Мы все выиграем, если каким-то образом удастся добиться того, чтобы территориальные споры разрешались с помощью правовых процессов, а не конфликтов.

[48]Полсон, выше, п. 12, 440. Через месяц после заключения соглашения в результате переворота был свергнут лидер Чада, и к власти пришел человек, гораздо более симпатичный полковнику Каддафи. Говорят, что Каддафи считал, что в результате спор не будет передан в Международный Суд, а будет урегулирован путем двусторонних переговоров; Каддафи якобы был удивлен, когда Чад продолжил отстаивать свои требования в Международном Суде.

[49]Ibid. [50]*Спор о суше, островах и морских границах*, [1992] ICJ Rep. 350.

В международном праве главным препятствием для вынесения судебного решения является необходимость получения согласия обоих государств. Согласие может быть труднодостижимым, поскольку государства прекрасно понимают, что будут как проигравшие, так и победители, и что проигрыш в территориальном деле - дело серьезное. Нет никакого реального утешения в том, что придется отказаться от территории. Именно эти настроения мы пытались выявить при обсуждении наших фундаментальных предположений. Допущение уникальности утверждает, что государства, как правило, не захотят или не смогут оправдать потерю территории тем, что решение о судебном разбирательстве способствовало достижению какой-то другой, нетерриториальной ценности. Предположение о том, что целью государства в судебном процессе является максимизация его доли в спорной территории, приводит к конфликтному определению государственных интересов, поскольку то, что получает одно государство, теряет другое. И, согласно нашему последнему предположению, влияние этих наблюдений на юрисдикцию заключается в том, что после возникновения спора готовность государств согласиться на судебное разбирательство будет ограничена. Государство с более слабыми аргументами не должно быть заинтересовано в подчинении юрисдикции и, следовательно, будет уязвимо для иска только в том случае, если оно согласилось на юрисдикцию в целом, до кристаллизации спора.

После того как мы заметили, что территориальные споры на протяжении столетия, похоже, не подтверждают эти прогнозы, мы вернулись к нашим предпосылкам, чтобы заново проанализировать источник этого расхождения. Эта переоценка позволила представить несколько более оптимистичный взгляд на полезность международных территориальных споров. Во-первых, государства принимают во внимание и другие ценности, помимо территории; их может побудить к судебному разбирательству надежда на достижение более мирных отношений с соседями и большего уважения в глазах мирового сообщества. Во-вторых, даже те государства, для которых территория важнее других целей, все равно могут быть побуждены к судебному разбирательству ожиданием "выигрыша". Хотя территория имеет нулевую сумму в том смысле, что судебный процесс - это вопрос "или-или": либо государство А получает территорию, либо государство Б - разница в оценке может быть достаточной, чтобы сделать некоторые распределения положительно-суммарными. Однако мы заметили, что государства, оккупирующие территорию, обычно выигрывают в суде, но при этом они, как правило, не желают выносить решения в первую очередь. Если убедить государства, оккупировавшие спорную территорию, перейти к судебному разбирательству, это, вероятно, увеличит число территориальных судебных разбирательств. А поскольку государства, как правило, прибегают к судебному разбирательству в основном в результате соглашений, заключенных задним числом - часто под международным давлением и/или в результате оговорок о последнем средстве, - существует значительная возможность поощрения этой формы разрешения споров третьими сторонами, даже когда спор уже выкристаллизовался.

Наконец, различия в отношении к делу или в доступе к информации могут заставить государства охотнее рисковать в судебном процессе. Они могут быть более

оптимистично оценивать свой выигрыш, чем того требуют юридические основания; они также могут использовать согласие на юрисдикцию в качестве (неудачной) попытки отсрочки. Эта третья категория причин для судебного разбирательства является проблематичной по сравнению с первыми двумя, поскольку в конце дела разочарованный тяжущийся может отказаться от сотрудничества. С первыми двумя категориями (получение неземельных выгод от судебного разбирательства и "беспроигрышные" ситуации) это не так проблематично, поскольку положительные аспекты спора могут пережить вынесение неблагоприятного решения.[51]Тем не менее, государства, которые публично обязались обратиться в суд, скорее всего, будут испытывать давление, чтобы выполнить свое заявление, по сравнению с государствами, которые не взяли на себя таких обязательств.

Хорошая новость заключается в том, что существуют способы повысить привлекательность судебного процесса. Судьи или арбитры могут активно искать взаимовыгодные решения и даже могут рассмотреть возможность дать понять, что они это сделали. Плохая новость, однако, заключается в том, что такой подход к функции судейства противоречит принципу, согласно которому дела должны решаться по юридическим и фактическим основаниям. Но это очень большой вопрос, который стоит оставить на другой день.

[51]Обратите внимание, что это предполагает, что судьи или арбитры действительно определят и реализуют аспекты спора с положительной суммой. Они могут не понять, какие аспекты спора имеют большее значение для различных сторон, или им будет все равно, и в результате спор будет иметь отрицательную или даже нулевую сумму.

Приложение 1 *Территориальные дела за последнее столетие*

Стороны	Название дела	Дата принятия решения
Коста-Рика против Никарагуа ~~*осуществляемая Никарагуа*~~	*Определенная деятельность, в приграничной зоне*	ожидается
Буркина-Фасо/Нигер	*Пограничный спор*	2013
Никарагуа против Колумбии	*Территориальный и морской спор*	2012
Правительство Судан - Народно-освободительное движение Судана Движение/армия	*Абьейский арбитраж*	2009
Малайзия/Сингапур	*Суверенитет над Педра-Бранка/Пулау-Бату Путех, Средние скалы и Южный выступ (Малайзия/Сингапур)*	2008
Никарагуа против Гондураса	*Дело о территориальном и морском Спор между Никарагуа и Гондурасом в Карибском море (Никарагуа* против *Гондураса)*	2007
Бенин/Нигер	*Пограничный спор (Бенин/Нигер)*	2005
Камерун против Нигерии	*Сухопутная и морская граница между Камеруном и Нигерией (Cameroon* v. *Нигерия: вмешалась Экваториальная Гвинея)*	2002
Индонезия/Малайзия	*Суверенитет над Пулау Лигитан и Пулау Сипадан (Индонезия/Малайзия),*	2002
Эритрея-Эфиопия	*Делимитация и демаркация их Делимитация и демаркация их общей границы*	2002
Катар/Бахрейн	*Делимитация морских пространств и территориальные вопросы между Катаром и Бахрейном*	2001 1999
Ботсвана/Намибия	*Касикили/остров Седуду (Ботсвана/Намибия)*	1998
Эритрея-Йемен	*Территориальный суверенитет и сфера охвата спора (острова Ханиш)*	1994
Ливия/Чад	*Территориальный спор (Ливийская Арабская Джамахирия/Чад)*	
Аргентина-Чили	*Дело "Лагуна-дель-Десиерто*	1994
Сальвадор/Гондурас *границы*	*Земельные, островные и морские Спор (Сальвадор/Гондурас: вмешалась Никарагуа)*	1992
Египет-Израиль	*Расположение пограничных знаков в Табе*	1988

Приложение 1 (*продолжение*)

Стороны дела	Название	Дата принятия решения
Буркина-Фасо/Мали	*Пограничный спор (Буркина-Фасо/Республика Мали)*	1986
Аргентина-Чили	*Канал Бигль*	1977
Индия-Пакистан	*Западная граница между Индией и Пакистаном (Ранн-оф-Кутч)*	1968
Аргентина-Чили	*Пограничное дело*	1966
Камбоджа против Таиланда	*Дело о храме Преа Вихеар (Камбоджа* против *Таиланда), по существу*	1962
Бельгия/Нидерланды	*Дело о суверенитете над некоторыми Пограничные земли (Бельгия/Нидерланды)*	1959
Гондурас против Никарагуа	*Арбитражное решение, вынесенное королем Испании 23 декабря 1906 года (Гондурас* против Никарагуа) *Никарагуа)*	1960
Франция/Великобритания	*Дело Минкье и Экрехос (Франция/Великобритания)*	1953
Индия-Пакистан	*Толкование доклада Бенгальской Пограничные споры, связанные с пограничной комиссии (решение Рэдклиффа*)	1950
Сиам - Франция	*Доклад франко-сиамской согласительной комиссии*	1947
Эквадор-Перу	*Сектор Самора-Сантьяго (бассейн Маранон) их общей границы*	1945
Румыния-Венгрия	*Территория, уступленная Румынией Венгрии*	1940
Боливия-Парагвай	*Дело Чако - делимитация границ*	1938
Чехословакия-Венгрия	*Установление общей границы*	1938
Гватемала-Гондурас	*Границы Гондураса*	1933
Дания против Норвегии	*Правовой статус Восточной Гренландии*	1933
Саудовская Аравия - Йемен	*Гора Аару*	1931
Соединенные Штаты-Нидерланды	*Остров Пальмас*	1928
Перу-Чили	*Дело о границе между Такной и Арикой*	1925
Колумбия-Венесуэла	*Пограничный случай - общая граница установлена арбитражное решение Испанской короны от 16 марта 1891 года*	1922
Португалия-Нидерланды	*Дело об анклавах острова Тимор*	1914
Коста-Рика - Панама	*Решение по делу Лубе* (арбитраж 1900 года)	1914
Германия - Великобритания	*Дело о границе залива Уолфиш*	1911

11

Почему возникло судебное разбирательство о морской границе? Некоторые факторы, способствующие этому

КОУЛТЕР Г. ЛЭТРОП

Все прибрежные государства имеют морские пограничные отношения как минимум с одним соседним государством. Эти отношения часто связаны с перекрывающимися претензиями на один и тот же район океана, что приводит к необходимости проведения морской границы для отделения территории одного прибрежного государства от территории другого. На сегодняшний день из примерно 430 потенциальных морских границ в мире делимитировано м е н е е 200 (а некоторые - лишь частично),[1] в результате чего более 200 скрытых или активных споров о морских границах еще не разрешены.[2] Из тех споров, которые были разрешены, подавляющее большинство было урегулировано путем переговоров. Однако значительное меньшинство этих споров было урегулировано в судебном порядке.[3] На сегодняшний день в судебном порядке урегулирован двадцать один спор о морских границах, и еще три дела находятся на рассмотрении на момент написания статьи.[4]

[1] Victor Prescott and Clive Schofield, *The Maritime Political Boundaries of the World*, 2nd edn (Leiden: Martinus Nijhoff, 2005), 218: "Из этих 427 потенциальных морских границ, только около 168 (39 процентов) были официально согласованы, и многие из них - лишь частично".

[2] Количество делимитированных и потенциальных морских границ зависит от времени и методологии. Независимо от методологии, можно с уверенностью сказать, что более половины морских границ в мире еще не согласованы.

[3] В данном случае термин "судебный процесс" включает в себя как судебное разбирательство, так и арбитраж. Политологи, работающие в области урегулирования международных споров, часто придерживаются подхода "рассматривать эти два вида [арбитраж и судебное разбирательство] как функционально схожие". Тодд Л. Алле и Пол K. Хут, "Легитимизация урегулирования споров: International Legal Rulings as Domestic Politi-cal Cover', (2006) 100(2) *American Political Science Review* 219, 220.

[4] Ниже приводится двадцать одно дело, включая оба дела по *Северному морю*, в которых международный спор о морской границе был если не полностью разрешен, то хотя бы рассмотрен: *Континентальный шельф Северного моря (Федеративная Республика Германия/Дания; Федеративная Республика Германия/Нидерланды) (решение)*, [1969] ICJ Rep. 3 (*Северное море*); *Канал Бигль (Аргентина/Чили) (решение)*, [1977] 21 RIAA 57; *Континентальный шельф (Соединенное Королевство/Франция) (решение)*, [1977] 18 RIAA 3; *Граница Дубай-Шарджа (Дубай/Шарджа) (решение)*, [1981] повторное изложение в (1993) 91 ILR 543; *Континентальный шельф (Тунис/Ливийская Арабская Джамахирия) (по существу)*, [1982] ICJ Rep. 18; *Делимитация морской границы в районе залива Мэн (Канада/Соединенные Штаты) (решение)*, [1984] ICJ Rep. 246; *Континентальный шельф (Ливийская Арабская Джамахирия/Мальта) (Merits)*, [1985] ICJ Rep. 13; *D´elimitation de la fronti`ere maritime entre la Guin´ee et la Guin´ee-Bissau (Guin´ee/Guin´ee-Bissau)*, [1985] 19 RIAA 149 (неофициальный перевод с английского).

Споры о морских границах, как и споры о территориальном суверенитете или сухопутных границах, затрагивают основные вопросы суверенитета.[5]Возможно, этим объясняется относительно небольшое количество случаев, когда государства делегировали полномочия по принятию решений третьей стороне. Большая часть литературы, имеющей наибольшее отношение к разрешению споров о морских границах, посвящена изучению более надежной и длительной практики разрешения споров о сухопутных границах.[6]Несмотря на схожий характер, эти две категории споров и их предмет не идентичны. Отношения, связанные с морскими границами, как правило, моложе отношений, связанных с сухопутными границами, поскольку режим, породивший эти отношения, является производным и последующим.

имеется в 25 ILM 252 [1986]); *D´elimitation de la fronti´ere maritime entre la Guin´ee-Bissau et le S´en´egal (Guin´ee-Bissau/S´en´egal) (Award)*, [1989] 20 RIAA 121 (неофициальный английский перевод имеется в Приложении к Заявлению Гвинеи-Бисау о возбуждении разбирательства в МС, имеется наwww.icj-cij.org/docket/files/82/11289.pdf) (*Guin´ee-Bissau* v. *S´en´egal*); *D´elimitation des Espaces Maritimes entre le Canada et la R´epublique Fran¸caise (Canada/France) (Award)*, [1992] 21 RIAA 267 (неофициальный перевод на английский язык доступен [1992] 31 ILM 1149); *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark* v. *Norway) (Judgment)*, [1993] ICJ Rep. 38 (*Jan Mayen*); *Делимитация морских пространств (Эритрея/Йемен) (Вторая фаза)*, [1999] 22 RIAA 335; *Делимитация морских пространств и территориальные вопросы между Катаром и Бахрейном (Qatar* v. *Bahrain) (Merits)*, [2001] ICJ Rep. 40; *Сухопутная и морская граница между Камеруном и Нигерией (Камерун* против *Нигерии: Экваториальная Гвинея вмешивается) (Merits)*, [2002] ICJ Rep. 303; *Барбадос* против *Тринидада и Тобаго (Решение)*, [2006] 27 RIAA 147; *Гайана* против *Суринама (Решение)*, Арбитражный трибунал UNCLOS, 17 сентября 2007 года; (2008) 47 ILM 164, доступно на www.pca-cpa.org/upload/files/Guyana-Suriname%20Award.pdf; *Территориальный и морской спор между Никарагуа и Гондурасом в Карибском море (Никарагуа* против *Гондураса) (решение)*, [2007] ICJ Rep. 659; *Делимитация морских пространств в Черном море (Румыния* против *Украины) (решение)*, [2009] ICJ Rep. 61 (*Черное море*); *Делимитация морской границы между Бангладеш и Мьянмой в Бенгальский залив (Бангладеш/Мьянма) (решение)*, ITLOS, дело № 16, 14 марта 2012 г., доступно по адресу: www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case no 16/1-C16 Judgment 14 02 2012.pdf; *Территориальный и морской спор (Никарагуа* против *Колумбии) (решение)*, ICJ, Общий список № 124, 19 ноября 2012 года.

Тремя делами, находящимися на рассмотрении, в порядке убывания даты возбуждения, являются: "Заявление о возбуждении производства", *Морской спор (Перу* против *Чили)*, МС, Общий список № 137, 16 января 2008 года; *Бангладеш* против *Индии*, Арбитражный трибунал ЮНКЛОС, 8 октября 2009 года (*Бангладеш* против *Индии*); *Арбитраж между Хорватией и Словенией (Хорватия* против *Словении)*, ППТС, 13 апреля 2012 года.

(5) "Вопрос о морских границах... лежит в самом сердце суверенитета", - писал Гэмбл в 1976 году о планах на тот момент переговоров по UNCLOS ограничить применимость положений об урегулировании споров в конкретных ситуациях. Джон Кинг Гэмбл-младший, "Конференция по морскому праву: Dispute Settlement in Perspective", (1976) 9 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 323, 331. Действительно, споры о морских границах являются одной из немногих категорий споров, в отношении которых государства могут заявить, что они не принимают обязательные процедуры, влекущие за собой обязательные решения, как это предусмотрено в разделе 2 части XV. См. Конвенцию Организации Объединенных Наций по морскому праву (открыта для подписания 10 декабря 1982 г., вступила в силу 16 ноября 1994 г.), 1833 UNTS 3 (UNCLOS), ст. 298(1)(a).

[6]См. далее глава 10 в настоящем томе.

к гораздо более старому режиму территориального суверенитета. Исключительные суверенные права и юрисдикция прибрежных государств в районах за пределами узкого территориального моря - это изобретение двадцатого века, которое еще только вступает в полную силу, поскольку прибрежные государства продолжают претендовать на суверенные права и юрисдикцию в более обширных районах океана, включая морское дно и недра континентального шельфа, как это разрешено действующим морским правом.[7]Будучи молодыми, многие из этих отношений по морским границам не успели созреть, что ставит право и практику разрешения споров по морским границам в стадию развития в начале или середине жизни. С этой точки зрения мы можем оценить прошлую практику, наблюдая за развитием процесса разрешения споров.

Относительная молодость этих споров объясняется лишь недавним интересом к ценным углеводородным ресурсам на континентальном шельфе, наземная версия которого была доступна на протяжении веков, и возможностью их разработки. Эти стратегические ресурсы шельфа были в центре и часто служили спусковым крючком в большинстве споров о морских границах, которые дошли до судебных разбирательств.[8]

Другие различия между территориальными и морскими спорами включают способы приобретения права собственности, источники и нормы права, определяющие права и обязанности в морских районах, а также процессуальные и материально-правовые нормы, определяющие порядок разрешения споров, касающихся морских районов. Различия между правом территориального приобретения и приобретения морских прав, а также способы их обеспечения могут влиять на издержки, связанные с неурегулированием споров о морских границах. Брилмайер и Клейн утверждают, что в отличие от земли, которая имеет прямую потребительскую стоимость, может быть оккупирована и в отношении которой эффективная оккупация может создать право собственности, морские ресурсы, если они не потребляются непосредственно прибрежным государством, требуют рыночного права собственности, чтобы быть ценными.[9]Рыночное право собственности создается в силу закона, в частности путем применения правил делимитации морских границ в ходе переговоров или судебного разбирательства. До такого урегулирования ресурсы в спорных морских районах могут представлять малую или нулевую ценность для соответствующих прибрежных государств.

[7]См., например, текущий процесс подачи представлений в Комиссию по границам континентального шельфа в соответствии с ЮНКЛОС, ст. 76 и Приложением II.

[8]Исключение составляют *Ян-Майен*, где главным вопросом были рыбные ресурсы, и *Сальвадор/Гондурас*, где основными соображениями были вопросы сухопутной границы и суверенитета островов.

[9]Lea Brilmayer and Natalie Klein, 'Land and Sea: Два режима суверенитета в поисках общего знаменателя", (2000-1) 33 *NYU Journal of International Law and Policy* 703, 732-4.

Для урегулирования споров о морских границах применялись различные подходы при совершенно разных обстоятельствах. Тем не менее эти споры имеют несколько общих характеристик. Как и в большинстве споров, возникающих на международном уровне, стороны переговоров или судебных разбирательств по спорам о делимитации морских границ сталкиваются с проблемой координации, когда ни одна из сторон не может в одностороннем порядке принудить к переговорам или судебному разбирательству. Это является функцией правовой системы, основанной на согласии. Эти стороны также сталкиваются с проблемой сотрудничества или распределения при разделе перекрывающихся претензий на морскую акваторию, что часто воспринимается как игра с нулевой суммой. Более того, как и другие международные споры по предметам, требующим особого внимания, разрешение споров о морских границах происходит на двух уровнях: на международном уровне, где взаимодействуют государства-спорящие стороны, и на национальном уровне, где внутренние избиратели оказывают влияние на лиц, принимающих решения, которые представляют государство на международном уровне.[10]

Основные вопросы, рассматриваемые в этой главе, заключаются в том, почему и при каких обстоятельствах - с учетом альтернатив в виде переговоров и отказа от урегулирования - государства предпочитают разрешать свои споры о морских границах в судебном порядке? Эта глава начинается с описания морских споров, в которых одно или оба государства приняли решение о судебном разбирательстве. За введением в рассмотрение дел следуют некоторые размышления о взаимосвязи между двумя рассматриваемыми здесь способами разрешения споров - переговорами и судебным разбирательством. Ответы на поставленные выше вопросы будут зависеть, прежде всего, от юрисдикционного контекста, в котором оказываются стороны. В частности, обладает ли международный суд или трибунал преюдициальной юрисдикцией над сторонами в отношении данного спора, и если да, то как эта юрисдикция была установлена? Отсутствие юрисдикции должно рассматриваться как одно из ограничений, если не основное ограничение, для принятия решения о судебном разбирательстве в международной правовой системе. Юрисдикция на основе согласия ad hoc и *ante hoc* кратко рассматривается в контексте делимитации морских пространств. Если судебное разбирательство является вариантом, многие факторы могут повлиять на процесс принятия решения о судебном разбирательстве. Затем проводится обзор литературы, чтобы выявить некоторые из важных факторов. Предполагается, что в совокупности эти факторы способствуют оценке государством издержек, связанных с неразрешением, урегулированием путем переговоров и судебным разрешением. Исходя из этой оценки предполагаемых затрат, государства будут выбирать вариант с наименьшими затратами. Однако, поскольку судебное разбирательство - это двусторонний процесс, требующий согласия обеих сторон, вариант с наименьшими затратами для одной из сторон

[10]Robert D. Putnam, 'Diplomacy and Domestic Politics: Логика двухуровневых игр", (1988) 42 *International Organization* 427.

государство может быть заблокировано несогласием другого государства. Это возвращает юрисдикционные основания в анализ и позволяет провести различие между важными факторами, способствующими наличию согласия ad hoc и *ante hoc*. В завершение главы приводятся краткие заключительные замечания.

Дела

Дела, связанные с морскими границами, часто фигурируют в материалах межнациональных судов и трибуналов. В начале 1990-х годов Чарни писал, что "в Международном суде ООН (МС) по морским границам было проведено больше судебных разбирательств, чем по любому другому вопросу".[11]Эта тенденция сохранилась, и в последующие десятилетия на повестке дня Суда появилось гораздо больше дел, связанных с морскими границами. Со времени двух первых дел по *Северному морю* в МС было направлено шестнадцать дел, связанных со спорными морскими границами, включая дело о морской границе между Перу и Чили, которое в настоящее время находится на рассмотрении Суда.[12]Межнациональный трибунал по морскому праву (ITLOS) уже вынес решение по своему первому спору о морских границах в ходе судебного разбирательства между Бангладеш и Мьянмой. Для рассмотрения споров о морских границах было сформировано восемь специальных трибуналов.[13]По определению, преюдициальная юрисдикция в этих делах возникла на основе специального согласия, закрепленного *в компромиссе* или арбитражном соглашении. Арбитраж между Хорватией и Словенией является самым последним примером в этой категории. Наконец, четыре арбитражных суда

[11]Jonathan I. Charney, "Introduction", in Jonathan I. Charney and Lewis M. Alexander (eds.), *International Maritime Boundaries* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993), Vol. I, xxiii, xxvii.

[12]Международный Суд вынес решение в отношении спорной морской границы в тринадцати из шестнадцати дел; см. выше п. 4 об этих тринадцати делах. В деле между Грецией и Турцией Международный Суд постановил, что он не обладает юрисдикцией для рассмотрения заявления Греции; см. *Континентальный шельф Эгейского моря (Греция* против *Турции) (Юрисдикция)*, [1978] ICJ Rep. 3 (*Эгейское море*). В деле между Сальвадором и Гондурасом Сальвадор обратился в МС с просьбой провести делимитацию морской границы в заливе Фонсека. Суд отказался это сделать; см. *Спор о земле, островах и морской границе (Сальвадор/Гондурас: вмешательство Никарагуа) (Merits)*, [1992] ICJ Rep. 351. В деле между Гвинеей-Бисау и Сенегалом Международный Суд не вынес решения по существу; см. *Делимитация морских пространств между Гвинеей-Бисау и Сенегалом (Гвинея-Бисау* против *Сенегала)*, прекращенная постановлением Суда от 8 ноября 1995 года. Тем не менее, эти три дела важны с точки зрения того, что они говорят нам о принятии решений, которые привели к возбуждению дела. Результат делимитации не имеет значения для данного анализа.

[13]См. выше п. 4 о восьми специальных арбитражах, включая арбитраж, находящийся на рассмотрении между Хорватией и Словенией.

[14]К этой категории относятся *"Land Reclamation"*, по которому не было вынесено решение по существу, и *"Bangladesh* v. *India"*, который находится в процессе рассмотрения.

Общее число начатых, но не завершенных судебных разбирательств по морским границам составляет двадцать восемь.[15]За исключением торговых и инвестиционных споров, спорные морские границы являются одним из наиболее обсуждаемых вопросов в области международного публичного права, соперничая со спорами о сухопутных границах и спорами об ответственности государств. Тем не менее, в абсолютном выражении судебных разбирательств по морским границам было относительно немного. Их количество меркнет по сравнению со спорами о морских границах, разрешаемыми путем переговоров, и эти дела представляют собой лишь небольшую выборку, состоящую из единиц с сильно различающимися фактами и обстоятельствами. В той мере, в какой эти разрозненные дела можно с пользой сравнивать и сопоставлять, чтобы выявить важные соображения при принятии решения о судебном разбирательстве, представляется, что форум является менее важным фактором, чем юрисдикционная позиция каждого дела, в частности то, была ли юрисдикция основана на специальном или *предварительном* согласии сторон.

Если расположить двадцать восемь дел о делимитации морских пространств в хронологическом порядке с учетом форума и юрисдикционной основы, то можно выявить две интересные тенденции. Первая - это тенденция к децентрализации международной судебной системы. Хотя МС практически с самого начала делил нагрузку с трибуналами ad hoc, новые институты UNCLOS - ITLOS и арбитражные трибуналы Приложения VII - теперь также доступны и используются государствами для разрешения своих споров о морских границах. Эта тенденция к созданию многофорумной системы урегулирования споров не станет сюрпризом для ученых-международников, особенно тех, кто обеспокоен ростом числа органов по урегулированию споров и потенциальной фрагментацией международной правовой системы.

Вторая тенденция более очевидна. Слово "тенденция" не отражает резкого перехода в конце 1980-х годов от судебных разбирательств на основании

[14]См. выше п. 4, где приведены ссылки на три дела, возбужденные в соответствии с частью XV ЮНКЛОС и Приложением VII. Дело между Малайзией и Сингапуром, в котором Малайзия жаловалась на воздействие проектов мелиорации на, *в частности*, нелимитированную границу в *Джохорском проливе*, было прекращено до принятия трибуналом решения по существу; см.

[15]Учитывая, что в данном исследовании важен процесс принятия решений одним или обоими государствами до судебного разбирательства, в это число входят дела о морских границах, которые не завершились вынесением решения по существу и, возможно, не прошли дальше оспаривания юрисдикции.

Согласие ad hoc и судебные разбирательства на основе согласия *ante hoc*. За два десятилетия, прошедшие с начала рассмотрения дел по *Северному морю* в 1967 году до начала рассмотрения дела *Сальвадор/Гондурас* в 1986 году, было возбуждено четырнадцать дел по морским границам, тринадцать из них - на основе согласия ad hoc. Единственное исключение, *Эгейское море*, инициированное Грецией в 1976 году, не было рассмотрено по существу из-за отсутствия юрисдикции. Напротив, за два с половиной десятилетия, прошедших с 1986 года, только два из пятнадцати дел о морских границах были возбуждены на основе согласия ad hoc: *Эритрея/Йемен* и *Хорватия/Словения*. Остальные тринадцать дел были возбуждены на основе *предварительного* согласия сторон.[16]За первые двадцать лет современной делимитации морских границ 93 процента дел о делимитации морских границ были возбуждены на основе согласия ad hoc. С 1986 года на этой основе было возбуждено лишь 13 процентов таких дел.

Отчасти этот сдвиг можно объяснить вступлением в силу в 1994 году ЮНКЛОС с ее обязательными процедурами урегулирования споров.[17]В пяти из дел, рассмотренных после 1986 года, юрисдикция основывалась на *предварительном* согласии, которое было получено после присоединения к ЮНКЛОС, однако в восьми из этих дел использовались более традиционные основания для юрисдикции, включая заявления, сделанные в соответствии со статьей 36(2) Статута Международного Суда, и компромиссные клаузулы в двусторонних и многосторонних договорах. Отход от специального согласия может быть также обусловлен все более четкими подходами, которые будут применяться в спорах о морских границах. В частности, суды и трибуналы разработали трехступенчатую методологию достижения справедливой делимитации. Благодаря ясности и определенности государства могут лучше предсказать результат и сравнить его со статус-кво. Возможно, этот отход от опоры на специальное согласие является ранним признаком того, что Кингсбери называет "новой парадигмой рутинизированного судопроизводства и судебного управления" в урегулировании межгосударственных споров.[18]Возможно, он свидетельствует о растущей уверенности потенциальных участников спора в способности международной судебной системы

[16]Возможно, этот анализ преувеличивает поверхностные или формальные аспекты юрисдикции в этих делах и недооценивает возможность "молчаливого согласия ad hoc", которое может быть замаскировано формой, но неоспоримо, что практика активного формирования согласия путем переговоров и согласования *компромисса* по структуре и возбуждению дела значительно сократилась за последние двадцать пять лет.

[17]Следует отметить, что в соответствии со ст. 298, споры о морских границах могут быть исключены из обязательных процедур, влекущих за собой обязательные решения. Примерно двадцать пять из 164 государств - участников ЮНКЛОС решили исключить эти споры.

[18]Кингсбери видит эту новую парадигму в международных трибуналах по правам человека, торговле и уголовным делам, но противопоставляет ее "традиционной парадигме эпизодического разрешения международных (межгосударственных) споров трибуналами". Бенедикт Кингсбери, "Международные суды: Неравномерная судейская система в глобальном порядке", Джеймс Кроуфорд и Мартти Коскенниеми

Выносить четкие, предсказуемые решения по делам о делимитации морских пространств, которые государства-ответчики, скорее всего, будут выполнять даже в отсутствие специального, одновременного согласия.

Взаимосвязь между переговорами и судебным процессом

Хотя некоторые споры о морских границах были разрешены в судебном порядке, большинство из них было урегулировано путем переговоров. Многие решения включали в себя как судебное разбирательство, так и переговоры. При рассмотрении этих дел не возникает какой-либо единой модели взаимоотношений между переговорами и судебными разбирательствами. Однако можно сделать несколько общих выводов. Во-первых, переговоры и судебный процесс не являются взаимоисключающими. Во-вторых, не следует считать само собой разумеющимся однонаправленный поэтапный переход от спора к переговорам, от переговоров к судебному разбирательству и от судебного разбирательства к разрешению спора. В-третьих, несмотря на второе замечание, как правило, судебный процесс не может происходить без предварительных переговоров. И, в-четвертых, результаты переговоров могут повлиять на будущие результаты судебного разбирательства, и наоборот.

Переговоры и судебный процесс не являются взаимоисключающими. Параллельные переговоры во время судебного разбирательства, хотя и не всегда приводят к успеху в разрешении спора, не являются чем-то неизвестным. Как писал Международный Суд ООН в одном из своих первых дел о "морской границе",

> Практика Суда содержит различные примеры дел, в которых переговоры и обращение к судебному урегулированию проводились *pari passu*. Несколько дел... показывают, что судебное разбирательство может быть прекращено, когда такие переговоры приводят к урегулированию спора. Следовательно, тот факт, что в ходе настоящего разбирательства активно ведутся переговоры, юридически не является каким-либо препятствием для осуществления Судом его судебной функции.[19]

(eds.), *The Cambridge Companion to International Law* (Cambridge University Press, 2012) 201, 210.

[19] *Эгейское море*, [1978] ICJ Rep. 3, 12. См. также *Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее (Никарагуа* против *Соединенных Штатов Америки) (Юрисдикция и приемлемость)*, [1984] ICJ Rep. 392, 440: "Суд считает, что даже наличие активных переговоров, в которых могут участвовать обе стороны, не должно препятствовать … Суду осуществлять [свои функции]"; *Сухопутная и морская граница между Камеруном и Нигерией (Камерун* против Нигерии*) (Предварительные возражения)*, [1998] ICJ Rep. *Nigeria) (Предварительные возражения)*, [1998] ICJ Rep. 275, 304 (*Cameroon* v. *Nigeria (Preliminary Objections)*): "Наконец, Суд не был убежден, что Ниге-рии был нанесен ущерб в результате того, что Камерун возбудил дело в Суде вместо того, чтобы продолжать переговоры, которые, более того, зашли в тупик на момент подачи заявления".

Такой подход был использован в деле *Land Reclamation*, в ходе которого стороны продолжали вести переговоры, чтобы прийти к разрешению своего спора. Как оказалось, переговоры опередили параллельный судебный процесс, и стороны пришли к соглашению до начала письменной стадии.[20]Стороны в деле *Гвинея-Бисау* против *Сенегала* также достигли решения путем переговоров, пока их дело о морской границе находилось на рассмотрении Международного Суда. Впоследствии это судебное разбирательство было прекращено. Соединенное Королевство и Франция вели судебное разбирательство в отношении одного участка своей морской границы - юго-западных подходов к Ла-Маншу и в районе Нормандских островов, - отложив для переговоров остальную часть своей границы, проходящую через Ла-Манш, Дуврский пролив и южную часть Северного моря. Одним словом, судебное разбирательство не исключает переговоров и может быть заменено ими.[21]

Некоторые пограничные отношения действительно следуют четкой последовательности от признания спора, переговоров, судебного разбирательства до решения органа, рассматривающего дело, но эта последовательность не является необходимой и не всегда соблюдается. Спор между Канадой и Францией, в конечном счете разрешенный в *Сен-Пьере и Микелоне*, как и многие другие, развивался по этой схеме. Спор начался после выдачи Канадой в 1966 году разрешений на разведку углеводородов на континентальном шельфе.[22]Затем последовало более двух десятилетий переговоров, в ходе которых в 1972 году была согласована граница территориального моря между Ньюфаундлендом и Сен-Пьером и Микелоном.[23]В конце 1980-х годов был назначен посредник. На основании отчета посредника стороны подписали арбитражное соглашение в 1989 году, а арбитражное решение, устанавливающее границу между Канадой и Францией, было вынесено в 1992 году. В других случаях процесс не был столь четким и однонаправленным. В делах по *Северному морю* переговоры предшествовали судебному разбирательству и следовали за ним. Там стороны обратились в Международный Суд с вопросом: "Какие принципы и правила

[20]См. *"Рекультивация земель"*, [2005] XXVII RIAA 133.

[21]Как отмечает Лоу, "судебное решение по делу - это только один из элементов процесса урегулирования спора; и он не обязательно является окончательным или самым важным элементом". Vaughan Lowe, "The Interplay between Negotiation and Litigation in International Dis-pute Settlement", in Tafshir Malick Ndiaye and Rudiger Wolfrum (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes, Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2007) 235, 236-7.

[22]Jan Schneider, "Canada-France (St Pierre and Miquelon)", in Jonathan I. Charney and Lewis M. Alexander (eds.), *International Maritime Boundaries* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1998), Vol. III, 2141, 2143.

[23]Соглашение между правительством Канады и правительством Французской Республики о взаимных рыболовных отношениях у атлантического побережья Канады (подписано и вступило в силу 27 марта 1972 года), 862 UNTS 209.

Международное право применимо к делимитации между сторонами участков континентального шельфа в Северном море, которые принадлежат каждой из них, за пределами частичной границы", согласованной ранее в прибрежных районах?[24]За решением Суда 1969 года, в котором были изложены эти принципы, последовали двухлетние переговоры, в результате которых в 1971 году три стороны, ставшие сторонами спора, согласовали морские границы в Северном море.[25]

Существуют также примеры, когда в ходе судебного разбирательства не были решены все нерешенные вопросы, связанные с морскими границами, что потребовало последующих переговоров для полного разрешения спора. Обычно это происходит из-за юрисдикционных ограничений, наложенных на суд или трибунал сторонами. Например, палата Суда по делу о *заливе Мэн* не просила разрешить и не разрешила участок морской границы во внутренней части залива или участок границы за пределами 200 морских миль от ближайшего штата. Аналогичным образом, трибунал по приложению VII в *Гайане* v. *Суринам* делимитировал морскую границу только до предела в 200 морских миль. В обоих случаях прибрежные государства претендовали или могли претендовать на континентальный шельф за пределами 200 морских миль, делимитация которого потребует дальнейших переговоров.

Несмотря на то, что переговоры могут проводиться параллельно с судебным разбирательством или следовать за ним, некоторые переговоры де-факто являются необходимым предварительным условием судебного разбирательства. Очевидно, что для того, чтобы прийти к *компромиссу*, стороны должны согласовать условия этого соглашения. Фактически, во всех делах о морских границах, рассмотренных на основе специального согласия, предпринимались попытки урегулировать существенные разногласия путем переговоров до начала судебного разбирательства. Однако в контексте специального согласия на судебное разбирательство проведение переговоров по существу не требуется. Отчасти это так, поскольку правовой спор, который должен разрешить суд или трибунал, обычно определяется сторонами в *компромиссе*.

В отличие от этого, в делах, возбужденных иными способами, чем *компромисс*, может потребоваться определенная степень переговоров по существу. Такие переговоры могут быть необходимы для выявления и определения спора, по которому суду или трибуналу предлагается вынести решение, или могут потребоваться в качестве формального предварительного условия для осуществления преюдициальной юрисдикции суда или трибунала. Являются ли переговоры предварительным условием судебного разбирательства, может зависеть от форума, основания юрисдикции и применимого права. Международный Суд не

[24]*North Sea*, [1969] ICJ Rep. 3, 6 (цитата из ст. 1 Специальных соглашений).

[25]Лоу отмечает, что в данном случае Международный Суд "фактически действует в поддержку решения спора путем переговоров". Lowe, above n. 21 at 241.

не ставил дипломатические переговоры в качестве формального предварительного условия во всех случаях, но задавался вопросом, "был ли ... спор между сторонами определен с достаточной точностью, чтобы Суд мог правомерно им заниматься".[26]Предварительные переговоры сторон могут служить цели такого определения спора.[27]Помимо определения спора, некоторые предварительные переговоры могут быть формальным предварительным условием судебного разбирательства в компромиссной оговорке, на которой основана юрисдикция. Положения ЮНКЛОС об урегулировании споров содержат такое условие,[28]а компромиссная оговорка, на которую ссылалась Румыния против Украины в *Черном море*, явно требует проведения переговоров до обращения в Международный Суд.[29]

В той мере, в какой государственная практика влияет на принятие решений в международных судах и трибуналах, соглашения о морских границах, заключенные в ходе переговоров, должны оказывать определенное влияние на результаты судебных разбирательств.[30]Обратное представляется более очевидным - что решения судов и трибуналов в судебных разбирательствах о границах будут влиять на подходы, применяемые в последующих переговорах. Чарни отмечает:

> Развитие судебной практики оказывает сильное влияние на ход межгосударственных переговоров и заключаемые в результате соглашения о делимитации. Дипломаты знают, что в спорах о морских границах, как ни в какой другой области международного права, существует реальная возможность обращения к третьей стороне для урегулирования спора. Это осознание ограничивает позиции, которые они могут убедительно занять в ходе переговоров, обесценивая те, которые будут несостоятельными, если будут представлены для урегулирования спора третьей стороной. Таким образом, соглашения, основанные на ограниченных переговорных позициях, отражают эти ограничения.[31]

[26]*Камерун* против *Нигерии (Предварительные возражения)*, [1998] ICJ Rep. 275, 322. Но см. I. Charney, 'Progress in International Maritime Boundary Delimitation Law', (1994) 88 AJIL 227, 254: оценивая этот вопрос в деле *Jan Mayen*, Charney приходит к выводу, что "обязательство установить морскую границу по соглашению было истолковано как просто предварительное обязательство".

[27]*Камерун* против *Нигерии (Предварительные возражения)*, [1998] ICJ Rep. 275.

[28]Natalie Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of Sea* (Cambridge University Press, 2005), 31: "Прежде чем прибегать к обязательным процедурам, влекущим за собой обязательные решения, государства-участники должны прибегать к альтернативным методам урегулирования споров".

[29]См. п. 4(h) Дополнительного соглашения, процитированный в *Black Sea*, [2009] ICJ Rep. 61, 70: "Если эти переговоры не приведут к заключению вышеупомянутого соглашения в разумный период времени, ... [стороны] договорились, что проблема делимитации… будет решаться Международным судом ООН по просьбе любой из сторон".

[30]Эти соглашения, достигнутые в результате переговоров, имеют меньший вес, когда характеризуются как политические решения, лишенные *opinio juris*, необходимого для утверждения их в качестве доказательства обычая. Чарни указывает на "разнообразие этих пограничных поселений" как на одну из причин, по которой они не могут быть очень влиятельными в судебном процессе. Charney, выше n. 26, 228.

[31]Там же.

Хотя эти замечания, несомненно, верны, сила влияния результатов предыдущих судебных разбирательств на переговорные позиции в последующем споре должна также зависеть от вероятности того, что этот спор когда-либо дойдет до судебного разбирательства. А это, в свою очередь, зависит от наличия судебной юрисдикции.

Юрисдикция для судебного разбирательства

Отношения между переговорами и судебным разбирательством существуют в тени юрисдикционных ограничений. Нельзя обсуждать решение о судебном разбирательстве в международной правовой системе, не затронув вопрос о юрисдикции международных судов и трибуналов. На самом базовом уровне, если одно из спорящих государств не согласилось на юрисдикцию международного суда или трибунала для разрешения спора о морской границе, судебное разбирательство по этому спору не является возможным. Из многих факторов, которые могут повлиять на решение государства о судебном разбирательстве морского пограничного спора, судебная юрисдикция должна быть наиболее важной. Это не означает, что при наличии юрисдикции государство всегда будет выбирать судебный процесс, но когда юрисдикции нет, то и судебного процесса не будет.[32]При рассмотрении многих других факторов, которые могут повлиять на решение о судебном разбирательстве морского пограничного спора, необходимо помнить об этом преобладающем факторе.

Согласие на юрисдикцию международного суда или трибунала для разрешения спора о морской границе - это компрометирующая суверенитет, самообязывающая[33]делегация государства международному органу в отношении основного вопроса суверенитета. Таким образом, судебное разбирательство, как правило, не является средством первой инстанции. Неудивительно, что государства неохотно дают такое согласие, и этим, возможно, объясняется относительно низкая доля споров о морских границах, разрешаемых в судебном порядке.[34]

[32]В отсутствие судебной юрисдикции государство, предпочитающее судебное разбирательство, может попытаться договориться об установлении юрисдикции через специальное согласие противной стороны.

[33]См. Karen J. Alter, "Delegating to International Courts: Self-Binding vs. Other-Binding Delegation", (2008) 71 *Law and Contemporary Problems* 37: различие между "самообязывающим" делегированием государством полномочий по принятию решений международному суду или трибуналу и "другим обязывающим" делегированием законодательным органом полномочий судебной власти, тем самым обязывающим других, обычно частных, субъектов.

[34]Allee and Huth, выше, n. 3, 223: "По всем вышеупомянутым причинам в большинстве случаев лидеры государств предпочтут стратегию двусторонних уступок [переговоров] юридическому урегулированию спора [судебному разбирательству]".

Согласие, необходимое для установления юрисдикции в международном праве, имеет несколько форм. То, как эта юрисдикция создается, играет роль в анализе других факторов, которые могут повлиять на решение о судебном разбирательстве. Здесь рассматриваются два общих основания судебной юрисдикции: юрисдикция, возникающая из специального согласия сторон, и юрисдикция, возникающая из *предварительного специального* согласия сторон.[35]

Как отмечалось выше, в большинстве дел, рассмотренных в 1986 году, согласие сторон было дано ad hoc. В этих случаях имело место "современное взаимное соглашение... . передать именно этот спор на рассмотрение [суда или трибунала] для делимитации".[36]Такие соглашения обычно имеют форму *компромисса*, в котором, помимо прочего, излагается применимое право и сфера охвата спора. *Компромисс* часто сам по себе представляет значительные усилия по ведению переговоров, а в контексте решения о судебном разбирательстве он представляет собой обязательство *обеих* сторон разрешить свой спор путем судебного разбирательства, а не переговоров.

Такой совместный, одновременный, явно выраженный и взаимный подход к установлению судебной юрисдикции можно противопоставить ситуациям, в которых юрисдикция основывается на *предварительном* согласии сторон. В этих делах о морских границах основанием для юрисдикции было *предварительное* согласие сторон, выраженное в заявлениях в МС по статье 36(2),[37]Боготском пакте,[38]положениях ЮНКЛОС об урегулировании споров,[39]и компромиссной оговорке в двустороннем договоре.[40]Возбуждение дела в расчете на *предварительное* согласие государства-ответчика имеет место,

[35]Конечно, государство-ответчик может отказаться от своих юрисдикционных возражений и тем самым согласиться с юрисдикцией суда или трибунала на рассмотрение дела по существу. Суд или трибунал может осуществить юрисдикцию, получив такое неофициальное согласие ad *hoc* на основании принципа *forum prorogatum*. Судебные споры по морским границам еще не были свидетелями успешного использования пророгационного согласия, однако это еще один потенциальный юрисдикционный путь в судебном процессе. Чтобы повысить шансы на успех такого подхода, можно ожидать, что государства будут участвовать в предварительных обсуждениях, чтобы установить согласие не возражать против юрисдикции.

[36]Charney, выше n. 26, 254.

[37]См. *Гвинея-Бисау* против *Сенегала*, [1989] 20 RIAA 121; *Камерун* против *Нигерии (предварительные возражения)*, [1998] ICJ Rep. 275; *Ян Майен*, [1993] ICJ Rep. 38; *Никарагуа* против *Гондураса*, [1992] ICJ Rep. 351.

[38]См. *Никарагуа* против *Гондураса*, [1992] ICJ Rep. 351; *Никарагуа* против *Колумбии*, *Перу* против *Чили*, выше n. 4.

[39]См. дело *"Мелиорация земель"*, [2005] 27 RIAA 133; дело *"Барбадос* против *Тринидада и Тобаго"*, [2006] 27 RIAA 147; дело *"Гайана* против *Суринама"*, *"Бангладеш/Мьянма"* и *"Бангладеш* против *Индии"*, выше, пп. 4 и 14.

[40]*Черное море*, [2009] ICJ Rep. 61.

иногда принимало форму засады, когда государство-заявитель подает иск к ответчику, полагаясь на основание юрисдикции, о котором государство-ответчик могло не знать[41]или которое, как предполагало государство-ответчик, поскольку государства вели активные переговоры, не будет реализовано без дополнительного уведомления.[42]В результате юрисдикция (или, по крайней мере, объем предметной юрисдикции, утверждаемой государством-заявителем) часто оспаривалась в таких делах.[43]Одним из заметных последствий использования согласия *ante hoc* является отказ ответчика от преюдициальной юрисдикции *задним числом*.[44]Более коварным последствием дел, возбужденных без одновременного согласия ad hoc, и, возможно, тем, что может нанести ущерб международной судебной системе в долгосрочной перспективе, является упреждающий отказ потенциальных государств-ответчиков от обязательной преюдициальной юрисдикции *задним числом* в преддверии дел, которые могут быть возбуждены соседями.[45]

[41]Первое предварительное возражение Нигерии против юрисдикции Суда заключалось в том, что "Камерун, подав Заявление 29 марта 1994 года [*до того, как* Генеральный секретарь ООН передал копии декларации 36(2) Камеруна от 3 марта 1994 года], нарушил свои обязательства действовать добросовестно, действовал в нарушение системы, установленной пунктом 2 статьи 36 Статута, и пренебрег требованием взаимности, установленным пунктом 2 статьи 36 Статута и условиями декларации Нигерии от 3 сентября 1965 года". *Камерун* против *Нигерии* (*Предварительные возражения*), [1998] ICJ Rep. 275, 284-5. Суд отклонил первое предварительное возражение Нигерии. Ibid., 325.

[42]См. например, Письмо Руналдо Венетиана, Президента Суринама, Бхаррату Джагдео, Президенту Гайаны, 23 марта 2004 г., Меморандум о предварительных возражениях Суринама, *Гайана* против *Суринама*, Приложение I, 23 мая 2005 г., доступно на www.pca-cpa.org/upload/files/ SMem%20Annexes%2001-10.pdf: Поскольку обсуждения в совместных пограничных комиссиях двух стран все еще продолжались, это действие рассматривается как преждевременное и не соответствующее духу нашего сотрудничества, выраженному во время вашего визита в Суринам в 2002 году".

[43]См., например, проблемы юрисдикции в делах между Грецией и Турцией, Катаром и Бахрейном, Камеруном и Нигерией, Гайаной и Суринамом, Никарагуа и Колумбией.

[44]Например, Декларация Нигерии от 30 апреля 1998 года, 2013 UNTS 507 (внесение поправок в предыдущую Декларацию с целью признания нескольких видов споров, включая "споры, в отношении которых любая сторона спора признала юрисдикцию Суда посредством декларации, сданной на хранение менее чем за двенадцать месяцев до подачи заявления" и споры о делимитации); Декларация Колумбии от 5 декабря 2001 года, 2166 UNTS 3 (прекращение признания обязательной юрисдикции за день до подачи заявления Никарагуа в деле *Nicaragua*
v. *Colombia*).

[45]Этот эффект трудно определить. С тех пор как Малайзия возбудила дело против Сингапура в июле 2003 года, только восемь государств заявили, что они не признают обязательную юрисдикцию в отношении делимитации морских пространств в рамках процедур урегулирования споров ЮНКЛОС. Однако шесть из этих восьми государств сделали свои заявления по ст. 298 после ратификации, что свидетельствует об определенном внимании к вопросу о юрисдикции и конкретном намерении отказаться от нее.

Факторы

Если судебная юрисдикция доступна в результате *компромисса* или в силу ранее существовавшего согласия - то есть если судебное разбирательство является реалистичным вариантом, - то можно задать вопрос, какие факторы влияют на решение о судебном разбирательстве спора о морской границе? Представляется, что многие из этих факторов носят не юридический, а политический характер[46], и они включают в себя широкий спектр соображений, некоторые из которых были подробно изучены.

Несколько авторов попытались выявить важные факторы, способствующие принятию решения о судебном разбирательстве. ЛаТур и др. исследовали предпочтения в разрешении споров среди студентов старших курсов и студентов-юристов по спектру возрастающего участия третьей стороны от переговоров ("торг") до судебного разбирательства ("арбитраж" и "автократическое принятие решений").[47]Три фактора рассматривались как детерминанты процессуального выбора: временная срочность; наличие или отсутствие стандарта суждения, такого как правило или традиция; и совпадение или противостояние интересов сторон ("соответствие результата"). Исследование ЛаТура показало, что предпочтение высокого уровня участия третьей стороны возрастает "1) при несоответствии результатов [интересы не совпадают], 2) при наличии стандарта и 3) при дефиците времени".[48]В большинстве споров о морских границах интересы сторон обычно прямо противоречат друг другу, что позволяет предположить, что из трех факторов ЛаТура наличие стандарта и ощущение временной срочности будут основными соображениями при принятии решения о судебном разбирательстве по морским границам.

Материально-правовой стандарт делимитации морских пространств свободен: делимитация "должна осуществляться на основе международного права в целях достижения справедливого решения".[49]С годами этот стандарт был ужесточен благодаря разработке трехэтапного процедурного подхода к созданию справедливой делимитации морских пространств. На первом этапе проводится предварительная линия равноудаленности. На втором этапе рассматриваются соответствующие обстоятельства, которые могут потребовать корректировки предварительной линии. На третьем этапе проводится тест на соразмерность.

[46]Sir Arthur Watts, "Preparation for International Litigation", in Tafshir Malick Ndiaye and Rudiger Wolfrum (eds.), *Law of the Sea, Environmental Law and Settlement of Disputes, Liber Amicorum Judge Thomas A. Mensah* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2007) 327, 328: "Но по существу решение [о судебном разбирательстве] является политическим, в котором играют свою роль многие неправовые факторы".

[47]Stephen LaTour et al., 'Some Determinants of Preference for Modes of Conflict Resolution', (1976) 20 *Journal of Conflict Resolution* 319.

[48]Ibid., 349.

[49]*Бангладеш/Мьянма*, выше, п. 4, [25] (перефразируя UNCLOS, статьи 74 и 83).

проверить на неравенство. Со временем список значимых обстоятельств, которые могут быть рассмотрены на втором этапе, был сокращен. Хотя это не позволяет штатам делать идеальные прогнозы результатов, это повысило определенность за счет сужения диапазона возможных результатов и обоснований этих результатов. Вслед за ЛаТуром мы можем ожидать увеличения числа судебных разбирательств, если этот стандарт будет доработан.

Третий фактор ЛаТура, временная срочность, также представляется важным. Хотя международные судебные процессы могут казаться довольно медленными по сравнению с внутренними, они, как правило, менее затянуты, чем переговоры. Переговоры могут быть весьма затяжными, когда позиции ужесточаются или когда одна из сторон предпочитает не принимать решения. Например, переговоры о морской границе между Бангладеш и Мьянмой начались в середине 1970-х годов и продолжались более трех десятилетий, так и не достигнув решения. Когда в октябре 2009 года Бангладеш инициировал судебное разбирательство, спор был разрешен через два с половиной года решением ITLOS в марте 2012 года. При делимитации морских границ временная срочность часто возникает в контексте использования ресурсов, в частности разведки и разработки углеводородов на шельфе. Срочность может быть вызвана конфликтными событиями, связанными с ресурсами, например, когда против конкретной буровой деятельности выступают с угрозой или применением силы[50]или осознанием того, что альтернативные издержки нерешения проблемы растут вместе с ценой на нефть.

Фишер выявил несколько дополнительных факторов, которые у ч и т ы в а л и с ь государствами-заявителями в исследовании, основанном на конфиденциальных интервью с людьми, лично участвовавшими или знакомыми с решениями о судебном разбирательстве в МС.[51]Фишер изучил предсудебные фазы четырех различных дел, поданных в МС в период с 1967 по 1976 год,[52]и обнаружил три из них

[50]Как отмечает Фельдман, "ничто не может быть более подстрекательским, чем бурение на континентальном шельфе, на который претендует другое государство". Марк Б. Фельдман, "Дело о континентальном шельфе Туниса и Ливии: Географическая справедливость или судебный компромисс?", (1983) 77 AJIL 219, 234. Фактически, *Ливия/Мальта* была спровоцирована, отчасти, эскалацией, связанной с морскими нефтяными ресурсами. Макдорман сообщает, что "ливийские военные корабли окружили [лицензированную Мальтой] нефтяную вышку и силой остановили ее буровые работы". Тед Л. Макдорман, "Дело Ливии и Мальты: Противоположные государства противостоят Суду", (1986) 24 *Canadian Yearbook of International Law* 335,
337. Аналогичная последовательность событий привела к возбуждению дела в деле *Гайана* против *Суринама*. См. *Гайана* против *Суринама*, выше, п. 4, [263]-[273] (обсуждение инцидента с нефтяной вышкой CGX в июне 2000 г.).

[51]Дана Д. Фишер, "Решения об обращении в Международный суд: Четыре недавних дела", (1982) 26 *International Studies Quarterly* 251.

[52]*Ядерные испытания* (*Австралия* против *Франции, Новая Зеландия* против *Франции) (по существу)*, [1974] ICJ Rep. 253, 457; *Юрисдикция в области рыболовства (Соединенное Королевство* против *Исландии)*, [1974] ICJ Rep. 3; *Юрисдикция в области рыболовства (Федеративная Республика Германия* против *Исландии)*, [1974] ICJ Rep. 175; *Дела о континентальном шельфе Северного моря (Федеративная Республика Германия* против *Дании; Федеративная Республика Германия* против *Дании; Федеративная Республика Германия* против *Исландии)*.

В каждом случае государство-заявитель учитывало факторы. В каждом случае государство-заявитель считало, что было потрачено достаточно времени на исчерпание всех других форм мирного урегулирования спора ("время и дипломатия"), рассматривало спор в общем контексте внешней политики государства ("спор и контекст") и учитывало вероятность благоприятного исхода ("вероятность выигрыша/проигрыша").[53]Предположительно, если заявитель считал, что любой из этих трех факторов не в его пользу, он скорее всего предпочел бы иной подход, чем судебное разбирательство.

Что касается времени и дипломатии, то дела о делимитации морских пространств, похоже, подтверждают выводы Фишера. В большинстве случаев до начала судебного разбирательства были предприняты значительные усилия, чтобы разрешить спор иными способами, как правило, путем переговоров. До судебного разбирательства по делу *о заливе Мэн* Соединенные Штаты и Канада провели "более пяти лет интенсивных переговоров на высшем уровне, которые не привели к согласованному результату".[54]Некоторые споры требуют гораздо больше времени, чтобы дойти до судебного разбирательства. Морская граница в деле *Nicaragua* v. *Колумбия*, например, тесно связана с договором 1928 года о распределении островной территории в юго-западной части Карибского моря.

Общий внешнеполитический фактор Фишера, хотя он, несомненно, имеет первостепенное значение, трудно поддается количественной оценке. По определению, участники спора о морской границе - это соседние государства. Поэтому разногласия по поводу местоположения морской границы, скорее всего, будут одним из многих прошлых или текущих разногласий между этими близкими государствами. В случае сопредельных государств эти соседи также будут иметь общую сухопутную границу, что может стать дополнительным источником споров. Аргентина и Чили, стороны по делу о делимитации морских границ через *канал Бигл*, имеют одну из самых протяженных в мире сухопутных границ, которая сама по себе была предметом нескольких судебных разбирательств.[55]Торговые отношения через сухопутные границы также относятся к этой категории внешнеполитических соображений.[56]Мы должны предположить, что долгосрочные соседи имеют

Нидерланды), [1969] ICJ Rep. 3; *Суд над пакистанскими военнопленными* (*Пакистан* против *Индии*),
[1973] ICJ Rep. 328.

[53]Fischer, выше n. 51, 255-61.

[54]David A. Colson, "Canada-United States (Gulf of Maine)", in Jonathan I. Charney and Lewis M. Alexander (eds.), *International Maritime Boundaries*, Vol.I (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993) 401.

[55]Марсело Г. Коэн, "Случай "Лагуна-дель-Десиерто" между Аргентиной и Чили", (1993) 1 *International Boundaries Research Unit, Boundary and Security Bulletin* 70.

[56]Симмонс приводит цифры, которые "говорят о том, что споры за территорию могут стоить больших потерь в торговле". Beth A. Simmons, 'Capacity, Commitment, and Compliance: Международные институты и территориальные споры", (2002) 46 *Journal of Conflict Resolution* 829, 832.

все аспекты их двусторонних отношений, принимая решение о судебном разбирательстве по поводу их морской границы.

Вероятность победы по конкретным вопросам в деле о делимитации может повлиять на решение о судебном разбирательстве. Возможность предсказать "победу" по конкретному вопросу увеличивается благодаря уточненному процессуальному стандарту, о котором говорилось выше. В контексте делимитации морских пространств конкретным вопросом может быть влияние острова на прохождение морской границы или вероятность того, что конкретное место, например, спорная буровая площадка, окажется по ту или иную сторону спорной линии. Влияние мелких островов является распространенной причиной морских споров. Эта проблема ярко проявилась в деле *"Черное море"* в отношении острова Змеиный и в деле *"Бангладеш* против *Мьянмы*" в отношении острова Святого Мартина. В обоих случаях остров не влиял на границу за пределами территориального моря, что привело к "победе" в этом вопросе Румынии и Мьянмы соответственно. Конкретное место бурения стало спусковым крючком, а затем и координационным центром для Гайаны в ее деле против Суринама. Трибунал по делу *Гайана* против *Суринама* отметил, что "Гайана теперь обладает неоспоримым правом собственности на район, где произошел инцидент"[57], - цитата, которую провозгласила юридическая команда Гайаны после вынесения решения[58], несмотря на то, что Суринам выиграл другие аспекты дела. Некоторые из этих "побед" могли быть предсказаны до начала судебного процесса и могли повлиять на решение о судебном разбирательстве.

Алле и Хут использовали большой массив данных, связанных с разрешением территориальных споров по всему миру в период с 1919 по 1995 год, чтобы проверить свою гипотезу о том, что "лидеры будут обращаться к юридическому урегулированию споров [судебному процессу] в ситуациях, когда они предвидят значительные внутренние политические издержки в случае попытки урегулировать спор путем двусторонних уступок, достигнутых в результате переговоров".[59]Авторы ожидают, что избежание этих издержек станет фактором, способствующим урегулированию спора, только когда обе стороны сталкиваются с высокими внутриполитическими издержками, связанными с уступками.[60]Согласно исследованию, внутриполитические издержки возрастают, когда лидеры "в значительной степени подотчетны внутренней политической оппозиции"[61]и спор является "весьма значимым".

[57]*Гайана* против *Суринама*, выше, п. 4, [451].

[58]Foley Hoag LLP, "Foley Hoag помогает Республике Гайана отстаивать суверенитет над богатыми нефтью и газом морями в морском споре с соседним Суринамом", 2007, доступно на www.foleyhoag.com/newscenter/presscenter/2007/09/20/foley-hoag-helps-republic-of-guyana.aspx.

[59]Allee and Huth, выше n. 3, 219.

[60]Там же, 225.

[61]То есть, когда лидеры сталкиваются с сильной внутренней политической оппозицией, а лидеры являются представителями государств с демократическими институтами. Ibid., 225-6.

[62]Другие предполагают, что "сохранение лица" может способствовать принятию решения о судебном разбирательстве. [63]В той мере, в какой лицо должно быть сохранено перед внутренней аудиторией, исследование Алле и Хута может обеспечить эмпирическую поддержку этой идеи.

Симмонс задает аналогичный вопрос о решении латиноамериканских государств судиться по территориальным спорам и приходит к схожему ответу: государства решают судиться, чтобы "достичь результатов, которые не могут быть достигнуты только путем переговоров и принятия решений внутри страны".[64]Здесь внутреннее объяснение сформулировано в терминах оценки выгод от решений, полученных в результате судебных разбирательств и переговоров,[65]но основной вывод тот же. Как и Алле и Хут, Симмонс считает, что при определенных обстоятельствах судебное разбирательство может быть использовано в качестве обхода "внутренней политической блокады"[66].

Осознавая альтернативные объяснения решения обратиться к международной судебной системе, исследования Аллея и Хута и Симмонса включают в себя реалистические контрольные переменные. Оба исследования подтверждают реалистическую точку зрения о том, что военный дисбаланс или асимметрия сил между сторонами делает судебный процесс менее привлекательным для более могущественной стороны и менее вероятным, чем переговоры в качестве способа урегулирования спора.[67]Однако они обнаружили, что другие реалистические факторы не оказывают существенного влияния на выбор.

[62]То есть, когда спорная территория затрагивает этнических соотечественников, противник в споре - давний соперник, а государства ранее занимали жесткую позицию. Там же, 226-7.

[63]Arthur W. Rovine, 'The National Interest and the World Court', in Leo Gross (ed.), *The Role of the International Court of Justice* (Dobbs Ferry: Oceana Publications, 1976) 313, 323: "Суд также полезен своими функциями сохранения лица или приспособления".

[64]Симмонс, выше, п. 56, 831: спрашивает, "почему правительства иногда позволяют третьим сторонам выносить авторитетные решения по поводу их действий и политики?".

[65]Как объясняет Симмонс, решение о судебном разбирательстве "происходит потому, что некоторые группы ожидают, что арбитраж обеспечит более высокую отдачу, чем политические уступки; они верят, что выиграют в суде, но даже если результат будет таким же, как при заключении сделки, существует сильное предпочтение подчиниться авторитетному органу, а не военно-политическому сопернику". Там же, 846.

[66]Ibid., 839.

[67]Allee and Huth, выше n. 3, 232: "Разница в военной мощи создает ситуацию, в которой более сильная сторона имеет значительные рычаги влияния на более слабую сторону"; Simmons, выше n. 56, 839: "Чем больше асимметрия между странами, тем больше ожидаемая стоимость политического урегулирования для более крупной страны, что делает арбитраж маловероятным". Но см. Фишер, выше, n. 51, 258, который приводит одно из объяснений дела о *юрисдикции в области рыболовства*, возбужденного Великобританией и Германией (явно более влиятельными сторонами) против Исландии: "Великобритания согласилась с Германией, что использование Суда - это самый простой способ избежать видимости того, что два больших государства "задирают" маленькое". Современный пример такой динамики разворачивается в настоящее время в Южно-Китайском море между Китаем и его менее могущественными соседями.

урегулирования споров. Наличие общих связей в сфере безопасности между сторонами, которые должны снижать вероятность судебного разбирательства, не повлияло на решение.[68]Предполагается, что государства также будут избегать судебного разбирательства в спорах, имеющих серьезные последствия для национальной безопасности. Однако в обоих исследованиях было установлено, что этот фактор не влияет на решение о судебном разбирательстве.[69]

Еще одним фактором, влияющим на решение о ведении переговоров или судебном разбирательстве, может быть гибкость. Одним из преимуществ переговоров является гибкость в отношении сроков и диапазона решений, которая обычно теряется, когда спор доводится до судебного разбирательства. Суды и трибуналы применяют применимое право и не могут делать политические наценки или рассматривать связь между вопросами.[70]

Знакомство с процедурами и форумами международных судебных разбирательств может способствовать принятию решения о судебном разбирательстве государствами с предыдущим опытом международных судебных разбирательств. Пять государств - Германия, Ливия, Гвинея-Бисау, Никарагуа и Бангладеш - участвовали и в большинстве случаев инициировали по два дела о делимитации морских пространств, соответственно, с Данией и Нидерландами, Тунисом и Мальтой, Гвинеей и Сенегалом, Гондурасом и Колумбией, Мьянмой и Индией. Для государств, утверждающих, что они находятся в прибрежной вогнутости и, следовательно, заблокированы соседями с обеих сторон (Германия, Гвинея-Бисау и Бангладеш), возможно, было определенное стратегическое преимущество в том, чтобы подать эти дела в одно время или даже, как в случае с Германией, в один и тот же форум, чтобы продемонстрировать эффект отсечения, вызванный морскими районами обоих соседей, если рассматривать их вместе. Но не исключено также, что определенную роль в принятии решения сыграло знакомство с тем или иным форумом. Никарагуа является хорошим примером государства, которое хорошо знакомо с МС, поскольку до начала рассмотрения дел о делимитации морских пространств против Гондураса и Колумбии оно участвовало в четырех делах в Гааге.

[68]Allee and Huth, выше n. 3, 232.

[69]Там же; Симмонс, выше n. 56, 840: "Нет никаких доказательств того, что высокие ставки лишают правительства желания участвовать в арбитраже".

[70]Кляйн, скорее всего, согласится с тем, что это важный фактор при принятии решения о судебном разбирательстве. Она пишет, что "прибрежные государства могут захотеть заключить пограничные соглашения, а не передавать вопросы третьим сторонам, поскольку соответствующие государства могут учесть условия, связанные с людьми и ресурсами, которые были проигнорированы в границах, урегулированных в судебном или арбитражном порядке". Klein, выше n. 28, 255 (сноски опущены). См. также Prosper Weil, "Geographic Considerations in Maritime Delimitation", in Jonathan I. Charney and Lewis M. Alexander (eds.), *International Maritime Boundaries* Vol. I (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993) 115, 121: "Хотя существуют правовые нормы, обязательные для судов, не существует правовых норм, ограничивающих договорную свободу государств в этой области".

Экономия на масштабе может быть соображением для государств, имеющих несколько споров о делимитации морских пространств. Эффективность может быть повышена, если одна юридическая группа может рассматривать два дела одновременно. Помимо Германии, два дела которой были объединены в одно производство, Гвинея-Бисау и Бангладеш держали практически одни и те же юридические группы для одновременного рассмотрения двух дел. Морские дела Никарагуа значительно пересекались по срокам и персоналу, а морские дела Ливии, хотя и шли последовательно, каждый раз рассматривались практически одной и той же командой.

Согласно этому ограниченному обзору, факторы, которые могут способствовать принятию решения о судебном разбирательстве, включают в себя срочность разрешения, наличие стандарта, исчерпаны ли все дипломатические возможности, более широкий внешнеполитический контекст, в котором находится спор, оценку вероятных результатов, избежание внутриполитических издержек, асимметрию сил между сторонами, гибкость процесса и решения, знакомство с процедурой и форумом, а также экономию от масштаба. Предполагается, что стороны будут оценивать затраты и выгоды от судебного разбирательства с учетом этих факторов. Однако следует понимать, что обе стороны могут не одинаково оценивать каждый фактор. Например, стоимость судебного разбирательства может быть высокой для более влиятельного государства, поскольку оно потеряет преимущество на переговорах, но для менее влиятельного государства судебное разбирательство, нейтрализующее стратегическое неравенство, может быть недорогим вариантом. Что касается срочности, то одно государство может хотеть немедленного решения, в то время как другое будет довольствоваться затягиванием процесса. Конечно, внешнеполитический контекст и политическое давление в разных государствах существенно отличаются. Наконец, существование стандарта может повысить определенность, но если он повышает уверенность в проигрыше, то это также увеличивает стоимость судебного разбирательства для вероятного проигравшего.

Можно рассмотреть и другие факторы, многие из которых связаны с уже перечисленными, например, стратегические и тактические соображения; репутационные последствия; предполагаемая продолжительность процесса разрешения спора; степень делегирования или утраты автономии сторон в отношении правил, сроков и лиц, принимающих решения; контроль информации в рамках процесса; финансовые расходы в сочетании с кадровыми и бюджетными ограничениями; окончательность решения; и ожидаемый уровень соблюдения результатов. С каждым из этих факторов связаны потенциальные затраты и выгоды, оценка которых не всегда будет одинаковой для сторон спора.

Любое правительство, серьезно оценивающее свои возможности, постарается учесть все пункты этого списка в той или иной форме

многомерного анализа затрат и выгод. Возможно, нереально представить государство в качестве унитарного субъекта,[71]тем более рационального субъекта, способного количественно оценить затраты или выгоды от судебных разбирательств и переговоров на основе столь широкого спектра разрозненных факторов. Однако решения о ведении судебного процесса (хорошо продуманные или бессистемные) в конечном итоге принимаются, и эти решения связывают государство, унитарное или нет.

В следующем разделе приводится определенная структура в попытке обосновать этот перечень возможных факторов в концептуальных рамках, имеющих особое отношение к спорам о морских границах.

Предпочтения сторон и решения по урегулированию споров

Государство сделает выбор в пользу разрешения спора, если предполагаемые издержки от его неразрешения превышают издержки от разрешения. В этом трюизме подразумевается, что оба варианта - разрешение и неурегулирование - фактически доступны. При этом не учитываются предполагаемые издержки другой стороны, которые могут отличаться и тем самым исключать один из вариантов, обычно разрешение. Другими словами, не следует полагать, что неурегулированный спор о морской границе всегда будет восприниматься как неоптимальный для обоих государств одновременно.[72]Если одно государство предпочитает не урегулировать спор, скорее всего, возникнет тупиковая ситуация. Однако когда разрешение спора предпочитают оба государства, их предпочтения могут быть уточнены с учетом выбора между способами разрешения: государство предпочтет судебное разбирательство спора, если предполагаемые затраты на переговоры превышают затраты на судебное разбирательство. И здесь мы должны учитывать, что разрешение спора - это двусторонний процесс и что оценка затрат и выгод может различаться между сторонами спора, что приведет к различным предпочтениям. Это краткое упражнение устанавливает три варианта, которые, в абстрактном смысле, могут быть доступны для государств, участвующих в споре, и которые могут быть предпочтительными для них: не урегулирование, урегулирование путем переговоров и урегулирование в судебном порядке.

На самом деле эти три варианта не всегда доступны, а в случае с урегулированием межгосударственных споров - часто недоступны. Переговоры могут быть фактически недоступны, если одно из двух государств уклоняется, и судебное разбирательство будет

[71]Putnam, выше, n. 10, 433: "Как известно всем опытным переговорщикам, ... предположение об унитарном факторе часто в корне неверно".

[72]Simmons, выше n. 56, 847: Предполагается, что правительства "хотят решить проблему, которая, будучи нерешенной, представляет собой "субоптимальность"". Ровайн, однако, отмечает, что решение не всегда оптимально. Rovine, above n. 63, 322: "Конечно, бывают случаи, когда верно обратное - то есть продолжение спора предпочтительнее даже явной победы в суде".

не могут быть доступны без согласия обоих государств. Доступность судебного разбирательства возвращает нас к вопросу о юрисдикции, которая, будучи основанной на согласии государств, является функцией их предпочтений. В матрице на рис. 11.1 представлены предпочтения гипотетических государств A и B, чтобы концептуализировать вероятные исходы споров при различных конфигурациях предпочтений. Очевидно, что предпочтения будут определять вероятный способ разрешения спора, но могут также объяснить создание судебной юрисдикции по специальному согласию, если предпочтения совпадают, или использование *предварительного специального* согласия, если они не совпадают. Более того, предпочтения одного или обоих государств могут меняться с течением времени, а значит, будет меняться и вероятный исход.

Стоит повторить, что большинство морских границ еще не урегулированы. В зависимости от предпочтений государств и наличия судебной юрисдикции, неурегулированные споры о морских границах могут быть расположены в любой ячейке, кроме 2B и 3C. Не зная предпочтений вовлеченных государств, трудно определить, куда в этой матрице лучше всего поместить тот или иной неразрешенный спор. Иногда о предпочтениях государств можно узнать из новостных сообщений. В последних сообщениях из Азии Филиппины высказались в пользу судебного разбирательства в ITLOS, а Китай - в пользу разрешения спора путем двусторонних переговоров, что указывает на то, что этот неурегулированный морской спор, вероятно, относится к категории 2C/3B.[73]Во времена *Эгейского моря* Греция явно предпочитала судебное разбирательство, а Турция - переговоры или неурегулирование, что относило этот неурегулированный спор к категории 2C/3B или 1C/3A по состоянию на 1976 год. Однако последние сообщения свидетельствуют о сдвиге предпочтений Греции и Турции в сторону 2B (урегулирование путем переговоров) с намеками на возможное урегулирование в категории 3C (урегулирование в судебном порядке).[74]

Как правило, споры, относящиеся к категории 1A, представляют собой спящие или потенциальные споры в областях, не представляющих особого интереса для обоих государств. Здесь взаимная незаинтересованность может привести к общему восприятию того, что альтернативные издержки, связанные с неурегулированием спора, невелики. Большинство отношений по морским границам начинаются в

[73]См. Jerry E. Esplanada, 'Philippines Getting Ready to Take Dispute With China To Int'l Tribunal', *Philippine Daily Inquirer*, 2012, доступно на globalnation.inquirer.net/35475/ philippines-getting-ready-to-take-dispute-with-china-to-int'l-tribunal; Pia Lee-Brago, 'China Opposes Taking Dispute to Int'l Tribunal', *Philippine Star*, 2012, доступно на www.philstar.com/Article.aspx?articleId=800424&publicationSubCategoryId=63.

[74]Международная кризисная группа, "Турция и Греция: Время урегулировать спор в Эгейском море", Брифинг по Европе № 64, 2011 г., см. www.crisisgroup.org/en/regions/europe/turkey-cyprus/ turkey/B64-turkey-and-greece-time-to-settle-the-aegean-dispute.aspx от 3 сентября 2012 г: "С 2002 года министерства иностранных дел этих стран более 50 раз встречались для проведения "пробных переговоров" с целью передачи спора о континентальном шельфе и, возможно, других нерешенных вопросов в Международный Суд".

Предпочтения государство В	Предпочтения государства А		
	1. Неразрешение	2. Переговоры урегулирование	3. Судебное разбирательство разрешение
А. Не разрешение	1А. Спор остается неразрешенным	2А. Затянувшиеся переговоры без разрешения	3А. Спор остается неурегулированным ИЛИ Разрешение в судебном порядке при наличии *специального* согласия Б
В. Урегулирование путем переговоров	1В. Затянувшиеся переговоры без разрешения	2В. Решение в результате переговоров	3В. Спор остается неурегулированным ИЛИ Урегулирование спора путем переговоров с неоптимальным результатом для А ИЛИ Судебное урегулирование при наличии *предварительного* согласия со стороны В
С. Судебное решение	1С. Спор остается неурегулированным ИЛИ Судебное урегулирование при наличии *специального* согласия А	2С. Спор остается неурегулированным ИЛИ Урегулирование путем переговоров с неоптимальным результатом для В ИЛИ Судебное урегулирование при наличии *предварительного* согласия А	3С. Судебное разрешение

Рисунок 11.1 Вероятный исход спора в зависимости от предпочтений государства А и государства В

1A. Сдвиг от 1A может произойти при растущем дефиците какого-либо ресурса, например рыбы, или при открытии ценного ресурса, например нефти или газа. В идеальном мире переход от 1A к 2B происходил бы по смещению, когда государства приходили бы к решению путем переговоров. И, по сути, именно такой последовательности придерживались многие отношения по морским границам.[75]Без дополнительной информации трудно сказать, относится ли решение, принятое путем переговоров, к категории 2B, когда решение, принятое путем переговоров, предпочтительно для обоих государств, или к категории 2C или 3B, когда решение, принятое путем переговоров, было неоптимальным для государства, которое предпочитало, но не могло получить доступа к решению, принятому в судебном порядке.

После того как спор доведен до судебного разбирательства, бывает проще определить предпочтения. Судебные решения, принятые на основе согласия ad hoc, свидетельствуют об общем предпочтении судебного разбирательства, выраженном *в компромиссе*. Судебные разбирательства, основанные на согласии ad hoc, легко отличить от судебных решений, основанных на согласии *ante hoc* государства-ответчика, которое в противном случае могло бы предпочесть не урегулирование или урегулирование путем переговоров. Хотя использование согласия *ante hoc* может свидетельствовать о том, что государство-ответчик не предпочитает судебный процесс, возможно, что использование согласия *ante hoc* скрывает предпочтение судебного процесса со стороны ответчика. Предварительные возражения против юрисдикции вносят ясность в истинное предпочтение ответчика в отношении чего-то иного, чем судебный процесс. Три различных конфигурации предпочтений, при которых может произойти судебное урегулирование - оба государства предпочитают судебный процесс (3C); одно государство предпочитает судебный процесс, а другое - переговоры (2C и 3B); одно государство предпочитает судебный процесс, а другое - не урегулирование (1C и 3A) - рассматриваются по очереди.

Урегулирование спора путем судебного разбирательства на основе *специального* согласия стало результатом спора в половине судебных разбирательств по международным спорам о морских границах. Государства-участники этих споров явно предпочли разрешение, а не отказ от разрешения, и в конечном итоге предпочли судебный процесс переговорам. Зачастую этим судебным разбирательствам предшествовали годы переговоров как по вопросам существа спора, так и по процедуре, которая должна применяться в судебном процессе, то есть при согласовании *компромисса*. Главный вопрос здесь заключается в том, какие факторы способствовали взаимному изменению предпочтений от переговоров к судебному разбирательству и перевели стороны из-за стола переговоров в зал суда?

В этих случаях стороны стояли перед реальным выбором между переговорами и судебным разбирательством, и вместе они согласились с тем, что судебное разбирательство позволит достичь того, чего переговоры не могли или не смогли бы достичь в условиях

[75]По состоянию на 2010 год насчитывалось около 165 морских пограничных отношений, которые были полностью или частично урегулированы путем переговоров.

обстоятельства. Иными словами, оба государства разделяли мнение о том, что стоимость судебного разбирательства будет ниже стоимости переговоров. Общее желание сократить свои внутренние издержки аудитории дает наиболее убедительное объяснение решению перевести спор из стадии переговоров в стадию судебного разбирательства.

Государства, ведущие переговоры, ожидают, что в ходе переговорного процесса им придется пойти на некоторые уступки. В судебном разбирательстве по морским границам, где основным правилом является "достижение справедливого решения", государства также ожидают (или должны ожидать), что они не одержат победу в суде или трибунале по всем своим требованиям. Как показывают их предыдущие переговоры, эти государства предпочитают урегулирование и знают, что для достижения этой цели необходимо пойти на уступки. В этих обстоятельствах решение между переговорами и судебным разбирательством - это вопрос выбора того, в рамках какого процесса и, что более важно, кем будут сделаны эти уступки.[76]Если в этой двухуровневой игре стоимость уступок в результате переговоров на межнациональном уровне увеличивается за счет издержек внутренней аудитории, создаваемых для государственного лидера или политической партии на национальном уровне, эти издержки можно сократить, если не избежать полностью, путем передачи полномочий по принятию решений третьей стороне.[77]Как и при оценке затрат в других случаях, необходимо принимать во внимание перспективы обеих сторон. Переход от разрешения спора путем переговоров к судебному разрешению становится "относительно более привлекательным только в тех ситуациях, когда лидеры государств с обеих сторон сталкиваются со значительными внутренними издержками, связанными с уступками в ходе переговоров".[78]Когда это происходит - когда оба государства меняют предпочтения от переговоров к судебному разбирательству - они могут создать юрисдикцию по своему взаимному согласию ad hoc.[79]

[76]См. Allee and Huth, выше n. 3, 223: "Основное различие между двумя вариантами, таким образом, заключается в процессе, посредством которого достигаются уступки, и в различных затратах и выгодах, связанных с каждым вариантом". Лоу отмечает, что "цель судебного разбирательства может быть такова, что необходимо перейти к рассмотрению дела по существу, независимо от его силы". (Так, например, происходит в некоторых пограничных спорах, когда ни одно из государств не желает уступать в ходе переговоров даже крошечную часть того, на что претендует как на национальную территорию, но оба государства могут быть довольны тем, что трибунал присудит часть заявленной территории другой стороне…). Часто бывает удобно свалить все на юристов)". Он добавляет, что "некоторые государства, в конце концов, сознательно выбирают судебное разбирательство, чтобы переложить ответственность за достижение компромисса по национальным территориальным претензиям с правительства на международный трибунал": Lowe, above n. 21, at 241, 246.

[77]Allee and Huth, выше, n. 3, 219: "Лидеры государств, которые ожидают значительных затрат внутренней аудитории на добровольные уступки в результате переговоров, скорее всего, будут искать "политическое прикрытие" в виде международного правового постановления".

[78]Ibid., 225.

[79]Этот момент характеризуется как "плато в процессе переговоров, когда обе стороны соглашаются, что урегулирование спора важнее, чем относительное распределение целей в результате окончательного решения". Уильям Д. Коплин, "Мировой суд

Эта прогрессия от 2B (соглашение о переговорах) к 3C (соглашение о судебном разбирательстве) контрастирует с другими прогрессиями, которые в конечном итоге могут закончиться судебным решением при различных юрисдикционных ограничениях. В случае с судебными процессами, инициированными на основе *предварительного* согласия, более вероятно, что предпочтения спорящих государств не совпадали, и только одно государство - государство-заявитель - предпочитало судебный процесс, в то время как государство-ответчик предпочитало отказ от урегулирования (1C/3A) или урегулирование путем переговоров (2C/3B). В системе, основанной на согласии, такое несовпадение предпочтений приведет к тупиковой ситуации, неоптимальному для одной из сторон урегулированию путем переговоров или судебному урегулированию, если государство-ответчик *заранее* дало согласие на юрисдикцию. Если при таких обстоятельствах спор разрешается в судебном порядке, решение о судебном разбирательстве принимается в одностороннем порядке, и факторы, способствовавшие принятию такого решения, должны рассматриваться исключительно с точки зрения государства-заявителя.

В данном случае внутреннее объяснение представляется менее убедительным, чем в случае, когда решение о судебном разбирательстве принимается в контексте общих предпочтений.[80]Когда судебное разбирательство происходит в контексте несовпадающих предпочтений, выбор о передаче полномочий по принятию решений третьей стороне не делается по взаимному согласию. В отличие от дел, возбужденных на основе *компромисса*, в которых обе стороны принимают активное участие в формулировании своего спора, выборе форума и определении юрисдикции, в рамках которой этот форум будет рассматривать их дело, дела, возбужденные на основе согласия *ante hoc*, являются результатом односторонних действий государства-заявителя. Лица, принимающие решения в таком государстве, могут обратить внимание на внутренние издержки аудитории, но в данном случае на решение о судебном разбирательстве может оказать более сильное влияние внешнее беспокойство по поводу действий или позиции соседнего государства. Общей чертой дел о морских границах, возбужденных на основании согласия *ante hoc*, является, по-видимому, необходимость государства-заявителя преодолеть потенциально вредный и высокозатратный статус-кво, возникший в результате неурегулирования спора. В таких ситуациях государство-заявитель использует судебный процесс для выхода из неблагоприятного тупика.

Статус-кво с высокими издержками может быть обусловлен прибрежной географией спорящих государств. Государства, которые оказываются на задворках прибрежной зоны

в процессе международных переговоров", в R.W. Gregg и M. Barkim (eds.), *The United Nations and its Functions* (Princeton: Van Nostrand, 1968) 313, 329, цитируется в Fischer, выше n. 51, 265.

[80]Однако если государство-ответчик действительно предпочитает судебный процесс, то предъявление иска на основании *предварительного* согласия, данного предыдущим правительством, обеспечит государству-ответчику еще большее внутриполитическое прикрытие, чем создание специального согласия, в котором активную роль будет играть нынешнее правительство.

В случае вогнутости и, следовательно, ущемления и даже блокирования зон в результате применения метода эквидистантности[81], они могут прибегнуть к судебному разбирательству в попытке "вырваться". Германия и Гвинея-Бисау разрешили эту ущербную ситуацию, договорившись о *компромиссах* с обоими соседями и ведя судебное разбирательство на этой основе. Напротив, Бангладеш и Камерун довели свои споры до судебного разбирательства на основе *предварительного* согласия против Мьянмы и Индии и против Нигерии[82]соответственно. Наличие островов, которые по праву приравниваются к материковой территории[83], может завести в тупик, когда государство на переговорах по делимитации придает своим островам полный вес по сравнению с материковым побережьем соседа. Румыния столкнулась с подобной ситуацией в Черном море в отношении украинского острова Змеиный. Румыния довела этот спор до судебного разбирательства, основываясь на *предварительном* согласии Украины.

Помимо прибрежной географии, поведение государства и уполномоченных государством лиц в спорной зоне может начать устанавливать неблагоприятный статус-кво для более слабого или менее активного государства. Асимметрия власти может внести свой вклад, в частности, когда более мощное государство осуществляет военно-морские и правоохранительные действия в районах, на которые претендует другое государство. Практика аренды, разведки и эксплуатации нефти и газа может привести к формированию преюдициального поведения. Лицензирование рыболовства, санкционированный государством лов рыбы и правоохранительная деятельность, связанная с рыболовством, также могут стать фактором. Установление согласованной границы между одним из потенциальных государств-участников спора и третьим государством также может способствовать созданию предвзятого статус-кво, против которого государство-заявитель чувствует себя вынужденным двигаться.

Некоторые примеры из практики иллюстрируют эти положения. Инициатива Греции в отношении *Эгейского моря*, по-видимому, была прямой реакцией на сейсмические работы турецкого исследовательского судна *Mta-Sismik I*.[84]Эти работы должны были восстановить многолетнюю нефтегазовую практику, которая наносила ущерб морскому пограничному положению Греции в этом районе. В деле *Гайана* против *Суринама* сочетание разведки углеводородов Гайаной и закона

[81]Эквидистантность является презюмируемым методом делимитации в территориальном море в отсутствие особых обстоятельств или исторического права собственности. См. ЮНКЛОС, ст. 15. Хотя в зонах за пределами территориального моря не существует презумпции в пользу равноудаленности, равноудаленность обычно является отправной точкой при анализе границ в этих зонах и может лежать в основе переговорной позиции государства, отдающего предпочтение равноудаленности.

[82]Возможно, Камерун хотел бы возбудить разбирательство против другого своего соседа - Экваториальной Гвинеи, но это государство предприняло упреждающие действия, чтобы вывести себя из-под судебной юрисдикции, подав заявление в соответствии со ст. 298 ЮНКЛОС. 298, заявив, что оно не признает юрисдикцию в отношении морских границ.

[83]См. ЮНКЛОС, ст. 121. [84]*Эгейское море*, [1978] ICJ Rep. 3, 10.

В ответ на это принудительные действия Суринама побудили Гайану начать судебное разбирательство на основании положений ЮНКЛОС об урегулировании споров. Поводом для возбуждения дела *Никарагуа* против *Гондураса* послужило установление морской границы между Гондурасом и Колом-бией, которое подкрепило морские претензии Гондураса к Никарагуа, в частности, планы Гондураса ратифицировать это соглашение. Нефтегазовая практика, совпавшая с гондурасскими притязаниями, также могла внести свой вклад в эту ситуацию. И наконец, в деле *"Мелиорация земель"* проекты Сингапура по мелиорации земель в Джохорском проливе, изменяющие исходные условия, способствовали принятию Малайзией решения о рассмотрении дела в трибунале, учрежденном в соответствии с Приложением VII. Эти дела имеют различную историю и разнообразные факторы, но в каждом из них государство-заявитель пыталось посредством судебного разбирательства преодолеть существующее (или развивающееся) положение дел, которое не могло быть преодолено другими способами. Предположительно, заявитель считал, что стоимость судебного разбирательства ниже, чем стоимость отказа от решения проблемы или стоимость неоптимального решения в результате переговоров.

Выводы

Почему государства принимают решение о судебном разбирательстве своих споров о морских границах и какие факторы, скорее всего, способствуют принятию такого решения? Информация, которая могла бы дать авторитетный и убедительный ответ на эти вопросы, скрыта во внутренних меморандумах и незарегистрированных дискуссиях между ключевыми лицами, принимающими решения во внешнеполитических ведомствах правительств по всему миру. Тем не менее, индуктивные рассуждения, примененные к фактам, связанным с судебными спорами о морских границах, приводят к следующим выводам.

Главным фактором в принятии решения о судебном разбирательстве должно быть наличие такой возможности, что, в свою очередь, зависит от согласия обоих спорящих государств на преюдициальную юрисдикцию международного суда или трибунала. Решение двух государств совместно установить юрисдикцию путем специального согласия, выраженного *в компромиссе* или специальном соглашении, вытекает из общих предпочтений - во-первых, урегулировать спорную морскую границу и, во-вторых, сделать это в судебном порядке. Эти предпочтения зависят от затрат и выгод, связанных с различными политическими, правовыми, финансовыми, репутационными, стратегическими и другими факторами. Споры, скорее всего, будут рассматриваться в судебном порядке, если предпочтения в пользу судебного разбирательства разделяются государствами, участвующими в споре. Однако если предпочтения не совпадают, судебное разбирательство все равно может состояться, если, прежде всего, юрисдикция

и то только в том случае, если стоимость судебного разбирательства, по мнению государства-заявителя, ниже, чем стоимость отказа от урегулирования или неоптимального урегулирования путем переговоров.

Когда у государств есть реальный выбор между урегулированием путем переговоров и судебным разбирательством, избежание внутриполитических издержек должно в значительной степени определять решение о судебном разбирательстве. Однако, когда судебные разбирательства происходят на основе согласия *ante hoc*, во многих случаях решение государства-заявителя о судебном разбирательстве, как представляется, было вызвано необходимостью преодолеть неблагоприятный статус-кво.

12

Судебное разбирательство споров по морскому праву с использованием системы урегулирования споров ЮНКЛОС

МД. САЙЕЛЬ КАРИМ

Толкование и применение Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву (ЮНКЛОС или Конвенция)[1]может стать источником многих споров.[2]ЮНКЛОС ввела в меню урегулирования споров ряд вариантов разрешения международных споров, включая обязательную процедуру, предусматривающую обязательные решения.[3]При разработке этой амбициозной и сложной системы урегулирования споров разработчикам пришлось пойти на множество тонких компромиссов, чтобы обеспечить систему единообразного толкования Конвенции.[4]Развивающиеся страны рассматривали эту обязательную систему урегулирования споров как средство защиты своих интересов от политического, экономического и военного давления со стороны мощных развитых стран.[5]

Цель данной главы - изучить, почему судебное разбирательство с использованием системы урегулирования споров ЮНКЛОС может быть, а может и не быть предпочтительным способом урегулирования споров по морскому праву. Как и другие споры в области международного права, споры по морскому праву могут быть урегулированы путем судебного разбирательства в Международном суде (МС) или других имеющихся форумах без использования системы урегулирования споров ЮНКЛОС. Однако из-за ограниченности объема и во избежание повторения других глав данной книги в этой главе основное внимание уделяется

[1]Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву (открыта для подписания 10 декабря 1982 года, вступила в силу 16 ноября 1994 года), 1833 UNTS 3 (UNCLOS).

[2]Robin R. Churchill and Alan V. Lowe, *The Law of the Sea*, 3rd edn (Manchester University Press, 1999), 447.

[3]Подробное обсуждение системы урегулирования споров ЮНКЛОС см. в: Natalie Klein, *Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea* (Cambridge University Press, 2005); Andronico O. Adede, *The System for Settlement of Disputes under the United Nations Convention on the Law of the Sea: A Drafting History* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1986).

[4]Adede, выше n. 3, 241; Klein, выше n. 3, 52.

[5]Robin R. Churchill, "Some Reflections on the Operation of the Dispute Settlement System of the UN Convention on the Law of the Sea During its First Decade", in David Freestone, Richard Barnes, and David M. Ong (eds.), *The Law of the Sea: Progress and Prospects* (Oxford University Press, 2006) 388, 389; Klein, above n. 3, 52.

только о системе урегулирования споров ЮНКЛОС. При этом он рассматривает, в какой степени система урегулирования споров ЮНКЛОС обеспечивает всеобъемлющий механизм для судебных разбирательств по морскому праву. После общего обзора ограничений системы урегулирования споров ЮНКЛОС в этой главе будут рассмотрены факторы, лежащие в основе решений о ведении судебного разбирательства с использованием системы урегулирования споров ЮНКЛОС, на примере некоторых недавних споров.

В этой главе утверждается, что на стратегические решения о ведении судебного разбирательства в рамках ЮНКЛОС оказывает большое влияние ряд вопросов, включая, в частности, юрисдикционную определенность, экономические и политические интересы, а также репутацию сторон. В ней также утверждается, что государства все чаще прибегают к судебному разбирательству для урегулирования споров по морскому праву. В следующей части этой главы представлен общий обзор судебных споров по морскому праву. Затем в главе дается краткое введение в систему урегулирования споров ЮНКЛОС, а также рассматриваются юрисдикционные ограничения системы урегулирования споров ЮНКЛОС и их влияние на стратегию судебного разбирательства. В заключительной части рассматриваются внеправовые факторы, влияющие на процесс принятия решения о судебном разбирательстве, с акцентом на экономические, политические, репутационные и другие вопросы, представляющие национальный интерес.

Судебное разбирательство споров по морскому праву

Как отмечалось ранее, варианты урегулирования споров по морскому праву в целом можно разделить на две категории: общая система урегулирования споров в рамках международного права и система урегулирования споров ЮНКЛОС. Статья 33 Устава ООН обязывает стороны в споре, затрагивающем международный мир и безопасность, искать решение "путем переговоров, обследования, посредничества, примирения, арбитража, судебного разбирательства, обращения к региональным агентствам или соглашениям или другими мирными средствами по их собственному выбору".[6]Механизмы урегулирования международных споров можно разделить на две основные группы. Первую группу составляют необязательные или дипломатические процессы. В этих системах стороны контролируют всю процедуру и сохраняют за собой право принять или отклонить предложенный вариант урегулирования. Ко второй группе относятся арбитражные и судебные процедуры урегулирования, которые носят обязательный характер. Формально-юридические процедуры урегулирования споров в основном основаны на согласии.[7]Для целей настоящей главы оба

[6]Устав Организации Объединенных Наций, ст. 33(1).
[7]Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 7th edn (Oxford University Press, 2008), 701.

разбирательства в международных судебных учреждениях и арбитраже ad hoc будут рассматриваться как судебное разбирательство.

Большое количество международных споров, связанных с морским правом, разрешается путем необязывающих переговоров, и государства в основном предпочитают этот подход урегулированию споров третьей стороной.[8]Тем не менее, морское право является одной из наиболее часто разбираемых областей международного права.[9]Самое первое дело Международного Суда, *дело о канале Корфу*,[10]касалось морского права, как и первое дело предшественника Международного Суда, Постоянной Палаты Международного Правосудия (ППМП).[11]Государства в целом проявляют склонность к разрешению своих споров по морскому праву через судебные разбирательства, и большинство из этих дел касаются споров о морских границах.[12]Как будет показано далее в этой главе, государства также постепенно проявляют интерес к Международному трибуналу по морскому праву (ИТЛОС или Трибунал), несмотря на некоторые узкие места, созданные юрисдикционными рамками Трибунала.

Начиная с первого дела, рассмотренного PCIJ, *SS Wimbledon*, государства обращались в международные судебные учреждения для разрешения споров по различным вопросам морского права, включая исходные линии, заливы и территориальные воды,[13]проливы, используемые для межнационального судоходства,[14]морские границы,[15]суверенитет над островами или другими морскими объектами,[16]права судоходства,[17]рыболовство и морское хозяйство.

[8]Ted L. McDorman, "Global Ocean Governance and International Adjudicative Dispute Resolution", (2000) 43 *Journal of Ocean and Coastal Management* 255, 257.

[9]Дональд Р. Ротвелл и Тим Стивенс, *Международное морское право* (Оксфорд: Харт, 2010), 442.

[10]*Дело о канале Корфу (Соединенное Королевство* против *Албании)*, [1949] ICJ Rep. 4.

[11]*SS Wimbledon*, [1923] PCIJ (ser. A) No. 1.

[12]Более четверти спорных дел в МС прямо или косвенно связаны с морским правом, и большая часть права в этих делах относится к правилам о морских границах. См. ICJ, List of Contentious Cases, доступно на www.icj-cij.org/docket/index.php? p1=3&p2=3. См. далее главу 11 в этом томе.

(13) Например, *дело о заливе Фонсека (Сальвадор/Никарагуа)*, Центральноамериканский суд, 9 марта 1917 г.; *дело о рыболовстве (Соединенное Королевство* против *Норвегии)*, [1951] ICJ Rep. 116; *спор о земле, островах и морской границе (Сальвадор/Гондурас: вмешательство Никарагуа)*, [1992] ICJ Rep. 350.

(14) Например, *дело о канале Корфу*, [1949] ICJ Rep. 4.

(15) Например, *Дела о континентальном шельфе Северного моря (Федеративная Республика Германия* против *Дании; Федеративная Республика Германия* против *Нидерландов)*, [1969] ICJ Rep. 3; *Делимитация морских пространств и территориальные вопросы между Катаром и Бахрейном (Катар* против *Бахрейна)*, [2001] ICJ Rep. 40; *Спор о делимитации морской границы между Бангладеш и Мьянмой в Бенгальском заливе (Бангладеш/Мьянма)*, ITLOS, дело № 16, 14 марта 2012 года).

(16) Например, *Суверенитет над Педра-Бранка/Пулау-Бату-Путех, Средними скалами и Южным уступом (Малайзия* против *Сингапура)*, [2008] ICJ Rep. 12.

(17) Например, *дело "Волга" (Российская Федерация* против *Австралии) (Оперативное освобождение)*, ITLOS, (2003) 42 ILM
159.

живых ресурсов,[18] уголовной юрисдикции и юрисдикции государства флага в открытом море,[19] и защиты морской среды.[20]

Помимо международных судебных институтов, арбитраж ad hoc широко используется для судебных разбирательств по морскому праву. История использования арбитража, несомненно, старше, чем история разбирательств в международных судебных учреждениях. К числу ранних арбитражных разбирательств относятся арбитраж 1872 года между Соединенными Штатами и Великобританией *по делу о претензиях Алабамы*, касающихся нейтралитета и войны на море, арбитраж 1889 года между Соединенными Штатами и Великобританией по делу о *беринговоморских* тюленях, касающемуся прав Соединенных Штатов в Беринговом море и сохранения пушных тюленей, и арбитраж 1935 года между Канадой и Соединенными Штатами по делу о преследовании канадского судна по горячим следам. Несмотря на создание ряда постоянных судебных институтов, арбитраж по-прежнему остается популярным механизмом для судебных разбирательств по морскому праву. Например, три из четырех дел, о которых сообщается в одном из последних томов "Докладов ООН о международных арбитражных решениях", непосредственно связаны с морским правом.[21] Более того, арбитраж был введен в систему обязательного урегулирования споров ЮНКЛОС как выбор по умолчанию в случае отсутствия заявленного выбора суда.[22]

На фоне этих рассуждений о судебных разбирательствах, связанных с морским правом, в следующем разделе рассматривается специализированная система урегулирования споров, созданная ЮНКЛОС.

Система урегулирования споров ЮНКЛОС

ЮНКЛОС поощряет стороны использовать для мирного урегулирования споров такие необязательные средства, как переговоры и примирение. Если стороны не смогли урегулировать свои споры с помощью этих необязательных процедур, Конвенция предусматривает обязательные процедуры, влекущие за собой обязательные решения. Статья 287 предоставляет сторонам возможность выбрать одну или несколько процедур.

(18) Например, *Юрисдикция в области рыболовства (Соединенное Королевство* против *Исландии) (по существу)*, [1974] ICJ Rep. 3; *Юрисдикция в области рыболовства (Федеративная Республика Германия* против *Исландии) (по существу)*, [1974] ICJ Rep. 175; *Дело о южном голубом тунце (Новая Зеландия* против *Японии; Австралия* против *Японии) (временные меры)*, ITLOS, дело № 3 и 4, (1999) 117 ILR 148.

(19) Например, *дело SS Lotus (Франция* против *Турции) (решение)*, [1927] PCIJ (ser. A) № 10.

(20) Например, *Дело о заводе МОКС (Ирландия* против *Соединенного Королевства) (временные меры)*, ITLOS, дело № 10, 3 декабря 2001 года.

[21] Организация Объединенных Наций, *Отчеты о международных арбитражных решениях, том XXVII* (Нью-Йорк: Организация Объединенных Наций, 2008), iii.

[22] ЮНКЛОС, ст. 287.

следующих процедур: ITLOS,[23]MC, арбитражный суд, учрежденный в соответствии с Приложением VII,[24]и специальный арбитражный суд, учрежденный в соответствии с Приложением VIII.[25]

Каждый из этих судов или трибуналов обладает юрисдикцией в отношении любого спора, связанного с толкованием или применением UNCLOS.[26]Однако споры, связанные с осуществлением прибрежным государством своих суверенных прав, могут быть переданы на принудительное разрешение только в том случае, если прибрежное государство нарушает следующее:

- свободы судоходства;
- права на пролет или права на прокладку подводных кабелей и трубопроводов; или в отношении других международно-правомерных видов использования моря, указанных в статье 58;
- когда прибрежное государство осуществляет свою юрисдикцию способом, несовместимым с правилами и стандартами морской среды, введенными Конвенцией или принятыми компетентными международными организациями или дипломатическими конференциями в соответствии с Конвенцией.[27]

Этот обязательный процесс разрешения споров имеет ряд исключений. Споры, возникающие в связи с морскими научными исследованиями в исключительной экономической зоне (ИЭЗ), и споры, связанные с рыболовством, включая определение общего допустимого улова в ИЭЗ, исключены из обязательных процедур, влекущих за собой обязательные решения. Кроме того, государства могут отказаться от обязательных процедур в отношении споров, касающихся делимитации морских границ и исторических названий заливов; военной и определенной правоохранительной деятельности; а также вопросов, в отношении которых Совет Безопасности выполняет свои функции.[28]Эти исключения могут оказать существенное влияние на юрисдикцию системы урегулирования споров ЮНКЛОС. Более подробно этот вопрос будет рассмотрен в одном из последующих разделов данной главы.

Обязательная система урегулирования споров также предполагает сопутствующие процедуры для обеспечения быстрых и временных средств правовой защиты для спорящих сторон, включая систему временных мер и оперативного освобождения

[23]ИТЛОС является созданием ЮНКЛОС. В состав ИТЛОС входит двадцать один независимый судья, обладающий "признанной компетенцией в области морского права". ЮНКЛОС, Приложение VI.

[24]UNCLOS, Приложение VII; см. также John Collier and Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law: Институты и процедуры* (Oxford University Press, 2000), 90-1.

[25]ЮНКЛОС, Приложение VIII; см. также Collier and Lowe, выше, n. 24, 91-2.

[26]ЮНКЛОС, ст. 288(1).

[27]ЮНКЛОС, ст. 297(1)(a) и 1(c); см. также Collier and Lowe, выше n. 24, 92-93.

[28]ЮНКЛОС, ст. 298.

судов и членов экипажа. Если спор, переданный в любой из вышеупомянутых судов и трибуналов, prima facie считается относящимся к юрисдикции этого суда или трибунала, то последний может предписать временные меры.[29]Аналогичным образом, если государство-участник задерживает судно, государство флага может обратиться в любой из вышеупомянутых судов или трибуналов, согласованных сторонами спора, или, в случае отсутствия такого соглашения, в ITLOS для быстрого освобождения судна, если задерживающее государство не выполнило положения UNCLOS, касающиеся быстрого освобождения судна или его экипажа при внесении разумного залога или другого финансового обеспечения.[30]Конвенция содержит два таких положения, касающихся оперативного освобождения судна, арестованного за предполагаемый незаконный промысел в ИЭЗ прибрежного государства[31], и оперативного освобождения судна, арестованного портом или прибрежным государством за загрязнение морской среды.[32]) Процедура оперативного освобождения неприменима к другим случаям ареста судов. Согласно статье 292, распоряжение об оперативном освобождении судов может быть вынесено только в том случае, если "утверждается, что задерживающее государство не *выполнило положения настоящей Конвенции* об оперативном освобождении судна или его экипажа при внесении разумного залога или иного финансового обеспечения" (выделено автором). История разработки статьи 292 также четко подтверждает предположение о том, что это положение "не применялось ко всем случаям задержания" и было применимо только "к случаям, прямо предусмотренным в материально-правовой части Конвенции".[33]

Случайные разбирательства могут быть источником взаимодействия между различными судебными учреждениями. Есть примеры, когда два учреждения осуществляли юрисдикцию по одному и тому же делу. В деле о *мелиорации земель*[34]ITLOS осуществил свою юрисдикцию в отношении временных мер, а арбитражный суд Приложения VII окончательно урегулировал дело. Аналогичная ситуация возникла при рассмотрении дела о *южном голубом тунце*.[35]Эта юрисдикция не является ни конкурирующей, ни совпадающей. ИТЛОС разрешено принимать временные меры, которые могут быть или не быть окончательно подтверждены последующим судебным или арбитражным органом.[36]

[29]ЮНКЛОС, ст. 290. [30]ЮНКЛОС, ст. 292.
[31]ЮНКЛОС, ст. 73. [32]ЮНКЛОС, ст. 226.
[33]Myron H. Nordquist, Shabtai Rosenne, and Louis B. Sohn, *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary, Vol. V* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1988), 68-9.
[34]*Рекультивация земель Сингапуром в Джохорском проливе и вокруг него* (*Малайзия* против *Сингапура)*, (2005) 27 RIAA 133; [2003] ITLOS Rep. 10.
[35]*Дело о южном голубом тунце (Новая Зеландия* против *Японии; Австралия* против *Японии) (временные меры)*, ITLOS, дело № 3 и 4, 27 августа 1999 года.
[36]ЮНКЛОС, ст. 290(5).

Существует вероятность того, что новые и возникающие морские споры будут рассматриваться в рамках механизма урегулирования споров ЮНКЛОС.[37]Однако опыт, накопленный с 1996 года, показал, что система урегулирования споров ЮНКЛОС имеет ряд ограничений и не является всеобъемлющей. Эти ограничения могут стать существенным фактором при принятии решения о рассмотрении спора с использованием этой системы. В следующем разделе кратко рассматриваются основные юрисдикционные ограничения системы урегулирования споров ЮНКЛОС.

Юрисдикционные ограничения системы урегулирования споров ЮНКЛОС и их влияние на стратегию судебного разбирательства

Вопрос о том, имеет ли сторона, инициирующая судебный процесс, наилучшие возможности для выигрыша дела, является ключевым. Как заметил один из комментаторов, судебный процесс - это "в лучшем случае игра с нулевой суммой, и часто результат оказывается проигрышным".[38]Одним из основных факторов в процессе принятия решения о судебном разбирательстве является юрисдикционная определенность.[39]Если существует какая-либо юрисдикционная неопределенность, государство может не захотеть прибегать к международному судебному разбирательству. Очень часто дело может проходить две стадии: предварительные возражения против юрисдикции и приемлемости и рассмотрение дела по существу. Если дело проваливается на предварительной стадии из-за ограничений юрисдикции или приемлемости, оно вряд ли принесет ожидаемый результат стороне, инициировавшей судебный процесс. Поэтому уверенность в юрисдикционной компетенции соответствующего суда или трибунала является важнейшим фактором в стратегии судебного разбирательства.

Система урегулирования споров ЮНКЛОС имеет ряд ограничений, которые могут помешать стороне инициировать обязательные процедуры, влекущие за собой обязательные решения. Если спор передается в систему урегулирования споров ЮНКЛОС без согласия одной из сторон, он может быть оспорен на основании трех различных оснований.[40]Эти основания включают в себя утверждения о том, что (i) предполагаемый спор не связан с каким-либо вопросом толкования и применения ЮНКЛОС; (ii) другой суд или процедура имеют приоритет перед системой обязательного урегулирования споров ЮНКЛОС; и (iii) не были исчерпаны консенсуальные процедуры, предусмотренные в разделе 1 части XV Конвенции.[41]Все эти вопросы

[37]Одним из таких вопросов может быть изменение климата. См. Meinhard Doelle, "Изменение климата и использование режима разрешения споров Конвенции по морскому праву", (2006) 37 *Ocean Development and International Law* 319.

[38]Andrew Serdy, 'Paradoxical Success of UNCLOS Part XV: Полусерьезный ответ Роуз-Мэри Рейфус", (2005) 36 *Victoria University Wellington Law Review* 713, 715.

[39]См. далее глава 2 в настоящем томе. [40]Churchill, above n. 5, 399. [41]Ibid.

связаны с положениями ЮНКЛОС, которые рассматриваются ниже наряду с их практическим применением в различных судебных решениях.

Первый вопрос, упомянутый выше, связан со статьей 279, в которой четко указано, что система урегулирования споров ЮНКЛОС применима только в случае споров, касающихся применения и толкования Конвенции. Система урегулирования споров ЮНКЛОС не будет применяться в случае споров по морскому праву, которые вытекают из толкования и применения международного обычного права или других договоров, если в ЮНКЛОС нет соответствующего положения. Однако если спор затрагивает как ЮНКЛОС, так и другие договоры или обычное международное право, то будет применяться система урегулирования споров ЮНКЛОС. В деле *Southern Bluefin Tuna* Япония утверждала, что спор связан исключительно с толкованием и применением Конвенции о сохранении южного синего тунца 1993 года (CCSBT).[42]В своем решении о временных мерах ITLOS не принял это утверждение.[43]Трибунал счел, что в соответствии со статьями 64 и 116-119 государства-участники UNCLOS имеют международное обязательство сотрудничать напрямую или через международные организации в сохранении далеко мигрирующих видов, включая южного синего тунца.[44]Таким образом, спор может рассматриваться как спор, связанный с толкованием и применением ЮНКЛОС.[45]На стадии рассмотрения дела о юрисдикции арбитражный суд по приложению VII придерживался аналогичного мнения.[46]В деле о *заводе МОКС* Соединенное Королевство утверждало, что дело Ирландии не может быть принято к рассмотрению, поскольку спор, касающийся разрешения и строительства завода МОКС, представляет собой спор о толковании и применении Конвенции по защите морской среды Северо-Восточной Атлантики (Конвенция ОСПАР), договоров ЕС и других европейских договоров, а также директив, принятых в соответствии с этими договорами. В соответствии со своим предыдущим решением ИТЛОС отклонил это предложение на этапе принятия временных мер.[47]Судя по судебной практике ИТЛОС по этому вопросу, можно сделать вывод о том, что использование системы урегулирования споров ЮНКЛОС для разрешения споров по морскому праву не является серьезным ограничением.

[42]*Дело о южном голубом тунце (Новая Зеландия* против *Японии; Австралия* против *Японии) (временные меры)*, ITLOS, дело № 3 и 4, 27 августа 1999 г., [46].

[43]Ibid., [55]. [44]Ibid., [48], [49]. [45]Ibid., [55].

[46]*Дело о южном голубом тунце (Новая Зеландия* против *Японии; Австралия* против *Японии) (временные меры)*, ITLOS, дело № 3 и 4, 27 августа 1999 года, [47]-[52]. Однако трибунал пришел к выводу об отсутствии у него юрисдикции в данном деле по другой причине, которая будет рассмотрена ниже. См. примечания 50-55 ниже.

[47]*Дело о заводе МОКС (временные меры)*, ITLOS, дело № 10, 3 декабря 2001 года, [50], [51].

[48]Таким образом, государства не д о л ж н ы отговариваться от обращения к судебному разбирательству в соответствии с ЮНКЛОС.

Следующий вопрос заключается в том, имеет ли другой суд или процедура приоритет перед системой обязательного урегулирования споров ЮНКЛОС. Этому вопросу посвящены две статьи ЮНКЛОС: Статьи 281 и 282. Статья 281 предусматривает, что если государства решат урегулировать свой спор, используя другие мирные средства урегулирования споров по своему выбору, то система обязательного урегулирования споров UNCLOS будет применима только в том случае, если урегулирование не будет достигнуто путем использования таких средств и соглашение между сторонами не исключает какой-либо дальнейшей процедуры. Согласно статье 282, если стороны спора договорились посредством общего, регионального или двустороннего соглашения или иным образом о том, что такой спор передается на процедуру, которая влечет за собой обязательное решение, эта процедура применяется вместо процедур урегулирования споров ЮНКЛОС, если стороны спора не договорились об ином.

На статью 281 в основном опирались при рассмотрении дел *"Южный голубой тунец"*, *"Мелиорация земель"* и *"Барбадос/Тринидад и Тобаго"*. В деле *Southern Bluefin Tuna* трибунал по Приложению VII постановил, что ККСБТ представляет собой соглашение такого рода, о котором говорится в статье 281.[49]Трибунал также постановил, что спор между сторонами все еще является неурегулированным спором согласно ККСБТ, и поэтому ЮНКЛОС исключает обращение к какой-либо дальнейшей процедуре.[50]Такое толкование трибунала было сочтено весьма спорным,[51]и вызвало значительные дебаты.[52]Один вопрос

[48]Churchill, выше, n. 5, 401.

[49]*Дело о южном голубом тунце (Новая Зеландия* против *Японии; Австралия* против *Японии) (временные меры)*, ITLOS, дело № 3 и 4, 27 августа 1999 г., [63].

[50]Там же.

[51]Алан Бойл, "Арбитраж по южному голубому тунцу", (2001) 50 ICLQ 447. См. также Черчилль, выше, п. 5, 403.

[52]См. в целом Бойл, выше, п. 51; Лия Стёртц, "Дело о южном голубом тунце: Австралия и Новая Зеландия *против* Японии", (2001) 28 *Ecology Law Quarterly* 455; Barbara Kwiatkowska, "The Australia and New Zealand *v.* Japan Southern Bluefin Tuna (Jurisdiction and Admissibil-ity) Award of the First Law of the Sea Convention Annex VII Arbitral Tribunal", (2001) 16 *International Journal of Marine and Coastal Law* 239; Tim Stephens, "A Paper Umbrella that Dissolves in the Rain? Последствия дела о южном голубом тунце для обязательного разрешения споров, касающихся морской среды", (2001) 6 *Asia Pacific Journal of Environmental Law* 297; Barbara Kwiatkowska, "The Southern Bluefin Tuna (New Zealand *v.* Japan; Australia *v.* Japan) Cases", (2000) 15 *International Journal of Marine and Coastal Law* 1; Tim Stephens, "The Limits of International Adjudication in International Environmental Law: Другой взгляд на дело о южном голубом тунце", (2004) 19 *Международный журнал морского и прибрежного права* 177, 187; Дуглас
М. Джонстон, "Рыболовная дипломатия, наука и судебная функция", (1999) 10 *Year-book of International Environmental Law* 33; Жаклин Пил, "Бумажный зонтик, который

является ли ДКСБТ соглашением такого рода, о котором говорится в статье 281 ЮНКЛОС. Система урегулирования споров, предусмотренная статьей 16 ККСБТ, относится к спорам, возникающим в связи с ККСБТ, в то время как система урегулирования споров ЮНКЛОС предназначена для споров, возникающих в связи с толкованием и применением ЮНКЛОС. Однако трибунал решил, что разграничение этих двух систем урегулирования споров "было бы искусственным",[53]а статья 16 ДКСБТ предусматривает "соглашение сторон о поиске разрешения данного спора мирными средствами по их собственному выбору".[54]Следующий вопрос заключался в том, исключает ли статья 16 ДКСБТ какую-либо дополнительную процедуру. Статья 16 не делает этого прямо, но трибунал счел, что статья 16 сопоставима с такими положениями, как статья XI Договора об Антарктике 1959 года, и постановил, что "очевидно, что эти положения предназначены для исключения обязательной юрисдикции".[55]Однако, как отметил Алан Бойл, такое толкование не вызывает сомнений:

> Совершенно очевидно, что статья 16 ККСБТ предназначена для исключения обязательной юрисдикции в отношении споров по этой Конвенции, но далеко не очевидно, что она предназначена также для исключения обязательных споров по ЮНКЛОС. При всем уважении к ученым арбитрам, это утверждение просто лишено убедительности.[56]

Он также считает, что статья 281 никогда не имела того значения, которое ей приписывается в данном деле.[57]Толкование трибунала может иметь далеко идущие последствия для системы урегулирования споров ЮНКЛОС. Это решение также показало, что практический характер этой обязательной системы урегулирования споров может быть выявлен только на практике и что кажущийся характер урегулирования споров ЮНКЛОС как обязательной и всеобъемлющей системы урегулирования споров является мифом.[58]The

Растворяется под дождем? Будущее разрешения рыболовных споров в рамках ЮНКЛОС после арбитража по делу о южном голубом тунце", (2002) 3 *Melbourne Journal of International Law* 53; Bill Mansfield, "Letter to the Editor: The Southern Bluefin Tuna Arbi-tration: Comments on Professor Barbara Kwiatkowska's Article", (2001) 16 *International Journal of Marine and Coastal Law* 361; Bill Mansfield, "Compulsory Dispute Settlement after the Southern Bluefin Tuna Award", in Alex G. Oude Elferink and Donald R. Rothwell (eds.), *Oceans Management in the Twenty-First Century: Institutional Frameworks and Responses* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2004) 255.

[53]*Дело о южном голубом тунце (Новая Зеландия* против *Японии; Австралия* против *Японии) (временные меры)*, ITLOS, дело № 3 и 4, 27 августа 1999 г., [53]-[65].

[54]Ibid., [54]. [55]Ibid., [58]. [56]Boyle, выше n. 51, 449. [57]Ibid.

[58]См. в целом Ширли В. Скотт, "Вклад организаций Конвенции ЛОС в ее гармоничное осуществление", в Alex G. Oude Elferink and Donald R. Rothwell (eds.), *Oceans Management in the Twenty-First Century: Institutional Frameworks and Responses* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2004) 313.

Трибунал сам указал на это и пришел к выводу, что система урегулирования споров ЮНКЛОС "значительно отстает от создания действительно всеобъемлющего режима обязательной юрисдикции, влекущей за собой обязательные решения".[59]Такое толкование ЮНКЛОС может быть очень важным для государств при принятии решения в пользу судебного разбирательства с использованием системы урегулирования споров ЮНКЛОС. Это решение создало серьезную неопределенность, которая делает судебное разбирательство с использованием системы урегулирования споров ЮНКЛОС менее привлекательным вариантом для государств в тех областях, где существуют некоторые неясности в положениях ЮНКЛОС относительно применимости системы урегулирования споров ЮНКЛОС.

Вопрос о применении статьи 281 также поднимался Сингапуром на этапе принятия временных мер по делу о *мелиорации земель*, аргументируя это тем, что стороны вели переговоры по урегулированию спора. Однако ITLOS отклонил это утверждение, поскольку стороны договорились, что переговоры не наносят ущерба праву Малайзии на продолжение разбирательства в арбитражном суде Приложения VII.[60]

В *деле о заводе МОКС* Соединенное Королевство также опиралось на эти положения ЮНКЛОС. На этапе принятия временных мер оно утверждало, что основные элементы спора охватываются процедурами урегулирования споров Конвенции ОСПАР и договоров ЕС и Евратома, которые были или будут инициированы Ирландией, и поэтому юрисдикция в рамках системы урегулирования споров ЮНКЛОС отсутствует.[61]ИТЛОС отклонил этот аргумент, заявив, что системы урегулирования споров этих договоров касаются споров, возникающих в связи с толкованием и применением этих договоров, а не споров, связанных с толкованием и применением ЮНКЛОС. ITLOS постановил, что статья 282 не применима в подобных ситуациях.[62]Однако позднее трибунал по Приложению VII приостановил разбирательство из-за возможности разбирательства в Европейском суде (ECJ). По словам Черчилля, неясно, приостановил ли арбитражный суд производство в связи с применением статьи 282 или по другой причине.[63]Арбитражный суд заявил:

> [Принимая во внимание] соображения взаимного уважения и вежливости, которые должны преобладать в отношениях между судебными учреждениями, которые могут быть названы

[59]*Дело о южном голубом тунце (Новая Зеландия* против *Японии; Австралия* против *Японии) (временные меры)*, ITLOS, дело № 3 и 4, 27 августа 1999 г., [62].

[60]*Рекультивация земель Сингапуром в Джохорском проливе и вокруг него (Малайзия* против *Сингапура) (временные меры)*, [2003] ITLOS Rep. 10, [49] (*дело о рекультивации земель*).

[61]*Дело о заводе МОКС (временные меры)*, ITLOS, дело № 10, 3 декабря 2001 г, [41]-[44].

[62]Там же, [49]-[53]. [63]Churchill, above n. 5, 404.

> на определение прав и обязанностей между двумя государствами, Трибунал считает, что было бы нецелесообразно продолжать слушания сторон по существу спора в отсутствие разрешения упомянутых проблем. Более того, процедура, которая может привести к принятию двух противоречивых решений по одному и тому же вопросу, не будет способствовать разрешению спора между сторонами.[64]

Однако Кроуфорд заявил, что решение трибунала было принято из-за статьи 281 ЮНКЛОС, ссылаясь на утверждение Европейской комиссии о том, что если ЕКЮ обладает исключительной юрисдикцией в соответствии со статьей 292 Договора о ЕС, то трибунал по Приложению VII будет лишен юрисдикции в силу статьи 281 ЮНКЛОС.[65]В итоге ЕКЮ постановил, что Ирландия нарушила статью 292 Договора о ЕС, возбудив дело в рамках системы урегулирования споров UNCLOS.[66]ЕКЮ постановил, что он является единственным судом, уполномоченным принимать решения по праву ЕС, которое включает UNCLOS.[67]Следовательно, Ирландия должна была отозвать дело из арбитражного суда UNCLOS.[68]

Однако недавняя судебная практика показывает, что подход к толкованию статьи 281, возможно, изменился. В деле *Барбадос* против *Тринидада и Тобаго*, которое касалось спора о делимитации морской границы, другой арбитражный суд Приложения VII отметил, что "представляется, что статья 281 предназначена в первую очередь для ситуации, когда стороны пришли к *специальному* соглашению относительно средств, которые должны быть приняты для разрешения конкретного возникшего спора".[69]По мнению Квятковской, это разъяснение может быть очень важным, учитывая очень широкое толкование термина "мирные средства" в статье 281 арбитражным судом по делу *Южного голубого тунца*.[70]Однако является ли это разъяснение достаточно очевидным и как оно устранило двусмысленность, созданную арбитражным судом по делу *Южного голубого тунца*, до конца не ясно. Решение в пользу судебного разбирательства с использованием

[64]*Дело о МОКС-заводе (Ирландия* против *Соединенного Королевства) (Постановление № 3)*, ПППТС, 24 июня 2003 г.), [28]. См. также Volker Roben, "The Order of the UNCLOS Annex VII Arbitral Tribunal to Suspend Proceedings in the Case of the MOX Plant at Sellafield: Насколько юрисдикционная субсидиарность?", (2004) 73 *Nordic Journal of International Law* 223.

[65]Джеймс Кроуфорд, "Преемственность и прерывистость в международном разрешении споров: Инаугурационная лекция", (2010) 1 *Journal of International Dispute Settlement* 3, 21.

[66]*Комиссия Европейских сообществ* против *Ирландии* (дело C-459/03), [2006] ECR I-4635.

[67]Ibid.

[68]*Дело о заводе МОКС (Ирландия* против *Соединенного Королевства) (Постановление № 6)*, ПППТС, 6 июня 2008 г.).

[69]*Арбитраж между Барбадосом и Республикой Тринидад и Тобаго*, (2006) 45 ILM 800, [200](ii). См. в целом Barbara Kwiatkowska, 'Barbados/Trinidad and Tobago Award on Jurisdiction and Merits', (2007) 101 AJIL 149, 151-2.

[70]Barbara Kwiatkowska, "The 2006 Barbados/Trinidad and Tobago Award: A Landmark in Compulsory Jurisdiction and Equitable Maritime Boundary Delimitation", (2007) 22 *International Journal of Marine and Coastal Law* 7, 24.

Таблица 12.1 *Заявления по статье 298, касающиеся факультативных исключений из обязательного урегулирования споров (общее число сторон: 166*[1]*)*

Исключение государств	Количество
Морские границы и исторический титул	29
Военная деятельность	20
Правоохранительная деятельность, связанная с морскими науками исследованиями и рыболовством в пределах ИЭЗ	19
Споры, в отношении которых Совет Безопасности ООН осуществляет свои функции	17

[1]United Nations, Chronological lists of ratifications of, accessions and successions to the Convention and the related Agreements as at 20 September 2013 (4 Novem-ber 2013), available at www.un.org/Depts/los/reference files/chronologieal lists of ratifications.htm.

В некоторых обстоятельствах урегулирование споров в рамках ЮНКЛОС остается сложной задачей.

Еще одним ограничением системы разрешения споров ЮНКЛОС являются разрешенные исключения из обязательной юрисдикции, изложенные в статьях 297 и 298 ЮНКЛОС. Статья 297 касается общих исключений, применимых ко всем сторонам, а статья 298 - факультативных исключений, которыми стороны могут воспользоваться по своему усмотрению. Как общие, так и факультативные исключения могут быть очень важными вопросами в отношении обязательной юрисдикции системы урегулирования споров ЮНКЛОС.

Как видно из таблицы 12.1, небольшое количество стран сделали заявления, воспользовавшись факультативными исключениями из обязательных процедур. Однако эта статистика не уменьшает препятствий, которые могут создавать эти положения, поскольку другие государства могут сделать такое заявление в любое время.[71]

Из вышеизложенного становится ясно, что система урегулирования споров ЮНКЛОС имеет ряд юрисдикционных ограничений. Уместно обсудить, играют ли эти юрисдикционные ограничения какую-либо роль в процессе принятия решений в связи с судебным разбирательством. Правовая определенность является одним из важнейших факторов в стратегии судебного разбирательства; если есть опасения, что судебное разбирательство не будет успешным из-за юрисдикционных ограничений форума, государство, скорее всего, не захочет использовать этот форум. Это становится критически важным вопросом, когда имеются различные форумы для судебного разбирательства, как это может быть подробно описано

[71]ЮНКЛОС, ст. 298.

на примере недавно возбужденного дела Австралии против Японии по поводу японского китобойного промысла.[72]

Как отмечалось выше, Австралия потерпела неудачу в арбитражном разбирательстве по делу о *южном голубом тунце*, поскольку трибунал, созданный в соответствии с Приложением VII к ЮНКЛОС, счел, что у него отсутствует юрисдикция. Уместно обсудить, имеет ли опыт Австралии в арбитраже по делу о *южном голубом тунце* какое-либо отношение к решению Австралии передать дело о *китобойном промысле* в МС, а не в арбитраж в соответствии с ЮНКЛОС. По крайней мере, один из экспертов высказал мнение, что наиболее вероятной возможностью для Австралии было инициировать разбирательство в соответствии с ЮНКЛОС, утверждая, что китобойная деятельность Японии нарушает положения ЮНКЛОС о сохранении морских живых ресурсов открытого моря.[73]Однако Австралия действительно инициировала судебное разбирательство в МС.[74]Интересно, что в своем заявлении в МС Австралия не опиралась на ЮНКЛОС, а ссылалась на другие конвенции, включая Конвенцию о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения (СИТЕС)[75]и Конвенцию о биологическом разнообразии (КБР).[76]

Возникает вопрос, почему Австралия предпочла МС системе урегулирования споров UNC-LOS. Одной из причин может быть ее предыдущий опыт. Вероятно, Австралия полагала, что Япония может оспорить юрисдикцию системы урегулирования споров UNCLOS. Однако, в отличие от ККСБТ, Международная конвенция по регулированию китобойного промысла[77]не содержит положения о разрешении споров, и поэтому статья 281 не была бы применима. Однако могут возникнуть более широкие правовые вопросы. Для того чтобы использовать систему урегулирования споров ЮНКЛОС и, следовательно, положения ЮНКЛОС о сохранении живых ресурсов открытого моря, Австралия могла бы оказаться в политически нежелательном положении, когда часть ее заявленной ИЭЗ в Антарктике была бы переопределена как открытое море.[78]

[72]*Китобойный промысел в Антарктике (Австралия* против *Японии)*, ICJ, Общий список № 148, 31 мая 2010 г.

[73]Натали Клейн, "Киты и тунец: Прошлое и будущее судебных разбирательств между Австралией и Японией", (2009) 22 *Georgetown International Environmental Law Review* 143, 193.

(74) "Заявление о возбуждении дела", *Китобойный промысел в Антарктике (Австралия* против *Японии)*, Международный Суд, Общий список № 148, 31 мая 2010 г.

[75]Конвенция о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения (открыта для подписания 3 марта 1973 года, вступила в силу 1 июля 1975 года), 999 UNTS 243 (CITES).

[76]Конвенция о биологическом разнообразии (открыта для подписания 5 июня 1992 года, вступила в силу 29 декабря 1993 года), 1760 UNTS 79 (CBD).

[77]Международная конвенция о регулировании китобойного промысла (открыта для подписания 2 декабря 1946 г., вступила в силу 10 ноября 1948 г.), 161 UNTS 72.

[78]Ruth Davis, 'Enforcing Australian Law in Antarctica: Судебный процесс по делу HSI", (2007) 8 *Melbourne Journal of International Law* 142.

Судебная стратегия государства может быть иной, если система урегулирования споров ЮНКЛОС является единственным доступным форумом для судебного разбирательства. Этот вопрос можно продемонстрировать на примере *арбитражного разбирательства по архипелагу Чагос* между Маврикием и Соединенным Королевством. В этом деле Маврикий решил использовать режим урегулирования споров ЮНКЛОС, несмотря на возможность того, что Соединенное Королевство будет оспаривать юрисдикцию по ряду оснований.[79]Например, этот спор может касаться установления права собственности на земельную территорию.[80]Остро стоит вопрос о том, распространяется ли система урегулирования споров ЮНКЛОС на споры о праве собственности на землю.[81]Эту проблему можно было бы легко решить, начав судебное разбирательство в Международном суде, который обладает общей юрисдикцией. Однако МС не был доступным форумом, поскольку и Маврикий, и Соединенное Королевство условно признали обязательную юрисдикцию МС в соответствии со статьей 36(2) его Статута.[82]Одно из таких условий исключает судебный процесс с другим членом Содружества.[83]В этой ситуации система урегулирования споров ЮНКЛОС является единственным доступным форумом для Маврикия, и на нее необходимо было опираться, несмотря на некоторую юрисдикционную неопределенность.

Юрисдикционные ограничения, связанные с обязательными процедурами, предусмотренными ЮНКЛОС, указывают на то, что государства могут избегать судебных разбирательств в рамках этого режима, особенно когда доступны другие способы урегулирования споров. Хотя государства явно видят преимущества в том, что обязательные процедуры, влекущие за собой обязательные решения, доступны для различных споров по морскому праву, не существует широкого консенсуса относительно того, что судебное разбирательство должно быть доступно во всех случаях, либо из-за предмета конкретного спора, либо потому, что было достигнуто альтернативное соглашение о подходящем способе урегулирования спора. Таким образом, правовые параметры, особенно выраженные в юрисдикционных ограничениях, оказывают большое влияние, если не решающее, на определение того, будет ли государство обращаться к судебному разбирательству в спорах, касающихся прав и обязанностей по ЮНКЛОС. Существует также целый ряд внеправовых факторов, влияющих на принятие решений, и они рассматриваются далее.

[79]Peter Prows, 'Mauritius Brings UNCLOS Arbitration against The United Kingdom Over The Chagos Archipelago', ASIL Insights, 5 April 2011, available at www.asil.org/ insights110405.cfm.
[80]Ibid. [81]Ibid.
[82]ICJ, Declarations Recognizing the Jurisdiction of the Court as Compulsory, доступно на www.icj-cij.org/jurisdiction/index.php?p1=5&p2=1&p3=3.
[83]Там же.

Внеправовые факторы при принятии решений по судебным спорам в области морского права

Учитывая большое количество существующих международных споров, очевидно, что судебные разбирательства редко используются для урегулирования споров в международных делах.[84]Мотивация государства при инициировании международного судебного разбирательства является очень важной областью внимания. С другой стороны, не менее важно знать, почему государство принимает решение *не* инициировать международный судебный процесс.[85]

Несмотря на некоторые юрисдикционные ограничения, система урегулирования споров ЮНКЛОС была использована в ряде споров по морскому праву. Как видно из таблицы 12.2, система урегулирования споров ЮНКЛОС применялась в двадцати девяти случаях спорных разбирательств. Однако некоторые арбитражные разбирательства в рамках Приложения VII и обращения в ИТЛОС за временными мерами связаны с теми же спорами.

Предыдущий опыт показывает, что в основе использования или неиспользования системы урегулирования споров ЮНКЛОС лежит ряд факторов, включая юрисдикционную неопределенность (о которой говорилось выше), национальные интересы, политические отношения, репутацию и экономические вопросы. Некоторые из этих факторов являются правовыми, а некоторые - внеправовыми. Данный раздел посвящен последним и покажет, что правовая определенность или возможность выиграть дело не являются единственными факторами в процессе принятия решения о судебном разбирательстве. Другие факторы также могут играть решающую роль.

Экономические вопросы и международные судебные процессы как внутриполитическое прикрытие

Государства могут обратиться к системе урегулирования споров ЮНКЛОС, если им не удалось достичь соглашения после переговоров.[86]Как говорилось выше, ЮНКЛОС ввела систему, согласно которой государства обязаны признать обязательную юрисдикцию по определенным вопросам, когда становятся участниками договора. Хотя Конвенция допускает возможность отказа от обязательной системы урегулирования споров в отношении определенных споров, некоторые государства проявили пассивное молчаливое согласие, не сделав этого, и создали возможность для другой стороны спора начать судебное разбирательство. Как видно из таблицы 12.1, приведенной выше, а

[84]Terry D. Gill, *Litigation Strategy at the International Court: A Case Study of Nicaragua v. United States Dispute* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1989), 47.

[85]Dana D. Fischer, 'Decisions to Use the International Court of Justice: Four Recent Cases', (1982) 26 *International Studies Quarterly* 251, 252.

[86]UNCLOS, Art. 286.

Таблица 12.2 *Судебные разбирательства с использованием системы урегулирования споров ЮНКЛОС*

Приложение VII Арбитраж

Всего	Морская граница делимитация	Морские загрязнение	Морская охраняемая территория	Сохранение морских живых ресурсов	Морская юрисдикция	Навигационные права/права государства флага
10	3	2	1	1	1	2

ITLOS

Всего	Оперативное освобождение	Предварительный меры	Навигационные права/право на государство флага	Сохранение морских живые ресурсы	Морская граница делимитация
19	9	5	3	1	1

Небольшое количество государств сделали заявления о выходе из системы принудительного урегулирования споров. Некоторые государства не отказались от участия в делимитации морских границ, даже если существовала полная вероятность того, что соседняя страна может инициировать разбирательство против них. Будет интересно узнать, что побудило эти государства прибегнуть к такой стратегии. Невозможно окончательно определить причины, но, по-видимому, за этим решением стоят два основных фактора, а именно экономическая необходимость и международные судебные разбирательства в качестве внутриполитического прикрытия.

Экономические потребности могут быть важным фактором в процессе принятия решений по судебным спорам. Этот вопрос можно рассмотреть на примере делимитации морских пространств в рамках системы урегулирования споров ЮНКЛОС. Одной из основных причин, по которой одна из сторон инициирует этот судебный процесс, а другая не отказывается от обязательной системы урегулирования споров, является экономическая необходимость в разведке и разработке углеводородов в урегулированном и четко определенном морском районе. Как отметил министр иностранных дел Гайаны в
v. *Suriname*: "На каждом этапе и на каждом уровне мы стремились убедить наших суринамских коллег в необходимости обеспечить, чтобы дело развития нашего морского пространства не стало заложником спора о делимитации".[87]Схожий тон можно уловить в заявлении министра иностранных дел Бангладеш по делу о морской границе между Бангладеш и Мьянмой:

> Отсутствие определенных морских границ с Мьянмой или Индией подрывает нашу способность эксплуатировать этот столь необходимый ресурс. Наши трудности усугубляются далеко идущими морскими претензиями наших соседей. Разрешение этого дела таким образом, чтобы добиться справедливого решения в районах за пределами 12 миль, дает нам возможность полностью реализовать свой потенциал.[88]

Урегулированные морские границы необходимы обеим сторонам для освоения ресурсов. Однако их граница может быть урегулирована на основе двустороннего соглашения. Почему эти государства прибегли к судебному разбирательству, а не заключили двустороннее соглашение? Ответ на этот вопрос может быть связан с политической реальностью региона.

В некоторых регионах может быть очень сложно заключить двустороннее соглашение с соседними странами из-за внутреннего политического давления. Политологи доказали, что когда правительства

[87]ППТС, Стенограмма слушаний - декабрь 2006 года, день 1, 7 декабря 2006 года, доступно на сайте http:// .server.nijmedia.nl/pca-cpa.org/upload/files/1207%20Day%201%20no%20header.pdf

[88]ITLOS, *Oral Proceedings 8 September 2011 Verbatim Records (Bangladesh/Myanmar)*, 8 September 2011, доступно по адресу www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case no 16/ PV 11-2 09 08 E am.pdf.

"сталкиваясь с сильной внутренней политической оппозицией, они с большей вероятностью будут стремиться к разрешению международных споров с помощью международно-правовых механизмов, а не к уступкам на двусторонних переговорах".[89]Нередко оппозиционные политические партии оказывают внутриполитическое давление на правительство, утверждая, что двустороннее соглашение не отвечает интересам страны. Этот вопрос будет рассмотрен ниже на примере отношений между Бангладеш и Индией.

Бангладеш и Индии очень сложно подписать двусторонний договор - скорее из-за политической ситуации в обеих странах, чем из-за предмета предлагаемого договора. Например, недавно обе страны подписали соглашение об обмене анклавами территории одной страны, полностью окруженной территорией другой.[90]Это соглашение вызвало серьезную критику со стороны главной оппозиционной политической партии Индии.[91]При наличии серьезных возражений со стороны оппозиционной партии подписание договора с соседней страной сопряжено со значительным риском того, что это станет вопросом на следующих выборах. В другой раз индийское правительство не смогло подписать договор о совместном использовании водных ресурсов с Бангладеш в отношении трансграничной реки из-за сильной оппозиции со стороны одного из своих партнеров по коалиции.[92]Достижение политического консенсуса для подписания договора с соседней страной - очень сложная задача, а иногда просто невозможная.

На этом фоне двустороннее соглашение о демаркации морских границ будет достигнуто нелегко. Однако это не означает, что государства сразу же выберут международное судебное разбирательство, если двустороннее

[89]Todd L. Allee and Paul K. Huth, 'Legitimizing Dispute Settlement: Международные правовые постановления как внутреннее политическое прикрытие", (2006) 100 *American Political Science Review* 219, 225.

(90) 'Пограничные соглашения: Конец анклавов", *Economist*, 7 сентября 2011 г., доступно на сайтеwww.economist.com/blogs/banyan/2011/09/border-agreements . Жители этих политических анклавов, оставшихся после раздела Британской Индии в 1947 году, вот уже шестьдесят лет страдают от фактического отсутствия гражданства. Они лишены возможности поддерживать административные контакты со своей страной. Рис Джонс, "Суверенитет и безгосударственность в пограничных анклавах Индии и Бангладеш", (2009) 28 *Политическая география* 373.

(91) "Индийская оппозиционная партия Бхаратия Джаната (БДП) пыталась представить анклавы как символ территориальной неприкосновенности Индии и возможность продемонстрировать свои индуистско-националистические качества и атаковать то, что она считает слабым местом правящей партии Конгресс", *Economist*, выше, № 90.

[92]Pallab Bhattacharya, 'Teesta Deal Has to Wait Delhi Tells Dhaka; Insists No Himalayan Rivers to be Inter-linked', *Daily Star*, 8 May 2012, доступно на www.thedailystar.net/ newDesign/news-details.php?nid=233262; Nasim Firdaus, 'Slipping on the Slippery Slopes of the Teesta', *Daily Star*, 8 September 2011, доступно на www.thedailystar.net/ newDesign/news-details.php?nid=201504.

соглашение не представляется возможным. Например, Индия давно выступает против урегулирования споров с третьей стороной в отношении совместного использования трансграничных речных вод, поскольку, даже если этот вопрос не будет решен, прямых негативных экономических последствий для Индии не будет. Напротив, неурегулированная морская граница может иметь негативные экономические последствия, поскольку в таких у с л о в и я х невозможно вести разведку углеводородов.[93]В заключение этой части можно сказать, что экономическая необходимость и неопределенность в достижении двустороннего соглашения из-за внутреннего политического давления могли побудить Индию не выходить из системы обязательного урегулирования споров о морских границах ЮНКЛОС, что создало возможность для Бангладеш начать разбирательство.

Помимо экономических факторов, решающую роль в стратегии урегулирования споров может играть ряд других внеправовых факторов, включая, в частности, репутацию и национальные интересы. Эти вопросы будут рассмотрены ниже.

Репутация и национальные интересы

Репутация и национальные интересы также могут быть важнейшими факторами при принятии решения о возбуждении (или отказе от возбуждения) судебного разбирательства. Этот вопрос будет рассмотрен на примере двух разбирательств по оперативному освобождению в ITLOS, а именно *дела "Волга"*[94]и дела *"Хосинмару"*[95].

В рамках процедуры оперативного освобождения судна *"Волга"* Российская Федерация заявила, что возбудит отдельное производство против Австралии в связи с нарушением статьи 111 и статьи 87(1)(a) ЮНКЛОС.[96]Судно имеет право на компенсацию, если оно "было остановлено или арестовано ... в обстоятельствах, не оправдывающих применение права преследования по горячим следам".[97]В своем заявлении об оперативном освобождении Российская Федерация заявила, что намерена предложить Австралии признать юрисдикцию ITLOS для отдельного производства по делу о нарушении статьи 111 ЮНКЛОС. ITLOS является предпочтительным форумом Австралии в соответствии с ее заявлением по статье 287.[98]В качестве альтернативы Российская Федерация могла бы передать спор в Приложение

[93]См. в целом Lea Brilmayer and Natalie Klein, 'Land and Sea: Два режима суверенитета в поисках общего знаменателя", (2001) 33 *New York University Journal of International Law and Politics* 703.

[94]*Дело "Волга" (Российская Федерация* против *Австралии) (Оперативное освобождение)*, ITLOS, (2003) 42 ILM 159.

[95]*Хосинмару (Япония* против *Российской Федерации) (решение)*, ITLOS, дело № 14, 6 августа 2007 г.

[96]*Дело "Волга" (Российская Федерация* против *Австралии) (оперативное освобождение)*, ITLOS, дело № 11, 23 декабря 2002 г., [25].

[97]ЮНКЛОС, ст. 111(8).

[98]См. в целом Collier and Lowe, выше n. 24, 92-93.

VII арбитража.[99]Однако Россия не инициировала такой арбитраж. Обсуждение причин такого решения представляется весьма интересным.

Существует три возможных правовых неопределенности в отношении предполагаемого нарушения статьи 111 ЮНКЛОС. Во-первых, было ли вообще нарушение статьи 111. Во-вторых, даже если нарушение имело место, существовала ли юрисдикция в отношении российской претензии. Этот вопрос возник в связи с заявлением России по статье 298 Конвенции. И, наконец, вопрос о статусе России как государства флага. Однако ни одна из этих правовых неопределенностей не была существенной; в ранее опубликованной статье я выдвинул предложение, что в этом вопросе не существует серьезных правовых препятствий.[100]Возможно, главной причиной решения России была не правовая неопределенность, а опасения, которые лежали в другом месте. В частности, в этом споре не было реальных российских национальных интересов, и этот вопрос мог негативно сказаться на национальном имидже России. Как заявил судья ad hoc Ширер в своем особом мнении по *делу "Волга"*,

> Примечательно, что в последних делах, рассмотренных Трибуналом, включая настоящее дело, хотя государство флага и было представлено государственным агентом, основное бремя по представлению дела несли частные адвокаты, нанятые владельцами судна.[101]

Во многих делах об оперативном освобождении судна государство флага фактически является государством удобного флага.[102]В тех случаях, когда затрагиваются реальные национальные интересы, подход сторон в разбирательстве может быть совершенно иным. Это можно увидеть, сравнив ситуацию в деле *"Волга"* с ситуацией в деле *"Хосинмару"*.[103]

В деле *Hoshinmaru* Япония инициировала процедуру оперативного освобождения против России с целью освобождения своего судна с таким названием. Российские власти задержали судно *"Хосинмару"* в ИЭЗ России, где оно имело лицензию на промысел. Несмотря на наличие лицензии на промысел, Россия утверждала, что в нарушение лицензии один вид рыбы был заменен на другой. Это дело

[99]*Дело "Волга" (Российская Федерация* против *Австралии) (оперативное освобождение)*, ITLOS, дело № 11, 23 декабря 2002 г. [25].

(100) M. S. Karim, 'Conflicts over Protection of Marine Living Resources: The Volga Case" Revisited', (2011) 4 *Goettingen Journal of International Law* 101.

[101]*Дело "Волга" (Российская Федерация* против *Австралии) (оперативное освобождение)*, ITLOS, дело № 11, 23 декабря 2002 г., особое мнение судьи ad hoc Ивана Ширера, [19].

[102]Огромное количество судов работает под удобными флагами или зарегистрировано в так называемых открытых реестрах. Около 70 процентов общего тоннажа мирового торгового флота зарегистрировано за пределами местонахождения владельца. Основными открытыми реестрами в мире являются Панама, Либерия, Маршалловы острова, Багамы, Кипр, Антигуа и Барбуда, Сент-Винсент и Гренадины и Каймановы острова.

[103]*Hoshinmaru (Япония* против *Российской Федерации) (решение)*, ITLOS, дело № 14, 6 августа 2007 г., [27]-[35].

отличается от *"Волги"* тем, что судно вело законный промысел в ИЭЗ России, но предположительно нарушило условия своей лицензии, тогда как *"Волга"* не имела права находиться в ИЭЗ Австралии.

В отличие от дела *"Волга"*, все члены экипажа *"Хосинмару"*, включая капитана судна, имели японское гражданство, а судно на законных основаниях и на условиях выгоды принадлежало японской компании.[104]В данном деле национальные интересы Японии были серьезно затронуты, поскольку девятнадцать японских членов экипажа находились в заключении в Российской Федерации. Интерес Японии был настолько велик, что один из членов японской юридической команды был позже удостоен национальной награды за "незаменимую роль в поддержании *национальных интересов* Японии как океанского государства".[105]

В данном случае, поскольку речь шла о серьезных национальных интересах, Японию представляла очень сильная юридическая команда, включая таких светил права, как профессор Воган Лоу.[106]Россию также представляла юридическая команда такого уровня, включая профессора Владимира Голицына, который впоследствии стал судьей Трибунала. Поскольку и в Японии, и в России на карту были поставлены реальные национальные интересы, обе страны представляли юристы, нанятые государством, а не частные адвокаты, нанятые судовладельцем. В деле *"Волги"* ситуация была совершенно иной, что можно увидеть, если сравнить устное выступление России и Австралии. Поскольку на кону стояли национальные интересы Австралии, страну представляли самые высокопоставленные государственные юристы, а также всемирно известный эксперт по международному публичному праву, профессор Джеймс Кроуфорд. С другой стороны, презентация от имени России проводилась в основном частными юристами, нанятыми судовладельцем.[107]Представитель России очень мало говорил о скором освобождении *"Волги"*. Хотя в своей первой презентации он дал краткое введение в проблему, во второй презентации он в основном отвечал на обвинения Австралии в бездействии России как члена Комиссии по сохранению морских живых ресурсов Антарктики (АНТКОМ) и как государства флага в деле сохранения патагонского клыкача. Его выступление было посвящено главным образом будущим интересам России, а не конкретно судьбе *Волги*.

[104]Там же, [27].

[105]Посольство Японии, Лондон, "Японское правительство чествует профессора Алана Вогана Лоу", 18 декабря 2008 г., доступно по адресу: www.uk.emb-japan.go.jp/en/japanUK/decoration/081212lowe.html (выделено автором).

[106]Профессор Воган Лоу представлял Японию в качестве адвоката в арбитражном разбирательстве по делу о *южном голубом тунце.*

также.

[107]*Дело "Волга" (Российская Федерация* против *Австралии) (оперативное освобождение)*, ITLOS, дело № 11, 23 декабря 2002 г., [19] (судья ad hoc Ширер).

В деле *"Волга"* было достаточно ясно и убедительно объяснено, что Россия фактически не имела никакого реального контроля над *"Волгой"*, за исключением предоставления флага. Судно находилось в бенефициарной собственности лица, не проживающего в России,[108]и управлялось базирующейся в Джакарте группой, занимающейся незаконным промыслом в районе АНТКОМ.[109]Это утверждение б ы л о подкреплено показаниями под присягой капитана родственного *"Волге"* судна *"Лена"*, которое было задержано австралийскими властями незадолго до *"Волги"*.[110]Возбуждение другого дела против Австралии было бы малопривлекательным для России, не имевшей реальных национальных интересов в этом судне.

В ходе разбирательства по делу о срочном освобождении адвокаты России умолчали об одном вопросе. Они не утверждали, что *"Волга"* не занималась незаконным промыслом в ИЭЗ Австралии, но в основном делали упор на технический вопрос о законности преследования по горячим следам.[111]Еще один интересный момент заключается в том, что не было предпринято никаких действий для оспаривания конфискации судна *"Лена"*. Единственное различие между *"Волгой"* и *"Леной"* заключалось в том, что *"Волга"* была арестована в нескольких сотнях метров за пределами ИЭЗ Австралии. Оба судна занимались одним и тем же видом деятельности.[112]С другой стороны, с самого начала разбирательства Австралия представила значительное количество доказательств в поддержку своего утверждения о незаконном промысле судном. У России было очень мало моральных оснований для возбуждения дела против Австралии за нарушение статьи 111 Конвенции.

Даже если бы Российская Федерация выиграла дело о законности действий Австралии в соответствии со статьей 111, ее имидж мог бы быть испорчен таким делом. Россию не принято считать страной "удобного флага", но, к сожалению, в случае с *"Волгой"* отношения России с судном были непрочными. Если бы Россия инициировала дальнейшее разбирательство, Aus-tralia могла бы обратить внимание на этот вопрос. Хотя юридические последствия такого акцента не слишком велики, это дорого обошлось бы России с точки зрения репутации. Как члену АНТКОМ, России было бы неловко, если бы незаконная деятельность судна, идущего под ее флагом, была раскрыта и получила более широкое распространение. Как отметил Кроуфорд, "когда человек начинает разбирательство, он делает себя открытым

[108]ITLOS, *дело "Волга",* протокол открытого заседания, доступен по адресу: www.itlos.org/case documents/ 2008/document en 312.pdf, 44-5.

[109]Ibid. [110]Ibid., 45. [111]Ibid., 74.

[112]Как заметил Кроуфорд: "При всем уважении, кажется, что судовладельцу нечего сказать, если бы не было сомнений по поводу статьи 111, но почему судовладелец должен иметь возможность полагаться на статью 111? Какая польза судовладельцу от того, что он был арестован в том или ином месте, когда суть вопроса против судовладельца заключается в вопиющем, неоднократном, незаконном разбойном нападении на исчезающий вид? Ibid., 76.

Даже в ходе *волжского* разбирательства деятельность России как члена АНТКОМ была убедительно поставлена под сомнение Австралией.[114]Весьма обстоятельное выступление Авс-тралии в рамках процедуры быстрого освобождения предупредило Россию об опасности возбуждения дальнейшего разбирательства по тому же вопросу. Это поставило бы под угрозу репутацию и имидж России как члена ККАМЛР и постоянного члена Совета Безопасности ООН. Возможно, именно эти факторы стали основными в решении России не подавать новый иск против Австралии по *волжскому* вопросу.

Заключение

В этой главе показано, что государства могут использовать или не использовать судебный процесс для урегулирования споров по морскому праву по целому ряду причин, включая юрисдикционную определенность, экономические интересы, политические интересы, репутацию и другие национальные интересы. Однако это исследование носит ознакомительный характер и не обязательно содержит окончательные выводы. Многие другие факторы (скрытые или открытые) могут играть роль в процессе принятия решений. Урегулирование споров по морскому праву чаще всего связано с очень сложными правовыми вопросами. Хотя государства в целом проявляют тенденцию к использованию судебного разбирательства в качестве механизма урегулирования споров по морскому праву, главным фактором в процессе принятия решений остается собственный интерес. Однако термин "корысть" не следует толковать узко. Просвещенное государство, руководствующееся собственными интересами, будет учитывать все аспекты правовых и внеправовых вопросов, включая репутационные и политические издержки, и поэтому иногда не будет продолжать судебное разбирательство, даже если существует юридическая уверенность в выигрыше дела. В заключение этой главы можно сказать, что, несмотря на некоторые ограничения, государства проявляют все больший интерес к использованию процедур урегулирования споров, доступных в рамках ЮНКЛОС, включая судебное разбирательство.

[113]Там же, 34. [114]Там же, с.

13

Международные экологические споры: судиться или не судиться?

ТИМ СТИВЕНС

Международное экологическое право в значительной степени избавилось от сомнений в своем статусе легитимного свода правовых норм и принципов и широко признается как имеющее такое же право на специализированное обозначение, как и другие области международного публичного права, такие как "международные права человека", "право международной торговли", "международное морское право" или "международное беженское право".[1]Хотя в пост-онтологическую эпоху международное экологическое право не является полным кодексом, и оно не действует в изоляции от других органов международного права. Экологические вопросы могут возникать во многих международно-правовых контекстах, в том числе в других специализированных областях, что наиболее наглядно видно на примере продолжающихся дебатов вокруг соответствия национальных норм в области здравоохранения и охраны окружающей среды правилам Всемирной торговой организации (ВТО). Такая сложность режима значительно усложняет задачу общего или абстрактного анализа судебного разбирательства международных споров[2], в том числе имеющих экологическое измерение.

Экологические споры редко, если вообще когда-либо, бывают *чистыми*, вместо этого экологические проблемы и экологические нормы обычно пересекаются с другими областями международного права и политики. По словам Романо, "полиморфная природа экологических споров делает их разнообразными".

Некоторые элементы этой главы основаны на вкладе автора в Итоговый отчет Комитета Ассоциации международного права по международному праву в области устойчивого развития (2012), касающийся роли международных судов и трибуналов в продвижении принципа устойчивого развития.

[1]Доклад Исследовательской группы Комиссии международного права: Фрагментация межнационального права: Трудности, возникающие в связи с диверсификацией и расширением международного права, UN Doc. A/CN.4/L.682, [8].

[2]См. в целом Джеймс Кроуфорд и Пенелопа Невилл, "Отношения между международными судами и трибуналами: The "Regime Problem"", in Margaret A. Young (ed.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation* (Cambridge University Press, 2012) 235.

[3]На фоне этого сложного международно-правового ландшафта целью данной главы является оценка доступных государствам вариантов достижения своих эколого-правовых внешнеполитических целей посредством судебных разбирательств в международных судах или арбитражных институтах.[4]В свете значительного увеличения частоты судебных разбирательств по экологическим вопросам в Международном суде (МС) и других международных судебных органах, в главе предлагается несколько причин, по которым государства все более охотно обращаются к "легализованным" (т.е. судебным) способам принуждения, а не к дипломатическим (т.е. политическим).

Взвешивание вариантов судебного разбирательства международных экологических споров

Факторы, влияющие на решение о судебном разбирательстве

Решение правительства о ведении судебного разбирательства на международном уровне не является простым и предполагает взвешивание ряда факторов, некоторые из которых могут пересекаться или противоречить друг другу.[5]Клейн отметил, что релевантные факторы при принятии решения о подаче иска могут включать экономические проблемы, исторические соображения, существование и функционирование соответствующих международных организаций, характер и интенсивность внутренних общественных интересов, научные и другие неопределенности в доказательствах, расчеты национальных интересов и характер соответствующих правовых норм.[6]Важное значение имеет также оценка государством-заявителем шансов на успех, а также правовых и политических последствий, которые могут возникнуть в случае успешного или неуспешного исхода.

Являются ли в конкретном споре факторы, определенные Кляйном, релевантными и какой вес им придают правительства, в значительной степени зависит от характера спора и от политических

[3]Cesare Romano, "International Dispute Settlement", in Daniel Bodanksy, Jutta Brunne´e, and Ellen Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford University Press, 2007) 1036, 1055.

[4]Государства остаются основными и во многих контекстах единственными субъектами, способными вести международные экологические судебные процессы, хотя у гражданского общества есть некоторые возможности влиять на этот процесс или в определенных контекстах (например, в системе договорных органов ООН по правам человека) инициировать разбирательство по собственной инициативе: Linda A. Malone and Scott Pasternack, *Defending the Environment: Стратегии гражданского общества по обеспечению соблюдения международного экологического права*, rev. edn (Washington, DC: Island Press, 2005).

[5]Натали Клейн, "Киты и тунцы: Прошлое и будущее судебных разбирательств между Австралией и Японией", (2008-9) 21 *Georgetown International Environmental Law Review* 143, 150.

[6]Там же.

Система и культура соответствующего государства. Либеральные теоретики международного права (экстраполируя теорию демократического мира) предположили, что такие внутренние политические различия оказывают влияние на выбор международных судебных процессов, причем демократические государства обычно более охотно идут на судебные разбирательства, чем авторитарные правительства.[7]Однако даже среди демократических государств существуют значительные различия как в приоритетах внешней политики, которые считаются важными, так и в процессе принятия решений об этих приоритетах и способах их реализации. Не все демократические государства в такой же степени учитывают экологические проблемы, как другие, хотя, как утверждает Драйзек, демократическое управление является *непременным* условием эффективной защиты экологических систем, от которых зависит человечество.[8]

Влиятельной концептуальной основой для изучения того, как внутреннее давление влияет на решение правительства о судебном разбирательстве, является концепция "двухуровневой игры", предложенная Патнэмом.[9]Модель Патнэма описывает динамику внешнеполитического участия либеральных демократий. Как и другие правительства, включая недемократические режимы, демократические правительства должны вести переговоры и сотрудничать с другими правительствами на межнациональном уровне для достижения своих целей. Однако, продвигая свою внешнеполитическую повестку дня, демократические правительства должны также вести переговоры с влиятельными общественными деятелями на внутреннем уровне и удовлетворять электорат в целом, если они хотят остаться на своем посту. Замыслы исполнительной власти и воля избирателей не всегда совпадают - например, решение некоторых демократических правительств присоединиться к вторжению в Ирак в 2003 году, несмотря на подавляющее сопротивление общественности.[10]Однако демократические правительства, по мнению Патнэма, обычно стремятся признать и учесть интересы гражданского общества.

В контексте экологической дипломатии появляется все больше доказательств в поддержку этой либеральной теории принятия внешнеполитических решений.[11]Однако и здесь есть важные исключения, такие как

(7) L. R. Helfer and A. M. Slaughter, "Toward a Theory of Effective Supranational Adjudica-tion", (1997) 107 *Yale Law Journal* 273.

[8]John S. Dryzek, *The Politics of the Earth: Экологические дискурсы* (Oxford University Press, 2005), 234-5.

[9]Robert D. Putnam, 'Diplomacy and Domestic Politics: Логика двухуровневых игр", (1988) 42 *International Organization* 427.

[10]Gerry Simpson, 'The War in Iraq and International Law', (2005) 6 *Melbourne Journal of International Law* 167.

[11]Eric Neumayer, 'Do Democracies Exhibit Stronger International Environmental Com-mitment? A Cross-Country Analysis', (2002) 39 *Journal of Peace Research* 139.

Выход Канады в конце 2011 года из Киотского протокола,[12]несмотря на то, что канадцы по-прежнему поддерживают обязательный договор по климату.[13]Что касается конкретно международных судебных процессов, то о важности давления со стороны внутренних избирателей свидетельствуют несколько решений о передаче ключевых экологических дел в Международный суд. Сильное внутреннее противодействие Австралии и Новой Зеландии французским ядерным испытаниям в Тихом океане стало основной причиной начала судебного процесса по делу о *ядерных испытаниях*[14], несмотря на незначительные шансы на его успех.[15]Аналогичным образом, низовое экологическое движение в Венгрии, которое провело серию протестов, начиная с 1980-х годов, и получило поддержку ключевых институтов, включая Венгерскую академию наук, сумело обратить вспять поддержку венгерским правительством проекта строительства плотины и дноуглубительных работ на Дунае [16]и привело к тому, что Венгрия возбудила *дело* против Словакии по *проекту Габ-Нагимарош (Gabˇc´ıkovo-Nagymaros*).[17]Совсем недавно протесты гражданского общества (включавшие блокаду международного моста) в Аргентине против проекта строительства целлюлозных заводов в Уругвае на реке Уругвай послужили ключевой поддержкой для решения Аргентины начать разбирательство против Уругвая в Международном суде по делу о *целлюлозных заводах*.[18]Аналогичным образом, дело о *китобойном промысле в Антарктике* способствовало выполнению предвыборного обязательства правительства Радда в Австралии добиваться прекращения японского китобойного промысла в Южном океане, а утечка информации из дипломатических депеш США свидетельствует о том, что решение о судебном разбирательстве было принято в ответ на давление общественности.[19]

[12]Киотский протокол к Рамочной конвенции Организации Объединенных Наций об изменении климата (открыт для подписания 11 декабря 1997 года, вступил в силу 16 февраля 2005 года), 1771 UNTS 107.

[13]Шон Маккарти, "Поддержка климатических мер все еще сильна в Канаде, опрос показывает", *Глоб энд Мейл,* 30 ноября 2011 г.

[14]*Ядерные испытания (Австралия* против *Франции) (Временные меры)*, [1973] ICJ Rep. 99; *Дела о ядерных испытаниях (Австралия* против *Франции, Новая Зеландия* против *Франции)*, [1974] ICJ Rep. 253 и 457; *Запрос о рассмотрении ситуации в соответствии с параграфом 63 решения Суда от 20 декабря 1974 г. по делу о ядерных испытаниях (Новая Зеландия* против *Франции)*, [1995] ICJ Rep. 288.

[15]Tim Stephens, *International Courts and Environmental Protection* (Cambridge University Press, 2009), 138.

[16]Miklo´s Su¨ko¨sd, 'Democratization, Nationalism and Eco-Politics: The Slovak-Hungarian Conflict over the Gabcˇ´ıkovo-Nagymaros Dam System on the Danube", in Eileen Petzold-Bradley, Alexander Carius, and Arpa´d Vincze (eds.), *Responding to Environmental Con-flicts: Implications for Theoryand Practice* (Norwell, MA, and Dordrecht: Kluwer Academic, 2001) 225.

[17]*Проект "Габиково-Надьмарош" (Венгрия/Словакия) (по существу)*, [1997] ICJ Rep. 7.

[18]*Целлюлозные заводы на реке Уругвай (Аргентина* против *Уругвая)*, [2010] ICJ Rep. 28.

[19]Филип Дорлинг, "План китобойного промысла должен был отвлечь общественность", *The Age,* 5 января 2011 г.

Вопросы первого порядка в сравнении с вопросами второго порядка

Несмотря на растущую важность экологических проблем для правительств, во многом обусловленную влиянием массовых экологических движений, в межгосударственной дипломатии экологические вопросы часто отодвигаются на периферию[20], что имеет последствия для международных экологических судебных процессов.

В отличие от крупных государственных вопросов, в первую очередь связанных с национальной безопасностью, экологические проблемы, как правило, рассматривались как вопросы второго или низшего порядка.[21]Поэтому государства часто терпели экологический ущерб от рук других государств и редко пытались поднять экологические споры с дипломатической на международно-правовую арену. Есть несколько известных исключений, в том числе дело *Trail Smelter*[22]между Канадой и США о загрязнении воздуха металлургическим заводом в Британской Колумбии, но они, как правило, подтверждают правило в силу своей редкости. Другие серьезные случаи трансграничного вреда, такие как инцидент в Чернобыле в 1986 году, который привел к повышению уровня радиоактивности в Европе, и лесные пожары в Индонезии в конце 1990-х годов, которые привели к образованию дымки опасных твердых частиц, сохранявшейся над регионом в течение многих месяцев, привлекали пристальное дипломатическое внимание, но никогда не перерастали в правовые споры, не говоря уже об исках в международные суды.[23]

Хотя экологические вопросы часто отходят на второй план в межгосударственной дипломатии, они могут быть выдвинуты на первый план, если тесно связаны с вопросами первого порядка. Классический пример такой связи можно увидеть в контексте Антарктики, в отношении которой Договор об Антарктике 1959 г.[24]и построенная на его основе Система договоров об Антарктике уравновешивают и связывают безопасность и экологические ценности: демилитаризацию континента, содействие совместным научным исследованиям и всестороннюю защиту окружающей среды Антарктики (в том числе путем запрета на добычу полезных ископаемых).[25]Все более заметный дискурс "экологической безопасности" отражает реальность того, что многие экологические вопросы можно рассматривать как

[20]Stewart Firth, *Australia in International Politics: An Introduction to Australian Foreign Policy*, 2nd edn (Crows Nest: Allen & Unwin, 2005), ch. 11.

[21]Обзор этого различия в контексте внешней политики США см. в Sam C. Sarkesian, John Allen Williams, and Stephen J. Cimbala, *US National Security: Policymakers, Processes and Politics*, 4th edn (Boulder: Lynne Rienner, 2008), 9.

[22]*Арбитраж по делу Trail Smelter (Соединенные Штаты* против *Канады)* (1938 и 1941 гг.), 3 RIAA 1911.

[23]Daniel Bodansky, *The Art and Craft of International Environmental Law* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2010), 247.

[24]Договор об Антарктике (открыт для подписания 1 декабря 1959 года, вступил в силу 23 июня 1961 года),
402 UNTS 71.

[25]Donald R. Rothwell, 'Sovereignty and the Antarctic Treaty', (2010) 46 *Polar Record* 17.

[26]Изменение климата, самая серьезная из экологических угроз человечеству, не только является экологической проблемой, но и создает проблемы для региональной и глобальной безопасности, а также угрожает самому существованию ряда малых островных государств. [27]Можно также отметить, что вопросы природных ресурсов часто рассматривались как вопросы первого порядка. Хотя споры о живых и неживых ресурсах сегодня все чаще рассматриваются с точки зрения "устойчивости и пределов использования ресурсов"[28], жестким субстратом, лежащим в основе таких споров, является конкуренция между государствами за экономически ценные живые и неживые ресурсы.

Тот или иной экологический спор может рассматриваться государствами-судьями совершенно по-разному с точки зрения его соответствия целям внешней политики первого порядка. Например, в деле о *китобойном промысле в Антарктике*[29]Австралия утверждает, что, осуществляя свою крупномасштабную "научную" программу китобойного промысла в международных водах, Япония нарушает несколько общих обязательств международного экологического права, включая мораторий на коммерческий китобойный промысел, принятый в рамках Международной конвенции о регулировании китобойного промысла.[30]Таким образом, для Австралии дело касается несколько абстрактного вопроса сохранения китов в мире, а не такого основного вопроса, как целостность окружающей среды Австралии. Японское правительство рассматривает дело совершенно иначе: оно ставит под сомнение приоритет внешней политики Японии - сохранить доступ к максимально возможной доле морских живых ресурсов, чтобы обеспечить продовольственную безопасность японского населения.[31]

[26]Рита Флойд, *Безопасность и окружающая среда: Теория секьюритизации и политика США в области экологической безопасности* (Cambridge University Press, 2010), 61 и далее.

[27]Alan Dupont and William J. Reckmeyer, 'Australia's National Security Priorities: Address-ing Strategic Risk in a Globalised World", (2012) 66 *Australian Journal of International Affairs* 34, 39 (отмечается, что "страны тихоокеанских островов рассматривают изменение климата как экзистенциальную угрозу безопасности, а не как управляемую экологическую проблему"). См. также Natalie Klein, *Maritime Security and the Law of the Sea* (Oxford University Press, 2011) 320 (отмечает, что изменение климата "может заставить уделять больше внимания безопасности морской среды, чем это существует в настоящее время").

[28]Rosalyn Higgins, "Natural Resources in the Case Law of the International Court", in Alan Boyle and David Freestone (eds.), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Challenges* (Oxford University Press, 1999) 87, 111.

[(29)] "Заявление о возбуждении производства", *Китобойный промысел в Антарктике (Австралия* против *Японии)*, MC, Общий список № 148, 31 мая 2010 г.

[30]Открыта для подписания 2 декабря 1946 года, вступила в силу 10 ноября 1948 года, 161 UNTS 72.

[31]Midori Kagawa-Fox, 'Japan's Whaling Triangle - The Power Behind the Whaling Policy', (2009) 29 *Japanese Studies* 404, 405. См. также Jun Morikawa, *Whaling in Japan: Power, Politics and Diplomacy* (London: Hurst, 2009).

Стратегические и тактические международные экологические судебные процессы

То, что экологические споры, как правило, считаются приоритетами внешней политики низшего порядка, влияет на то, как государства приступают к их разрешению. Поскольку они, скорее всего, рассматриваются как менее серьезные, чем крупные споры, касающиеся основных вопросов суверенитета или безопасности, на государства оказывается меньшее давление в плане разрешения экологических споров, и, следовательно, они могут быть оставлены на неопределенный срок. С другой стороны, именно потому, что они считаются менее значимыми, существует меньше политических препятствий для передачи экологических споров в независимый арбитраж или судебное разбирательство. Хотя государствам никогда не будет безразличен результат международного судебного разбирательства, учитывая репутационные издержки, связанные с проигрышем, они могут быть не так обеспокоены неблагоприятным заключением, как в отношении других вопросов, считающихся более важными для государства.

Поэтому государства могут стремиться возбуждать несколько спекулятивные экологические дела по тактическим или даже стратегическим причинам для достижения определенных внешнеполитических целей, в том числе в качестве одного из методов стимулирования решения путем переговоров. Примером могут служить дела о *ядерных испытаниях*, возбужденные Австралией и Новой Зеландией против Франции в связи с программой ядерных испытаний последней в южной части Тихого океана. Судебный процесс имел весьма ограниченные шансы на успех с точки зрения получения четкого правового результата, учитывая непроверенный характер правовых норм, на которые ссылались. Однако оно стало частью более широкой международной стратегии "связей с общественностью", которая в конечном итоге привела к прекращению французских ядерных испытаний в Тихом океане.[32]Другой пример - дело о *южном голубом тунце*.[33]Хотя Австралия и Новая Зеландия подали иск на гораздо более четких правовых основаниях, чем те, на которые опирались в делах о *ядерных испытаниях*, дело заглохло, когда арбитражный суд заключил, что у него нет юрисдикции в отношении этого спора, связанного с японской "программой экспериментального промысла" находящегося под угрозой исчезновения южного голубого тунца. Тем не менее, хотя, с одной стороны, это был явный "проигрыш" для заявителей, судебное разбирательство, как считается, продвинуло стороны к выходу из тупика переговоров по поводу допустимых уловов и квот на вылов в рамках Комиссии по сохранению южного синего тунца.[34]Как заметил Лоу, даже в случае успеха, "судебное разбирательство никогда не является самоцелью":

[32]Обсуждение см. в Stephens, выше n. 15, 137-50.

[33]*Южный голубой тунец (Новая Зеландия* против *Японии; Австралия* против *Японии) (Временные меры)*, (1999) 117 ILR 148; *Южный голубой тунец (Новая Зеландия* против *Японии; Австралия* против *Японии) (Юрисдикция и приемлемость)*, (2000) 119 ILR 508.

[34]Bill Mansfield, "The Southern Bluefin Tuna Arbitration: Комментарии к статье профессора Квятковской", (2001) 16 *International Journal of Marine and Coastal Law* 361.

Это всегда средство достижения цели... шаг к решению проблемы, а не полное решение само по себе"[35].

Международные экологические судебные процессы, таким образом, должны пониматься с учетом более широкого политического контекста "экологического маневрирования", в котором они происходят.[36]Дела редко, если вообще когда-либо, возбуждаются исключительно для достижения правовых целей, а вместо этого часто являются частью "театра" экологической дипломатии. В этой связи Дэт заметил: "Экологическая устойчивость, как и правосудие, должна быть *видимой*, и [глобальные экологические] саммиты являются одним из основных мест, где разыгрывается этот спектакль".[37]Международные экологические судебные процессы, особенно те, которые вряд ли приведут к однозначному правовому результату, можно рассматривать в аналогичном свете, как служащие для "деполитизации" важных экологических споров и переноса их на арену, где они могут быть разыграны в более благородной манере и где, независимо от результата, стороны могут указать на то, что дело было разрешено независимым арбитром.

Рост международного экологического судопроизводства

Традиционная точка зрения

Основное мнение комментаторов международных отношений заключается в том, что международные судебные процессы практически не играют полезной роли в достижении целей, поставленных многосторонними экологическими соглашениями. Вместо того чтобы прибегать к двусторонним, конфронтационным подходам к достижению экологических целей, предполагается, что достижение региональных или глобальных экологических целей требует формирования экологических режимов, включающих систему стимулов, взаимных обязательств и самопринуждения.[38]С этой точки зрения судебное разбирательство рассматривается не только как неэффективное, но и как признак провала режима. Эта точка зрения была убедительно изложена рядом комментаторов в течение нескольких десятилетий,[39]а в последнее время Боданским, который утверждает, что традиционное урегулирование споров "играет

[35]Vaughan Lowe, "The Function of Litigation in International Society", (2012) 61 ICLQ 209, 221.

[36]Scott Barrett, *Environment and Statecraft: Стратегия заключения договоров по охране окружающей среды*
(Oxford University Press, 2003), 63-64.

[37]Carl Death, 'Summit Theatre: Exemplary Governmentality and Environmental Diplo-macy in Johannesburg and Copenhagen', (2011) 20 *Environmental Politics* 1, 2 (выделение в оригинале).

[38]Там же.

[39]Abram Chayes and Antonia Handler Chayes, *The New Sovereignty: Compliance with Inter-national Regulatory Agreements* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995), 205: "Столетний опыт международного судебного разбирательства заставляет относиться к нему со значительным скептицизмом.

незначительную роль в реализации международного экологического права".[40]Гораздо важнее для эффективности международного экологического права, как утверждается, разработка договоров, которые могут заставить государства соблюдать их с помощью ряда механизмов, включая отчетность, мониторинг и, при необходимости, использование надзорных институтов, таких как процедуры соблюдения.[41]

Появление процедур соблюдения во многом стало ответом на предполагаемые неудачи межгосударственных судебных разбирательств как инструмента экологического управления.[42]Первая такая процедура была создана для надзора за соблюдением Монреальского протокола по веществам, разрушающим озоновый слой,[43]а затем появились и другие процедуры в рамках целого ряда экологических режимов.[44]В отличие от судов, в которые обычно обращаются только в случае нарушения обязательства, процедуры соблюдения являются более проактивными и превентивными по своей направленности. Они направлены на оказание помощи сторонам в выполнении их обязательств, в том числе путем содействия в предоставлении технической и иной помощи. В ряде режимов процедуры соблюдения были очень активными и, как представляется, весьма успешными в плане содействия более добросовестному соблюдению экологического режима. Важно отметить, что эти процедуры соблюдения, как правило, дополняют, а не заменяют традиционные механизмы урегулирования споров.

Расцвет международного экологического судопроизводства

В настоящее время государства, как представляется, более охотно, чем на любом предыдущем этапе истории, рассматривают споры, касающиеся природных ресурсов и охраны окружающей среды. После того как на протяжении большей части двадцатого века было всего несколько дел, темп судебных разбирательств по экологическим вопросам ускорился с 1970-х годов, и в настоящее время такие дела составляют значительную часть материалов нескольких судов, в первую очередь Международного Суда. Это тем более примечательно, что международные экологические режимы все чаще отказываются от судебного урегулирования в качестве предпочтительного способа разрешения споров.

о его пригодности в качестве метода разрешения международных споров и, в частности, в качестве способа обеспечения соблюдения договоров".

[40]Bodansky, выше n. 23, 247. [41]Там же, 250.

[42]Karen N. Scott, 'Non-compliance Procedures and Dispute Resolution Mechanisms under International Environmental Agreements', in Duncan French, Matthew Saul, and Nigel D. White (eds.), *International Law and Dispute Settlement: New Problems and Techniques* (Oxford: Hart, 2010) 223, 233.

[43]Открыт для подписания 16 сентября 1987 года, вступил в силу 1 января 1989 года, 1522 UNTS 29.

[44]Scott, выше, n. 42, 259-61.

В этом случае, в качестве альтернативного, "более мягкого" механизма урегулирования и избежания споров, предпочтение отдается процедурам соблюдения.

Из тринадцати дел, находящихся в производстве Международного суда ООН, три касаются непосредственно экологических вопросов: *Строительство дороги в Коста-Рике вдоль реки Сан-Хуан (Никарагуа* против *Коста-Рики)*,[45]*Распыление гербицидов с воздуха (Эквадор* против *Колумбии)*,[46]и *Китобойный промысел в Антарктике (Австралия* против *Японии)*.[47]Четвертое дело, *Запрос о толковании решения от 15 июня 1962 г. по делу о храме Преах Вихеар (Камбоджа* против *Таиланда),*[(48) также имеет некоторое отношение к]делу, поскольку частично касается защиты культурного наследия. *Thailand)*,[48]также имеет определенное значение, поскольку частично касается защиты культурно значимого объекта, включенного в 2008 году в Список всемирного наследия.[49]И, возможно, наиболее значимым является то, что в 2010 году Суд вынес решение, в котором прямо ссылался на основной принцип международного экологического права, "устойчивое развитие", в деле *"Целлюлозные заводы на реке Уругвай"*.[50]

Существует целый ряд причин, по которым государства в настоящее время более склонны к рассмотрению экологических вопросов в международных судах. Среди распространенных объяснений - существование растущего числа судебных форумов ("распространение" международных судов)[51]и более широкое знакомство с международными судебными процессами в нескольких политических сферах (включая права человека, торговлю и иностранные инвестиции). Для объяснения расцвета международных экологических судебных процессов особое значение имеют два фактора: (i) увеличение "глубины" международного экологического права - то есть повышение четкости и строгости международных экологических стандартов - и (ii) появление подробного и требовательного свода процедурных требований, в том числе касающихся оценки воздействия на окружающую среду (ОВОС).

[45]*Строительство дороги в Коста-Рике вдоль реки Сан-Хуан (Никарагуа* против *Коста-Рики)*, ICJ, Общий список № 152, 23 января 2012 г.

[46]*Aerial Herbicide Spraying (Ecuador* v. *Colombia)*, [2008] ICJ Rep. 174.

[(47)] "Заявление о возбуждении производства", *Китобойный промысел в Антарктике (Австралия* против *Японии)*, ICJ, Общий список № 148, 31 мая 2010 г.

[48]ICJ, Общий список № 151, 18 июля 2011 г.

[49]Следует также отметить, что одним из тринадцати дел, находящихся в картотеке МС, является *проект Габ-сиково-Нагимарош (Венгрия/Словакия)*; однако этот судебный процесс находится в подвешенном состоянии с 1998 года, когда Словакия обратилась с просьбой о вынесении дополнительного решения из-за предполагаемого нежелания Венгрии выполнить решение Суда 1997 года. Венгрия официально не ответила на этот запрос, подав письменное заявление в Суд.

[50]*Целлюлозные заводы на реке Уругвай (Аргентина* против *Уругвая)*, [2010] ICJ Rep. 28.

[51]См. Chester Brown, "The Proliferation of International Courts and Tribunals: Find-ing Your Way through the Maze", (2002) 3 *Melbourne Journal of International Law* 453.

Растущая глубина международных экологических норм

Многие области международного экологического права устанавливают лишь общие и гибкие стандарты, а не четкие правила поведения, что ставит суды в затруднительное положение, если их попросят рассмотреть их (их будут критиковать за "судебный активизм", если они будут требовать от государств соблюдения высоких стандартов, и в то же время будут называть прислужниками государственных интересов, если они этого не сделают).[52]

Столкнувшись с выбором между жесткими экологическими правилами и более гибкими экологическими стандартами, государства, как правило, предпочитают последние, поскольку они накладывают меньше ограничений на поведение государства.[53]Однако во все большем числе контекстов в международном экологическом праве существуют весьма детализированные правила, которые могут быть рассмотрены в судебном порядке. В качестве примера можно привести сравнение Конвенции 1933 года о сохранении фауны и флоры в их естественном состоянии, которая в статье 3(1) призывает государства "немедленно изучить возможность создания ... национальных парков и строгих природных заповедников", с исключительно строгими и продуманными нормами глобального режима контроля за загрязнением нефтью и другими веществами с судов (МАРПОЛ).[54]

Существование свода международного экологического права, основанного на многосторонних соглашениях универсального значения (и повсеместно ратифицированных), которому придают концептуальную структуру и значение влиятельные документы "мягкого права", включая Декларацию Рио-де-Жанейро[55], позволяет государствам вести судебные процессы с большей уверенностью в вероятности успешного исхода. Однако растущая сложность и ясность международного экологического права создает некую головоломку в отношении его влияния на решения государств о том, подавать или не подавать в суд. Можно было бы ожидать, что набор более четких правовых стандартов должен привести к уменьшению количества споров и судебных разбирательств, поскольку государства будут более уверены в своих законных правах, и

[52]Natalie Klein, "Settlement of International Environmental Law Disputes", in Malgosia Fitz-maurice, David M. Ong, and Panos Merkouris (eds.), *Research Handbook on International Environmental Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2010) 379, 390.

[53]Benedict Kingsbury, 'Global Environmental Governance as Administration: Последствия для международного права", в Daniel Bodanksy, Jutta Brunne´e, and Ellen Hey (eds.), *The Oxford Handbook of International Environmental Law* (Oxford University Press, 2007) 63, 70.

[54]Международная конвенция по предотвращению загрязнения с судов 1973 года с изменениями, внесенными Протоколом 1978 года к ней (открыта для подписания 17 февраля 1978 года, вступила в силу 2 октября 1983 года), 1340 UNTS 62. О действии этого режима на практике см. в Ronald B. Mitchell, *International Oil Pollution at Sea: Environmental Policy and Treaty Compliance* (Cambridge, MA: MIT Press, 1994).

[55]Декларация Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию, UN Doc. A/CONF 151/5/Rev 1 (1992).

не придется обращаться за помощью к третьей стороне для определения их содержания и сферы действия. Напротив, очень нечеткий свод законов будет представлять для государств высокую степень риска и неопределенности в случае судебного разбирательства, поскольку результат нельзя предсказать с реальной уверенностью или определенностью. В таких обстоятельствах государства по понятным причинам будут неохотно обращаться в международный суд из-за потери контроля над процессом и результатом, а также отсутствия механизмов, позволяющих отменить последствия нежелательных судебных решений.[56]В самых крайних обстоятельствах спор фактически не подлежит судебному разбирательству из-за отсутствия управляемых в судебном порядке стандартов.

Ответ на загадку о том, что все более глубокий свод международного экологического права может способствовать созданию условий для расширения международных судебных разбирательств, можно найти в существовании спектра типов природоохранных обязательств: на одном конце континуума - режимы неглубокие, неясные или нетребовательные, а на противоположном - режимы глубокие, четкие и обременительные. По мере того как экологические правила будут становиться все более четкими, возможности для судебных разбирательств будут расширяться, поскольку границы для судебного решения станут более определенными. Однако, несмотря на большую предсказуемость, в спектре между глубокими и мелкими обязательствами остается определенный уровень неопределенности, который может быть разрешен по соглашению между сторонами или через процесс делегирования полномочий независимому судье. Когда конкретность и ясность экологического правила достигает определенного уровня и способ действия нормы не подлежит реальному обсуждению, судебное разбирательство как инструмент разрешения неопределенности путем предоставления авторитетного толкования становится ненужным. Тем не менее, при принятии решения о судебном разбирательстве остается еще одно очевидное соображение, которое заключается в том, что даже при наличии определенного закона государства могут не придерживаться его. В таких обстоятельствах судебное разбирательство становится в первую очередь механизмом принуждения к соблюдению закона, а не механизмом, который стремится делегировать правотворческую функцию от государств международному суду.

Возрастающее значение процедурных экологических стандартов

Одним из проявлений "углубления" международного права, затрагивающего экологические вопросы, которое создает условия для экологических судебных разбирательств, является повышение значимости процедурных обязательств в экологическом управлении. Различие между процедурными и материальными нормами

[56]Lowe, выше n. 35, 215.

отмечалось в целом ряде контекстов в международном праве, в том числе недавно МС в деле *"Юрисдикционные иммунитеты государства"*[57]в отношении различия между правилами государственного юрисдикционного иммунитета (которые по своей сути являются процедурными) и запретами *ius cogens* против военных преступлений и преступлений против человечности (которые носят материальный характер).[58]

Различие между процедурой и объектом имеет особое значение для межнационального экологического права, отчасти потому, что совершенствование процесса, в рамках которого правительства принимают решения, оказывающие трансграничное воздействие на окружающую среду, обычно вызывает меньше споров, чем введение новых основополагающих экологических норм. Анализ международного экологического права с точки зрения процедурных обязательств также позволяет использовать многие идеи, почерпнутые из проекта "глобального административного права". Как пояснил Кингсбери, существует целый ряд концепций административного права, которые имеют отношение к глобальному экологическому управлению, включая подотчетность, аргументированное обсуждение, профессиональную экспертизу и знание местных условий.[59]Как заметил Онг, "в международном публичном праве существуют устоявшиеся процедурные обязательства [60]Действительно, процедурные правила были основной частью международного экологического права с самого его зарождения, и их комментировали в ранних спорах. Например, в деле об *озере Лану* [61], рассмотренном в 1957 году, арбитражный суд постановил, что Франция должна была провести консультации с Испанией в связи с проектом строительства гидроэлектростанции, который затрагивал Испанию как государство, расположенное ниже по течению. В последние годы эта несколько аморфная обязанность проводить консультации была подкреплена более подробными процедурными правилами, включая ОВОС. Особое значение имела работа Комиссии международного права (КМП) над проектом статей о предотвращении трансграничного вреда от опасной деятельности.[62]

Возрождение интереса к процедурным аспектам принятия решений в области охраны окружающей среды открывает новые возможности для международных судебных разбирательств в области охраны окружающей среды. Это также приводит в соответствие практику судебных разбирательств по международным

[57]*Юрисдикционные иммунитеты государства (Германия* против *Италии; Греция вмешалась) (решение)*, Общий список № 143 МС, 3 февраля 2012 г.

[58]Ibid. [59]Kingsbury, выше n. 53, 65.

[60]Дэвид М. Онг, "Процедурное международное экологическое правосудие? Эволюция процессуальных средств охраны окружающей среды: From Inter-State Obligations to Individual-State Rights", in Duncan French (ed.), *Global Justice and Sustainable Development* (Leiden and Boston, MA: Martinus Nijhoff, 2010) 137, 137.

[61]*Дело об озере Лану (Франция/Испания)*, (1957) 12 RIAA 285.

[62]Доклад Комиссии международного права, 53-я сессия, 366, UN Doc. A/56/10 (2001).

плоскости с изменениями, которые происходили во многих внутренних правовых системах в течение длительного периода времени. Судебный пересмотр административных решений, затрагивающих окружающую среду, является основой экологического права во многих муниципальных правовых системах.[63]Вовлечение международных судов в рассмотрение процессуальных вопросов в общем смысле схоже с судебным пересмотром национальными судами административных решений по вопросам экологического планирования и оценки.

В ряде дел, начиная с 1970-х годов, МС было предложено рассмотреть то, что можно считать главной процедурной нормой международного экологического права: обязательство по проведению ОВОС. ОВОС может определяться по-разному и включать в себя множество элементов.[64]Однако в своей основе это, как определено в Конвенции 1991 года об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте,[(65)] "процедура оценки вероятного воздействия предлагаемой деятельности на окружающую среду". До недавнего времени заявители в международных спорах практически не имели успеха в исках, основанных на ОВОС, или утверждали о недостатках в проведении ОВОС. В деле о *ядерных испытаниях* 1995 года[66]Новая Зеландия утверждала, что Франция нарушила обязательство по международному обычному праву провести ОВОС потенциального воздействия подземных ядерных испытаний на морскую среду в южной части Тихого океана. Франция не оспаривала этот принцип, но вместо этого утверждала, что ее оценка была адекватной. Сам Суд не стал высказывать свое мнение, поскольку пришел к выводу, что не обладает юрисдикцией для возобновления рассмотрения первоначального дела о *ядерных испытаниях*, поскольку оно касалось атмосферных испытаний, а Новая Зеландия теперь подает жалобу на подземные испытания.

Вскоре после этого, в деле *Gab˘c´ıkovo-Nagymaros*,[67]которое все же дошло до полного рассмотрения по существу, Суд остановился на принятии ОВОС в качестве нормы обычного международного права и не

[63]См. в целом: Louis J. Kotze´ and Alexander R. Paterson, *The Role of the Judiciary in Environmental Governance: Comparative Perspectives* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009).

[64]Полезный обзор элементов современной ОВОС см. в статье Warwick Gul-lett, "Transboundary Environmental Impact Assessment in Marine Areas", in Robin Warner and Simon Marsden (eds.), *Transboundary Environmental Governance in Inland, Coastal and Marine Areas: Перспективы Азии и Австралии* (Farnham: Ashgate, 2012).

[65]Открыт для подписания 25 февраля 1991 г., вступил в силу 10 сентября 1997 г., 1989 г. UNTS 310.

[66]*Просьба о рассмотрении ситуации в соответствии с пунктом 63 постановления Суда от 20 декабря 1974 г. по делу о ядерных испытаниях (Новая Зеландия* против *Франции)*, [1995] ICJ Rep. 288.

[67]*Проект "Габиково-Надьмарош" (Венгрия/Словакия) (по существу)*, [1997] ICJ Rep. 7.

В своем решении суд конкретно упомянул ОВОС. Не ссылаясь на ОВОС по имени, решение большинства членов Международного суда ООН явно симпатизировало этой концепции. Он отметил, что "экологические риски должны оцениваться на постоянной основе",[68]и призвал стороны "по-новому" взглянуть на последствия, которые проект дунайских плотин окажет на окружающую среду, и рассмотреть способы смягчения этих последствий в соответствии с Договором о совместном развитии 1977 года и "новыми нормами и стандартами" международного экологического права, появившимися в последние десятилетия.[69]Судья Вирамантри в своем особом мнении прямо рассмотрел ОВОС. Он утверждал, что постоянное обязательство по проведению ОВОС было включено в договор о совместном развитии между сторонами спора.[70]Он также заявил, что это обязательство является общим принципом международного экологического права, как конкретное применение более общего принципа осторожности, который должен учитываться в договорах, оказывающих значительное воздействие на окружающую среду.[71]

Дело *Габикова-Нагимароша* ознаменовало собой важный сдвиг, поскольку Международный суд ООН стал явно восприимчив к аргументам, касающимся процессуальных аспектов международного экологического права. Это дело стало первым случаем, когда суд прямо упомянул об устойчивом развитии, однако не было вынесено никакого решения о том, был ли совместный проект на Дунае между Венгрией и Словакией или его одностороннее изменение Словакией устойчивым или нет. И это несмотря на то, что Суду было представлено множество доказательств, указывающих на пагубное воздействие на окружающую среду отвода дунайских вод из экологически важных пойм. Вместо этого МС, по сути, отложил регулирование баланса между защитой окружающей среды и экономическим развитием на усмотрение самих сторон в соответствии с двусторонним договором между ними, в котором было прописано совместное предприятие. Таким образом, Суд фактически принял *процедурный* подход к устойчивому развитию, избежав дебатов о его материальном содержании и сосредоточившись на том, как можно улучшить управление окружающей средой путем совершенствования процессов управления в трансграничном контексте.

Еще один шаг вперед в судебном признании процессуальных экологических норм был сделан в деле *Pulp Mills*. Это дело касалось, прежде всего, сферы применения и действия двустороннего речного договора - Статута реки Уругвай 1975 года (Статут 1975 года).[72]Как следствие, возможности

[68]Там же, [112]. [69]Там же, [140].
[70]Там же, 113 (вице-президент Вирамантри). [71]Там же, 112.
[72]Открыт для подписания 26 февраля 1975 года, вступил в силу 18 сентября 1976 года, 1295 UNTS 340.

для анализа общих принципов международного природоохранного права были несколько ограничены. Аргентина утверждала, что Уругвай нарушил Статут 1975 года, разрешив строительство целлюлозных заводов, которые, по мнению Аргентины, нанесут ущерб реке Уругвай, выбрасывая в нее загрязняющие вещества. МС рассмотрел процедурные и материальные обязательства по Статуту 1975 года и пришел к выводу, что они тесно связаны между собой, поскольку выполнение первых способствует обеспечению выполнения сторонами вторых. МС постановил, что Уругвай нарушил несколько процедурных обязательств, в том числе требование уведомить Аргентину о проведенной ОВОС, прежде чем приступить к разрешению строительства мельниц.[73]Что особенно важно, МС постановил, что

> В настоящее время в соответствии с общим международным правом можно считать обязательным проведение оценки воздействия на окружающую среду, если существует риск того, что предлагаемая промышленная деятельность может оказать значительное негативное воздействие в трансграничном контексте, в частности, на общие ресурсы.[74]

Однако при рассмотрении материально-правовых обязательств, таких как обязательство предотвращать загрязнение и сохранять водную среду в статье 41 Статута 1975 года, Международный Суд постановил, что Уругвай не нарушил его. Суд пришел к выводу, что обязанность уведомлять о проведении ОВОС является процедурной, но сама ОВОС является частью материального обязательства действовать с должным усердием в целях предотвращения загрязнения.[75]Это можно интерпретировать как то, что Суд наделил то, что по сути является довольно узким процедурным обязательством, более значимым содержанием и тем самым обеспечил, чтобы ОВОС не была просто "штампованием". Однако, исходя из представленных доказательств, Международный Суд не был удовлетворен тем, что ОВОС Уругвая была недостаточной, и пришел к выводу, что Уругвай выполнил все свои обязательства по существу в соответствии со Статутом 1975 года. Вследствие этого Суд пришел к выводу, что единственным средством правовой защиты для Аргентины является содержащееся в решении заявление о нарушении процедурных обязательств.

Решение по делу *Pulp Mills* указывает ценное направление для эволюции международной юриспруденции в области устойчивого развития. Вместо того чтобы заниматься всеобъемлющими вопросами о том, как регулировать врожденную конкуренцию между экономическим развитием и защитой окружающей среды, международным судам, возможно, будет более продуктивно развивать процедурные или административные аспекты своего надзора за поведением государств. Как отметил Онг,

[73]*Целлюлозные заводы на реке Уругвай (Аргентина* против *Уругвая)*, [2010] ICJ Rep. 28, [121].
[74]Там же, [204]. [75]Там же, [67].

> [Сохраняющаяся неопределенность, связанная с материально-правовыми понятиями межнационального правосудия в экологических вопросах, привела к усилению акцента на создании процедурных средств для достижения согласованных на переговорах решений по охране окружающей среды, тем самым, вероятно, отрицая необходимость детерминированности в понятии международного экологического правосудия.[76]

Однако остаются проблемы, связанные с эффективной увязкой процессуальных и материальных обязательств; процессуальные нормы не имеют ценности, если они не способствуют достижению материальной цели, такой как предотвращение трансграничного экологического вреда. В этом отношении дело *Pulp Mills* вызвало определенную критику среди комментаторов,[77]и, что особенно важно, в самом Суде в совместном особом мнении судей Аль-Хасауна и Симмы, в котором говорится о противоречии между содержанием и процедурой:

> [26] в вопросах, связанных с использованием общих природных ресурсов и В случае с возможностью трансграничного ущерба наиболее заметной чертой является чрезвычайная эластичность и обобщенность соответствующих материальных принципов. Постоянный суверенитет над природными ресурсами, справедливое и рациональное использование этих ресурсов, обязанность не причинять значительный или ощутимый вред, принцип устойчивого развития и т. д. - все они отражают эту общность. Проблема усугубляется тем, что в случае спора эти принципы часто находятся в состоянии противоречия друг с другом. Очевидно, что в таких ситуациях соблюдение процессуальных обязательств приобретает большое значение и выходит на первый план как важнейший показатель того, были или не были нарушены в конкретном случае материальные обязательства. Таким образом, вывод о том, что несоблюдение соответствующих процессуальных обязательств в конечном итоге никак не повлияло на соблюдение материальных обязательств, не может быть легко принят...
>
> [27]. Суд признает функциональную связь между процессуальными и материальными обязательствами, установленными Статутом 1975 года (см. решение, пункт 79). Однако Суд не придает этой взаимозависимости полного значения ни при оценке того, имело ли место нарушение статьи 41 Статута 1975 года, ни при определении надлежащих средств правовой защиты в связи с нарушением статей 7-12 Статута. По мнению Суда, до тех пор, пока соблюдение материальных обязательств гарантировано (или, по крайней мере, отсутствие такового не доказано), нарушение процессуальных обязательств не будет иметь большого значения, и, следовательно, заявление на этот счет является надлежащим

[76]Ong, выше n. 60, 138.

[77]См. Илиас Плакофелас, "Текущие правовые изменения: Международный суд", (2011) 26 *International Journal of Marine and Coastal Law* 169, 180.

> Это не является надлежащим способом уделить должное внимание взаимосвязи процедуры и содержания.

Еще одним недавним решением, посвященным рассмотрению процедурных обязательств, является консультативное заключение Международного трибунала по морскому праву (МТМП) по вопросу об *ответственности и обязательствах государств, поручающихся за лиц и организации в отношении деятельности в районе (Консультативное заключение по добыче на морском дне)*.[78]Прежде чем перейти к рассмотрению последствий этого заключения, можно сделать некоторые замечания о том, насколько система урегулирования споров Конвенции ООН по морскому праву 1982 года[(79)] (ЮНКЛОС), включая ИТЛОС, способствует международному экологическому судопроизводству.[80]

Во-первых, юрисдикция ITLOS и других органов по урегулированию споров, в которые государства-участники UNCLOS могут передавать споры в соответствии с частью XV, более стабильна, чем юрисдикция Международного Суда. Это объясняется тем, что ЮНКЛОС устанавливает широкомасштабную и в целом обязательную систему урегулирования споров. Во-вторых, большинство аспектов ЮНКЛОС, включая ключевые обязательства по защите окружающей среды и управлению ресурсами, могут быть предметом обязательного урегулирования, что позволяет государствам начинать разбирательство, не запрашивая конкретного согласия ответчика. По этим причинам можно ожидать, что система урегулирования споров по Части XV станет одним из наиболее важных форумов для рассмотрения международных экологических споров. Однако, по крайней мере до *Консультативного заключения по добыче полезных ископаемых на морском дне*[81],ИТЛОС фактически проявлял некоторую осторожность в своем подходе к вопросам устойчивости.[82]Это может быть отчасти связано с критикой, которую вызвало само создание Трибунала (и которую в определенной степени ИТЛОС продолжает провоцировать).[83]

Без сомнения, самым значительным решением ITLOS, касающимся экологических вопросов, является одно из его самых последних решений - *Мнение Advi-sory по добыче полезных ископаемых на морском дне*, которое было единогласно принято Камерой по спорам по морскому дну ITLOS и было названо Фристоуном "историческим"[84]с точки зрения международного экологического права. Мнение было

[78]*Ответственность и обязательства государств, поручающихся за физических и юридических лиц в отношении деятельности в районе (Консультативное заключение по добыче на морском дне)* (2011) 50 ILM 458.

[79]Открыт для подписания 10 декабря 1982 года, вступил в силу 16 ноября 1994 года, 1833 UNTS 397.

[80]См. в целом Натали Клейн, *Урегулирование споров в Конвенции ООН по морскому праву* (Cambridge University Press, 2005).

[81]*Консультативное заключение по добыче полезных ископаемых на морском дне* (2011) 50 ILM 458.

[82]Stephens, выше n. 15, 102.

[83]Jillaine Seymour, 'The International Tribunal for the Law of the Sea: Большая ошибка?", (2006) 13 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 1.

[84]Дэвид Фристоун, "Ответственность и обязательства государств, спонсирующих физических и юридических лиц в отношении деятельности в районе", (2011) 105 AJIL 755, 759. См. также Дункан Френч, "Из глубин: Богатые подборки принципов устойчивого развития и

Совет Международного органа по морскому дну обратился к Науру и Тонга с просьбой выяснить права и обязанности государств, особенно развивающихся стран, когда они спонсируют разведку полезных ископаемых на глубоководном морском дне или "Районе", который в соответствии с частью XI ЮНКЛОС объявлен частью общего наследия человечества. *Консультативное заключение по добыче полезных ископаемых на морском дне* касалось толкования положений части XI ЮНКЛОС, Соглашения об осуществлении 1994 года (Соглашение 1994 года)[85]и правил, принятых Международным органом по морскому дну (Горный кодекс).[86]Эти правила устанавливают ряд строгих мер экологического контроля за поисковой, разведочной и добывающей деятельностью, и в своем заключении Камера по спорам, касающимся морского дна, смогла подтвердить их масштаб и действие. Поэтому следует внимательно изучить конкретный нормативный контекст *Консультативного заключения по добыче полезных ископаемых на морском дне*, а не спешить с выводами о его общем значении.[87]

Несмотря на эту оговорку, решение, несомненно, будет иметь большое значение для реализации процедурных экологических обязательств и для иллюстрации ценности международных судебных процессов. В частности, в отношении ОВОС Палата установила, что государства, спонсирующие подрядчиков по добыче полезных ископаемых, обязаны проявлять должную осмотрительность и обеспечивать проведение ОВОС подрядчиками, как того требует Соглашение 1994 г.[88]Государства также обязаны проводить ОВОС, поскольку этого требует UNC-LOS и обычное международное право. В этом контексте Палата одобрительно отозвалась о деле *Pulp Mills*.[89]

Палата также сделала более общее замечание о том, что ее "функции... изложенные в части XI Конвенции, имеют значение для надлежащего управления Районом"(90) Это подчеркивает жизненно важную роль, которую Палата играет в соответствии с ЮНКЛОС и Соглашением 1994 года в надзоре за Районом. . изложенные в части XI Конвенции, имеют значение для надлежащего управления Районом".[90]Это подчеркивает жизненно важную роль, которую Палата играет в соответствии с ЮНКЛОС и Соглашением 1994 года, осуществляя надзор за исполнением обязательств не только Международным органом по морскому дну, но и государствами-участниками. Такая модель судебного надзора за режимом, имеющим сильную экологическую направленность, является уникальной в международном экологическом праве, хотя можно отметить, что другие суды, включая МС, обладают консультативной юрисдикцией и могут быть использованы для оказания помощи международным органам в более эффективном выполнении их функций в отношении экологических вопросов.

Общее международное право на дне океана - консультативное заключение Палаты по спорам, касающимся морского дна, 2011 года", (2011) 26 *International Journal of Marine and Coastal Law* 525.

[85]Открыт для подписания 28 июля 1994 года, вступил в силу 28 июля 1996 года, 1836 UNTS 42.

[86]С Горным кодексом можно ознакомиться на веб-сайте ISBA: .www.isa.org.jm/en/documents/mcode

[87]Freestone, выше n. 84, 566.

[88]Соглашение 1994 года, Приложение 1 (7).

[89]*Консультативное заключение по добыче полезных ископаемых на морском дне* (2011) 50 ILM 458, [147].

[90]Там же, [29].

Выводы

Лоу недавно заметил, что, возможно, последнее десятилетие "будет рассматриваться как высшая точка в судебном разбирательстве международных споров".[91]Эта оценка была направлена на международное судебное разбирательство в целом, а не на международное экологическое разбирательство в частности. В данной главе было предложено несколько причин, по которым международные экологические споры рассматриваются все чаще и чаще, и почему существует большая вероятность того, что государства будут продолжать обращаться в международные суды для разрешения своих экологических споров. Специализация и процессуальное оформление международного экологического права продолжаются, и международные суды положительно реагируют на эти изменения, признавая важную роль, которую может сыграть судебный надзор в обеспечении выполнения государствами своих международных экологических обязательств. Возможно, наиболее распространенным видом международных экологических споров будет квазиадминистративный характер, когда государства стремятся содействовать принятию обоснованных трансграничных экологических решений.

Дополнительным поводом полагать, что экологические судебные процессы будут и впредь использоваться государствами в качестве инструмента для продвижения своих приоритетов во внешней политике в области охраны окружающей среды, является растущая восприимчивость к перспективе международных экологических судебных процессов в интересах общественности.[92]Поэтому может оказаться, что мы стоим на пороге нового этапа международных экологических судебных процессов, когда государства будут обращаться в международные суды для решения вопросов, представляющих общий интерес. В *Консультативном заключении по добыче полезных ископаемых на морском дне* Камера по спорам, касающимся морского дна, ITLOS стала первым международным судебным органом, одобрившим статью 48 Статей об ответственности государств,[93]которая предусматривает, что любое государство имеет право ссылаться на ответственность другого государства в отношении нарушения обязательства *erga omnes*. При условии, что истец может указать на соответствующее обязательство *erga omnes* (например, обязательство по защите морской среды[94]или по "предотвращению опасного антропогенного вмешательства в климатическую систему"[95]), государствам в принципе возможно преследовать такие общие интересы

[91]Lowe, выше n. 35, 210.

[92]См. далее N. Klein и T. Stephens, "Enforcing Rights in Areas beyond National Jurisdic-tion through International Litigation", in Clive Schofield, Seokwoo Lee, and Moon-Sang Kwon (eds.), *The Limits of Maritime Jurisdiction* (Leiden: Martinus Nijhoff, 2013) 525.

[93]Статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, Доклад Комиссии международного права, 53-я сессия, UN Doc. A/56/10 (2001), 43-59.

[94]UNCLOS, Art. 194.

[95]Рамочная конвенция Организации Объединенных Наций об изменении климата (открыта для подписания 9 мая 1992 года, вступила в силу 21 марта 1994 года), 1771 UNTS 165.

претензий. Однако б у д у т ли международные суды, включая Международный Суд[96], восприимчивы к этому, еще предстоит увидеть, и это будет проверено в таких делах, как *промысел китов в Антарктике*, который поднимает целый ряд вопросов относительно возможности принудительного осуществления экологических прав и обязанностей в зонах за пределами национальной юрисдикции.

[96]Malgosia Fitzmaurice, "The International Court of Justice and Environmental Disputes", in Duncan French, Matthew Saul, and Nigel D. White (eds.), *International Law and Dispute Settlement: New Problems and Techniques* (Oxford: Hart, 2010) 17, 18-23.

14

Почему государства прибегают к судебному разбирательству в делах, касающихся применения силы

КРИСТИНА ГРЕЙ

Особый характер дел, касающихся применения силы

Споры, связанные с применением силы, представляют собой особую категорию; это споры, в которых обязанность государств разрешать их мирными средствами - кодифицированная в статье 2(3) Устава ООН - уже нарушена одной или несколькими сторонами. Поэтому не стоит ожидать, что государства охотно согласятся передать такие споры, особенно те, которые касаются *продолжающегося* вооруженного конфликта, на рассмотрение третьей стороны.

Для государства, проигравшего дело, многое поставлено на карту: его могут признать нарушившим основополагающие нормы Устава ООН о применении силы, а возможно, даже совершившим агрессию. Такое решение может открыть перед государством потенциально огромные требования о компенсации в крупном конфликте.[1]Дело также может иметь более общее значение для проигравшего государства: его позиция относительно объема права на применение силы, не только в данном случае, но и в целом, может быть отвергнута Судом. Это, несомненно, важное соображение для тех государств, которые регулярно прибегают к применению силы. Неудивительно, что из сотен вооруженных конфликтов, пограничных инцидентов и других случаев применения силы лишь незначительная часть

[1]Со времени рассмотрения дела *"Канал Корфу (Соединенное Королевство* против *Албании) (Оценка компенсации)*", [1949] ICJ Rep. 244, Международный Суд не выносил решения о возмещении ущерба. Албания отказалась участвовать в разбирательстве на стадии возмещения ущерба, поскольку не признавала юрисдикцию Суда принимать решение о компенсации. Затем она отказалась выплатить присужденные убытки. В деле *Никарагуа* Международный Суд постановил в своем решении по существу, что государство-ответчик обязано выплатить компенсацию. Если стороны не придут к соглашению о возмещении ущерба, Международный Суд урегулирует этот вопрос в ходе последующего разбирательства, *Military and Paramilitary Activities on the Territory of Nicaragua (Nicaragua* v. *United States) (Merits)*, [1986] ICJ Rep. 14, 142 [283]-[284], 143 [285]. Никарагуа подготовила подробный меморандум по этому вопросу, но впоследствии дело было урегулировано. Аналогичным образом, в деле *"Вооруженная деятельность на территории Конго (ДРК* против *Уганды)" (решение)*, [2005] ICJ Rep. 168, Международный Суд постановил, что Уганда обязана выплатить репарацию; на момент написания статьи этот вопрос все еще находился на рассмотрении Суда. О присуждении компенсации ущерба в *Эритрее/Эфиопии* см. ниже по ссылке
n. 81.

со времен Второй мировой войны дошли до трибунала. Ни в одном деле, рассматриваемом Международным судом (МС), стороны не заключали специального соглашения о передаче конкретного вооруженного конфликта на рассмотрение Суда.[2]Только в одном случае государства-участники заключили специальное соглашение об обращении в межгосударственный арбитраж по делу о вооруженном конфликте, и даже в этом случае юрисдикция суда по вынесению решения о законности применения силы была оспорена государством-ответчиком.[3]

Однако в некоторых случаях может существовать предварительное обязательство признать юрисдикцию арбитражного суда в соответствии с договором или признать юрисдикцию Международного Суда в соответствии с договором (Статья 36(1) Статута Международного Суда) или факультативной оговоркой (Статья 36(2) Статута Международного Суда); это может открыть перспективы для урегулирования спора третьей стороной. Что касается договорной юрисдикции Международного Суда, то существует небольшое количество общих договоров об урегулировании споров, таких как Пакт Боготы, которые могут наделить Суд юрисдикцией; они легли в основу юрисдикции Суда в деле *Никарагуа* против *Гондураса*. Существует также около двадцати пяти двусторонних договоров о дружбе и торговле.[4]В соответствии с решениями по делам *Никарагуа*[5]и *"Нефтяных платформ"*[6]они могут наделить МС юрисдикцией даже в делах, касающихся применения силы. Что касается юрисдикции Международного Суда в соответствии с факультативной оговоркой, важно отметить, что государства в целом не воспользовались своим правом делать оговорки, чтобы исключить из юрисдикции Международного Суда дела, связанные с применением силы.[7]Только шесть из шестидесяти семи государств, принявших факультативную оговорку, в настоящее время имеют такие оговорки.[8]Одно из них, Гондурас, сделало новую оговорку сразу после дела *Никарагуа*, чтобы попытаться защитить себя от иска со стороны Никарагуа. Венгрия и Греция сделали новые оговорки

[2]За частичным исключением случая с *каналом Корфу*, когда дело было возбуждено Соединенным Королевством в одностороннем порядке, но стороны впоследствии заключили специальное соглашение: *Corfu Channel (Preliminary Objections)(United Kingdom* v. *Albania)*, [1948] ICJ Rep. 15; *Corfu Channel* (*Judgment)*, [1949] ICJ Rep. 4.

[3]Eritrea-Ethiopia Claims Commission, *Ethiopia's Ius ad Bellum Claims*, 2006 (45) ILM 430.

[4]*Пограничная и трансграничная вооруженная деятельность (Никарагуа* против *Гондураса) (Юрисдикция)*, [1988] ICJ Rep. 69. Список договоров размещен на веб-сайте Международного Суда, см. www.icj-cij.org/jurisdiction/ index.php?p1=5&p2=1&p3=4.

[5]*Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее (Никарагуа* против *США)* (*Юрисдикция и приемлемость*), [1984] ICJ Rep. 392 (*Никарагуа - Юрисдикция*).

[6]*Нефтяные платформы (Иран* против *США) (Предварительные возражения)*, [1996] ICJ Rep. 803.

[7]Christine Gray, 'The Use and Abuse of the ICJ: Cases Concerning the Use of Force after *Никарагуа*", (2003) 14 EJIL 867, 885.

[8]Джибути, Германия, Греция, Гондурас, Венгрия и Индия. Израиль и Сальвадор, которые также имели такие оговорки, прекратили свое принятие факультативной оговорки. Еще четыре государства исключили споры, возникающие в результате воюющей оккупации.

В 1990-х годах оговорки были сняты, а совсем недавно, в 2000-х годах, это сделали Джибути[9] и Германия[10].

Эта глава начинается с вопроса о том, какие государства инициируют судебные разбирательства по вопросам применения силы *в ходе* текущих вооруженных конфликтов. На практике именно более слабые в военном отношении государства обращаются в МС в подобных обстоятельствах и регулярно запрашивают в этих случаях временные меры. В следующем разделе рассматривается обращение в Международный Суд *после* окончания конфликта. Далее в главе рассматриваются решения Международного Суда о применении силы по двум наиболее важным делам: его первое в истории решение по делу *"Канал Корфу"* и его эпохальное решение по делу *Никарагуа*. В следующем разделе рассматривается вопрос о том, не зашел ли Международный Суд слишком далеко в утверждении своей юрисдикции в делах, к а с а ю щ и х с я применения силы; из обзора его судебной практики становится ясно, что он этого не сделал. Однако его решения об осуществлении юрисдикции в делах *Никарагуа* и *"Нефтяные платформы"* были спорными, и в следующих разделах анализируется аргументация Суда в этих делах. Глава завершается обсуждением арбитражных решений и консультативных заключений по вопросам применения силы.

Средство правовой защиты более слабых в военном отношении государств в текущих вооруженных конфликтах

Когда разбирательство возбуждается в ходе продолжающегося вооруженного конфликта, то, как правило, его начинает более слабое в военном отношении государство, и, похоже, почти во всех случаях оно делает это, когда у него есть хорошие перспективы на успех по существу дела. Пять дел МС, связанных с продолжающимся вооруженным конфликтом, все касались относительно крупных конфликтов.

Никарагуа

В 1984 году, в разгар холодной войны, Никарагуа подала иск против Соединенных Штатов за их продолжающуюся насильственную интервенцию с целью помочь оппозиционерам-контрас свергнуть социалистическое правительство Никарагуа. Суд вынес решение в пользу Никарагуа и постановил, что Соединенные Штаты нарушили запреты международного права на применение силы

[9] Соответствующая часть предусматривает, что заявление о признании юрисдикции Суда не распространяется на "Споры, касающиеся или связанные с фактами или ситуациями вражды, вооруженных конфликтов, индивидуальных или коллективных действий, предпринятых в порядке самообороны, сопротивления агрессии".

(10) "Любой спор, который (а) касается, возникает или связан с развертыванием вооруженных сил за рубежом, участием в таком развертывании или принятием соответствующих решений, или (б) касается, возникает или связан с использованием в военных целях территории ФРГ, включая ее воздушное пространство, а также морские районы, на которые распространяются суверенные права и юрисдикция Германии".

и интервенции.[11]После успеха в этом деле Никарагуа в 1986 году подала аналогичные иски против Коста-Рики и Гондураса.[12]

Вооруженная деятельность на территории Конго (ДРК против *Уганды)*

В 1999 г. Демократическая Республика Конго (ДРК) возбудила дело против Уганды (и связанные с ней дела против Руанды и Бурунди) за военные действия, которые та начала против ДРК в 1998 г.[13]Этот конфликт был предварен окончанием холодной войны; сверхдержавы больше не считали необходимым поддерживать сочувствующие режимы-клиенты в Африке и других странах. Так, Соединенные Штаты прекратили поддержку длительного и репрессивного правления президента Мобуту Сесе Секо в ДРК (тогда Заире), и он был свергнут при поддержке сил из Уганды, Руанды и Бурунди. Однако новый правитель, Лоран Кабила, возмутился присутствием иностранных войск на территории ДРК и потребовал их ухода. Последовавший за этим широкомасштабный и длительный конфликт разгорелся из-за богатых природных ресурсов ДРК.[14]Суд вынес решение в пользу ДРК. В своем обосновании Международный Суд заявил, что "незаконная военная интервенция Уганды была настолько масштабной и продолжительной, что Суд считает ее серьезным нарушением запрета на применение силы, выраженного в пункте 4 статьи 2 Устава".[15]В диспозитивном решении он был менее прямым, но все же постановил, что Уганда "нарушила принцип неприменения силы в международных отношениях и принцип невмешательства".[16]

Законность применения силы

Это дело возникло в связи с военными действиями НАТО в 1999 г. в отношении Косово, автономного края Сербии.[17]Кампания воздушных бомбардировок с целью прекращения

[11]*Военные и полувоенные действия в Никарагуа и против Никарагуа (Никарагуа* против *Соединенных Штатов) (по существу)*, [1986] ICJ Rep. 14.

[12]*Пограничные и трансграничные вооруженные действия (Никарагуа* против *Коста-Рики)*, [1986] ICJ Rep. 548;

Пограничные и трансграничные вооруженные действия (Никарагуа против *Гондураса)*, [1986] ICJ Rep. 3.

[13]*Вооруженная деятельность на территории Конго (Демократическая Республика Конго* против *Уганды)*,

[2005] ICJ Rep. 168.

[14]См. Phoebe Okowa, 'Congo's War', (2006) 77 BYBIL 203.

[15]*Вооруженная деятельность на территории Конго (Демократическая Республика Конго* против *Уганды)*,

[2005] ICJ Rep. 168, [165].

[16]Ibid.

[17]Сербия и Черногория подали десять исков против членов НАТО. Для удобства будет упомянуто только дело против Бельгии, *Законность применения силы (Сербия и Черногория* против *Бельгии) (Предварительные возражения)*, [2004] ICJ Rep. 279.

Насильственное подавление этнических албанцев Косова стало первой военной операцией НАТО "вне зоны", не санкционированной Советом Безопасности ООН, и продемонстрировало стремление НАТО к новой роли после окончания холодной войны. В то время как военная операция еще продолжалась, Сербия и Черногория подали иски против десяти стран НАТО за применение силы. У Сербии и Черногории были, по крайней мере, спорные аргументы в пользу незаконности военных действий НАТО, но отсутствие юрисдикции не позволило принять решение.

Сухопутная и морская граница между Камеруном и Нигерией

Дело Камеруна против Нигерии по поводу их пограничного спора включало претензии по поводу продолжающегося применения силы.[18]Камерун утверждал, что Нигерия несет ответственность за нарушение Статьи 2(4) Устава ООН и принципа невмешательства, поскольку она совершала полномасштабные вторжения на территорию Камеруна с последующей оккупацией, а также несла ответственность за мелкие пограничные инциденты. Хотя Суд вынес решение о делимитации границы, он уклонился от решения вопроса о законности применения силы.

Применение Международной конвенции о ликвидации всех форм дискриминации (Грузия против *России)*

В этом деле Грузия утверждала, что Россия нарушила Конвенцию о ликвидации расовой дискриминации (КЛРД), осуществив насильственную интервенцию в Южную Осетию и Абхазию. Иск был подан 12 августа 2008 года, в то время как конфликт, вспыхнувший 7/8 августа, продолжался. Суд постановил, что у него нет юрисдикции для рассмотрения данного дела.[19]

Временные меры

Во всех этих случаях более слабое государство-истец, начавшее производство в одностороннем порядке, также просило принять временные меры, чтобы предотвратить непоправимый вред от применения силы.[20]Некоторые члены Международного Суда

[18]*Сухопутная и морская граница между Камеруном и Нигерией (Камерун* против *Нигерии: вмешательство Экваториальной Гвинеи) (Merits)*, [2002] ICJ Rep. 303.

[19]*Дело о применении Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Грузия* против *Российской Федерации) (предварительные возражения)*, [2011] ICJ Rep. ..

[20]Временные меры были также запрошены в *деле "Пограничный спор (Буркина-Фасо/Мали) (временные меры)"*, [1986] ICJ Rep. 3, и *"Применение Конвенции по предотвращению*

утверждали, что в делах, касающихся продолжающегося конфликта, особый характер предмета и роль Суда как главного судебного органа ООН должны заставить Суд с большей готовностью указывать временные меры, чтобы способствовать поддержанию международного мира и безопасности; он должен быть готов действовать даже там, где его prima facie юрисдикция по существу дела не ясна.[21]Суд не был готов пойти так далеко, но он распорядился о принятии временных мер во всех перечисленных выше делах, кроме одного - *"Законность применения силы"*.[22]Даже в этом деле, где Суд отказал в принятии временных мер на основании отсутствия юрисдикции, он, тем не менее, напомнил сторонам, что они обязаны разрешать споры мирным путем и следить за тем, чтобы не обострять и не расширять спор.

Совсем недавно Суд распорядился о принятии временных мер в деле *"Запрос о толковании решения от 15 июня 1962 года по делу о храме Преах Вихеар* (*Камбоджа/Таиланд*)".[23]В этом деле Камбоджа подала заявление о толковании решения по ранее рассмотренному делу о *храме* 1962 года после серии вооруженных столкновений между двумя государствами в районе храма. Стороны разошлись во мнениях относительно того, определяло ли решение 1962 года границу между ними или только решение о суверенитете над храмом. Камбоджа также ходатайствовала о принятии временных мер, чтобы обеспечить вывод тайских войск с территории Камбоджи и запрет на любую военную деятельность Таиланда в районе храма. Таиланд оспорил это ходатайство, заявив, что временные меры невозможны в деле, касающемся просьбы о толковании предыдущего решения. Однако Суд постановил, что существует реальный и неизбежный риск нанесения непоправимого ущерба, и обязал обе стороны незамедлительно вывести свой военный персонал из временной демилитаризованной зоны, определенной Судом.

МСК разделился во мнениях 11-5 по вопросу о том, выходит ли это создание демилитаризованной зоны, пусть даже временное и не предрешающее решение по существу дела, за рамки его юрисдикции. Те, кто высказал отдельные мнения в поддержку постановления Суда, подчеркнули, что постановление было

и наказание за геноцид (Босния и Герцеговина против *Сербии и Черногории) (временные меры)*, [1993] ICJ Rep. 3, 325, где государство-истец пыталось получить постановление о том, что эмбарго ООН на поставки оружия на всей территории бывшей Югославии не распространяется на него.

[21]Более подробный отчет см. в Gray, выше n. 7, 888.

(22) [1999] ICJ Rep. 124. См. также *Вооруженная деятельность на территории Конго (Демократическая Республика Конго* против *Руанды) (временные меры)*, [2002] ICJ Rep. 219.

[23]*Просьба о толковании решения от 15 июня 1962 года по делу о храме Преах Вихеар* (*Камбоджа/Таиланд*) *(временные меры)*, [2011] ICJ Rep. 537.

[24]Постановление Суда может показаться довольно радикальным, но оно, по-видимому, было разработано для того, чтобы быть более конкретным и, следовательно, более эффективным, чем более открытые постановления в предыдущих делах, где временные меры указывались для предотвращения дальнейших вооруженных столкновений.[25]В этих делах, касающихся применения силы, Суд также проявил гибкость в отношении правила, согласно которому временные меры должны быть приняты в срочном порядке. Он был готов указать временные меры для предотвращения возобновления боевых действий даже в тех случаях, когда стороны уже заключили соглашение о прекращении огня.[26]

Таким образом, для государств-истцов в делах, связанных с продолжающимися конфликтами, обращение за временными мерами стало обычным делом. Затяжной характер разбирательств в Суде означает, что более слабому в военном отношении государству-истцу целесообразно просить о принятии временных мер, чтобы добиться обязательного постановления Суда о предотвращении непоправимого ущерба, вызванного продолжающимся применением силы. Запрос о принятии временных мер позволит государству-истцу публично заявить о своей позиции по правовым вопросам. Даже если соблюдение этого постановления сомнительно, оно может привлечь внимание международной общественности.[27]Оно может укрепить позицию государства-истца в ООН, особенно в ходе любых дебатов по конфликту в ООН.

Тем не менее, Суд в целом проявил беспристрастность; он позаботился о том, чтобы не предрешить существо дела на стадии принятия временных мер, касающихся применения силы. В большинстве случаев, когда он указывал на временные меры, он предписывал, чтобы меры были приняты обеими сторонами. Однако в исключительных случаях, таких как дело *Никарагуа*[28]и дело о *геноциде в Боснии и Герцеговине*[29], Суд вынес постановление, направленное против государства, которое проиграло дело по существу. Такое указание на то, что истец

[24]Судьи Корома, Тринидад и Гийом.

[25]Это было сделано для того, чтобы избежать проблем, вызванных постановлением по *делу Камерун* против *Нигерии*, где Суд обязал стороны обеспечить, чтобы присутствие их вооруженных сил не выходило за пределы позиций, на которых они находились до 3 февраля 1996 года. На стадии рассмотрения дела по существу Международный Суд постановил, что он не может решить, было ли нарушено это постановление. [2002] ICJ Rep. 303, [320]-[324].

[26]Он сделал это в делах *Камерун* против *Нигерии*, *ДРК* против *Уганды*, *Буркина-Фасо/Мали* и *Камбо-диа/Таиланд*: см. Gray, выше n. 7, 896.

[27]О соблюдении см. C. Schulte, *Compliance with the Decisions of the International Court of Justice* (Oxford University Press, 2004), 275. См. также сомнения, выраженные судьей Одой в его заявлении по *делу ДРК* против *Уганды (временные меры)*, [2000] ICJ Rep. 111, 131.

[28]*Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее (Никарагуа* против *Соединенных Штатов) (временные меры)*, [1984] ICJ Rep. 169.

[29]*Применение Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина* против *Сербии и Черногории) (временные меры)*, [1993] ICJ Rep. 3, 325.

Если государство, скорее всего, выиграет дело по существу, это укрепляет его политические позиции. Такие постановления могут также привести к внутренним действиям в государстве-ответчике: так, Конгресс США прекратил выдачу разрешений на военную помощь контрас после постановления МС *в Никарагуа*.[30]

Случаи после окончания конфликта

Кроме того, как правило, более слабое в военном отношении государство прибегает к судебному разбирательству, когда дело передается в Международный Суд после окончания конфликта.[31]Иран подал два иска против Соединенных Штатов в Международный Суд; оба дела возникли в результате конфликта между Ираном и Ираком в 1980-8 годах, в частности, в результате войны танкеров в Персидском заливе. Во время этого конфликта Соединенные Штаты использовали военно-морские конвои для сопровождения американских торговых судов, направлявшихся в Ирак и обратно. В деле *"Нефтяные платформы"* Иран подал заявление в 1992 году, обвинив США в незаконном применении силы при нападении на иранские нефтяные платформы в 1987 и 1988 годах в ответ на предполагаемые нападения иранцев на американские суда в Персидском заливе.[32]В 1989 году Иран подал иск против Соединенных Штатов в связи с *авиационным инцидентом от 3 июля 1988 года*, в результате которого в 1988 году иранский гражданский самолет был сбит кораблем ВМС США *"Винсеннес"* во время войны за танкеры.[33]Кроме того, Пакистан подал иск против своего более могущественного соседа, Индии, в связи с инцидентом 1999 года, в котором он утверждал, что Индия сбила безоружный пакистанский самолет в воздушном пространстве Пакистана. Пакистан утверждал, что в преддверии всеобщих выборов Индия заняла агрессивную позицию в давнем споре о Кашмире.[34]Израиль, в то время гораздо менее сильный в военном отношении, чем сегодня, подал иск против Болгарии в связи со сбитым самолетом *по делу Aerial Incident of 27 July 1955*.[35]Все эти дела касались отдельных разовых инцидентов, а не крупных конфликтов между сторонами.

[30]Schulte, выше n. 27, 209.

[31]Однако различные дела о *воздушных инцидентах*, возбужденные западными государствами против государств советского блока, показывают, что во время холодной войны более мощные в военном отношении государства также обращались в МС в делах о применении силы или, по крайней мере, делали это в политических целях, когда не было перспектив получить юрисдикцию.

[32]*Нефтяные платформы (Иран* против *Соединенных Штатов) (решение)*, [2003] ICJ Rep. 161.

[33]Это дело было отозвано в 1996 г.: см. *воздушный инцидент от 3 июля 1988 г. (Иран* против *Соединенных Штатов) (постановление от 22 февраля 1996 г.)*, [1996] ICJ Rep. 9.

[34]*Авиационный инцидент от 10 августа 1999 г. (Пакистан* против *Индии) (Юрисдикция)*, [2000] ICJ Rep. 12.

[35]*Авиационный инцидент от 27 июля 1955 года (Израиль* против *Болгарии) (Предварительные возражения)*, [1959] ICJ Rep. 127.

Причины обращения в Суд

Настаивание судьи Хиггинса на том, что возбуждение дела в МС не должно рассматриваться как враждебный акт, не кажется вполне правдоподобным в контексте судебных разбирательств, касающихся применения силы.[36]По крайней мере, государство-истец стремится к пропагандистской победе через громкое решение Суда. Государства-ответчики утверждают, что дела, касающиеся применения силы, политически мотивированы и не должны рассматриваться Судом. Одним из возражений Соединенных Штатов против утверждения Судом юрисдикции *Никарагуа* было то, что Никарагуа использует МС в качестве политического оружия.[37]Некоторые американские комментаторы продолжают предупреждать об опасности использования Суда для решения "политических вопросов".[38]Однако Суд неизменно отказывался отклонять дела по причине их политической мотивированности.[39]

Даже в тех случаях, когда выполнение требований может быть маловероятным,[40]государство-истец получает явное политическое преимущество, если может доказать, что оно с т а л о жертвой незаконного применения силы. Такое решение может укрепить внутреннюю поддержку позиции правительства в продолжении конфликта; оно также может создать внутреннее давление на государство-ответчика, чтобы оно отказалось от применения силы. На международном уровне государство-жертва укрепит свои позиции в ООН, которая играет главную роль в поддержании международного мира и безопасности. Оно также может заручиться политической, а возможно, и финансовой и военной поддержкой со стороны других государств, если будет считать с е б я правым. Так, Никарагуа, Иран, ДРК, Югославия (ныне Сербия), Камерун, Пакистан и Грузия обращались в Суд, когда утверждали, что подверглись нападению со стороны более могущественных государств.

Решения по существу дел, касающихся применения силы

Во всех делах, непосредственно касающихся законности применения силы (за исключением дела
ДРК против *Уганды*[41)] , государство-ответчик оспаривало право суда на

[36]Судья Хиггинс, Выступление в Совете Безопасности ООН, UN Doc. S/PV 5474, 22 июня 2006 г.

[37]Государственный департамент США, Письмо и заявление по поводу прекращения принятия обязательной юрисдикции МС, (1985) 79 ILM 1742, 1744.

[38]John Bellinger, 'International Courts and Tribunals and the Rule of Law', in Cesare Romano (ed.), *The Sword and the Scales* (Cambridge University Press, 2009) 1, 3-4.

[39]См. например, *Пограничные и трансграничные вооруженные действия (Никарагуа* против *Гондураса) (решение)*, [1988] ICJ Rep. 69, [51].

[40]Шульте, выше, п. 27. Об ограниченном влиянии решений Международного Суда в делах, касающихся применения силы, см. также Bellinger, выше n. 38, 429.

[41]В данном случае Суд обладал юрисдикцией в соответствии с факультативной оговоркой, поскольку обе стороны приняли ее без оговорок. Уганда не оспаривала юрисдикцию Суда.

рассматривать дело. Очевидно, что государства в целом не стремятся доводить подобные дела до обязательного урегулирования третьей стороной, и лишь немногие из них дошли до решения по существу в МС или арбитражном суде.

Первое дело о применении силы: дело о канале Корфу

Тем не менее, первое дело Международного Суда касалось применения силы; это было дело о *канале Корфу* между Великобританией и Албанией.[42]Великобритания утверждала, что Албания несет ответственность за подрыв британских военных кораблей на минах в албанских водах; Албания сначала оспаривала юрисдикцию Суда, но впоследствии изменила свою позицию и выдвинула встречный иск о том, что Великобритания нарушила ее суверенитет, направив военные корабли в ее воды для поиска доказательств того, кто установил мины, подорвавшие ее корабли. Это дело показало, что применение силы является подходящей темой для нового Суда. Более того, Совет Безопасности ООН рекомендовал сторонам передать свой спор в Международный Суд.[43]

Кроме того, Международный Суд занял строгую позицию в отношении материального права. Он возложил на Алба-нию ответственность за подрыв британских военных кораблей, поскольку она знала о наличии мин и не предупредила международное судоходство. По встречному иску Албании Суд единогласно постановил, что насильственная интервенция Соединенного Королевства нарушила суверенитет Албании. Подход Суда в этом деле можно рассматривать как поощрение государств, пострадавших от незаконного применения силы, к судебному разбирательству; он решительно подтвердил запрет на насильственное вмешательство в эпоху Хартии. Это дело дает особенно сильный сигнал слабым государствам.[44]В знаменитом отрывке Суд отверг особые доводы Соединенного Королевства о том, что оно применяло силу только для того, чтобы помочь Суду получить доказательства. Он сказал,

> Суд не может принять такую линию защиты. Суд может рассматривать предполагаемое право на вмешательство только как проявление политики силы, которая в прошлом приводила к самым серьезным злоупотреблениям и которая

Суд оспаривал приемлемость претензий в той мере, в какой они касались действий Руанды. Суд отклонил этот аргумент. *Вооруженная деятельность на территории Конго (Демократическая Республика Конго* против *Уганды)*, [2005] ICJ Rep. 168, [196]-[204].

[42]*Дело о канале Корфу (Великобритания* против *Албании) (Заслуга)*, [1949] ICJ Rep. 4.

(43) Дело о*канале Корфу (Соединенное Королевство* против *Албании) (Предварительные возражения)*, [1948] ICJ Rep. 15,

17; *Дело о канале Корфу (Великобритания* против *Албании) (по существу)*, [1949] ICJ Rep. 4, 6.

[44]В своих заявлениях Албания подчеркивала свою военную слабость и необходимость того, чтобы международное право в отношении применения силы было одинаково применимо ко всем государствам, как слабым, так и сильным.

> не может, каковы бы ни были нынешние недостатки международной организации, найти место в международном праве. Вмешательство, возможно, еще менее допустимо в той конкретной форме, которую оно приняло бы в данном случае; поскольку, исходя из природы вещей, оно было бы зарезервировано для наиболее могущественных государств и могло бы легко привести к извращению самого отправления международного правосудия"[45].

Суд также отклонил утверждения Великобритании о том, что она действовала в целях самозащиты или самопомощи.

Однако Суд был осторожен в своих формулировках. Он не сделал прямой ссылки на статью 2(4) Устава ООН и просто в общих чертах заявил, что Соединенное Королевство нарушило суверенитет Албании. Суд заявил, что это заявление является достаточным удовлетворением для Албании. Некоторые судьи критиковали сдержанность Суда в этом отношении и призывали его играть более напористую роль в качестве главного судебного органа ООН.[46]Эта осторожность в выборе формулировок проявилась и в более поздних делах. Нежелание более решительно осудить государство-нарушителя может свидетельствовать о намерении избежать вопросов о взаимоотношениях Суда с Советом Безопасности ООН. Это также может свидетельствовать об уважении к чувствам государств-участников, призванном побудить их использовать МС. Однако нет никаких признаков того, что государства отреагировали на такое (неявное) поощрение.

Дело Никарагуа *(1986): поворотный момент для суда*

После вынесения решения по существу по делу о *канале Корфу* Международный Суд больше не принимал решений по делам о применении силы вплоть до *Никарагуа*. То есть с 1949 по 1986 год - период холодной войны - ни по одному делу о применении силы не было принято решения по существу. Затем Никарагуа обратилась в Международный Суд. Она оспаривала законность насильственной интервенции Соединенных Штатов против левого правительства, свергнувшего репрессивный режим, поддерживаемый США. Соединенные Штаты оспаривали приемлемость заявления Никарагуа; они утверждали, что дела, касающиеся постоянного применения силы, не подходят для рассмотрения в МС.[47]Были проблемы с установлением фактов.[48]Вопросы о нарушениях

[45]*Дело о канале Корфу (Великобритания* против *Албании) (по существу)*, [1949] ICJ Rep. 4, 35.

[46]Судьи Азеведо, Эсер, Крылов и Альварес.

[47]*Никарагуа - Юрисдикция*, [1984] ICJ Rep. 392, [84]-[108].

[48]Там же, [99]: "Применение силы в ходе продолжающегося вооруженного конфликта не обладает признаками, необходимыми для применения судебного процесса, а именно: наличием юридически значимых фактов, выявляемых средствами, доступными арбитражному суду, устанавливаемых в соответствии с применимыми нормами доказательств и доказывания, и не подвергающихся дальнейшему существенному изменению в ходе или после судебного разбирательства".

В соответствии со статьей 51, мир или акты агрессии, а также продолжающееся осуществление права на самооборону относятся к компетенции Совета Безопасности ООН, а не Суда. Конечно, это был корыстный и довольно неискренний аргумент; Соединенные Штаты могли предотвратить любые действия Совета Безопасности против себя с помощью угрозы или применения своего права вето. Соединенные Штаты также утверждали, что этот вопрос должен решаться в рамках региональных политических процессов, а не в Международном суде.

Однако Международный Суд в целом отклонил доводы США о приемлемости.[49]Он заявил, что ситуация вооруженного конфликта - не единственная, в которой получение доказательств фактов может быть затруднено. Бремя доказывания лежит на стороне, стремящейся установить факт.[50]Более того, в международной системе не существует доктрины разделения властей. Тот факт, что конфликт рассматривался в ООН, не означал, что он не мог стать предметом рассмотрения в МС. Совет Безопасности несет главную, но не исключительную ответственность за поддержание межнационального мира и безопасности. Таким образом, в исключительных случаях Суд мог бы предоставить средства правовой защиты государствам, не имеющим возможности получить возмещение в Совете Безопасности из-за вето пяти постоянных членов. Примечательно, что даже американский судья Швебель не поддержал эту часть аргументации США; он проголосовал за приемлемость дела.[51]В своих заявлениях по последующим делам Соединенные Штаты никогда не использовали аргументы о том, что применение силы является вопросом только Совета Безопасности и не подлежит юридическому контролю.[52]В последующих делах, возбужденных против них, Соединенные Штаты основывали свое отрицание права Суда рассматривать дело на утверждениях об отсутствии у него юрисдикции.

Никарагуа, по общему признанию, стала поворотным пунктом в деятельности Международного Суда. В разгар холодной войны Суд подтвердил обязанность невмешательства

[49]Там же, [84]-[108].

[50]Там же, [101]. Суд отклонил аналогичный аргумент Нигерии по фактам в деле *"Сухопутная и морская граница между Камеруном и Нигерией* (*Камерун* против *Нигерии*) (*Предварительные возражения*)", [1998] ICJ Rep. 275, [101]. В деле *ДРК* против *Уганды* Суд в значительной степени смог избежать сложных решений по фактам в отношении применения силы, поскольку Уганда признала присутствие своих войск на территории ДРК, но пыталась оправдать это на основании согласия или самообороны.

[51]*Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее (Никарагуа* против *Соединенных Штатов)*,

[1986] ICJ Rep. 249, [43], [69]-[77] (судья Швебель, особое мнение). Однако на стадии рассмотрения дела по существу Швебель скорректировал свою позицию. В своем особом мнении он теперь заявил, что Международный Суд не способен судить о необходимости дальнейшего применения силы и поэтому не должен выносить решение по вопросу о самообороне.

[52]Гондурас использовал некоторые из этих аргументов в деле *"Пограничные и трансграничные вооруженные действия (Никарагуа* против *Гондураса) (решение)*", [1988] ICJ Rep. 69.

и право каждого государства выбирать свою политическую систему. Оценка влияния этого решения на решения государств о том, обращаться ли им в Суд, носит спекулятивный характер, однако за ним последовало увеличение числа обращений в МС по широкому кругу дел. Тот факт, что Суд вынес решение не в пользу Соединенных Штатов, по-видимому, подтолкнул развивающиеся государства к обращению в МС.

Последующие решения о применении силы

Впоследствии МС вынес еще два решения по существу дел, непосредственно касающихся законности применения силы. Это были *дела "Нефтяные платформы"* и *"ДРК* против *Уганды*". В этих делах, как и в деле *Никарагуа*, победило государство-истец. МКЮ также вынес два консультативных заключения, которые касались применения силы: *Ядерное оружие*[53]и очень краткий раздел в заключении по делу *Уолла*.[54]Соединенные Штаты выступали против вынесения обоих заключений, но их аргументы о том, что такие вопросы являются скорее предметом политических переговоров в ООН, чем юридического заключения, не убедили Суд. Со времен Второй мировой войны было принято только два арбитражных решения по вопросу применения силы: одно по делу *"Эфиопские претензии Jus ad Bellum"* Комиссией по претензиям Эритреи и Эфиопии, созданной в соответствии с Соглашением о прекращении военных действий между Эфиопией и Эритреей 2000 года,[55]а другое по делу *"Гайана* против *Суринама*" арбитражным судом, созданным в соответствии с Конвенцией ООН по морскому праву 1982 года (UNCLOS).[56]

Дела, в которых МС уклонился от принятия решения о законности применения силы

В Международный Суд было передано еще много дел, непосредственно касающихся применения силы, хотя по ним не было вынесено решений по существу. Некоторые из них были отозваны. Никарагуа отозвала свой иск о компенсации в *Никарагуа*,[57]а также отозвала свои дела против Коста-Рики и Гондураса после того, как в результате выборов 1990 года к власти пришло проамериканское правительство, а внешняя политика Никарагуа изменилась. ДРК отозвала свои дела

[53]*Законность угрозы или применения ядерного оружия (Консультативное заключение)*, [1996] ICJ Rep. 226.
[54]*Правовые последствия строительства стены на оккупированной палестинской территории (Консультативное заключение)*, [2004] ICJ Rep. 136 (*Wall Opinion*), [139].
[55]*Претензии Эфиопии в отношении Jus ad Bellum 1-8 (Эфиопия* против *Эритреи)*, (2006) 45 ILM 430.
[56]*Гайана* против *Суринама (решение)*, Арбитражный трибунал ЮНКЛОС, 17 сентября 2007 года, (2008) 47
ILM 164.
[57]Schulte, выше n. 27, 205.

против Руанды и Бурунди после того, как на стадии принятия временных мер стало очевидно, что реальных шансов на юрисдикцию по существу дела нет. *Дело "Воздушный инцидент от 3 июля 1988 года" (Иран* против *США)* было отозвано после того, как стороны договорились о прекращении дела; Соединенные Штаты выплатили Ирану компенсацию за сбитый американским кораблем *"Винсеннес"* иранский аэробус, не признав нарушения международного права.[58]В данном случае представляется вероятным, что возбуждение дела способствовало урегулированию; изложение аргументов Ирана в состязательных документах позволило понять силу его дела.

В ряде других дел, непосредственно касающихся законности применения силы, Международный Суд постановил, что у него нет юрисдикции.[59]Во всех этих случаях несогласные мнения указывали на то, что Суд мог бы прийти к иному выводу и признать юрисдикцию, применив более радикальный подход. Двумя наиболее спорными делами, в которых Суд отказал в юрисдикции, были дела *"Законность применения силы"* и *"Грузия* против *России"*. В последнем случае Грузия утверждала, что Россия нарушила Конвенцию о ликвидации расовой дискриминации (КЛРД), осуществив насильственные интервенции в Южную Осетию и Абхазию. На стадии предварительных мер Россия утверждала, что дело на самом деле не касается расовой дискриминации; если бы спор и существовал, то он касался бы применения силы и принципов территориальной целостности и самоопределения. Таким образом, Россия заявила, что Суд не обладает юрисдикцией по данному делу.[60]Суд отклонил этот аргумент и восемью голосами против семи принял временные меры. Однако на более поздней стадии после полного слушания он десятью голосами против шести пришел к выводу, что у него нет юрисдикции.[61]

Были и другие дела, в которых утверждения о нарушениях межнационального права возникали в связи с применением силы, но в которых Суд не углублялся в этот вопрос. Так, два дела о геноциде возникли в связи с применением силы; государства-истцы утверждали в своих заявлениях, что имело место

[58]*Авиационный инцидент от 3 июля 1988 года (Иран* против *Соединенных Штатов) (постановление от 22 февраля 1996 года)*, [1996] ICJ Rep. 9.

[59]*Авиационный инцидент от 27 июля 1955 года (Израиль* против *Болгарии) (предварительные возражения)*, [1959] ICJ Rep. 127; *Авиационный инцидент от 10 августа 1999 года (Пакистан* против *Индии) (юрисдикция)*, [2000] ICJ Rep. 12; *Вооруженная деятельность на территории Конго (новое заявление: 2002 год) (Демократическая Республика Конго* против *Руанды) (юрисдикция и приемлемость)*, [2006] ICJ Rep. 6.

[60]*Дело о применении Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Грузия* против *Российской Федерации) (временные меры)*, [2008] ICJ Rep. 353, [95]-[98].

[61]*Дело о применении Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Грузия* против *Российской Федерации) (предварительные возражения)*, [2011] ICJ Rep. ..

было незаконное применение силы, но они не могли требовать этого напрямую из-за ограниченного объема юрисдикции Суда.[62]В деле *Камерун* против *Нигерии* вопрос о законности применения силы возник как побочный вопрос в деле о границе, но Международный Суд обошел его стороной. Определив сухопутную границу, он просто постановил, что Нигерия должна вывести свои вооруженные силы из районов, находящихся под суверенитетом Камеруна. Он не возложил ответственность за незаконное применение силы и не потребовал от Нигерии предоставления гарантий неповторения. Нигерия утверждала, что Камерун был неправ, вводя вопросы ответственности за применение силы в пограничное дело; подход Камеруна усложнил бы окончательное урегулирование границ. Суд прямо не принял аргумент Нигерии, но его решение не выносить решение о законности применения силы, очевидно, свидетельствует о некоторой поддержке этой точки зрения.

Таким образом, из этого обзора становится ясно, что МС не стремится утвердить свою юрисдикцию в делах, касающихся применения силы. Нет никаких признаков того, что Международный Суд готов открыто занять позицию, согласно которой он как главный судебный орган ООН несет ответственность за поддержание международного мира и безопасности и, следовательно, должен пойти по пути утверждения своей юрисдикции во всех делах, связанных с применением силы. Он пришел к выводу, что не обладает юрисдикцией в делах *"Законность применения силы"* и *"Пакистан* против *Индии"*, а в деле *"Камерун* против *Нигерии*" обошел стороной вопрос о применении силы. Поэтому государствам ясно, что судебные разбирательства по вопросам применения силы могут быть реальной перспективой лишь в исключительных случаях.

Спорные утверждения о юрисдикции Международного Суда в делах, касающихся применения силы

Однако в ряде случаев утверждение юрисдикции Международного суда для принятия решений о законности применения силы вызывало споры. В деле *Corfu Chan-nel* он первоначально опирался на спорную доктрину подразумеваемого согласия или *forum prorogatum*. Соединенные Штаты как государство-ответчик оспаривали юрисдикцию Суда в делах *"Никарагуа"* и *"Нефтяные платформы"*. В обоих этих делах решение Суда об утверждении юрисдикции оказалось весьма спорным; казалось, что Суд стремится высказаться о законности применения силы в отношении

[62]*Применение Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Хорватия* против *Сербии)*, [2008] ICJ Rep. 412; *Применение Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина* против *Сербии и Черногории) (временные меры)*, [1993] ICJ Rep. 3, 325.

возражения Соединенных Штатов. В обоих случаях Суд мог бы обоснованно решить, что у него нет юрисдикции выносить решение о применении силы. В обоих случаях Международный суд, казалось, был полон решимости преодолеть все препятствия, чтобы вынести решение о применении силы США. Однако даже если бы эти решения подтолкнули другие государства к подаче исков против Соединенных Штатов за незаконное применение силы, сегодня вероятность того, что Суд будет обладать юрисдикцией, невелика из-за действий США, направленных на ограничение возможности подачи таких исков после *Никарагуа*.

Никарагуа

В деле *Никарагуа* Суд заявил о наличии юрисдикции как на основании факультативной оговорки, так и на основании двустороннего Договора о дружбе, торговле и мореплавании. Суд применил гибкий подход, признав, что Никарагуа признала юрисдикцию по факультативной оговорке, несмотря на технические недостатки в ее принятии. Он не отнесся с пониманием к попытке США лишить МС юрисдикции в соответствии с факультативной оговоркой, сделав новую оговорку всего за три дня до того, как Никарагуа предъявила свой иск. Он не согласился с тем, что оговорки США помешали ему рассмотреть дело. Что касается Договора о дружбе, торговле и мореплавании 1956 года, то Суд постановил, что даже такой преимущественно коммерческий договор может позволить ему рассматривать споры, касающиеся применения силы: государство-истец должно доказать, что конкретное применение силы нарушает договор.[63]

Соединенные Штаты отказались от участия в разбирательстве после того, как проиграли на стадии юрисдикции; они объявили, что выходят из дела.[64]Они заявили, что разбирательство является злоупотреблением Судом в политических целях, и подтвердили свою позицию, что конфликт в Центральной Америке - это не узкий правовой спор, а сугубо политическая проблема, которая не подходит для судебного разрешения. Она утверждала, что большая часть доказательств, подтверждающих агрессию Никарагуа, носит исключительно секретный разведывательный характер. Соединенные Штаты не стали бы "рисковать национальной безопасностью, представляя такие секретные материалы публично или в Суде, в состав которого входят два судьи из стран Варшавского договора".[65]Они указали, что из других постоянных членов Совета Безопасности только Соединенное Королевство приняло факультативную оговорку. Она утверждала, что

[63]*Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее (Никарагуа* против *Соединенных Штатов) (юрисдикция и приемлемость)*, [1984] ICJ Rep. 392, [77]-[83]; [1986] ICJ Rep. 14, [270]-[282].

[64]Письмо Государственного секретаря Шульца и связанные с ним документы, (1985) 24 ILM 246, 249.

[65]Там же, 248.

Решение Суда затронуло основной вопрос суверенитета: право государства защищать себя или участвовать в коллективной самообороне от агрессии является неотъемлемым суверенным правом, которое не может быть поставлено под угрозу неуместным разбирательством в Международном Суде. Таким образом, Соединенные Штаты утверждали, что их применение силы не должно подвергаться внешнему контролю. Они также предположили, что МС грозит политизация в ущерб интересам западных демократий. После этого Соединенные Штаты прекратили принимать факультативную оговорку[66], а также Договор о дружбе.[67]Они больше не заключали никаких договоров о дружбе и торговле, предоставляющих юрисдикцию Международному Суду. После вынесения в 1986 году решения по существу дела против нее Соединенные Штаты наложили вето на ряд резолюций Совета Безопасности, призывающих к выполнению этого решения, и фактически не выполнили его.[68]

Однако явные нападки США на решение не были сосредоточены на заявлениях Суда о праве на применение силы. Стороны достигли широкого согласия по существу закона; спор возник по поводу его применения. Это контрастирует с реакцией США на следующее решение Международного Суда, вынесенное против них, - дело о *нефтяных платформах*.

Нефтяные платформы

Утверждение Судом своей юрисдикции в деле *"Нефтяные платформы"* также вызвало много споров. Другой двусторонний договор, Договор о дружбе между Соединенными Штатами и Ираном, служил единственным основанием для юрисдикции в этом деле. Суд не был полностью восприимчив к аргументам Ирана. Он отклонил наиболее далеко идущее утверждение Ирана о том, что Суд обладает юрисдикцией в соответствии со статьей I Договора о дружбе, которая предусматривает прочный и длительный мир и дружбу между Ираном и Соединенными Штатами. Поскольку договор касался коммерческих вопросов, это общее положение не могло быть истолковано как включение в договор общих норм международного права и разрешение претензий на применение силы. Однако Иран также обвинил Соединенные Штаты в нарушении статьи X о свободе торговли в результате их нападений на иранские нефтяные платформы. Суд истолковал договор как предоставляющий ему юрисдикцию рассматривать законность применения силы Соединенными Штатами.[69]В отличие от *Никарагуа*, США продолжали принимать участие

[66]Государственный департамент США, Письмо и заявление о прекращении признания обязательной юрисдикции МС (7 октября 1985 г.), (1985) 24 ILM 1742.

[67]Дипломатические ноты по поводу экономических санкций и прекращения действия договора FCN, (1985) 79 ILM 811, 815.

[68]1986 UNYB 186, 191; Schulte, выше n. 27, 197-205, 400.

[69]*Нефтяные платформы (Иран* против *Соединенных Штатов) (Предварительные возражения)*, [1996] ICJ Rep. 803.

в разбирательстве даже после того, как ему не удалось убедить Суд отказать в юрисдикции.

Подход Суда на стадии рассмотрения дела по существу был решительно оспорен в особых и раздельных мнениях. Первая и самая сильная критика заключалась в том, что Суд злоупотребил своим усмотрением в отношении порядка рассмотрения вопросов в деле; он ошибся, решив рассмотреть возможную защиту применения силы по статье XX до того, как рассмотрел вопрос о том, имело ли место нарушение статьи X о свободе торговли.[70]Этот выбор позволил Суду рассмотреть вопрос о том, действовали ли Соединенные Штаты в порядке самообороны, сделать вывод, что нет, и указать в своем диспозитиве, что действия США не были оправданы договором, хотя такие выводы не были логически необходимы для его решения. Суд объяснил свой выбор порядка тем, что первоначальный спор между сторонами касался законности действий Соединенных Штатов в свете международного права о применении силы. Соединенные Штаты утверждали в Суде и за его пределами, что их действия были оправданы как самооборона.[71]Более того, "вопросы самообороны, представленные в данном деле, затрагивают вопросы наивысшей важности для всех членов международного сообщества".[72]Кажется совершенно очевидным, что Суд стремился высказаться по вопросу применения силы в данном деле.

Вторая и гораздо более слабая критика заключалась в том, что Суд не имел оснований рассматривать право на самооборону при толковании статьи XX, в которой говорится, что договор "не исключает применения мер... необходимых для защиты существенных интересов безопасности"(73). ... необходимых для защиты основных интересов безопасности".[73]Соединенные Штаты утверждали, что Суду не нужно рассматривать вопрос о самообороне; его юрисдикция ограничена толкованием и применением слов статьи XX. Эта статья позволяла Соединенным Штатам субъективно определять, что необходимо для защиты основных интересов безопасности. Соединенные Штаты вновь пытались доказать, что Суд не должен рассматривать их право на самооборону, как это было в случае с *Никарагуа*. Однако статья XX, очевидно, не может быть истолкована таким образом, чтобы разрешить применение силы, не являющееся законной самообороной; двусторонний договор не может предоставить государству-участнику такое право на применение силы, и Соединенные Штаты не делали такого заявления. Соответственно,

[70]См. *Oil Platforms (Iran* v. *United States) (Judgment)*, [2003] ICJ Rep. 161, отдельные мнения судей Парра-Арангурена, Бюргенталя и Овады.

[71]*Oil Platforms (Iran* v. *United States) (Judgment)*, [2003] ICJ Rep. 161, 180 [37].

[72]Там же, [38].

[73]Там же, отдельные мнения судей Хиггинса, Койманса, Бюргенталя и Овады.

Суд постановил, что общие правила толкования договоров требуют от него рассмотрения соответствующих норм международного права о применении силы. Судьи, поддержавшие мнение большинства по этому вопросу, заявили, что для МС как главного судебного органа ООН было важно подтвердить нормы международного права о применении силы в сложный момент, а именно в период подготовки к вторжению в Ирак в 2003 году.[74]

Реакция США на это решение сильно отличалась от их предыдущих нападок на Суд после решения по *Никарагуа*. Ее тон был гораздо более взвешенным. Юридический советник Госдепартамента США Уильям Тафт изложил позицию США в статье.[75]Это была попытка сохранить позицию США по существу права, и в частности по объему самообороны. При президенте Джордже Буше-младшем Соединенные Штаты отстаивали широкий и противоречивый взгляд на право на самооборону. Хотя многие рассуждения Суда следует рассматривать в свете особых фактов дела, Соединенные Штаты все же стремились изложить свою позицию и отвергнуть ограничения Суда в отношении права на самооборону в случае, если они будут восприняты как имеющие общее значение, выходящее за рамки фактов дела. Тафт выразил сожаление по поводу решения Суда вообще высказаться по вопросу о самообороне. Однако еще большее сожаление вызывает тот факт, что в заключении Суда есть заявления, которые могут быть истолкованы как предполагающие новые и ничем не подкрепленные ограничения способности государств защищаться от вооруженных нападений"[76].В частности, Тафт критиковал Суд за узкий взгляд на вооруженное нападение и за его настойчивое требование, чтобы меры, принимаемые в порядке самообороны, были пропорциональны конкретному акту, непосредственно предшествовавшему оборонительным мерам, а не пропорциональны общей угрозе, против которой ведется борьба. Эти вопросы были крайне важны в контексте "глобальной войны с терроризмом".

Арбитражные решения по вопросу применения силы

Два арбитражных решения, в которых рассматривался вопрос о законности применения силы, также приняли неоднозначные решения о пределах своей юрисдикции. После крупномасштабного конфликта между Эритреей и Эфиопией, двумя беднейшими

[74]Интересно, что разногласия между судьями по поводу того, должен ли Суд выносить решение о законности применения силы США против Ирана, отражают разногласия между их государствами по поводу применения силы против Ирака.

(75) W. H. Taft, 'Self-Defense and the *Oil Platforms* Decision', (2004) 29 *Yale Journal of Inter-national Law* 295: Это можно принять за официальную позицию Соединенных Штатов, поскольку в статье нет оговорки, что это только личное мнение Тафта.

[76]Ibid., 306.

[77]Они также создали Комиссию по претензиям для рассмотрения исков о нарушении гуманитарного права. В своем *Частичном решении: Jus ad Bellum Claims 1-8*" Эритрейско-эфиопская комиссия по претензиям истолковала арбитражное соглашение как позволяющее ей принимать решения не только по претензиям о нарушениях гуманитарного права, но и по претензиям о законности применения силы.[78]Она сделала это, несмотря на то, что в соглашении было прямо сказано: "Комиссия не рассматривает претензии, связанные с затратами на военные операции, подготовку к военным операциям или применение силы, за исключением случаев, когда такие претензии связаны с нарушениями международного гуманитарного права".[79]Трибунал признал Эритрею ответственной за начало конфликта 1998-2000 годов. В несколько неожиданном решении он постановил, что Эритрея нарушила статью 2(4) Устава ООН, даже несмотря на то, что использовала силу для защиты собственной территории.[80]Далее он вынес первое решение о возмещении ущерба в подобном деле со времен *Corfu Channel*.[81]

В деле *Гайана* против *Суринама* стороны были вынуждены обратиться в арбитраж в соответствии с положениями ЮНКЛОС. Трибунал широко использовал свои полномочия по принятию решений о толковании или применении ЮНКЛОС.[82]Он постановил, что может выносить решения не только по спору о морской границе между сторонами, но и по иску Гайаны к Суринаму о незаконном применении силы в нарушение обязанности разрешать споры мирными средствами. По существу дела трибунал постановил, что Суринам нарушил не только UNC-LOS, но и Устав ООН и общие международно-правовые обязательства по урегулированию споров мирными средствами, поскольку применил вооруженную силу для угрозы гайанскому судну и нефтяной вышке. Трибунал постановил, что действия Суринама были "скорее похожи на угрозу военных действий, чем на простое

[77]*Решение о делимитации границы между государством Эритрея и Федеративной Демократической Республикой Эфиопия (Эритрея/Эфиопия)* (Eritrea-Ethiopia Boundary Commis-sion, 13 April 2002), (2002) 41 ILM 1057.

[78]*Претензии Эфиопии в отношении Jus ad Bellum 1-8 (Эфиопия* против *Эритреи)*, (2006) 45 ILM 430.

[79]Ibid., 432, [5].

[80]Критический анализ этого решения см. в Christine Gray, 'The Eritrea/Ethiopia Claims Commission Oversteps its Boundaries', (2006) 17 EJIL 699.

[81]Однако трибунал не принял утверждение Эфиопии о том, что Эритрея обязана выплатить компенсацию за *весь* ущерб, причиненный конфликтом 1998-2000 годов. Эритрея несла ответственность только в том случае, если ее конкретные действия были непосредственной причиной ущерба. См. Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Decision No. 7, Guidance regarding *Jus ad Bellum* Liability, 2007, available at www.pca-cpa.org/upload/files/EECC Decision No 7.pdf; и *Ethiopia's Damage Claims (Ethiopia* v. *Eritrea) (Final Award)* (2009) 26 RIAA 631. См. также Michael J. Matheson, 'Eritrea-Ethiopia Claims Commission', *ASIL Insight*, 4 September 2009, Vol. 13, Issue 13.

[82]*Гайана* против *Суринама (решение)* (Арбитражный трибунал ЮНКЛОС, 17 сентября 2007 года), (2008)
47 ILM 164.

[83]Однако он отклонил иск Гайаны на сумму более 33 миллионов долларов США, поскольку ущерб не был доказан.[84]

Эти случаи представляют собой разительный контраст с осторожностью Международного Суда в деле *Камерун* против *Нигерии*. В этом пограничном деле Международный Суд не высказался прямо об ответственности Нигерии за незаконное применение силы в результате оккупации ею территории, которая впоследствии была признана принадлежащей Камеруну. Трибунал по делу *Гайана* против *Суринама* непосредственно рассмотрел вопрос о том, существует ли общий принцип, согласно которому ответственность государства не имеет отношения к пограничным спорам. Он постановил, что такого принципа не существует. Теоретически это кажется правильным, но его подход в данном деле может отбить у других государств желание обращаться к арбитражу в пограничных делах после конфликта.

Консультативные заключения по применению силы

Другие споры о применении силы доходили до Международного Суда через запросы консультативных заключений. Когда государства считают, что имеет место нарушение межнационального права в области применения силы, но при этом отсутствует перспектива спорного судебного разбирательства, они могут в порядке исключения обратиться в Совет Безопасности ООН, Генеральную Ассамблею или другие уполномоченные органы, чтобы добиться голосования (простым большинством голосов) для запроса заключения Международного Суда. Кроме того, когда государства считают, что Совет Безопасности не выполняет свою главную обязанность по поддержанию международного мира и безопасности из-за общей позиции постоянных членов или из-за вето одного из этих пяти государств, они могут обратиться к Генеральной Ассамблее, чтобы получить технически необязательное, но авторитетное консультативное заключение по вопросу, касающемуся применения силы.

В трех запросах о консультативных заключениях, касающихся права на применение силы, как и в спорных делах, государства оспаривали юрисдикцию Суда. Всемирная организация здравоохранения (ВОЗ) и Генеральная Ассамблея ООН запросили заключения о законности ядерного оружия, а Генеральная Ассамблея запросила заключение о *последствиях для государств строительства стены на оккупированной палестинской территории*. Государства, выступавшие против дачи этих заключений, утверждали, что Суд не обладает юрисдикцией в соответствии со статьей 96 Устава ООН, поскольку данный вопрос не входит в сферу деятельности запрашивающего органа.

[83]Ibid., 231, [445]. [84]Ibid., [452].

[85]Суд согласился с этим аргументом в деле ВОЗ и отклонил ее просьбу о вынесении заключения.[86]

Именно коалиция НПО инициировала проект "Всемирный суд", чтобы поставить вопрос о законности ядерного оружия перед МС.[87]Ядерные и неядерные государства разошлись во мнениях относительно законности обладания и применения ядерного оружия, а также обязательств государств-участников Договора о нераспространении ядерного оружия. Движение неприсоединения взялось за дело и добилось принятия резолюций с просьбой дать заключение как в ВОЗ, так и в Генеральной Ассамблее ООН. Они с оптимизмом ожидали, что Международный суд вынесет решение против законности ядерного оружия и что такое постановление укрепит их кампанию за ядерное разоружение. Однако конечный результат не стал явной поддержкой их позиции и, возможно, снизил вероятность того, что государства будут обращаться за консультативным заключением по таким общим вопросам применения силы в будущем.

По вопросу о том, следует ли запрашивать мнение, мнения Генеральной Ассамблеи разделились; голосование по запросу мнения прошло при 78 голосах "за", 43 воздержавшихся и 38 "против". На голосовании был поставлен вопрос: "Разрешается ли угроза или применение ядерного оружия при любых обстоятельствах в соответствии с международным правом?". Многие государства выступили в МС с заявлениями по этому спорному вопросу. Семь государств, в том числе четыре ядерные державы (США, Великобритания, Франция и Россия), утверждали, что МС должен просто отказать в вынесении заключения. Они утверждали, что этот вопрос относится не к компетенции Генеральной Ассамблеи, а к компетенции Совета Безопасности. Более того, они утверждали, что заключение не поможет Генеральной Ассамблее, а помешает переговорам по разоружению, ведущимся в других подразделениях ООН. Тем не менее, Суд последовал своей собственной предыдущей практике при вынесении заключения. Он не стал бы перечить Генеральной Ассамблее в вопросе о полезности того или иного заключения, и не было достаточно веских причин, которые могли бы помешать ему дать заключение. Однако, как известно, когда Суд перешел к рассмотрению существа вопроса, его мнение о законности применения силы было неясным.[88]

[85]*Законность угрозы или применения ядерного оружия (Консультативное заключение)*, [1996] ICJ Rep. 226,
[11]; *Wall Opinion*, [2004] ICJ Rep. 136, [15]-[17].

[86]*Законность применения государством ядерного оружия в вооруженном конфликте (Консультативное заключение)*,
[1996] ICJ Rep. 66.

[87]Об истории вопроса см. особое мнение судьи Оды *"Законность угрозы или применения ядерного оружия (Консультативное заключение)"*, [1996] ICJ Rep. 226, 330 paras. 5-14.

[88]Параграф E включал заявление: "Однако, с учетом современного состояния международного права и имеющихся в его распоряжении фактов, Суд не может сделать окончательный вывод.

Вторым консультативным заключением, касающимся применения силы, было заключение по *стене*. Ранее Генеральная Ассамблея осудила строительство Израилем стены на оккупированном Западном берегу как незаконное, но Совет Безопасности не мог принять решение после того, как Соединенные Штаты неоднократно использовали свое право вето, чтобы заблокировать аналогичную резолюцию.[89]Тогда Лига арабских государств обратилась к Генеральной Ассамблее с просьбой предоставить заключение Суда, и голосование по запросу заключения прошло при 90 голосах "за", 8 воздержавшихся и 74 "против".[90]И снова мнения государств разделились, является ли это надлежащим использованием Суда, и двадцать государств выступили с заявлениями, утверждая, что в заключении должно быть отказано. Однако только Израиль утверждал, что строительство стены было законным.

Израиль отказался участвовать в разбирательстве в Суде. Он утверждал, что этот вопрос действительно является спором между двумя сторонами и не должен быть предметом консультативного заключения без согласия Израиля. Это вопрос не для Генеральной Ассамблеи, а для Совета Безопасности. И, что самое бессовестное, он утверждал, что вынесение заключения будет вмешательством в политический процесс.[91]Суд не убедили эти утверждения, и он вынес заключение. В отличие от заключения по *ядерному оружию*, его главный вывод был единогласным и совершенно ясным: с т р о и т е л ь с т в о стены на оккупированных палестинских территориях является незаконным. В своем заключении Суд в кратком абзаце затронул вопрос о применении силы, поскольку Израиль пытался оправдать строительство стены на основе самообороны.[92]Значение этого краткого и довольно туманного раздела заключения стало предметом многочисленных догадок.

Таким образом, в исключительных случаях государства обращались за консультативными заключениями в качестве замены спорных судебных разбирательств в МС. Они делали это в знак разочарования из-за бездействия Совета Безопасности. Однако мнения государств разделились в вопросе о том, является ли такое использование Суда правильным. Международный Суд, как главный судебный орган ООН, показал, что не желает отказываться от своего мнения даже по самым спорным вопросам. В данном случае, как и в случае со спорными делами, обвинения в том, что запросы на заключение носят политический характер

Является ли угроза или применение ядерного оружия незаконным или законным в чрезвычайных обстоятельствах самообороны, когда на карту поставлено само выживание государства". *Законность угрозы или применения ядерного оружия* (консультативное заключение), [1996] ICJ Rep. 226.

[89]См. отчет в *Wall Opinion*, [2004] ICJ Rep. 136, [18]-[23].

[90]Незаконные действия Израиля в оккупированном Восточном Иерусалиме и на остальной части оккупированной палестинской территории, UN Doc. A/RES/ES-10/14 от 12 декабря 2003 г.

[91]*Мнение о стене*, [2004] ICJ Rep. 136, [51]-[54]; Письменное заявление Израиля в Суде, 29 29 января 2004 г., стр. 114.

[92]*Wall Opinion*, [2004] ICJ Rep. 136, [139].

Мотивация не побудила Суд отказаться от консультативного заключения. Однако консультативный характер его заключений и подход Суда в этих двух делах привели к тому, что заявления Суда о законности применения силы в этих двух делах носили скорее общий (и несколько туманный), чем конкретный характер. Кроме того, оказалось трудно добиться соблюдения этих необязательных заключений.

Заключение

Основная ответственность за поддержание международного мира и безопасности лежит на Совете Безопасности ООН. Однако Совет Безопасности как политический орган, как правило, не берет на себя обязательство прямо высказываться о законности конкретных случаев применения силы. Кроме того, нет надежды на то, что Совет Безопасности примет меры против интересов постоянных членов, прямо или косвенно вовлеченных в применение силы. Конечно, государства могут обратиться в Международный Суд в делах против постоянных членов, как это сделали Никарагуа, Иран, Югославия и Грузия. После *Никарагуа* развивающиеся государства также обращались в МС против других развивающихся государств в делах о применении силы, когда они были уверены в прочности своей позиции, как в делах *ДРК* против *Уганды* и *Пакистана* против *Индии*. Решение в их пользу, даже при отсутствии соблюдения требований со стороны государства-ответчика, укрепит их политическую позицию внутри страны и на международном уровне. Однако государства-ответчики не проявляют готовности к судебным разбирательствам по вопросам применения силы; они оспаривают юрисдикцию и/или приемлемость почти во всех делах о применении силы. Государства не заключали специальных соглашений о передаче споров о применении силы в МС или арбитражные трибуналы. Консультативные заключения представляют собой не более чем очень частичный альтернативный механизм рассмотрения вопросов, связанных с применением силы.

В делах о применении силы ставки высоки: государство-ответчик либо выиграет, либо проиграет; возможности для компромисса ограничены. Даже сдержанные формулировки Международного Суда не привели к большей готовности к судебному разбирательству. Когда государство-ответчик сопротивляется юрисдикции Суда - или пытается сделать новые оговорки до начала рассмотрения дела, чтобы помешать Суду рассмотреть предстоящее дело, - можно сделать обоснованный вывод, что оно не уверено в силе правового обоснования применения силы. Международный Суд был последователен в своем подходе к международному праву, касающемуся применения силы, на протяжении всех изменений политических обстоятельств после Второй мировой войны. Он неоднократно ссылался на свои собственные предыдущие решения по вопросу применения силы.

силы, в частности на свое решение по делу *Никарагуа*, и подтверждал свои выводы по этому делу. Иными словами, позиция Суда по вопросу применения силы была предсказуемой. Он придерживается строгой позиции в отношении запрета на применение силы и объема самообороны. Он избегал таких спорных вопросов, как упреждающая самооборона,[93] и право на применение силы против негосударственных субъектов в третьих государствах.[94] Поэтому государства, которые полагались на широкое представление о праве на применение силы, вряд ли захотят обращаться в Суд или признавать его юрисдикцию в качестве государства-ответчика.[95]

[93] Он прямо заявил, что не обязан рассматривать этот вопрос в *деле "Военная и военизированная деятельность в Никарагуа и против Никарагуа (Никарагуа* против *Соединенных Штатов) (по существу)"*, [1986] ICJ Rep. 14, [194], и *"Вооруженная деятельность на территории Конго (Демократическая Республика Конго* против *Уганды)*", [2005] ICJ Rep. 168, [143].

[94] Он обошел эти вопросы в *деле ДРК* против *Уганды* и в *"Мнении Стены*".

[95] Израиль, который также придерживается широкой позиции в отношении права на применение силы, ранее имел оговорку о применении силы; впоследствии он прекратил свое согласие с факультативным положением. Представляется возможным, что недавние оговорки Германии и Джибути к факультативной клаузуле были вызваны их участием в военных действиях США или НАТО. Однако Соединенное Королевство не делало подобных оговорок.

15

Судебное урегулирование вооруженных конфликтов

Джон Р. Крук

Международные законы и обычаи, регулирующие начало[1] и ведение вооруженных конфликтов, существуют уже давно,[2] но их соблюдение во многом зависело от общих культурных ценностей, взаимности или угрозы возмездия. Участники конфликтов соблюдали правила (если соблюдали) в надежде или ожидании, что противная сторона будет проявлять аналогичную сдержанность, или потому, что опасались последствий в противном случае.

Примерно в течение последних 150 лет предпринимались эпизодические попытки использовать механизмы, сформированные или находящиеся под влиянием права - в частности, арбитраж и судебное разбирательство, но также включающие формы расследования - в качестве дополнительных средств поощрения соблюдения и наказания за несоблюдение правил, регулирующих вооруженные конфликты. В этой главе дается обзор некоторых из этих усилий. В ней предлагаются факторы, которые привели к использованию этих механизмов, и кратко рассматриваются практические проблемы, связанные с их использованием для рассмотрения правовых претензий, вытекающих из хаоса и жестокости вооруженных конфликтов.

Судебное разбирательство имеет глубокие исторические корни

Нормы международного права, регулирующие нейтралитет, развязывание и ведение вооруженных конфликтов, с определенной периодичностью применялись в механизмах урегулирования международных споров на протяжении конца XIX - начала XX веков. Смешанные комиссии по урегулированию претензий, которым поручалось разрешать претензии государств, основанные на нанесении ущерба их гражданам во время революций

[1] Рискуя немного пересечься с главой 14, в этом обсуждении упоминается несколько дел, затрагивающих право нейтралитета и право, регулирующее применение силы (*jus ad bellum*), а также право, регулирующее ведение военных действий (*jus in bello*). В прошлом трибуналы иногда применяли несколько сводов законов в одном деле, не проводя между ними различий.

[2] См., например, Теодор Мерон, *"Войны Генриха и законы Шекспира: Perspectives on the Law of War in the Late Middle Ages* (Oxford: Clarendon Press, 1993); Theodor Meron, *Bloody Constraint: War And Chivalry In Shakespeare* (Oxford University Press, 1998).

и другие насильственные потрясения были привычной чертой дипломатического ландшафта XIX века. Решения о создании этих механизмов часто отражали значительное неравенство сил. Более слабые государства рассматривали смешанные комиссии как меньшее зло, чем захват их таможен морскими пехотинцами более сильной державы. Комиссии также отражали энтузиазм XIX века в отношении судебного разбирательства как мощного инструмента для урегулирования межгосударственных споров на основе права - по сути, как пути к глобальному миру.[3]

Энтузиазм интернационалистов XIX века по отношению к судебному разбирательству был подогрет успехом знаменитого арбитражного разбирательства по *Алабамским претензиям*.[4]История знакома. Конфедеративные Штаты Америки заказали строительство нескольких мощных торговых рейдеров на британских верфях. Американские чиновники пожаловались британскому правительству на эти корабли, но семь из них были спущены на воду и уже отплыли, прежде чем были приняты официальные меры. Рейдеры британской постройки нанесли огромный ущерб северным торговцам и китобоям. Самым успешным из них был CSS *Alabama*, построенный ливерпульской компанией John Laird Sons and Company.[5]Прежде чем *Alabama* была потоплена USS *Kearsarge* у Шербура в июне 1864 года, она взяла более шестидесяти призов стоимостью около 6 000 000 долларов - огромная сумма.[6]В общей сложности рейдеры Конфедерации захватили 300 судов.[7]

Неурегулированные претензии США к ущербу, нанесенному торговыми рейдерами Конфедерации, занимали важное место в отношениях между США и Великобританией во время и после Гражданской войны в США. В конце концов, в Вашингтонском договоре 1871 года две державы договорились об арбитражном разбирательстве этих претензий, а также спорных вопросов рыболовства и границ.[8]В статье VI договора британская сторона фактически признала ответственность за нарушение закона о нейтралитете, согласившись с тем, что арбитражный суд должен применять в качестве регулирующего

[3]John W. Foster, *Arbitration and the Hague Court* (Boston: Houghton, Mifflin, 1904); David D. Карон, "Война и международное судопроизводство: Размышления о Гаагской мирной конференции 1899 года", (2000) 94 AJIL 4.

[4]Foster, выше n. 3, 9; Mary Ellen O'Connell, 'Arbitration and Avoidance of War: The Nineteenth-Century American Vision', in Cesare P. Romano (ed.), *The Sword and the Scales: The United States and International Courts and Tribunals* (Cambridge University Press, 2009) 30, 36-7.

[5]Джессап приписывает критическую задержку британского правительства в блокировании отплытия *"Алабамы"* леди Хардинг, жене сэра Джона Хардинга, служителя закона Короны. Леди Хардинг скрывала от сэра Джона, страдавшего психическим расстройством, американские доказательства того, что *"Алабама"* была военным кораблем, готовым к отплытию: Phillip C. Jessup, *The Price of International Justice* (New York: Columbia University Press, 1971), 4-5. См. также Amanda Foreman, *World On Fire: Эпическая история двух разделенных наций* (Лондон: Penguin Books, 2011), 279.

(6) 'Naval History and Heritage Command', CSS *Alabama*, 2011, доступно на www.history.navy.mil/branches/org12-1.htm.

(7) O'Connell, выше n. 4, 35. [8]Jessup, выше n. 5, 2-7.

правила, согласно которым нейтральное правительство должно проявлять должное усердие, "чтобы предотвратить оснащение, вооружение или снаряжение в пределах своей юрисдикции любого судна, которое, как оно имеет разумные основания полагать, предназначено для крейсерства или ведения войны против державы, с которой оно находится в мире; а также проявлять такое же усердие, чтобы предотвратить" его отход. (Британское правительство отрицало, что эти правила существовали в то время, но согласилось с тем, что трибунал все же должен их применить).

Учитывая согласие сторон относительно регулирующих норм Статьи VI, оставшиеся вопросы в основном касались размера возмещаемого ущерба. Фактические споры относительно обстоятельств строительства *"Алабамы"* или размера прямого ущерба, нанесенного ею и другими рейдерами британской постройки северному судоходству, были невелики. Вместо этого основной вопрос заключался в том, подлежат ли компенсации косвенные убытки, поскольку американская сторона заявила о значительных косвенных убытках, таких как увеличение расходов на страхование и даже расходов на затягивание войны.[9]Под сильным давлением трибунала[10]Соединенные Штаты не стали предъявлять свои требования о косвенных убытках, оставив трибуналу решение о том, что Британия несет ответственность за прямые убытки, причиненные *"Алабамой"* и другими рейдерами, на сумму 15 500 000 долларов золотом.

В последующие десятилетия были созданы десятки комиссий по смешанным искам для рассмотрения исков о нанесении ущерба гражданам стран-заявителей, часто включавших иски, связанные с военными действиями во время гражданских войн или восстаний.[11]Во многих решениях применялись нормы международного права, регулирующие ведение военных действий. Примером может служить *иск наследников Жюля Брюна*, решение по которому было принято франко-венесуэльской комиссией, созданной в 1902 году для рассмотрения претензий, возникших в связи с революционными событиями в Венесуэле.[12]Брюн, французский подданный, жил в городе, ненадолго занятом революционными силами. В Брюна выстрелил и смертельно ранил правительственный солдат, когда он закрывал ставни своего окна. Судья, проницательный, компетентный, хотя и забытый ныне адвокат из Вермонта по имени Фрэнк Пламли, пришел к выводу, что правительственные войска обязаны защищать невинных гражданских лиц и что никакая военная необходимость не оправдывает выстрела, убившего беднягу Брюна. 'А

[9]Marjorie M. Whiteman, *Damages in International Law* (Washington, DC: Government Printing Office, 1943) Vol. III, 1773-5.

[10]Ibid., 1773; Foreman, выше n. 5, 812.

[11]Jackson H. Ralston, *International Arbitration from Athens to Locarno* (Stanford University Press, 1929), 194-249.

[12]Jackson H. Ralston, *Report of French Venezuelan Mixed Claims Commission of 1902* (Wash-ington, DC: Government Printing Office, 1906), 5.

Состояние войны, сражение или стычка оправдывают только те [гражданские] потери, которые неизбежны"[13].

За два десятилетия до Первой мировой войны правительства также обращались в арбитраж для разрешения межгосударственных споров, связанных с применением силы. В 1899 году Германия, Великобритания и США договорились об арбитражном разбирательстве претензий, возникших в результате бомбардировок и других военных операций Великобритании и США во время гражданской войны на Самоа.[14]Арбитр, король Швеции и Норвегии Оскар II, постановил, что применение силы Великобританией и США не было юридически оправданным, и что обе державы несут ответственность за причиненный ущерб.[15]В 1905 году Великобритания и Россия прибегли к услугам комиссии по расследованию для оценки ответственности после того, как российский Балтийский флот, спешивший в Тихий океан, чтобы столкнуться с японским флотом, почти уничтоженным в битве при Цусиме, открыл огонь по британскому рыболовному флоту на Доггер-банке в Северном море.[16]Современные наблюдатели приписывают комиссии предотвращение войны между двумя державами, хотя это, возможно, преувеличивает значение. Несколько первых дел Постоянной палаты третейского суда были связаны с нарушением прав нейтральных сторон, когда итальянские военные корабли перехватывали, брали на абордаж и захватывали французские суда, подозреваемые в перевозке контрабанды или турецких войск во время войны Италии в Ливии.[17]

Бойня Первой мировой войны подорвала веру в арбитраж как в путь к миру во всем мире, но даже после войны арбитраж использовался для рассмотрения некоторых видов претензий, вытекающих из конфликта. Немецко-американская комиссия по смешанным претензиям, созданная в соответствии с послевоенным американо-германским Берлинским договором[18],рассмотрела иск от имени железнодорожной компании Lehigh Valley Railroad Company против Германии в связи с саботажем немецких агентов на терминале боеприпасов железной дороги на острове Блэк Том в Новой Англии.

[13]Там же.

[14]Конвенция между Соединенными Штатами, Германией и Великобританией об урегулировании претензий Самоа, 7 ноября 1899 года, в William Malloy, *Treaties, Conventions, International Acts, Protocols And Agreements Between The United States And Other Powers, 1776-1909, Vol. II* (Washington, DC: Government Printing Office, 1910), 1589; см. *Samoan Claims (Germany, Great Britain, United States)*, 9 RIAA 15, 21.

[15]*Samoan Claims (Germany, Great Britain, United States)*, 9 RIAA 15, 23.

[16]Ниссим Бар-Яаков, *Рассмотрение международных споров с помощью расследования* (Лондон: Oxford University Press for the Royal Institute of International Affairs, 1974), 48-60;
Р. Гамильтон, Х.К. Рекена, Л. ван Шельтинга и Б. Шифман (ред.), *Постоянная палата третейского суда: Международный арбитраж и разрешение споров, резюме решений, мировых соглашений и отчетов* (Гаага: Kluwer Law International, 1999), 297-302.

[17]Hamilton et al., выше n. 16, 88-97.

[18]Чарльз Беванс, *Договоры и другие международные соглашения Соединенных Штатов Америки 1776-1949*, Vol. 8 (Washington, DC: Government Printing Office, 1971), 145.

В 1916 году в гавани Йорка (в то время как Соединенные Штаты были нейтральны) и второй иск, связанный с саботажем на фабрике в Нью-Джерси. В конечном итоге судья комиссии вынес решение в пользу истца в 1939 году, после того как выяснил, что Гер-мани предоставил ложные доказательства, приведшие к решению в его пользу в 1930 году.[19]Дело *"Черного Тома"* иллюстрирует два важнейших уязвимых места межгосударственной арбитрации, если одна из сторон намерена сорвать разбирательство. Как уже отмечалось, трибунал установил, что защита Германии, приведшая к благоприятному решению 1930 года, основывалась на подложных и лживых доказательствах.(20) (Хотя не все государства столь циничны, как Германия, даже обычно законопослушные государства могут быть склонны к подтасовкам.[21]) Кроме того, разбирательство оказалось под угрозой, когда арбитр, назначенный Германией, отказался от дальнейшего участия, хотя это не помешало судье вынести решение против Германии.[22]

Таким образом, существует богатая история использования судебного разбирательства и связанных с ним механизмов для рассмотрения исков об ответственности государств за нарушения международного права, связанные с применением силы. Как представляется, эти усилия были наиболее успешными в ситуациях, связанных с событиями, ограниченными по географическому охвату и времени, или когда основные факты не оспаривались. В делах, связанных со спорными фактами, следует отметить, что стороны часто использовали для оценки фактов коллегии морских и военных офицеров, а не юридически подкованных лиц.[23]Как будет рассмотрено ниже, установление фактов часто является главной проблемой в спорах о соблюдении международного гуманитарного права.

Индивидуальная уголовная ответственность за нарушения международного гуманитарного права

После Второй мировой войны ситуация изменилась. Сразу после окончания войны победители стали активно использовать

[19]Lester H. Woolsey, "The Arbitration of the Sabotage Claims Against Germany", (1939) 33 AJIL 737.

[20]Ibid., 738.

[21]Недавно рассекреченные документы свидетельствуют о том, что британские чиновники отказали Международному суду в просьбе ознакомиться с приказами о плавании кораблей Королевского флота, которые подорвались на минах в канале Корфу, опасаясь, что эти приказы нанесут ущерб правовой позиции Великобритании, а не для защиты военно-морской тайны: Anthony Carty, 'The Corfu Channel Case - and the Missing Admiralty Orders', (2004) 3 *Law and Practice of International Tribunals* 1, 3-4.

[22]Woolsey, выше n. 19, 738-9; Stephen M. Schwebel, *International Arbitration: Three Salient Проблемы* (Кембридж: Гротиус, 1987), 216-26.

[23]Bar-Yaacov, выше n. 16, 60 (расследование на Доггер-банке, проведенное пятью адмиралами); там же, 160-1 (три морских офицера проводят расследование потопления немецкой подводной лодкой испанского судна *Tiger*); там же, 173 (четыре морских офицера в составе комиссии из пяти человек, расследующей потопление немецкой подводной лодкой нидерландского судна *Tubantia*).

В соответствии с законом об ответственности государств суды и трибуналы должны оценивать *индивидуальную* уголовную ответственность за крупномасштабные нарушения гуманитарного права, а не уголовную ответственность государств. Как известно, победители создали послевоенные военные трибуналы для суда над главными лидерами стран оси, в частности Международный военный трибунал в Нюрнберге и Токийский трибунал. Они также провели сотни процессов в других судах, созданных под оккупационной властью. Многие из подсудимых формально были военными преступниками, обвиненными в нарушении Гаагских конвенций 1899 и 1907 годов и Женевской конвенции 1929 года. Однако некоторые высокопоставленные подсудимые были также обвинены и осуждены за преступления, ранее не известные международному праву: преступления против человечности и преступления против мира.[24]

Хотя эти послевоенные процессы ставили перед нами новые задачи, они были гораздо проще последующих уголовных трибуналов в одном важнейшем отношении. Нацистский режим и его прислужники, похоже, испытывали сильное желание документировать свою деятельность. В конце войны союзные войска захватили огромные массивы этих документов. Эти захваченные документы, фотографии и другие доказательные материалы составили большую часть доказательств против многих обвиняемых, упростив задачу обвинителей по доказыванию их вины.[25]

Международные военные трибуналы ознаменовали собой важное смещение акцента в сторону международного обеспечения индивидуальной ответственности за нарушения гуманитарного права. В отличие от ситуации, сложившейся в конце Первой мировой войны, Германия и Япония были полностью разгромлены. Их столицы и крупные города лежали в руинах, а территория находилась под военной оккупацией. Учитывая тотальность поражения стран Оси, союзники, по-видимому, не испытывали особого желания добиваться какого-либо формального определения или заявления о том, что вражеские государства нарушили международное право в соответствии с о статьей 231 Версальского договора - положением о "военной вине".[26]Для всех практических целей вражеские государства прекратили свое существование. Тем не менее, лица, действовавшие под их властью, совершили акты необычайной жестокости, свирепости и масштабов. Полная победа союзников давала им широкую свободу действий по созданию трибуналов для суда над этими лицами, определению

[24]Geoffrey Best, *Law and War since 1945* (Oxford: Clarendon, 1994), 180-3.

[25]Nancy Armoury Combs, *Fact-Finding without Facts: The Uncertain Evidentiary Founda-tions of International Criminal Convictions* (Cambridge University Press, 2010), 11.

[26]*Версальский договор* (подписан 28 июня 1919 года, вступил в силу 10 января 1920 года), 225 Consol. TS 188, ст. 231 предусматривал, что "Союзные и Соединенные правительства подтверждают, а Германия принимает на себя ответственность Германии и ее союзников за причинение всех потерь и ущерба, которым союзные и Соединенные правительства и их граждане подверглись вследствие войны, навязанной им агрессией Германии и ее союзников".

юрисдикции трибуналов[27]и преодолевать правовые проблемы (в частности, *nulla poena sine lege*[28]) политическими решениями. Трибуналы избирательно подходили к исполнению решений: преступления союзников не рассматривались.[29]

Впечатляющий прецедент Нюрнбергского трибунала не был повторен в течение почти пяти десятилетий. Хотя статья VI Конвенции о геноциде предполагала создание "международного уголовного трибунала", этого не произошло. В мировой политике доминировала холодная война. Периодические попытки западных держав и их союзников использовать правовые механизмы для преследования сомнительных случаев применения силы другой стороной не увенчались успехом.[30]И ни одна из сверхдержав не была склонна преследовать проступки своих собственных сторонников.[31]Более того, события выявили существенные недостатки в содержании права. Вооруженные конфликты в послевоенные годы, как правило, не соответствовали модели межгосударственного конфликта, для которой были тщательно разработаны правовые нормы Женевских конвенций 1949 года. Вместо этого конфликты в основном принимали форму реальных (или надуманных) национально-освободительных войн или других конфликтов, развязанных негосударственными образованиями.[32]

В 1990-е годы произошел резкий сдвиг, ознаменовавшийся значительным ростом интереса и поддержки использования международного уголовного права в ответ на нарушения гуманитарного права. Холодная война закончилась, и процесс деколонизации в основном завершился. Изменившийся политический климат создал политическое пространство для государств и негосударственных образований, чтобы критически взглянуть на жестокое поведение, которое оставалось без внимания в предыдущие десятилетия, особенно на поведение, происходящее в пределах границ государства. Успех последовавшего за этим глобального движения в поддержку индивидуальной уголовной ответственности **символизирует** создание Международного уголовного суда - учреждения, бюджет которого в 2011 году составил 103 миллиона евро, а штат сотрудников прокуратуры - 218 человек.[33]

Ключевым событием в этом процессе стало решение Совета Безопасности ООН в мае 1993 года о создании Международного уголовного трибунала для судебного преследования

[27]Best, выше n. 24, 400.

[28]Michael P. Scharf, *Balkan Justice: The Story behind the First International War Crimes Trial since Nuremberg* (Durham, NC: Carolina Academic Press, 1997) 12, 70-1.

[29]Lori F. Damrosch, 'Enforcing International Law through Non-forcible Measures', (1997) 269 *Recueil des cours* 13, 239.

[30]Попытки Израиля, Великобритании и Соединенных Штатов оспорить в МС сбитый Болгарией в 1955 году гражданский авиалайнер не увенчались успехом: Терри Д. Гилл (ред.), *Rosenne's The World Court: What It Is and How It Works*, 6th edn (Leiden: Martinus Nijhoff, 2003), 156-7.

[31]Michael J. Matheson, *Council Unbound: The Growth of UN Decision Making on Conflict and Postconflict Issues after the Cold War* (Washington, DC: United States Institute of Peace, 2006), 200.

[32]Best, выше n. 24, 207.

[33]Reuters, 'Member Countries Fight over International Court's Budget', 2011, доступно на http://newsandinsight.thomsonreuters.com/Legal/News/2011/12 - December/ Member countries fight over international court s budget/.

серьезных нарушений международного гуманитарного права в бывшей Югославии (МТБЮ).[34]После окончания холодной войны и распада Советского Союза Россия не стала использовать свое право вето, чтобы оградить своих бывших коллаборационистов в бывшей Югославии от пристального внимания, что позволило Совету Безопасности новаторски и беспрецедентно использовать свои полномочия для создания международного уголовного трибунала на основе главы VII Устава ООН.[35]Решение о создании МТБЮ было продиктовано разочарованием внешних держав в широко распространенных зверствах в ходе конфликтов в бывшей Югославии, а также их нежеланием использовать значительную силу, чтобы попытаться остановить их. Уильямс и Шарф описывают трибунал как "судебное плацебо", предполагая, что "члены Совета Безопасности приняли норму правосудия в основном в качестве средства пиара".[36]По словам бывшего высокопоставленного юриста Госдепартамента США, принимавшего активное участие в создании трибунала,

> Ко второй половине 1992 года... международное сообщество было настолько потрясено широкомасштабными зверствами, совершаемыми в бывшей Югославии, и настолько разочаровано неспособностью эффективно урегулировать конфликт другими способами, что начал складываться консенсус в пользу той или иной формы международного судебного преследования виновных"[37].

Вскоре за МТБЮ последовало создание Советом Безопасности Международного уголовного трибунала по Руанде (МУТР).[38]МУТР вновь стал отражением реакции международного сообщества "постфактум" на жестокий геноцид, который внешние державы не были готовы остановить с помощью военной силы.[39]

Анализ истории и судебной практики МТБЮ, МУТР и других международных и смешанных уголовных трибуналов[(40),]которые последовали за ними, выходит далеко за рамки данной главы. Однако эти учреждения оказали важное влияние и преподали важные уроки:

- Они создали новые важные прецеденты индивидуальной ответственности высших военных и политических руководителей за нарушения международных норм.

[34]SC Res. 827, UN SCOR, 48th sess., 3217th mtg, UN Doc. S/RES/827 (25 мая 1993 г.).
[35]Matheson, выше n. 31, 200-4.
[36]Paul R. Williams and Michael P. Scharf, *Peace with Justice? War Crimes and Accountability in the Former Yugoslavia* (Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2002), 91-92, 100.
[37]Matheson, выше n. 31, 200-1.
[38]SC Res. 955, SCOR OOH, 49-я сессия, 3453-е заседание, UN Doc. S/RES/955 (8 ноября 1994 г.).
[39]Matheson, выше n. 31, 204-205.
[40]К ним относятся Чрезвычайные палаты судов Камбоджи, Специальный трибунал по Ливану и Специальный суд по Сьерра-Леоне, все из которых включают международное и внутреннее право в свои уставы и включают как национальных, так и международных судей: Matheson, выше n. 31, 221-2.

гуманитарного права. Как отмечается на веб-сайте МТБЮ, этот трибунал "заложил основы того, что сегодня является общепринятой нормой для разрешения конфликтов и постконфликтного развития во всем мире, а именно того, что лидеры, подозреваемые в массовых преступлениях, предстанут перед судом".[41]

· Решения трибунала заполнили пробелы в законодательстве, уточняя и уточняя и расширяя старые нормы и создавая некоторые новые, в частности, в таких областях, как преступления, связанные с сексуальным насилием. Например, МТБЮ создал или укрепил прецеденты, согласно которым "может существовать индивидуальная уголовная ответственность за военные преступления в ходе внутреннего вооруженного конфликта, что изнасилование является военным преступлением и преступлением против человечности и что военные и гражданские руководители могут нести уголовную ответственность за действия подчиненных, над которыми они осуществляют эффективный контроль".[42]

· Процедуры трибуналов повысили осведомленность общественности, специалистов и ученых о международном гуманитарном праве.

Повышение осведомленности общественности, специалистов и ученых о международном гуманитарном праве. Эти институты способствовали возникновению и поддержанию крупных и энергичных научных сообществ и гражданского общества, приверженных принципу индивидуальной ответственности. Гражданское общество стало мощной силой, приведшей к созданию МУС.[43]

Однако опыт этих трибуналов также является важным предупреждением о трудностях и ограничениях, связанных с попытками применить нормы гуманитарного права в уголовном преследовании.

· Создание международных институтов для оценки уголовной ответственности обычно оказывается медленным и трудным, по причинам практического, юридического, политического или смешанного характера.[44]Объединение различных систем уголовного преследования, судебной процедуры, доказательств и вынесения приговоров[45]в работоспособную систему является сложной задачей, и результаты не всегда оказываются удовлетворительными.

· Сложные институты, необходимые для организации и ведения эффективного

Сложные институты, необходимые для организации и проведения эффективного судебного преследования, могут быть очень дорогими. Бюджет МТБЮ на 2010-2011 годы составил

[41]Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии, "О МТБЮ", доступно на сайте .www.icty.org/sections/AbouttheICTY

[42]Williams and Scharf, above n. 36, 117.

[43]См. например, Коалиция в поддержку Международного уголовного суда, см. www.iccnow.org.

[44]О затянувшейся политической борьбе за выбор первого прокурора МТБЮ см. Williams and Scharf, above n. 36, 106-9.

[45]Неха Джайн, "Вводная записка к Чрезвычайным палатам в судах Камбоджи: Уведомление сопрокуроров об апелляции на решение Судебной палаты по делу Каинга Гуека Иава *по прозвищу* Дуч", (2010) 49 ILM 1683.

США - очень большая сумма, хотя и сокращенная по сравнению с предыдущим бюджетом в размере более 342 млн. долларов США.[46]Высокие расходы уголовных трибуналов заставили правительства стран, испытывающих финансовые трудности внутри страны, в том числе крупнейших доноров МУС, требовать соблюдения бюджетной дисциплины и повышения эффективности.[47]

· Доказательство вины в соответствии с высокими стандартами, необходимыми для вынесения приговора по уголовному делу.

требовали масштабных и длительных разбирательств. Обвинители на процессе Душко Тадича, первом деле, рассмотренном МТБЮ, представили семьдесят пять свидетелей в течение четырех месяцев: двух экспертов, четырнадцать "политических" свидетелей и пятьдесят девять очевидцев.[48]Эти дела также демонстрируют трудности выявления лиц, ответственных за жестокие действия, совершенные в отдаленных местах много лет назад. Эти трудности возрастают для трибуналов, рассматривающих дела, связанные с последствиями вооруженных конфликтов, которые Бест справедливо называет "туманом лжи, слухов, мифов и недоразумений".[49]Обвинителям и защитникам приходится преодолевать трудности, вызванные продолжающимися конфликтами, отсутствием сотрудничества с местным населением (или, более того, активным противодействием местного населения), хаотичными местными условиями и ограниченной инфраструктурой в таких местах, как Руанда.[50]

· Как показывает недавняя важная работа Нэнси Комбс, установление фактов может быть нелегким делом.

[51]Трибуналы, рассматривающие события в некоторых районах Африки и других менее развитых регионах, должны основывать свое установление фактов в основном на устных показаниях местных свидетелей, которые часто не знакомы с западными представлениями о времени, расстоянии, числах, последовательности и причинно-следственных связях.[52]Комбс объясняет, что показания свидетелей часто недостоверны по культурным и другим причинам; в некоторых частях мира последовательность и правдивость речи не всегда признаются или ценятся.[53]Даже если свидетели видят необходимость говорить правду и стремятся к этому, их показания часто размываются в результате вопросов адвокатов и

[46]МТБЮ, "Стоимость правосудия", 19 декабря 2011 года, доступно на сайте www.icty.org/sid/325; Доклад Международного суда за период с 1 августа 2009 года по 31 июля 2010 года, ГАООР ООН, 56-я сессия, Дополнение № 4, UN Doc. A/65/4 (1 августа 2010 г.), 59: Бюджет Международного суда на 2009-10 финансовый год составил одну шестую этой суммы - 51 010 200 долларов США.

[47]Reuters, выше n. 33.

[48]Williams and Scharf, above n. 36, 120, 171; ibid., 205, 207-8: в общей сложности 125 свидетелей дали показания в ходе семимесячного судебного процесса, в ходе которого было составлено более 6 000 страниц протоколов.

[49]Best, выше n. 24, 382.

[50]Мэтисон, выше, n. 31, 206: "Из-за масштабов и характера совершенных преступлений, многоязычного характера разбирательств и логистики расследования и судебные процессы были неизбежно более сложными, дорогостоящими и длительными, чем обычные уголовные процессы".

[51]Combs, выше n. 25. [52]Ibid., 21-148. [53]Ibid., 106-48.

Ответы свидетеля проходят через один, два или даже три слоя несовершенной интерпретации.

· Некоторые дела не были образцами процессуального порядка. Некоторые, действительно, вызывают вопросы о базовой справедливости разбирательства. В деле *Тарсисс Мувуньи* против *Прокурора* подсудимый был обвинен в МУТР в участии в геноцидных нападениях на больницу. Доказательства не подтверждали его личного участия, но судебная палата, тем не менее, признала его ответственным за геноцид, совершенный его подчиненными, - обвинение, не включенное в обвинительное заключение, по которому он должен был отвечать. (Апелляционная палата МУТР единогласно отменила приговор Мувуньи по этому и другим пунктам, хотя и вернула обвинение в подстрекательстве на повторное рассмотрение.)[54]

· Международные уголовные трибуналы зависят от сотрудничества государств

Международные уголовные трибуналы зависят от сотрудничества государств, чтобы взять под стражу лиц, которым предъявлены обвинения; отказ от сотрудничества может сорвать процесс. Так, Омар Хассан Ахмад аль-Башир, президент Судана, остается на свободе и может выезжать в некоторые другие страны, несмотря на выданный МУС в марте 2009 года ордер на его арест.[55]

Ответственность государств за нарушения международного гуманитарного права

Параллельно с развитием международных институтов, призванных обеспечивать индивидуальную уголовную ответственность, менее известны случаи обращения к международным правовым институтам, применяющим международное гуманитарное право и связанные с ним нормы при оценке ответственности государств по международному праву.

Международный суд

В главе профессора Грея рассматриваются дела, в которых Международный Суд рассматривал вопросы, связанные с инициированием и ведением внутренних и межнациональных вооруженных конфликтов.[56]Чтобы избежать дублирования, комментарии здесь ограничиваются несколькими моментами, касающимися подхода Суда к установлению фактов в делах, связанных с применением вооруженной силы.

[54]Susana Sa´couto and Katherine Cleary, "Introductory Note to the International Criminal Tribunal for Rwanda: Тарсисс Мувуньи против Прокурора", (2008) 47 ILM 875.

[55]Майкл П. Шарф, "Вводная записка к ордеру Международного уголовного суда на арест Омара аль-Башира, президента Судана", (2009) 48 ILM 463.

[56]См. глава 14 в данном томе.

Как и некоторые другие наблюдатели, я считаю установление фактов - особенно в запутанных и мутных обстоятельствах вооруженных конфликтов - одной из самых больших проблем Суда.[57]Ученые обращали внимание на этот вопрос.[58]Озабоченность по поводу использования Судом доказательств привела к тому, что Британский институт международного и сравнительного права заказал тщательное и вдумчивое исследование этого вопроса в 2009 году.[59]В несогласии судьи Швебеля в 1984 году в деле *Nicaragua* v. *United States*[60]выявил серьезные проблемы с установлением фактов в этом деле - проблемы, которые Швебель недавно расширил в комментарии в *Американском журнале международного права*, обвинив Никарагуа в обмане Международного суда, представив заведомо ложные доказательства, опровергающие ее поддержку антиправительственных сил в Сальвадоре.[61]Некоторые юристы Госдепартамента США до сих пор носят психологические шрамы от подхода Суда к доказательствам в деле *Oil Platforms*.[62]Судья Бюргенталь подчеркнул недостатки фактологического материала, лежащего в основе мнения большинства в деле *Wall* advisory opin-ion.[63]Установление фактов Судом в деле *Босния* против *Сербии* подверглось большой критике.

Некоторые из последних председателей Международного Суда пытались решить эти вопросы, но их усилия привели к возникновению новых проблем. Вкратце, похоже, что МС остановился на принципах, которые отбрасывают большую часть доказательств того, что государство-ответчик...

[57]John R. Crook, 'Fact-Finding in the Fog: Определение фактов потрясений и войн в межгосударственных спорах", в Роджер Алфорд и Кэтрин Роджерс (ред.), *Будущее инвестиционного арбитража* (Oxford University Press, 2009) 313.

[58]Thomas M. Franck, 'Fact-Finding in the International Court of Justice' in Richard Lillich (ed.), *Fact-Finding before International Tribunals* (Ardsley, NY: Transnational, 1991) 1, 11-17.

[59]Anna Riddell and Brendan Plant, *Evidence before the International Courtof Justice* (London: British Institute of International and Comparative Law, 2009).

[60]*Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее (Никарагуа* против *Соединенных Штатов) (по существу)*, [1986] ICJ Rep. 14, 259 (судья Швебель); Stephen M. Schwebel, 'Three Cases of Fact-Finding by the International Court of Justice', in Richard Lillich (ed.), *Fact-Finding before International Tribunals* (Ardsley, NY: Transnational, 1991) 1, 11-17.

[61]Stephen M. Schwebel, 'Celebrating a Fraud on the Court', (2012) 106 *American Journal of International Law* 102.

[62]*Oil Platforms (Iran* v. *United States) (Judgment)*, [2003] ICJ Rep. 161, 195 [71]: "Основным доказательством того, что мина, поразившая корабль ВМС США *Samuel B. Roberts*, была установлена Ираном, является обнаружение в том же районе пришвартованных мин с серийными номерами, совпадающими с другими иранскими минами, в частности, найденными на борту судна *Iran Ajr*... Эти доказательства являются весьма наводящими, но не окончательными".

[63]*Правовые последствия строительства стены на оккупированной палестинской территории (Консультативное заключение)*, [2004] ICJ Rep. 136 (*Wall*), 240 [1] (судья Бюргенталь): "Я вынужден голосовать против выводов Суда по существу дела, поскольку Суд не располагал необходимыми фактическими основаниями для своих масштабных выводов; поэтому он должен был отказаться от рассмотрения дела".

или заявителя - могут быть доступны в делах, связанных с вооруженным конфликтом. Наиболее полное выражение своего подхода Суд нашел в деле *Конго* против *Уганды*:

> 61. Суд будет с осторожностью относиться к доказательственным материалам, специально подготовленным для данного дела, а также к материалам, исходящим из одного источника. Он предпочтет современные свидетельства, полученные от лиц, непосредственно знакомых с делом. Он уделит особое внимание достоверным свидетельствам, подтверждающим факты или поведение, неблагоприятные для государства, которое представляет лицо, их озвучивающее... Суд также будет придавать значение доказательствам, которые даже до настоящего судебного разбирательства не были оспорены беспристрастными лицами на предмет правильности содержащихся в них сведений...
>
> …
>
> 65. . . . Уганда также представила Суду нотариально заверенное письменное показание под присягой начальника штаба УПДФ... Утверждается, что это заявление под присягой было подготовлено в ноябре 2002 года в связи с предстоящим рассмотрением дела в Международном Суде. Суд напоминает, что в другом месте он отмечал, что член правительства государства, участвующий в судебном процессе в этом Суде - и особенно в судебном процессе, связанном с вооруженным конфликтом - "вероятно, будет склонен отождествлять себя с интересами своей страны"... То же самое можно сказать и о старшем военном офицере такого государства, и "ни в коей мере не ставя под сомнение честь или правдивость" такого лица, Суд должен "относиться к таким доказательствам с большой осторожностью"…
>
> …
>
> 68. Истина... также не может быть установлена на основании выдержек из нескольких газет или журнальных статей, которые опираются на один источник... на заинтересованный источник... или вообще не приводят никаких источников...". Суд пояснил в одном из предыдущих дел, что информация из прессы может быть полезной в качестве доказательства, если она "полностью последовательна и согласуется с основными фактами и обстоятельствами дела" ... но в этой области следует проявлять особую осторожность. Суд отмечает, что это требование последовательности и согласованности не присутствует в журналистских отчетах... [64]

Все это хорошо, за исключением того, что в делах, связанных с вооруженными конфликтами, основными и, возможно, единственными источниками доказательств, доступными любой из сторон, могут быть те, которые МС не принимает во внимание. Военные операции часто проводятся вдали от посторонних глаз, в отдаленных местах, вдали от глаз беспристрастных наблюдателей. Заявления под присягой официальных лиц, подготовленные для целей судебного разбирательства, возможно, дополненные сообщениями печатных или видеожурналистов, могут быть единственным доступным средством доказательства ключевых фактов. Если Международный Суд

[64] *Вооруженная деятельность на территории Конго (Демократическая Республика Конго* против *Уганды) (решение)*, [2005] ICJ Rep. 168.

Полагая, что им следует уделять мало внимания, сторона с заслуживающими внимания претензиями или защитой может оказаться в тяжелом положении.

Неприязнь Суда к доказательствам, подготовленным сторонами, привела к тому, что он стал в значительной степени полагаться на доказательства, разработанные другими. В деле *Конго* против *Уганды* он опирался на доклады ООН и официальное расследование, проведенное в Уганде, для обоснования ключевых выводов.[65]В деле о *Конвенции о геноциде* он опирался на выводы, сделанные МТБЮ, и доклад по Сребренице, подготовленный Генеральным секретарем.[66]В деле о консультативном заключении *Уолла* он в значительной степени опирался на досье, подготовленное Генеральным секретарем.[67]Опора на факты, найденные другими органами, дает МС путь вперед, но она сопряжена со значительными рисками. Вполне возможно, что не найдется надежных сторонних наблюдателей, или (как в случае со многими отчетами, подготовленными Международным комитетом Красного Креста) наблюдатели не поделятся тем, что им известно. В любом случае у МКЮ ограниченные возможности оценить качество собранной другими информации, предвзятость сборщиков, целостность или точность процесса сбора.

Компенсационная комиссия ООН

Компенсационная комиссия Организации Объединенных Наций (ККООН) - это, безусловно, крупнейшая в истории организация, занимающаяся рассмотрением исков о широкомасштабных нарушениях межнационального права, включая многие иски, связанные с нарушениями международного гуманитарного права.[68]Хотя ККООН привлекает ограниченное внимание общественности и ученых, по состоянию на октябрь 2011 года она выплатила более 34 миллиардов долларов США в качестве компенсации более чем полутора миллионам частных лиц, компаний и правительств, пострадавших в результате вторжения Ирака в Кувейт в 1990 году и последующей оккупации Кувейта.[69]

ККООН был создан по решению Совета Безопасности в уникальный короткий период после падения Берлинской стены, когда Соединенные Штаты и Советский Союз сотрудничали в беспрецедентной степени.[70]The

[65]Там же.

[66]*Применение Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина* против *Сербии и Черногории) (решение)*, [2007] ICJ Rep. 43.

[67]*Правовые последствия строительства стены на оккупированной палестинской территории (Консультативное заключение)*, [2004] ICJ Rep. 136.

[68]Veijo Heiskanen, "The United Nations Compensation Commission", (2003) 296 *Recueil des Cours* 259; Matheson, above n. 31, 168-80.

[69]Компенсационная комиссия Организации Объединенных Наций, Статус обработки и выплаты претензий, 2012 г., доступно на .www.uncc.ch/status.htm

[70]Matheson, выше, n. 31, 5-6. Резолюции Совета Безопасности, лежащие в основе ККООН, решения Совета управляющих Комиссии и другие соответствующие документы находятся в

Успех комиссии в направлении компенсаций большому количеству пострадавших истцов основывался на использовании необычных процедур рассмотрения массовых претензий, намеренно разработанных для того, чтобы избежать оценки по каждому требованию, характерной для большинства международных судебных решений. Вместо этого ККООН рассматривал большинство своих претензий с помощью инновационных административных процессов, созданных для рассмотрения большого количества аналогично расположенных истцов в группах, а не по отдельности.[71] В резолюциях, создающих ККООН, Совет Безопасности объявил Ирак ответственным по международному праву за прямой ущерб, причиненный в результате его вторжения в Кувейт в 1990 году и последовавшей оккупации; многие из этих ущербов (хотя и не все) были связаны с нарушениями международного гуманитарного права. Учитывая решение Совета Безопасности, Комиссия не должна была выносить юридические определения ответственности, хотя и должна была оценить, удовлетворяют ли конкретные виды повреждений директиве Совета Безопасности ограничить претензии "прямыми" повреждениями. Вместо этого руководящий совет Комиссии сосредоточился на разработке критериев, определяющих большие группы заявителей, которые пострадали от схожих видов травм в результате вторжения и оккупации. Эти типы исков были обозначены буквами от "A" (простейшие иски на небольшие фиксированные суммы, в основном от низкооплачиваемых иностранных рабочих, перемещенных в результате вторжения) до гораздо более крупных "E" (иски бизнеса, в том числе нефтяных компаний) и "F" (правительственные иски, в частности, огромные иски Кувейта и Саудовской Аравии за экологический ущерб). Для каждого типа претензий были разработаны свои процедуры, причем уровень требуемых доказательств, степень тщательности рассмотрения отдельных претензий и степень участия Ирака возрастали по мере того, как суммы, о которых идет речь, увеличивались.[72]

Некоторые из методов массовых исков, разработанных ККООН, были впоследствии адаптированы для использования в нескольких процессах массовых исков, созданных для рассмотрения исков, вытекающих из Холокоста и немецких программ принудительного труда во время Второй мировой войны.[73] Подобные методы

Marco Frigessi di Rattalma and Tullio Treves, *The United Nations Compensation Commis-sion: A Handbook* (The Hague: Kluwer Law International, 1999).

[71] Norbert Wu¨hler, "Institutional and Procedural Aspects of Mass Claims Settlement Sys-tems: Компенсационная комиссия ООН", в International Bureau of the PCA (ed.), *Institutional and Procedural Aspects of Mass Claims Settlement Systems* (The Hague: Kluwer Law International, 2000) 17.

[72] Christopher S. Gibson, 'Mass Claims Processing: Методы обработки более 400 000 заявлений об индивидуальных потерях в Комиссии ООН", в Richard Lillich (ed.), *The United Nations Compensation Commission: Thirteenth Sokol Colloquium* (Irvington, NY: Transnational, 1995) 155.

[73] John R. Crook, 'Mass Claims Processes: Уроки, извлеченные за двадцать пять лет", в Международном бюро СПС (ред.), *"Устранение несправедливости с помощью процессов массовых претензий: Innovative Responses to Unique Challenges* (Oxford University Press, 2006) 41, 48-53.

[74]Тем не менее, ни после одного последующего вооруженного конфликта не было другой подобной крупномасштабной массовой международной программы по рассмотрению претензий, и, судя по всему, она не появится. (Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии (см. ниже) в течение короткого времени рассматривала возможность проведения такой программы, но отказалась от этой идеи из-за нехватки времени и ресурсов).

Основная причина, по которой опыт ККООН не будет часто копироваться в международных условиях, носит сугубо практический характер. Программы массовых исков сложны и дороги в разработке и реализации. Нет смысла прилагать усилия и тратить средства на разработку такой системы и обнадеживать потенциальных заявителей, не имея достаточной вероятности получения значительного и стабильного финансирования для выплаты одобренных претензий.[75]Такое финансирование было доступно в необычной ситуации ККООН и Ирака в 1990-х годах. Ирак обладает большими запасами нефти. Он потерпел сокрушительное поражение в войне, в которой его почти повсеместно осудили как агрессора. Международное сообщество, действуя через Совет Безопасности, решительно и настойчиво поддержало программу претензий, не в последнюю очередь потому, что в ней приняли участие заявители из десятков стран, в том числе более миллиона из развивающихся стран. Подобные благоприятные условия будут возникать нечасто.

Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии

В период с 1998 по 2000 год Эфиопия и Эритрея вели ожесточенную войну, которая, по оценкам осведомленного наблюдателя, унесла жизни 100 000 человек.[76]Причины войны сложны, а непосредственные причины оспариваются, но интенсивность конфликта очевидна.

В отличие от многих современных конфликтов, война между Эритреей и Эфиопией в основном велась между хорошо организованными регулярными вооруженными силами, действующими под четким командованием и следующими установленным доктринам. После почти двух лет боев успешное наступление в мае и июне 2000 года привело эфиопскую армию вглубь территории Эритреи. После того как значительные территории Эритреи были оккупированы эфиопскими войсками, эфиопские войска

[74]Kenneth R. Feinberg, "Final Report of the Special Master of the September 11th Victim Compensation Fund Vol. 1", in International Bureau of the PCA (ed.), *Redressing Injus-tices through Mass Claims Processes: Innovative Responses to Unique Challenges* (Oxford University Press, 2006) 325.

[75]Crook, выше n. 73, 57-8.

[76]Martin Plaut, "The Conflict and its Aftermath", in Dominique Jacquin-Berdal and Martin Plaut (eds.), *Unfinished Business: Eritrea and Ethiopia at War* (New Jersey: Red Sea Press, 2004) 119.

В июне 2000 года стороны заключили соглашение о прекращении огня.[77]В декабре 2000 года они согласовали договор, официально прекращающий боевые действия и создающий три механизма, призванных, в разной степени, устранить причины и последствия войны.[78]Статья 3 Соглашения от декабря 2000 года призывала к проведению расследования под эгидой Организации африканского единства "с целью определения истоков конфликта". Этот процесс так и не начался. Статья 4 предусматривает создание комиссии для определения спорной границы между двумя странами. А статья 5.1 предусматривает создание комиссии из пяти членов для рассмотрения требований каждой из сторон о возмещении ущерба в соответствии с законом об ответственности государств:

> Мандат Комиссии состоит в том, чтобы решать путем обязательного арбитража все претензии об утрате, повреждении или ущербе, предъявляемые одним правительством другому, а также гражданами (включая физических и юридических лиц) одной стороны к правительству другой стороны или организациям, находящимся в собственности или под контролем другой стороны, которые (а) связаны с конфликтом ... и (б) являются результатом нарушений международного гуманитарного права, включая Женевские конвенции 1949 года, или других нарушений международного права".

В течение почти девяти лет комиссия заслушала и вынесла решения по всем искам обеих сторон на миллиарды долларов США в качестве компенсации.[79]Я был одним из назначенных сторонами членов этой комиссии,[80]поэтому мне нецелесообразно подробно комментировать ход разбирательства или решения по конкретным искам. Однако некоторые общие замечания относительно возможной релевантности опыта комиссии в других странах могут быть уместны.

Юрисдикция

Этот трибунал был необычным в том смысле, что, за ограниченным исключением, вопрос о юрисдикции не стоял. Статья 5 содержит широкое предоставление юрисдикции; хотя она не является четкой во всех отношениях, она обеспечивает согласованную основу для большинства претензий сторон. Я не знаю, почему Эритрея и Эфиопия приняли необычное решение.

[77]Ibid., 104-7.

[78]Институт мира Соединенных Штатов, Соглашение между правительством Федеративной Демократической Республики Эфиопия и правительством Государства Эритрея, 12 декабря 2000 года, доступно по адресу: www.usip.org/files/file/resources/collections/peace agreements/eritrea ethiopia 12122000.pdf.

[79]Все решения и постановления трибунала содержатся в *томе XXVI "Докладов о международных арбитражных решениях*" (Нью-Йорк: Организация Объединенных Наций, 2008). Они также размещены на веб-сайте ППТС www.pca-cpa.org.

[80]Председателем Комиссии был профессор Ханс ван Хаутте; г-жа Люси Рид и я были назначены Эритреей; декан Джеймс Пол и судья Джордж Олдрич были назначены Эфиопией. За единственным исключением, все решения трибунала были единогласными.

шаг, согласившись на создание трибунала с таким широким мандатом вскоре после их ожесточенной войны. Разбирательство в трибунале не дало никаких ответов. Возможно, юристы из Государственного департамента США (знакомые с работой международных процессов по рассмотрению претензий и с их периодической ценностью как средства отложить решение сложных вопросов на будущее) предложили командам двух стран, участвовавшим в переговорах, такой ход. В то время стороны, как и сегодня, были ожесточенно разобщены. Перед ними стояло множество вопросов, которые они не могли решить путем прямых переговоров. Передача их в отдельные правовые институты для последующего решения третьими сторонами, возможно, стала выходом из положения.

Определение закона

Установление фактов обычно ставило перед комиссией гораздо более сложные задачи, чем определение права, подлежащего применению. Действительно, записки сторон обычно сходились в отношении международно-правовых норм, подлежащих применению в конкретных исках. Война 1998-2000 годов была международным вооруженным конфликтом, который вели обычные армии, и поэтому комиссия не столкнулась с ограничениями и пробелами, связанными с правом немеждународных вооруженных конфликтов. Эфиопия была участником Женевских конвенций 1949 года во все соответствующие периоды. Эритрея присоединилась к ним в августе 2000 года, после окончания военных действий. Тем не менее обе стороны обычно исходили из того, что соответствующие нормы Женевских конвенций 1949 года должны применяться, предположительно в качестве выражений обычного международного права. Трибунал следовал их примеру. Обе стороны также иногда ссылались на нормы Дополнительного протокола I к Женевским конвенциям как на отражение современного обычного международного права, однако обычный статус некоторых норм Протокола не был согласован, и решение оставалось за комиссией.[81]

В то время как определение регулирующих норм в целом не представляло сложности, ясность конкретных норм и сложность их применения были разными. Для некоторых исков правила и их применение были простыми. Так, при рассмотрении претензий обеих сторон по военнопленным комиссия нашла готовые указания в подробном изложении Третьей Женевской конвенции

[81] *Западный фронт, воздушные бомбардировки и связанные с ними претензии - претензии Эритреи 1, 3, 5, 9-13,*

14, 21, 25 и 26 (Эритрея против *Эфиопии)* (*Частичное решение)*, (2005) 26 RIAA 291 (*Частичное решение по Западному фронту*), 328-30, [98]-[105]: трибунал установил, что нападения на водохранилище, снабжающее водой город в суровом пустынном регионе, нарушают статью 54 Женевского протокола 1, которая запрещает нападения на "объекты, необходимые для выживания гражданского населения, такие как ... сооружения питьевой воды".

режим обращения с военнопленными (ППВ). Некоторые незначительные элементы этого режима, такие как требование статьи 60 о том, что удерживающие державы должны предоставлять военнопленным ежемесячный аванс, эквивалентный определенному количеству швейцарских франков, нелегко совместить с реалиями конфликта между двумя бедными африканскими государствами. Тем не менее, правила Третьей Женевской конвенции обеспечивают эффективные стандарты для оценки претензий обеих сторон. В претензиях Эфиопии к Эритрее акцент делался на физическом жестоком обращении с военнопленными; в претензиях Эритреи к Эфиопии - на насильственной политической индоктринации. Для обоих типов претензий Третья Женевская конвенция обеспечила эффективные критерии.[82]

Обе стороны смогли подготовить значительный объем доказательств после того, как их соответствующие военнопленные были освобождены и проинструктированы, а также прошли физическое и психологическое обследование. Тем не менее, дополнительные свидетельства были бы полезны, поэтому комиссия обратилась за доступом к отчетам о посещении лагерей военнопленных делегатами Международного комитета Красного Креста. Однако, следуя своим традициям конфиденциальности, МККК не разрешил их использовать.[83]Это звучит предостережением для других ситуаций, когда МККК или другие гуманитарные организации могут быть лучшими источниками доказательств нарушений гуманитарного права, но могут быть не готовы предоставить эти доказательства.

Не все нормы гуманитарного права так просты в применении, как Третья Женевская конвенция. Важные нормы, регулирующие ведение военных операций, такие как нормы, регулирующие цели и меры предосторожности при нападении, часто требуют детальной оценки фактов того или иного события. Эти оценки часто связаны с вынесением суждений по сложным и незнакомым военным вопросам, в отношении которых большинство гражданских арбитров не имеют ни знаний, ни опыта. Поэтому трибуналу, возможно, повезло, что он не столкнулся с большим количеством исков, требующих оценки законности конкретных целей или проведения конкретных атак. Действительно, разногласия по вопросу о том, является ли электростанция вблизи эритрейского города Ассаб законной военной целью, привели к единственному в истории комиссии разделенному решению.[84]

Как уже отмечалось, наибольшие трудности комиссии были связаны с установлением фактов. Вооруженные конфликты хаотичны. В них участвуют крупные, сложные и

[82]*Военнопленные - Требование Эритреи 17 (Эритрея* против *Эфиопии)* (*Частичное решение)*, (2003) 26 RIAA 23 (*Иск военнопленных Эритреи 17*); *Иск военнопленных Эфиопии 4 (Эфиопия* против Эритреи) *(частичное решение), (2003) 26 RIAA. Эритрея)* (*Частичное решение)*, (2003) 26 RIAA 73.

[83]*Prisoners of War Eritrea's Claim 17*, (2003) 26 RIAA 23, 42-3, [50]-[53].

[84]*Частичная премия Западного фронта*, (2005) 26 RIAA 291, 332-6, [111]-[123]; там же, 346-9 (президент Ван Хаутт).

запутанные события, которые обычно происходят на огромных пространствах и во времени. Многие важнейшие события происходят в отдаленных местах. Свидетели (если они существуют, выжили, могут быть найдены и готовы сотрудничать) часто видят лишь небольшой фрагмент сложного события. Соответственно, лица, устанавливающие факты, должны попытаться собрать мозаику, но такую, в которой отсутствуют важные фрагменты.[85]

Эта задача усложняется тем, что стороны в конфликте часто придерживаются радикально разных концепций произошедшего, что приводит к частым столкновениям показаний даже среди свидетелей, которые могут быть уверены, что говорят правду.[86]Ситуация усложняется, если, как в арбитраже по делу *"Черного Тома*", правительство фабрикует доказательства.[87]И, как напоминает нам недавний опыт МТБЮ, некоторые недобросовестные адвокаты могут получить лживые или ложные показания.[88]Все это делает доказательства из беспристрастных источников, не являющихся сторонами, потенциально весьма ценными, если их можно найти. В этой связи одна из сторон в делах Эритреи и Эфиопии эффективно использовала коммерческие спутниковые снимки, в том числе снимки городов и деревень, поврежденных в ходе конфликта, до и после. В ряде исков это послужило важным подтверждением показаний очевидцев.[89]

Особые трудности при установлении фактов возникли при рассмотрении исков, связанных с изнасилованиями и сексуальным насилием. Жертвы по понятным причинам не хотят давать показания, особенно в таких обществах, как Эритрея и Эфиопия, где о сексуальном насилии не принято говорить. К счастью, в отличие от некоторых других современных конфликтов, материалы по искам Эритреи и Эфиопии содержали

> нет никаких предположений, а тем более доказательств того, что Эритрея или Эфиопия использовали изнасилование, принудительную беременность или другое сексуальное насилие в качестве инструмента войны. Ни одна из сторон не заявляла о стратегически систематическом сексуальном насилии в отношении гражданских лиц в ходе вооруженного конфликта и оккупации территорий Центрального фронта.

[85]Crook, выше, n. 57, 323-4.

[86]Рассмотрим противоречивые свидетельства очевидцев о начале битвы при Лексингтоне, первой битвы Американской революционной войны в 1775 году. Лексингтон был небольшим сражением, в котором участвовало относительно небольшое количество войск, в небольшом месте, в течение короткого времени. Тем не менее многочисленные очевидцы (несомненно, считавшие, что говорят правду) описали совершенно разные версии этого события. Кристофер Хибберт, *Redcoats and Rebels: The American Revolution through British Eyes* (New York: Avon Books, 1991), 31-2.

[87]Woolsey, выше n. 19, 738-9.

[88]МТБЮ, "Судебная палата принимает соглашение о признании вины в процессе над Еленой Рас за неуважение к Трибуналу", пресс-релиз, JKE/CS/PR1475e, 31 января 2012 года: Г-жа Расич добилась от свидетеля ложных показаний в обмен на 1000 евро наличными.

[89]См. например, *Центральный фронт - претензии Эритреи 2, 4, 6, 7, 8 и 22 (частичное решение)*, (2004) 26 RIAA 115.

> Тем не менее, каждая сторона заявляла о частых случаях изнасилования своих женщин-гражданок солдатами другой стороны.[90]

В некоторых ситуациях показания медицинского персонала, лечившего жертв, служили важным доказательством того, что такие изнасилования совершались солдатами. Комиссия также приняла измененный стандарт доказательств при рассмотрении заявлений об изнасиловании. Учитывая... повышенную культурную чувствительность, а также типично тайный и, следовательно, неочевидный характер изнасилования, Комиссия [не требовала] доказательств того, что изнасилования происходили часто или повсеместно" в качестве основания для привлечения к ответственности.[91]

Выводы

У меня есть оговорки относительно будущих перспектив судебного разбирательства как эффективного средства установления ответственности государства за заявленные нарушения международного гуманитарного права.

Пятисотфунтовая горилла в комнате - это юрисдикция. Нравится вам это или нет, но в большинстве случаев юрисдикция любого процесса, созданного для решения этих вопросов, будет зависеть от согласия обоих участников, будь то государство или негосударственное образование. Это может произойти. Великобритания и США договорились об арбитраже Алабамских претензий, чтобы устранить давний раздражитель в своих отношениях.[92]Эфиопия и Эритрея договорились об арбитраже своих споров о границах и претензиях, потому что обеим странам было необходимо окончательно прекратить военные действия; арбитраж позволил им объявить мир, отложив решение ключевых вопросов. Возможно, в будущем будут случаи, подобные иракскому 1991 года, когда государство, потерпевшее столь серьезное поражение, будет шепотом соглашаться, чтобы избежать угрозы возобновления боевых действий. Тем не менее, я подозреваю, что подобные прецеденты будут повторяться редко. Большинство государств или негосударственных образований, выходящих из вооруженного конфликта, - например, Грузия и Россия - не склонны к урегулированию жалоб на ведение конфликта в рабочем порядке.

Второе ограничение - это ограниченная способность процедур судебного разбирательства охватить и переварить такие масштабные, сложные и зачастую хаотичные события, как вооруженные конфликты. Кроме того, судебный процесс заставляет обе стороны придерживаться и стремиться доказать свое видение произошедшего. Это может уменьшить возможности для дипломатических переговоров и даже обострить противоречия. В связи с этим современные государства не проявляют особого аппетита к использованию нейтральных третьих сторон для проведения расследований спорных событий,

[90]Там же, 132 [36]. [91]Там же, 132 [40].
[92]Форман, выше, п. 5, 809-11.

Несмотря на прошлые успехи таких методов в делах, подобных спору о Доггер-банке. Статья 90 Протокола I к Женевским конвенциям создает постоянную Международную гуманитарную комиссию по установлению фактов, которая может быть уполномочена проводить расследования предполагаемых нарушений Женевских конвенций.[93]Эта комиссия никогда не привлекалась для проведения расследования.

Судебное разбирательство требует огромных затрат времени и денег, а также отнимает время у высших руководителей. Как отмечалось выше, суд над одним обвиняемым в МТБЮ, Душко Тадичем, занял 125 свидетелей, 7 месяцев и 6 000 страниц стенограммы. Комиссия по делам Эритреи и Эфиопии рассмотрела лишь отдельные фрагменты двухлетней войны, но на это ушло девять лет; даже такие темпы оказали огромное давление на юридические команды обеих стран.

Еще одна проблема - ограниченная способность юридических процессов обеспечить действительно эффективные средства защиты от последствий войны. Арбитражные трибуналы могут заявить, что та или иная сторона нарушила международное право. Они даже могут попытаться определить цену нанесенного ущерба, как это сделала Комиссия Эритреи и Эфиопии.[94]Однако у них нет средств для принудительного исполнения решений о возмещении ущерба или для создания богатства, которое позволит странам, выходящим из войны, выплатить его.

Есть еще один тревожный момент. Вооруженные конфликты приводят к гибели людей и причиняют ущерб. Однако многие из этих смертей и значительная часть ущерба могут быть результатом действий, полностью законных с точки зрения гуманитарного права. Таким образом, они не дают оснований для возмещения ущерба в соответствии с законом об ответственности государства. Это делает международное право ограниченным и потенциально бессистемным инструментом, если целью государства является комплексное решение проблемы физического и человеческого ущерба, причиненного войной.[95]

И последнее замечание: с исчезновением обязательной военной службы почти во всех демократических странах количество судей, арбитров и адвокатов с военным опытом приближается к точке исчезновения. В результате адвокаты и лица, принимающие решения в любых будущих трибуналах, будут вынуждены выносить сложные, а иногда и технические решения в областях, в которых они не имеют ни подготовки, ни жизненного опыта.

[93]Международная гуманитарная комиссия по установлению фактов, см. www.ihffc.org/index.asp?Language=EN&page=home.

[94]*Eritrea's Damages Claims (Eritrea* v. *Ethiopia) (Final Award)*, (2009) 26 RIAA 505; *Ethiopia's Damage Claims (Ethiopia* v. *Eritrea) (Final Award)*, (2009) 26 RIAA 631.

[95]Мне нецелесообразно рассматривать аргумент, который иногда выдвигается в пользу того, что сторона, которая делает первый шаг в вооруженном конфликте в нарушение *jus ad bellum*, несет международно-правовую ответственность за весь последующий ущерб. Подобный аргумент в той или иной форме был выдвинут Эфиопией и отвергнут трибуналом.

По всем этим причинам государства, рассматривающие возможность обращения к судебному разбирательству для рассмотрения претензий о нарушениях международного гуманитарного права, должны критически оценивать, сможет ли оно обеспечить эффективное решение рассматриваемых вопросов. Процессы международного судебного разбирательства не очень хорошо подходят для решения тех задач по установлению фактов, которые часто возникают в ходе вооруженных конфликтов. Особенно в случаях, когда речь идет о спорах по поводу крупных и сложных событий, судебное разбирательство может оказаться неподходящим решением.

16

Права человека как предмет международного судебного разбирательства

ИВАН ШИРЕР

С 1945 года международное право в области прав человека и способы защиты от нарушений этого права развивались стремительно - по сути, революционно. Всеобщая декларация прав человека, принятая Генеральной Ассамблеей ООН в 1948 году, прозвучала как тревожный сигнал.[1]Хотя реакция на нее поначалу была медленной (за исключением принятия в 1950 году Советом Европы Европейской конвенции по правам человека), с 1965 года появилось множество международных документов по правам человека и механизмов на региональном и международном уровнях для мониторинга применения прав человека на практике и для того, чтобы позволить, в некоторых случаях, отдельным лицам добиваться возмещения ущерба против государств, нарушающих эти права.

Однако термин "судебные разбирательства" не совсем уместен в отношении всех этих разработок. Сцена более размыта. Как выразился профессор Шелтон,

> Возникнув после Второй мировой войны нерешительно, а затем быстро развиваясь в последние годы, [международное право прав человека] демонстрирует неравномерное распространение международных механизмов и методов подачи жалоб, что привело к созданию смеси средств правовой защиты, взятых из традиционного права об ответственности государства за причинение вреда иностранцам, из национальных правовых систем и из различных взглядов судей на роль трибуналов в предоставлении помощи жертвам злоупотреблений со стороны государства. Средства правовой защиты варьируются от декларативных решений до присуждения совершенно разных сумм компенсации ущерба и предписаний о конкретных действиях государства. Редко можно встретить аргументированное решение, в котором были бы сформулированы принципы, на основании которых предоставляется то или иное средство правовой защиты.[2]

Наибольшие успехи в открытии перспектив средств правовой защиты для отдельных лиц посредством судебного разбирательства в строгом смысле этого слова связаны с созданием трех региональных судов: Европейского суда по правам человека

[1]Исчерпывающий рассказ о ее генезисе см. в книге Mary Ann Glendon, *A World Made New: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights* (New York: Random House, 2001).

[2]Dinah Shelton, *Remedies in International Human Rights Law* (Oxford University Press, 1999), 1.

([3])При соблюдении определенных условий отдельные лица могут подавать иски в эти суды против государств-членов. Каждый из этих судов имеет свои отличительные особенности, и каждый из них имеет обширную литературу для объяснения своей работы и распространения своей судебной практики. В настоящей главе мы не будем пытаться даже обобщать работу этих судов,[4]а ограничимся рассмотрением темы с точки зрения большинства государств мира, которые не являются участниками таких региональных соглашений. Вопрос для них и их граждан заключается в том, какие процедуры защиты прав человека существуют на универсальном уровне и почему эти процедуры были созданы.

Свод международного (в отличие от регионального) права прав человека поражает разнообразием международных механизмов разрешения вопросов, связанных с нарушением прав человека, даже если они не являются судебными в строгом смысле этого слова. Разнообразие международных механизмов, по сути, уникально для области права прав человека. Это разнообразие отражает, с одной стороны, становление индивида как субъекта международного права, а не как его объекта, что является позицией индивида по отношению к другим отраслям международного права, и, с другой стороны (и, возможно, негативно), неприятие государствами обязательного разрешения споров по вопросам, традиционно считавшимся относящимися к их исключительной внутренней юрисдикции.

Помимо этих механизмов, для тех государств, которые признают юрисдикцию Международного суда (МС) и некоторых других трибуналов, могут существовать возможности прямого обращения к правам человека в рамках подлинно судебного процесса, приводящего к обязательному результату. Однако такие случаи нечасты и, скорее всего, останутся таковыми из-за необходимости устанавливать юрисдикцию по согласию сторон. Тем не менее, в последнее время в международной судебной практике произошел ряд значительных изменений, касающихся прав человека.

[3]О последних изменениях см. Kate Parlett, *The Individual in the International Legal System* (Cambridge University Press, 2011), 327-35; Olivier De Schutter, *International Human Rights Law* (Cambridge University Press, 2010), ch. 11.

[4]Например, Дэвид Харрис, Майкл О'Бойл и Колин Уорбрик, *Право Европейской конвенции по правам человека*, 2-е издание (Oxford University Press, 1999); Томас Бюргенталь и Дайна Шелтон (ред.), *Защита прав человека в Америке*, 4-е издание (Kehl-am-Rhein: N. P. Engel Verlag, 1995); Малькольм Дэвид Эванс и Рейчел Мюррей, *Африканская хартия прав человека и народов*, 2-е издание (Cambridge University Press, 2008).

В данной главе будут рассмотрены следующие области деятельности или потенциальной деятельности:

1. Ответственность государства за действия, нарушающие права человека.
2. Современная эволюция права прав человека и предложения о создании международного суда по правам человека.
3. Система мониторинга договоров по правам человека.
4. Право на индивидуальную петицию в рамках системы мониторинга договоров по правам человека.
5. Межгосударственные жалобы в системе мониторинга договоров по правам человека.
6. Совет ООН по правам человека и универсальный периодический обзор (УПО).
7. Механизмы подачи жалоб в Совет ООН по правам человека.

Из этого рассмотрения следует, что возникли определенные формы разрешения споров о правах человека, каждая из которых имеет свои отличительные особенности и предусматривает ограниченные формы возмещения ущерба за нарушение прав человека.

Ответственность государства за действия, нарушающие права иностранных граждан

Отчеты международных судов и арбитражных трибуналов изобилуют примерами того, как государства подают иски против других государств, утверждая, что права их граждан были нарушены на территории государства-ответчика. Однако права, на которые ссылаются, как правило, ограничиваются ограниченными категориями прав, которые традиционно считаются защищенными в соответствии с законом об ответственности государств.[5]Так, дела очень часто касаются конфискации или национализации без адекватной компенсации имущества иностранного инвестора или вмешательства в иных отношениях в права, предоставляемые гражданам другой страны в соответствии с обычным международным правом или двусторонними договорами об установлении, торговле и мореплавании.[6]Такие примеры были обычным делом с конца девятнадцатого века. Несколько дел затрагивали более широкие вопросы прав человека, когда утверждалось, что государство-ответчик не обеспечило адекватную личную защиту иностранного гражданина, например, не расследовало и не привлекло к ответственности лиц, совершивших убийства, поджоги и т. д.; условия тюремного заключения; или не обеспечило возмещение ущерба в своих судах. В прошлом большинство таких дел рассматривалось временными арбитражными комиссиями или специальными арбитражными комиссиями.

[5]См. далее главу 19 в этом томе.
[6]См. далее главу 18 в этом томе.

трибуналы, созданные на двусторонней основе между сторонами. Одним из недавних примеров, имеющим значительную судебную практику, является Трибунал по претензиям между Ираном и США. Все чаще дела, связанные с инвестиционными спорами, передаются на рассмотрение коллегий, созываемых в соответствии с Международной конвенцией по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), разработанной по инициативе Всемирного банка. Участниками этой конвенции является большое количество государств. Иногда до МС доходят дела, затрагивающие права отдельных граждан, например, дело *Ноттебома* (экспроприация имущества и незаконная высылка).[7]Дела *Намибии* (нарушение условий мандата путем применения дискриминационной политики апартеида)[8]и *Конвенции о геноциде*[9]поднимали важные вопросы прав человека, но в особых контекстах. Следует также упомянуть дела *LaGrand*[10]и *Avena*[11], которые касались неспособности государственных органов США информировать иностранных граждан, которым грозил суд (и в конечном итоге казнь), об их правах на доступ к консульской помощи, хотя права, на которые они ссылались, вытекали из Венской конвенции о консульских сношениях, а не из общего свода законов о правах человека.

Эти дела также отражают традиционную точку зрения, согласно которой международное право применяется между государствами, а отдельные лица могут отстаивать права по этому праву против других государств только при посредничестве своего собственного национального государства. Выступать ли на стороне гражданина - полностью на усмотрение национального государства. При этом государство утверждает, что нарушение прав одного из его граждан является ущербом для него самого. Как правило, до того как иск будет поддержан, пострадавшие граждане должны использовать все средства правовой защиты, доступные в государстве-нарушителе (правило исчерпания местных средств правовой защиты). Предъявление претензий также связано с правом на дипломатическую защиту. На этой основе, не прибегая к судебному разбирательству (которое часто бывает невозможным в отсутствие какого-либо механизма разрешения споров, принятого обоими государствами), можно делать дипломатические заявления об обращении с арестованными или судимыми гражданами, включая угрозу смертной казни.

Недавнее решение Международного Суда ООН открыло возможность использования всего массива межнационального права прав человека в качестве основания для международного иска, помимо

[7]*Дело Nottebohm (Лихтенштейн* против *Гватемалы)*, [1955] ICJ Rep. 4.

[8]*Правовые последствия для государств продолжающегося присутствия Южной Африки в Намибии (Юго-Западная Африка), несмотря на резолюцию 276 (1970) Совета Безопасности* (Консультативное заключение), [1971] ICJ Rep. 16.

[9]*Применение Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина* против *Сербии и Черногории) (решение)*, [2007] ICJ Rep. 43.

[10]*LaGrand (Германия* против *Соединенных Штатов) (Merits)*, [2001] ICJ Rep. 466.

[11]*Авена и другие мексиканские граждане (Мексика* против *США)*, [2004] ICJ Rep. 12.

традиционные категории ущерба, подлежащие дипломатической защите. В деле *Ахмаду Садио Диалло*,(12)которое касалось обращения Демократической Республики Конго (ДРК) с бизнесменом гвинейской национальности путем ареста, жестокого обращения в заключении и высылки, Суд принял во внимание Международный пакт о гражданских и политических правах и Африканскую хартию прав человека и народов. МС постановил, что ДРК нарушила оба этих документа и обязана компенсировать Гвинее ущерб, нанесенный ей этими нарушениями.[13]Это очень важное решение переместило фокус внимания Суда за пределы традиционного взгляда на ответственность государства, ограничивающегося действиями, нарушающими минимальный стандарт обращения с иностранцами, на весь свод общепринятых норм международного права прав человека. Уже в своем решении 2007 года по предварительным возражениям ДРК Суд заявил, что "в связи с существенным развитием международного права в последние десятилетия в отношении прав, которые оно предоставляет отдельным лицам, сфера *ratione materiae* дипломатической защиты, первоначально ограниченная предполагаемыми нарушениями минимального стандарта обращения с иностранцами, впоследствии расширилась и включает, *в частности,* международно гарантированные права человека".[14]Один из комментаторов отметил по поводу этого решения, что "как показывает *Диалло*, дипломатическая защита и права человека тянутся в одном направлении - первая делает это в рамках традиционной системы "государство-государство", а вторые - в более современных рамках "государство-индивид".[15]Тот же комментатор обращает особое внимание на особое мнение судьи Канкадо Триндаде, который резюмирует последствия этого решения следующим лаконичным образом:

> Субъектом прав, которые Суд признал нарушенными государством-ответчиком в настоящем деле, не является государство-заявитель: субъектом этих прав является физическое лицо г-н А.С. Диалло. Процедура защиты иска, первоначально использованная (государством-заявителем), была процедурой дипломатической защиты, но материальное право, применимое в настоящем деле, - как было разъяснено после вынесения Судом в 2007 году решения по предварительным возражениям в ходе разбирательства (письменного и устного) по существу, - это международное право прав человека.[16]

[12]*Ахмаду Садио Диалло (Гвинейская Республика* против *Демократической Республики Конго) (по существу)*, [2010] ICJ Rep. 639.

[13]Там же, [74]-[75].

[14]*Ахмаду Садио Диалло (Гвинейская Республика* против *Демократической Республики Конго) (Предварительные возражения)*, [2007] ICJ Rep. 582, [39].

[15]Eirik Bjorge, 'Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)', (2011) 105 AJIL 534, 539.

[16]*Ахмаду Садио Диалло (Республика Гвинея* против *Демократической Республики Конго) (Merits)*, [2010] ICJ Rep. 639, особое мнение судьи Кансиаду Триндаде, [223].

Этот взгляд на дело следует рассматривать наряду с отдельным мнением судьи Симмы по предыдущему делу *"Вооруженная деятельность на территории Конго"*.[17]Уганда в своем встречном иске жаловалась на обращение ДРК с ее дипломатами и другими гражданами, находящимися на конголезской территории. Она заявила о своей позиции на основании традиционного материального права ответственности государства и права дипломатических отношений, и Международный Суд решил дело на этих ограниченных основаниях.[18]Судья Симма, однако, хотел, чтобы Международный Суд пошел дальше. Он заявил, что Уганда имела бы право на предъявление иска, основанного как на международном гуманитарном праве, так и на международном праве прав человека, и, более того, даже в отношении лиц, не являющихся ее гражданами, а Суд обладал бы юрисдикцией для его рассмотрения.[19]В этом мнении он был подкреплен известной сентенцией Суда по делу *Barcelona Traction*, в которой говорится об обязательствах *erga omnes*,[20]которые по своей природе касаются всех государств и в защите которых все государства могут быть признаны юридически заинтересованными.

Таким образом, недавнюю судебную практику Международного Суда по защите прав человека можно по праву считать "изменением моря".[21]Очевидно, что рост признания материального корпуса международного права прав человека все больше подкрепляется механизмами правоприменения, включая судебные процессы.

Современная эволюция права прав человека и предложения о создании Международного суда по правам человека

Для реализации целей Устава ООН по поощрению прав человека[22]Генеральная Ассамблея ООН в 1946 году учредила Комиссию по правам человека. Первой задачей комиссии было согласование Всеобщей декларации прав человека, которая была принята

[17]*Вооруженные действия на территории Конго (Демократическая Республика Конго* против *Уганды)*, [2005] ICJ Rep. 168.

[18]Там же, [306]-[317]. [19]Там же, особое мнение судьи Симмы, [17].

[20]*Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd (Бельгия* против *Испании) (Вторая фаза)*, [1970] ICJ Rep. 3, 32.

[21]Bjorge, выше n. 15, 539. В отношении доктрины государственного иммунитета в национальных судах, где МС постановил, что она не становится неприменимой в отношении нарушений норм прав человека и международного гуманитарного права, даже норм *jus cogens*, таких изменений не наблюдается: *Юрисдикционные иммунитеты государства (Германия* против *Италии: Греция вмешивается) (решение)*, Общий список № 143 МС, 3 февраля 2012 г., [97].

[22]Устав ООН, ст. ст. 1(3), 55, 56.

9 декабря 1948 г.[23]После этого комиссия работала над проектами более детальной разработки прав человека, к которым должен был быть прикреплен суд. Однако эта работа была затруднена наступлением холодной войны, которая сделала невозможным достижение согласия между западными державами и государствами - союзниками Советского Союза. Менее амбициозные цели были реализованы принятием и открытием для подписания в 1966 году двух Пактов о правах человека: Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (МПЭСКП)[24]и Международного пакта о гражданских и политических правах (МПГПП).[25]МПЭСКП был составлен в основном на основе желаний, обязывая государства лишь к постепенной реализации выраженных в нем прав, таких как право на образование, здоровье и социальные услуги. В отличие от этого, МПГПП был сформулирован в императивных выражениях, наделяя людей такими правами, как право на справедливый суд, запрет пыток, свобода совести и вероисповедания. Таким образом, разделение МПЭСКП и МПГПП облегчило некоторым государствам соблюдение первого и одновременно отказ от второго.[26]

Однако важно помнить, что даже для государств, не являющихся участниками пактов (и особенно МПГПП), Всеобщая декларация содержит суть всех важных прав человека, а ее нормы рассматриваются как вошедшие в свод обычного международного права, обязательного для всех государств. Таким образом, невозможно избежать влияния основного международного права в области прав человека. Это отражается не только в практике государств, но и в недавно введенном Советом ООН по правам человека процессе универсального периодического обзора (УПО), в рамках которого каждые четыре года проводится обзор соблюдения прав человека всеми государствами-членами ООН. Процесс УПО предусматривает, что положение дел во всех государствах должно быть рассмотрено в соответствии со стандартами Всеобщей декларации, а также любыми документами по правам человека конвенционного характера, к которым они добровольно присоединились.

[23]GA Res. 217A (III), ГАООР ООН, 3-я сессия, 183-е пленарное заседание, UN Doc. A/810 (10 декабря 1948 г.).

[24]Открыт для подписания 16 декабря 1966 года, вступил в силу 3 ноября 1976 года, 993 UNTS 3.

[25]Открыт для подписания 16 декабря 1966 года, вступил в силу 23 марта 1976 года (за исключением ст. 41, которая вступила в силу 28 марта 1979 года), 999 UNTS 171.

[26]В 1999 году Управление ООН по правовым вопросам вынесло заключение о том, что после ратификации МПГПП государство не может выйти из него, поскольку договорной характер МПГПП обусловлен тем, что он выражает права людей, а не государств. Это мнение было вынесено после предполагаемой денонсации МПГПП Корейской Народно-Демократической Республикой (КНДР). Судя по всему, КНДР приняла это решение, поскольку в 2001 году она должным образом представила свой очередной доклад в Комитет по правам человека.

В 1966 году не удалось договориться о создании суда по правам человека или какого-либо другого механизма принудительного исполнения, имеющего обязательную силу. Вместо этого пакты предусматривали создание наблюдательных комитетов, которым все государства-участники должны были регулярно представлять доклады. Эти комитеты были наделены полномочиями делать замечания и рекомендации государствам, представившим доклады, после рассмотрения их докладов, материалов, полученных из других источников, и результатов публичных слушаний делегации государства, представляющей свой первоначальный и последующие периодические доклады. Возможность подачи гражданами индивидуальных жалоб против своих государств на несоблюдение условий пактов была открыта путем присоединения к пактам факультативных протоколов, требующих принятия государствами отдельно от самих пактов.

Стоит вскользь отметить, что о том, что могло бы вырасти из Всеобщей декларации как универсального института, если бы не холодная война, свидетельствует ограниченная географическими рамками Европейская конвенция о правах человека, принятая Советом Европы в 1950 году. Ее положения не только заимствованы из Всеобщей декларации, но и во многих отношениях поразительно схожи с формулировками, которые позднее были приняты в МПГПП. Однако наиболее существенным отличием является то, что Европейская конвенция предусматривает создание Европейского суда по правам человека с обязательной юрисдикцией, к которому имеют право обращаться отдельные лица. Предложения о создании международного суда по правам человека были возрождены только в 2005 году, и с тех пор они вновь встречают сопротивление.[27]

После 1948 года Комиссия ООН по правам человека обратила свое внимание на разработку конкретных документов по правам человека в форме договоров, более подробно рассматривающих определенные аспекты прав человека. Они включали в себя положение о создании экспертного комитета по мониторингу в отношении каждого пакта, целью которого является получение регулярных отчетов о выполнении соответствующего документа каждым из государств-участников. Помимо упомянутых выше пактов-близнецов, такими документами были Конвенция о ликвидации расовой дискриминации (1965),[28]Конвенция о ликвидации дискриминации в отношении

[27]Michael O'Flaherty and Clare O'Brien, "The Reform of the United Nations Treaty Bodies: Критика концептуального документа Верховного комиссара", (2007) 7 *Human Rights Law Review* 141, 172.

[28]Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации (открыта для подписания 21 декабря 1965 года, вступила в силу 4 января 1969 года), 660 UNTS 195.

Женщины (1979),[29]Конвенция против пыток (1984),[30]Конвенция о правах ребенка (1989),[31]Конвенция о трудящихся-мигрантах (1990),[32]Конвенция о лицах с ограниченными возможностями (2006),[33]и Конвенция о насильственных исчезновениях (2006).[34]

Система мониторинга договоров по правам человека

Система мониторинга, разработанная Комиссией по правам человека для включения в документы, дополняющие Всеобщую декларацию[35], впервые появилась в Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации[36], принятой в декабре 1965 года (и, следовательно, незадолго до принятия пактов-близнецов 1966 года). Конвенция учредила Комитет по ликвидации расовой дискриминации, состоящий из восемнадцати экспертов, избранных из числа кандидатов государств-участников, "которые будут работать в личном качестве, учитывая справедливое географическое распределение и представительство различных форм цивилизации, а также основных правовых систем".[37]Срок полномочий - четыре года, но члены Комитета могут переизбираться на следующий срок. Основной задачей комитета является рассмотрение первоначальных и последующих периодических докладов государств-участников о "законодательных, судебных, административных или иных мерах, которые они приняли и которые

[29]Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (открыта для подписания 1 марта 1980 года, вступила в силу 3 сентября 1981 года), 1249 UNTS 13.

[30]Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (открыта для подписания 10 декабря 1984 года, вступила в силу 26 июня 1987 года), 1465
UNTS 85.

[31]Конвенция о правах ребенка (открыта для подписания 20 ноября 1989 года, вступила в силу 2 сентября 1990 года), 1577 UNTS 3.

[32]Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей (открыта для подписания 18 декабря 1990 года, вступила в силу 1 июля 2003 года), 2220 UNTS 3.

[33]Конвенция о правах инвалидов (открыта для подписания 13 декабря 2006 года, вступила в силу 3 мая 2008 года), 2515 UNTS 3.

[34]Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (открыта для подписания 20 декабря 2006 года, вступила в силу 23 декабря 2010 года), UN Doc. A/61/488.

[35]См. в целом Филипп Олстон и Джеймс Кроуфорд (ред.), *Будущее отчетности ООН по договорам о правах человека* (Cambridge University Press, 2000). О Дублинском заявлении о процессе укрепления системы договорных органов ООН по правам человека (2009) (доступно на сайтеwww.nottingham.ac.uk/hrlc/documents/specialevents/dublinstatement.pdf) см. Michael O'Flaherty, 'Reform of the UN Human Rights Treaty Body System: Определение места Дублинского заявления", (2010) 10 *Human Rights Law Review* 319.

[36]660 UNTS 195, Arts. 8-10. [37]Там же, ст. 8(1).

осуществлять положения Конвенции".[38]Затем комитету поручено "ежегодно отчитываться" через Генерального секретаря ООН о своей деятельности и "может вносить предложения и общие рекомендации на основе изучения докладов и информации, полученных от государств-участников. Такие предложения и общие рекомендации докладываются Генеральной Ассамблее вместе с комментариями государств-участников, если таковые имеются".[39]Принимая во внимание нежелание многих государств подвергать себя критике на международных форумах, разработчики считали, что они могут зайти так далеко, если хотят, чтобы документы получили достаточную поддержку.

Механизм мониторинга, созданный таким образом в Конвенции о расовой дискриминации, был использован в Пактах-близнецах 1966 года и в последующих конвенциях по правам человека до 2006 года. Однако на практике контрольная роль комитетов была существенно изменена благодаря принятию ими правил процедуры. Во-первых, комитеты стали требовать, чтобы делегация отчитывающегося государства-участника появлялась в комитете, заседающем в Женеве или Нью-Йорке, для официального представления доклада и, при необходимости, его обновления, а также для ответов на вопросы или просьбы о предоставлении дополнительной информации от отдельных членов комитета. Во-вторых, помимо "объединения" всех докладов в один ежегодный доклад Генеральной Ассамблее ООН, комитеты стали выпускать заключительные замечания и рекомендации по завершении устного рассмотрения доклада каждого государства-участника. Эти изменения привели к тому, что процесс подготовки докладов стал более строгим и - в определенной степени - более состязательным. Они были включены в свод последующих документов по правам человека, начиная с Конвенции по пыткам 1984 года. Таким образом, создается впечатление, что многие государства, ранее не желавшие сталкиваться с прямой критикой своих достижений в области прав человека, смирились с более навязчивой ролью комитетов.

Хотя в документах они не выражены в обязательной форме, комитеты рассматривают свои заключительные замечания, доклады и предложения в отношении докладов государств-участников как имеющие вес. Если по ним не принимаются меры, соответствующему государству-участнику будет предложено объяснить свою неспособность в следующий раз, когда оно предстанет перед комитетом. Хотя до сих пор это не применялось на практике, в крайних случаях неспособности устранить вопиющее нарушение соответствующей конвенции государство-участник может быть вызвано досрочно из обычного цикла периодических отчетов для представления специального доклада комитету.

[38]Там же, ст. 9(1). [39]Там же, ст. 10(1).

Обязанность готовить и представлять регулярные отчеты в девять комитетов ложится тяжелым бременем на государства-участники, особенно на развивающиеся государства с ограниченными ресурсами. Не успеет закончиться один отчет, как уже должен быть представлен другой. Стремясь уменьшить это бремя и упростить свои процедуры, Комитет по правам человека ввел систему целенаправленных докладов, основанных на вопросах, разработанных комитетом и заранее направленных отчитывающейся стороне.[40]

Система мониторинга под эгидой ООН не является процедурой разрешения споров как таковой. Комитеты не берут на себя конфронтационную роль и не выступают в качестве органов по установлению фактов. Комитет по правам человека, например, регулярно подчеркивает, что отношения между ним и отчитывающимися государствами-участниками являются "диалогом", в ходе которого он предлагает конструктивную критику послужного списка прав человека отчитывающегося государства, основываясь на всей известной ему информации. Эта информация включает в себя доклады неправительственных организаций (НПО), многие из которых очень подробно изучили ситуацию в конкретных странах. Тем не менее, заключительные замечания, принятые различными комитетами, их рекомендации и призывы к реформам принимаются публично, а значит, отражают озабоченность, высказанную как гражданами отчитывающегося государства, так и заинтересованными международными организациями (такими как Amnesty Interna-tional и Human Rights Watch). В этом смысле процедуры представляют собой квазисостязательный процесс.

Право на индивидуальную петицию в рамках системы мониторинга договоров по правам человека

В отличие от косвенного метода критической оценки деятельности государства в области прав человека, представленного системой отчетности, в конвенциях по правам человека, принятых после 1948 года, был введен более прямой метод оценки. Этот метод был поистине радикальным, поскольку позволял отдельным гражданам или группам граждан, при соблюдении определенных условий, подавать в комитеты жалобы о том, что их собственное национальное государство нарушило права, которыми они наделены согласно соответствующей конвенции. Это нововведение не только позволяло найти средство правовой защиты в тех случаях, когда невозможно было добиться возмещения на местном уровне, но и радикально нарушало традиционный статус индивидов в международном праве как объектов, а не субъектов.

[40]Комитет по правам человека, Целенаправленные доклады, основанные на ответах на перечни вопросов, подлежащих представлению (LOIPR): Осуществление новой факультативной процедуры представления докладов, 99-я сессия, UN Doc. CCPR/C/99/4 (29 сентября 2010 г.).

В этом случае, как правило, речь идет о субъектах этого права. Однако политическая деликатность права на прямой доступ частных лиц к международной инстанции отразилась в том, что процедура подачи петиций была обставлена рядом условий, прежде всего условием, что государство-участник должно было явно принять эту процедуру в соответствии с факультативными положениями, включенными в конвенции или прилагаемыми к ним.[41]

Право на индивидуальную петицию впервые появилось в Конвенции о расовой дискриминации 1965 года. Статья 14 Конвенции гласит:

> Государство-участник может в любое время заявить, что оно признает компетенцию Комитета получать и рассматривать сообщения от отдельных лиц или групп лиц, находящихся под его юрисдикцией, которые утверждают, что они являются жертвами нарушения этим государством-участником любого из прав, изложенных в настоящей Конвенции. Комитет не получает никаких сообщений, если они касаются государства-участника, которое не сделало такого заявления".

Это право на сообщение было воспроизведено в двух пактах 1966 года и во всех последующих конвенциях, но с некоторыми существенными изменениями. Прежде всего, Конвенция о расовой дискриминации требует, чтобы государство, принимающее эту процедуру

> создать или указать орган в рамках своего национального правопорядка, который будет компетентен получать и рассматривать петиции от лиц, находящихся под его юрисдикцией, которые утверждают, что они являются жертвами нарушения любого из прав, изложенных в настоящей Конвенции, и которые исчерпали другие имеющиеся местные средства правовой защиты.[42]

Ни в пактах, ни в последующих конвенциях нет требования о создании специального национального органа. Во-первых, это, вероятно, было сочтено излишним, поскольку правило исчерпания местных средств правовой защиты применяется ко всем.[43]Во-вторых, в соответствии с Конвенцией о расовой дискриминации сообщения рассматриваются комитетом конфиденциально.[44]Характер обвинений становится известен государству-участнику, но не

[41]См. в целом о значении процедур подачи петиций (жалоб): Christian Tomuschat, *Human Rights: Между идеализмом и реализмом*, 2-е издание (Oxford University Press, 2008), 193-4; Alex Conte and Richard Burchill, *Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the Human Rights Committee*, 2nd edn (Farnham: Ashgate, 2009), 2-3, 17; Henry Steiner and Philip Alston, *International Human Rights in Context*, 2nd edn (Oxford University Press, 2000), 738-40.

[42]660 UNTS 195, Art. 14.

[43]О бремени доказывания исчерпания местных средств правовой защиты см. Bernard Robertson, 'Exhaustion of Local Remedies in International Human Rights Litigation - the Burden of Proof Reconsidered', (1990) 39 ICLQ 191-6.

[44]660 UNTS 195, ст. 14(4), 6(a).

личность заявителя, если он или она не согласны. В-третьих, комитет уполномочен только делать "предложения и рекомендации" государству-участнику и заявителю.[45]Краткие отчеты по делам ежегодно представляются Генеральной Ассамблее ООН. Однако, судя по всему, в последнее время заявители охотно раскрывают свою личность, и выводы комитета публикуются под именами заявителей. Процедура рассмотрения жалоб по другим конвенциям, хотя и проводится на закрытых заседаниях, позволяет публиковать принятые решения. В-четвертых, открытие факультативного права на подачу индивидуальных жалоб с 1965 года содержится в факультативном протоколе, прилагаемом к конвенции, а не в самом тексте конвенции. Единственной конвенцией по правам человека в системе ООН, не содержащей права на индивидуальную жалобу, является Конвенция о правах ребенка 1989 года.

Например, процедура подачи индивидуальных жалоб в соответствии с Факультативным протоколом МПГПП работает следующим образом. Процедура полностью письменная. Не существует права личной явки в комитет или присутствия адвоката (хотя адвокаты иногда помогают заявителю в составлении письменных заявлений). Заявитель (в практике комитета он называется "автор") подает заявление о предполагаемом нарушении с указанием соответствующего права, предусмотренного МПГПП. Заявление не обязательно должно быть составлено по определенной форме, хотя руководство по подаче жалоб можно найти на сайте Верховного комиссара ООН по правам человека. Отдел петиций Управления Верховного комиссара в Женеве, убедившись, что жалоба затрагивает вопрос, предусмотренный МПГПП, и что заявитель лично пострадал от предполагаемого нарушения (обобщенные жалобы, имеющие характер *actio popu-laris* - напр, например, утверждение о том, что условия содержания в тюрьме в целом невыносимы, - не принимаются), затем доводит жалобу до сведения соответствующего государства-участника, требуя "письменных объяснений или заявлений, разъясняющих данный вопрос и средства правовой защиты, если таковые были приняты этим государством".[46]В менее простых случаях Отдел петиций консультируется с членом комитета, назначенным докладчиком по новым сообщениям, который также имеет право распоряжаться о принятии временных мер в случаях крайней необходимости (например, в случае неизбежного вынесения смертного приговора или депортации). Сайт

[45]Там же, ст. 14(7)(b).

[46]Факультативный протокол к Международной конвенции о гражданских и политических правах (открыт для подписания 16 декабря 1966 года, вступил в силу 23 марта 1976 года), 999 UNTS 171,
ст. 4.

Ответ государства-участника-ответчика должен быть представлен в течение шести месяцев,[47]но на практике процедура часто продвигается медленнее, и приходится обращаться за напоминаниями. После получения ответа государства-участника заявителю разрешается высказать замечания по этому ответу, на которые государство-участник имеет еще одну возможность ответить. Хотя большинство жалоб доходят до стадии готовности к рассмотрению в комитете в течение двух-четырех лет, некоторые дела занимают больше времени из-за задержек с получением ответов. После завершения рассмотрения состязательных бумаг рабочая группа комитета, состоящая из пяти-десяти членов, рассматривает проект решения о приемлемости или по существу. В этой работе ей помогают юристы (в основном молодые), работающие в отделе петиций. Затем дело переходит в пленарный комитет, где проект решения, подготовленный рабочей группой, может быть утвержден, а может и нет. И рабочая группа, и пленарный комитет рассматривают индивидуальные петиции на закрытых заседаниях. Комитет может (i) признать дело неприемлемым по причине его несовместимости с положениями МПГПП или Факультативного протокола или неисчерпания внутренних средств правовой защиты; (ii) прекратить дело после рассмотрения его по существу; или (iii) установить факт нарушения. В последнем случае, представляя свое решение (так называемое "мнение") государству-участнику и заинтересованному лицу, он предписывает государству-участнику предоставить средство правовой защиты от нарушения, которое часто включает денежную компенсацию.[48]

Комитет по правам человека занимает неоднозначную позицию в отношении правового статуса своих "мнений" по делам, рассматриваемым в соответствии с Факультативным протоколом.[49]Хотя Комитет не является судом, он недавно отметил, что его мнения "обладают некоторыми важными характеристиками судебного решения. Они вырабатываются в судебном духе, включая беспристрастность и независимость членов Комитета, взвешенное толкование формулировок Пакта и определяющий характер решений".[50]Не заявляя в многословной форме, что его мнения являются обязательными для государства, которому они адресованы, Комитет рассматривает их как "авторитетное определение

[47]Там же, ст. 4(2).

[48]Подробное рассмотрение процедуры и всеобъемлющий обзор решений комитета по делам Факультативного протокола см. в книге Sarah Joseph, Jenny Schultz, and Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials and Commentary*, 2nd edn (Oxford University Press, 2004). См. также Jacob Th. Moeller and Alfred de Zayas, *United Nations Human Rights Committee Case Law 1977-2008* (Kehl-am-Rhein: N. P. Engel Verlag, 2009).

[49]Комитет по правам человека, Замечание общего порядка № 33: Обязательства государств-участников в соответствии с Факультативным протоколом к Международному пакту о гражданских и политических правах, 94-я сессия, UN Doc. CCPR/C/GC/33 (5 ноября 2008 г.).

[50]Там же, [11].

Орган, учрежденный в соответствии с Пактом и занимающийся толкованием этого документа. Эти мнения и то значение, которое им придается, вытекают из неотъемлемой роли Комитета как по Пакту, так и по Факультативному протоколу.'[51]Комитет также полагается на обязанность государств-участников в соответствии со Статьей 2(3)(a) МПГПП обеспечить эффективное средство правовой защиты тем, чьи права были нарушены, а также на принцип добросовестности при выполнении ими обязанности сотрудничать с Комитетом при выполнении его функций в соответствии с Факультативным протоколом.[52]Таким образом, процедура рассмотрения жалоб, по мнению Комитета, равносильна судебному разбирательству, результатом которого является "авторитетное" решение.

Несмотря на то, что 114 из 167 государств-участников МПГПП (по состоянию на 5 января 2012 года) стали участниками Факультативного протокола, его применение отдельными лицами в этих государствах было неравномерным. Известно, что некоторые государства не поощряют подачу жалоб на них[53]или угрожают возмездием тем, кто это делает. В других государствах эта процедура широко не известна. Многие западноевропейские государства принимают эту процедуру, хотя они также являются участниками Европейской конвенции по правам человека, так что у жалобщиков есть возможность обратиться в Европейский суд по правам человека, где они могут получить юридически обязательное решение. Представляется, что важным фактором является широкая осведомленность юристов развитых стран о данной процедуре. Например, в случае с Австралией по состоянию на ноябрь 2008 года в Управлении Верховного комиссара было зарегистрировано 105 дел, готовых к рассмотрению Комитетом по правам человека. Из них нарушения были выявлены в двадцати четырех случаях, отсутствие нарушений - в шести, тридцать два случая были признаны неприемлемыми, двадцать восемь были прекращены заявителями, а пятнадцать случаев были закрыты. Дополнительные сообщения находятся на рассмотрении в Отделе петиций до официальной регистрации и не подают признаков прекращения. Таким образом, можно сделать вывод, что процедура подачи жалоб является желанной заменой судебному разбирательству в тех случаях, когда другие механизмы отсутствуют.

[51]Ibid., [13]. [52]Ibid., [14]-[15].

[53]И с х о д я из неверного понимания того, что мнения комитета являются технически обязательными, председатель Верховного суда Шри-Ланки в 2006 году в деле *Сингараса* против *Генерального прокурора* заявил, что обращение граждан в комитет является "неконституционным", поскольку это означало бы признание авторитета, превосходящего по своей значимости суды страны.
N. С. Родли, "Дело Сингарасы: Quis custodiet: Тест для Бангалорских принципов поведения судей", (2008) 41 *Israel Law Review* 41.

Межгосударственные жалобы в рамках системы мониторинга договоров по правам человека

Процедура, потенциально предлагающая форму прямого разрешения споров между государствами, была создана в Конвенции о расовой дискриминации и включена во все последующие документы. Статья 11 Конвенции гласит, что:

> 1. Если государство-участник считает, что другое государство-участник не выполняет положения настоящей Конвенции, оно может довести этот вопрос до сведения Комитета. Комитет затем препровождает сообщение соответствующему государству-участнику. В течение трех месяцев принимающее государство представляет Комитету письменные объяснения или заявления, разъясняющие данный вопрос, а также средства правовой защиты, если таковые были приняты государством.
>
> 2. Если вопрос не урегулирован к удовлетворению обеих сторон либо путем двусторонних переговоров, либо с помощью любой другой открытой для них процедуры в течение шести месяцев после получения принимающим государством письменного сообщения, любое государство имеет право вновь передать этот вопрос на рассмотрение Комитета, уведомив об этом Комитет, а также другое государство...

Статьи 12 и 13 предусматривают создание специальной согласительной комиссии, состоящей из пяти человек (не являющихся членами комитета), которая представляет председателю комитета доклад, содержащий выводы о фактах и рекомендации по полюбовному урегулированию спора. Заинтересованные государства должны в течение трех месяцев сообщить, принимают ли они эти рекомендации. После этого комитет направляет доклад комиссии и заявления заинтересованных государств-участников другим государствам-участникам конвенции.

До сих пор эта межгосударственная процедура разрешения споров не применялась на практике. Хотя она доступна в целом в соответствии с Конвенцией о расовой дискриминации, в статье 41 МПГПП и в последующих документах она получила особое признание. Ходили слухи, что Австралия и Новая Зеландия собирались применить эту процедуру в соответствии с МПГПП против Зимбабве после небезупречных выборов в 2005 году, но их отговорили от этого. Возможно, его общее неиспользование объясняется нежеланием государств указывать пальцем на других, поскольку в этом случае можно получить мало дипломатических преимуществ. Также иногда говорят, что "люди, живущие в стеклянных домах, не должны бросать камни". Но вопиющие случаи, безусловно, не должны обходиться молчанием.

Совет ООН по правам человека и универсальный периодический обзор

Совет по правам человека был создан в 2006 году вместо Комиссии по правам человека в соответствии с резолюцией 60/251 Генеральной Ассамблеи ООН.[54]Комиссия, по мнению многих, исчерпала себя в продвижении новых конвенций по правам человека. Требовалось не увеличение числа конвенций, а более эффективное соблюдение существующих. Более того, комиссия из пятидесяти трех членов превратилась в арену конфликтов и неприличных дебатов, в ходе которых мало что удавалось сделать по существу. Поэтому сначала большие надежды возлагались на создание нового органа, который имел бы более конкретный мандат. К сожалению, на сегодняшний день эти надежды оказались несколько разочарованными.

В мандат Совета по правам человека включено указание "проводить на основе объективной и достоверной информации универсальный периодический обзор выполнения каждым государством его обязательств и обязанностей в области прав человека таким образом, чтобы обеспечить универсальный охват и равное отношение ко всем государствам".[55]

Процесс универсального периодического обзора (УПО) начался в 2008 году. Генеральный секретарь ООН Пан Ги Мун заявил, что процесс УПО "обладает огромным потенциалом для продвижения и защиты прав человека в самых темных уголках мира".[56]Основными шагами вперед с точки зрения мониторинга прав человека по сравнению с системой договорных органов в рамках отдельных специализированных конвенций являются (i) то, что обзор является действительно универсальным в том смысле, что все государства-члены ООН будут периодически рассматриваться, совершенно независимо от их обязательств или их отсутствия в рамках других процедур отчетности; и (ii) их история соблюдения норм, установленных во Всеобщей декларации прав человека 1948 года, представляет собой фундаментальный стандарт измерения, помимо обязательств по конкретным конвенциям, к которым добровольно присоединились государства, в отношении которых проводится обзор.

[54]См. в целом Кевин Бойл, "Совет ООН по правам человека: Истоки, предпосылки и перспективы" и Найджел Родли, "Совет ООН по правам человека, его специальные процедуры и отношения с договорными органами: Дополнение или конкуренция?", в Кевин Бойл (ред.), *Новые институты для защиты прав человека* (Oxford University Press, 2009).

[55]GA Res. 60/251, ГАООР ООН, 60-я сессия, 72-е пленарное заседание, UN Doc. A/RES/60/251 (15 марта 2006 г.), п. 5(e).

[56]На открытии 4-й сессии Совета по правам человека, 12 марта 2007 года: Управление Верховного комиссара по правам человека, "Универсальный периодический обзор", доступно на сайте www. ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx.

Программа обзора предусматривает рассмотрение шестнадцати государств-членов ООН на каждой из трех ежегодных сессий Совета по правам человека. Таким образом, к концу 2011 года были рассмотрены документы по правам человека всех 193 государств-членов.

Обзоры проводятся рабочей группой, которая, несмотря на свое название, состоит из всех сорока семи членов совета. Членами совета являются представители избранных государств-членов, в отличие от независимых экспертов, избираемых в комитеты в рамках системы договорных органов ООН. Государства-члены ООН, не являющиеся членами совета, также могут присутствовать и принимать участие в работе в качестве наблюдателей. Процессу помогает "тройка" из трех членов совета, которые выступают в качестве докладчиков. Для каждого государства, подлежащего рассмотрению, избираются отдельные тройки путем голосования. НПО могут представлять информацию рабочей группе, но не могут участвовать в рассмотрении. Продолжительность каждого экзамена составляет три часа. Вскоре после рассмотрения тройка готовит "итоговый отчет", в котором может участвовать государство, в отношении которого проводилось рассмотрение. Затем итоговый доклад возвращается в рабочую группу для принятия, в ходе которого государство, в отношении которого проводится обзор, может выразить свое согласие или несогласие с конкретными выводами или рекомендациями. Затем доклад передается на пленарное заседание совета для принятия, на котором государству, в отношении которого проводится обзор, разрешается сделать дополнительные заявления и ответить на вопросы. Члены совета и государства-наблюдатели, а также неправительственные организации также могут выступить с заявлениями на этом этапе.

Хотя в принципе этот процесс кажется хорошим, на практике он оказался разочаровывающим. Из отчетов об экзаменах ряда государств, рассмотренных Советом до сих пор, видно, что некоторые государства с низкими показателями склонны к тому, чтобы другие государства с низкими показателями легко сдавали устные экзамены, подчеркивая свои достижения перед лицом предполагаемых экономических или политических трудностей, а не осуждая свои неудачи. Некоторые государства (и некоторые неправительственные организации) будут более прямо и откровенно говорить о недостатках рассматриваемого государства. Однако в целом и с учетом ограниченного времени, отведенного на этот процесс, итоговые отчеты по каждому рассмотренному государству достаточно сбалансированы. Неблагоприятные выводы и рекомендации выражены в сдержанных выражениях, а резкого осуждения удается избежать. О перспективах более тщательного изучения докладов в рамках второго цикла обзоров (2012-16 гг.), как представляется, свидетельствует анализ проведения Советом по правам человека обзоров в последний год первого цикла, проведенный организацией Human Rights Watch.[57]

[57]Human Rights Watch, 'Keeping the Momentum: Один год в жизни Совета ООН по правам человека", сентябрь 2011 г.

Некоторые предполагают, что введение УПО в Совете по правам человека может заменить работу девяти специализированных комитетов по контролю за соблюдением различных договоров по правам человека.[58]Очевидно, что задача по выполнению обязательств по представлению докладов, которые государства взяли на себя в соответствии с девятью договорами, является обременительной, особенно для развивающихся стран. Более того, каждый отчет требует присутствия делегации государства для его представления в Женеве или Нью-Йорке, где делегация должна ответить на вопросы, заданные соответствующим комитетом, что отнимает ценные финансовые ресурсы. С другой стороны, утверждается, что передача всего мониторинга в рамках договорной системы Совету чревата опасностью как минимизации, так и политизации процесса.[59]Экспертные комитеты обладают богатым опытом и глубиной знаний, которые трудно повторить в крупном политическом органе. Кроме того, в таком органе, как Совет по правам человека, было бы трудно проводить процедуры рассмотрения индивидуальных жалоб, особенно в части поддержания и развития последовательной судебной практики. Хотя важно отметить, что добавление Совета по правам человека

Совет не является частью архитектуры международной системы прав человека, он, по большей части, предоставляет третью возможность защиты от индивидуальных нарушений прав человека через гласность в процессе УПО. Ограниченные механизмы подачи жалоб, которые еще предстоит создать, описаны ниже.

Механизмы подачи жалоб Совета ООН по правам человека[60]

В 2007 году Совет по правам человека учредил рабочую группу для пересмотра прежней системы подачи жалоб, созданной при замененной Комиссии по правам человека, известной как Процедура 1503 (названная так по номеру резолюции о ее создании). Совет намерен создать сопоставимую, но пересмотренную процедуру. Цель процедуры подачи жалоб - "бороться с постоянными грубыми и достоверно подтвержденными нарушениями всех прав человека и всех основных свобод, происходящими в любой части мира и при любых обстоятельствах".[61]Жалобы могут подаваться как отдельными лицами, так и группами. По своему характеру она является конфиденциальной

(58) О'Флаэрти и О'Брайен, выше, п. 27. [59]Там же.

[60]Управление Верховного комиссара по правам человека, Процедура подачи жалоб в Совет по правам человека, см. .www2.ohchr.org/english/bodies/chr/complaints.htm

[61]Совет по правам человека, ГАООР ООН, 62-я сессия, Дополнение № 53, A/HRC/RES/5/1 (18 июня 2007 г.).

"с целью расширения сотрудничества с соответствующим государством".[62]Существует три уровня рассмотрения. Сначала жалоба поступает в Рабочую группу по сообщениям Совета, состоящую из пяти квалифицированных независимых экспертов, назначенных каждой из пяти региональных групп ООН (Африка, Азия, Латинская Америка и Карибский бассейн, Восточная Европа, Западная Европа и другие). Убедившись в приемлемости сообщения и в том, что по существу оно может быть квалифицировано как свидетельствующее о постоянной системе грубых и достоверно подтвержденных нарушений, сообщение передается в Рабочую группу по ситуациям. Эта группа также состоит из пяти экспертов и независимых членов, назначаемых в том же порядке, что и Рабочая группа по сообщениям. Рабочая группа по ситуациям может дать рекомендации Совету о том, какие действия следует предпринять.

До сих пор на рассмотрение Совета не поступало ни одного подобного вопроса. В принципе, эта схема дает надежду на эффективные действия, поскольку она не предполагает, что государствам придется обвинять другие государства в подобных нарушениях. Однако политические реалии в Совете - как и в ООН в целом - диктуют, что эффективные или, более того, любые действия носят избирательный характер. Уже не раз отмечалось, что Израиль, например, подвергается критике чаще, чем любое другое государство в Совете. Пока неясно, открывает ли процедура подачи жалоб, создаваемая новым Советом ООН по правам человека, перспективу завуалированной процедуры разрешения межгосударственных споров, когда отдельные лица или группы выступают в качестве доверенных лиц государств.

Выводы

Прямое межгосударственное разрешение споров в области прав человека в основном отсутствует в международной системе. Основная причина, по которой предпочтение отдается косвенным методам в рамках описанных выше систем мониторинга, заключается в том, что большинство государств все еще не готовы принять вызов государственному суверенитету, который представляют собой обязательные процедуры, приводящие к обязательным и принудительным решениям. Такое "невралгическое" неприятие испытывают не только малые государства со слабыми социальными институтами и нестабильной экономикой, государства, находящиеся на этапе перехода от авторитарных режимов управления, но и некоторые развитые государства, чьи правовые

[62]Ibid.

правовые порядки и политические традиции которых устойчивы к диктату со стороны внешних органов.[63]

Несмотря на эту "невралгию", примечательно, что так много государств согласились с уровнем мониторинга второго порядка и процедурами подачи жалоб в органах, созданных для международного сообщества в целом в области прав человека. Можно отметить, что поначалу компромисс с государственным суверенитетом, представленный двумя пактами и первой из специализированных конвенций, казался относительно незначительным. Большинство государств были готовы заявить о своей приверженности идеалам прав человека и сотрудничать с договорными органами в духе доброй воли. Считалось, что такая демонстрация международного "доброго гражданства" принесет практические выгоды в виде торговли, инвестиций, туризма и других форм взаимодействия с международным сообществом. После того как была установлена уверенность в добросовестности этих органов, постепенное усиление вторжения их процедур в сферу внутренней юрисдикции, по-видимому, было принято, скорее с молчаливого согласия, чем открыто. При этом большинство участников конвенций, содержащих механизмы мониторинга и рассмотрения жалоб, рассматривают решения, принимаемые этими органами, лишь как рекомендательные, а их полное соблюдение вызывает разочарование.[64]Действительно, для некоторых государств соблюдение их договорных обязательств в области прав человека может рассматриваться не более чем украшение витрины.

Однако важно отметить, что значительное число государств также являются участниками региональных конвенций по правам человека, особенно Европейской и Межамериканской, в соответствии с которыми можно получить обязательные и подлежащие исполнению решения.

Пока неясно, будут ли эффективными общие процедуры подачи жалоб, создаваемые Советом по правам человека для крупномасштабных нарушений прав человека, когда отдельные лица, группы и НПО выступают в качестве доверенных лиц государств в квазирелигиозной процедуре.

На данный момент практически нет перспектив создания Международного суда по правам человека по примеру Европейского суда по правам человека, а также суда с факультативной юрисдикцией, который бы взял на себя процедуры рассмотрения жалоб существующих девяти договорных органов. Такой

[63]Об отношении Соединенных Штатов см. John F. Murphy, *The United States and the Rule of Law in International Affairs* (Cambridge University Press, 2004), 42, 329-32.

[64]Например, в 2002 году показатель удовлетворительного соблюдения мнений Комитета по правам человека оценивался примерно в 30 процентов: David Harris, *Cases and Materials on International Law*, 7th edn (London: Sweet & Maxwell, 2010), 565 n. 149.

Предложение будет дорогостоящим в реализации, особенно в отсутствие вероятной поддержки со стороны основных финансовых доноров ООН, и, по-видимому, не получит широкой политической поддержки.

Однако есть и другие возможности для улучшения работы существующих структур и процедур комитетов, чтобы сделать их более эффективными и действенными. Поскольку объем работы комитетов увеличивается, необходимо увеличить продолжительность заседаний и выплачивать их членам соответствующую компенсацию. Их процедуры могут быть еще более оптимизированы, чтобы уменьшить бремя отчетности государств. Проблема отставания в рассмотрении индивидуальных жалоб, особенно в Комитете по правам человека, может быть решена путем введения процедуры отбора, в рамках которой комитет будет рассматривать только дела, затрагивающие вопросы общего значения для толкования закона, или особо вопиющие нарушения.

17

Система разрешения споров ВТО и основные мотивирующие факторы для вынесения решений

м. рафикул ислам

Институционализированное международное торговое право, сформировавшееся после Второй мировой войны, является договорным и состоит из международных соглашений между торгующими странами. Упорядоченное управление договорными правами и обязательствами и удовлетворительное разрешение разногласий в торговых отношениях потребовали создания процесса урегулирования споров в рамках Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ) в 1947 г.[1]Его примирительный и консенсусный подход к дипломатическому урегулированию споров к взаимному удовлетворению спорящих членов благоприятствовал влиятельным членам, которые склоняли систему к своим неоправданным преимуществам за счет менее влиятельных членов. Повсеместный односторонний подход и пренебрежение дисциплинами ГАТТ со стороны влиятельных членов подчеркнули настоятельную необходимость перестройки системы разрешения споров. Таким образом, возникла наглядная необходимость в основанной на правилах, судебной и обязательной форме разрешения споров, способной обеспечить сильные многосторонние средства правовой защиты и эффективное правоприменение. В этих условиях в 1986 году начался восьмой раунд многосторонних торговых переговоров в рамках ГАТТ - Уругвайский раунд - и в итоге в 1992 году было принято Понимание о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров (DSU)[2], в результате чего была создана система разрешения споров (СРС) Всемирной торговой организации (ВТО).

ДСС является краеугольным камнем ВТО, обеспечивая нормативную базу и конституционные гарантии торговых прав и обязанностей всех членов ВТО, в частности, обеспечивая особую безопасность экономически

[1]Генеральное соглашение по тарифам и торговле (открыто для подписания 30 октября 1947 года, вступило в силу 1 января 1948 года), 55 UNTS 194.

[2]ВТО, *Юридический текст: Результаты Уругвайского раунда многосторонних торговых переговоров* (Cambridge University Press, 2000), 354.

[3]В его основе лежат определенные провозглашенные политические цели, которые должны быть достигнуты для преодоления неадекватности и несправедливости системы ГАТТ. Подготовительный комитет Уругвайского раунда на своих заседаниях в 1986 году признал существующую асимметрию власти и необходимость правовой защиты для менее сильных путем сохранения прав над возможностями в обеспечении выполнения принятых обязательств и обязанностей. Декларация министров, принятая в сентябре 1986 года и положившая начало Уругвайскому раунду, недвусмысленно определила эти политические задачи,[4]которые повторяются в положениях ДСУ.[5]ДСС стремится достичь этих целей, будучи независимым, правовым, судебным и формальным. Он стремится повысить свой авторитет и предсказуемость путем разрешения споров по существу и эффективность путем запрещения нарушений, обеспечения соблюдения правил и дисциплин, мониторинга соблюдения и оперативного обеспечения конкретных результатов *в интересах всех членов*.[6]Именно эти желаемые политические цели породили ожидания и эйфорию среди членов ВТО, которые выразили свою фундаментальную веру в ДСС и общий консенсус по нему на Уругвайском раунде.

Изучение этих аспектов политики, отраженных в результатах деятельности, позволяет сделать вывод о том, что ДСС, безусловно, является улучшением ГАТТ, и многие члены ВТО извлекли из нее пользу. Действительно, ДСС используется чаще, чем любая другая система урегулирования межгосударственных споров: с января 1995 года в ней было рассмотрено около 435 споров к 4 апреля 2012 года.[7]Столь высокая частота судебных разбирательств в ДСС, очевидно, объясняется самим подходом ВТО к урегулированию торговых споров. В соответствии с ним спор о недействительности и/или нарушении прав торговли рассматривается как возникающий в ходе торговых отношений между заинтересованными сторонами и ограничивается ими. Такой спор не является международно-противоправным деянием и не влечет за собой ответственности государства по международному праву. Такой подход делает политически и дипломатически целесообразным для членов ВТО продолжать поддерживать ДСС. Большинство членов ВТО по своей природе

[3]Хулио Лакарте-Муро и Петина Гаппах, "Развивающиеся страны и правовая система ВТО и система разрешения споров: A View from the Bench", (2000) 3 *Journal of International Economic Law* 401.

[4]Министерская декларация по Уругвайскому раунду, GATT Doc. No. MIN 86/6, 20 сентября 1986 г.; *Бюллетень ГАТТ*, No. 43, январь-февраль 1987 г., 6.

[5]Марракешское соглашение об учреждении Всемирной торговой организации (открыто для подписания 15 апреля 1994 года, вступило в силу 1 января 1995 года), 1867 UNTS 3, Приложение 2 (DSU), статьи.
4(10), 8(10), 12(10-11), 21(7-8), 24.

[6]Terence Stewart (ed.), *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1992)* (Deventer: Kluwer, 1993), том II, 2697-811.

[7]World Trade Organization, Chronological List of Disputes Cases, доступно на www.wto.org/english/tratop e/dispu e/dispu status e.htm по состоянию на 4 июня 2012 года.

Протекционистские и корыстные интересы, и этот инстинкт все еще может быть реализован в ДСС. Его правовые рамки и методы работы косвенно подвержены влиянию власти, которая неизменно отдает предпочтение влиятельным членам.[8]Политические рычаги и экономическое влияние в стиле ГАТТ все еще могут безнаказанно нарушать юридические обязательства и влиять на исход споров. Эта возможность силовой стратагемы как влиятельного фактора в ДСС и его неспособность принудить к выполнению решений являются важными базовыми мотивационными факторами частого использования ДСС. Политическая эйфория от получения провозглашенной правовой защиты для спасения своих торговых прав и интересов, которые в противном случае могут быть утрачены, является решающим фактором для некоторых развивающихся членов в их постоянном использовании ДСС. Члены, которые не принадлежат ни к той, ни к другой группе, являются непользователями ДСС и составляют большинство. DSS пользуется популярностью только с точки зрения фактического количества споров, в которых участвует лишь меньшинство членов. Гибридное функционирование ДСС, допускающее как правовые, так и властные результаты, объясняет, почему он рассматривает так много споров.

В данной главе мы рассмотрим этот важнейший вопрос о мотивах использования судебных разбирательств в ВТО, рассмотрев различные этапы ДСС и то, как эти этапы приносят пользу одним членам, стремящимся использовать судебные разбирательства в своих интересах, и лишают права других. Богатые ресурсами и влиятельные стороны находятся в выгодном положении на каждом этапе системы разрешения споров ВТО. Обязательный консультативный процесс позволяет им использовать свое политическое влияние и рыночную власть для достижения урегулирования путем переговоров на своих условиях или пассивно пройти через процедуру консультирования со стратегией урегулирования спора на ресурсоемких стадиях рассмотрения спора в комиссии и апелляции, которые часто оказываются не под силу большинству членов. Институционального или централизованного механизма исполнения решений по урегулированию споров не существует, и побуждение к их соблюдению возлагается на выигравшие стороны. В результате мощные стороны-победители оказываются в более выгодном положении, чтобы добиться соблюдения требований от сравнительно слабых проигравших сторон. Если обе стороны сильны, процесс исполнения решения становится практически бесконечным. Известны многочисленные случаи, когда влиятельные стороны безнаказанно затягивали исполнение и не исполняли конкретные обязательства, предусмотренные постановлением. Разрешенные санкции, побуждающие к исполнению постановлений, чрезмерно перекошены в пользу влиятельных сторон, которые могут принять ответные меры в виде авторизованных торговых санкций против сравнительно менее влиятельных сторон. Однако последние не могут позволить себе использовать санкции против

[8]Краткое описание DSS см. в главе 1 данного тома.

первые, опасаясь ответных мер в других секторах двусторонней торговли. Более того, любые торговые санкции со стороны первых не имеют экономического смысла, так как они практически не повлияют на экономику вторых. Обладая всеми этими системными преимуществами, мощные развитые члены и несколько развивающихся членов с растущей долей рынка доминируют в системе разрешения споров ВТО. Столкнувшись с системными недостатками, ограниченностью ресурсов и соображениями рентабельности, подавляющее большинство членов не находят стимулов для судебных разбирательств в ВТО с целью восстановления нарушенных и/или аннулированных их законных торговых прав и экономических интересов.

Создание судебной системы, основанной на эффективном и оперативном правоприменении, преследует важнейшие политические цели, однако для большинства участников они остаются недостижимыми, и поэтому ДСС остается недоступной для них после семнадцати лет работы. Законные торговые права и возможности большинства по-прежнему остаются в тени власти и отсутствия правовой защиты при разрешении споров, что создает для многих непреодолимые препятствия для доступа к правосудию в рамках DSS. Отсутствие баланса торговых прав и возможностей между наиболее и наименее обеспеченными слоями населения привело к тому, что ДСС в значительной степени является монополией влиятельных членов. Таким образом, судебное разбирательство в контексте международных торговых споров можно рассматривать как инструмент власти, доступный в основном для использования небольшой частью членов ВТО. Реформы, направленные на преодоление этих недостатков политики, требуют безотлагательного внимания для повышения системной ценности и устойчивости ДСС.

Политика и реалии, относящиеся к возбуждению разбирательств

Причины иска

ДСС разрешает споры, возникающие в результате нарушения целей ВТО, а также правил и дисциплин, содержащихся в различных охватываемых соглашениях, что приводит к аннулированию и/или ущемлению торговых прав, интересов и выгод, которые могут быть законно получены в рамках любых соглашений ВТО. Его единственная цель - положить конец несовместимой с ВТО торговой политике, практике и мерам членов ВТО. Эта преобладающая договорная направленность отличает ДСС от понятия разрешения споров в рамках общего международного права, которое предполагает выявление международно-противоправных действий и влечет за собой ответственность государства. Любое нарушение, ущемление или аннулирование прав, выгод и интересов членов в результате невыполнения договорных целей, обязанностей и обязательств другой стороной презюмируется как несоответствующая ВТО торговая политика, практика и

и могут юридически являться достаточным основанием для спора prima facie для разрешения в рамках ДСС. Фактические торговые потери или убытки, понесенные в результате несовместимой с ВТО практики, в лучшем случае являются подтверждением, а не существенным доказательством ухудшения или аннулирования. Такие потери рассматриваются с технической точки зрения, по частям, в зависимости от продукта или сектора, независимо от положительных последствий для других заинтересованных сторон и экономики в целом. Такая политика проводится для защиты конкурентных торговых преимуществ в конкретном продукте или секторе, которые вполне могут быть неконкурентоспособными, а не для того, чтобы сосредоточиться на общем объеме торговли. Подобные действия могут привести к тому, что защита будет иметь приоритет над либерализацией, что является противоположностью ВТО.

Такое определение обесценения и/или аннулирования в качестве основания для иска с учетом специфики продукта или сектора не всегда отражает экономические реалии членов ВТО. В качестве примера можно привести многочисленные споры о демпинге/антидемпинге. ДСС решает эти споры в соответствии с Антидемпинговым соглашением[9], которое предполагает, что демпинг оказывает ценовое дискриминационное и искажающее торговлю воздействие на конкурентную среду рынка. Демпинг товара несправедливо и негативно влияет на конкурентоспособность того же или аналогичного отечественного товара на демпингуемом рынке. Антидемпинговые пошлины могут взиматься с целью компенсации любого ущерба, нанесенного конкурирующей отечественной промышленности. Такое обоснование поддержания рыночной конкуренции не имеет экономического смысла и противоречит политическим целям многосторонней либерализации торговли в рамках ВТО. Одной из таких целей является предоставление потребителям максимально широкого ассортимента продукции по максимально низким ценам. Демпинг со стороны иностранных производителей служит интересам отечественных потребителей. Отечественные производители того же или аналогичного товара могут понести убытки из-за демпинга, но эти убытки могут быть компенсированы или даже перевешены выгодой отечественных потребителей демпингового товара. В случае со скоропортящимися сырьевыми товарами альтернативой демпингу является оставление их впустую за счет стран-экспортеров сельскохозяйственной продукции, которые неизменно несут убытки из-за колебаний и низких цен на сельскохозяйственную продукцию на мировом рынке. Демпинг скоропортящихся товаров вполне может быть гуманным поступком для многих голодающих и страдающих от голода стран, являющихся нетто-импортерами продовольствия в наименее развитые страны (НРС). Тем не менее, антидемпинговые дела в ВТО были весьма многочисленны. Основанием для подачи исков об обесценении или аннулировании в результате демпинга является специфика продукта, а не экономики. Эти дела

[9]Марракешское соглашение об учреждении Всемирной торговой организации (открыто для подписания 15 апреля 1994 года, вступило в силу 1 января 1995 года), 1867 UNTS 3, Приложение 1 A (Антидемпинговое соглашение).

узкий фокус, исключительно на влиянии демпингового продукта на отечественного конкурента. При этом не учитывается ни благотворное влияние демпинга на экономику страны-импортера в целом, ни положительный эффект от расширения конкуренции, повышения благосостояния отечественных потребителей, воздействия антидемпинговых пошлин на отечественного импортера демпингового продукта и состояние конкуренции на внутреннем рынке. Подход к оценке затрат и выгод в масштабах всей национальной экономики с учетом широких общественных интересов и прав отечественных потребителей позволил бы в значительной степени сбалансировать политическое обоснование обесценения или аннулирования в качестве основания для иска. Существуют достоверные исследования с эмпирическими доказательствами того, что не демпинг, а антидемпинг является протекционистским, монополистическим и угрожающим конкуренции на внутреннем рынке.[10]Государство может начать расследование демпинга по своему усмотрению и произвольно наложить антидемпинговые пошлины на конкурирующий иностранный товар в качестве скрытого протекционизма в пользу своей неконкурентоспособной продукции/сектора. Именно такие возможности для протекционизма объясняют, почему ДСС переполнен антидемпинговыми спорами (около четверти всех споров).[11]

Обязательные консультации

Преобладающее значение придается мирному урегулированию торговых споров путем консультаций между спорящими сторонами. Это дает сторонам возможность провести дружеские переговоры, чтобы лучше понять фактические и юридические аспекты их спора и прийти к взаимоприемлемому мировому соглашению. Он также направлен на предотвращение формального судебного разбирательства и вынесения решения против члена ВТО, ответственного за отказ от выполнения обязательств и обязанностей в рамках ВТО. Такой прагматичный и примирительный подход является признанным средством мирного урегулирования споров в международном праве, закрепленным в статье 33 Устава ООН. Однако реальность в большинстве торговых споров несколько иная.

[10]Комитет ОЭСР по законодательству и политике в области конкуренции, "Политика конкуренции и антидемпинг", Официальный учебный документ ОЭСР № DAFFE/CLP/WP1 (95) 9 (Париж: 1995); S. Hutton and M. Trebilcock, "An Empirical Study of the Application of Canadian Anti-dumping Laws: A Search for Normative Rationales', (1990) 24 *Journal of World Trade* 128; Christo-pher Corr, "Trade Protection in the New Millennium: The Ascendancy of Anti-dumping Measures", (1997) 18 *Northwestern Journal of International Law and Business* 49.

[11]Всемирная торговая организация, выше, п. 7: из 438 споров по состоянию на 12 июня 2012 года 90 споров касаются антидемпинговых вопросов. Brink Lindsey and Daniel J. Ikenson, *Antidumping Exposed: The Devilish Details of Unfair Trade Law* (Washington, DC: Cato Institute, 2003).

Консультативный процесс ДСУ по своей сути является политическим, а не юридическим и судебным. За исключением ограничения по времени в шестьдесят дней,[12]не существует строгих операционных правил и процедур, побуждающих стороны к проведению полноценных консультаций. DSU содержит определенные процедурные правила особого и дифференцированного (S & D) режима, благоприятствующего развивающимся членам, в виде ускорения процесса, увеличения сроков и предоставления юридической помощи. Особые проблемы и интересы развивающихся стран должны быть предметом "особого внимания" в ходе консультаций.[13]Запрос на проведение консультаций в Орган по разрешению споров (ОРС) является предварительным условием для получения любого режима S & D. Этот первый шаг требует достаточных юридических знаний о том, как составить иск о признании недействительным и/или ущемлении прав, выбрать подходящее основание, определить целесообразность подачи жалобы, нанять экспертов и соблюсти этапы консультаций. Многие развивающиеся страны не располагают всеми этими необходимыми ресурсами для проведения предварительных консультаций, а помощь ВТО для них недоступна. Описательное требование уделять "особое внимание" развивающимся членам не содержит никакого оперативного элемента, чтобы сделать его обязательным. Не существует механизма контроля, позволяющего узнать, соблюдают ли стороны требование о предоставлении режима S & D при проведении консульских консультаций. Ни экспертная группа, ни отчеты Апелляционного органа (АО) не разъясняют правовой статус термина "особое внимание", который часто удобно игнорируется развитыми членами.[14]В результате требование об обеспечении режима S & D в ходе консультаций представляется не более чем попыткой сделать все возможное, поддерживая лишь пустое обязательство.

Участники спора неохотно воспринимают консультации всерьез из-за своего предвзятого опыта неэффективных переговоров в рамках ГАТТ, которые отражали относительное положение сторон, а не существо спора. Они часто предпочитают обязательные постановления, основанные на правилах, для отмены торговых мер, не соответствующих требованиям ВТО. Хотя проведение консультаций является обязательным, достижение решения в ходе консультаций не является таковым. Любая из сторон может потенциально злоупотреблять этим процессом, рассматривая его как формальность и как период охлаждения перед автоматическим юридическим решением в рамках комиссии и апелляционного процесса.

Внутренние политические предпочтения развитых стран, направленные на передачу споров на рассмотрение комиссии, часто влияют на исход консультаций.[15]

[12]DSU, ст. 4. [13]DSU, Art. 4(10).

[14]Валентина Делич, "Развивающиеся страны и система разрешения споров ВТО", в Bernard Hoekman et al. (eds.), *Development, Trade and the WTO: A Handbook* (New York: Council on Foreign Relations, 2002) 71, 73.

[15]Duane W. Layton and Jorge O. Miranda, 'Advocacy before WTO Dispute Settlement Panels in Trade Remedy Cases', (2003) 37 *Journal of World Trade* 71.

Развивающиеся члены рассматривают его не более чем дипломатический процесс, который позволяет им безнаказанно уклоняться от выполнения обязательств и обязанностей в рамках ВТО. Развивающиеся страны уязвимы в ходе консультаций, особенно с теми развитыми странами, которые являются поставщиками иностранных инвестиций, кредитов и помощи для первых. Забота о своих неторговых интересах может диктовать процесс консультаций и маскировать законные права развивающихся членов, которые могут потерять слишком много, если будут серьезно отстаивать свои законные права в ходе консультаций. Эмпирические данные показывают, что "богатые истцы имеют гораздо больше шансов заставить ответчиков уступить... ... чем бедные заявители".[16]ДСС еще предстоит решить эту практическую проблему, связанную с барьером начального уровня, препятствующим доступу отстающих участников консультаций к средствам правовой защиты. Учитывая, что роль внеправовых соображений остается в значительной степени неизменной и затушеванной, торговые споры нелегко урегулировать с помощью консультаций. Более того, влиятельные стороны часто остаются пассивными на консультациях в качестве преднамеренной стратегии урегулирования спора в последующих ресурсоемких юридических процессах (на стадиях рассмотрения спора в комиссии и апелляции). Такой подход может показаться интуитивно привлекательным как аполитичный и благоприятный для развивающихся стран. Однако в действительности все обстоит несколько иначе, так как и групповые, и апелляционные процессы еще не устранили динамику власти в ходе разбирательств и исполнения решений. Таким образом, самый первый этап урегулирования споров подвержен влиянию власти, которое DSS стремится искоренить.

Конфиденциальность

Конфиденциальность соблюдается на всех этапах работы DSS. Секретность процесса, лежащая в основе политики медиации, соблюдается и на консультациях. Коллегии собираются на закрытые заседания и конфиденциально относятся ко всем обсуждениям и документам. Апелляционные процедуры проводятся конфиденциально, мнения анонимны, а отчеты готовятся в отсутствие сторон. Такая конфиденциальность призвана защитить целостность и интересы процесса и сторон.[17]Однако обнародование решений коллегии и АБ для членов ВТО до их принятия DSB и практика сторон по обнародованию своих письменных состязательных бумаг являются признаками улучшения доступа и прозрачности DSS. Тем не менее, разбирательства открыты только для сторон (истца и ответчика), включая официальных третьих лиц.

[16]Marc L. Busch and Eric Reinhardt, 'Developing Countries and GATT/WTO Dispute Settlement', (2003) 37 *Journal of World Trade* 731.
[17]DSU, ст. 17(10).

[18]Другие организации, не являющиеся ч л е н а м и ВТО, не входящие в ВТО, негосударственные организации, такие как неправительственные организации (НПО), и отдельные лица, как бы они ни были заинтересованы в данном споре, не имеют статуса интервентов и остаются в основном в тени, если только они не могут официально присоединиться в качестве третьей стороны. Такая политика расширяет участие, но не повышает прозрачность процесса урегулирования споров для общественного наблюдения и знания. Она создает оболочку конфиденциальности, которая лишает многие заинтересованные стороны и общественность в целом возможности лучше понять, что считается справедливым или несправедливым в исходе того или иного спора.

Вопрос о публичном доступе и прозрачности DSS был рассмотрен в деле *Shrimp-Turtle* в связи с приемлемостью записок *amicus curiae*, поданных НПО. Комиссия пришла к выводу, что принятие незапрошенных материалов *amicus curiae* от НПО выходит за рамки ее права "запрашивать" информацию в соответствии со Статьей 13 DSU. АБ отменил решение комиссии, сочтя его излишне узким и техническим, что подрывает широкие полномочия комиссии по установлению фактов в интересах "объективной оценки фактов" в соответствии со статьей 11 ДСУ.[19]АБ также рассмотрел сферу применения статьи 12 ДСУ, которая позволяет комиссии создавать процедуры, отличающиеся от процедур по умолчанию в Приложении 3 ДСУ, и пришел к выводу, что совокупное действие статей 12 и 13 ДСУ предоставляет комиссии широкие полномочия по проведению расследования для выполнения своих обязательств.[20]В решении по делу *Car-bon Steel* [21]АВ однозначно подтвердил свои полномочия принимать и рассматривать представления *amicus*, а в решении по делу *Asbestos* ввел специальную процедуру, включающую критерии, в соответствии с которыми организации могут ходатайствовать о разрешении на подачу записки в АВ.[22]

Существуют веские аргументы в пользу такого развития событий, начиная с беспринципного и нежелательного участия, подрыва межправительственной структуры ВТО и предвзятого отношения к развивающимся странам и заканчивая процессуальными задержками, неэффективным использованием судебных ресурсов и

[18]Ограниченный доступ к разбирательству в комиссии и трудности в устном разбирательстве, хотя доступ третьих сторон к слушаниям в АВ является полным.

[19]DSU, ст. 11.

[20]Отчет Апелляционного органа, *Соединенные Штаты - Запрет на импорт определенных креветок и креветочных продуктов*, WTO Doc. WT/DS58/AB/R (6 ноября 1998 г.).

[21]Отчет Апелляционного органа, *Соединенные Штаты - Наложение компенсационных пошлин на некоторые виды горячекатаной продукции из свинца и висмутовой углеродистой стали, происходящие из Великобритании*, WTO Doc. WT/DS138/AB/R (7 июня 2000 г.).

[22]Отчет Апелляционного органа, *Европейские сообщества - Меры, затрагивающие асбест и асбестосодержащие изделия*, WTO Doc. WT/DS135/9 (8 ноября 2000 г.); WT/DS135/AB/R (12 марта 2001 г.) [52] (Асбест).
Март 2001 г.) [52] (*Асбест*).

нарушение конфиденциальности разбирательства.[23]Однако в ДСУ или Рабочих процедурах апелляционного пересмотра[24]нет ничего, что конкретно запрещало бы комиссии или АБ принимать или рассматривать записки *амикуса*. Представления *амикуса* могут быть внешним и дополнительным источником информации, который может помочь им в принятии объективного и справедливого решения. Не связанные со сторонами записки *амика*, представленные в соответствии с процессуальными правилами и принятые к рассмотрению при тщательном изучении, вероятно, будут способствовать соблюдению важнейших политических ценностей - объективности, справедливости, прозрачности и надлежащей правовой процедуры при оценке спорных вопросов. ПБ предоставил право подавать записки *amicus* без гарантии их принятия и рассмотрения. ПБ отклонил все ходатайства о представлении записок *amicus* в делах *Asbestos*[25]и *Sardines*[26]под тем предлогом, что заявители не выполнили требования Специальной процедуры. То, как ПБ предоставил право на подачу записок *amicus* в деле *Asbestos*, представляет собой форму доступа или участия, которую можно спутать с прозрачностью. Более того, "тот факт, что такие записки никогда не оказывали заметного влияния на результат дела, привел к скептическому отношению к их ценности и усилению цинизма в отношении прозрачности ВТО".[27]Решение по делу *Asbestos* не всегда помогает в разработке последовательного и упорядоченного процесса подачи записок *amicus* и/или участия в разбирательствах. Оно неадекватно решает проблему прозрачности, только путем расширения участия в спорах, что не позволяет добиться публичной открытости процесса.

Повышение открытости разбирательств имеет решающее значение для более широких общественных последствий решений по таким вопросам, как окружающая среда, права человека, здоровье населения, продовольственный кризис, передача "зеленых" технологий и корпоративная культура. DSS осуществляет юрисдикцию над многими сферами торговли, имеющими социально-культурные последствия. Политика конфиденциальности, основанная на узконаправленной исключительности торговли, является неадекватной и неустойчивой в то время, когда широкий спектр общественных реакций в пользу социальной интеграции и экономической справедливости становится все более сильным.

[23]Robert Howse, "Membership and its Privileges: BTO, гражданское общество и противоречия по поводу Amicus Brief", (2003) 9 *European Law Journal* 496, 503; Steve Charnovitz, 'Opening the WTO to Nongovernmental Interests', (2000) 24 *Fordham International Law Journal* 173.

[24]Рабочие процедуры апелляционного обзора, WTO Doc. WT/AB/WB/6 (16 августа 2010 г.) (Урегулирование споров в ВТО: Апелляционные процедуры).

[25]*Асбест*, док. WT/DS135/9; WT/DS135/AB/R.

[26]Отчет Апелляционного органа, *Европейские сообщества - Торговое описание сардин*, WTO Doc. WT/DS231/AB/R (6 сентября 2002 г.).

[27]Donald McRae, 'What Is the Future of WTO Dispute Settlement?', (2004) 7 *Journal of International Economic Law* 12.

силу. Чем менее прозрачным представляется ДСС, тем больше он страдает от кризиса легитимности. В последние годы наблюдается положительный, но ограниченный переход к открытым публичным слушаниям.[28]Продолжающиеся глобальные финансовые кризисы, вызванные конфиденциальными сделками многих финансовых институтов, породили широко распространенный общественный цинизм в отношении доверия к тем институтам, которые принимают решения в условиях конфиденциальности. ДПС лучше не быть одним из таких учреждений. От его одержимости конфиденциальностью необходимо отказаться в пользу открытых и публичных слушаний, которые будут доступны во всем мире с помощью информационно-коммуникационных технологий. Это обеспечит общественное просвещение членов ВТО, особенно развивающихся стран и НРС, в плане наращивания их правового потенциала для более активного и осознанного участия в работе ДСС.

Прозрачность может раскрыть ход работы ДСС для всех заинтересованных сторон и показать, как его используют влиятельные члены ВТО в ущерб развивающимся странам и НРС. Такое разоблачение может оказать сдерживающее влияние на принятие решений о подаче исков и может послужить толчком к реформам системы, которые были обещаны и которые уже давно назрели.

Политика и реалии, касающиеся средств правовой защиты и правоприменения

Эффективные средства правовой защиты

Рекомендации экспертных групп и предписания о конкретном исполнении для приведения в соответствие любых мер, не соответствующих требованиям ВТО, обычно принимаются DSB в качестве его постановлений, которые являются обязательными для сторон спора. ДСС предусматривает два важных средства защиты для преобладающих сторон для обеспечения исполнения решений: компенсация за задержки в исполнении решений и ответные меры за несоблюдение решений.[29]Компенсация является добровольной для члена-нарушителя, который может временно сохранить свои меры, не соответствующие требованиям ВТО, и компенсировать члену, понесшему убытки в результате несоблюдения. Более того, член-нарушитель рискует подвергнуться торговым санкциям, санкционированным DSB, в виде приостановки уступок или перекрестных репрессий, если он откажется выполнить решение или выплатить компенсацию.

Средства правовой защиты ДСС действуют только в перспективе, требуя соблюдения обязательств ВТО путем исправления мер, не соответствующих требованиям ВТО. Это

[28]Публичный просмотр слушаний осуществляется только по закрытому телевидению в прямом эфире в отдельном зале, что требует физического присутствия в этом зале в Женеве.
[29]ДСУ, ст. 19, 22.

Политика перспективности не обязательно обеспечивает эффективное средство правовой защиты и конкретное исполнение для преобладающих членов. Компенсация, как представляется, способствует осуществлению суверенитета и соблюдению требований посредством стимулов. Однако размер и процесс выплаты компенсации во многом зависят от соглашения сторон, что может поставить победителей в зависимость от неплательщиков. Будучи добровольной и временной, компенсация не обладает достаточной силой, чтобы побудить нарушителей к соблюдению требований. DSU не предусматривает никаких средств правовой защиты в отношении прошлых потерь или ущерба, понесенных преобладающими членами в период с момента введения мер, несовместимых с ВТО, до момента их отмены. Такое отсутствие восстановления баланса согласованных уступок, прерванных несоблюдением, является серьезным провалом в политике, делающим компенсацию несовершенным и неработающим средством правовой защиты.[30]Отсутствие средств правовой защиты за причиненный ущерб в прошлом и наличие "разумного количества времени"[31]для снятия несовместимых с ВТО мер побуждает членов, особенно влиятельных, почти безнаказанно нарушать свои обязательства для защиты неконкурентоспособных внутренних отраслей.

Неэффективность средств правовой защиты ВТО можно продемонстрировать на примере ситуации, произошедшей между Австралией/Новой Зеландией и США в деле *"Мясо ягненка"*.[32]В 1999 году США ввели защитные меры (квотирование тарифных ставок), первоначально на три года, на импорт мяса ягненка из Австралии и Новой Зеландии, что было воспринято как серьезная угроза для американской отрасли производства мяса ягненка. Австралия оспорила решение DSB в мае 2001 г.[33]Соединенные Штаты успешно добились "разумного количества времени" для отмены своих торговых мер, не соответствующих требованиям ВТО. Оказавшись перед лицом дальнейших убытков, Австралия в сентябре 2001 года заключила соглашение с США, в котором последние согласились отменить свои карательные тарифы с 15 ноября 2001 года.[34]С момента введения в 1999 году незаконные меры продолжались почти три года до ноября 2001 года. Не меры ДПС, а двусторонняя сделка положила конец спору. Дипломатически согласованный вывод войск предложил

[30]John H. Jackson, 'International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Обязательства соблюдать или возможность "выкупить"", (2004) 98 AJIL 123.

[31]DSU, Art. 19.

[32]Отчет Апелляционного органа, *Соединенные Штаты - Защитные меры в отношении импорта свежего, охлажденного или замороженного мяса ягненка из Новой Зеландии и Австралии*, WTO Doc. WT/DS177AB/R, WT/DS178/AB/R (1 мая 2001 г.).

[33]Там же.

[34]Министерство иностранных дел и торговли, "США отменят тарифы на баранину 15 ноября", пресс-релиз, 1 сентября 2001 г.

Австралия получила более быстрое возмещение ущерба, чем дальнейшие действия ВТО против Соединенных Штатов. Соединенные Штаты придерживались тактики отсрочки отмены своей меры и добились сохранения тарифной защиты своей отрасли по производству мяса ягненка, которую DSB признал структурно неэффективной. Австралия выиграла спор, но ее отрасль по производству мяса ягненка понесла серьезный экономический ущерб в 1999-2001 годах,[35]не имея права на возмещение ущерба из-за отсутствия компенсации за прошлый ущерб. Соединенные Штаты проиграли спор, но сумели применить правила правовой защиты в свою пользу в течение почти трех лет, в течение которых их неконкурентоспособная отрасль производства мяса ягненка процветала.[36]

Торговые ответные меры или санкции разрешены DSB в форме отзыва эквивалентных уступок против неплательщиков, не желающих прекратить свои меры, несовместимые с ВТО, и/или выплаты компенсации победителям, понесшим ущерб из-за несоблюдения. Это средство предоставляется победителям в качестве последнего средства, чтобы оказать давление и побудить неплательщиков к соблюдению обязательств в рамках ВТО. Однако в реальности ответные меры вряд ли могут служить эффективным средством обеспечения конкретного исполнения обязательств из-за своей противоречивой политической базы и нестандартного применения. Разрешенные ответные меры в виде торговых ограничений открыто противоречат целям ВТО по либерализации торговли. Существующие несовместимые с ВТО меры в отношении неплательщиков являются достаточно ограничительными в торговле, и DSB постановил, что они должны быть отменены для содействия либерализации торговли. Санкционированное введение ответными членами эквивалентных контрмер, ограничивающих торговлю, не устраняет уже существующие барьеры. Напротив, оно создает дополнительные барьеры, умножает протекционизм и делает либерализацию торговли вдвойне трудной. Ответные меры имеют тенденцию исправлять одну ошибку за счет использования другой, но две ошибки не делают ее правильной. По сути, это торгово-протекционистская политика, закамуфлированная под средство правовой защиты. Процесс применения санкций чрезмерно перекошен в пользу выигравших влиятельных сторон, которые могут принять ответные меры против

[35]Австралийская федерация фермеров, "Действия США обошлись австралийским производителям баранины более чем в 30 миллионов долларов", *Telegraph* (Sydney), 2 сентября 2001 г., 2.

(36) Американская индустрия производства мяса ягненка частично восстановилась, в основном благодаря масштабному пакету помощи в размере 142,7 млн долларов США, который Соединенные Штаты согласовали с Австралией и Новой Зеландией в качестве условия отмены американских карательных тарифов. Ларри В. Федоров, *Сельскохозяйственная торговля США: тенденции, политика и направление* (Hauppauge, NY: Nova Science Publishers, 2003),

65. Однако такое частичное восстановление производства не привело к увеличению доли рынка из-за сильного доллара США и слабых австралийского и новозеландского долларов. Китли Г. Джонс, "Тенденции в овечьей промышленности США", Информационный бюллетень по сельскому хозяйству № 787, Министерство сельского хозяйства США, январь 2004 г., 27.

Проигравшие слабые стороны, чтобы заставить их подчиниться. Но последние, как победители, не могут позволить себе использовать санкции против проигравших сильных государств, опасаясь ответных мер в других секторах двусторонней торговли. Более того, торговые санкции, введенные слабыми сторонами, не имеют экономического смысла, поскольку они практически не повлияют на экономику сильных сторон. Такая динамика подтверждает тот факт, что судебное разбирательство в ВТО является жизнеспособным вариантом только для меньшинства членов.

Ответные меры - это скорее самовредительство, чем средство самопомощи, так как они оказываются губительными для большинства членов, принимающих ответные меры. Повышение торговых барьеров против неплательщиков приведет к сокращению экспортных рынков и доходов от торговли членов, принимающих ответные меры, за счет роста цен на продукцию, против которой они направлены, на внутреннем рынке и снижению благосостояния потребителей от либерализации торговли. При сравнении затрат и выгод между продолжением незаконных мер и ответными мерами мощный неплательщик может счесть соблюдение требований непривлекательным, если экономические и политические выгоды от несоблюдения перевешивают затраты на соблюдение. Неплательщик может предпочесть продолжить свои незаконные меры и вызвать ответные меры - альтернативный вариант, который стал монополией мощных неплательщиков в ущерб сравнительно более слабым членам, принимающим ответные меры. ДСУ не допускает ответных мер, отдельных или коллективных, со стороны других членов, кроме уполномоченного на ответные меры, в отношении неплательщика. Развивающиеся страны с меньшими объемами торговли обычно оказываются в невыгодном положении, поскольку введенные ими санкции в значительной степени неэффективны для оказания какого-либо давления на мощные экономики с целью побудить их к соблюдению требований. Напротив, ответные меры со стороны влиятельных членов могут иметь тяжелейшие последствия для развивающихся стран. Таким образом, стоимость ответных мер для развивающихся стран гораздо выше, чем для мощных членов, не выполняющих свои обязательства. Именно это соображение соотношения затрат и выгод заставляет развивающиеся страны и НРС не прибегать к процессу судебного разбирательства в рамках ВТО.

Этот момент был наглядно продемонстрирован в деле *Bananas*,[37]где DSB разрешил Соединенным Штатам и Эквадору ввести санкции против Европейских сообществ (ЕС), чтобы побудить их к соблюдению требований. Соединенные Штаты немедленно выполнили это разрешение, введя штрафные тарифы на отдельные товары ЕС. Однако Эквадор не осмелился применить санкции, разрешенные DSB.

[37]Отчет Группы экспертов, *Европейские сообщества - Режим импорта, продажи и распространения бананов,* WTO Doc. WT/DS27/R (22 мая 1997 г.); Отчет Апелляционного органа, *Европейские сообщества - Режим импорта, продажи и распространения бананов*, WTO Doc. WT/DS27/AB/R, AB-1997-3 (9 сентября 1997 г.); Обращение в арбитраж в соответствии с DSU, ст. 22(6), WTO Doc. WT/DS27/ABR (1999); WT/DS27/ABR/ECU (2000), пп. 170,

173; Протоколы заседаний DSB, WTO Doc. WT/DSB/M/80 (26 июня 2000 г.), п. 49.

на ЕК, опасаясь перекрестных ответных мер в других секторах экспортных интересов Эквадора. ДСС не предоставляет Эквадору никакой защиты от потенциальных действий ЕК по принципу tit-for-tat. Эквадор тщетно пытался разрешить этот спор путем заключения соглашения с ЕК на основе переговоров в 2001 году. Дискриминационный банановый режим ЕК продолжался в течение пятнадцати лет, несмотря на то, что он был признан незаконным сначала в 1997 году, а затем в тринадцати последующих решениях,[38]что обходилось Эквадору в дополнительные тарифные платежи в пользу ЕК более 100 миллионов долларов США в год.[39]В конце концов, 15 декабря 2009 года латиноамериканские страны и ЕС уведомили ВТО о заключении Рамочного соглашения по торговле бананами, которое полюбовно урегулировало спор и, таким образом, обошло санкционированные ответные меры.[40]Соединенные Штаты участвовали в переговорах, приведших к заключению соглашения, но отказались быть его участником.[41]Вместо этого США предпочли сохранить санкции против ЕС. Стремясь подорвать банановое соглашение, Соединенные Штаты пригрозили принять "вне ВТО" ответные меры против Коста-Рики и Колумбии, начав расследование Super 301 и отозвав торговые преференции, предоставленные США в соответствии с Законом о торговых преференциях Андского региона 1991 года.[42]

В отличие от *бананов*, где Соединенные Штаты в полной мере воспользовались санкционированными ответными мерами, в *случае с азартными играми* они использовали санкционированные ответные меры.[43]DSB санкционировал ответные меры Антигуа и Барбуды против Соединенных Штатов. Стремясь обойти ответные меры, Соединенные Штаты уведомили ВТО о своем отказе от обязательств в отношении азартных игр и букмекерских услуг в соответствии со статьей XXI Генерального соглашения по торговле услугами (ГАТС).[44]Это означало, что весь процесс рассмотрения и реализации данного спора перешел под полный контроль

[38]Se´bastien Falletti, 'EU Looks at Doha to Solve Banana Dispute', EUROPOLITICS, 2008, доступно на www.europolitics.info/eu-looks-at-doha-to-solve-banana-dispute-artr148044-42.html 21 августа 2012 г.

[39]Орган по разрешению споров, Протокол заседания, состоявшегося в Центре Уильяма Раппарда 22 декабря 2008 года, WTO Doc. WT/DSB/M/261 (6 марта 2009 г.), п. 62.

[40]Женевское соглашение о торговле бананами, WTO Doc. WT/L/784 (15 декабря 2009 года).

[41]Радж Бхала и Дэвид Ганц, "Обзор дел ВТО за 2009 год", (2010) 27 *Arizona Journal of International and Comparative Law* 94.

[42]Chad P. Bown, *Self-Enforcing Trade: Развивающиеся страны и разрешение споров в ВТО* (Вашингтон, округ Колумбия: Издательство Брукингского института, 2009), 61.

[43]Отчет Апелляционного органа, *Соединенные Штаты - Меры, затрагивающие трансграничное предложение услуг азартных игр и ставок - обращение Антигуа и Барбуды к DSU, ст. 22:6 о понимании правил и процедур, регулирующих разрешение споров*, WTO Doc. WT/DS285/ARB (21 декабря 2007 г.).

[44]Изменение расписаний: Применение Соединенными Штатами статьи XXI Генерального соглашения по торговле и услугам (ГАТС), WTO Doc. S/L/293 (2007).

Соединенные Штаты, правонарушитель и ДПС не имеют какой-либо процедуры, чтобы заставить Соединенные Штаты выполнить неблагоприятное постановление. Санкции, разрешенные в *"Азартных играх"*, остаются в подвешенном состоянии, предположительно подлежат урегулированию на основе двустороннего соглашения между сторонами.

Из двадцати одного санкционированного постановления об ответных мерах на сегодняшний день было исполнено только четыре.[45]В этих четырех случаях ответные меры были приняты развитыми членами (Соединенные Штаты и страны Европейской коммуны), обладающими значительной рыночной и переговорной силой, позволяющей создавать реальные угрозы для нарушителей. Споры *о мясе ягненка*, *бананах* и *азартных играх* свидетельствуют о том, что средства защиты ДСС работают для сравнительно сильных сторон, а более слабые стороны вынуждены приходить к двустороннему соглашению после длительной и дорогостоящей судебной тяжбы. Во всех случаях исход дела определяла позиция влиятельной стороны, а не ДСС. Экономические последствия таких неэффективных мер защиты для хрупкой экономики, зависящей от небольшого количества экспортируемых товаров, могут быть непоправимыми. В результате потери традиционных рынков и налаженных торговых маршрутов, снижения конкурентоспособности, потери скоропортящихся и сезонных культур и мяса может произойти спад внутренней экономики. Такие экономические потери подрывают способность многих членов продолжать свои судебные процессы против влиятельных членов в рамках ДСС. Даже в докладе Сазерленда о десятилетии функционирования ВТО подчеркивается реформа этого асимметричного средства возмездия и его неэффективность для более слабых членов ВТО.[46]

Эффективные средства защиты от нарушений правил торговли требуют карательных мер, подкрепленных строгим принуждением к соблюдению правил с помощью конкретных мер, а не запасного варианта, такого как компенсация в качестве средства откупа от обязательств. Эффективные средства правовой защиты должны также предусматривать коллективное и/или институционализированное правоприменение, как, например, правоприменительные меры

[45]Соединенные Штаты предприняли ответные меры против Европейских сообществ по делу *"Бананы*", выше n. 37; Отчет Панели, *Меры в отношении мяса и мясных продуктов (говяжьи рожки)*, WTO Doc. WT/DS26/R/USA; Отчет Апелляционного органа, *Меры в отношении мяса и мясных продуктов* WT/DS26/AB/R (13 февраля 1998 г.). Европейские сообщества приняли ответные меры против Соединенных Штатов: Отчет группы экспертов, *Соединенные Штаты - Налоговый режим для "иностранных торговых корпораций"*, WTO Doc. WT/DS108/RW (20 августа 2001 г.); доклад Апелляционного органа, *Соединенные Штаты - Налоговый режим для "иностранных торговых корпораций"*, WTO Doc. WT/DS108/AB/R, AB-1999-9 (24 февраля 2000 г.); Решение арбитра, *Налоговый режим для "иностранных торговых корпораций" - Обращение США в арбитраж в соответствии со статьей 22.6 DSU и статьей 4.11 Соглашения СКМ,* WT/DS108/ARB, (30 августа 2002 г.); Отчет Апелляционного органа, *Соединенные Штаты - Определенные защитные меры в отношении импорта пшеничного глютена из Европейских сообществ*, WT/DS166/AB/R, AB-2000-10 (19 января 2001 г.).

(46) P. Sutherland et al., *The Future of the WTO: Addressing Institutional Challenges in the New Millennium* (Geneva: WTO, 2004), 54.

в соответствии с Главой VII Устава ООН, в случаях, когда индивидуальные действия члена, принимающего ответные меры, недостаточны для побуждения к соблюдению. Взимание автоматической, обязательной и карательной компенсации с нарушителя, подкрепленное коллективным или институциональным принуждением, до тех пор, пока он не отменит незаконные меры, создаст экономические стимулы для соблюдения требований и обеспечит прекращение и возмещение доказанного ущерба. ДПС просто не может институционально оставаться в бездействии и полагаться в исполнении своих решений только на мстящих или пострадавших членов. В нынешнем виде компенсация и репрессии не являются эффективными средствами побуждения к исполнению постановлений. До тех пор, пока эти институциональные недостатки в обеспечении эффективных средств правовой защиты в торговле не будут исправлены путем реформ, они будут продолжать действовать в пользу развитых членов и против развивающихся и НРС, усугубляя несправедливое участие последних в судебном процессе ВТО.

Быстрое отправление правосудия

Оперативное разрешение споров, подкрепленное строгими временными рамками для завершения всех этапов разбирательства, является значительным улучшением по сравнению с системой ГАТТ. Если следовать установленным ВТО временным рамкам, незаконная мера должна быть отменена в течение двадцати шести месяцев с момента подачи запроса на консультации.(47) Политика перспективных средств правовой защиты противоречит политике оперативного разрешения споров, поскольку нет ни пряника, ни кнута, чтобы побудить к оперативному соблюдению, которое может быть предпринято в течение неограниченного "разумного периода", без компенсации или возмездия. Задержки с выполнением решений DSB стали обычной чертой в развитых странах, в частности в США, ЕС, Японии, Канаде и Австралии, где 20 процентов решений выполняются со средней задержкой в тринадцать месяцев, 10 процентов являются предметом споров по поводу их выполнения, а 10 процентов остаются невыполненными.[48]Такое затягивание и невыполнение 40 процентов решений является ничем иным, как оперативным отправлением правосудия - провозглашенной целью DSU - с серьезными экономическими последствиями для выигравших сторон, в частности

(47) DSU предусматривает два месяца на консультации, один месяц на создание комиссии, девять месяцев на подготовку доклада комиссии, сорок пять дней на подачу апелляции, три месяца на создание апелляционного органа, пятнадцать дней на принятие и девять месяцев на снятие незаконного барьера, что в общей сложности составляет двадцать шесть месяцев.

[48]William J. Davey, "Implementation in WTO Dispute Settlement: Введение в проблемы и возможные решения", Серия дискуссионных документов по торговле и промышленности 05-E-013, Научно-исследовательский институт экономики, март 2005 г., 3, 4, 9.

Развивающиеся государства и НРС в отсутствие какого-либо положения ДСУ о возмещении убытков за прошлые периоды. Разрешение споров между влиятельными членами продолжается бесконечно, примером чего могут служить почти бесконечные дела по *бананам* и *говяжьим гормонам*, из-за их надуманных юридических разборок и запутывания, блокирования действий друг друга, чтобы освободить себя от обязательств ВТО - роскошь, которую большинство развивающихся стран и НРС не могут себе позволить.

Тенденция не соблюдать установленные сроки является довольно распространенной среди основных пользователей DSS. В отличие от позиции Австралии в деле *"Мясо ягненка"*, DSB в 1998 году постановил, что австралийский запрет на импорт сырого лосося из Канады не содержит надлежащей научной оценки рисков и не соответствует требованиям ВТО в соответствии с Санитарным и фитосанитарным соглашением.[49]Перед лицом продолжающихся угроз Канады о возмездии в торговле, Австралия была вынуждена немедленно начать переговоры с Канадой, чтобы достичь соглашения, вступившего в силу 1 июня 2000 года, и прекратить спор.[50]Столкнувшись с угрозой ответных мер со стороны США в 1998 году в отношении субсидируемой Howe Leather Company в штате Виктория, Австралия была вынуждена не только прекратить субсидирование, но и взыскать с компании все ранее полученные субсидии.[51]В обоих случаях Австралия стала виновницей задержки выполнения решений DSB. Ее первоначальные меры по выполнению были признаны неадекватными в ходе арбитражного разбирательства в соответствии со статьей 21(5) DSU.[52]Постановление по *лососю* было выполнено 16 мая 2000 года, спустя долгое время после истечения допустимого разумного срока для выполнения, 6 июля 1998 года. Постановление по *Automotive Leather*, которое должно было быть исполнено 14 сентября 1999 г., было исполнено только 24 июля 2000 г.[53]Затратные проволочки и различия в силе используются для того, чтобы расширить границы правил DSU для достижения желаемых результатов в спорах между неравными участниками из-за их неравенства в ресурсах и возможностях противостояния. Кроме того, в практике коллегий, АБ и сторон спора наметилась явная тенденция добиваться дополнительного времени сверх установленных ДСУ пределов. Недавний

[49]Отчет комиссии, *Австралия - Меры, затрагивающие импорт лосося*, WT/DS18/R (6 ноября 1998 г.); Отчет Апелляционного органа, *Австралия - Меры, затрагивающие импорт лосося*, WT/DS18/AB/R (20 октября 1998 г.).

[50]DFAT, "Отношения Австралии с ВТО", Канберра, 26 сентября 2001 г., 50.

[51]Отчет группы экспертов, *Австралия - Субсидии, предоставляемые производителям и экспортерам автомобильной кожи*, WT/DS126/R (16 июня 1999 г.).

[52]*Австралия - Обращение Канады к статье 21.5 DSU*, WTO Doc. WT/DS18/RW (18 февраля 2000 г.); *Австралия - Обращение к статье 21.5 DSU со стороны США*, WTO Doc. WT/DS126/RW (21 января 2000 г.).

[53]Davey, выше n. 48, 8, 20.

Примеров таких задержек в завершении конкретных этапов разбирательства и представления отчетности множество.[54]

Оперативное разрешение ситуаций, когда один из членов несправедливо лишается своих законных выгод в результате незаконных мер другого, является обязательным условием эффективного функционирования ДСС и поддержания надлежащего баланса между правами и обязанностями членов. Однако заставить влиятельных членов соблюдать взятые на себя договорные обязательства и добиться конкретного исполнения в случае неблагоприятных решений - настоящая проблема для ДСС. Эти члены используют лазейки и оговорки ДСУ для выработки компромиссов и формул экономии средств, чтобы обойти или обойти свои обязательства. Таким образом, ДСС своим поведением и умолчаниями потворствует умышленному неисполнению своих постановлений, что приводит к неоправданному обогащению неплательщиков за счет победителей, которые становятся жертвами за то, что соблюдают требования. Затягивание процесса урегулирования способствует затягиванию споров и подрывает концепцию их быстрого разрешения в интересах всех.

Политика и реалии, касающиеся равного доступа к правосудию

Участие развивающихся стран

Основанная на правилах, юридическая и судебная система DSS задумывалась как гарант, обеспечивающий осуществление признанных прав и предотвращающий злоупотребления и попрание этих прав. Такая централизованная институциональная система контроля является неоспоримой в многосторонней торговой системе, в которой доминируют экономическое влияние и гегемонистские силы. Однако в реальности ДСС не обязательно обеспечивает равный доступ к правосудию для всех. Соизмеряя затраты и выгоды от судебных разбирательств, многие развивающиеся страны и НРС предпочитают терпеть аннулирование и/или ущемление своих торговых прав и интересов, не подавая никаких жалоб в ДСС.[55]

Развивающиеся члены имеют право на определенный особый процедурный режим S & D, который заключается в том, что их дело рассматривает по крайней мере один член группы от любого развивающегося члена,[56]дополнительное время для подготовки и представления своих дел,[57]а в отчетах группы должно быть четко указано, в какой форме был предоставлен режим S & D.[58]Однако развивающиеся члены сталкиваются с трудностями при получении режима S & D в соответствии с этими условиями

[54]Ежегодный отчет Апелляционного органа за 2005 год, WTO Doc. WT/AB/5 (25 января 2006 г.) 8-10.
[55]Обзор торговой политики: Маврикий, WTO Doc. WT/TPR/G/90 (2001) (Отчет Правительства).
[56]DSU, ст. 8(10). [57]DSU, ст. 12(10). [58]DSU, ст. 12(11).

положения из-за отсутствия конкретики. Неясно, являются ли они материально-правовыми или процессуальными требованиями и должна ли коллегия применять их только в том случае, если вопрос поднимается развивающимися членами, или может применять их по собственной инициативе, даже если они не поднимаются развивающимися членами. Эти неясности привели к тому, что в большинстве споров члены жюри и арбитры игнорируют предоставление особого режима развивающимся членам. Аналогичная ситуация сложилась и со статьей 21(2) DSU, требующей уделять особое внимание вопросам, затрагивающим интересы развивающихся стран, при определении "разумного периода времени" для приведения мер, не соответствующих требованиям ВТО, в соответствие. Это определение в арбитражном процессе, согласно статье 21(3)(c) DSU, имеет решающее значение для развивающихся стран, которым требуется более длительный срок в качестве исполняющей стороны и как можно более короткий срок реализации в качестве подающей жалобу стороны. Из 13,8% споров, в которых развивающиеся члены добивались особого режима, все, кроме двух[(59),]оказались безуспешными.[60]

Статья 24 ДСУ устанавливает некоторые особенности, обеспечивающие гибкость для НРС, но ни одна из них не принесла им никаких выгод из-за непреодолимых структурных барьеров ДСС. За семнадцать лет работы ДСС Бангладеш является единственной НРС, которая подала запрос на консультацию против Индии в антидемпинговом споре; он был разрешен на этой стадии в 2006 году, и это стало возможным только благодаря субсидированию юридических услуг Консультативным центром по праву ВТО (КЦПВ).[61]Помимо этого

[59]Отчет Группы, *Индия - Количественные ограничения на импорт сельскохозяйственной, текстильной и промышленной продукции*, WTO Doc. WT/DS90/R (1999), [5(8)]-[5(10)], предоставил Индии дополнительные одиннадцать дней для подготовки первого письменного представления; Решение арбитра*, European Com-munities - Export Subsidies on Sugar - Arbitration under DSU Article 21(3)(c)*, WTO Doc. WT/DS265/33, WT/DS266/33, WT/DS283/14 ARB (28 октября 2005 г.), [2], уделил особое внимание интересам Бразилии и Таиланда при определении срока исполнения.

[60]Eduardo Pe´rez Motta and Mateo Diego-Ferna´ndez, 'If the DSU is "Working Reasonably Well", Why Does Everybody Want to Change It?', in Dencho Georgiev and Kim Van der Borght (eds.), *Reform and Development of the WTO Dispute Settlement System* (London: Cameron May, 2006) 298. Примеры включают Отчет группы экспертов, *Мексика - Меры, затрагивающие телекоммуникационные услуги*, WTO Doc. WT/DS204/R (2004) [4(180)]-[(190)], [242]; *Mexico - Taxes on Soft Drinks*, WTO, Dispute Settlement Reports 2006, vol. 1, 261; Decision by Arbitrator, *United States - Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina - Arbitration under Article 21.3(c) of the Understanding of Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes*, WTO Doc. WT/DS268/12, ARB-2005-1/18 (7 июня 2005 г.) [47]-[48], [52]; Решение арбитра, *Индонезия - определенные меры, затрагивающие автомобильную промышленность - арбитраж в соответствии со статьей 21.3(c) DSU*, WTO Doc. WT/DS54/15, WT/DS55/14, WT/DS59/13, WT/DS64/12 ARB (7 декабря).
1998), [24]; *Gambling*, выше n. 43, арбитражное решение, пп. 26, 57, 59, 60.

[61]*Индия - Антидемпинговые меры в отношении батареек из Бангладеш*, WT/DS306/1, G/L/669, G/ADP/D52/1 (2004); WT/DS306/2, G/L/669/Add.1, G/ADP/D52/2 (2006); M. Таслим,

В единственном случае НРС практически исключены из ДСС. То, что сорок восемь НРС не имели возможности ссылаться на ДОБ, не является простой идиосинкразией. Существуют глубоко укоренившиеся причины их отсутствия, которые Группа НРС озвучила в DSB:

> [Это определенно не потому, что у этих стран не было проблем, которые стоило бы передать в ДСБ, а скорее из-за структурных и других трудностей, которые создает сама система.[62]

Согласно эмпирическому исследованию практики урегулирования споров за период 1995-2005 годов, процентное соотношение споров, инициированных развитыми и развивающимися членами, составляло 70:30 и 75:25 на стадии рассмотрения споров в комиссии.[63]Участие развивающихся членов ухудшилось в 2006-9 годах, когда было двенадцать "основных пользователей", подавших 85% всех жалоб.[64]Из общего числа 400 споров за 1995-2009 годы анализ участия государств показывает, что только пятнадцать членов были постоянными основными пользователями, выступая истцами в 354 и ответчиками в 333 спорах.[65]Соединенные Штаты и ЕС в подавляющем большинстве случаев были двумя основными пользователями (Соединенные Штаты - истцом в 93 и ответчиком в 107, в общей сложности 200 дел; и ЕС - истцом в 81 и ответчиком в 66, в общей сложности 147 дел).[66]Учитывая все участие (истца, ответчика и третьей стороны) в течение первых пятнадцати лет, ДСС используют менее одной трети членов ВТО, в основном развитые и несколько развивающихся стран, а более двух третей, в основном бедные развивающиеся страны и НРС, абсолютно не используют. Общее участие развивающихся стран в ДСС начало снижаться в начале эпохи ВТО по сравнению с

ВТО и индо-бангладешский торговый спор", *Financial Express* (Dhaka), 3 января 2008 г., 25; M. Taslim, "Как DSU сработал для Бангладеш: Первая НРС, подавшая иск в ВТО", в Gregory Shaffer and Ricardo Melendez-Ortiz (eds.), *Dispute Settlement at the WTO: The Developing Country Experience* (Cambridge University Press, 2010) 230.

[62]Предложение группы НРС к специальной сессии DSB по DSU, WTO Doc. TN/DS/W/17 (9 октября 2002 года).

[63]Родерик Эббот, "Сдерживают ли развивающиеся страны использование системы разрешения споров ВТО? Участие развивающихся стран в РСМ в 1995-2005 годах", рабочий документ № 1, Европейский центр международной политической экономии, 2007.

[64]ВТО, "Таблица споров по членам", доступна по адресу: www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm 11 января 2010 года.

[65]Там же, Бхала и Ганц, выше n. 41, 90.

[66]Основными пользователями в порядке убывания являются Соединенные Штаты (200), ЕС (147), Канада (48), Бразилия (38), Индия (38), Мексика (35), Аргентина (31), Япония (28), Южная Корея (27), Чили (23), Китай (23), Австралия (17), Таиланд (16), Филиппины (10) и Турция (10). Бхала и Ганц, выше, n. 41, 90.

их участия в эпоху ГАТТ. С учетом ограничений, с которыми сталкиваются развивающиеся страны, исследование показывает, что (i) они "на треть реже подают жалобы на развитые государства в рамках ВТО, чем при режиме ГАТТ после 1989 года"; и (ii) "доля дел, направленных против [них], резко возросла с 19 до 33 процентов", что говорит о том, что вероятность подачи жалобы в рамках ВТО для них "в пять раз выше".[67]

Существуют очевидные причины ограниченного участия большинства развивающихся стран. Институциональная структура ВТО унаследовала дипломатический и состязательный характер, где политика власти и культура отстаивания собственных интересов за счет других играют доминирующую, если не решающую, роль в принятии решений. Такой корыстный и прагматичный подход влиятельных членов к участию ограничивает возможность значимого участия более слабых членов, которым слишком много приходится терять, чтобы заявить о своей маргинальной торговой судьбе. Неофициальная практика переговоров в "зеленой комнате"[68]изолирует бедных членов и манипулирует ими путем компромиссов и "выкручивания рук" с помощью помощи и займов, а также позволяет влиятельным членам использовать свою рыночную силу для принуждения и блокирования решений, пока они не убедятся, что их интересы защищены.[69]Во время создания ВТО слабые члены принимали мало активного участия,[70]и с тех пор эта организация почти ничего не сделала для того, чтобы

[67]Marc L. Busch and Eric Reinhardt, 'Testing International Trade Law: Empirical Studies of GATT/WTO Dispute Settlement", in Daniel L. M. Kennedy and James D. Southwick (eds.), *The Political Economy of International Trade Law* (Cambridge University Press, 2002) 457, 466-7. Жалобы ДСС на развивающиеся страны в 1995-2001 годах составляли 37 процентов от общего числа по сравнению с 8 процентами во времена ГАТТ: Bernard Hoekman and Michel Kostecki, *The Political Economy of the World Trading System: The WTO and Beyond* (Oxford University Press, 2002), 394-5.

[68]Это зал заседаний, примыкающий к офису Генерального директора ВТО. В этом зале проводятся неофициальные встречи между основными игроками, приглашенными Генеральным директором, чтобы сгладить разногласия по тому или иному торговому вопросу, рассматриваемому на многосторонних переговорах. Большинство развивающихся стран и НРС обычно не приглашаются: Dilip K. Das, *Global Trading System at the Crossroads: A Post-Seattle Perspective* (London: Routledge, 2001), 38-41; Peter Van Den Bossche, *Law and Policy of the WTO* (Cambridge University Press, 2005), 131-2.

[69]Fatoumata Jawara and Aileen Kwa, *Behind the Scenes at the WTO: The Real World of International Trade Negotiations* (London: Zed Books, 2001).

[70]Will Martin and L. Alan Winters, *The Uruguay Round and the Developing Countries* (Cambridge University Press, 1996); Donnatella Alessandrini, *Developing Countries and the Multilateral Trading Regime: The Failure and Promise of the WTO's Development Mission* (Oxford: Hart Publishing, 2010); T. N. Srinivashan, *Developing Countries in the Multilateral Trading System* (Boulder: Westview Press, 2000); Constantine Michalopoulos, *Developing Countries in the WTO* (Houndmills: Palgrave, 2001); Aaditya Mattoo and

смягчить трудности, с которыми они сталкиваются, играя активную роль. Развивающиеся государства не смогли преодолеть институциональные недостатки многосторонней торговли в рамках ВТО.

Ограниченность слабых членов также частично объясняет их неспособность использовать DSS. Им не хватает людских ресурсов в виде специалистов по торговому праву и частной поддержки со стороны экспортных отраслей для подготовки жалобы в ДСС. Они не могут позволить себе направить в Секретариат ВТО постоянный отряд эффективных экспертов-юристов и дипломатов для участия в конкурентной и дорогостоящей юридической борьбе. У них также нет существующих или развивающихся рынков с объемом и разнообразием экспорта, которые так важны для их торговых партнеров. Непомерные судебные издержки, стоимость судебного иска и сопутствующие хлопоты, связанные с получением выгоды от неэффективных средств защиты ДПС, - вот некоторые из факторов, которые часто заставляют их предпочесть торговые потери более значительным экономическим потерям в результате судебных разбирательств в ВТО.[71]Это объясняет, почему ни одна жалоба до сих пор не была подана ни одним африканским членом, как развивающимися странами, так и НРС.[72]Страны Западной Африки, являющиеся основными производителями и экспортерами хлопка, понесли серьезные потери из-за экспортных субсидий США на хлопок с возвышенностей. Однако в деле *US - Subsidies on Upland Cotton* [73]именно Бразилия оспорила в ДСС субсидии США, искажающие торговлю, и одержала победу. У стран Западной Африки было достаточно претензий с точки зрения экономического ущерба[74]- действительно, гораздо больше, чем у Бразилии, - чтобы стать

Арвинд Субраманиан, "ВТО и беднейшие страны: Суровая реальность", (2004) 3 *Обзор мировой торговли* 385.

[71]Отчет группы экспертов, *Япония - Меры, затрагивающие потребительскую фотопленку и бумагу (Fuji-Kodak),* WTO Doc. WT/DS44/R (31 марта 1998 г.). Совокупные судебные издержки составили 12 000 000 долларов США. Грегори Шаффер, *Защита интересов: Public-Private Partnership in WTO Litigation* (Washington DC: Brookings Institution Press, 2003), 38; Ha˚kan Nordstrom, "The Cost of WTO Litigation, Legal Aid and Small Claim Procedures", доклад, представленный на конференции "Разрешение споров в ВТО и развивающиеся страны: Последствия, стратегии, реформы, Центр мировых дел и глобальной экономики, Висконсинский университет, 20-21 мая 2005 года.

[72]Только Египет, Сенегал и Южная Африка участвовали в качестве респондентов, WTO Dispute Settle-ment: Disputes by Country, выше n. 64.

[73]Отчет Группы, *Соединенные Штаты - Субсидии на хлопок, выращиваемый на возвышенностях*, WTO Doc. WT/DS267/R (8 сентября 2004 г.); доклад Апелляционного органа, *Соединенные Штаты - Субсидии на хлопок, выращиваемый на возвышенностях,* WTO Doc. WT/DS267/AB/R (3 марта 2005 г.).

[74]На хлопок приходилось 77 процентов экспорта Бенина: Обзор торговой политики: Бенин, WTO Doc. WT/TPR/S/131 (2004); 57 процентов экспорта Буркина-Фасо, Африканский банк развития и ОЭСР 2004, *Африканские экономические перспективы 2003/2004, страновые исследования: Буркина-Фасо*; и 18 процентов Мали: Обзор торговой политики: Мали, WTO Doc. WT/TPR/S/133 (2004); Kevin Watkins, "Cultivating Poverty: Влияние субсидий США на хлопок на Африку", информационный доклад № 30, Oxfam Australia, 2002; Hilton E. Zunckel, "The African Awakening in US - Upland Cotton", (2005) 39 *Journal of World Trade* 1071, 1086.

сами истцы с независимыми претензиями. Из всех западноафриканских стран-экспортеров хлопка только Бенин и Чад присоединились к спору в качестве третьих сторон с ограниченными претензиями, совпадающими с претензиями Бразилии и зависящими от них. Они получили побочные выгоды от исхода спора, но только в ограниченном объеме претензий Бразилии, что было гораздо меньше тех выгод, которые они могли бы получить в качестве истцов. Их участие в качестве третьей стороны и ограниченные выгоды стали возможны благодаря помощи (в виде субсидирования оплаты юридических услуг) со стороны ACWL.[75]

Отсутствие эффективных средств правовой защиты и оперативного правоприменения, а также страх перед неторговыми ответными мерами по-прежнему вызывают серьезную озабоченность у развивающихся стран и НРС, рассматривающих возможность судебного разбирательства.[76]Они опасаются, что, хотя по закону они могут одержать победу в ДСС над мощным неплательщиком, последний может прибегнуть к ответным мерам вне ВТО, сократив объем помощи на цели развития или военной помощи и ограничив преференциальный доступ на рынки. Это не пустые опасения, поскольку международная торговая дипломатия изобилует подобными угрозами, которые могут оказать охлаждающее воздействие на желание многих развивающихся стран возбудить дело и в конечном итоге вынудить их к бездействию. Для них важно не только принять во внимание достоинства дела, но и уклониться от него, чтобы сбалансировать и сохранить двусторонние экономические связи с влиятельными членами.[77]Совокупный эффект структурных ограничений ВТО и самих развивающихся стран не позволяет многим из них прибегать к ДСС, когда их законные торговые права и интересы ущемлены и/или сведены на нет. Таким образом, положения ДСУ, касающиеся режима S & D для развивающихся стран и НРС, в действительности остаются в значительной степени косметическими, а не существенными.

Заключение

ВТО призвана максимально расширить участие своих членов в ДСС в качестве средства разрешения торговых споров. В связи с

[75]Консультативный центр по праву ВТО, "Отчет о деятельности", (Отчет, 2010), 4; C. Brown, *Self-Enforcing Trade: Developing Countries and WTO Dispute Settlement* (Washington, DC: Brookings Institution Press, 2009), 157; G. Yusuf, "The Marginalisation of African Agri-cultural Trade and Development: A Case Study of the WTO's Efforts to Cater to African Agricultural Trading Interests, Particularly Cotton and Sugar", (2009) 17 *African Journal of International & Comparative Law* 213; Fulvio Maria Palombino, "Judicial Economy and Limitation of the Scope of the Decision in International Adjudication", (2010) 23 *Leiden Journal of International Law* 909.

[76]Busch and Reinhardt, выше n. 67, 457 и 467.

[77]Тимоти Стостад, 'Trappings of Legality: Судебное урегулирование споров в ВТО и его последствия для развивающихся стран", (2006) 39 *Cornell International Law Journal* 811, 826-7; Christina L. Davis and Sarah Blodgett Bermeo, 'Who Files? Участие развивающихся стран в судебном разбирательстве ГАТТ/ВТО", (2009) 71 *Journal of Politics* 1033.

В связи с тем, что DSS имеет свои особенности, количество судебных разбирательств не свидетельствует о максимальном участии. Лишь немногие влиятельные и крупные развивающиеся торговые страны являются заядлыми пользователями ДСС; это не обязательно вызывает беспокойство. Однако причины и способы такого участия делают его частью проблемы неравномерного участия. Этим частым пользователям удается безнаказанно действовать в системе на равных с другими. Чаще всего они исполняют благоприятные решения благодаря своей экономической силе и оттягивают или даже игнорируют неблагоприятные решения, используя недостатки и оговорки ДПС. Их частое использование объясняется не столько любовью к верховенству закона и справедливости, сколько притягательностью возможности для силы преобладать над правом в DSS. Подавляющее большинство членов, не обладающих рыночной властью, обычно становятся жертвами недостатков и оговорок DSS из-за отсутствия адекватной системной защиты и либо редко пользуются, либо не пользуются DSS. Тем не менее, эти участники остаются верными, хотя и с досадой, DSS и его постановлениям, которые представляют для них ограниченный интерес как для преобладающих сторон. Постановления дают им прочную основу для переговоров по урегулированию. Без этих постановлений им было бы крайне сложно, если не невозможно, добиться урегулирования споров с влиятельными неплательщиками. В большинстве споров они тщетно пытались достичь урегулирования на этапах предварительных консультаций и консультаций. Более того, страх перед скрытым торговым и открытым неторговым возмездием, а также либерализация торговли под эгидой ВТО как одно из условий предоставления кредитов МВФ и Всемирного банка практически не оставляют для многих развивающихся стран других приемлемых вариантов, кроме как оставаться в системе. Предположительно, именно учет сочетания и взаимодействия права, власти, политики, международных отношений и дипломатии в ДСС придает системе определенную актуальность для членов ВТО, как развитых, так и развивающихся и НРС.

DSS удалось разрешить множество споров и предоставить средства правовой защиты меньшинству членов. Однако отсутствие защиты, неработающие процедуры S & D, несовершенные средства правовой защиты и неэффективное правоприменение препятствуют подавляющему большинству членов в попытках получить доступ к правосудию. Режим принудительного исполнения страдает от прагматизма и вседозволенности, которые часто полагаются на примирение, а не на судебное разбирательство, и на власть победивших сторон, а не на централизованные институциональные механизмы. Влиятельные члены по-прежнему обходят стороной разработку единообразных и предсказуемых стандартов соблюдения, что наносит серьезный ущерб более слабым членам. Его авторитет и эффективность часто омрачаются неспособностью заставить влиятельных

членов для исполнения неблагоприятных решений. Предоставление слабым сторонам режима S & D в ходе разбирательства и защиты при исполнении - это не просто процедурные вопросы, а материальные права, о б у с л о в л е н н ы е понятием естественной справедливости.[78]ДСС должен отличаться от своего предшественника ГАТТ серьезным отношением к существенному вопросу неравенства спорящих сторон при отправлении правосудия на благо всех членов - переход, который еще не произошел. Давно назревшие реформы, направленные на устранение врожденного дисбаланса ДСС в обеспечении и соблюдении распределительной экономической справедливости для всех членов, на протяжении последних семнадцати лет последовательно тормозились политическими торгами влиятельных пользователей. Если неспособность сбалансировать права и возможности наиболее и наименее влиятельных лиц не прекратится, DSS может превратиться в звездную камеру пустого политического идеализма и выживания сильнейших.

[78]Асиф Куреши, "Участие развивающихся стран в системе разрешения споров ВТО", (2003) 47 *Journal of African Law* 194.

18

Разрешение международных инвестиционных споров

ЧЕСТЕР БРАУН

Одним из наиболее ярких событий в международном правопорядке последних лет является то, что международное инвестиционное право и, в частности, рост числа международных инвестиционных споров, разрешаемых в международном арбитраже, заняли заметное место. Это не означает, что споры, касающиеся международных инвестиций, никогда ранее не были предметом международного разбирательства по урегулированию споров; Многие комиссии по смешанным искам конца 1800-х и начала 1900-х годов в основном касались обращения государств с иностранными гражданами и их собственностью,[1]а некоторые из наиболее известных дел, рассмотренных Постоянной палатой международного правосудия (ППМП) и ее преемником, Международным судом (МС), такие как дело о *фабрике в Чорзове*,[2]дело о *Барселонском тракте*,[3]и дело *Elettronica Sicula*,[4]были, по сути, инвестиционными исками, которые были поданы в порядке дипломатической защиты.[5]Однако реальный рост судебных разбирательств по международным инвестиционным спорам произошел во многом благодаря тому, что инвесторы стали полагаться на двусторонние инвестиционные договоры (ДИД). Это договоры, которые, помимо материально-правовых стандартов защиты, обычно предоставляют инвесторам право подать иск в международный арбитраж против принимающего государства их инвестиций, если инвестор считает, что принимающее государство нарушило обязательства, которые оно должно выполнить в соответствии с ДИД.[6]

[1]См. например, Abraham H. Feller, *The Mexican Claims Commissions: 1923-1934* (Germantown: Periodicals Service Company, 1935).

[2]*Некоторые немецкие интересы в польской Верхней Силезии (Германия* против *Польши) (по существу)*, [1926] PCIJ (ser. A) № 7; *Завод в Хорзове (Германия* против *Польши) (возмещение ущерба)*, [1928] PCIJ (ser. A) № 17.

[3]*Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd (Бельгия* против *Испании) (вторая фаза)*, [1970]. ICJ Rep. 3.

[4]*Elettronica Sicula SpA (Соединенные Штаты* против *Италии)*, [1989] ICJ Rep. 15.

[5]Более свежий пример - *Ахмаду Садио Диалло (Республика Гвинея* против *Демократической Республики Конго) (Предварительные возражения)*, [2007] ICJ Rep. 582; *(По существу)*, [2010] ICJ Rep. 639.

[6]В настоящее время, по-видимому, признано, что материально-правовые стандарты защиты, предусмотренные ДИД, представляют собой обязательства, которые государства-участники несут перед инвесторами, имеющими гражданство другого государства: см.

ДИДы не являются нововведением последнего времени: первый такой договор был заключен между Германией и Пакистаном в 1959 году.[7]Однако первый иск по ДИДу был подан только в 1987 году, а решение арбитражного суда по этому делу, постановившее, что Шри-Ланка обязана выплатить компенсацию инвестору из Гонконга, было вынесено в 1990 году.[8]А настоящий рост предъявления исков по инвестиционным договорам произошел после аргентинского финансового кризиса 2001-2 годов, который породил около сорока исков по инвестиционным договорам против Аргентинской Республики.[9]

Сегодня арбитраж по инвестиционным договорам - это активная и быстро развивающаяся область практики юристов-международников, а Конференция ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД) сообщила, что по состоянию на конец 2011 года было подано 450 известных исков по ДИДам и многосторонним инвестиционным договорам.[10]Если раньше международное публичное право было уделом юристов в министерствах иностранных дел и ученых, то сегодня в этой области практикуют частные юристы, которые, как и другие области международного публичного права, не существуют как самостоятельная система, а имеют множество взаимодействий с вопросами, возникающими в рамках общего международного права, такими как вопросы юрисдикции и приемлемости, право международных договоров и право ответственности государств.

В центре внимания данной главы находится взаимосвязь между материальной базой международного инвестиционного права и процедурами урегулирования инвестиционных споров. В этой связи заслуживают внимания две особенности: первая - вклад арбитражных судов, созданных в соответствии с ДИД и другими инвестиционными договорами, в развитие международного инвестиционного права; вторая - вопрос о том, является ли международный арбитраж наиболее подходящим методом.

особенно Закари Дуглас, "Гибридные основы арбитража по инвестиционным договорам", (2003) 74 *British Yearbook of International Law* 151, 182; см. также *Occidental Exploration and Production Company* v. *Republic of Ecuador*, [2005] EWCA Civ. 1116, [14]-[20].

[7]ДИД Германия-Пакистан, подписан 25 ноября 1959 года, Bundesgesetzblatt, Pt II, No. 33 (6 июля 1961 года), 793.

July 1961), 793.

[8]*Asian Agricultural Products Ltd* v. *Sri Lanka*, (1997) 4 ICSID Rep. 246.

[9]См., например, Christina Binder, "Changed Circumstances in International Law: Взаимосвязи между правом договоров и правом ответственности государств с особым акцентом на аргентинском кризисе", в Christina Binder, Ursula Kriebaum, August Reinisch, and Stephan Wittich (eds.), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford University Press, 2009) 608, 609; см. также Chester Brown, 'Investment Arbitration as the "New Frontier"', (2009) 28 *Arbitrator and Mediator* 59; и Ignacio Suarez Anzorena, 'Multiplicity of Claims under BITs and the Argentine Case', (2005) 2 *Transnational Dispute Management* 20.

[10]UNCTAD, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, UNC-TAD/WEB/DIAE/IA/2010/3 (April 2012), 1.

для урегулирования инвестиционных споров. При рассмотрении этих вопросов в данной главе сначала дается вводная информация об истоках и природе межнационального инвестиционного права и материально-правовых стандартах защиты в ДИДах, а также определяются виды инвестиционных споров (инвестор-государство, а также межгосударственные), которые могут возникнуть. Затем рассматриваются возможные методы урегулирования международных инвестиционных споров. Утверждается, что решения арбитражных судов значительно развили подстатью международного инвестиционного права и что международный арбитраж остается подходящим средством урегулирования инвестиционных споров, хотя альтернативные методы урегулирования споров могут быть предпочтительнее по причинам стоимости, эффективности и достижения сбалансированных результатов.

Природа международного инвестиционного права

Истоки и развитие

Хотя первый ДИД был подписан только в 1959 году, международное инвестиционное право имеет гораздо более давнюю историю. Например, государства развивали практику включения положений о защите имущественных и экономических интересов в договоры, заключаемые после военных действий, по крайней мере, с Утрехтского договора 1713 года.[11]Однако именно появление значительных объемов мировой торговли в начале 1800-х годов заставило государства обратить внимание на необходимость определенной формы международной защиты своих (и своих граждан) экономических интересов.[12]Некоторые государства начали заключать договоры о дружбе, торговле и мореплавании (ДДМ) уже в конце 1700-х годов; одной из таких стран были Соединенные Штаты, чей Договор о дружбе и торговле с Францией от 1778 года стал, возможно, первым "современным" договором ДДМ.[13]Многие другие

[11]См. например, Договор о мире и дружбе между Великобританией и Испанией, подписанный 13 июля 1713 г., 28 Consol. TS 295, Arts. VII, VIII, IX, XV; см. далее: Chester Brown, "Introduction: Развитие и значение типового двустороннего инвестиционного договора", в Chester Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford University Press, 2013) 1.

[12]Kenneth Vandevelde, *Bilateral Investment Treaties: История, политика и толкование* (Oxford University Press, 2010), 19-31.

[13]Договор о дружбе и торговле между Соединенными Штатами и Францией, 6 февраля 1778 г., 46 Consol. TS 417. Обсуждение договоров FCN Соединенных Штатов см. например, Robert Wilson, 'Property Protection Provisions in United States Commercial Treaties', (1951) 45 AJIL 83; Hermann Walker, 'Modern Treaties of Friendship, Commerce and Navigation', (1957) 42 *Minnesota Law Review* 805; Vandevelde, above n. 12, 19-59; Kenneth Vandevelde, *United States International Investment Agreements* (Oxford University Press, 2009), 19; и Lee

Страны - в том числе Великобритания,[14]Нидерланды,[15]Колумбия,[16]Германия,[17]Италия,[18]Япония,[19]Латвия,[20]и Советский Союз[21]- также приступили к реализации программ по заключению договоров о FCN.

Договоры FCN были общими экономическими договорами, которые обычно были направлены на "защиту прав собственности и деловых интересов иностранцев", а не на инвестиции.[22]Сотни договоров FCN были заключены государствами до 1960-х годов, и, хотя их содержание варьировалось, они обычно содержали гарантии права доступа на территорию другого государства-участника; режим наибольшего благоприятствования (РНБ) в отношении налогов и торговли; и иногда национальный режим.[23]Эти договоры FCN, однако, не были заключены в вакууме применимых норм международного права об обращении с иностранцами и защите иностранной собственности. Обычное международное право и общие принципы права содержали нормы о защите иностранцев, хотя точное содержание этих норм вызывало много разногласий между государствами, причем взгляды развитых государств-экспортеров капитала обычно отличались от взглядов развивающихся государств-импортеров капитала.[24]Например, ряд развитых государств считали, что с иностранцами следует обращаться в соответствии с

Каплан и Джереми Шарп, "Соединенные Штаты", в Chester Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford University Press, 2013) 755.

[14]Chester Brown and Audley Sheppard, "United Kingdom", in Chester Brown (ed.), *Com-mentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford University Press, 2013) 697.

[15]Нико Шрайвер и Вид Прислан, "Нидерланды", в Chester Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford University Press, 2013) 535.

[16]Хосе Антонио Ривас, "Колумбия", в Chester Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford University Press, 2013) 183.

[17]Rudolf Dolzer and Yun-I Kim, "Germany", in Chester Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford University Press, 2013) 289.

[18]Federico Ortino, "Italy", in Chester Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Invest-ment Treaties* (Oxford University Press, 2013) 321.

[19]Shotaro Hamamoto and Luke Nottage, "Japan", in Chester Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford University Press, 2013) 347; см. также Shuji Yanase, "Bilateral Treaties of Japan and Resolution of Disputes with Respect to Foreign Direct Investment", in Albert J. van den Berg (ed.), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Issues* (Leiden: Kluwer, 2003) 426.

[20]Мартинс Папаринскис, "Латвия" в Chester Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford University Press, 2013) 425.

[21]Vandevelde, выше n. 12, 49.

[22]Эндрю Ньюкомб и Ллуис Параделл, *Право и практика инвестиционных договоров: Стандарты обращения* (Лейден: Клювер, 2009), 41.

[23]Vandevelde, выше n. 12, 21-23; см. также Brown, выше n. 11.

[24]Jeswald Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (Oxford University Press, 2010), 46; Stephan Schill, *The Multilateralization of International Investment Law* (Cambridge Uni-versity Press, 2009), 25-8.

с "международным минимальным стандартом", который устанавливался международным правом, а не особенностями национальных правовых систем.[25]Со своей стороны, развивающиеся государства склонялись к тому, что иностранцам достаточно предоставить "национальный режим", независимо от того, какой стандарт обращения применяется к гражданам.[26]Эти споры продолжались на протяжении эпохи деколонизации 1960-х и 1970-х годов и стали предметом целого ряда резолюций Генеральной Ассамблеи ООН.[27]В свете этих разногласий, а также негативного влияния послевоенного урегулирования на частные иностранные инвестиции, государства и частные организации занялись поиском путей достижения соглашения в форме договоров о применимых стандартах защиты, которые бы применялись к их гражданам, осуществляющим инвестиции за рубежом, и их собственности.

Усилия по достижению многостороннего соглашения

В двадцатом веке предпринимались различные дипломатические усилия по заключению многостороннего договора о защите иностранных инвестиций. Первые инициативы, однако, не увенчались успехом; они включали предложения Лиги Наций в 1928 году и Гаванской конференции 1948 года.[28]В 1948 году неправительственная организация, Ассоциация международного права (АМП), опубликовала проект устава Арбитражного трибунала по иностранным инвестициям и Суда по иностранным инвестициям, хотя он также не был принят.[29]Еще одно предложение неправительственной организации - "Арбитражный трибунал по иностранным инвестициям" - не было принято.

[25]См., например, Elihu Root, "The Basis of Protection to Citizens Residing Abroad", (1910) 4 AJIL 517, 521-2.

[26]Эта точка зрения была, пожалуй, наиболее ярко выражена в трудах аргентинского юриста и министра иностранных дел Карлоса Кальво: см. особенно Carlos Calvo, *Le Droit international th´eorique et pratique*, 5th edn (1896), Vols. 1-6, цитируется в Salacuse, выше n. 24, 49.

[27]К ним относятся Резолюция о постоянном суверенитете над природными ресурсами, GA Res. 1803(XVII)/17 UN GAOR, 17th sess., Supp. No.17, UN Doc. A/5217 (14 декабря 1962 г.); Декларация об установлении нового международного экономического порядка, GA Res. 3201(S-VI), UN GAOR, 6th Special sess., UN Doc. A/RES/S-6/3201 (1 мая 1974 г.), в которой государства заявили, что они обладают "полным постоянным суверенитетом" над своими природными ресурсами; и Хартия экономических прав и обязанностей государств, Резолюция GA 3281(XXIX), GAOR ООН, 29-я сессия, Дополнение № 31, UN Doc. A/RES/29/3281.

[28]Newcombe and Paradell, above n. 22, 15-20; Schill, above n. 24, 31-5; and Stanley Metzger, 'Multilateral Conventions for the Protection of Private Foreign Investment', (1960) 9 *Journal of Public Law* 133.

[29]ЮНКТАД, *Международные инвестиционные соглашения: A Compendium*, Vol. III (New York: United Nations, 1996), 259; Newcombe and Paradell, above n. 22, 21.

[30]В 1959 году Герман Абс, председатель правления Deutsche Bank, и лорд Хартли Шоукросс, бывший генеральный прокурор Великобритании, совместно предложили проект конвенции Абса-Шоукросса об инвестициях за рубежом, но он также не получил достаточной поддержки, чтобы рассматриваться в качестве основы для многостороннего договора.[31]В 1961 году профессора Луис Сон и Ричард Бакстер из Гарвардской школы права опубликовали Гарвардский проект Конвенции о международной ответственности государств за причинение вреда иностранцам, в котором ставилась задача "кодифицировать с определенной конкретностью стандарты, установленные международным правом для защиты иностранцев, и тем самым устранить, насколько это возможно, необходимость обращения к обычному международному праву".[32]Большая часть Гарвардского проекта Конвенции отражала обычное международное право, а различные положения были позднее включены в Статьи КМП об ответственности государств. Однако государства не приняли Гарвардский проект конвенции в качестве основы для многостороннего договора. В следующем, 1962 году, Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) опубликовала проект Конвенции по охране иностранной собственности для комментариев, а затем он был переиздан с незначительными изменениями в 1967 году.[33]Проект Конвенции ОЭСР не получил достаточной поддержки для принятия в качестве многосторонней конвенции, что было обусловлено противодействием многих развивающихся стран, а также нежеланием некоторых менее развитых членов ОЭСР быть связанными ее положениями.[34]

В то же время ряд других инициатив привел к заключению многосторонних договоров, касающихся иностранных инвестиций, хотя они и не устанавливали материально-правовых норм. Одной из них стала Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств (Конвенция МЦУИС), в соответствии с которой был создан Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) и определены рамки урегулирования таких споров и правила процедуры для использования при согласительной процедуре.

[30]Рудольф Дольцер и Кристоф Шройер, *Принципы международного инвестиционного права* (Oxford University Press, 2008), 18.

[31]Schill, выше n. 24, 35-6; Chester Brown, "The Evolution of the Regime of International Investment Agreements: История, экономика и политика", в Marc Bungenberg, Jo¨rn Griebel, August Reinisch, and Stephan Hobe (eds.), *International Investment Law* (Baden-Baden: Nomos, forthcoming).

[32]Louis Sohn and Richard Baxter, 'Responsibility of States for Injuries to the Economic Interests of Aliens', (1961) 55 AJIL 545, 547.

[33]Newcombe and Paradell, above n. 22, 30-31. [34]Ibid., 30; Schill, above n. 24, 38-39.

[35]Хотя существовали разногласия по поводу материальных норм международного инвестиционного права, тогдашний генеральный советник Всемирного банка Арон Брош предложил создать ней-тральный механизм для разрешения инвестиционных споров, и в результате появился МЦУИС; [36]Конвенция МЦУИС быстро собрала достаточно ратификаций для вступления в силу, и сегодня в ней участвуют 147 государств.[37]Другой инициативой стала Конвенция о многостороннем агентстве по гарантированию инвестиций (Конвенция МИГА), в соответствии с которой была создана международная организация (МИГА), призванная поддерживать потоки иностранных инвестиций, предлагая схему страхования для иностранных инвесторов в развивающихся странах.[38]МЦУИС и МИГА добились огромного успеха, соответственно, в содействии разрешению международных инвестиционных споров и обеспечении страхования для стимулирования трансграничных потоков капитала. Однако, как отмечалось выше, ни один из этих многосторонних договоров не содержит никаких указаний относительно материально-правовых норм защиты иностранных инвестиций, что было целью Конвенции Абс-Шоукросса, Гарвардского проекта Конвенции и проекта Конвенции ОЭСР. Неудача этих многосторонних инициатив, которая впоследствии повторилась в отказе от переговоров о заключении Многостороннего соглашения по инвестициям в 1998 году[39], заставила государства обратиться к двустороннему подходу.

Появление двусторонних инвестиционных договоров

Германия первой приступила к программе переговоров по заключению ДИД в 1959 году, и вскоре ее примеру последовали другие государства, включая Францию (1960), Швейцарию (1960), Нидерланды (1963), Италию (1964), Белго-Люксембургский
Экономический союз (1964), Швеция (1965), Дания (1965) и Норвей (1966) - вскоре последовали этому примеру,[40]а другие государства начали заключать ДИД.

[35]*Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других стран*
States (открыта для подписания 18 марта 1965 года, 575 UNTS 159, вступила в силу 14 октября 1966 года) ("Конвенция МЦУИС"); см. Schill, выше, n. 24, 44-7; и Christoph Schreuer, Loretta Malintoppi, August Reinisch and Anthony Sinclair, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd edn (Cambridge University Press, 2009).

[36]Newcombe and Paradell, above n. 22, 27; Ibrahim Shihata, 'Toward a Greater Depoliti-cisation of Investment Disputes', (1986) 1 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 1.

[37]Цифры взяты с веб-сайта МЦУИС: .www.worldbank.org/icsid

[38]Конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (Конвенция МИГА), см. www.miga.org, ст. ст. 11-22; Schill, выше n. 24, 48.

[39]Schill, выше, n. 24, 53-8.

[40]См. например, Vandevelde, выше n. 12, 54-5; Newcombe and Paradell, выше n. 22, 42-3.

[44]Вначале заключение договоров шло относительно медленно: в период с 1959 по 1989 год было заключено менее 400 ДИД, но в последующие пятнадцать лет было заключено около 2 000 ДИД.[45]По данным ЮНКТАД, на конец 2011 года насчитывалось 2 833 ДИДа,[46]и государства продолжают вести переговоры по ДИДам и другим международным инвестиционным соглашениям.[47]Кроме того, сегодня растет число действующих многосторонних соглашений, содержащих положения о защите инвестиций, таких как Североамериканское соглашение о свободной торговле,[48]Договор к Энергетической хартии,[49]и Соглашение о свободной торговле между АСЕАН, Австралией и Новой Зеландией.[50]

ДИД обычно имеют стандартную структуру и включают положения, в которых даются определения и описывается сфера применения ДИД, положения, содержащие материально-правовые обязательства государств-участников, и положения, устанавливающие процедуры урегулирования споров.[51]Для того чтобы попасть в сферу защиты ДИД - и, следовательно, под юрисдикцию арбитражного суда, созданного на основании ДИД - предполагаемый истец должен быть "инвестором" по смыслу ДИД (юрисдикция *ratione per-sonae*), предполагаемый истец должен осуществить "инвестиции" по смыслу ДИД (юрисдикция *ratione materiae*), а инвестиции

[41]Brown and Sheppard, выше n. 14.

[42]August Reinisch, "Austria", in Chester Brown (ed.), *Commentaries on Selected Model Invest-ment Treaties* (Oxford University Press, 2013) 15.

[43]Hamamoto and Nottage, above n. 19.

[44]Caplan and Sharpe, выше n. 13; Vandevelde, выше n. 12, 56-7.

[45]Vandevelde, выше n. 13, 64.

[46]ЮНКТАД, *Доклад о мировых инвестициях 2012: На пути к новому поколению инвестиционной политики* (Нью-Йорк: Организация Объединенных Наций, 2012), 84.

[47]ЮНКТАД сообщила, что в 2011 году было заключено сорок семь международных инвестиционных соглашений, в том числе тридцать три ДИД и четырнадцать других соглашений (соглашения о свободной торговле или соглашения об экономическом партнерстве, включающие положения об инвестициях). Там же.

[48]Североамериканское соглашение о свободной торговле (подписано 17 декабря 1992 года, вступило в силу 1 января 1994 года), 32 ILM 289.

[49]Договор к Энергетической Хартии (открыт для подписания 17 декабря 1994 года, вступил в силу 16 апреля 1998 года), 34 ILM 360.

[50]Соглашение о свободной торговле АСЕАН-Австралия-Новая Зеландия, подписанное 27 февраля 2009 года, см. www.dfat.gov.au/fta/aanzfta/index.html; см. особенно Vivienne Bath и Luke Nottage, 'The ASEAN Comprehensive Investment Agreement and ASEAN-Plus: The ASEAN-Australia-New Zealand Trade Area and the PRC-ASEAN Investment Agreement', in Marc Bungenberg, Jo¨rn Griebel, August Reinisch and Stephan Hobe (eds.), *International Investment Law* (Baden-Baden: Nomos, forthcoming).

[51]Schill, выше n. 24, 70-88.

должно также подпадать под временную защиту ДИДа (юрисдикция *ratione temporis*).[52]Определение "инвестора" варьируется от одного ДИДа к другому, но обычно оно включает физических и юридических лиц, имеющих гражданство государства-участника ДИДа; в случае юридических лиц это обычно включает компании и другие организации, которые инкорпорированы или организованы в соответствии с законодательством одного государства-участника ДИДа.[53]Термин "инвестирование" обычно определяется в широком смысле и включает, например, "все виды активов", которые находятся в собственности или под контролем инвестора, и обычно определяется как включающий предприятие или компанию, акции и права участия в компании, облигации и долговые обязательства, права по контрактам, требования на деньги и другие результаты деятельности, имеющие финансовую ценность, и права интеллектуальной собственности.[54]Что касается временной защиты инвестиционных договоров, то большинство ДИД применяются к инвестициям, осуществленным как до, так и после вступления ДИД в силу, но не применяются к спорам, возникшим до вступления ДИД в силу.[55]Некоторые ДИД предусматривают, что они применяются только к инвестициям, осуществленным после определенной даты.[56]Большинство ДИД также обеспечивают защиту инвестиций в течение определенного периода времени после прекращения их действия (если такое прекращение происходит в одностороннем порядке). Например, согласно статье XV(7) ДИД Канады и Словацкой Республики, материально-правовая защита сохраняется в течение пятнадцати лет после одностороннего прекращения действия ДИД.

Материальные стандарты защиты в двусторонних инвестиционных договорах

Типичная претензия, предъявляемая инвестором в рамках ДИД, заключается в том, что принимающее государство нарушило одно или несколько обязательств, которые оно должно выполнять в соответствии с

[52]См. также там же, 71.

[53]Например, австро-южнокорейский ДИД, ст. 1(2), определяет "инвестора" как "(a) любое физическое лицо, являющееся гражданином одной из Договаривающихся Сторон в соответствии с ее законами и правилами и осуществляющее инвестиции на территории другой Договаривающейся Стороны; (b) любое юридическое лицо или коммерческое партнерство, созданное в соответствии с законами и правилами одной из Договаривающихся Сторон, имеющее местонахождение на территории этой Договаривающейся Стороны и осуществляющее инвестиции на территории другой Договаривающейся Стороны".

[54]Например, ДИД Соединенного Королевства и Египта, ст. 1(a) определяет "инвестиции" как означающие "любой вид активов и, в частности, хотя и не исключительно, включающие: (i) движимое и недвижимое имущество и любые другие имущественные права, такие как ипотека, залог и закладные; (ii) доли, акции и долговые обязательства компаний или доли в собственности таких компаний; (iii) требования на деньги или на любое исполнение по контракту, имеющее финансовую ценность; (iv) права на интеллектуальную собственность и гудвилл; (v) деловые концессии, предоставленные по закону или по контракту, включая концессии на поиск, выращивание, добычу или эксплуатацию природных ресурсов".

(55) Например, финско-азербайджанский ДИД, ст. 14; Schill, выше n. 24, 73.

(56) Например, ДИД Австралии и Венгрии, ст. 2(1), гласит, что он применяется только к "инвестициям, осуществленным после 31 декабря 1972 года".

договора для инвестора. Хотя содержание ДИД ни в коем случае не является единообразным, существует ряд материально-правовых стандартов защиты, которые обычно включаются в них и рассматриваются в следующих пунктах. Эти материально-правовые нормы защиты часто включаются в ДИД, которые не содержат особых подробностей или указаний для арбитражных судов относительно того, как они должны применяться; многие ДИД представляют собой относительно короткие документы объемом всего семь-десять страниц (в отличие от более современных ДИД и инвестиционных глав в соглашениях о свободной торговле (ССТ), объем которых может составлять более сорока страниц).[57]Следующий раздел не претендует на исчерпывающий анализ применения или толкования этих стандартов защиты, но стремится в общих чертах проиллюстрировать обстоятельства, при которых они могут быть применены.

Одним из таких стандартов защиты является обязательство предоставлять "справедливый и равноправный режим" (СРП) инвестициям инвесторов.[58]Обычно это понимается как основанная на договоре формулировка минимального стандарта обращения в соответствии с обычным международным правом, хотя его связь с обычным международным правом остается спорной.[59]Стандарт СРП был предметом многочисленных обсуждений в арбитражных судах, и его применение зависит от фактов и обстоятельств каждого дела. Недавняя арбитражная практика свидетельствует о том, что он может быть нарушен, если принимающее инвестиции государство действует "произвольным, крайне несправедливым, несправедливым или идиосинкразическим" образом, осуществляет "дискриминационное" поведение[60]или действует не в соответствии с законными ожиданиями инвестора.[61]

[57]Сравните, например, ДИД Соединенного Королевства и Египта (1975), состоящий из восьми страниц, с ДИД Соединенных Штатов и Уругвая (2005), состоящим из пятидесяти страниц.

[58]См., например, ДИД Соединенного Королевства и Малайзии, ст. 2(2).

[59]Например, *Glamis Gold Ltd.* против *Соединенных Штатов (арбитражное решение)*, ЮНСИТРАЛ, 8 июня 2009 года, [559]-[627]; *Chemtura Corporation* против *Канады (арбитражное решение)*, ЮНСИТРАЛ, 2 августа 2010 года, [111]-[123]; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd* v. *Tanzania (решение)*, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/05/22, 24 июля 2008 года, [586]-[603]; *Saluka Investments BV* v. *Czech Republic (частичное решение)*, ЮНСИТРАЛ, 17 марта 2006 года, [279]-[309].

[60]*Waste Management, Inc.* против *Мексики (№ 2) (Решение)*, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело №. ARB(AF)/00/3, 30 апреля 2004 года, [98]: "Минимальный стандарт справедливого и равноправного обращения нарушается поведением, приписываемым государству и наносящим ущерб истцу, если это поведение является произвольным, грубо несправедливым, несправедливым или идиосинкразическим, является дискриминационным и подвергает истца секционным или расовым предрассудкам, или связано с отсутствием надлежащей процедуры, ведущей к результату, который нарушает судебные приличия - как это может быть в случае явного нарушения естественной справедливости в судебном процессе или полного отсутствия прозрачности и честности в административном процессе".

[61]*Saluka Investments BV* против *Чешской Республики (Частичное арбитражное решение)*, ЮНСИТРАЛ, 17 марта 2006 г., [300]-[308]; см. также *Joseph Charles Lemire* против *Украины (Юрисдикция и ответственность)*, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/06/18, 14 января 2010 г., [284].

Вторым стандартом защиты, обычно содержащимся в ДИД, является обязательство принимающего государства предоставлять "полную защиту и безопасность" инвестициям инвесторов.[62]Это обязательство в первую очередь касается неспособности государства обеспечить физическую защиту собственности инвестора и защитить ее от фактического ущерба, причиненного либо государственными должностными лицами, либо действиями других лиц, если государство не проявило должной осмотрительности.[63]

Третье часто встречающееся обязательство принимающих государств - обязательство не экспроприировать инвестиции инвесторов без соблюдения определенных условий, которые обычно включают требования о том, что мера должна быть направлена на достижение общественных целей, быть недискриминационной и сопровождаться выплатой быстрой, адекватной и эффективной компенсации.[64]Защита от экспроприации в ДИДах обычно применяется как к прямой экспроприации (когда принимающее государство принимает меру, которая передает право собственности инвестора принимающему государству, как это произошло, например, в делах о национализации ливийской нефти),(65) так и к косвенной экспроприации (когда арбитражная практика остается неопределенной, но можно сказать, что мера не лишает инвестора права собственности на имущество, [65]и косвенной экспроприации (когда арбитражная практика остается неопределенной, но можно сказать, что мера не лишает инвестора права собственности на его имущество, но тем не менее существенно лишает его возможности осуществлять права на свои инвестиции).[66]Во всех случаях важно проводить различие между компенсируемой экспроприацией и некомпенсируемыми мерами регулирования, принятыми с общественной целью в рамках полицейских полномочий принимающего государства.[67]

Четвертая типичная материально-правовая защита - обязательство принимающих государств предоставлять национальный режим инвесторам и их инвестициям. Это

[62]См., например, ДИД Нидерландов и Болгарии, ст. 3(1).

[63]См. например, *Asian Agricultural Products Ltd*. против *Шри-Ланки*, (1997) 4 ICSID Rep. 246, [78]-. [86]; *Wena Hotels Ltd* против *Египта* (2004) 6 ICSID Rep. 89, [84]-[95]; и *Saluka Investments BV* против *Чешской Республики (Частичное решение)*, ЮНСИТРАЛ, 17 марта 2006 г., [483]-[484]; но см. также *Azurix* v. *Argentina (решение)*, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/01/12, 14 июля 2006 года, [408]; и *Siemens AG* против *Аргентины*, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/02/8, 6 февраля 2007 года, [303].

[64]См., например, ДИД Хорватии и Венгрии, ст. 5(1).

[65]*BP* против *Ливии*, (1977) 53 ILR 297; *Ливийско-американская нефтяная компания (LIAMCO)* против *Ливии*, (1977)
62 ILR 140; и *Тексако/Каласиатик* против *Ливии*, (1977) 53 ILR 389 (об этих делах см. Christo-pher Greenwood, 'State Contracts in International Law: The Libyan Oil Arbitrations", (1982) 53 *British Yearbook of International Law* 27).

[66]См., например, различные факторы, определенные трибуналом НАФТА в деле *Fireman's Fund Insurance Co* v. *Mexico (Award)*, Арбитражный трибунал ICSID, дело № ARB(AF)/02/1, 17 июля 2006 г., [176].

[67]Например, *"Метанекс Корпорейшн* против *Соединенных Штатов" (Окончательное решение)*, ЮНСИТРАЛ, август 2005 г., часть IV, гл. D, [7]; *"Страховая компания "Файерманс Фонд"* против *Мексики" (решение)*, Арбитражный трибунал, дело МЦУИС № ARB(AF)/02/1, 17 июля 2006 г., [176(j)].

обычно выражается таким образом, что дает инвесторам право на режим, который является "не менее благоприятным", чем режим, предоставляемый гражданам или компаниям принимающего государства.[68]Обязательство по национальному режиму применяется трибуналами по инвестиционным договорам путем сравнения режима, предоставляемого иностранным инвесторам, с режимом, предоставляемым местным инвесторам в том же секторе экономики.[69]Как отметил арбитражный суд в деле *Nykomb Synergetics Technology Holdings AB* против *Латвии*, "при оценке наличия дискриминации по смыслу Договора следует только "сравнивать подобное с подобным".[70]Далее арбитражный суд определяет, отличается ли отношение к иностранному инвестору от отношения к национальному инвестору, и, наконец, если отношение действительно отличается, рассматривает вопрос о том, существует ли какое-либо обоснование для дифференцированного отношения.[71]

Пятым стандартом защиты является обязательство предоставлять режим наибольшего благоприятствования, который обычно требует, чтобы инвесторы из данного государства получали режим не менее благоприятный, чем тот, которым пользуются инвесторы из других государств.[72]Эффект включения в ДИД положения о НБН заключается в том, что они действуют как "мощный храповик", с помощью которого обязательства принимающих государств могут стать больше, чем фактически согласовано в конкретном ДИД.[73]Это происходит потому, что инвестор может полагаться на положение о НБН в "своем" договоре, чтобы получить более благоприятный режим, чем тот, который принимающее государство могло согласиться предоставить инвесторам из другого государства в другом ДИД. Среди арбитражных судов, ученых и практиков существуют расхождения во мнениях относительно того, можно ли понимать клаузу о НБН в ДИД как применимую только к материально-правовым стандартам защиты, или же она также распространяется на любые дополнительные процессуальные права, такие как положение об арбитраже по спорам между инвесторами и государством.[74]Этот вопрос остается нерешенным, и арбитражные суды рассматривали

[68]См., например, ДИД Нидерландов и Парагвая, ст. 3(2).

(69) Например, *SD Myers* против *Канады (Частичное арбитражное решение)*, ЮНСИТРАЛ, 13 ноября 2000 года, [250].

[70]*Nykomb Synergetics Technology Holdings AB* против *Латвии (Решение)*, ЮНСИТРАЛ, декабрь 2003 г., [34].

[71]*Saluka Investments BV* против *Чешской Республики (Частичное арбитражное решение)*, ЮНСИТРАЛ, 17 марта 2006 г, [313].

[72]См., например, ДИД Швейцария-Чили, ст. 4(2).

[73]Campbell McLachlan, Laurence Shore, and Matthew Weiniger, *International Investment Arbitration* (Oxford University Press, 2007), 254.

[74]Ряд трибуналов постановили, что положение о НБН может быть использовано для получения преимуществ более благоприятного положения об арбитраже на уровне инвестора-государства (см., например, *Маффезини* против *Испании (юрисдикция)*, Арбитражный суд МЦУИС, дело № ARB/97/7, 25 января 2000 года, [64]; и *Gas Natural SDG SA* против *Аргентины (юрисдикция)*, Арбитражный суд МЦУИС, дело №. ARB/03/10, 17 июня 2005 года, [49]), в то время как другие трибуналы не согласились с таким подходом (*Salini Costruttori SpA и Italstrade SpA* против *Иордании (Юрисдикция)*, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/02/13, 9 ноября 2004 года, [119]; см. также *Plama Consortium Ltd* против *Болгарии*

как вопрос толкования договора в каждом отдельном споре; как выразился трибунал по делу *"Рента 4 CBCA* против *Российской Федерации"*, "необходимо рассматривать ДИД за ДИДом".[75]

Шестой стандарт защиты, часто встречающийся в ДИДах, - это обязательство "соблюдать обязательства", или так называемая "зонтичная оговорка".[76]Этот стандарт обычно формулируется в довольно широких терминах, требуя от принимающего инвестиции государства "соблюдать любые обязательства, которые оно могло принять в отношении инвестиций граждан или компаний другой Договаривающейся Стороны".[77]Хотя прецедентное право остается неурегулированным, эффект "зонтичной" оговорки, по-видимому, заключается в том, что она возводит в межнациональную плоскость любые договорные обязательства, которые принимающее государство может иметь перед инвестором.[78]

Вышеизложенный раздел не является исчерпывающим обзором материально-правовых гарантий, содержащихся в ДИДах, и не претендует на всеобъемлющий анализ того, как эти гарантии могут применяться в каждом конкретном случае. Однако можно сказать, что эти положения являются относительно распространенными (один из авторов считает, что общность содержания ДИД способствовала "многосторонности" международного инвестиционного права)[79], и также очевидно, что их толкование и применение было разработано в практике трибуналов по инвестиционным договорам. Эта область не является статичной; каждую неделю публикуются еще одно или два решения по инвестиционным договорам, которые немедленно анализируются учеными и практиками на предмет их вклада в развивающуюся судебную практику по толкованию инвестиционных договоров.[80]

(Юрисдикция), Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/03/24, 8 февраля 2005 года, [223]). Недавний обзор арбитражной судебной практики см. в статье Zachary Douglas, "The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation off the Rails", (2011) 2 *Journal of International Dispute Settlement* 97; Schill, выше n. 24, 121-96.

[75]*Renta 4 SVSA* против *Российской Федерации (Предварительные возражения)*, ЮНСИТРАЛ, 20 марта 2009 г,

[94].

[76]О "зонтичной оговорке" см. особенно Anthony Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", (2004) 20 *Arbitration Interna-tional* 411.

[77]См., например, Типовой ДИД Великобритании, ст. 2(2).

(78) Например, *Noble Ventures, Inc.* против *Румынии (Решение)*, Арбитражный трибунал ICSID, дело № ARB/01/11, 12 октября 2005 г., [51]-[61]; *SGS Soci´et´e G´en´eral de Surveillance SA* v. *Philip-pines (Jurisdiction)*, ICSID Arbitral Tribunal, Case No. ARB/02/6, 29 January 2004, [113]-[129]; см. также *BIVAC* v. *Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/9, 29 May 2009, [159]-[161].

[79]Schill, выше n. 24, 70-1.

[80]Со многими решениями по инвестиционным договорам (а также с другими материалами по международному инвестиционному праву) можно ознакомиться на веб-сайте профессора Эндрю Ньюкомба, доступном по адресу http://italaw.com.

Виды споров

Споры между инвесторами и государством

Поскольку обязательства по ДИД обычно возлагаются государствами-участниками на инвесторов, имеющих гражданство другого государства, споры, возникающие в рамках ДИД, обычно являются спорами между инвесторами и государством, когда пострадавший инвестор считает, что принимающее государство его инвестиций приняло меры или предприняло какие-то действия, которые представляют собой нарушение его обязательств по ДИД. Положения ДИД об урегулировании споров между инвесторами и государством обычно требуют наличия "спора", касающегося инвестиций, хотя существует определенный разброс в используемых формулировках. Например, в статье 9(1) ДИД Германии и Китая, которая является положением об урегулировании споров между инвесторами, упоминается "любой спор об инвестициях между Договаривающейся стороной и инвестором другой Договаривающейся стороны".[81]Это можно сравнить с (возможно, более узкой) формулировкой статьи 7(1) ДИД Соединенного Королевства и Чили, которая охватывает "споры, возникающие в рамках условий настоящего Соглашения".[82]В качестве другого примера можно привести ДИД США-Грузия, который содержит предписывающее определение термина "инвестиционный спор" (в отношении которого государства-участники соглашаются с процедурами урегулирования споров ДИД) как "спора между Стороной и гражданином или компанией другой Стороны, возникающего или связанного с разрешением на инвестиции, инвестиционным соглашением или предполагаемым нарушением любого права, предоставленного, созданного или признанного настоящим Договором в отношении охватываемой инвестиции".[83]

Для того чтобы иск инвестора к государству мог быть предъявлен на основании ДИД, действие или бездействие, которое предположительно оказало неблагоприятное воздействие на инвестиции, должно быть приписано правительству принимающего государства в соответствии с международным правом ответственности государств.[84]В соответствии с ДИД были предъявлены иски, вытекающие из широкого круга фактов и обстоятельств, включая принятие государством чрезвычайных мер, которые привели к отмене согласованных в договоре гарантий в отношении уплаты тарифов;[85]неспособность судебной системы государства обеспечить надлежащую процедуру иностранному инвестору, отказ в правосудии со стороны судебной системы государства или неспособность государства предоставить "эффективные средства" для отстаивания своих интересов.

[81]Германо-китайский ДИД (2003 г.), ст. 9(1). [82]United Kingdom-Chile BIT, Art. 7(1).
[83]ДИД Соединенных Штатов с Грузией, ст. IX(1).
[84]О чем см. в частности James Crawford, *The International Law's Commission's Articles on State Responsibility: Введение, текст и комментарии* (Cambridge University Press, 2002), 91-123.
[85]См. например, "*CMS Gas Transmission Company* v. *Argentina" (Решение)*, Арбитражный суд ICSID, дело № ARB/01/8, 12 мая 2005 года.

В этих исках инвесторы утверждали, что принимающее государство нарушило целый ряд материально-правовых стандартов защиты по ДИД, содержание которых было описано выше. Конечно, не все иски оказываются успешными; ЮНКТАД сообщила, что из известных завершенных дел примерно 40 % были решены в пользу государства, 30 % - в пользу истца, а 30 % - урегулированы.[90]

Межгосударственные споры

Поскольку ДИД являются соглашениями между государствами, они, как правило, также предусматривают процедуру урегулирования межгосударственных споров. Например, в статье 7 ДИД Швеции и Боливии предусмотрено, что "любой спор между договаривающимися сторонами, касающийся толкования или применения настоящего Соглашения", разрешается путем переговоров между правительствами двух договаривающихся сторон, а если спор не может быть разрешен таким образом, он передается на рассмотрение международного арбитража.[91]Однако межгосударственные споры по ДИДам встречаются редко. Вероятно, это объясняется тем, что одной из целей заключения ДИД было наделение индивидуальных инвесторов правом самостоятельно предъявлять претензии, а не полагаться в этом вопросе на государство своей гражданской принадлежности; благодаря наделению индивидуальных инвесторов правом предъявлять претензии такие споры деполитизируются, и вероятность того, что споры повлияют на двусторонние отношения между двумя государствами, снижается.

Тем не менее, известно как минимум три случая, когда межгосударственные иски были предварительно оговорены в ДИДах. Во-первых, в деле *Empresas Lucchetti SA и Lucchetti Peru SA* v.

[86]Например, *Loewen Group, Inc. и Raymond Loewen* против *Соединенных Штатов (решение)*, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB(AF)/98/3, 26 июня 2003 года; *Chevron Corporation и Texaco Petroleum Company* против *Эквадора (частичное решение по существу)*, ЮНСИТРАЛ, 30 марта 2010 года; *White Industries Australia Ltd* против *Республики Индия (окончательное решение)*, ЮНСИТРАЛ, 30 ноября 2011 года.

[87]Например, *Oxus Gold plc* против *Кыргызской Республики*; см. Luke Eric Peterson, 'Kyrgyz Republic Settles BIT Claim with UK Miner, Oxus', *IA Reporter*, 16 May 2008, доступно на www.iareporter.com/articles/20091001 96.

[88]*Middle East Cement Shipping and Handling Co.* v. *Egypt (Решение)*, дело ICSID № ARB/99/6, 12 апреля 2002 г.

[89]*Корпорация "Метанекс"* против *Соединенных Штатов (Окончательное решение)*, ЮНСИТРАЛ, август 2005 г.

[90]ЮНКТАД, "Последние события в области урегулирования споров между инвесторами и государствами", *IIA Issues Note No. 1*, March 2011, 2, доступно по адресу: http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20113 en.pdf.

[91]ДИД Швеции и Боливии, ст. 7.

Перу, иск инвестора к государству, ответчик просил приостановить производство "ввиду того, что "просьба истцов об арбитраже [была] . . предметом параллельного межгосударственного спора между Республикой Перу и Республикой Чили",[92]но трибунал не приостановил производство, и, как представляется, межгосударственный иск был прекращен.[93]Во-вторых, межгосударственный спор между Италией и Кубой, в котором Италия жаловалась на плохое обращение с некоторыми итальянскими инвесторами на Кубе, был предметом специального арбитражного решения от 1 января 2008 года.[94]В-третьих, Эквадор начал межгосударственное разбирательство по урегулированию споров против Соединенных Штатов, и эта претензия в основном касалась толкования и применения статьи II(7) ДИД Эквадора и Соединенных Штатов, согласно которой государства-участники соглашаются предоставить "эффективные средства для предъявления претензий и обеспечения соблюдения прав в отношении инвестиций, инвестиционных соглашений и инвестиционных разрешений" после толкования этого положения судом в споре между инвесторами и государством.[95]По сообщениям, эта межгосударственная претензия была отклонена по юрисдикционным основаниям.[96]

Помимо этих трех межгосударственных исков по ДИДам, государства-участники Североамериканского соглашения о свободной торговле (НАФТА) выпустили "Заметки о толковании некоторых положений главы 11", в которых они дали указания по вопросам прозрачности и разъяснения содержания статьи 1105, хотя выпуск этих заметок не был результатом "спора" между государствами-участниками НАФТА.[97]

Споры о процедурах урегулирования межгосударственных споров, которые обычно включаются в ДИДы и другие международные соглашения об инвестициях, практически не ведутся. Напротив, много дискуссий вызвали различные методы урегулирования споров между инвесторами и государством, и в оставшейся части данной главы основное внимание уделяется процедурам урегулирования споров между инвесторами и государством.

[92]*Empresas Lucchetti SA и Lucchetti Peru SA* против *Перу (Решение)*, дело ICSID № ARB/03/4, 7 февраля 2005 г., [7].

[93]Там же, [9]. [94]*Италия* против *Кубы (Окончательное решение)*, ЮНСИТРАЛ, 1 января 2008 года, [48].

[95]*Корпорация "Шеврон" и "Тексако Петролеум Компани*" против *Эквадора (промежуточное решение)*, ЮНСИТРАЛ, 1 декабря 2008 года.

[96]Luke Eric Peterson, "United States Defeats Ecuador's State-to-State Arbitration: Поможет ли результат предотвратить подражание аргентинскому делу?", *IA Reporter*, 2 сентября 2012 г., см. www.iareporter.com/articles/20120903 3.

[97]Комиссия по свободной торговле НАФТА, Заметки о толковании некоторых положений главы 11, 31 июля 2001 года.

Методы урегулирования споров между инвесторами и государством

В целом

Арбитраж между инвесторами и государством как типичный метод урегулирования споров

Уже отмечалось, что ДИДы, помимо материально-правовых стандартов защиты, обычно предоставляют инвесторам и процессуальную защиту - возможность предъявить иск (обычно в международном арбитраже) непосредственно к принимающему инвестиции государству, если инвестор считает, что принимающее государство нарушило свои обязательства по договору. Можно утверждать, что наличие обязательных процедур урегулирования споров между инвесторами и государством не менее важно, чем фактические материально-правовые стандарты защиты, обычно предоставляемые ДИД, поскольку они обеспечивают инвестору возможность отстаивать свои права по договору и добиваться соблюдения принимающим государством своих обязательств.[98]Как заявила ЮНКТАД, с точки зрения инвесторов,

> наличие в их распоряжении средств обеспечения соблюдения принимающей страной обязательств по ДИДам повышает уровень определенности в отношении условий ведения бизнеса, в которых инвесторы работают в принимающей стране. Кроме того, этот механизм гарантирует, что спор будет решаться на правовых основаниях, тем самым отделяя правовые соображения от политических.[99]

Несмотря на то, что наличию процедур урегулирования споров между инвесторами и государством придавалось большое значение, первый ДИД - ДИД между Германией и Пакистаном (1959 г.) - не содержал положения об урегулировании споров между инвесторами и государством, предусматривая лишь, что любые споры, касающиеся толкования или применения ДИД, могут быть переданы в Международный Суд с согласия обеих сторон, но если такого соглашения нет, то такие споры будут решаться арбитражным судом.[100]Первым ДИД, включившим такое положение, был ДИД Индонезии и Нидерландов 1968 года, хотя, как и проект конвенции Абс-Шоукросса 1959 года и проект конвенции ОЭСР 1967 года, он предусматривал арбитраж между инвесторами и государством только на том основании, что договаривающееся государство, на территории которого гражданин другого договаривающегося государства осуществляет или намеревается осуществить инвестиции, "должно согласиться с любым требованием такого гражданина ... передать для примирения или арбитража в

[98]См., например, Salacuse, выше n. 24, 354.

[99]ЮНКТАД, *Двусторонние инвестиционные договоры 1995-2006 гг: Тенденции в разработке инвестиционных правил* (Нью-Йорк: Организация Объединенных Наций, 2007), 100.

[100]ДИД Германии и Пакистана, ст. 11(2)(b).

[ICSID]".[101]Таким образом, это была квалифицированная или несовершенная форма согласия на арбитраж по спорам между инвесторами и государством. Первым ДИДом, включающим безоговорочное согласие на арбитраж по спорам между инвесторами и государствами, представляется ДИД Италии и Чада 1969 года;[102]он ввел возможность деполитизированного урегулирования споров между инвесторами и принимающими государствами, без необходимости участия государства гражданства инвестора.

Наиболее важным элементом положения об арбитраже между инвесторами и государством является согласие принимающего государства на международный арбитраж. В нем должны быть определены виды споров, на которые распространяется согласие принимающего государства, а также, что представляет больший интерес для настоящих целей, средства, с помощью которых споры должны быть разрешены, что неизменно является международным арбитражем, хотя большинство ДИД предусматривают, что в первую очередь должны быть предприняты усилия для урегулирования споров путем переговоров.[103]В некоторых ДИД сфера действия согласия принимающего государства на арбитраж по спорам между инвесторами и государством довольно широка; она может быть сформулирована как распространяющаяся на "любой спор, касающийся инвестиций", как, например, в ДИД Германии и Китая,[104]что, вероятно, более расширительно, чем, например, "любой спор ... относительно толкования или применения настоящего Соглашения", что является соответствующим положением об урегулировании межгосударственных споров в том же договоре.[105]В других ДИД согласие принимающего государства более четко определено.[106]

Существуют различные институты и наборы процессуальных норм, которые могут применяться в международном арбитраже, например процедуры, установленные Конвенцией МЦУИС, Арбитражный регламент Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) и Регламент Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма (ТПС). Некоторые ДИДы предлагают выбор между этими различными сводами правил, в то время как другие предусматривают возможность применения только одного свода арбитражных правил при рассмотрении исков между инвесторами и государством. Например, статья 8 ДИД Соединенного Королевства и Сингапура предусматривает исключительно арбитраж МЦУИС.[107]В отличие от этого, статья 26(4) Договора к Энергетической хартии предусматривает ряд вариантов, а именно международный арбитраж в соответствии с Конвенцией МЦУИС,

[101]ДИД Нидерланды-Индонезия (1968), ст. 11, цитируется в Newcombe and Paradell, выше n. 22, 44-5. Впоследствии он был заменен ДИД между Нидерландами и Индонезией, подписанным 6 апреля 1994 г. и вступившим в силу 1 июля 1995 г., в котором оба государства дают свое безоговорочное согласие на арбитраж между инвесторами и государством.

[102]ДИД между Италией и Чадом (1969), ст. VII; цитируется в Newcombe and Paradell, выше, n. 22, p. 45.

[103]Vandevelde, выше n. 12, 433; например, ДИД Германия-Китай, ст. 9(1)-(2).

[104]Германо-китайский ДИД, ст. 9(1). [105]Там же, ст. 8(1).

[106]См., например, ДИД США-Грузия, ст. IX(1).

[107]ДИД Соединенного Королевства и Сингапура, ст. 8.

международный арбитраж в соответствии с Регламентом МЦУИС "Дополнительный механизм", который распространяет юрисдикцию МЦУИС на споры, в которых только одно из соответствующих государств является государством-участником Конвенции МЦУИС, арбитраж ЮНСИТРАЛ и арбитраж в соответствии с Арбитражным регламентом Торговой палаты Стокгольма.[108]

Выражения недовольства по поводу арбитража по спорам между инвесторами и государствами

В последние годы ряд государств, членов гражданского общества и других заинтересованных сторон выразили обеспокоенность режимом инвестиционных договоров, включая сомнения в "легитимности" арбитража по инвестиционным договорам и существовании положений договоров, которые наделяют частных субъектов правом оспаривать меры, принятые суверенными государствами.[109]Предполагаемые проблемы арбитража по инвестиционным договорам включают в себя "регулятивный холод", создаваемый арбитражем по инвестиционным договорам, когда государства воздерживаются от принятия регулятивных мер из-за опасения получить иски по ДИДам;[110]непоследовательные решения, вынесенные арбитражными судами;[111]предполагаемый конфликт интересов, когда арбитры могут также выступать в качестве адвокатов по другим рассматриваемым искам;[112]отсутствие прозрачности в межнациональном арбитраже;[113]и трудности, связанные с многочисленными и параллельными исками.

[108]Договор к Энергетической Хартии (подписан 17 декабря 1994 года, вступил в силу 16 апреля 1998 года),
2080 UNTS 95, ст. 26(4).

[109]См. например, Susan Franck, 'The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Pri-vatising Public International Law through Inconsistent Decisions", (2005) 73 *Fordham Law Review* 1521; M. Sornarajah, "A Coming Crisis: Расширительные тенденции в арбитраже по инвестиционным договорам", в Karl Sauvant (ed.), *Appeals Mechanisms in International Invest-ment Disputes* (Oxford University Press, 2008) 39; и Michael Waibel et al. (eds.), *The Backlash against Investment Arbitration* (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law, 2010). Противоположную точку зрения см. в Devashish Krishan, "Thinking about BITs and BIT Arbitration: The Legitimacy Crisis that Never Was", в Todd Weiler and Freya Baetens (eds.), *New Direc-tions in International Economic Law: In Memoriam Thomas Wa¨lde* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 2011) 107.

[110]Kyla Tienhaara, "Regulatory Chill and the Threat of Arbitration: Взгляд из области политологии", в Chester Brown and Kate Miles (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (Cambridge University Press, 2011) 606.

[111]Ср. например, *CMS Gas Transmission Company* против *Аргентины (Решение)*, Арбитражный трибунал ICSID, дело № ARB/01/8, 12 мая 2005 г., [353]-[94], [468]; и *LG&E* и др. против *Аргентины (Ответственность)*, Арбитражный трибунал ICSID, дело № ARB/02/1, 3 октября 2006 г., [226]-[266]. По этому вопросу см. Michael Waibel, 'Two Worlds of Necessity in ICSID Arbitration: *CMS* и *LG&E*", (2007) 20 *Leiden Journal of International Law* 637.

(112) Например, Филипп Сэндс, "Конфликты и противоречия в арбитраже по инвестиционным договорам: Этические стандарты для адвоката", в Chester Brown and Kate Miles (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (Cambridge University Press, 2011) 19.

(113) Например, Micah Burch, Luke Nottage, and Brett Williams, 'Appropriate Dispute Resolution for Australia-Japan and Asia-Pacific Commerce in the 21st Century', (2012) 35 *University*

разбирательства, возникающие в результате создания арбитражных трибуналов в качестве специальных органов для рассмотрения индивидуальных споров.[114]

В свете этих и других проблем некоторые государства объявили о своем намерении отказаться от обязательств по инвестиционным договорам. 2 мая 2007 года Боливия направила уведомление о денонсации Конвенции МЦУИС, которое вступило в силу через шесть месяцев.[115]В январе 2008 года Эквадор заявил о намерении прекратить действие нескольких своих ДИДов,[116]а 6 июля 2009 года он также объявил о денонсации Конвенции МЦУИС.[117]Венесуэла уже расторгла свой ДИД с Нидерландами,[118]а 24 января 2012 года она также объявила о денонсации Конвенции МЦУИС.[119]Но среди государств, отказывающихся от обязательств по инвестиционным договорам, были не только латиноамериканские страны, которые, возможно, с некоторой нервозностью наблюдали за опытом Аргентины. В 2007 году Норвегия опубликовала пересмотренный проект типового ДИД, в котором она стремилась сбалансировать материальную защиту инвесторов с признанием общественных благ.[120]В 2009 году Чешская Республика, ответчик по меньшей мере по одному из следующих договоров

of New South Wales Law Journal 1013; Natalie Bernasconi-Osterwalder, 'Transparency and Amicus Curiae in ICSID Arbitrations', in Marie-Claire Cordonnier-Segger, Markus Gehring, and Andrew Newcombe (eds.), *Sustainable Development in World Investment Law* (Alphen aan den Rijn: Kluwer International, 2011) 189; and Luke Nottage and Kate Miles, "Back to the Future' for Investor-State Arbitrations: Пересмотр правил в Австралии и Японии для удовлетворения общественных интересов", (2009) 26 *Journal of International Arbitration* 25.

(114) Например, *CME Czech Republic BV* против *Чешской Республики (Частичное решение)*, ЮНСИТРАЛ, 13 сентября 2001 г.; *CME Czech Republic BV* против *Чешской Республики (Окончательное решение)*, ЮНСИТРАЛ, 14 марта 2003 г.; *Ronald Lauder* против *Чешской Республики (Окончательное решение)*, ЮНСИТРАЛ, 3 сентября 2001 г.; см. McLachlan, Shore, and Weiniger, выше n. 73, 117-26.

[115]ICSID, 'Bolivia Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention', News Release, 16 May 2007, available at https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Announcement3.

[116]В частности, ДИД с Кубой, Доминиканской Республикой, Сальвадором, Гватемалой, Гондурасом, Никарагуа, Парагваем, Румынией и Уругваем: UNCTAD, *World Investment Report 2010: Инвестиции в низкоуглеродную экономику* (Женева: Организация Объединенных Наций, 2010), 85.

[117]ICSID, 'Ecuador Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention', News Release, 9 July 2009, available at https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Announcement20.

[118]ЮНКТАД, выше, n. 116, 86.

[119]ICSID, 'Venezuela Submits a Notice under Article 71 of the ICSID Convention', News Release, 26 January 2012, available at https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=Announcements&pageName=Announcement100.

[120]Типовой ДИД Норвегии (2007), доступен по адресу http://italaw.com. В 2009 году проект типового ДИД был отозван: Международный институт устойчивого развития, "Норвежский

[121]А в апреле 2011 года правительство Австралии опубликовало "Заявление о торговой политике", в котором оно заявило, что:

> В прошлом правительства Австралии добивались включения процедур разрешения споров между инвесторами и государством в торговые соглашения с развивающимися странами по просьбе австралийского бизнеса. Правительство Гиллард прекратит эту практику. Если австралийские предприятия обеспокоены суверенным риском в странах - торговых партнерах Австралии, им придется самостоятельно решать, хотят ли они инвестировать в эти страны.[122]

Еще в 2004 году Австралия и США подписали соглашение о свободной торговле, которое включало главу о защите инвестиций, но не содержало положения об урегулировании споров между инвесторами и государством.[123]Впоследствии Австралия заключила другие соглашения о свободной торговле с такими положениями,[124]но в феврале 2011 года Австралия и Новая Зеландия подписали Протокол об инвестициях к Торговому соглашению о тесных экономических отношениях между Австралией и Новой Зеландией, который не содержал положения об урегулировании споров между инвесторами и государством. Аналогичным образом, Соглашение о свободной торговле между Малайзией и Австралией, которое было подписано 22 мая 2012 года, включает главу с

Правительство положило на полку свой проект типового двустороннего инвестиционного договора", *Investment Treaty News*, 8 июня 2009 года, www.iisd.org/itn/2009/06/08/norway-shelves-its-proposed-model-bilateral-investment-treaty/.

[121]UNCTAD, выше, n. 116, 86 (хотя решение Чешской Республики, возможно, было продиктовано в основном вопросами, возникающими в законодательстве ЕС). О количестве исков по инвестиционным договорам, с которыми сталкиваются различные государства, см. UNCTAD, 'Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement', IIA Issues Note No. 1, April 2012, 17-18, доступно по адресу: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaeia2012d10 en.pdf.

[122]Правительство Австралии, "Заявление о торговой политике: Trading our Way to More Jobs and Prosperity", April 2011, 14, доступно на www.dfat.gov.au. Подробные комментарии и критику см. в частности в Ju¨rgen Kurtz, 'Australia's Rejection of Investor-State Arbitration: Causation, Omission, and Implication", (2012) 27 *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal* 65; Luke Nottage, "Throwing the Baby out with the Bathwater: Новая политика Австралии в отношении договорного арбитража между инвесторами и государством и ее влияние на Азию", (2013) 37 *Asian Studies Review* 253.

[123]Соглашение о свободной торговле между Австралией и Соединенными Штатами (подписано 18 мая 2004 года, вступило в силу 1 января 2005 года), доступно на сайте .www.dfat.gov.au/fta/

[124]Например, Соглашение о свободной торговле между Таиландом и Австралией (подписано 5 июля 2004 года, вступило в силу 1 января 2005 года), см. www.dfat.gov.au/fta/; Соглашение о свободной торговле между Австралией и Чили (подписано 30 июля 2008 года, вступило в силу 6 марта 2009 года), см. www.dfat.gov.au/fta/; и Соглашение о свободной торговле между АСЕАН, Австралией и Новой Зеландией (подписано 27 февраля 2009 года, вступило в силу 1 января 2010 года), см.www.dfat.gov.au/fta/ . О практике Австралии по заключению ДИД и ССТ см. в статье Mark Mangan, 'Australia's Investment Treaty Program and Investor-State Arbitration', in Luke Nottage and Richard Garnett (eds.), *International Arbitration in Australia* (Sydney: Federation Press, 2010) 191.

В нем содержатся положения о защите инвестиций, но отсутствует положение об урегулировании споров между инвесторами и государством.[125]

В свете озабоченности, выраженной некоторыми государствами и заинтересованными сторонами по поводу целесообразности применения положений об урегулировании споров между инвесторами и государством, целесообразно рассмотреть другие способы разрешения инвестиционных споров. В этой связи полезно вспомнить статью 33(2) Устава Организации Объединенных Наций, которая, конечно, в первую очередь относится к спорам, угрожающим поддержанию международного мира и безопасности. Она гласит: "Стороны в любом споре ... прежде всего стремятся к его разрешению путем переговоров, обследования, посредничества, примирения, арбитража, судебного разбирательства, обращения к региональным учреждениям или соглашениям или другими мирными средствами по своему выбору".[126]Не все эти методы разрешения споров применимы к международным инвестиционным спорам; например, инвестор вряд ли будет добиваться создания комиссии по установлению фактов для содействия урегулированию спора, касающегося его инвестиций. Тем не менее, он дает представление о других методах, которые могут быть использованы для урегулирования инвестиционных споров.[127]

Альтернативы арбитражному разбирательству между инвесторами и государством

Переговоры

Альтернативным методом урегулирования споров между инвесторами и государством является попытка инвестора решить вопрос путем прямых переговоров с принимающим государством. Переговоры, также называемые "консультациями" или попытками "полюбовного урегулирования", неизменно являются наилучшим методом разрешения споров; именно с их помощью "разрешается подавляющее большинство международных споров".[128]Многие инвестиционные договоры, содержащие положение об урегулировании споров между инвесторами и государством, предусматривают обязательное стремление спорящих сторон разрешить спор путем переговоров до начала международного арбитража.

[125]Соглашение о свободной торговле между Малайзией и Австралией (подписано 22 мая 2012 года, вступило в силу 1 января 2013 года), доступно на сайте .

1 января 2013 г.), доступно на сайте www.dfat.gov.au, ст. 12(4), 12(5), 12(7) и 12(8).

[126]Устав ООН, ст. 33(2).

[127]См. также UNCTAD, 'Exploring Alternatives to Investment Treaty Arbitration and Other Dispute Prevention Policies', первый проект для обсуждения, 2009, доступен по адресу www.unescap.org/tid/projects/tisiln-unctad.pdf; и Jeswald Salacuse, 'Is There a Better Way? Альтернативные методы разрешения споров между инвесторами и государствами, основанные на договорах", (2008) 31 *Fordham International Law Journal* 138, 162.

[128]John Collier and Vaughan Lowe, *The Settlement of Disputes in International Law: Insti-tutions and Procedures* (Oxford University Press, 1999), 20.

[129]В качестве примера можно привести германо-китайский ДИД, который в статье 9 предусматривает:

> (1) Любой спор об инвестициях между Договаривающейся Стороной и инвестором другой Договаривающейся Стороны должен, насколько это возможно, разрешаться полюбовно между спорящими сторонами.
> (2) Если спор не может быть урегулирован в течение шести месяцев с даты, когда он был поднят одной из спорящих сторон, то по просьбе инвестора другой Договаривающейся Стороны он передается на арбитраж.[130]

Конечно, инвестиционные споры могут быть разрешены в ходе прямых переговоров, и, поскольку в некоторых ДИДах содержится требование о проведении переговоров, было отмечено, что "практически все споры проходят через период переговоров, прежде чем либо достигают урегулирования, либо переходят в формальный арбитраж инвестора-государства".[131]Поскольку такие переговоры обычно носят конфиденциальный характер, статистических данных об урегулировании споров между инвесторами и государством путем переговоров не существует,[132]хотя, по всей видимости, 30 процентов известных споров по инвестиционным договорам были урегулированы путем переговоров, а не посредством решений, вынесенных арбитражными судами.[133]

Вероятность успеха переговоров по урегулированию спора между инвестором и государством будет зависеть от многих факторов, которые будут зависеть от конкретных фактов и обстоятельств дела. К ним относятся, например, заинтересованность инвестора в продолжении инвестиций в принимающем государстве; наличие у инвестора других инвестиций в этом государстве; желание обеих спорящих сторон избежать длительных и дорогостоящих судебных разбирательств (что может повысить вероятность урегулирования спора);

[129]Vandevelde, выше n. 12, 433. Большинство ДИД с положением об урегулировании межгосударственных споров также предусматривают, что государства-участники должны стремиться к разрешению таких споров путем переговоров (или "по дипломатическим каналам") до начала применения любых дальнейших методов урегулирования споров; см. например, ДИД Великобритания-Азербайджан, ст. 9(1). Помимо включения межгосударственной процедуры урегулирования споров, некоторые ДИД предусматривают в отдельном положении, что государства-участники должны "незамедлительно консультироваться" друг с другом "для разрешения любых споров в связи с Договором или для обсуждения любого вопроса, связанного с толкованием или применением Договора", например, ДИД Соединенных Штатов и Гренады, ст. V. Некоторые ДИД даже ставят межгосударственные переговоры или консультации на институциональную основу и предусматривают создание межгосударственной комиссии для рассмотрения хода выполнения ДИД: например, ДИД Канада-Перу, ст. 50.

[130]Германо-китайский ДИД, ст. 9(1), 9(2). [131]Salacuse, выше n. 24, 357.

[132]Там же, 357.

[133]UNCTAD, выше n. 90, 2. См. также Salacuse, выше n. 24, 364, цитируя Jack Coe, 'Toward a Complementary Use of Conciliation in Investor-State Disputes - A Preliminary Sketch', (2005) 12 *University of California Davis Journal of International Law and Policy* 8.

Решимость принимающего государства продолжать реализацию принятой им меры; и произошел ли полный разрыв отношений между инвестором и принимающим государством (что снижает вероятность достижения мирового соглашения); а также сравнительная сила правовых аргументов сторон и способность сторон позволить себе расходы на международное арбитражное разбирательство.

Медиация

Посредничество - еще один возможный метод урегулирования споров между инвесторами и государством, и, учитывая его распространенность в качестве средства урегулирования международных коммерческих споров, казалось бы, есть все основания рассматривать возможность его использования и в спорах между инвесторами и государством.[134]Однако представляется, что его использование в контексте споров, связанных с инвестиционными договорами, является довольно редким. В октябре 2007 года Международная ассоциация юристов (IBA) сформировала подкомитет по посредничеству в спорах между инвесторами и государством, которому было поручено

> Изучить текущее использование посредничества в отношении споров между инвесторами и государствами, определить, принесет ли его более широкое применение пользу системе споров между инвесторами и государствами в целом (или отдельным типам участников, которые используют его, в частности), выявить и оценить препятствия для более широкого использования посредничества между инвесторами и предложить конкретные меры, которые могут быть приняты для расширения использования посредничества в спорах между инвесторами и государствами, если наши первоначальные выводы сделают такие предложения целесообразными.[135]

В марте 2012 года подкомитет IBA подготовил проект Правил посредничества в спорах между инвесторами и государствами. Хотя вопрос о применении посредничества в спорах между инвесторами и государствами, по-видимому, находится на ранней стадии рассмотрения, очевидно, что его использование должно быть согласовано с обеими сторонами спора, поскольку посредничество обычно не включается в ДИДы. Стороны в спорах между инвесторами и государством могут считать, что посредничество способствует скорейшему разрешению спора, причем, как правило, с гораздо меньшими затратами для сторон. Однако тот факт, что стороны в спорах между инвесторами и государствами до сих пор не приняли этот метод, позволяет предположить, что к нему могут быть применены те же факторы, которые определяют, будут ли переговоры способствовать достижению урегулирования.

[134]См. например, Margrete Stevens and Ben Love, "Investor-State Mediation: Observations on the Role of Institutions", in Arthur Rovine (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers 2009* (Leiden: Brill, 2010), а также другие материалы *Fordham Papers 2009*; и Jack Coe, "Settlement of Investor-State Disputes through Mediation - Preliminary Remarks on Process, Problems and Prospects", in Doak Bishop (ed.), *Enforcement of Arbitral Awards against Sovereigns* (New York: Juris Publishing, 2009) 73.

[135]Цитируется в Stevens and Love, above n. 134.

В этом смысле после завершения переговоров (без урегулирования) стороны могут предпочесть перейти непосредственно к международному арбитражу, который приведет к окончательному и обязательному урегулированию спора. Однако пока рано говорить о том, изменит ли поведение спорящих сторон принятие в октябре 2012 года Регламента МБА по посредничеству между инвесторами и государствами.

Примирение

Другой возможностью является разрешение инвестиционных споров путем согласительной процедуры. Согласительная процедура - это процесс с участием третьей стороны, который не приводит к принятию обязательного решения, а скорее направлен на выработку рекомендаций, которые могут быть приняты спорящими сторонами в качестве условий согласованного урегулирования. Некоторые ДИД предусматривают урегулирование споров между инвесторами и государством путем согласительной процедуры (в том числе при согласии сторон спора).[136]Так, ст. 9 ДИД между Великобританией и Индией предусматривает следующее:

> (2) Любой спор, который не был урегулирован мирным путем в течение шести месяцев с момента письменного уведомления о претензии, может быть передан на международную согласительную процедуру в соответствии с Согласительным регламентом Комиссии ООН по праву международной торговли, если стороны в споре согласны на это.
>
> (3) Если спор не передается на международную примирительную процедуру или если он передается, но примирительная процедура прекращается иначе, чем подписанием мирового соглашения, спор может быть передан на арбитраж... [137]

Конвенция МЦУИС содержит положения, способствующие урегулированию споров между инвесторами и государством, и эти положения иллюстрируют характер согласительного процесса.[138]Например, Статья 34(1) Конвенции МЦУИС предусматривает, что согласительная комиссия, создаваемая для рассмотрения конкретного спора, "обязана" "выяснить спорные вопросы между сторонами" и "стремиться к достижению соглашения между ними на взаимоприемлемых условиях".[139]На любой стадии разбирательства комиссия может "рекомендовать сторонам условия урегулирования", которые они должны "самым серьезным образом рассмотреть".[140]Согласно статье 35 Конвенции МЦУИС, сторонами примирительной процедуры являются

[136]Там же. [137]ДИД Соединенного Королевства-Индии, ст. 9(2), 9(3).

[138]См. например, Malcolm Holmes and Chester Brown, *The International Arbitration Act 1974: A Commentary* (Sydney: LexisNexis, 2011), 282-7.

[139]Конвенция МЦУИС, ст. 34(1).

[140]О функционировании Комиссии см. Schreuer et al., выше, n. 35, 443-52; и особенно см. мнение лорда Уилберфорса, единственного примирителя в деле *Tesoro* v. *Trinidad and*

как правило, не вправе ссылаться или полагаться на какие-либо заявления, сделанные в ходе примирения, в арбитражном суде или суде.[141]Цель этого положения - обеспечить, чтобы стороны примирительного производства могли откровенно и гибко обсуждать свой спор, не опасаясь, что любая позиция, занятая ими в ходе примирения, или предложение об урегулировании могут быть впоследствии использованы против них в последующем производстве, если примирение не приведет к согласованному урегулированию спора.[142]

Несмотря на доступность согласительной процедуры как средства урегулирования споров между инвесторами и государством, она, по-видимому, не пользуется популярностью: в рамках Конвенции МЦУИС было проведено относительно мало согласительных процедур, и было зарегистрировано всего шесть запросов на согласительную процедуру.[143]Ее недостаточное использование может отражать реальность, согласно которой, когда стороны приступают к официальному урегулированию спора, считается более желательным, чтобы результатом этого процесса стало окончательное и обязательное для исполнения решение, а не рекомендация, которую стороны должны принять и выполнить.

Международный коммерческий арбитраж

Инвестор может передать спор на разрешение международного коммерческого арбитража, если он заключил концессионный договор с правительством принимающей инвестиции страны и включил в концессионный договор арбитражную оговорку. В случае если правительство принимающего государства нарушит свои договорные обязательства, инвестор сможет инициировать международное арбитражное разбирательство. Такие концессионные договоры также называются "инвестиционными соглашениями" или "соглашениями с правительством принимающей страны" и широко распространены в случае долгосрочных инвестиций в природные ресурсы, а также других масштабных проектов, таких как строительство крупных инфраструктурных объектов и предоставление определенных услуг принимающей стороне.

Тобаго, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № CONC/83/1, 27 ноября 1985 года, как извлечено в Schreuer et al., выше n. 35, 446.

[141]Конвенция МЦУИС, ст. 35. [142]Schreuer et al., выше n. 35, 453-4.

[143]*SEDITEX* против *Мадагаскара (№ 1)*, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № CONC/82/1, 20 июня 1983 г.; *Tesoro* против *Тринидада и Тобаго*, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № CONC/83/1, 27 ноября 1985 г.; *SEDITEX* против *Мадагаскара (№ 2)*, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело №. CONC/94/1, 19 июля 1996 года; *TG World Petroleum Ltd* против *Нигера*, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № CONC/03/1, 8 апреля 2005 года; *Togo El´ectricit´e* против *Того*, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № CONC/05/1, 6 апреля 2005 года; *SESAM* против *Центральноафриканской Республики*, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № CONC/07/1, 13 августа 2008 года.

[144]С момента создания МЦУИС в 1966 году и до 1987 года все иски, поданные в трибуналы МЦУИС, были исками, поданными на основании концессионных договоров, содержащих арбитражную оговорку МЦУИС.

Инвесторы, заключившие концессионный договор с арбитражной оговоркой, могут предъявить иск на основании договора, но такие инвесторы также могут предъявить иск на основании применимого инвестиционного договора при условии, что они удовлетворят соответствующим юрисдикционным условиям, включая то, что они являются "инвестором" по смыслу инвестиционного договора и что у них есть "инвестиции", которые подпадают под сферу защиты инвестиционного договора.[145]Причины, по которым инвестор может решить предъявить иск в соответствии с ДИД, а не по договору, зависят от конкретного случая, но, например, может быть так, что международный коммерческий арбитраж будет "сидеть" в принимающем государстве инвестиций и, следовательно, подпадать под надзорную юрисдикцию национальных судов этой страны, а у инвестора могут быть опасения, что участие этих судов может создать задержки или трудности для иска инвестора в международном коммерческом арбитраже.

Сложные вопросы возникали при рассмотрении нескольких исков по инвестиционным договорам, когда государство-ответчик утверждало, что спор по инвестиционному договору в действительности является договорным спором и что инвестор пытался представить свои договорные требования как требования по ДИД.[146]Трибуналы по инвестиционным договорам обычно приходили к выводу, что одно и то же поведение принимающего государства может служить основанием для исков о нарушении договора, а также для исков о нарушении договора;

[144]Например, *RSM Production Corporation* против *Гренады (Решение)*, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/05/14, 13 марта 2009 г.; см. также дела о национализации ливийской нефти, которые представляли собой иски по концессионным договорам: *BP* против *Ливии*, 53 ILR 297 (1977); *Libyan American Oil Company (LIAMCO)* против *Ливии*, (1977) 62 ILR 140; и *Texaco/Calasiatic* против *Ливии* (1977) 53 ILR 389 (об этих делах см. Greenwood, выше, n. 65).

[145]Например, следующие иски МЦУИС были поданы на основании ДИДов, хотя базовая инвестиция состояла, по крайней мере частично, из прав по контрактному соглашению с принимающим государством: *Compan˜ıa de Aguas del Alconquija SA u Vivendi Universal SA* против *Аргентинской Республики (решение)*, (2004) 25 ILR 1, которое касалось концессионного договора на поставку услуг водоснабжения; *ADC Affiliate Ltd u ADC & ADMC Management Ltd* против *Венгрии*, Арбитражный суд ICSID, дело №. ARB/03/16 от 2 октября 2006 года, которое касалось строительства нового терминала в аэропорту Будапешта; и *SGS Soci´et´e G´en´erale de Surveillance SA* против *Парагвая*, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/07/29, решение от 10 февраля 2012 года, которое возникло из контракта на оказание услуг по предотгрузочной инспекции.

[146]См. например, James Crawford, 'Treaty and Contract in Investment Arbitration', (2008) 24 *Arbitration International* 351; Yuval Shany, 'Contract Claims vs Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Claims", (2005) 99 AJIL 835.

Как отметил трибунал МЦУИС в деле *Impregilo SpA* v. *Pakistan*, "даже если эти два понятия полностью совпадают, они остаются аналитически различными и обязательно требуют разных запросов"[147].

Национальные суды

Еще одна возможность урегулирования споров между инвестором и государством заключается в том, что инвестор может передать такие споры на рассмотрение национального суда, преимущество которого заключается в том, что для принятия юрисдикции по иску не требуется согласия спорящих сторон. Однако существуют определенные препятствия, которые необходимо учитывать при передаче споров между инвесторами и государством в национальные суды.

Например, национальные суды родного государства инвестора или суды третьего государства могут не принять на себя юрисдикцию по иску к иностранному суверенному государству в силу действия норм об иммунитете государства, которые, как правило, защищают государства от юрисдикции судов иностранных государств. Несмотря на то, что доктрина государственного иммунитета значительно ослабла со времен "абсолютного" иммунитета, существуют смежные доктрины, такие как доктрина "государственного акта", которые могут сделать действия или бездействие иностранных государств неподсудными национальным судам.[148]Хотя применение этих доктрин может отличаться в разных странах, эти правила, скорее всего, создадут трудности для инвестора. Это означает, что национальные суды, которые обычно обладают юрисдикцией в отношении иска против государства, - это суды самого государства. А в ситуации, когда инвестор не заключил с принимающим государством концессионный договор, включающий арбитражную оговорку, или когда отсутствует применимый ДИД, национальные суды принимающего инвестиции государства могут оказаться единственным форумом, в который инвестор может обратиться с иском, не прибегая к помощи государства гражданства инвестора.

Даже при наличии применимого ДИДа требование о том, что иск сначала подается в суд принимающего государства, может быть предусмотрено положением об урегулировании споров между инвесторами и государством, содержащимся в этом договоре. Например, статья 8(1) ДИД Соединенного Королевства и Аргентины предусматривает, что если спор в отношении инвестиции, возникающий в соответствии с ДИД, не был урегулирован

[147]*Impregilo SpA* против *Пакистана (Юрисдикция)*, Арбитражный трибунал ICSID, дело № ARB/03/3, 22 апреля 2005 года, [258].

[148]См. в особенности Hazel Fox, "International Law and Restraints on the Exraise of Jurisdiction by National Courts of States", in Malcolm Evans (ed.), *International Law*, 3rd edn (Oxford University Press, 2010) 340.

[149]Согласно Статье 8(2), спор может быть передан на рассмотрение международного арбитража только в следующих случаях:

> (a) если одна из Сторон обратится с соответствующей просьбой, в любом из следующих случаев:
>
> (i) если по истечении восемнадцати месяцев с момента передачи спора на рассмотрение компетентного суда Договаривающейся Стороны, на территории которой была осуществлена инвестиция, указанный суд не вынес своего окончательного решения;
>
> (ii) если окончательное решение вышеупомянутого трибунала было принято, но стороны все еще находятся в споре;
>
> (b) если Договаривающаяся сторона и инвестор другой Договаривающейся стороны договорились об этом.[150]

Соответственно, для того чтобы начать арбитражное разбирательство по спору между инвестором и государством в соответствии с ДИД Великобритании и Аргентины, инвестор должен, согласно ДИД, сначала в течение восемнадцати месяцев вести судебное разбирательство в судах принимающего государства или иметь окончательное решение этих судов, не урегулировавшее спор (в отсутствие какого-либо соглашения об обратном).[151]

Другие ДИД также предусматривают, что инвестор может передать спор на рассмотрение местных судов, но если это будет сделано, то это будет считаться окончательным выбором инвестора в пользу местных судов, а не международного арбитража. На языке арбитража инвестиционных договоров это положение действует как "развилка на дороге",[152]в том смысле, что оно реализует принцип *electa una via*.[153]Так, статья 13 ДИД Австралии и Аргентины предусматривает в соответствующей части следующее:

> 1. Любой спор, возникающий между Договаривающейся Стороной и инвестором другой Договаривающейся Стороны в связи с инвестициями, должен, если это возможно, разрешаться мирным путем. Если спор не может быть урегулирован таким образом, он может быть передан по просьбе инвестора либо в:

[149]ДИД Соединенного Королевства и Аргентины, ст. 8(1). [150]Там же, ст. 8(2).

[151]Трибуналы пришли к разным мнениям относительно того, во всех ли случаях необходимо строгое соблюдение таких положений: см. *BG Group plc* против *Аргентинской Республики (Окончательное решение)*, ЮНСИТРАЛ, 24 декабря 2007 года; и *ICS Inspection and Control Services Ltd* против *Аргентинской Республики (Юрисдикция), ППТС, 10 февраля 2012 года. Argentine Republic (Jurisdiction)*, ППТС, 10 февраля 2012 г.

(152) Например, *Compan˜ia de Aguas del Alconquija SA и Vivendi Universal SA* против *Аргентинской Республики (Решение об аннулировании)*, (2004) 6 ICSID Rep. 340, [36]-[43].

[153]Об этом принципе см. особенно Yuval Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals* (Oxford University Press, 2003), 212-17.

(a) компетентный суд Договаривающейся Стороны, признавшей инвестицию; или

(b) международный арбитраж в соответствии с пунктом 3 настоящей статьи.

2. Если инвестор передал спор в вышеупомянутый компетентный суд Договаривающейся Стороны, принявшей инвестицию, или в международный арбитраж в соответствии с параграфом 3 настоящей статьи, этот выбор будет окончательным.[154]

Даже если местные суды могут быть доступны для иностранного инвестора, могут существовать правовые препятствия для передачи инвестиционного спора в местные суды или причины, по которым инвестор не захочет идти по этому пути. Во-первых, не обязательно, что инвестор сможет подать иск в местные суды. Это будет зависеть от соответствующих мер, принятых принимающим государством, однако законодательство принимающего государства может, например, не позволять инвестору добиваться судебного пересмотра административных решений и не предусматривать какой-либо формы защиты собственности (например, выплаты компенсации в случае экспроприации). В этом случае маловероятно, что иск инвестора в местные суды будет удовлетворен. Во-вторых, если основание для иска не существует в местном законодательстве, но имеется применимый ДИД, в ДИД может быть изложено соответствующее требование (например, FET или экспроприация в соответствии с материально-правовыми стандартами защиты, предусмотренными договором). Однако обязательства принимающего государства по ДИД могут быть не имплементированы в национальное законодательство, а сам договор может быть неспособен к прямому применению в национальной правовой системе; это характерно для "дуалистических" правовых систем. В-третьих, инвесторы могут столкнуться с проблемами иного порядка в национальных судах принимающего государства. Как отмечает профессор Салакузе, "местные суды могут быть недостаточно независимыми и находиться под контролем правительства принимающей страны, что лишает инвестора возможности получить беспристрастный форум"; кроме того, эти суды "могут иметь предвзятое отношение к иностранным инвесторам".[155]Еще одним соображением является то, что судебные системы некоторых развивающихся стран перегружены, и в них накопилось много нерассмотренных дел.[156]По этим причинам возбуждение дела в местных судах может оказаться непривлекательным вариантом для иностранного инвестора.

[154]ДИД Австралии и Аргентины, ст. 13(1), 13(2). [155]Salacuse, выше n. 24, 358.

[156]См. например, жалобы инвестора в деле *White Industries Australia Ltd* v. *Republic of India (Окончательное решение)*, ЮНСИТРАЛ, 30 ноября 2011 г.

Урегулирование межгосударственных споров (дипломатическая защита)

Если попытки урегулировать спор путем переговоров не увенчались успехом, если принимающее государство не согласилось передать спор на посредничество, примирение или международный арбитраж, если местные суды не смогли предоставить средства правовой защиты и если инвестор сам не может предъявить иск в соответствии с ДИД, инвестор вынужден прибегнуть к помощи государства своего гражданства, чтобы добиться удовлетворительного урегулирования спора с принимающим государством.[157]В этом случае государство гражданства инвестора принимает решение "поддержать" иск инвестора и представить его на международном уровне против принимающего государства, которое предположительно нарушило свои международные обязательства в соответствии с правилами дипломатической защиты.[158]Претензия может быть предъявлена принимающему государству либо путем обращения за разрешением спора по дипломатическим каналам, либо путем ссылки на положение о разрешении межгосударственных споров в применимом ДИД (которое обычно предусматривает арбитраж межгосударственных споров), либо путем подачи претензии, например, в Международный Суд, предполагая, что он обладает юрисдикцией в отношении данного спора.

В течение многих лет дипломатическая защита была единственным средством, с помощью которого человек мог предъявить свои претензии государству, предположительно совершившему международно-противоправное деяние. Исторически это было связано с практикой дипломатии канонерок, когда могущественные государства осуществляли блокаду портов государства, предположительно совершившего международно-противоправное деяние в отношении граждан могущественного государства. В прошлом государства поддерживали ряд инвестиционных исков и подавали их в PCIJ и ICJ,[159]хотя в последние годы это происходило относительно редко.

Несмотря на опыт государств в осуществлении дипломатической защиты и поддержке исков своих граждан, это не является предпочтительным способом

[157]См., например, Salacuse, выше n. 24, 358-9.

[158]Доклад Комиссии международного права, ГАООР ООН, 58-я сессия, Дополнение № 10, UN Doc. A/61/10 (1 мая - 9 июня и 3 июля - 11 августа 2006 г.), ст. 1: "Дипломатическая защита состоит в призвании государством посредством дипломатических действий или других средств мирного урегулирования ответственности другого государства за вред, причиненный международно-противоправным деянием этого государства физическому или юридическому лицу, являющемуся гражданином первого государства, с целью осуществления такой ответственности".

[159]*Некоторые немецкие интересы в польской Верхней Силезии (Германия* против *Польши) (по существу)*, [1926] (сер. A) № 7; и *Завод в Хорзове (Германия* против *Польши) (возмещение убытков)*, [1928] (сер. A) № 17; *Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd (Belgium* v. *Испания) (вторая фаза)*, [1970] ICJ Rep. 3; *Elettronica Sicula SpA (Соединенные Штаты* против *Италии)*, [1989] ICJ Rep. 15; и *Ahmadou Siado Diallo (Республика Гвинея* против *Демократической Республики Конго)*, [2011] ICJ Rep. 103.

урегулирования инвестиционных споров по нескольким причинам. Во-первых, государство гражданства инвестора не обязано поддерживать иск одного из своих граждан; "решение поддерживать иск или нет, энергично его реализовывать или нет, полностью остается на усмотрение" государства гражданства инвестора,[160]что означает, что у инвестора нет гарантии, что ему вообще будет предложена какая-либо помощь. Во-вторых, основная трудность дипломатической защиты заключается в том, что она "политизирует" инвестиционные иски, поскольку они становятся межгосударственным спором и должны рассматриваться в рамках более широких двусторонних дипломатических отношений между государством гражданства инвестора и государством происхождения. Это делает иски о дипломатической защите непривлекательными для государства инвестора, и инвесторы также склонны не любить эту особенность исков о дипломатической защите, поскольку разрешение инвестиционного спора может стать разменной монетой в двусторонних отношениях, и государство инвестора может решить не подавать иск, если это поставит под угрозу другие интересы (например, сотрудничество в области безопасности или торговли).[161]Это приводит к третьей проблеме, связанной с исками о дипломатической защите, а именно: как только государство гражданства инвестора заявляет иск, "оно фактически "владеет" им", то есть "контролирует, как будет подан иск, какое решение оно примет и будет ли какая-либо часть решения выплачена пострадавшему гражданину".[162]И, наконец, подача исков о дипломатической защите неизменно приводит к увеличению нагрузки на государство в его дипломатической работе. По этим причинам инвесторы, равно как и государства, склонны рассматривать дипломатическую защиту инвестиционных претензий как последнее средство.

Заключительные замечания

Можно сделать ряд выводов относительно взаимосвязи между материально-правовой сферой международного инвестиционного права и методами разрешения споров между инвесторами и государством.

Первый вывод заключается в том, что разрешение споров по инвестиционным договорам в международном арбитраже привело к развитию материально-правовой базы международного инвестиционного права. Как было отмечено выше, большинство ДИДов довольно скелетны по своему содержанию и оставляют много вопросов для толкования и применения трибуналами по инвестиционным договорам. Несмотря на ряд громких случаев, когда трибуналы по инвестиционным договорам приходили к разным выводам, решения, принятые трибуналами по инвестиционным договорам, вероятно, привели к созданию того, что можно было бы назвать

[160]Salacuse, выше n. 24, 358. [161]Там же.
[162]Там же; см. также *Mavrommatis Palestine Concessions*, [1924] PCIJ (ser. A) No. 2, 12.

как форму "*постоянной судебной практики*". Один из трибуналов по инвестиционным договорам высказал следующее мнение о значимости прошлых решений других трибуналов:

> Трибунал не связан предыдущими решениями трибуналов МЦУИС. В то же время он считает, что должен уделять должное внимание предыдущим решениям таких трибуналов. Кроме того, Трибунал считает, что, если нет убедительных причин для обратного, он должен следовать решениям, установленным в ряде последовательных дел, сопоставимых с рассматриваемым делом, но, разумеется, с учетом специфики конкретного договора и обстоятельств конкретного дела. Поступая таким образом, он выполнит свою обязанность стремиться внести вклад в гармоничное развитие инвестиционного права и тем самым оправдать законные ожидания сообщества государств и инвесторов в отношении определенности верховенства права.[163]

Второй вывод, который можно сделать, заключается в том, что, несмотря на существование различных методов разрешения инвестиционных споров, методом, включенным в подавляющее большинство ДИДов, является международный арбитраж, и с момента подачи первого такого иска в 1987 году было зарегистрировано 450 исков по инвестиционным договорам.[164]Существуют различные "альтернативные" методы урегулирования споров между инвесторами и государством, такие как переговоры, посредничество и примирение, и каждый из этих методов может быть более подходящим, чем международный арбитраж, по тем же самым причинам, по которым им часто отдают предпочтение в контексте внутренних споров: они обычно являются более гибкими, более эффективными и менее дорогостоящими методами урегулирования споров и, как правило, позволяют учитывать интересы обеих сторон при поиске решения, а не применять подход "победитель получает все", который часто является отличительной чертой формальных и обязательных форм судебного разбирательства третьей стороной. Существуют и другие альтернативы, поскольку спорящие стороны могут согласиться на одну из различных гибридных форм урегулирования споров, таких как "med-arb" и "arb-med" (которые, соответственно, предполагают, что спорящие стороны сначала передают свой спор на медиацию, а затем на арбитраж, если медиация не удалась; или, в качестве альтернативы, на арбитраж, но с помощью арбитра в содействии урегулированию спора).[165]Однако - за исключением переговоров - эти методы урегулирования инвестиционных споров не были восприняты инвесторами.

[163]*Байиндир* против *Пакистана (Решение)*, Арбитражный трибунал МЦУИС, дело № ARB/03/29, 27 августа 2009 года, [145].

[164]*Asian Agricultural Products Ltd* против *Шри-Ланки*, (1997) 4 ICSID Rep. 246.

[165]О "med-arb" см. в особенности Nigel Blackaby и Constantine Partasides с Alan Red-fern и Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 5th edn (Oxford University Press, 2009), 47-8. Обсуждение "arb-med" см. в статье Gabrielle

Также существует возможность урегулирования споров в международном коммерческом арбитраже, хотя это возможно только для тех инвесторов, которые заключили концессионный договор с принимающим государством и включили в него арбитражную оговорку об урегулировании споров. Наличие национальных судов представляет собой еще один вариант урегулирования инвестиционных споров, однако по ряду причин они не являются идеальным форумом. Могут возникнуть трудности с составлением соответствующего иска в местных судах принимающего государства, а у инвестора могут возникнуть сомнения в беспристрастности или независимости местных судов принимающего государства, а также в скорости отправления правосудия в этой стране.

Наконец, инвесторы (да и государства) вряд ли захотят вернуться к ситуации, когда инвестиционные споры разрешаются на межгосударственном уровне путем подачи исков о дипломатической защите. Действительно, одним из преимуществ прямого обращения инвесторов в международный арбитраж было то, что государствам больше не нужно было участвовать в инвестиционных спорах, а инвестиционный спор в большинстве случаев был отделен от двусторонних отношений и деполитизирован.

Из этого следует, что до тех пор, пока не появится другой, более предпочтительный метод урегулирования инвестиционных споров, трудно представить, какая форма урегулирования споров могла бы заменить международный арбитраж в качестве приемлемой альтернативы во всех случаях. Очевидно, что в отсутствие в инвестиционном договоре положения об урегулировании споров между инвестором и государством, по умолчанию - при условии, что спор не урегулирован путем переговоров или в национальных судах - инвестор может обратиться за дипломатической защитой к государству своей гражданской принадлежности. Однако такое решение - по причинам, описанным выше, - не представляется желательным ни для одной из заинтересованных сторон.

В этой главе мы рассмотрели взаимосвязь между международным инвестиционным правом и методами, которые используются для разрешения инвестиционных споров. В ней рассмотрен вклад трибуналов по инвестиционным договорам в развитие международного инвестиционного права, а также проведен обзор различных доступных методов урегулирования инвестиционных споров. Практика арбитражных судов признана влиятельной в плане внесения вклада в свод материальных норм, однако возможность инвесторов передавать споры в международный арбитраж оказалась спорной.

Кауфманн-Колер, "Когда арбитры способствуют урегулированию: Towards a Transnational Standard", (2009) 25 *Arbitration International* 187.

Однако остаются вопросы о том, какой еще метод может быть использован для удовлетворительного урегулирования инвестиционных споров. Очевидно, что государствам предстоит решить сложные политические вопросы при рассмотрении текущих и будущих переговоров по инвестиционным договорам и соглашениям о свободной торговле.

19

Варианты урегулирования споров для защиты граждан за рубежом

НАТАЛИ КЛЯЙН

Обращение с гражданами и их защита за рубежом - это вопрос, который уже давно вызывает озабоченность в международном праве. Традиционно называемое обращением с иностранцами, международное право сформулировало стандарты, которым должны следовать государства в отношении деловых интересов и личной безопасности иностранцев в пределах своих границ. Нарушение этих стандартов иногда приводило к значительной напряженности в отношениях между заинтересованными государствами.[1]Претензии граждан, принимаемые их государствами, удовлетворялись различными способами и могли привести к агрессивной тактике, включая применение силы. Судебные разбирательства, особенно в форме комиссий по рассмотрению претензий и арбитражей, исторически пропагандировались как альтернатива применению силы при рассмотрении претензий граждан, подвергшихся жестокому обращению за рубежом.

При рассмотрении вопроса о том, как в настоящее время используется судебная практика для защиты граждан за рубежом, важно с самого начала определить категории исков, которые могут возникнуть. Этот шаг крайне важен, поскольку международное право вышло за рамки общих стандартов обращения с иностранцами и превратилось в сложные нормы, отражающие различные виды деятельности, которыми занимаются лица в зарубежных юрисдикциях. Кроме того, необходимо учитывать более конкретные, или детальные, стандарты обращения, которые появились в настоящее время. Определив категории претензий, можно оценить доступные способы устранения вреда, причиненного гражданам за рубежом. Эти варианты достаточно проработаны и обычно связаны с материальным правом, предлагающим различные виды защиты. Помимо этого, у государств есть право дипломатической защиты - право государства принять иск гражданина и отстаивать это право против другого государства, как если бы оно было

[1]См. Enrico Milano, 'Diplomatic Protection and Human Rights before the International Court of Justice: Переосмысление традиций?", (2004) 35 *Netherlands Yearbook of International Law* 85, 86-7.

[2]Право на дипломатическую защиту преимущественно утверждается в тот момент, когда государство обращается к международным судебным инстанциям.[3]

В конечном итоге судебные процессы играют важную роль в разрешении споров о защите граждан за рубежом, однако, как мы увидим, межгосударственные судебные процессы занимают менее заметное место, чем другие формы судебного разбирательства или арбитраж. Таким образом, можно утверждать, что возвышение индивидов в качестве субъектов международного права уменьшило зависимость от межгосударственных судебных разбирательств по вопросам защиты граждан за рубежом. Такой подход снижает дипломатическую напряженность, которая в противном случае может возникнуть в результате прямых столкновений между заинтересованными государствами. Кроме того, наличие средств правовой защиты может быть истолковано как фундаментальный аспект защиты прав человека[4], и поэтому для отдельных лиц более целесообразно добиваться урегулирования своих собственных споров.

[2]Постоянная палата международного правосудия сформулировала это право на дипломатическую защиту следующим образом:

> Принимая дело одного из своих подданных и прибегая от его имени к дипломатическим действиям или международному судебному разбирательству, государство в действительности отстаивает свои собственные права - свое право обеспечивать в лице своих подданных соблюдение норм международного права. Поэтому вопрос о том, вытекает ли настоящий спор из причинения вреда частным интересам, что фактически имеет место во многих международных спорах, с этой точки зрения не имеет значения. Как только государство обращается в международный трибунал с делом от имени одного из своих подданных, в глазах последнего государство является единственным истцом.

Дело о палестинских концессиях Мавромматиса (Греция против *Соединенного Королевства) (Юрисдикция)*, [1924] PCIJ (ser. A) No. 2, 12. Комиссия международного права приняла ряд проектов статей о дипломатической защите в 2006 году. См. доклад Комиссии международного права, ГАООР ООН, 58-я сессия, Дополнение № 10, UN Doc. A/61/10 (1 мая - 9 июня и 3 июля - 11 августа 2006 года) (Статьи КМП о дипломатической защите), [13-100]. Ст. 1 этих статей относится к "дипломатической защите, состоящей в призвании государством посредством дипломатических действий или других средств мирного урегулирования ответственности другого государства за вред, причиненный международно-противоправным деянием этого государства физическому или юридическому лицу, являющемуся гражданином первого государства, с целью осуществления такой ответственности". Там же, 24. Это определение было принято как отражающее обычное международное право в деле *Ахмаду Садио Диалло (Республика Гвинея* против *Демократической Республики Конго) (Предварительные возражения)*, [2007] ICJ Rep. 582 (*Diallo - Preliminary Objections*), [39].

[3]См. Annemarieke Ku¨nzli, 'Exercising Diplomatic Protection: Тонкая грань между литигацией, демаршем и консульской помощью", (2006) 66 *Zao¨RV* 321, 323. КМП придерживается мнения, что грань между дипломатической защитой и консульской помощью нечеткая. См. Статьи КМП о дипломатической защите, 27. Однако КМП отметила, что дипломатическая защита, как правило, отражает функцию исправления, в то время как консульская помощь, стремясь остановить граждан, ставших жертвами международно-противоправных деяний, носит в первую очередь превентивный характер. Там же.

[4]Это право закреплено в ст. 2(3) Международного пакта о гражданских и политических правах (открыт для подписания 16 декабря 1966 г., вступил в силу 23 марта 1976 г.), 999 ЮНС 171 (ICCPR).

каналы. В любом случае судебное разбирательство является важным, хотя и крайним средством разрешения претензий граждан, которым был причинен вред за рубежом.

Категории исков

Вопросы обращения с гражданами и их защиты за рубежом возникают в различных контекстах. В качестве отправной точки можно отметить, что в настоящее время все люди признаны на международном уровне как носители защиты прав человека. Международный суд ООН (МС) признал, что диапазон защиты, предоставляемой отдельным лицам, расширился следующим образом:

> [Вследствие существенного развития международного права за последние десятилетия в отношении прав, которые оно предоставляет отдельным лицам, сфера *ratione materiae* дипломатической защиты, первоначально ограниченная предполагаемыми нарушениями минимальных стандартов обращения с иностранцами, впоследствии расширилась и включает, *в частности,* гарантированные на международном уровне права человека.[5]

Таким образом, права человека, несомненно, являются источником прав для отдельных лиц и м о г у т использоваться в качестве отправной точки для оспаривания обращения с ними с о стороны иностранного правительства.

Например, члены так называемой "Балийской девятки", которые оспаривали свои смертные приговоры в Конституционном суде Индонезии, ссылались на стандарты прав человека, закрепленные в Международном пакте о гражданских и политических правах (МПГПП). Балийская девятка" - это группа молодых австралийцев, арестованных на Бали, Индонезия, за попытку переправить в Австралию большое количество героина.[6]Некоторые из наркокурьеров, а также два главаря операции были приговорены к смертной казни.[7]Хотя оспаривание в Конституционном суде обязательно основывалось на условиях

[5]*Диалло - Предварительные возражения*, [39].

[6]Обсуждение различных правовых аспектов их ареста, преследования и вынесения приговора см. в статье Lor-raine Finlay, 'Exporting the Death Penalty? Примирение международного полицейского сотрудничества и отмены смертной казни в Австралии", (2011) 33 *Sydney Law Review* 95, 96-9.

[7]Эндрю Чан и Мьюран Сукумаран, предполагаемые главари группировки, были приговорены к смертной казни. Скотт Раш, один из наркокурьеров, первоначально был приговорен к пожизненному заключению. Затем этот приговор был заменен на смертный. Ронли Сифрис, "Баланс между аболиционизмом и сотрудничеством в мировом масштабе: Дело "Девяти Бали"", (2007) 35 *Federal Law Review* 81, 83. В ходе последней апелляции в 2011 году Раш добился смягчения смертного приговора. Мэтт Браун, "Скотт Раш избежал смертной казни", *ABC News* (онлайн), 27 мая 2011 г., доступно наwww.abc.net.au/news/stories/2011/05/10/3213037.htm . Си И Чен, Тач Дук Тхань Нгуен и Мэтью Норман, арестованные в отеле, где наркокурьеры готовились к поездке, также первоначально получили пожизненные сроки, которые затем были заменены на смертные приговоры, но в 2008 году пожизненные сроки были восстановлены. Натали Зериал, "Решение № 2-3/PUU-V/2007 [2007] (Конституционный суд Индонезии)", (2007) 14 *Australian International Law Journal* 217, 218-19.

[8]Обращение с заключенными и соблюдение процессуальных прав в любой стране также могут быть сопоставлены с международными стандартами в области прав человека в ходе национальных судебных разбирательств.

Международные стандарты в области прав человека также могут быть использованы в том случае, если обращение с гражданами за границей влечет за собой дискриминационные действия со стороны государства. Может проводиться политика, которая намеренно выделяет определенные расовые или национальные группы. Может случиться так, что члены группы меньшинств, выделенной в этом отношении, в любом случае являются гражданами соответствующего государства, так что их положение не имеет особого значения для данного конкретного рассмотрения. Обращение с этими группами меньшинств, конечно, более актуально, если они по-прежнему имеют гражданство государства своего происхождения, и более сложно, если они имеют двойное гражданство[9]или, в качестве альтернативы, являются лицами без гражданства[10].

Другая категория претензий исходит от иностранных инвесторов. Действительно, многие из первых исков, связанных с обращением с иностранцами, касались того, какой ущерб был нанесен государством бизнесу и другим инвестициям. Этот вред может быть результатом экспроприации или национализации деловых интересов, а также изменений в законодательстве, которые наносят ущерб, иногда преднамеренно, деятельности предприятия. Особенно проблематичным было и остается невыполнение государствами своих финансовых обязательств в отношении иностранных инвестиций. Защита инвестиций превратилась в самостоятельный свод законов в рамках международного права.[11]

Претензии могут также возникать от граждан, находящихся за рубежом, в контексте вооруженных конфликтов. В то время как законы морской войны, например, обычно защищают интересы нейтралов, особенно их коммерческие интересы,[12]

[8]*Решение № 2-3/PUU-V/2007 (Петиция Скотта Энтони Раша)*, [2007] Конституционный суд Республики Индонезия, 93, 100-2, доступно на www.mahkamahkonstitusi.go.id/putusan/putusan sidang eng PUTUSAN%202 PUU V 07%20%20Hukuman%20Mati%20(Eng).pdf. Обсуждение см. в статье Zerial, выше, n. 7.

[9]Эта группа может получить помощь только от государства гражданства, с которым они имеют преобладающие связи, против другого государства гражданства. Статьи КМП о дипломатической защите, ст. 7.

[10]Если люди являются апатридами, то нет государства, к которому они могли бы обратиться с претензиями против государства, обращающегося с ними в нарушение международных стандартов в области прав человека. В этой ситуации наиболее уместными будут механизмы защиты прав человека, доступные для поведения в конкретном государстве. Более подробно они рассматриваются в главе 16 данного тома.

[11]См. далее главу 18 данного тома.

[12]См., например, Луиза Досвальд-Бек (ред.), *Руководство Сан-Ремо по международному праву, применимому в вооруженных конфликтах на море* (Cambridge University Press, 1995), статьи. 67-71, ст. 146-52.

Сегодня более распространенной является ситуация, когда лицам, оказавшимся в вооруженном конфликте, предоставляется защита как гражданским лицам.[13]Национальная принадлежность этих лиц может не быть центральным вопросом. Он становится более актуальным, когда воюющие государства решают предпринять действия против иностранных граждан, имеющих гражданство вражеского государства. Эти действия могут включать в себя задержание, высылку или конфискацию имущества. В качестве примера можно привести действия Эфиопии и Эритреи в отношении граждан другого государства, когда в 1998 году между этими соседними странами разразился пограничный конфликт. В ходе этого конфликта Эфиопия проводила политику массовой высылки не только всех эритрейцев на территории Эфиопии, но и эфиопов эритрейского происхождения.[14]В конечном итоге эти претензии были урегулированы комиссией по претензиям, созданной в соответствии с мирными соглашениями, завершившими пограничный конфликт.[15]

Последняя группа исков является широкой и призвана охватить всех граждан, находящихся за границей и нуждающихся в консульской помощи. Консульская помощь, разумеется, необходима всем, кто оказался втянут в вооруженный конфликт за рубежом, кому причинен ущерб иностранным инвестициям или кто подвергается нарушениям прав человека. Однако консульская помощь также необходима, если гражданин потерял паспорт, стал жертвой преступления или попал под цунами, землетрясение или другое стихийное бедствие. Эти разнообразные сценарии требуют от государства гражданства различных мер реагирования, которые могут зависеть от его ресурсов, уровня представительства в другом государстве или отношений, существующих между заинтересованными государствами. Наиболее спорной областью в этом отношении является консульская помощь лицам, арестованным или задержанным за границей. Эта направленность очевидна из ряда дел, возбужденных против Соединенных Штатов в связи с Венской конвенцией о консульских сношениях.[16]

[13]Эти меры защиты кодифицированы в Женевской конвенции (IV) о защите гражданского населения во время войны (подписана 12 августа 1949 года, вступила в силу 21 октября 1950 года), 75 UNTS 287, и развиты в Дополнительном протоколе к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающемся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (подписан 8 июня 1977 года, вступил в силу 7 декабря 1978 года), 1125 UNTS 3.

[14]Обсуждение см. в статье Wendy Pitcher Wilson, "The Deportation of "Eritreans" from Ethiopia: Нарушения прав человека, терпимые международным сообществом", (1998) 24 *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 451.

[15]Соглашение между правительством Федеративной Демократической Республики Эфиопия и правительством Государства Эритрея, 12 декабря 2000 года, Эритрея-Эфиопия, 40 ILM 260 (Соглашение 2000 года), ст. 5. С работой ЕЭКК можно ознакомиться через Постоянную палату третейского суда, по адресу www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag id=1151.

[16]Венская конвенция о консульских сношениях (открыта для подписания 24 апреля 1963 года, вступила в силу 19 марта 1967 года), 596 UNTS 261. Дела: *Венская конвенция о консульских сношениях (Парагвай* против *Соединенных Штатов Америки) (временные меры)*, [1998] ICJ Rep. 248; *LaGrand (Германия* против *Соединенных Штатов Америки) (по существу)*, [2001] ICJ Rep. 466; *Avena*.

В связи с этими разнообразными категориями исков следует признать, что индивидуальные обстоятельства обязательно влияют на то, какой свод законов доступен и/или уместен для защиты данного лица. Как правило, гражданин может полагаться на защиту, признаваемую обычным международным правом, но могут также существовать региональные обязательства или другие договорные требования, которые могут иметь значение для отношений между иностранным гражданином и государством, не выполнившим свои обязанности по защите.

Статус человека также может иметь значение. На гражданина, находящегося за границей и являющегося дипломатом, распространяется ряд международных прав и обязанностей, относящихся к дипломатическому корпусу. Тот, кто служит в национальных вооруженных силах, является миротворцем или иным образом связан с деятельностью Организации Объединенных Наций, также будет иметь другие виды защиты в силу своего статуса. Например, на миротворца, скорее всего, будет распространяться соглашение о статусе сил, заключенное между Организацией Объединенных Наций и страной, в которой проводится миротворческая операция.[17]Миротворец также может быть защищен стандартами, изложенными в Конвенции ООН о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала.[18]

Очевидно, что для государств не существует "универсального" подхода при реагировании на обращение с гражданами и их защиту за рубежом. Как следствие, существует множество возможностей, доступных как для самих граждан, так и для государств их гражданства при принятии решения о том, как подавать претензии, если права якобы были нарушены.

Способы удовлетворения претензий

Рассматривая доступные способы защиты граждан за рубежом, в первую очередь можно признать, что государства могут прибегнуть к силе.[19]Конечно, Соединенные Штаты утверждали, что у них есть право на самооборону при вторжении в Гренаду, а также при вторжении в Панаму в 1980-х годах, поскольку Соединенные Штаты стремились защитить своих граждан, которые

и других мексиканских граждан (Мексика против *Соединенных Штатов Америки) (решение)*, [2004] ICJ Rep. 12.

[17]Типовое соглашение о статусе сил было принято Генеральной Ассамблеей в 1990 году: Типовое соглашение о статусе сил ООН, A/45/594. Права и обязанности сотрудников и агентов ООН также изложены в Конвенции о привилегиях и иммунитетах Организации Объединенных Наций (подписана 13 февраля 1946 года, вступила в силу 17 сентября 1946 года),

21 UNTS 1418.

[18]Конвенция о безопасности персонала Организации Объединенных Наций и связанного с ней персонала (подписана 9 декабря 1994 года, вступила в силу 15 января 1999 года), 2051 UNTS 363.

[19]КМП в своих статьях исключила такую возможность, сославшись на то, что государства прибегают к "мирным средствам" для целей дипломатической защиты. Статьи КМП о дипломатической защите, ст. 1. См. обсуждение в Milano, выше n. 1, 93.

[20]Миссии по принудительному спасению также предпринимались или планировались, когда граждане удерживались в качестве заложников в другом государстве. [21]Примерами такой практики являются попытка США спасти своих граждан, удерживаемых в качестве заложников в дипломатических и консульских помещениях в Иране, [22]спасение Францией граждан, удерживаемых сомалийскими пиратами, [23]и израильская миссия по освобождению заложников, удерживаемых в аэропорту Энтеббе в Уганде. [24]

Чаще всего ожидается, что любой гражданин, которому причинен вред или ущерб за границей, сначала обратится за средствами правовой защиты к национальным властям и в местные судебные органы. Это требование соответствует уважению государственного суверенитета и отражено в правиле об исчерпании местных средств правовой защиты.[25]Требование о том, чтобы иностранные граждане добивались возмещения ущерба в соответствующем государстве до предъявления международного иска, соответствует уважению суверенитета государства и невмешательству во внутренние дела государства. Если иностранный гражданин понес ущерб, то государству должна быть предоставлена возможность исправить ситуацию или отреагировать иным образом, прежде чем проблема перерастет в международный инцидент.

Если у отдельных лиц есть возможность обратиться с претензиями в международные суды по правам человека или международные комитеты по правам человека, то обязательным условием таких претензий является исчерпание местных средств правовой защиты.[26]Из этого требования есть исключения - например, неоправданная задержка, отсутствие разумно доступных местных средств правовой защиты, и что

[20]См. например, Ved P. Nanda, "The Validity of United States Intervention in Panama under International Law", (1990) 84 AJIL 494; Tom J. Farer, "Panama: За пределами парадигмы Хартии", (1990) 84 AJIL 503.

[21]См. Natalino Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroads through Military Coercion and Intervention on the Grounds of Humanity* (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1985).

[22]*Дело о дипломатическом и консульском персонале Соединенных Штатов в Тегеране (Соединенные Штаты Америки* против *Ирана)*, [1980] ICJ Rep. 3, 43-4. См. также Kristen E. Eichensehr, "Defend-ing Nationals Abroad: Оценка законности насильственного освобождения заложников", (2008) 48 *Virginia Journal of International Law* 451, 453-6.

[23]См. например, Xan Rice and Lizzy Davies, 'Hostage Killed as French Storm Yacht Held by Somali Pirates', *Guardian*, 11 April, 2009, available at www.guardian.co.uk/world/2009/apr/10/ hostage-killed-as-french-storm-pirate-yacht.

[24]См. Eleanor C. McDowell, 'United Nations: Дебаты в Совете Безопасности и проекты резолюций, касающиеся операции по спасению захваченных заложников в аэропорту Энтеббе", (1976) 15 ILM 1224.

[25]Это требование было сформулировано в ст. 7 Статей КМП о дипломатической защите.

(26) Например, Первый факультативный протокол к Международному пакту о гражданских и политических правах (открыт для подписания 16 декабря 1966 г., вступил в силу 23 марта 1976 г.), 999 UNTS 302, ст. 5(2)(b); Европейская конвенция о правах человека (открыта для подписания 4 ноября 1950 года, вступила в силу 3 сентября 1953 года), 213 UNTS 222, ст. 26 и
27(3).

Пострадавшее лицо явно лишено возможности использовать местные средства правовой защиты.(27) По крайней мере, следует отметить, что индивидуальный доступ к международным судам или комитетам по правам человека отражает готовность государств создавать судебные или похожие на судебные форумы для реагирования на нарушения прав человека.[28]Однако использование этих форумов для отдельных лиц может быть ограничено, если лицо находится в регионе, не охваченном региональным механизмом по правам человека,[29]или государство, нарушающее права лица, не является участником соответствующего договора по правам человека или, если оно является участником, исключило возможность обращения к урегулированию споров третьей стороной.[30]

В качестве иллюстрации можно привести дело Джока Палфримана, австралийца, арестованного в Софии, Болгария, и осужденного за убийство из хулиганских побуждений.[31]Поскольку Болгария является членом Совета Европы и участником Европейской конвенции по правам человека,[32]Палфриман утверждает, что при проведении судебного процесса были допущены нарушения процессуальных норм,[33]и в конечном итоге может добиваться передачи своего дела в Европейский суд по правам человека, если его апелляции в болгарских судах не увенчаются успехом. Для целей европейской системы защиты прав человека гражданство австралийца Палфримана не имеет значения, поскольку Суд рассматривает действия, происходящие на территории стран-членов.[34]Поскольку судебная система Болгарии подвергается серьезной критике за коррупцию и нарушения надлежащей правовой процедуры,[35]для Палфримана это полезный, если не жизненно важный, способ защиты. В отличие от этого, Ван Нгуен, австралиец, арестованный и осужденный в Сингапуре по обвинению в торговле наркотиками, предусматривающему обязательный смертный приговор, не имел доступа ни к региональному суду по правам человека, ни к комитету ООН по правам человека.[36]

[27]Статьи КМП о дипломатической защите, ст. 15.

[28]См. обсуждение в главе 16 данного тома.

[29]В частности, Азиатско-Тихоокеанский регион и Ближний Восток.

[30]Государства могут сделать оговорки к соответствующему пункту договора о правах человека или не стать участником факультативного протокола, который в противном случае обеспечивает доступ к комитету по контролю за соблюдением документа.

[31]Обсуждение см. в Натали Клейн, "Дэвид Хикс, Стерн Ху, Скотт Раш, Джок Палфриман и правовые параметры защиты Австралией своих граждан за рубежом", (2011) 35 *Melbourne University Law Review* 134, 154-7.

[32]Болгария ратифицировала Европейскую конвенцию по правам человека 7 сентября 1992 года.

[33]Саймон Палфриман, "Резюме отца по делу", 3 декабря 2009 года, доступно по адресу: www.abc.net.au/news/documents/2009/20091203 palfreeman.pdf.

[34]Европейская конвенция о правах человека, ст. 1 (в ней говорится о "каждом человеке, находящемся под их юрисдикцией").

[35]См. например, Хуанита Риано, Финн Хайнрих и Робин Ходесс, "Барометр глобальной коррупции", отчет, Transparency International, 2009, 6.

[36]Обсуждение см. в Li-Ann Thio, 'The Death Penalty as Cruel and Inhuman Punishment before the Singapore High Court? Обычные нормы в области прав человека, Конституционный суд

Пока гражданин пытается исчерпать местные средства правовой защиты, государство его гражданства может предпринимать дипломатические действия.[37]Хотя право на дипломатическую защиту возникает только после исчерпания местных средств правовой защиты, государство пострадавшего лица может общаться с соответствующим государством, чтобы, например, убедиться, что любой судебный процесс будет проведен оперативно. В случае с австралийцем Дэвидом Хиксом, который был заключен в тюрьму в Гуантанамо, генеральный прокурор Австралии в то время добивался от Соединенных Штатов заверений в том, что они не будут добиваться смертной казни в отношении Хикса, что Австралия сможет добиваться его экстрадиции в Австралию для отбывания любого наказания, что Хикс будет иметь конфиденциальный доступ к своему адвокату и что австралийским должностным лицам будет разрешено наблюдать за ходом судебного разбирательства над ним.[38]Соединенное Королевство пошло дальше и добилось освобождения своих граждан из тюрьмы Гуантанамо.[39]Помощь, предоставляемая отдельным лицам, явно зависит от отношений между странами, а также от особой заботы государства об этих лицах.[40]

Граждане, получившие травмы или вред здоровью за границей, также могут воспользоваться консульской помощью. Статья 36(1) Венской конвенции о консульских сношениях требует, чтобы государства информировали задержанное лицо о его праве обратиться в свое консульство, а государство, арестовавшее или задержавшее лицо, уведомило консульство этого лица. Статья 36(2) требует, чтобы государства полностью выполняли это обязательство в намеченных целях. Хотя обязанности по уведомлению или информированию могут показаться не слишком значительными, в некоторых обстоятельствах они могут стать разницей между жизнью и смертью.

Ярким примером может служить дело Анхеля Бреарда, гражданина Парагвая, арестованного в США за преступление, караемое смертной казнью, и не проинформированного о своем праве обратиться в консульство своей страны. Вместо того чтобы пойти на сделку о признании вины, Бреард решил признаться на суде, потому что в Парагвае это помогает бросить

Формализм и верховенство внутреннего права в деле "Прокурор против Нгуен Туонг Вана (2004)", (2004) 4 *Oxford University Commonwealth Law Journal* 213.

[37]Ku¨nzli, выше n. 3, 323.

[38]Натали Клейн и Лиза Барри, "Перспектива прав человека на дипломатическую защиту: Дэвид Хикс и его двойное гражданство", (2007) 13 *Australian Journal of Human Rights* 1, 17-18.

(39) "Хронология событий: Британцы в Гуантанамо", *BBC News* (онлайн), 27 января 2005 г., доступно по адресу: http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk news/3545709.stm. См. также Klein, выше n. 32, 140.

[40]Британскую практику можно сравнить с отношением Китая к уйгурским заключенным, содержащимся в Гуантанамо. Даже если Соединенные Штаты установили, что многие из них на самом деле не представляют никакой угрозы, их нельзя было вернуть в Китай, потому что Китай считал их террористами, а соответствующие лица опасались преследований в случае возвращения в Китай. Дэвид Джонстон, "Уйгуры покидают Гуантанамо и отправляются в Палау", 31 октября 2009 г., см. .www.nytimes.com/2009/11/01/world/asia/01uighurs.html

себя на милость суда.[41]В Соединенных Штатах это обеспечило его осуждение и, в конечном счете, казнь. Парагвай оспорил нарушение Соединенными Штатами консульских прав в Международном суде (МС), утверждая, что если бы такая помощь была доступна, то сотрудники консульства Парагвая могли бы объяснить, как работает система уголовного правосудия США.(42) Раннее признание вины могло бы привести к пожизненному, а не смертному приговору.

Обязательства, предусмотренные Венской конвенцией о консульских сношениях, некоторые государства развивают в двусторонних договорах. Австралия и Китай заключили такое соглашение. Причины, побудившие их заключить такое соглашение, включают в себя обеспечение более эффективного уведомления об аресте или задержании австралийских граждан, ясность в отношении обращения с австралийскими гражданами китайского этнического происхождения, которые также родились в Китае, и уточнение прав доступа консульских работников к арестованным или задержанным австралийским гражданам.[43]Соединенные Штаты также заключили более семидесяти двусторонних соглашений, которые часто включают обязательства по уведомлению консульских учреждений в случае задержания гражданина одним из заинтересованных государств.[44]

На примере каждого из этих пунктов можно проиллюстрировать, что существует целый ряд возможностей для улучшения или исправления ситуации с обращением и защитой граждан за рубежом. Таким образом, межгосударственные судебные разбирательства исключаются благодаря наличию других способов урегулирования претензий. Термин *"межгосударственное* разбирательство" в данном случае используется вполне осознанно. Лица, обращающиеся в региональные суды по правам человека или международные комитеты по правам человека, могут подпадать под понятие международного судебного разбирательства в широком смысле.

Если же говорить о защите иностранных инвесторов, то здесь также не хватает примеров межгосударственных судебных разбирательств. С другой стороны, существует чрезвычайно активная практика международного арбитража по спорам, связанным с инвестиционными договорами. Развитие двусторонних инвестиционных договоров, как

[41]См. Linda Jane Springrose, "Strangers in a Strange Land: Права неграждан в соответствии со статьей 36 Венской конвенции о консульских сношениях", (1999) 14 *Georgetown Immigration Law Journal* 185, 195.

[42]Заявление Республики Парагвай, 3 апреля 1998 г., доступно по адресу: www.icj-cij.org/docket/files/99/7183.pdf.

[43]Соглашение о консульских отношениях между Австралией и Китайской Народной Республикой (подписано 8 сентября 1999 года, вступило в силу 15 сентября 2000 года), 2169 UNTS 494; Объединенный постоянный комитет по договорам, парламент Австралии, доклад 28: четырнадцать договоров, представленных 12 октября 1999 года (1999), 99-100.

[44]Государственный департамент Соединенных Штатов, Консульское уведомление и доступ, 3 сентября 2010 г., доступно по адресу: http://travel.state.gov/pdf/cna/CNA Manual 3d Edition.pdf, 69-72 (перечисление стран, имеющих двусторонние соглашения, содержащие положения о консульском уведомлении и доступе).

а также соглашения о свободной или преференциальной торговле, содержащие инвестиционные разделы, наделили частных лиц (физических или юридических) правом отстаивать свои права непосредственно против принимающего государства. Этот механизм урегулирования споров не основан на требовании исчерпания местных средств правовой защиты. Скорее, в двустороннем инвестиционном договоре может быть указано, что инвестор может выбирать между местными судами и международным арбитражем, и если выбран один из вариантов, то это исключает обращение к другому. Такие оговорки называются "развилкой".[45]

Сложная правовая система, сложившаяся вокруг споров между инвесторами и государством, вероятно, отражает международное признание полезности судебных механизмов для разрешения претензий, возникающих в связи с обращением с инвестициями. Доступность международного арбитража является неотъемлемой формой защиты; ее можно считать столь же важной, как и материально-правовые нормы защиты.

Последним способом удовлетворения претензий граждан, подвергшихся жестокому обращению за рубежом, является роль гражданского общества. Группы активистов, особенно с использованием социальных сетей, могут оказывать значительное влияние на политическое мнение как внутри страны, так и за рубежом. Поскольку решение правительства о том, как рассматривать претензии своих граждан за рубежом, может иметь решающее значение для уровня предоставляемой защиты, такого рода политическое давление может быть важным фактором. В контексте вооруженного конфликта роль Международного комитета Красного Креста (МККК) важна для обеспечения соблюдения международных стандартов обращения с военнопленными. МККК также может играть роль в мониторинге и защите прав в связи с задержанием и высылкой иностранных граждан во время вооруженного конфликта.

Вышеизложенные рассуждения показали, что *межгосударственные* судебные разбирательства могут в конечном итоге не иметь существенного значения в свете разнообразия механизмов и требований, существующих для урегулирования претензий. Наличие региональных судов по правам человека и международных комиссий, а также механизм урегулирования споров между инвесторами и государствами выделяются как области, где международное судопроизводство четко определено как полезный способ урегулирования споров, а доступ к этим механизмам предоставлен заинтересованным лицам. Хотя участие государства в создании или разрешении доступа к этим механизмам остается крайне важным, обращение к процедурам, отличным от прямой конфронтации между государствами, имело бы несомненную политическую пользу.

[45]Обсуждение использования местных средств правовой защиты в инвестиционных спорах см. в Christoph Schreuer, 'Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration", (2005) 4 *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 1.

Таким образом, государства явно заинтересованы в поощрении использования альтернативных способов урегулирования разнообразных претензий.

Роль комиссий по рассмотрению претензий

Среди потенциальных способов, доступных лицам, получившим травмы во время пребывания за морем, доступ к комиссии по претензиям оказался важным инструментом разрешения споров. Создание комиссий по рассмотрению претензий на основе межгосударственного соглашения позволило людям добиваться возмещения ущерба, причиненного им иностранным правительством.[46]Такие комиссии по рассмотрению претензий часто создавались между соответствующими государствами в тот момент, когда накапливалась критическая масса жалоб, требующих разрешения.[47]Иногда государства предпочитали единовременное урегулирование, чтобы избежать затянувшегося разбирательства в комиссии.[48]Использование комиссий по рассмотрению претензий можно рассматривать как фактическую форму межгосударственного судебного процесса, учитывая решающую роль государства в создании таких комиссий для лиц, желающих воспользоваться ими.

Почему государства выбирают создание комиссии по претензиям - сложный вопрос. Анализируя прошлую практику урегулирования международных претензий, Бедерман отмечает:

> Пострадавшие государства, добивавшиеся компенсации для своих граждан после военных действий или революционных событий, обычно создавали такие институты по урегулированию претензий. За некоторыми заметными исключениями, более сильные государства навязывали их более слабым. Хотя условия многих договоров, учреждающих такие институты, номинально были взаимными (то есть граждане обеих сторон могли подавать иски), на практике это происходило редко.[49]

В этом отношении комиссии по претензиям можно воспринимать как правосудие победителя.

[46]Договор Джея 1794 года включал две комиссии по претензиям: одна занималась захватом судов Соединенным Королевством или французскими каперами, а другая - долгами перед Соединенным Королевством. См. далее главу 6 в этом томе.

[47]Бедерман определил международные комиссии по претензиям как:

> Арбитраж, (1) созданный по соглашению двух или более государств, (2) для урегулирования группы претензий в рамках определенной компетенции, (3) предъявленных или поддержанных гражданами сторон, и который (4) фактически вынес решение по некоторым или всем этим претензиям. (Дэвид J. Бедерман, "Компенсационная комиссия ООН и традиция урегулирования международных претензий", (1994) 27 *NYU Journal of International Law* 1, n. 2).

[48]Эта практика подробно рассмотрена в книге Бернс Х. Вестон и другие, *Международные претензии: Their Settlement by Lump Sum Agreements* 1975-1995 (Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1999).

[49]Бедерман, выше n. 47, 3.

Один из ранних примеров такой практики касался Мексики, одного из государств, наиболее часто участвовавших в этом процессе.[50]Участие Мексики в этом процессе по-разному объясняется ее революционным прошлым, напористым северным соседом и тем, что она была домом для многих европейских инвестиций.[51]Соединенные Штаты и Мексика проводили процессы по рассмотрению претензий в 1839, 1868 и 1923 годах. Многие граждане США имели деловые интересы в Мексике, и в Государственный департамент США часто поступали жалобы на обращение с ними в течение 1830-х годов.[52]Экономический кризис в Мексике в 1830-х годах привел к тому, что претензии выдвинули Великобритания и Франция, а также Соединенные Штаты.[53]Некоторые из претензий США были урегулированы комиссией 1839 года, но неурегулированные претензии продолжали оставаться источником напряженности. Также в американо-мексиканских отношениях того времени был конфликт по поводу пограничной границы и заинтересованность США в расширении техасской границы на территорию Мексики.[54]Из-за неспособности урегулировать неурегулированные претензии американских граждан в Мексике, Соединенные Штаты объявили войну Мексике в 1846 году. Главной причиной войны было названо получение репараций для американских граждан, а не экспансионистские цели.[55]После войны была создана комиссия по претензиям. Динамика власти, существовавшая между этими государствами в то время, подтверждает характеристику Бедерманом практики урегулирования претензий как "принудительной, односторонней и принципиально несправедливой".[56]По оценкам, число международных комиссий по претензиям, которые

В зависимости от того, какие характеристики приписывались тому или иному процессу, существовали различные варианты. В 1800-х годах действовало около восьмидесяти международных комиссий по претензиям, а в первой половине 1900-х годов - еще около тридцати.[57]После Второй мировой войны на этот механизм стали меньше полагаться, в частности, из-за недостатков, которые, как считалось, не позволяли в полной мере урегулировать соответствующие претензии, из-за длительности процесса и неравенства вовлеченных сторон.

Обстоятельства, приведшие к некоторым из недавних комиссий по претензиям, были различными. Во-первых, Трибунал по претензиям Ирана и США был создан в рамках более широкого урегулирования, закрепленного в Алжирских декларациях,

[50]Мексика была участником десяти процессов по рассмотрению претензий. Джон Р. Крук, "Мысли о процессах массовых претензий", (2005) 99 *American Society of International Law Proceedings* 80, 80.

[51]Бедерман, выше n. 47, 5. См. также Crook, выше n. 50, 80; Peter M. Jonas, 'William Parrott, American Claims, and the Mexican War', (1992) 12 *Journal of the Early Republic* 213, 213.

[52]Jonas, выше n. 51, 223. [53]Ibid., 221-2. [54]Ibid., 233.

(55) "Военное послание президента Полка", там же, 237.

[56]Бедерман, выше, примечание 47, 6. Джон Крук назвал их "предлагающими "грубое правосудие"". Crook, above n. 50, 80.

[57]Crook, above n. 50, 80.

который добился освобождения американских заложников, удерживаемых в Иране, и разблокировал иранские активы, замороженные рядом стран.[58]Создание трибунала было необходимо для урегулирования оставшихся претензий граждан США к Ирану и наоборот, а также претензий *ex contractu* между США и Ираном и имущественных споров, касающихся свергнутого шаха Ирана. Масштабы затронутых претензий подчеркивали, что механизм for-mal будет способствовать урегулированию этих дел. Кроме того, состав трибунала, предусматривавший равное представительство граждан США и Ирана, а также участие нейтральных арбитров[59], и ограничения юрисдикции, наложенные на трибунал, например вынесение самого кризиса с заложниками за рамки предметной юрисдикции трибунала[60],давали каждому государству уверенность в том, как будет работать трибунал.

Опыт Трибунала по претензиям Ирана и США оказал большое влияние на последующую практику комиссий по претензиям. Это влияние отчасти проявилось в материальном праве, которое было разработано в решениях трибунала, и в разработке процессуальных норм путем толкования и применения Типового регламента ЮНСИТРАЛ, а также благодаря многочисленным "выпускникам" трибунала, которые впоследствии работали в других комиссиях по рассмотрению претензий.[61]Поскольку можно предположить, что государства будут с большей вероятностью прибегать к этой форме судебного разбирательства, когда у них будет определенная степень уверенности в проведении процедуры и разрешении конкретных материально-правовых вопросов, возможность использовать опыт других комиссий вполне может быть важным соображением.

Высказывание Бедермана о том, что комиссии по претензиям - это приз победителя, может быть оправдано при рассмотрении Компенсационной комиссии ООН (UNCC). Эта комиссия была навязана Ираку после конфликта, возникшего в результате вторжения Ирака в Кувейт в 1990 году. Резолюция Совета Безопасности 687 от 1991 года предусматривала, что Ирак "несет ответственность в соответствии с международным правом за любые прямые убытки, ущерб, включая экологический ущерб и истощение природных ресурсов, или ущерб иностранным

[58]См. Общие заявления и Декларацию об урегулировании претензий, (1981) 20 ILM 224.

[59]Трибунал состоит из трех граждан США и трех граждан Ирана, назначенных правительствами своих стран, и трех нейтральных лиц или членов из третьих стран, которые назначаются членами, назначенными правительствами. Дела будут рассматриваться в основном трибуналами из трех членов: одного нейтрального, одного гражданина США и одного гражданина Ирана.

[60]Декларация об урегулировании претензий, ст. II(1). Еще одно ограничение включает в себя поддержку оговорок о выборе суда в контрактах, которые четко выбирают иранские суды в качестве суда для урегулирования споров. Там же.

[61]Crook, выше n. 50, 81.

Правительства, граждане и корпорации в результате незаконного вторжения Ирака в Кувейт и его оккупации".[62]Эта резолюция была принята в соответствии с обязательными полномочиями Совета Безопасности согласно главе VII Устава ООН.

В результате этой резолюции ответственность Ирака была установлена, и единственным вопросом, требующим решения, был размер репараций, которые должны были быть выплачены всем истцам. Претензии были разделены на шесть категорий, четыре из которых касались ущерба, нанесенного частным лицам, в то время как две другие относились к ущербу, нанесенному предприятиям и государствам или международным организациям. Выплаты физическим лицам были в основном ускоренными и производились, когда были решены вопросы причинно-следственной связи и оценки.[63]Одной из причин быстрого разрешения претензий было то, что предыдущие комиссии сталкивались со значительными задержками и некоторые дела оставались нерешенными.[64]После поражения Ирака и возрождения Совета Безопасности ООН в конце холодной войны ККООН получил значительный политический импульс для работы. Последовавший за этим процесс был охарактеризован как "гибридный политико-судебный" и как отправление "грубого правосудия".[65]Многие прагматические решения могли быть приняты ККООН, особенно учитывая отсутствие иракского представительства в этом органе.[66]

Третий недавний пример - Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии (КТЭЭ), созданная в соответствии с Соглашением 2000 года. Пограничная война, завершенная этим договором, велась на трех основных фронтах и дала повод для целого ряда претензий, связанных с ведением боевых действий. Юрисдикция ВЕКК была определена в статье 5(1) следующим образом:

> Мандат Комиссии состоит в том, чтобы решать путем обязательного арбитража все претензии об утрате, ущербе или повреждении, предъявляемые одним правительством другому, а также гражданами (включая как физических, так и юридических лиц) одной стороны к правительству другой стороны или организациям, находящимся в собственности или под контролем другой стороны, которые (а) связаны с конфликтом, являющимся предметом Рамочного соглашения, условий его осуществления и Соглашения о прекращении военных действий, и (б) являются результатом нарушений международного гуманитарного права, включая Женевские конвенции 1949 года, или других нарушений международного права".

[62]Резолюция Совета Безопасности ООН 687, 3 апреля 1991 г., UN Doc. S/RES/1991/687, п. 16.

[63]См. далее: Francis E. McGovern, 'Dispute System Design: Компенсационная комиссия Организации Объединенных Наций", (2009) 14 *Harvard Negotiation Law Review* 171, 178-9.

[64]Bederman, выше n. 47, 17-18.

[65]McGovern, выше n. 63, 177.

[66]Бедерман, выше, п. 47, 10. Однако Ираку было предоставлено право представить комментарии по претензиям. Там же.

В соответствии с Соглашением 2000 года, государства явно ожидали, что в ЕЭКЦ будет представлено большое количество индивидуальных претензий.[67]Однако в конечном итоге государства представили почти все эти претензии от имени соответствующих лиц, и ЕЭКЦ, таким образом, рассмотрел ряд межгосударственных споров, касающихся нарушений права вооруженного конфликта, а также нарушений прав человека и других нарушений международного права.[68]

Комиссия по претензиям была одним из нескольких механизмов, созданных между Эритреей и Эфиопией для завершения их пограничной войны; также была создана пограничная комиссия для делимитации и демаркации границы между двумя государствами,[69]а также должно было быть проведено "расследование... независимым, беспристрастным органом, назначенным Генеральным секретарем ОАЕ [Организация африканского единства], в консультации с Генеральным секретарем Организации Объединенных Наций и двумя сторонами".[70]Включение комиссии по претензиям в общее урегулирование может рассматриваться как важный элемент для урегулирования нерешенных претензий между государствами из-за действий, совершенных каждым из них во время войны.[71]Эти вопросы должны были быть решены в дополнение к официальной делимитации границ между сторонами, чтобы способствовать восстановлению позитивных отношений между двумя государствами.

Возникает вопрос, почему для урегулирования разногласий между Эритреей и Эфиопией потребовалась третья сторона, а не единовременное урегулирование в качестве удовлетворения претензий. Единовременное урегулирование лучше всего использовать в тех случаях, когда сторонам достаточно ясно, в чем заключается ответственность соответствующего государства, и они могут договориться о соответствующей сумме возмещения. Такие урегулирования также легче

[67]В соответствии с Соглашением 2000 года ЕЭКЦ было поручено "принять такие методы эффективного ведения дел и обработки массовых претензий, которые он сочтет целесообразными". Соглашение 2000 г., ст. 5(10).

[68]Натали Кляйн, "Ответственность государства за нарушения международного гуманитарного права и работа Комиссии по претензиям Эритреи и Эфиопии на сегодняшний день", 47 *German Yearbook of Inter-national Law* 214 (2004); J. Romesh Weeramantry, "Частичные решения Комиссии по претензиям Эритреи и Эфиопии в отношении гражданских претензий за нарушения международного гуманитарного права и права прав человека", (2006) 100 AJIL 201.

[69]Соглашение 2000 года, ст. 4. [70]Там же, ст. 3(2). Однако этот орган не был создан.

[71]Например, Эритрея была озабочена урегулированием, в частности, претензий эритрейцев и эфиопов по национальному признаку, которые были изгнаны и их имущество было конфисковано, а Эфиопия добивалась возмещения экономического ущерба, понесенного в результате войны, а также репараций за поведение Эритреи во время войны, включая бомбардировку школы в одном из городов вблизи границы.

[72]Претензии, существующие между Эритреей и Эфиопией, были обширными, и ответственность оспаривалась между сторонами на отдельном этапе разбирательства в ЕЭКК, до определения суммы причитающейся компенсации. [73]В свете масштабов разногласий между государствами по поводу ответственности за предполагаемые нарушения международного гуманитарного права и других международно-правовых обязательств, обращение к форуму нейтральной третьей стороны становится более очевидным выбором.

Джон Крук отметил, что комиссии по рассмотрению претензий "приносят наибольшую пользу в тех случаях, когда существует характерное сочетание факторов: (а) большое количество людей, находящихся в одинаковом положении, пострадали от аналогичных травм, (б) какой-то орган вынес авторитетное решение о том, что эти травмы дают право на компенсацию, и (в) основополагающий политический консенсус и адекватные ресурсы поддерживают процесс".[74]Это замечание, как правило, предполагает, что до начала процедуры должно быть принято решение об ответственности или создана сильная презумпция в ее пользу. Хотя в случае с ЕВЦК этого явно не было, подобные характеристики можно почерпнуть из опыта ККООН, а также из других, более поздних процессов комиссий по рассмотрению претензий (например, связанных с Холокостом и урегулированием жилищных претензий в Боснии и Герцеговине и в Косово).

Хотя отдельные лица могут получить прямой доступ к международным разбирательствам через комиссии по рассмотрению претензий, участие государства остается очевидным. В конечном счете, различные обстоятельства, лежащие в основе создания комиссий по претензиям, не позволяют сделать широкие выводы о том, почему этот механизм может быть предпочтительным для разрешения споров, касающихся обращения с гражданами за рубежом. Некоторые из современных практик предполагают, что возможность секвестировать конкретный спорный вопрос через якобы нейтральный процесс выводит его из (обычно) продолжающейся двусторонней динамики между вовлеченными государствами. Несмотря на то что комиссия может рассматривать вопросы суверенного значения (например, вопросы двойного гражданства в Трибунале по претензиям Ирана и США, а также ответственность за применение силы в ЕЭКЦ), существует возможность для комиссии

[72]Бедерман, выше n. 47, 26. Бедерман также указал на использование комиссий по рассмотрению претензий в тех случаях, когда в спорных контрактах отсутствуют положения об урегулировании споров, которые в противном случае могли бы открыть возможность разрешения споров в рамках международного коммерческого арбитража. Там же, 27.

[73]Решения изложены на веб-сайте Постоянной палаты третейского суда, доступном по адресу www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag id=1151.

[74]Crook, выше, n. 50, 83.

действовать вне поля зрения прямых, постоянных отношений соответствующих государств.

Сохраняющаяся роль межгосударственных судебных процессов

Помимо комиссий по рассмотрению претензий, межгосударственное судебное разбирательство или арбитраж возможны в тех случаях, когда между соответствующими государствами существует юрисдикция.[75]Более того, отсутствие договорных обязательств может ограничить возможности отдельных лиц добиваться возмещения своих претензий. В этом контексте "Дипломатическая защита, осуществляемая государством на межгосударственном уровне, остается важным средством защиты лиц, чьи ... права были нарушены за рубежом"[76].

Для того чтобы государство могло воспользоваться своим правом на дипломатическую защиту, необходимо выполнить ряд требований. Эти требования подвергаются особой проверке в контексте межгосударственных судебных разбирательств, когда государство-ответчик может оспорить приемлемость претензий, предъявленных государством, заявляющим о праве на дипломатическую защиту. Эти требования к осуществлению права на дипломатическую защиту изложены в статьях КМП о дипломатической защите[77]и включают в себя исчерпание местных средств правовой защиты[78]и установление надлежащей национальной принадлежности претензии.[79]

[75]Постоянная палата международного правосудия рассмотрела по меньшей мере десять спорных дел, связанных с осуществлением дипломатической защиты: *Дело о палестинских концессиях Мавромматиса (Греция* против *Соединенного Королевства) (юрисдикция)*, [1924] PCIJ (ser. A) № 2; *Некоторые немецкие интересы в польской Верхней Силезии (Германия* против *Польши) (по существу)*, [1926] (ser. A) № 7; *Завод в Хорзове (Германия* против *Польши) (возмещение ущерба)*, [1928] PCIJ (ser. A) № 17; *Дело СС Лотус (Франция против Турции)*, [1927] PCIJ (ser. A) №. 10; *Выплата различных сербских займов, выданных во Франции (Франция* против *Югославии)*, [1929] PCIJ (сер. A) № 20; *Фосфаты в Марокко (Италия* против *Франции)*, [1938] PCIJ (сер. A/B) №. 74; *Железная дорога Паневежис-Салдутискис (Эстония* против *Литвы)*, [1938] PCIJ (ser. A/B) № 75; *Soci´et´e Commerciale de Belgique (Бельгия* против *Греции)*, [1939] PCIJ (ser. A/B) № 78.

[76]Статьи КМП о дипломатической защите, 26. См. также Francisco Orrego Vicuna, 'Changing Approaches to the Nationality of Claims in the Context of Diplomatic Protection and International Dispute Settlement', in Sabine Schlemmer-Schulte et al. (eds.), *Liber Ami-corum Ibrahim F. I. Shihata: International Finance and Development Law* (The Hague: Kluwer Law International, 2001) ("Остаточная роль дипломатической защиты представляется более адекватной в той мере, в какой этот механизм может вмешиваться только тогда, когда нет международных процедур, непосредственно доступных для пострадавшего лица").

[77]Работа КМП по дипломатической защите подверглась значительному научному анализу. См. например, Ален Пелле, "Вторая смерть Еврипида Мавромматиса? Заметки о проекте статей Комиссии международного права о дипломатической защите", (2008) 7 *Law and Practice of International Courts and Tribunals* 33; Milano, выше n. 1.

[78]Статьи КМП о дипломатической защите, ст. 14 и 15. [79]Там же, статьи. 4-8.

Успешное оспаривание приемлемости исков, поданных на основании дипломатической защиты, препятствовало разрешению споров по существу. Например, спор *Interhandel* был неприемлем из-за того, что Швейцария не исчерпала местные средства правовой защиты в США;[80]Лихтенштейн не имел locus standi из-за отсутствия реальной связи со своим государством в деле *Nottebohm*;[81]а Бельгия не имела locus standi для рассмотрения иска акционеров компании, зарегистрированной в Канаде, в деле *Barcelona Traction*.[82]

Более поздним решением Международного Суда, касающимся дипломатической защиты, было дело *Ахмаду Садио Диалло*.[83]Это дело касалось Диалло, гражданина Гвинеи, который проживал в Демократической Республике Конго (ДРК) более тридцати лет. Диалло основал две компании в ДРК и был руководителем и *ассоциированным* членом обеих. После того как Диалло попытался взыскать денежные средства, причитающиеся компаниям от государства, а также от государственных и частных компаний, он был депортирован в Гвинею после ареста и тюремного заключения.

При возбуждении дела в МС Гвинея утверждала, что Диалло было отказано в правах по Венской конвенции о консульских сношениях, и далее на основании дипломатической защиты утверждала, что права Диалло как физического лица и как *участника* компаний были нарушены в отношении стандартов прав человека, а также "минимального стандарта цивилизации".[84]На стадии предварительных возражений ДРК заявила, что Диалло не исчерпал местные средства правовой защиты и что Гвинея также не имеет права требовать дипломатической защиты компаний, поскольку эти компании не были зарегистрированы в соответствии с законами Гвинеи.[85]МС отклонил первое возражение, но поддержал второе возражение.

При рассмотрении второго возражения особое внимание было уделено роли Международного Суда в разрешении исков иностранных инвесторов. В решении 1970 года по делу *Barcelona Traction* Суд постановил, что Бельгия не имеет права предъявлять иск от имени бельгийских акционеров к Испании, когда данная компания была зарегистрирована в Канаде.[86]Хотя Международный Суд указал в деле *Barcelona Traction*, что могут существовать обстоятельства

[80]*Дело Interhandel (Швейцария* против *Соединенных Штатов) (Предварительные возражения)*, [1959] ICJ Rep. 6.

[81]*Дело Nottebohm (Лихтенштейн* против *Гватемалы)*, [1955] ICJ Rep. 4.

[82]*Дело Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd (Бельгия* против *Испании) (Вторая фаза)*, [1970] ICJ Rep. 3 (*Barcelona Traction)*.

[83]*Diallo - Preliminary Objections*, выше n. 2; *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo) (Merits)*, [2010] ICJ Rep. 639 (*Diallo - Merits*).

[84]*Диалло - Предварительные возражения*, выше, п. 2, [28]. [85]Там же, [32].

[86]Обсуждение сохраняющейся актуальности *"Барселонской тяги"* в свете практики государств см. в Lawrence Jahoon Lee, "*Barcelona Traction* in the 21st Century: Revisiting its Customary

[88]Эта ограничительная позиция Международного Суда не отражена в двусторонних инвестиционных договорах, которые обычно расширяют возможный круг истцов за счет определения "инвестор". Таким образом, потенциальное использование межгосударственного судопроизводства для защиты юридических лиц, уже ограниченное консенсуальной основой юрисдикции, с большей вероятностью будет происходить в контексте арбитража по спорам между инвесторами и государством из-за ограниченных оснований для locus standi для государств в соответствии с обычными правилами дипломатической защиты.

На стадии рассмотрения дела по существу дело *Диалло* отражает применение международного права прав человека[89]и прав, касающихся консульской помощи, в контексте межгосударственного судебного процесса. Применяя МПГПП и Африканскую хартию прав человека и народов (Африканская хартия) к фактам, связанным с обращением Диалло, Международный суд принял во внимание практику Комитета по правам человека, а также Африканской комиссии по правам человека и народов, Европейского суда по правам человека и Межамериканского суда по правам человека.[90]По мнению МС, это было целесообразно "для достижения необходимой ясности и существенной последовательности международного права, а также правовой безопасности, на которую имеют право как лица с гарантированными правами, так и государства, обязанные соблюдать договорные обязательства".[91]При этом Суд обеспечил

and Policy Underpinnings 35 Years Later", (2006) 42 *Stanford Journal of International Law* 237, 247-55.

[87]*Barcelona Traction*, выше, п. 82, [93]. Такие возможности возникают, когда компания больше не существует, корпорация имеет гражданство государства, причинившего ущерб, или когда нарушаются прямые права. Stephen J. Knight and Angus J. O'Brien, '*Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea* v. *Democratic Republic of the Congo*): Уточнение сферы применения дипломатической защиты прав корпораций и акционеров", (2008) 9 *Melbourne Journal of International Law* 151, 152-3.

[88]*Diallo - Preliminary Objections*, выше n. 2, [89]-[90]. См. дальнейшее обсуждение в Alberto Alvarez-Jime´nez, 'Foreign Investors, Diplomatic Protection and the International Court's decision on Preliminary Objections in the *Diallo* Case', (2007-8) 33 *North Car-olina Journal of International Law and Commercial Regulation* 437, 450-3; Annemarieke Vermeer-Ku¨nzli, '*Diallo* and the Draft Articles: The Application of the Draft Articles on Diplomatic Protection in the *Ahmadou Sadio Diallo* Case", (2007) 20 *Leiden Journal of International Law* 941, 946-9.

[89]Гвинея заявила о нарушениях ст. 13 и ст. 9 МПГПП, а также нарушения ст. 21, ст. 14 и ст. 6 Африканской хартии прав человека и народов.

[90]*Diallo - Merits*, выше n. 83, [66]-[68].

[91]Там же, [66]. Примечательно, что выводы Суда по некоторым нарушениям прав человека были единогласными. Там же, [165].

что существует преемственность и последовательность в средствах правовой защиты, доступных для индивидов, при условии, что государство готово принять требования индивида на основании дипломатической защиты.[92]

Диалло также подтвердил, что нарушение индивидуальных прав, закрепленных в Венской конвенции о консульских сношениях, может быть рассмотрено в МС, хотя государство все равно должно предъявить эти претензии. Существует факультативный протокол к Венской конвенции о консульских сношениях, участниками которого в настоящее время являются 173 государства, позволяющий обращаться в МС по спорам, связанным с толкованием или применением этого договора.[93]Как уже упоминалось ранее, против США было подано три иска, касающихся консульских прав иностранных граждан, приговоренных к смертной казни: *Дело о Венской конвенции о консульских сношениях*, *ЛаГранд*, *Авена и другие мексиканские граждане*.

Дело о Венской конвенции было возбуждено Парагваем от имени Анхеля Бреара, который не был проинформирован о своем праве на консульскую помощь. Парагвай обратился в МС с просьбой о принятии временных мер, но после приведения в исполнение смертного приговора Бреарду Парагвай прекратил разбирательство.[94]

В деле *LaGrand* Германия возбудила дело против Соединенных Штатов за нарушение прав Германии, а также прав братьев LaGrand, которые не были проинформированы о своем праве связаться с консульскими работниками Германии, когда были задержаны и арестованы за преступление, караемое смертной казнью. Германия успешно добилась от Суда постановления о принятии временных мер до казни второго брата,[95]но Соединенные Штаты не смогли предотвратить казнь, как требовалось.[96]В отличие от Парагвая, Германия продолжила дело против Соединенных Штатов, добавив к своему иску несоблюдение Соединенными Штатами временных мер Суда в качестве еще одного нарушения международного права.

Предположительно, Германия продолжила рассмотрение дела из-за своей оппозиции к смертной казни и из-за принципов, поставленных на карту. Поскольку Соединенные Штаты

[92]В своем особом мнении судья Канкадо Тринидаде отразил роль Суда в обеспечении материальной защиты прав человека, в то время как дипломатическая защита является средством, с помощью которого такая защита может быть предоставлена. *Diallo - Merits*, выше n. 83, Особое мнение судьи Канкадо Тринидаде, часть III.

[93]Факультативный протокол к Конвенции об обязательном разрешении споров (открыт для подписания 24 апреля 1963 года, вступил в силу 21 июня 1985 года), 1400 UNTS 339.

[94]*Венская конвенция о консульских сношениях (Парагвай* против *Соединенных Штатов Америки), (постановление от 10 ноября 1998 года)*, [1998] ICJ Rep. 426.

[95]*LaGrand (Germany* v. *United States) (временные меры)*, [1999] ICJ Rep. 9.

[96]На стадии рассмотрения дела по существу Суд подтвердил, что его постановления о временных мерах являются обязательными для государств. *LaGrand*, выше n. 16, [109].

Германия не теряла многого, продолжая судебный процесс, поскольку Соединенные Штаты признали нарушение своего обязательства уведомить братьев Лагранд об их консульских правах. В итоге Германия добилась решения, которое обязывало Соединенные Штаты предоставить пострадавшим гражданам средства правовой защиты:

> [Извинений] будет недостаточно в случаях, когда соответствующие лица были подвергнуты длительному содержанию под стражей или осуждены и приговорены к суровым наказаниям. В случае такого осуждения и вынесения приговора Соединенные Штаты обязаны разрешить пересмотр и повторное рассмотрение осуждения и приговора с учетом нарушения прав, изложенных в Конвенции. Это обязательство может быть выполнено различными способами. Выбор средств должен оставаться за Соединенными Штатами.[97]

Соединенные Штаты также предоставили гарантии неповторения и взяли на себя обязательство разработать широкую и подробную программу по обеспечению соблюдения сотрудниками правоохранительных органов международных требований, предусмотренных Венской конвенцией.[98]

Третье из этих дел Мексика возбудила против Соединенных Штатов. Учитывая, что Германия уже рассмотрела свое дело против Соединенных Штатов и Суд указал на надлежащее средство правовой защиты, может возникнуть вопрос о том, почему было необходимо возбуждать еще одно дело. В отличие от Германии, в Мексике более пятидесяти ее граждан ожидают смертной казни, и эти граждане были живы и находились на различных стадиях обжалования на момент представления дела.[99]Как и Германия, Мексика решительно выступает против смертной казни. Чтобы помочь своим гражданам в Соединенных Штатах, Мексика создала юридические бюро, специально предназначенные для оказания помощи мексиканским гражданам, обвиняемым в преступлениях, караемых смертной казнью.

Хотя Мексика явно была заинтересована в защите этих граждан в Соединенных Штатах, можно утверждать, что в то время этот вопрос не был самым острым в отношениях между Мексикой и Соединенными Штатами. Однако это было время, когда президенты Соединенных Штатов и Мексики поддерживали тесные отношения. По всей видимости, Мексика решила занять моральную позицию в этом конкретном вопросе. Безусловно, Мексика получила мощную поддержку в Центральной и Южной Америке, о чем свидетельствует вынесенное ранее консультативное заключение по этому вопросу Межамериканского суда по правам человека.[100]

[97]Ibid., [125]. [98]Ibid., [124].

[99]МС пришел к выводу, что исчерпание местных средств правовой защиты не является обязательным. См. ниже nn. 104-107 и сопроводительный текст.

[100]*Право на информацию о консульской помощи в рамках гарантий надлежащей правовой процедуры*, Межамериканский суд по правам человека, Консультативное заключение № 16, 1 октября 1999 года.

В деле *Авены* Международный Суд признал, что права принадлежат как непосредственно Мексике, так и отдельным лицам, и поэтому государство может подать в Суд оба иска.[101]Было высказано предположение, что таким образом Мексика представляет права своих граждан, а не принимает эти иски и "в действительности отстаивает свои собственные права".[102]Эта точка зрения поддерживает идею о том, что существует основа, на которой государства могут разрешать споры посредством межгосударственных судебных разбирательств по поводу нарушения индивидуальных прав своих граждан, находящихся за рубежом.

Более того, в этих обстоятельствах требование об исчерпании местных средств правовой защиты не применялось, поскольку Суд обратил внимание на взаимозависимость требований, поданных от имени Мексики в связи с ущербом, нанесенным непосредственно мексиканским гражданам и через них.[103]В этой ситуации Международный Суд счел, что при наличии такого совпадения интересов иностранные граждане не обязаны исчерпывать местные средства правовой защиты.[104]Это новое исключение было установлено после того, как было установлено, что средства правовой защиты в Соединенных Штатах неэффективны,[105]или ограничение исключения особыми обстоятельствами дела.[106]Таким образом, создание еще одного исключения из требования об исчерпании местных средств правовой защиты может быть истолковано как расширение случаев, когда государства подают межгосударственные иски о нарушении консульских прав (или других прав) граждан за рубежом.

Этого, пожалуй, достаточно, чтобы продемонстрировать, что государства по-прежнему заинтересованы в межгосударственных судебных разбирательствах, когда ставки достаточно высоки. Однако количество межгосударственных дел меркнет по сравнению с количеством дел, возбуждаемых инвесторами.

Заключение

Учитывая, что на кону часто стоят политические, экономические или иные интересы заинтересованных стран, наличие межгосударственного судебного процесса может стать полезным инструментом переговоров в стремлении решить проблемы граждан, пострадавших за рубежом. В конечном счете, разнообразие доступных для частных лиц способов может избавить их от необходимости полагаться на помощь государства. Это

[101]*Авена*, выше, п. 16, [40].
[102]Как охарактеризовано в *Mavrommatis*, выше n. 2. См. также Pellet, выше n. 77, 48-50.
[103]*Авена*, выше, п. 16, [40]. [104]Там же.
[105]Этот подход был поддержан судьей Томкой. Там же, Особое мнение судьи Томки, [11]-[13].
[106]Подход, которому отдали предпочтение судьи Раньева, Верещетин и Парра-Арангурен. Там же, Декларация вице-президента Раньевой, [11]-[13]; Особое мнение судьи Верещетин, [12]-[13]; Особое мнение судьи Парра-Арангурен, [23]-[28].

Эта ситуация была бы предпочтительной, учитывая ориентированность на государство, которая в противном случае пронизывает нормы, касающиеся прав государств действовать от имени отдельных лиц. Поскольку государства не обязаны предпринимать действия в интересах своих граждан, чем больше возможностей у самих лиц, тем больше вероятность того, что средства правовой защиты их вреда будут достигнуты.

20

Судебное разбирательство споров по международному праву: куда обращаться?

ЧЕЗАРЕ П. Р. РОМАНО

В главах этой книги предпринята попытка определить, какие государства или группы государств прибегают к международным судебным разбирательствам и при каких обстоятельствах; области международного права и отношений, в которых, как представляется, происходит большинство судебных разбирательств; и факторы, ограничивающие возникновение международных судебных разбирательств. Они дают богатый портрет фактического состояния международного судопроизводства на данный момент истории, портрет со светом и множеством теней. Действительно, несмотря на обилие международных судебных органов, созданных в разные времена и в разных регионах, международная судебная практика (т. е. создание и использование международных судебных органов) все еще неравномерна.[1]

Во-первых, если в одних регионах мира существует множество международных судебных органов, которые дублируют друг друга, то в других их нет. В то время как одни государства признают юрисдикцию нескольких международных судебных органов, другие не признают никакой. Во-вторых, модели использования непоследовательны. Даже там, где существуют международные судебные органы, зачастую они чаще используются одними субъектами, чем другими. В-третьих, некоторые области международных отношений подверглись судебной рационализации значительно больше, чем другие.

Как однажды сказал один мудрый человек, "предсказывать очень трудно, особенно будущее"[2]Тем более трудно, когда события еще только разворачиваются. В конце концов, большой взрыв в истории международного судопроизводства произошел всего около двух десятилетий назад, в конце холодной войны - несколько минут назад в масштабах истории международного права.

[1]Обзор неравномерного состояния международной судебной системы см. в Benedict Kings-bury, 'International Courts: Uneven Judicialization in Global Order", in James Crawford and Martti Koskenniemi (eds.), *The Cambridge Companion to International Law* (Cam-bridge University Press, 2012) 203; Cesare Romano, "The Shadow Zones of International Judicialization", in Cesare Romano, Karen Alter, and Yuval Shany (eds.), *The Oxford Uni-versity Press Handbook of International Adjudication* (Oxford University Press, 2013) 90.

[2]Приписывается Нилу Бору (но также медведю Йоги и Марку Твену). См. например, Нильс Бор, Википедия: свободная энциклопедия, доступно по адресу: http://en.wikipedia.org/wiki/Niels Bohr.

Как бы то ни было, рискуя быть осмеянным будущими поколениями ученых, я рискну сделать несколько рискованных предсказаний.

В наши дни популярно задаваться вопросом, не достигли ли международные судебные процессы высшей точки.[3]Сколько еще можно создать международных судебных органов? Сколько еще может быть международных судебных разбирательств? Ощущение перенасыщенности, вероятно, вызвано сравнением с недалеким прошлым, когда международные суды можно было пересчитать по пальцам одной руки, а судебные разбирательства были спорадическими событиями, редко попадавшими в заголовки газет.

Будет ли в будущем больше международных судов и трибуналов? Короткий ответ - это квалифицированное "да". Государства создают международные суды либо потому, что они нужны им для того, чтобы сделать что-то, что они не могут сделать в одностороннем порядке или другими способами (например, Международный уголовный суд), либо потому, что их не устраивают существующие международные суды (например, Международный трибунал по морскому праву (ITLOS) был создан в качестве реакции на недостатки Международного суда (ICJ)). Эти два фактора, способствующие увеличению числа международных судов, сохранятся. Вопрос в том, где и какие виды новых международных судов мы увидим в недалеком будущем.

В настоящее время на глобальном уровне действуют только четыре судебных органа: МС, Система разрешения споров Всемирной торговой организации (ВТО), ITLOS и Международный уголовный суд (МУС). Кроме них, существует ряд глобальных международных арбитражных органов, два наиболее важных из которых - Постоянная палата третейского суда и Международный центр по урегулированию инвестиционных споров.

Конечно, ни один из них не является по-настоящему глобальным, поскольку юрисдикция не распространяется на все государства. Это происходит либо потому, что организация, в которую входит судебный орган, не имеет универсального членства (например, ВТО), либо потому, что договор, создающий судебный орган, не получил всеобщей ратификации (например, МУС), либо потому, что, хотя организация имеет универсальное (или практически универсальное) членство (например, ООН), судебные органы при ней (например, МС или ITLOS) имеют юрисдикцию только в той мере, в какой государства прямо признали ее. Если смотреть на будущее с того места, где я сейчас пишу, то из четырех глобальных судебных систем единственной, которая, похоже, имеет разумные шансы стать по-настоящему универсальной, является система разрешения споров ВТО, благодаря тому гравитационному эффекту, который ВТО приобретает, включив в свой состав все значимые мировые экономики. Несмотря на стремление ее основателей, в

[3]См. например, Vaughan Lowe, "The Function of Litigation in International Society", (2012) 61 ICLQ 209, 210.

МТП, похоже, не сможет добиться всеобщего членства в течение нескольких десятилетий, если вообще сможет.

На данном этапе истории ощутимые изменения в глобальном распределении сил между крупными государствами и сдвиги в доминирующих подходах к международному правопорядку ставят под сомнение перспективы управления с помощью новых всеобъемлющих глобальных правовых режимов.[4]Как следствие, это уменьшает шансы на создание новых судов в рамках таких договоров. В настоящее время не создано ни одного нового судебного органа с глобальным охватом. Последним "глобальным судом" был МУС - судебный орган, созданный в начале тысячелетия. Хотя создание Всемирного суда по правам человека было бы желательным, если не необходимым, чтобы обеспечить каждому человеку доступ к обязательным международным средствам правовой защиты, этот проект еще должен получить достаточную поддержку среди правительств, чтобы начать долгий путь к реальному созданию.[5]

При этом глобальный уровень традиционно является сложной территорией для судебного процесса. Большинство международных судебных органов, населяющих современную сцену, возникли на региональном или субрегиональном уровне. Если новые суды и будут создаваться, т о именно на этом уровне. Поэтому можно с уверенностью сказать, что будет заключаться больше региональных соглашений об экономической интеграции. В большинстве из них будет присутствовать тот или иной судебный орган, либо с выраженными судебными чертами и подражающий Европейскому суду (ECJ), либо с более выраженными арбитражными чертами по образцу Североамериканского соглашения о свободной торговле (NAFTA)/ВТО.[6]Трудно представить себе соглашение о свободной торговле между США и Европейским союзом - проект, о котором сейчас много говорят, - без того или иного механизма урегулирования споров.

Глядя на пазл международных судебных органов, можно заметить несколько пробелов. Например, можно представить, что в один прекрасный день, помимо региональных судов по правам человека в Европе, Америке и Африке, появится один или несколько судов в Азии или, по крайней мере, в некоторых ее субрегионах. Существуют некоторые

[4]Kingsbury, выше, n. 1, 223.

[5]Манфред Новак, "Пришло время для Всемирного суда по правам человека", в Шериф Бассиуни и Уильям Шабас (ред.), *Новые вызовы для механизма ООН по правам человека: Какое будущее ждет систему договорных органов ООН и процедуры Совета по правам человека?* (Mortsel, Belgium: Intersentia, 2011) 17; Джулия Козма, *Всемирный суд по правам человека, Сводный статут и комментарии* (Вена: Neuer Wissenschaftlicher Verlag, 2010); Чезаре Романо, "Вы меня слышите? Making the Case for Extending the International Judicial Network', (2009) 9 *Chicago Journal of International Law* 233, 267-8.

[6]Karen Alter, 'The Global Spread of European Style International Courts', (2012) 35 *West European Politics* 135; Karen Alter, *The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights* (Princeton University Press, 2013).

[7]Также было бы неправдоподобно представить себе региональный суд по правам человека, объединяющий различные островные государства Тихого океана.[8]Кроме того, большее количество судов по правам человека может появиться как реакция на недостатки существующих судов.

В уголовной сфере в будущем, вероятно, появится больше гибридных международных уголовных судов.[9]Эти специальные упражнения в области национального/международного правосудия заполняют нишу и помогают устранить пробел в системе подотчетности. Как уже говорилось, МУС не имеет и, скорее всего, никогда не будет иметь универсального членства. Он также не обладает ретроспективной юрисдикцией, поскольку может выносить решения только по событиям, произошедшим после 1 июля 2002 года. Только по этим причинам гибридные международные суды будут оставаться наиболее динамичной - хотя и довольно дисфункциональной - частью международного уголовного судебного ландшафта.

Увеличение числа международных судебных органов может стать результатом рационализации квазисудебных органов. Существуют десятки международных комиссий, групп и различных органов, выполняющих функции, весьма схожие с функциями международных судов и трибуналов, с т о й лишь разницей, что результаты их разбирательств не являются юридически обязательными для сторон.[10]Два крупнейших порядка - это органы по правам человека и процедуры несоблюдения многосторонних экологических договоров. Опять же, если бы не необязательный характер их решений, они были бы неотличимы от международных судебных органов. По крайней мере, в случае некоторых из них, таких как Комитет по правам человека, это различие становится нечетким.[11]Наделение их обязательными полномочиями избавило бы от необходимости создавать новые и дорогостоящие международные судебные органы.

В целом, если создание новых судебных органов маловероятно, по крайней мере, такими же бешеными темпами, как в последние два десятилетия, то увеличение объема дел и судебной деятельности существующих судебных органов, скорее всего, продолжится. Во-первых, по большому счету, в так называемой международной судебной системе существует избыточный потенциал, который еще не задействован. Во-вторых, модели использования

[7]Romano, выше, n. 1. [8]Romano, выше, n. 8, 264 и далее.

[9]Cesare Romano and The´o Boutrouche, 'Tribunaux pe´naux internationalise´s: e´tat des lieux d'une justice "hybride"', (2003) 107 *Revue g´en´erale de droit international public* 109.

[10]Cesare Romano, "A Taxonomy of International Rule of Law Institutions", (2011) 2 *Journal of International Dispute Settlement* 241, 260.

[11]См. в целом, Ассоциация международного права, "Заключительный доклад о влиянии выводов договорных органов ООН по правам человека", Берлинская конференция по международному праву и практике в области прав человека, 2004.

(11) В целом, Ассоциация международного права, "Заключительный доклад о влиянии выводов договорных органов по правам человека Организации Объединенных Наций", Берлинская конференция по международному праву и практике в области прав человека, 2004.

Что касается объема дел, то, похоже, у Международного Суда есть все дела, которые он может обработать. Трудно представить его более загруженным, чем сейчас, по двум причинам. Первая заключается в т о м , что он открыт только для суверенных государств, а их в мире насчитывается немногим менее 200. К этому следует добавить его значительные юрисдикционные ограничения. Многие государства не признали его юрисдикцию, не являются участниками договора, предоставляющего ему юрисдикцию, и не проявляют никакой склонности делать это ad hoc. Китай - лишь один из примеров. Сколько дел в течение года могут рассмотреть те государства, которые признали его юрисдикцию или г о т о в ы сделать это ad hoc? Вторая причина заключается в том, что в том виде, в котором он сейчас организован и функционирует, он не может работать с большим количеством дел, чем сейчас. Поскольку МС неоднократно доказывал свою невосприимчивость к реформам - за исключением нескольких косметических исправлений - он является и будет оставаться форумом, куда государства могут время от времени обращаться для разрешения определенных видов споров - примечательным форумом из-за его уникальной роли и положения в рамках ООН - но с этим структурным ограничением он, несомненно, не станет стержнем международной судебной системы, как того хотели бы многие его ученики.

Конечно, больше государств могут и должны быть вовлечены в судебные процессы в МС. С 1946 года, на момент написания этой статьи, в него было передано 152 дела.[12]В общей сложности чуть менее половины государств мира (девяносто) были либо заявителями, либо ответчиками, либо совместными субмитентами. Соединенные Штаты являются самым частым пользователем - двадцать три дела (тринадцать в качестве заявителя, девять в качестве ответчика и одно по специальному соглашению), за ними следуют Великобритания и Франция - по тринадцать (соответственно семь, пять и одно, и пять, семь и одно). Следующей будет Югославия, но цифры спорны. Всего одиннадцать дел, но только если добавить к ним дела Югославии, Сербии и Сербии-Монтенегро, а также отдельно посчитать залп дел, поданных ею против нескольких членов НАТО в 1999 году. Далее следует первая развивающаяся страна, Никарагуа, с девятью делами (шесть и три), за ней Германия и Бельгия - по семь (соответственно три, два и два, и четыре, два и одно).

Однако наиболее заметным является то, что из девяноста государств, участвовавших в рассмотрении дел в МС, семьдесят восемь имеют на своем счету четыре или менее дел, а шестьдесят - два или менее. Другими словами,

[12]Международный суд ООН, Список всех дел, см. www.icj-cij.org/docket/index. php?p1=3.

Использование МС достаточно широко, но в то же время лишь несколько стран являются его постоянными пользователями. Самое вопиющее отсутствие в этом списке - Китай, постоянный член Совета Безопасности ООН, который до сих пор пренебрегал главным судебным органом ООН. Все, чем может похвастаться Россия, еще один постоянный член, это тем, что она была ответчиком по делу, возбужденному Грузией (и в итоге МС признал, что у него нет юрисдикции),[13]и, если считать с СССР, четыре дела, возбужденные Соединенными Штатами по факту сбитых самолетов, ни к чему не привели.[14]

Тот факт, что Соединенные Штаты, Великобритания и Франция вместе взятые фигурируют примерно в одном деле из трех, переданных в МС, и холодное отношение будущих сверхдержав (Китая, Бразилии, России и Индии, а также Индонезии, Южной Африки, Южной Кореи и Японии), должны заставить задуматься тех, кто хотел бы, чтобы МС стал стержнем международной судебной системы.[15]Опять же, модели использования говорят о том, что он является и будет оставаться в лучшем случае полезным инструментом для разрешения определенных видов споров в основном избранной группой серийных пользователей, но не более того.

Государства будут продолжать генерировать относительно значительные объемы международных судебных разбирательств. Например, в этой книге Коултер Лэтроп рассказал нам, что делимитация морских границ может стать значительным источником судебных разбирательств в ближайшие годы.[16]В конце концов, из примерно 430 потенциальных морских границ по всему миру было делимитировано менее 200 (а некоторые - лишь частично).[17]Однако он также рассказал нам, что переговоры являются наиболее часто используемым инструментом для делимитации морских границ. До сих пор судебные разбирательства привели к урегулированию всего двух десятков морских границ.[18]Более того, большинство из тех немногих спорных границ, которые будут рассматриваться в судебном порядке, скорее всего, будут рассматриваться в арбитраже, а не в МС или ITLOS.

ВТО, еще одна судебная система, открытая только для государств, вполне может стать свидетелем новых судебных разбирательств. Как рассказал нам Рафикул Ислам, подавляющее большинство дел, рассматриваемых в ВТО, - это дела между сверхдержавами международного масштаба

[13]*Дело о применении Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Грузия* против *Российской Федерации) (предварительные возражения)*, [2011] ICJ Rep. ..

[14]*Авиационный инцидент от 7 октября 1952 года (Соединенные Штаты* против *СССР)*, [1956] ICJ 9; *Авиационный инцидент от 4 сентября 1954 года (Соединенные Штаты* против *СССР), Ордер*, [1958] ICJ Rep. 158; *Авиационный инцидент от 7 ноября 1954 года (Соединенные Штаты* против *СССР), Ордер*, [1959] ICJ Rep. 276; *Обращение в Венгрии с самолетами и экипажами Соединенных Штатов Америки (Соединенные Штаты* против *СССР), Ордер*, [1954] ICJ Rep. 99.

[15]Romano, above n. 1. [16]См. главу 11 в настоящем томе. [17]Ibid. [18]Ibid.

[19]Из-за опоры на контрмеры как инструмент исполнения решений в ВТО развивающиеся страны, и прежде всего наименее развитые, не принимают в ней участия. Этот практически неиспользуемый резерв, а также расширение общего членства и выход Китая на новый уровень, вероятно, приведут к росту числа дел в системе разрешения споров ВТО (коллегии и Апелляционный орган).

В то же время судебные разбирательства могут сократиться и в других областях. Как объяснил Честер Браун, количество двусторонних инвестиционных договоров выросло с нуля в 1959 году до 2 833 на конец 2011 года.[20]В то же время судебные разбирательства по инвестиционным спорам в рамках двусторонних инвестиционных договоров выросли с нуля в 1987 году до 450 в 2011 году.[21]Это феноменальный рост по любым стандартам. Однако, как объясняет Браун, в последние годы государства, развитые и развивающиеся, восточные, западные, северные и южные, заметно отошли от аналогичных положений или соглашений об урегулировании споров, что при прочих равных условиях обязательно скажется на общем количестве судебных разбирательств.[22]

Такие же искаженные модели использования можно обнаружить и в случае с МЦУИС, одним из многочисленных форумов, которые могут использоваться для рассмотрения инвестиционных споров.[23]На сегодняшний день, по имеющимся данным, завершено 250 арбитражных разбирательств и 169 находятся на рассмотрении.[24]Учитывая как завершенные, так и находящиеся на рассмотрении дела, в общей сложности 107 государств были вовлечены в судебные процессы по МЦУИС - почти всегда в качестве ответчиков, поскольку смысл этого механизма заключается в предоставлении инвесторам беспристрастного форума для разбирательства споров с государствами. Это весьма значительный показатель участия. Однако более половины из них (56) участвовали всего в двух или менее делах, а 89 - в пяти или менее делах. Всего 10 процентов государств участвовали в 44 процентах от общего числа (182 дела). Это Аргентина, которая возглавляет список с пятьюдесятью делами (двадцать пять завершенных и двадцать пять ожидающих рассмотрения), Венесуэла, Египет, Мексика, Эквадор, Перу, Украина, Венгрия, Румыния и Демократическая Республика Конго. Большинство дел Аргентины связано с одним единственным событием - дефолтом по суверенному долгу в 2001 году. Аналогичным образом, большинство случаев в Венесуэле связано с антипредпринимательскими мерами, предпринятыми правительством покойного Уго Чавеса. Но даже с учетом этого большинство исков было подано против нескольких государств. С точки зрения истца, использование ICS является одновременно и очень разрозненным, и концентрированным. Только двадцать четыре компании использовали МЦУИС более одного раза. Среди

[19]См. главу 17 в этом томе. [20]См. главу 18 в этом томе. [21]Там же.
[22]Там же. [23]Романо, выше, п. 1. [24]См. "Случаи", https://icsid.worldbank.org/.

Наиболее частыми пользователями являются две нефтяные компании (Mobil и Shell), которые неоднократно использовали систему через свои различные дочерние компании, и Impregilo, итальянская инфраструктурная компания. Все остальные имеют всего один или два случая.

Однако наибольший потенциал для развития судебной практики можно найти не в форумах, открытых только для государств или для государств и корпораций, а в тех, куда имеют доступ частные лица. Конечно, объем дел Европейского суда по правам человека достиг гигантских размеров. В 2012 году он сообщил о 128 100 делах, находящихся на рассмотрении.[25]Это число вполне может продолжать расти. В Европе, особенно в Восточной Европе, постоянно растет осведомленность о существовании суда и специальные знания о том, как им воспользоваться. Однако очевидно, что количество дел значительно превысило возможности суда по их рассмотрению. Процесс реформирования суда, чтобы остановить этот поток, начался несколько лет назад. Вступление в силу Протокола № 14 после многолетнего промедления и шантажа со стороны России дало суду некоторые ограниченные полномочия по ограничению количества дел, которые ему придется рассматривать, но необходимо провести гораздо более радикальные реформы, чтобы суд не задохнулся под тяжестью собственного успеха.

В другом масштабе то же самое можно сказать о Межамериканском суде по правам человека. С 1988 года, когда он вынес свое первое решение по существу, суд рассмотрел около 150 дел. В последние несколько лет темп роста его дел увеличился, и теперь в него поступает около двадцати - двадцати пяти дел в год. Увеличение количества дел, поступающих в суд, является результатом реформ, проведенных на уровне Межамериканской комиссии по правам человека, которая является поставщиком дел в суд.[26]За последнее десятилетие объем дел, поступающих в комиссию, вырос в геометрической прогрессии. В 2011 году она сообщила, что за этот год получила 1 658 дел (петиций).[27]В 1999 году их число составляло 581.[28]Как и в Европе, рост числа дел отражает растущую осведомленность о существовании этого средства правовой защиты и о том, как получить к нему доступ. Безусловно, их число будет расти в геометрической прогрессии,

[25]Европейский суд по правам человека, Ежегодный отчет (2012), 147 (Статистическая информация).

(26) "Если государство, о котором идет речь, признало юрисдикцию Межамериканского суда... и Комиссия считает, что государство не выполнило рекомендации доклада... она передает дело в Суд, *если только абсолютное большинство членов Комиссии не примет мотивированного решения о б обратном*" (курсив добавлен). Межамериканская комиссия по правам человека, Правила процедуры, ст. 45(1), с поправками, внесенными в ходе 137-й очередной сессии Комиссии, состоявшейся 28 октября - 13 ноября 2009 года, и вступившими в силу 31 декабря 2009 года.

[27]Межамериканская комиссия по правам человека, Ежегодный доклад (2011), глава 3.b, таблица А.

[28]Межамериканская комиссия по правам человека, Ежегодный доклад (1999), глава 3.b.

если система не будет реформирована. Фактически, на момент написания этой статьи начался шумный процесс обсуждения возможной реформы комиссии, возглавляемый некоторыми латиноамериканскими государствами, которые хотели бы, чтобы межамериканская система защиты прав человека стала менее доступной и, возможно, менее действенной.[29]

Однако, как показывает история всех международных судебных органов, как только людям предоставляется доступ, у них со временем появляется склонность к судебным разбирательствам. Поначалу количество возбужденных дел невелико, поскольку знания о существовании этих механизмов и о том, как их использовать, ограничены. Но по мере возбуждения дел и судебных разбирательств знания расширяются. Это единственное правдоподобное объяснение странной на первый взгляд статистики некоторых квазисудебных органов по правам человека. Например, в случае с Комитетом против пыток (КПП) Швейцария, Швеция и Канада занимают соответственно первое, второе и третье места в списке стран, против которых б ы л о подано наибольшее количество жалоб ("сообщений" на языке этих органов) (соответственно 135, 111 и 82).[30]Из шестидесяти четырех государств, признавших юрисдикцию комитета в отношении жалоб частных лиц, тридцать четыре государства никогда не были объектом жалоб, причем многие из них имеют не самые блестящие показатели в области прав человека. Например, хотя Россия признала юрисдикцию комитета в 1991 году, до настоящего времени против нее была подана только одна жалоба.[31]

Из всех квазисудебных органов ООН по правам человека только Комитет по правам человека имеет общее количество дел (2145 дел за всю историю его существования), в то время как количество дел других органов варьируется от нуля (права инвалидов) до двадцати семи (дискриминация в отношении женщин - CEDAW) и сорока пяти (расовая дискриминация).[32]Учитывая тот факт, что это органы ООН, а не региональные организации, и что семь десятков государств признали их юрисдикцию по приему индивидуальных сообщений (например, 115 в случае Комитета по правам человека; 102 для CEDAW; 64 для пыток и 54 для расовой дискриминации), эти цифры, несомненно, будут расти, если и когда осведомленность об этих механизмах будет расти.

[29]См. "Консультации для участников Межамериканской системы защиты прав человека", доступно на .www.oas.org/en/iachr/strengthening/consultation.asp

(30) "Статус сообщений, рассмотренных КПП в соответствии со Статьей 22 (24/07/ 2012)", доступно наwww2.ohchr.org/english/bodies/petitions/StatisticalInformation.htm (статистический обзор, 48-я сессия КПП).

[31]Там же.

(32) "Процедуры рассмотрения сообщений/жалоб", www2.ohchr.org/english/bodies/complaints. htm.

становится таким же обычным явлением, как Европейская конвенция по правам человека и Межамериканская система.[33]

Таким образом, в целом межнациональные судебные процессы далеко не достигли высшей точки, а только набирают обороты. Но что это означает для международной правовой системы в целом? Если рассматривать международную юриспруденцию только как упражнение по урегулированию споров, то, очевидно, эти изменения будут малоинтересными или просто несущественными. В конце концов, не имеет значения, где - на национальном или международном уровне - и как - посредством судебного или дипломатического разбирательства - разрешаются споры или признаются права, лишь бы они были. Каждый акт судебного разбирательства - это история сама по себе. Судебный процесс - это, по сути, ретроспективное, частное мероприятие, в основном направленное на благо сторон.

Но у судебного разбирательства есть еще одно важное общественное измерение. Оно не только оглядывается назад, чтобы понять, кто был прав, а кто виноват в том, что было сделано. Оно также создает систему и ориентировано на будущее. Подумайте о значительных общественных, *erga omnes*, последствиях международного судебного разбирательства. Только несведущий ученый-юрист в наши дни стал бы утверждать, что решения международных судебных органов не способствуют укреплению международного права. Сегодня, в большей степени, чем раньше, международные суды и трибуналы вносят свой вклад в создание международного права, сплетая паутину прецедентов, наполняя договоры смыслом и, в целом, устанавливая новые точки отсчета для юридических аргументов.[34]Судебные решения часто становятся влиятельными аргументами в последующем юридическом дискурсе. Это характерно для всех областей международного права. Тот, кто хочет сформулировать аргументы о правах человека в любой точке мира, в любом правозащитном органе, вряд ли сделает это, не опираясь на богатую судебную практику Европейского суда по правам человека. Если не принимать во внимание нормативные оценки международного судебного правотворчества, то значительная роль международного судебного процесса в сгущении, по крайней мере, некоторых областей и вопросов международного права сегодня не вызывает сомнений.[35]

К настоящему времени два десятка международных судов вынесли около 37 000 обязательных правовых решений - 90 процентов из них с 1990 года, - не говоря уже о тысячах арбитражных решений.[36]Эту массу судебной аргументации нелегко свести к вспомогательной роли, которую играют канонические источники международного права.

[33]Ibid.

[34]См. Armin von Bogdandy and Ingo Venzeke, "The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals", in Cesare Romano, Karen Alter, Yuval Shany (eds.), *The Oxford University Press Handbook of International Adjudication* (Oxford University Press, 2013) 503.

[35]Ibid. [36]Alter, *New Terrain*, above n. 6.

В то же время, как утверждает право, оно должно быть. Однако, как показывает совокупность международных судебных прецедентов, вопрос о том, кто ведет судебный процесс, и, что еще более важно, вопрос о том, *кто не ведет судебный процесс*, поднимает важные нарицательные вопросы.

Как я уже писал, "товары", которые производят международные судебные органы (например, Вкратце и упрощенно, *общественные блага* - это товары, использование которых одним лицом не снижает их доступности для других (неривальные), а после их создания невозможно (или слишком дорого) лишить третьи стороны возможности пользоваться ими (неисключаемые).[38]Хрестоматийный пример общественного блага - уличный знак. Он не изнашивается, даже если на него смотрит большое количество людей, и было бы крайне сложно, дорого и неэффективно ограничивать его использование только одним или несколькими людьми и пытаться помешать другим смотреть на него тоже. Аналогичным образом, решение международного суда не имеет конкурентов и не подлежит исключению. Оно не имеет конкурентов в том смысле, что если на прецедентное решение ссылается один субъект, это не уменьшает шансы другого субъекта ссылаться на него таким же образом. Чем чаще ссылаются на прецедент, тем увереннее стороны в споре будут ссылаться на него, чтобы убедительно аргументировать свои доводы. Кроме того, международные судебные прецеденты не подлежат исключению, поскольку имеют эффект *erga omnes*, как только что было объяснено. В то время как диспозитивная часть решения к а с а е т с я только сторон в данном деле, рассуждения, приводящие к диспозитивной части, и дикты пополняют свод международных прецедентов. Они касаются всех категорий международных субъектов (суверенных государств, международных организаций и так далее) во всех местах и во все времена.

И наоборот, *частные блага* могут быть как исключаемыми, так и конкурирующими. Я могу купить торт и иметь на него исключительные права собственности (исключаемые). После того как я его съем, никто другой не сможет полакомиться этим же тортом (соперничество). Награда

[37]Cesare Romano, "The United States and International Courts: Getting the Cost-Benefit Analysis Right", in Romano, *The Sword and the Scales: The United States and International Courts and Tribunals* (Cambridge University Press, 2009) 419, 433; Cesare Romano, 'Inter-national Courts and Tribunals: Цена, финансирование и результаты", в Stefan Voigt, Max Albert, and Dieter Schmidtchen (eds.), *International Conflict Resolution, Vol. 23: Conferences on*
Новая политическая экономия/Jahrbuch fu¨r neue Politische O¨konomie (Tu¨bingen: Mohr Siebeck, 2006) 189, 189-91. О "глобальных общественных благах" см. в статье: Inge Kaul, Isabelle Grunberg, and Marc
A. Stern (eds.) *Global Public Goods: Международное сотрудничество в XXI веке* (Oxford University Press, 1999).

[38]Paul A. Samuelson, 'The Pure Theory of Public Expenditure', (1954) 36 *Review of Eco-nomics and Statistics* 387; Paul A. Samuelson, 'A Diagrammatic Exposition of a Theory of Public Expenditure', (1955) 37 *Review of Economics and Statistics* 350.

Арбитражный суд, который держится в секрете и, таким образом, не вносит вклад в свод международного права, также является примером частного блага. Оно приносит пользу сторонам, но не кому-либо еще.[39]

Основной проблемой общественных благ является "свободный наездник". Стоимость международных судебных разбирательств высока. Она включает в себя финансовые и политические издержки. Финансовые издержки - это расходы на создание и содержание оперативных совещательных органов и юристов для ведения судебного процесса. Политические издержки включают в себя снижение суверенитета, риск быть подвергнутым судебному разбирательству, если данный судебный орган обладает обязательной юрисдикцией, и риск проиграть дело, и это только самые очевидные из них. Поскольку общественные блага не подлежат исключению, они предоставляют блага в равной степени как тем, кто несет затраты на их производство, так и тем, кто их не несет. Халявщики не несут затрат на производство блага, но пожинают его плоды.

Как мы видели, до сих пор в истории затраты на создание международной судебной инфраструктуры и оправдание ее существования за счет ее использования несла относительно небольшая группа акторов. Как и любое другое государство, они преследуют свои собственные национальные интересы, но, в отличие от большинства своих коллег, они понимают долгосрочные преимущества наличия международной правовой системы, которая поддерживается сетью судебных органов, толкующих и применяющих ее нормы. Частые пользователи международной судебной системы - будь то государства, крупные корпорации, правозащитные группы или даже адвокаты, которые ведут дела, - заинтересованы не только в том, выиграют они или проиграют конкретное дело, но и в том, *как* они его выиграют или проиграют.[40]Они понимают, что международные судебные процессы всегда имеют своим следствием подтверждение и укрепление институтов международного права, через которые ведется спор, и таким образом укрепляют международную правовую систему как таковую.[41]Таким образом, вопрос о том, почему государства ведут судебные процессы, или когда, или при каких обстоятельствах, является лишь отправной точкой. Необходимо также начать говорить о том, почему государства должны это делать, и что можно сделать для расширения участия за пределы узкого круга обычных повторных игроков. По мере завершения процесса картирования следующая задача состоит в том, чтобы прочно войти в нормативную область.

[39]Если быть точным, экономисты назвали бы это "клубным товаром". Клубные блага являются неривальными (или в значительной степени неривальными), но исключаемыми. См. например, Джеймс М. Бьюкенен, "Экономическая теория клубов", (1965) 32 *Economica* 1.

[40]Lowe, выше n. 3, 213. [41]Ibid.

ИНДЕКС

Абрахам, судья, 93
Эксперты Комиссии по установлению границы Абьея, 185
Проект конвенции Абс-Шоукросса об инвестициях за рубежом, 406, 417
доктрина "государственного акта", 43, 44, 45, 46 Консультативный центр по праву ВТО, 36, 394
Африка, распространение региональных судов и трибуналов, 177, 178, 182
Африканская хартия прав человека и народов, 11, 455
Африканская комиссия по правам человека и народов, 455
Африканский суд по правам человека и народов, 11, 179, 354
Африканские государства, 166-89, 308 Комиссия по установлению границы Абьея
  эксперты, 185
  предполагаемое недоверие к международному судебному разбирательству, 166
  пограничные споры, 180, 182, 183, 184, 185
  приверженность мирному урегулированию споров, 170
  культура дипломатии, 177, 182
  решения о вступлении в судебный процесс, 188 и Гаагская конвенция, 174
  и Международный Суд, 171
  и Конвенция МЦУИС, 172
  "идеология" судебного разбирательства, 175-88 независимость, 168
  международно-правовые персоналии, 168
  и международные договоры, 172
  регионализация судебного разбирательства, 175-81
Пограничная программа Африканского союза, 38
Повестка дня для мира, 132
аль-Башир, Омар Хасан Альмад, 340
аль-Хасауна, судья, 300-1
Алжирские декларации, 154, 448
иностранцы, защита, 404, 436-58
  применимое право, 441
  в вооруженном конфликте, 440
  способы удовлетворения претензий, 441-7, 459
  категории претензий, 436, 438-41
  комиссии по рассмотрению претензий, 447-53
  и консульская помощь, 440, 444 варианты урегулирования споров, 436-58
  принудительные спасательные миссии, 442 претензии иностранных инвесторов, 439 и права человека, 437
  и межгосударственные судебные процессы, 445, 453-8
  посредством судебного разбирательства, 436
  правило исчерпания местных средств правовой защиты, 442, 458
  статус индивида, 441
  и обращение с группами меньшинств, 439
Оллсоп, правосудие, 51-2
Международная амнистия, 363
Аннан, Кофи, 132
Договор об Антарктике, 52
Система договоров об Антарктике, 26, 288
арбитраж, 4-7, 261, 333
  возможность указывать применимое право, 5
  специальные трибуналы, 197
  преимущества, 4
  англо-американские комиссии, 4 между азиатскими государствами, 160-4

решения о законности применения силы, 323-5
выбор арбитров, 5 сбор данных, 198 эффективность, 7
исполнение решений, 7 в межгосударственных спорах, 7
международный коммерческий арбитраж, 426-8
ограничения, 7
смешанные арбитражи, 7
процессуальные механизмы, 5
ситуации, в которых он используется, 4 и применение силы, 333
уязвимые места, 334
арбитражные соглашения, 5, 197
типовые правила, 6
процессуальные механизмы, 5
арбитражные соглашения, 106
Аргентина, 402
Статут реки Уругвай, 102
вооруженный конфликт
судебное разбирательство, 330-51
стоимость, 351
трудности установления фактов, 341, 342, 349
эффективные средства правовой защиты от последствий войны, 351
эффективность, 350
история, 330-4
международные военные трибуналы, 335
юрисдикция, 350
комиссии по смешанным претензиям, 330, 332, 333-4
и дисбаланс сил, 330 правила, регулирующие, 330
АСЕАН, 158
и Международный Суд, 148
Соглашение о свободной торговле между АСЕАН и Австралией и Новой Зеландией, 408
Азиатские государства, 148-65
признание юрисдикции Международного Суда, 151
арбитраж между, 160-2, 164
двусторонние арбитражные соглашения, 160-2
двусторонние отношения между, 156
дела, связанные со специальными соглашениями, 157-60
и МС, 149-60
споры о морских границах, 164
заявления о факультативных положениях, 149-52 и ЮНКЛОС, 162-4
односторонние обращения в МС, 152-7
Австралия, 30
аборигены, 51
и Антарктика, 53
согласие на юрисдикцию, 65 дело Дэвида Хикса, 444
взаимодействие с международным правом, 47-53
Закон об охране окружающей среды и Закон о защите окружающей среды и сохранении биоразнообразия 1999 года, 51, 53
исполнительное правительство, 51, 52
и Международный Суд, 43, 61
и международные судебные процессы, 61-78 международные отношения, 51
и МТЛОС, 61
уроки из судебной практики, 53-4 и Новая Зеландия, 421
декларация о факультативных положениях, 64 Нефтяная (австралийско-индонезийская Закон 1990 года о нефти (Австралия-Индонезия), 49
и международное публичное право, 53
общественное мнение, 67
Закон о морях и затопленных землях 1973 г., 49
Заявление о торговой политике, 421-2
и механизм разрешения споров ВТО, 392
Австралийско-аргентинский ДИД, 429-30
Австралийско-новозеландское сближение Торговое соглашение об экономических отношениях, 421
Соглашение о свободной торговле между Австралией и Соединенными Штатами, 421

Балийская девятка, 438-9
Пан Ги Мун, 369
Бангладеш, 278, 394
Договор Ба´ркенас-Эсгерра, 92 Бомонт, судья, 50

двусторонние арбитражные соглашения, 149, 160-2
и внутреннее политическое давление, 279 двусторонние инвестиционные договоры, 401, 402, 433, 466
выбор форумов, 429 определение "инвестиции", 409 определение "инвестора", 409
и внутреннее право, 430
возникновение, 407-9
и межгосударственные споры, 415
толкование и применение, 413 и юрисдикция *ratione personae*, 408
и юрисдикция *ratione temporis*, 409
обязательство не экспроприировать инвестиции, 411
обязательство предоставлять "полную защиту и безопасность" инвестициям, 411
обязательство предоставлять "справедливый и равноправный режим" инвестициям, 410
обязательство по предоставлению режима наибольшего благоприятствования, 412
обязательство предоставлять национальный режим для инвесторов, 411
"соблюдение обязательств обязательство (зонтичная оговорка), 413
процедурная защита, 417
цели, 407
требование о проведении переговоров, 422 требование о передаче исков в суды принимающего государства, 428 структура стандарта, 408
материально-правовые стандарты защиты, 409-13
временная защита, 409
Блэк, председатель Верховного суда, 49, 52
Боливия, мирное соглашение с Чили, 89
пограничные споры (земля), 98-101, 451
Бутрос-Гали, Бутрос, 132
Бреар, Анхель, 35, 87, 444, 456
Бреннан, судья, 44, 46
Брилмайер, Леа, 193-227, 232
Великобритания, 29
и Соединенные Штаты, 31
Бюргенталь, судья, 341 Буш, Джордж У., 323

Камбоджа, 149
декларация о факультативной оговорке, 150 и Таиланд, 165
ДИД Канады и Словацкой Республики, 409
Центральноамериканский суд, 79
Соглашение о свободной торговле между Центральной Америкой и Соединенными Штатами Америки (CAFTA-DRR). Торговое соглашение между Центральной Америкой и Соединенными Штатами (КАФТА-ДР), 127
положение об "отказе в льготах", 127, 128
Чикагская конвенция, 152, 153 Чили
Боготский пакт, 89
Мирное соглашение с Боливией, 89
Китай, 165, 465
гражданское общество, 286, 446
Иск наследников Жюля Брюна, 332
комиссии по рассмотрению претензий, 447-53
факторы, при которых они дают преимущества, 452
индивидуальный доступ, 452
количество, 448
и дисбаланс власти, 448 как правосудие победителя, 447, 449
изменение климата, 289
Колумбия
возражение против юрисдикции Международного Суда, 94
и Боготский пакт, 95 интересы безопасности, 95
вежливость, 56, 270
Комиссия по сохранению морских живых ресурсов Антарктики ресурсов, 281, 282 Комиссия по безопасности и Сотрудничество в Европе, 6
Комитет против пыток, 468 примирение, 425-6
Конференция по безопасности и Сотрудничество в Европе, 137
Согласие, принцип, 8
консульская помощь, 440, 444
Контадорский процесс, 21

Конвенция против пыток, 180, 360, 361, 362, 468
Конвенция о сохранении южного голубого тунца, 267, 268-70
Конвенция о ликвидации дискриминации в отношении женщин, 360
Конвенция о биологическом разнообразии, 273
Конвенция о примирении и арбитраже (Стокгольмская конвенция), 137
Конвенция о насильственном исчезновениях, 361
Конвенция об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте, 297
Конвенция о трудящихся-мигрантах, 361
Конвенция о лицах с ограниченными возможностями, 361
инвалидах, 361
Конвенция о сохранении южного голубого тунца, 67
Конвенция о континентальном шельфе, 49
Конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации, 66, 172, 309, 318, 360
Комитет по ликвидации расовой дискриминации, 361-2, 364
Согласительная комиссия, 368
процедура разрешения споров между государствами, 368
право на индивидуальную петицию, 364, 365 принятие государством ее процедур, 364
Конвенция о предупреждении преступлений против лиц, пользующихся международной защитой, включая дипломатических агентов, 154
Конвенция о правах ребенка, 361, 365
Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств, 172, 406
ратификация, 407
Конвенция о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения, 273
Конвенция о сохранении фауны и флоры в их естественном состоянии, 294 Совет Европы
Комитет министров, 135, 136
Европейская конвенция о мирного урегулирования споров, 136
рекомендации по назначению арбитров, 136
Совет Международной организации гражданской авиации, 152-3
Кроуфорд, Джеймс, 271, 281, 282
Креннан, судья, 50
уголовное право, 463
уголовная ответственность, 334-40
обычное международное право, 17
и оценка воздействия на окружающую среду
оценки воздействия на окружающую среду, 297
минимальный стандарт обращения, 410
права, предоставляемые иностранным гражданам, 355
правила о защите иностранцев, 404

решения о вступлении в судебный процесс и отношение к МС и его юрисдикции, 32-3
и расчет риска, 40
в делах, касающихся применения силы, 305
определенность и предсказуемость, 266, 272
соблюдение постановлений, 33-4
стоимость подготовки и представления дела, 36, 250
ущерб отношениям или обострение спора, 39
и внутреннее политическое давление, 36-8, 250, 277, 287
в экологических спорах, 285-91 внеправовые факторы, 275
факторы в, 24, 28-40, 104, 138, 141, 233, 285-7
и внешнеполитические цели, 40, 250, 290

решения о вступлении в судебный процесс (*продолжение*) и мировое общественное мнение, 39-40
и информационная асимметрия, 222
и выравнивание игрового поля, 34-6
вероятность успеха, 30-2
судебное разбирательство как тактика затягивания, 38-9 и состав судейской коллегии, 31 и характер спора, 34
и урегулирование путем переговоров, 36 и переговоры, 140
прагматические соображения, 40
публично объявленные причины, 138
репутация и национальные интересы факторы, 279-83
решения о возбуждении производства, 67-70
и международные юристы, 68
и члены юридической академии, 68
и общественное мнение, 67
Декларация о принципах Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами, 3 демократическая теория мира, 286
Демократическая Республика Конго, 308
доступ развивающихся стран к рынкам, 397
судебные системы, 430
и консультативный процесс ДСУ, 381
допустимая гибкость, 394
и начало судебного разбирательства, 35, 327 отсутствие ресурсов и опыта, 397
и "разумное время" для приведения в соответствие с правилами ВТО, 394
особый и дифференцированный режим, 381, 393
и механизм разрешения споров ВТО механизм разрешения споров ВТО, 378, 393, 395, 396, 398, 399, 466
дипломатическая защита, 356, 431-2, 434
оспаривание приемлемости претензий на ее основе, 454
и дипломатия канонерок, 431
политизирующий эффект, 432
причины не использовать ее в качестве средства урегулирования инвестиционных споров, 431
право, 436, 444, 453
сфера применения *ratione materiae*, 438
государство регистрации компаний, 455
урегулирование споров
принятие решений, 22
арбитраж, 4-7, 261
предположение о том, что государства хотят разрешения споров, 25
принудительные механизмы урегулирования, 63
суды и трибуналы, 11-15
и обычное международное право, 17
де-легализация, 185
решения международных судов и трибуналов, 18
дипломатические средства, 3, 261
в соответствии с договорами по правам человека, 368 Международный суд, 7-11 судебные решения и развитие международного права, 15-19
правовые и политические аспекты, 34
правовые средства, 3, 19, 20
и переговоры, 140
и политические институты и процессы, 24-40
положения конвенций, 6 временные трибуналы, 14
посредством двусторонних переговоров, 39 спор о Доггер-банке, 333, 351
внутреннее право
процедурные и материальные обязательства, 103
режимы регулирования, 103
ДСУ (Договоренность о правилах и процедурах, регулирующих урегулирование споров), 381, 388
Герцог Брауншвейгский против *короля Ганновера*, 45
споры о демпинге/антидемпинге, 379
благоприятный эффект демпинга, 380

Суд Экономического сообщества западноафриканских государств (ЭКОВАС)
Суд Экономического сообщества западноафриканских государств (ЭКОВАС), 180
Эквадор, Боготский пакт, 89
ДИД Эквадора и США, 416 Египет и Израиль, спор в полосе Таба, 215
Договор к Энергетической хартии, 408, 418
экологическое регулирование, 291, 292
процедуры соблюдения, 292
"глубина", 294-5
и экономическое развитие, 298, 299
правоприменение, 295
и оценка воздействия на окружающую среду, 293, 297
гибкие стандарты, 294
процедурные и материальные обязательства, 103, 295
процедурные стандарты, 295-302
конкретность и ясность правил, 295
виды обязательств, 295
экологическая безопасность, 288
Эритрея и Эфиопия, война между ними, 440 характер, 345, 347
обращение с военнопленными, 348
Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии, 14, 317, 324, 345-50, 450-1
претензии, связанные с изнасилованием и сексуальным насилием, 349
определение применимого права, 347-50
трудности установления фактов, 348
юрисдикция, 346-7, 450
мандат, 346
показания медицинского персонала, 350
обращение с военнопленными, 348
Европа
признание юрисдикции Международного Суда, 134
признание юрисдикции ПЦПИ, 134
урегулирование споров на практике, 137-41
и межгосударственные судебные процессы, 130-46
международный судебный механизм, 57
и юрисдикция международных судов и трибуналов, 146
региональные инструменты урегулирования споров, 136
поддержка международного урегулирования споров, 146
"Западные" и "восточные", 130
Европейская конвенция о мирном урегулирования споров, 136, 138, 373
Европейская конвенция по правам человека, 353, 360, 367, 373
Европейский суд по правам человека, 11, 353, 443, 455, 467, 469
обязательная юрисдикция, 360

индивидуальный доступ, 367
Европейский суд, 270, 271 экспроприация инвестиций
компенсируемые экспроприации, 411 некомпенсируемые регулятивные меры регулирования, 411

справедливый и равноправный режим, 16 Финклештейн, судья, 52
Фишер, Дана Д., 40, 245-6
рыболовство и рыболовство, 257
и положения ЮНКЛОС, 265 доктрина *forum prorogatum*, 319 Рамочное соглашение по торговле бананами, 389. бананами, 389
Франция
и Международный Суд, 465
декларация о факультативных положениях, 65 и Сиам, 217, 220, 221
Договор о дружбе и торговле с Соединенными Штатами, 403
свободный выбор средств, принцип, 13
Дружба, торговля и навигация Договоры о дружбе, торговле и мореплавании, 403, 404
Фуллер, главный судья, 44

Генеральный акт о тихоокеанском урегулировании международных споров, 65, 66, 70, 142
Генеральное соглашение по тарифам и торговле, 375
Уругвайский раунд, 375, 376
Генеральное соглашение по торговле услугами, 389

общие принципы права, 17
Женевские конвенции, 335, 336, 347
правила, регулирующие ведение военных операций, 348
обращение с военнопленными, 347
геноцид, 318
Конвенция о геноциде, 33, 153, 172, 336
Германо-американская комиссия по смешанным претензиям, 333-4
Германия, 29
ДИД Германия-Китай, 414, 418, 423
ДИД между Германией и Пакистаном, 417
Гладстон, 112
проект "глобального административного права", 296
глобальные финансовые кризисы, 385
Великобритания, межгосударственные судебные процессы, 141-6
тюрьма Гуантанамо, 444
Гуммоу, судья, 46, 50

Гаагская конвенция, 6, 113, 174, 335
Гаагская мирная конференция, 107, 108-13
Руководство по мирному урегулированию споров между государствами, 131
Гарвардский проект конвенции о международной ответственности государств за причинение вреда иностранцам, 406
Гаванская конференция, 405
Хиггинс, судья, 313
Хилл, судья, 49
Гондурас, Договор о разграничении морских пространств с Колумбией, 86
Хубер, Макс, 166
Хадсон, Мэнли О., 106, 114, 118 Права человека и международные судебная практика, 353-73 суды по правам человека, 353
и развитие международного права, 27
региональные, 446, 462
права человека, защита, 437, 438 договоры по правам человека, 360
принудительное исполнение, 369
межгосударственные жалобы, 368
система мониторинга, 361-3, 368, 371, 372, 373, 374
обязательства по представлению отчетности, 363
право на индивидуальную петицию, 363-7, 374
принятие государством своих процедур, 364
государства-участники, 373 Хьюман Райтс Вотч, 363

идеализм и реализм, 141, 144, 146
подразумеваемое согласие, доктрина, 319
Индия, 151, 152-3, 164
и Бангладеш, 278 Договор о водах Инда, 161
Индонезия, 157-8
Индонезийско-нидерландский ДИД, 417
Договор о водах Инда, Арбитражный суд, 161.
Арбитражный суд, 161
Межамериканская комиссия по правам человека, 467
Межамериканская конвенция по правам человека, 373
Межамериканский суд по правам человека права человека, 11, 354, 455, 457, 467
международный арбитраж, 461
международный арбитраж инвестиционных споров, 401, 433, 445, 446
Международная ассоциация юристов
Проект регламента о посредничестве в спорах между инвесторами и государствами, 424
подкомитет по посредничеству в спорах между инвесторами и государством, 424-5 Международный центр по урегулированию
инвестиционных споров, 172, 406, 461, 466
участие в работе, 466
успех, 407
Международная организация гражданской авиации
Организация (ИКАО), 152-3
Международный коммерческий арбитраж, 434
сложность вопросов, 427
концессионные договоры, 426
Международный комитет Красного Креста, 348, 446
Международная конвенция о взаимной охране прав частной собственности в иностранных государствах, 406

Международная конвенция о регулировании китобойного промысла, 273, 289
Международная конвенция об урегулировании инвестиционных споров, 172, 356, 418, 420-2
Правила "Дополнительного механизма", 419 Африканские государства и, 172
положения о содействии примирению, 425-6
Международный суд по правам человека, 358-61, 373
Международный суд (МС), 7-11, 16, 28, 328, 340-3, 461
признание его решений, 10 признание его юрисдикции, 32, 83, 134, 142, 146, 171, 354
консультативные заключения как замена судебного разбирательства, 327, 328
консультативные заключения о применении силы, 325-8
и африканские комиссии по техническим границам, 186-7
подход к доказательствам, 342
и АСЕАН, 148
и азиатские государства, 148, 149-60
Австралия и, 61
авторитет, 8
обязательные решения, 10, 15
Камбоджа, 150
дела, касающиеся применения силы, 306, 315, 317-23
дела, связанные с пограничными спорами, 29
палаты, 8
состав, 8
обязательная юрисдикция, 114, 133 и конвенции и договоры, 16
и дело о *канале Корфу*, 314-15 решения *ex aequo et bono*, 9, 30
развитие международного права, 15
трудности установления фактов, 341 объем досье, 464-5
и экологические споры, 293, 297
соображения справедливости, 10
европейские дела, 139-40
исключения из факультативной клаузулы, 134, 135
справедливое и равноправное обращение, 16 формулировка вопросов, 30
функция, 9
случайная юрисдикция, 10
и международное право прав человека, 354, 356
юрисдикция, 9, 28, 88-94, 140, 306, 310, 318, 325
и латиноамериканские государства, 79-103 пределы его юрисдикции, 188, 464
споры о морских границах, 80, 86, 139, 234
как модель международного суда, 26-8 и переговоры, 239
механизм факультативных оговорок, 8, 81, 134, 143, 212
основа юрисдикции, 87, 197, 306
декларации, 9, 64, 133, 242
толкование, 83, 84
участие в, 9, 32, 464, 465
стороны, 133
политическое измерение дел, 139, 140
и политические институты и процессы, 20, 21, 22
временные меры защиты, 10, 311
реформа, 464
средства правовой защиты для физических лиц, 438, 456 в качестве замены других механизмов урегулирования споров механизмы урегулирования, 102-4 представители основных цивилизаций и правовых систем мира, 8
роль, 117, 132, 184, 185, 310, 454
и верховенство права, 129 значение, 11
специальные соглашения, 187
поведение государств в связи с ними, 27
нежелание государств брать на себя обязательства, 20 территориальные споры, 196
договорная юрисдикция, 306
и Совет Безопасности ООН, 116
односторонние заявления с участием азиатских государств, 152-7

Международный суд (МС) (*продолжение*)
и Соединенные Штаты, 128
использование переговоров и судебных разбирательств, 237
международные суды и трибуналы, 11-15, 24
признание их юрисдикции, 460
расходы, 471
суды региональной экономической и/или политической интеграции, 27
и внутреннее право, 57
эффективность, 78
и европейские государства, 146
функции, 21
суды по правам человека, 27
индивидуальный доступ, 467, 468
влияние государственной практики на, 240 международные уголовные суды, 27 юрисдикция, 196, 241-3, 461
юрисдикционные правила, 196
средства правовой защиты для физических лиц, 27 неоспоримые и неисключаемые решения, 470
и политические институты и процессы, 19, 73
распространение, 131, 235, 461
региональные и субрегиональные, 462
разрешение межгосударственных споров, 27 и верховенство права, 169
и суверенитет, 206
виды, 27
Международный пакт о гражданских и политических правах, 359, 438
межгосударственные жалобы, 368
комитет по мониторингу, 360, 362
право на индивидуальную петицию, 364, 365-6, 367
право на жизнь, 439
и государственный суверенитет, 373 государства-участники, 367
Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, 359 комитет по мониторингу, 360, 362
право на индивидуальную петицию, 364
и государственный суверенитет, 373
Международный уголовный суд, 12, 336, 461, 463
международное уголовное право, 27, 336
Международный уголовный трибунал по Руанда, 12, 337
Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии, 12, 337
международные уголовные трибуналы, 463
бремя доказывания, 339
иски, связанные с изнасилованием и сексуальным насилием, 349
уточнение и расширение законодательства, 338
расходы, 351
трудности установления фактов, 339
справедливость, 340
история и юриспруденция, 337-8 знание сложных военных вопросы, 348, 350
и сотрудничество с государством, 340
показания медицинского персонала, 350
международные споры
принудительные механизмы урегулирования, 61
деполитизация, 22
правовые и политические аспекты, 21, 139-40, 181
роль национальных судов, 57
основополагающие вопросы, 53
международные экологические споры, 284-304
решения о вступлении в судебный процесс, 284-304
и экологическое государство, 291
факторы, влияющие на решение о судебном разбирательстве, 285-91
вопросы первого и второго порядка, 288-9
и цели внешней политики, 289
рост судебных разбирательств, 291-3, 302, 303
препятствия для передачи в независимый арбитраж или судебное разбирательство, 290
и теория международных отношений, 291-2
полиморфный характер, 284
давление, направленное на урегулирование, 290
стратегические и тактические судебные процессы, 290-1

неопределенность и, 299
разнообразие доступных форумов, 285
международное экологическое право
сложность, 284
развитие, 303
эффективность, 292
и оценки воздействия на окружающую среду, 299
судебный пересмотр решений, 297
легитимность, 284
процедурные и материальные обязательства, 296, 298, 300
международные комиссии по правам человека
комиссии, 446
международные суды по правам человека, 442
индивидуальный доступ, 443
международное право прав человека, 42, 439, 463
механизмы и методы подачи жалоб, 353
и консульская помощь, 455
разнообразие международных механизмов, 354
эволюция, 358-61
право на индивидуальную петицию, 363-7
ответственность государства за действия, нарушающие права иностранных граждан, 355-8
международное гуманитарное право, 452
и уголовное преследование, 338
индивидуальная уголовная ответственность за нарушения, 334-40
и институты оценки уголовной ответственности, 338
институты для организации и администрирования уголовного преследования, 338
ответственность государства за нарушения, 340, 351
международные инвестиционные споры, 401-34
межгосударственные споры, 415-16
и международное инвестиционное право, 402
споры между инвесторами и государством, 414-15 и
ответственность государства, 414
виды споров, 414-16
международное инвестиционное право, 401, 403-16
двусторонние инвестиционные договоры (ДИД), 407-9
развитие, 432, 434
усилия по достижению многостороннего соглашения, 405-7
происхождение и развитие, 403-5
прецеденты, 433
и процедуры урегулирования инвестиционных споров, 402
материальные стандарты защиты в ДИДах, 409-13
выход государств из ДИД, 420-2
международное судопроизводство, 460, 462, 463
международное право
и вооруженные конфликты, 330-51
предвзятое отношение к более могущественным государствам, 35
сбор данных о, 198 общее право международного преюдиция, 18
вклад международных судебных органов, 469
вклад национальных судов,
решения международных судов и трибуналов, 17, 19
развитие, 15-19, 109, 469
и дипломатическая защита, 357
система разрешения споров, 261 и
внутреннее право, 42, 47-53, 103
фрагментация, 179, 235
цель разрешения споров, 25
навязывание государствам норм о публичных интересах, 103
и индивидуальные права, 356
индивиды как субъекты, 437
либеральные теории, 286
нейтральные обязательства государства, 111
место международных судебных разбирательств, 3-22
прецедент в, 15, 337
принципы, 46
права индивидов, 54, 357 роль судебных решений, 16

международное право (*продолжение*)
и отдельные мнения отдельных судей, 18
и ответственность государств, 47 о применении силы, 323, 328
Ассоциация международного права, проект Статуты Арбитражного трибунала по иностранным инвестициям и Суда по иностранным инвестициям, 405
Комиссия международного права
статьи о дипломатической защите, 453
Проекты статей о предотвращении трансграничного вреда от опасной деятельности, 296
типовые правила для арбитражных соглашений, 6
международное судебное разбирательство
стадия приемлемости, 72, 75 назначение судьи ad hoc, 76 и двусторонние соглашения, 278
бремя доказывания, 73
и расчет риска, 69, 70
стоимость подготовки и представления дела, 69, 78
дипломатические последствия, 78
европейская точка зрения, 130-46 факты и доказательства, 73-5
будущее развитие, 460-71
права человека как предмет рассмотрения, 353-73 влияние на двусторонние отношения, 69
вовлечение третьих государств, 77
вопросы юрисдикции, 63-7
юрисдикционная фаза, 71, 72, 75
уроки, 61
судебный процесс, 70-3
нормативные вопросы, 470
политический аспект, 70, 72, 73
процессуальные и логистические вопросы, 75-7
общественное измерение, 469
и общественное мнение, 68
нежелание штатов возбуждать дела, 69
средства правовой защиты для отдельных лиц, 353
научные доказательства, 74
выбор адвоката, 76
значение, 19-22
дело по существу, 73-7
тактические решения, 70
непредсказуемость, 69, 70, 78
Международный военный трибунал в Нюрнберге, 335
международные военные трибуналы, 335, 351
Международный орган по морскому дну, 302 Международный трибунал по морскому праву
морскому праву (ИТЛОС), 12, 234, 461
Азиатские государства и, 148 Австралия и, 61
европейские дела, 138
юрисдикция, 13, 301
организация и юрисдикция, 13
популярность, 20, 262
Палата по спорам, касающимся морского дна, 303 Трастовый фонд, 36
Международная китобойная комиссия, 68
доктрина *inter se*, 143
арбитраж между инвесторами и государством, 417-19
согласие на, 418
беспокойство по поводу, 419-22
согласие принимающего государства, 418
институты и процессуальные правила, 418
структурные проблемы, 125-8
Соединенные Штаты и, 107, 125-8
споры между инвесторами и государствами
альтернативы арбитражу, 422-32, 433
арбитраж, 417-19
основания для иска, 430
согласительная процедура, 425-6
консультации, 422
и дипломатическая защита, 431-2, 434
смешанные формы урегулирования, 433
межгосударственное урегулирование споров, 431-2
международный коммерческий арбитраж, 426-8
вопросы юрисдикции, 428
правовые препятствия для передачи дела в местные суды, 430
вероятность успеха переговоров, 423
посредничество, 424-5

методы урегулирования, 417
и национальные суды, 428-30, 434
переговоры, 422-4
Иран, 153
и Международный Суд, 153
и Соединенные Штаты, 154-5
Трибунал по претензиям между Ираном и США, 7, 14, 21, 117, 155, 356, 448-9
Ирак, 344, 345, 449, 450
Израиль, 215, 327
Итало-чадский ДИД, 418

Япония, 30, 151, 152, 165
Японский китобойный промысел в водах Антарктики, 43
Договор Джея, 4, 107, 108-13
и развитие международное право, 109
урегулирование споров в рамках, 109
морская комиссия, 109
Джефферсон, Томас, 109
Дженкс, К. У., 189
Дженнингс, Роберт, 42
Джонсон, Эндрю, 110
Конвенция Джонсона-Кларендона, 110, 111, 115
судебная сдержанность, 47
юрисдикция
основания согласия, 233
оспаривание, 65
ratione temporis, 90
и согласие государства, 63-7, 196, 209, 222
возможность судебного разбирательства, 43, 44, 45, 46, 47, 57

Кабила, Лоран, 308
Хомейни, аятолла, 35
Кирби, правосудие, 51
Косовский кризис, 32, 308-9

Латиноамериканские государства
пограничные споры, 98-101
приверженность мирному урегулированию споров, 79, 104
решения о начале судебного разбирательства, 248 Рамочное соглашение о торговле бананами, 389
и МС, 79-94, 102-3, 104
отсутствие переговорного потенциала, 102 споры о морских границах, 80 предпочтение арбитражу, 79, 80, 105
сопротивление урегулированию пограничных споров, 99
территориальные границы, 81
виды споров, 80
участие США, 217 Лаутерпахт, Херш, 143, 146 споры по морскому праву
арбитраж, 263-6
сложность правовых вопросов, 283
решения о вступлении в судебный процесс, 283 варианты урегулирования споров, 261-3
внутриполитические факторы при принятии решения о судебном разбирательстве, 267
экономические вопросы, 275-9
внеправовые факторы при принятии решений
принятие решений, 275
и национальные интересы, 283
необязывающие переговоры, 262
репутация и национальные интересы факторы, 279-83
урегулирование в судебном порядке, 260-83 Лига арабских государств, 327
Лига Наций, 89, 114, 128, 405
Ливия, 184-5 судебное разбирательство
преимущества, 21
барьеры для внутренних судебных разбирательств, 43-7 и обязательные решения, 20
способность разрешить спор, 34 расходы на подготовку и представление дела, 36
решения о заключении, 24, 28-40
функция, 20
рамки международного права, 24 и правовые культуры, 28
"кризис судебной практики", 29
национальные и международные, 42-57 и переговоры, 237
препятствия для частных тяжб, 43
параллельные международные и внутренние судебные процессы, 42, 50, 53
политические рамки, 25
и политические институты и процессы, 24-40

судебный процесс (*продолжение*)
неравенство сил между сторонами, 39
и частные права, 53
судебное разбирательство в публичных интересах, 57
вручение процессуальных документов иностранному ответчику, 51-2
и суверенитет, 29
Лоу, Воган, 37, 281, 290, 303

Малайзия, 157-8
Группа экспертов, 163
и Сингапур, 162, 163-4
специальное соглашение с Сингапуром, 159
Малайзийско-австралийское соглашение о свободной торговле, 421
Манильская декларация о мирном разрешении международных споров, 3, 7
споры о морских границах, 64, 80, 98-101, 139, 465
специальные трибуналы, 234 по соглашению, 242, 254
арбитражные трибуналы, 234
в Азии, 164, 165
основания юрисдикции, 235 дел, 234-7
и прибрежные уступы, 249, 256
согласие на юрисдикцию, 241, 242, 252, 258
согласие *ad hoc*, 254, 255, 258
согласие *ante hoc*, 236, 242, 243, 254, 256
издержки и выгоды урегулирования, 251
решения о вступлении в судебный процесс, 230-51, 257, 258
делимитация в соответствии с общим международным правом, 94
и изменения в судебной практике, 240
решения по урегулированию споров, 251-8 и внутриполитическое давление, 247, 255, 256
влияние малых островов, 247
эффективность, 250
равноудаленные линии, 244, 257
справедливые решения, 17, 236, 244, 255 и знакомство с международными процедурами и форумами, 249
внешнеполитический фактор, 246
проблемы реализации, 100
вопросы, оставшиеся после судебного разбирательства, 239
юрисдикция для судебного разбирательства, 241-3
и споры о земельных границах, 231, 232
судебные разбирательства и, 140
методология достижения справедливых делимитаций, 236, 244
на национальном и международном уровнях, 233
и переговоры, 245, 251, 254
Никарагуа против *Колумбии*, 94
неразрешение, 251, 252, 256
партийные предпочтения, 251-8
политическое измерение, 244
фактор возможности победы, 247 и дисбаланс сил, 248, 257
предсудебные этапы, 245
пропорциональность, 95-6, 244
и ресурсы континентального шельфа, 232, 245, 254, 257, 277, 279
урегулирование путем переговоров, 230 и суверенитет, 231, 241
особые обстоятельства, 244
временная срочность, 245, 250
фактор времени и дипломатии, 246
использование переговоров и судебного разбирательства, 237, 238
посредничество, 424-5
Мексика и Соединенные Штаты, 87, 448, 457-8
Монреальский протокол, 292
Мур, правосудие, 52
Марокко, 166
Режим наибольшего благоприятствования, 404, 412
многосторонние экологические соглашения, 291, 294, 463
Многостороннее агентство по гарантиям инвестиций
Конвенция о многосторонних агентствах по гарантированию инвестиций, успех, 407
Мьянма, 164

национальный режим, 405
дело *Науру*
назначение судьи ad hoc, 76 выбор адвоката, 76
переговоры, 140
и МС, 181
выявление и определение спора, 239 и судебное разбирательство, 237
предварительное условие для судебного разбирательства, 239 Новая Зеландия, 29, 421
Никарагуа, 21, 97-8, 249
и статья VI Боготского пакта, 92
пограничные споры, 97 и Международный Суд, 97
отсутствие переговорного потенциала, 97, 98 и Соединенные Штаты, 97
Никарагуа против *Колумбии*
предварительные возражения Колумбии, 96
пропорциональность, 96 дела
Никарагуа против *Гондураса*
вопросы юрисдикции, 306
дело *Никарагуа* против *Соединенных Штатов* бремя доказывания, 316
важность, 315-17
вопросы юрисдикции, 313, 319
Участие США в разбирательстве, 320
Николлс, лорд, 45
Нигерия, 181
Движение неприсоединения, 326
невмешательство, принцип, 308, 315, 317, 442
неприменение силы, принцип, 308, 314
Североамериканское соглашение о свободной торговле (НАФТА), 408, 416
Организация Североатлантического договора (НАТО), 308-9
Договор о нераспространении ядерного оружия, 326
Дело о *ядерных испытаниях*
и внутреннее политическое давление, 287, 290
и оценка воздействия на окружающую среду, 297
французская точка зрения, 69
участие третьих государств, 77
временные меры защиты, 71, 72
научные доказательства, 74 выбор адвоката, 76
nulla poena sine lege, 336

Дело о *нефтяных платформах*
вопросы юрисдикции, 306, 319, 321-3
Участие США в разбирательстве, 321
Международное право Оппенгейма, 146
Организация африканского единства, 182, 346, 451
Устав, 175
Комиссия по посредничеству, примирения и арбитража, 175, 176, 177
Организация американских государств, 83 Устав, 82-3
Организация экономического
Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), проект Конвенции о защите иностранной собственности, 406, 417

Боготский пакт, 82, 83, 84-5, 86, 88, 242
цели, 93
Статья VI, 88, 90, 91, 93
Статья XXXIV, 91
"Бельгийская оговорка", 93, 94
выход Колумбии, 95
последствия плохой редакции, 94
и юрисдикция Международного Суда, 80, 306 ратификация, 83
Пакистан
Договор о водах Инда, 161
декларация факультативной клаузулы, 151
Постоянная палата третейского суда, 6, 112, 138, 333, 461
специальный характер, 112
африканские государства и, 174
отсутствие постоянства, 112-13
членство, 133
Постоянная палата международного правосудия (ППМП), 8, 134, 262
и Соединенное Королевство, 142 и Соединенные Штаты, 113, 128
Перу, Боготский пакт, 89
Филиппины, 151, 158
Филлимор, лорд, 143
доктрина "политического вопроса", 46, 56

частные/общественные блага, 470
Протокол, касающийся статуса беженцев, 172
Дело *"Палп Миллс*
нарушение процедурных и материальных обязательств, 102
и оценки воздействия на окружающую среду, 299
и процедурные экологические нормы, 298
устойчивое развитие, 293 Патнэм, Роберт Д., 286

Рамос Орта, Хосе, 48
реализм и идеализм, 141, 144, 146
Протокол Рио-де-Жанейро 1942 года о мире, дружбе и границах, 89
Декларация Рио-де-Жанейро, 294
верховенство права, 26, 129, 132-3, 135
Россия, *Волжское* дело, 282

Санитарное и фитосанитарное соглашение, 392
Сантос, Хуан Мануэль, 95
Швебель, судья, 182, 316, 341
Палата по спорам, касающимся морского дна, 12, 13 Целевой фонд Генерального секретаря для Целевой фонд Генерального секретаря для оказания помощи государствам в урегулировании споров, 36
самооборона, 315, 316, 322, 323
самоопределение, 48, 72, 317
Сенегал, 180
Шоукросс, лорд Хартли, 406
Сиам, 217, 220, 221
Симма, судья, 300-1, 358
Сингапур, 164-5
Группа экспертов, 163
и Малайзия, 162, 163-4
специальное соглашение с Малайзией, 159 Общество по содействию защите иностранных инвестиций, 406
Южно-Китайское море, 165
Соглашение о судебном разбирательстве по делу о *южном голубом тунце*, 271
участие третьих государств, 77
вопросы юрисдикции, 71, 75, 265, 290
научные доказательства, 74, 75
выбор адвоката, 76
и юрисдикция ЮНКЛОС, 273
суверенитет, 44, 157, 206, 442
оспариваемый, 193-227
и внутреннее право, 45
и договоры по правам человека, 372 и судебные процессы, 29
и система разрешения споров ВТО, 386
ответственность государства, 47, 340, 351, 355-8, 414
Стокгольмская торговая палата, Правила арбитража института, 418
Стокгольмская конвенция о примирении и арбитраже, 6, 137
Судан, 185-6
Армия Народно-освободительного движения Судана, 185-6
устойчивое развитие, 293
судебная практика, 299
процессуальный подход, 298 Доклад Сазерленда, 390
ДИД между Швецией и Боливией, 415

Тафт, Уильям, 323
Стадия рассмотрения
спора о заложниках в Тегеране по существу, 117
временные меры защиты, 116 значение, 128, 129
Дело о *храме Преах Вихеар*
временные меры защиты, 151
территориальное судебное решение, 193-227
соглашение, 194, 226
уклонение от юрисдикции, 196, 213, 222-5
основные предположения, 195-6, 213-25
основа для юрисдикции, 210
оцениваемых дел, 228-9
сбор данных, 198 здравый смысл, 195
концепция "выигрыша" в, 200-1, 218, 220-1
и конфликты, не доходящие до судебного разбирательства, 212

согласие на судебное разбирательство, 198, 226
предварительное согласие, 194, 208-12, 213
согласие *задним* числом, 194, 212, 226
суды, трибуналы и юрисдикционные правила
правила, 196
решения о вступлении в судебный процесс, 213 проблемы с определением, 198-201
как механизм отсрочки, 223-5 и дипломатические переговоры, 216 и внутриполитическое давление, 221-2
ожидания, 196, 214, 226
факторы, влияющие на, 193
гипотезы о, 201-12, 213
и информационная асимметрия, 226
инициирующие стороны, 193, 198-9, 202-6, 207-9, 212
и вероятность успеха, 194, 200-1, 206-8, 209, 222-3
судебный процесс как стратегия максимизации, 195-6, 213, 218-22, 226
методология изучения, 198-201 и переговоры, 219
и оккупация спорной территории, 194, 199-200, 202-4, 206, 208
сценарий мирных дивидендов, 214-15
сценарий побочных платежей, 215-17
по специальному соглашению, 222
симметрия мотивации, 199, 203
территориальные споры, 195, 197
и Международный Суд, 196
юриспруденция, 198
природа нулевой суммы, 195, 210, 214, 219
сценарий вовлечения третьей стороны, 217
уникальность территории, 195, 213-18, 226
полезность, 226
ценность, придаваемая территории, 214, 219-20, 226
Таиланд, 150-1, 165
Спор о Тиморском разрыве, 43, 48
Договор о Тиморском разрыве, 48, 49
Токийский трибунал, 335
Договор о дружбе и сотрудничестве в Юго-Восточной Азии, 158
Договор о дружбе, экономических отношениях и консульских правах между Соединенными Штатами и Ираном, 154, 155
Утрехтский договор, 403
Версальский договор, 89, 335
Вашингтонский договор, 31, 110, 111, 115
положения об урегулировании споров, 111
и обязательства нейтральных государств, 111
Триндаде, судья Канкадо, 357
Тунис, 184-5

Уганда, 308
Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, 418, 449
Комиссия ООН по правам человека, 358
комитеты экспертов по мониторингу, 360
договоры по правам человека, 360
Конвенция ООН по морскому праву, 6, 12, 197
арбитраж, 263-6
Азиатские стороны, 162
выбор форумов, 63, 260, 263 обязательные процедуры урегулирования споров
процедуры, 236, 240, 264
исключения, 272, 275
решения о судебном разбирательстве, 261
система урегулирования споров, 260-83 европейские стороны, 138
и удобные флаги, 280, 282
побочное производство, 264, 265
толкование, 260, 267-8, 270
юрисдикция судов и трибуналов, 264, 301
ограничения системы урегулирования споров, 266, 274
этапы рассмотрения дел, 266
приоритет других трибуналов или процедур, 268
оперативное освобождение судов, 265, 279-80
временные меры защиты, 265
ЮНКТАД, 417
Договоренность о правилах и процедурах, регулирующих урегулирования споров *см.* ДСУ

Генеральная Ассамблея ООН, 325, 326
Итоговый документ саммита 2005 года, 132
Декларация совещания высокого уровня по вопросам верховенства права на национальном и международном уровнях, 132-3, 135
Верховный комиссар ООН по правам человека, 365
Комитет ООН по правам человека, 363, 366-7, 455, 468
система отчетности, 363
Совет ООН по правам человека
механизм рассмотрения жалоб, 371-2, 373
мандат, 369
членство, 370
Универсальный периодический обзор, 359, 369-71
неблагоприятные выводы, 370 Рабочая группа по сообщениям, 372
Рабочая группа по ситуациям, 372
Соединенное Королевство (*см. также* Великобритания, Великобритания)
граждане, содержащиеся в тюрьме Гуантанамо, 444
приверженность мирному урегулированию споров, 144
исключение Содружества из Статута Международного Суда, 143
вклад в урегулирование международных споров, 145
Конвенции о тихоокеанском урегулирования международных споров, 142
и Гаагская мирная конференция, 142
и Международный Суд, 142, 145, 146, 465
идеализм и реализм, 141, 144, 146
межгосударственные судебные процессы, 141-6
и ИТЛОС, 145
Международное право Оппенгейма, 146 и Постоянная палата международного правосудия, 142, 143
поддержка арбитражного разбирательства, 145 поддержка обязательного урегулирования споров урегулирования, 144
и Соединенные Штаты, 142
ДИД Соединенного Королевства с Аргентиной, 428-9 ДИД Соединенного Королевства с Чили, 414 ДИД Соединенного Королевства с Индией, 425 ДИД Соединенного Королевства и Сингапура, 418 Организация Объединенных Наций, 28
отношение к урегулированию международных споров, 131
Устав, 24, 25, 131, 305, 337, 380, 422
Целевой фонд Генерального секретаря для помощи государствам в урегулировании споров, 36
и Соединенные Штаты, 114, 128
Компенсационная комиссия Организации Объединенных Наций
Компенсационная комиссия Организации Объединенных Наций, 343-5, 449, 450, 452
критерии, определяющие заявителей, 344 методы массовых заявлений, 344
Соединенные Штаты
Закон о претензиях к иностранцам, 54, 55
Закон о торговых преференциях для стран Андского региона 1991 года, 389
Статьи Конфедерации, 109 и Великобритания, 31, 142
дела, касающиеся консульских прав иностранных граждан, 456
Гражданская война, взаимодействие с международным правом, 54-7
и ЕС, 125
и Международный Суд, 29, 114, 116, 118, 128, 129, 464, 465
выход из обязательной юрисдикции, 106, 115, 118, 119, 120
и международный арбитраж, 107, 108-13, 129
как международный участник судебного процесса, 106-27 и арбитраж по спорам между инвесторами и государством, 125-8
участие в делах Латинской Америки, 217 и Ирана, 154-5
и Лига Наций, 114, 128 и Мексика, 448, 457-8
и Постоянная палата международного правосудия, 128
и постоянный международный суд, 112, 113-15, 129

самооборона, 120, 322, 441
Договор о дружбе и торговле с Францией, 403
Договор о мире с Великобританией, 109
договорная защита американских инвесторов, 126, 127, 129
и Организация Объединенных Наций, 114, 128 и Венская конвенция о Венской конвенции о консульских сношениях, 106, 120, 440
выход из-под обязательной юрисдикции Международного Суда, 118, 119, 120, 128
и Апелляционный орган ВТО, 107, 122, 123
и механизм разрешения споров ВТО, 121-5, 128
ДИД США-Грузия, 414 Всеобщая декларация прав человека Права человека, 353, 358, 359, 360
Совет Безопасности ООН, 325, 327
создание Компенсационной комиссии ООН, 343
и *Сальвадор* против *Гондураса*, 100 и Международный Суд, 116
законность его действий, 21
Президентское заявление, 132
ответственность, 316, 325, 328
трибуналы, учрежденные, 12
Уругвай, река, 102
Административная комиссия, 102
Статут реки Уругвай, 102, 103
Уругвай, Статут реки Уругвай, 102
применение силы
консультативные заключения, 325-8 и арбитраж, 323-5
оспаривание юрисдикции, 313 решения по существу, 313-17
решения о вступлении в судебный процесс, 305, 313
последствия проигрыша в судебном процессе, 305, 328
судебное разбирательство после окончания конфликта, 312
судебное разбирательство во время продолжающегося вооруженного конфликта, 307-12
защита граждан за рубежом, 441
временные меры защиты в делах, касающихся, 309-12
причины обращения в МС, 313
особый характер дел, касающихся, 305-7
принцип *uti possidetis*, 99, 105
двусмысленность, 99

Венская конвенция о консульских сношениях, 154, 356, 444
двусторонние договоры и, 445
обязательства по ней, 445
и США, 106, 120, 440
Венская конвенция о дипломатических сношениях, 154
Венская конвенция о праве международных договоров, 16

арбитраж в Уолфиш-Бей, 207
Вирамантри, судья, 298 Дело о *китобойном промысле*
решение о передаче в Международный Суд ООН, 273 вовлечение третьих государств, 77 научные данные, 74
Уилберфорс, лорд, 44-5
Проект Всемирного суда, 326, 462
Всемирная организация здравоохранения, 325 Всемирная торговая организация (ВТО)
Консультативный центр по праву ВТО, 36, 394
Антидемпинговое соглашение, 379
Апелляционный орган, 13, 121, 122
и субъекты гражданского общества, 37
Орган по разрешению споров, 14, 121, 385
справедливость правил торговли, 14, 22
Генеральное соглашение по торговле услугами, 389
институциональная структура, 396
рыночная конкуренция, 379
группы экспертов, 13
участие в работе, 398
политические цели, 379, 380, 384, 387
политическое измерение споров, 124, 125

Всемирная торговая организация (ВТО) (*продолжение*)
Санитарное и фитосанитарное соглашение, 392
структурные барьеры для развивающихся стран, 398
Доклад Сазерленда, 390
технический характер вопросов, 124, 125 и Соединенные Штаты, 121-5
споры Всемирной торговой организации
система урегулирования, 6, 13, 20, 22, 375-400, 461, 465
доступность, 382
приемлемость записок *amicus*, 122, 383, 384
разрешенные санкции, 387
баланс прав и обязанностей, 393
основания для подачи иска, 378-80
компенсация за задержку в исполнение постановлений, 385, 386
соблюдение постановлений, 391
конфиденциальность, 382-5
договорная ориентация, 378
издержки возмездия, 388
предпочтения в области внутренней политики, направленные на передачу споров в групповой процесс, 381
консультативный процесс ДСУ, 381-2
эффективность, 385-91, 393
механизм принудительного исполнения, 377, 466 равный доступ к правосудию, 393-8 внеправовые факторы, 382, 384
смешанное функционирование, 377
неэффективность средств правовой защиты, 386-7, 391, 399
неформальные переговоры, 396
возбуждение дела, 378-85 отсутствие единых стандартов, 399
обязательные консультации, 380
участие в, 30, 393
дисбаланс власти, 377, 378, 387, 390, 399, 400
перспективные средства защиты, 385, 391
карательные меры, подкрепленные принуждение к соблюдению, 390
средства правовой защиты и принудительное исполнение, 385-93
месть за несоблюдение постановлений, 385, 387, 388, 390
государства, инициирующие споры, 395
структурные барьеры для развивающихся стран, 394
прозрачность, 382, 384, 385
универсальность, 461
участие США, 121-5
использование, 14, 376, 377, 395, 399