

Посвящается памяти
Валерия Ивановича
КУЗНЕЦОВА

Л.А. Сифурова

С п р а в е д л и в о с т ь в международном праве

Содержание

Содержание	1
Глава I	2
1.1. Содержание понятия «справедливость»	2
1.2. Справедливость как неотъемлемое свойство права.....	6
Глава II.....	11
2.1. Соотношение справедливости и позитивного международного права	11
2.1.1. Справедливость <i>infra legem</i>	11
2.1.2. Справедливость <i>praeter legem</i>	14
2.1.3. Справедливость <i>contra legem</i>	15
2.1.4. Проблема кодификации справедливости в виде императивной нормы международного права	22
2.2. Применение понятия «справедливости» к разрешению международных споров	23
Список сокращений.....	42
Дополнительная краткая библиография.....	43

Глава I

1.1. Содержание понятия «справедливость»

Справедливость относится к тем ценностным категориям, по поводу которых возникает более всего споров среди ученых и разногласий среди обывателей. В основании этой категории лежит разграничение между «своим» и «чужим», с которым связаны уважение или неуважение к праву собственности, а также вопрос о способах приобретения такого права¹.

Разграничение «своего» и «чужого» носит универсальный характер; этнологи и антропологи считают, что оно существует в любом человеческом сообществе, даже в самом примитивном:

Полагаю, наши исследования африканского права демонстрируют, что у всех людей, в силу того, что они живут в обществе, есть некая теория правил справедливости, которая, по их мнению, имеет происхождение от самого разума; и мои собственные наблюдения за племенем Barotse — единственные имеющиеся у нас наблюдения — свидетельствуют о том, что африканцы, возможно, сформулировали, по крайней мере, в зачаточной форме теорию естественной справедливости, происходящей от человеческой доброты².

Вопросы собственности (ее приобретения, отчуждения, перехода от одного владельца к другому и т.д.), проблемы «своего» и «чужого» очень часто носят болезненный характер; в них изначально заложен конкурентный потенциал — в силу ограниченности разного рода благ и ресурсов.

Наша задача состоит в том, чтобы отвлечься от этических и эмоциональных составляющих понятия «справедливость» и проанализировать структуру справедливости, дабы понять, где кроется источник этих разногласий. Вообще, у нас есть сомнения в том, что справедливость относится к сфере морали. Скорее всего, моральный и эмоциональный факторы, обычно приписываемые справедливости, на самом деле являются атрибутами ситуаций, в которых возникает вопрос о справедливости, а не элементами ее структуры; справедливость неморальна. Действительно ведь, пропорция 50:50 ничуть не более моральна, чем 2:3, а между тем, как будет показано ниже, равенство всегда является справедливым, а неравенство не обязательно означает несправедливость.

Нам представляется, что существует две ситуации, в которых категория справедливости становится актуальной: 1) ситуация обмена (коммутативная, или уравнивающая, справедливость) и 2) ситуация распределения (дистрибутивная, или распределяющая, справедливость). Кроме того, мы рассмотрим и такой вид справедливости, как ретрибутивная, или воздающая, которая является гибридом первых двух.

Обозначенные нами две ситуации и соответствующие им виды справедливости те же, что и у Аристотеля (Никомахова этика, книга V), однако, мы не во всем следуем за ним в разграничении видов справедливости, как это будет ясно из дальнейшего.

Обе ситуации связаны с перемещением ресурсов от одного участника к другому. Разница между ними состоит в том, что в ситуации обмена присутствуют только два участника (ведь в принципе любой многосторонний или множественный обмен так или иначе можно представить как ряд, соответственно, двусторонних или однократных обменов), тогда как в ситуации распределения этих участников минимум три.

Итак, в ситуации обмена присутствуют:

- участник 1
- участник 2
- обмениваемый ресурс 1
- обмениваемый ресурс 2
- параметр обмена (по какому принципу осуществляется обмен),

¹ См.: Davitt 1968: 86.

² Gluckman 1964: 44.

а в ситуации распределения —

- субъект распределения (тот, кто осуществляет распределение)
- адресат распределения 1 (тот, кто отдает ресурс) = донор
- адресат распределения 2 (тот, кто получает ресурс) = бенефициар
- распределяемый ресурс
- параметр распределения (по какому принципу осуществляется распределение)³.

Вообще-то, можно доказать, что распределение является частным случаем обмена, но в данной работе это не входит в нашу задачу.

Рассмотрим обе ситуации.

Ситуация обмена. Справедливость в этой ситуации состоит в требовании эквивалентности результатов для всех ее участников, иначе говоря, она должна присутствовать здесь в форме *уравнивающей* справедливости. Равенство является безусловно справедливым, но его не следует понимать буквально как одинаковость количества или чего бы то ни было иного; скорее, равенство здесь присутствует в виде эквивалентности. Мера равенства должна определяться самими участниками обмена путем договора. Этой мерой, которая делает разные вещи (естественно, обмениваются всегда *разные* ресурсы) соизмеримыми, приравнивает их, могут являться деньги (как у Аристотеля), но, к сожалению, не все поддается измерению деньгами («к сожалению» потому, что иначе это значительно бы упростило решение проблем, связанных со справедливостью при обмене).

Стало быть, для того, чтобы обмен был справедливым, параметром обмена должно быть безусловное либо условное равенство. Безусловное равенство предполагает выраженное или подразумеваемое согласие обоих участников считать обмениваемые ими ресурсы равноценными. Условное равенство выражается в выполнении некоторого дополнительного условия одним из участников обмена или обоими участниками для того, чтобы обмен состоялся (впрочем, можно считать это дополнительное условие просто еще одним ресурсом, окончательно решающим ситуацию в пользу совершения обмена).

При справедливом обмене предполагается, что стороны участвуют в нем добровольно. При этом добровольным должно быть как намерение совершить обмен, так и установление равноценности обмениваемых ресурсов. Никакое насилие, применяемое к участнику обмена, пусть даже для его блага, не принудит его рассматривать такой обмен как справедливый. Интересен вопрос о том, справедлив ли обмен, в котором один из участников был (намеренно или ненамеренно) введен в заблуждение или сам пребывал в заблуждении относительно ресурса или параметра. По-видимому, обмен остается справедливым, пока длится такое заблуждение. Как только участник придет к выводу о неравноценности обмена, обмен становится несправедливым. Здесь важно подчеркнуть, что никакое мнение третьих лиц для оценки справедливости ситуации обмена значения не имеет, так как их присутствие в ней вообще не предусматривается.

Вывод: *в ситуации обмена только равенство (в значении «эквивалентность») в качестве параметра обмена между добровольно действующими участниками делает обмен справедливым.*

Ситуация распределения. Иначе обстоит дело с распределением, ибо в этой ситуации параметром может быть не только равенство, а и иные критерии, и все же справедливость не будет «нарушена».

Равенство в качестве параметра при распределении имеет несомненные удобства: а) оно, как мы уже заметили, бесспорно справедливо; б) позволяет легко контролировать процесс распределения; в) ограничивает произвол субъекта распределения⁴.

Равенство при распределении существует в двух модальностях: «пусть у меня будет то же, что и у тебя» и «пусть у тебя будет то же, что у меня» (или «...столько же, сколько...»). При

³ См.: Баранов 1990: 48.

⁴ См.: Там же.

недостатке ресурса (а вопрос о справедливости при распределении стоит только в отношении ограниченных ресурсов) первая формула подразумевает согласие разделить блага, а вторая — их отсутствие⁵. В крайних своих проявлениях вторая модальность равенства превращается в стремление установить «негативную справедливость»: «пусть всем будет так же плохо, как мне».

Несмотря на всю привлекательность равенства в качестве параметра при распределении, очевидно, что существует множество случаев, когда равенство делает распределение нецелесообразным или неэффективным (примером может быть так называемая «уравниловка»: она справедлива, но неэффективна; или распределение природных ресурсов: равное их распределение между членами общества нецелесообразно).

Тогда необходимы иные параметры, отличные от равенства, однако позволяющие, тем не менее, сохранить справедливость при распределении. Каковы эти параметры? Например, Х. Перельман в своей работе «Справедливость и разум»⁶ выделяет шесть форм (по-нашему параметров) справедливости, из которых пять отличны от равенства: по заслугам, по труду, по потребностям, по рангу, по закону. Список можно продолжить, ведь в определенных случаях справедливым также является распределение, скажем, по возрасту, по наличию или уровню знаний, даже по факту присутствия в каком-то месте (к примеру, при раздаче рекламных сувениров) или по факту появления где-либо раньше других (например, при «распределении» свободных скамеек в парке).

Нередко все параметры сводят к одной формуле справедливости, предложенной еще Платоном — *suum cuique* (каждому свое). Однако эта формула не является функциональной, поскольку не показывает механизмов определения принадлежности ресурсов. В лучшем случае она выступает как благое пожелание, в худшем — как оправдание отказа участвовать в определении параметров и стремления сохранить несправедливый порядок вещей⁷.

Но если нельзя объединить все параметры в одном, возможно ли их исчислить? Вряд ли, хотя такая попытка может представлять некоторый теоретический интерес. Для практической же деятельности совершенно неважно, как будет называться параметр распределения (кстати, он может быть и комбинированным), главное, чтобы адресаты распределения считали его справедливым, а субъект распределения его строго придерживался. Однако, встает вопрос о том, как же выбрать справедливый параметр. Естественно, как и в ситуации обмена, его можно и должно установить путем договора.

Собственно говоря, соображения о конвенционном (договорном) характере справедливости совсем не новы. Их высказывал еще Эпикур. Для него справедливость — это «договор о полезном — с целью не вредить друг другу и не терпеть вреда»⁸. Ницше писал о том, что справедливость носит характер соглашения (воздаяния и обмена) между примерно равными по силе сторонами⁹. В либеральной традиции «общественного договора» считается, что лица должны непременно обладать равным статусом, который не зависит от фактического равновесия сил¹⁰. Для нас фактический статус договаривающихся лиц значения не имеет, ибо, как мы уже заметили при рассмотрении ситуации обмена, важнейшим условием справедливости является добровольность, которая подразумевает, в том числе, что стороны считают друг друга равными.

Если допустить, что абсолютная справедливость существует лишь в виде принципа, предполагающего, что обмен, распределение и воздаяние должны быть справедливыми, и не имеет конкретного содержания¹¹, то неизбежен вывод о том, что в разных ситуациях содержание справедливости меняется и нет никакого иного способа сохранить справедливость, кроме как всякий

⁵ См.: Там же.

⁶ См.: Perelman 1963: 15—41.

⁷ Кстати, здесь уместно вспомнить, что изречение «*Suum cuique*» было начертано на воротах фашистских лагерей смерти.

⁸ Цит. по: Гринберг, Новиков 1977: 16.

⁹ См.: Ницше 1990/1: 286—287.

¹⁰ См.: Kuflik 1979: 56—57.

¹¹ Увы, даже к божественной справедливости невозможно прибегнуть как к истине в последней инстанции, ибо, как заметил по этому поводу один арабский юрист: «В Коране ничего не говорится о пошлинах на нефть».

раз заново договариваться о содержании параметров (как мы отметили выше, даже равенство, при всей его бесспорной справедливости, нуждается в определении для участников ситуации).

В самом деле, нет такого вопроса, по которому стороны при желании не могли договориться, хотя бы о том, чтобы сохранять разные позиции (*agree to differ*). Консенсус, являющийся более высокой формой общественных отношений, чем демократия, не является несправедливым, даже несмотря на то, что договаривающимся сторонам приходится делать уступки и как будто нарушать принцип добровольного согласия на установление параметров, которые будут являться критериями справедливости. В действительности же добровольность сохраняется, так как стороны, намеревающиеся договориться о чем-либо, заранее знают о неизбежности компромисса. Если и существует здесь какое-либо принуждение, то оно вызвано лишь потребностями участников договора. Более того, тот, кто не желает договариваться о параметрах взаимодействия (будь то обмен или распределение), поступает несправедливо, потому что настаивает на сохранении выгодного ему несправедливого положения вещей. Кстати говоря, если кому-то выгодно несправедливое положение вещей, то это отнюдь не значит, что справедливое положение вещей, которое будет создано в результате перераспределения, перестанет ему быть выгодным; оно неизбежно станет *менее* выгодным, но если перераспределение справедливо (а это необходимо для равновесия ситуации), то выгода не может исчезнуть совсем.

Итак, мы выдвинули тезис о договорном характере справедливости. Каковы же следствия из него для ситуации распределения? Одно из следствий касается статуса субъекта распределения: он не должен самостоятельно и произвольно устанавливать параметр распределения, а лишь должен следить за тем, чтобы установленный путем договора параметр соблюдался. Второе следствие носит, так сказать, общефилософский характер, и является выводом для ситуации распределения: *если при распределении используется параметр иной, нежели равенство, то справедливым распределение будет только тогда, когда этот параметр был признан справедливым адресатами распределения.*

Таким образом, подводя итог рассуждениям о договорном характере справедливости, можно утверждать, что справедливость является принадлежностью отдельной ситуации, а говорить о справедливости какой-либо системы правомерно, судя по всему, только исходя из относительных и субъективных представлений о распространенности в ней договорных отношений или, наоборот, произвола. Впрочем, для ситуации распределения мнение третьих лиц касательно ее справедливости также нерелевантно.

Наконец, обратимся к воздаянию и *ретрибутивной (воздающей) справедливости*. Мы уже сказали выше, что данная ситуация содержит в себе черты как обмена, так и распределения. Участник 1 совершает некое действие по отношению к участнику 2, а затем третий участник (в нашей терминологии — субъект распределения) либо вознаграждает, либо наказывает участника 1 (исходя из того, что обмен между участниками не был добровольным, т. е. имело место принуждение со стороны участника 1), и таким образом одновременно происходят и обмен, и распределение (ресурсом в данном случае выступают награды и наказания). Параметром ситуации выступает равенство, эквивалентность.

Древнейшим видом воздающей справедливости является тальон, который выражается формулой «око за око, зуб за зуб». Однако, по разным причинам воздаяние равным за равное часто оказывается практически невозможным. И потому вновь приходится обращаться к мере равенства, установленной путем договора. Договор в данном случае носит непрямой характер, ведь чаще всего разнообразные случаи, в которых для лица, совершившего действие, следует награда или наказание, уже предусмотрены обществом, а то и оформлены законодательно (перечислены) — в особенности, если речь идет о наказаниях, — и нередко субъектом распределения в этом случае является правосудие; так что лицо, совершающее действие, как бы соглашается с уже установленными мерами равенства (воздаяния).

В каких случаях может, а в каких должна применяться воздающая справедливость, или,

другими словами, должен ли всегда наказываться совершивший провинность и вознагражден совершивший добро? Здесь, на наш взгляд, не обойтись без обращения к праву, тем более в отношении наказаний. Только право дает критерии для правомерности наказания, ибо только оно однозначно интерпретирует некое действие как провинность, то есть как наносящее ущерб всему обществу или отдельным его членам и чреватое рецидивом, если останется безнаказанным. В ситуации воздаяния, в отличие от рассмотренных выше первых двух, именно субъект распределения, основываясь на существующих в обществе установлениях (выраженных в виде законов или обычаев), выносит вердикт о справедливости, причем в некоторых случаях, в частности, при наличии лакун в праве (law), он может быть наделен правом (right) восстанавливать справедливость¹² по собственному усмотрению.

Несколько слов о вознаграждении за благодеяния. В принципе, в таких случаях отсутствие вознаграждения так же может наносить ущерб обществу или его членам, как и отсутствие наказания за проступки, пусть даже только моральный ущерб. Однако если общественными установлениями вознаграждение не предусматривается, говорить о справедливости просто неуместно. Здесь действует обычное правило невмешательства: не делай того, что от тебя не требуется и о чем тебя не просят. Иначе говоря, отсутствие воздаяния в данном случае не означает несправедливости.

Мы рассмотрели три ситуации, в которых актуализируется справедливость, и пришли к выводу о договорном ее характере. Договор — универсальный способ определения справедливости. Всякий договор, дабы учесть интересы обеих сторон, так или иначе должен строиться по определенным правилам. Откуда берутся такие правила? Их можно, конечно, всякий раз придумывать снова, но гораздо удобнее (кстати, в некоторых случаях и практичнее, например, если предполагается, что может возникнуть спорная ситуация), — а иной раз просто необходимо, — воспользоваться уже готовым набором этих правил, имеющимся в праве. Но для того, чтобы взаимодействие участников в наших трех ситуациях было справедливо, то должно быть справедливо само *право*.

1.2. Справедливость как неотъемлемое свойство права

Прежде чем мы предложим собственную аргументацию тезиса о справедливости как неотъемлемом свойстве права, рассмотрим ряд подходов к этой проблеме, предлагаемые в нескольких различных концепциях права: естественно-правовой, утилитаризме, позитивизме, объективизме и либертарно-юридической концепции. Сами эти концепции мы излагать не будем, остановимся только на узком аспекте их соответствующих учений о ценностных категориях, а именно на интерпретации ими справедливости.

В этом перечне рассматриваемых концепций есть одна заметная лакуна: учение Джона Ролза. Мы сознательно не берем его теорию здесь. Возможно, следует оставить ее для отдельного доклада.

Концепция естественного права

Одним из отцов-основателей этой концепции в ее систематическом изложении был Гуго Гроций, который посвятил свою книгу «О праве войны и мира» (1625), написанную, как он говорит сам в Посвящении, «в защиту Справедливости», французскому королю Людовику XIII, носившему прозвище Справедливый. Гроций пытался выявить начала справедливости в международных отношениях и разобраться, что такое справедливая война. Он пришел к выводу, что в общении людей справедливость проявляется в соблюдении элементарных правил: не брать чужого, возвращать чужое и извлеченную из него выгоду; соблюдать обещания; возмещать ущерб, если он произошел по твоей

¹² Интересно заметить, что выражение «восстанавливать справедливость» содержит в себе идею о том, что справедливость изначально присутствует в человеческих взаимоотношениях. Осталось разобраться, отождествляется ли справедливость с порядком, равновесием или просто со status'ом quo.

вине; заслуженно наказывать провинившихся. Для войны, по мнению Гроция, может быть три справедливых причины: ответ на правонарушение (самооборона, защита своего достоинства), возмещение убытка и наказание.

Согласно концепции естественного права, различается два вида права: право естественное и право позитивное. При этом первое, происходящее «от самой природы» (имеется в виду человеческая природа), служит образцом, целью и критерием второго. При этом данное право действует, согласно Гроцию и другим авторам — его последователям, даже если допустить, что Бога нет («*etiamsi daremus <...> non esse Deum*») или что он не вмешивается в людские дела. По критерию соответствия позитивного права праву естественному оценивается как само позитивное право, так и правотворческая деятельность правоустанавливающих субъектов (в первую очередь государства). Естественное право, являясь эталоном (с точки зрения сторонников данного подхода), считается изначально нравственным, то есть ему присущи, помимо собственно правовых, еще и совершенные этические характеристики. В совокупности все эти идеальные правовые и нравственные критерии являются выражением абсолютной справедливости.

По нашему мнению, данные представления о соотношении права и справедливости, несмотря на их кажущуюся всеобщность и всеохватность, на самом деле носят ограниченный характер, так как выражают не принцип (требование для права быть справедливым), а конкретное нравственное содержание, причем у каждого ученого оно свое. Сходным у них, однако, остается, идея о тесной связи права и морали (Гроций, например, рассматривал каждое действие либо морально необходимым, либо морально позорным; соблюдение справедливости считал приносящим совести спокойствие, а совершение несправедливости — приносящим муки и терзания), и справедливость мыслится ими как моральная категория. Именно из подобных естественно-правовых и связанных с ними родственных философских учений о справедливости происходит распространенное заблуждение о субъективном характере справедливости. В самом деле, доказать или опровергнуть воссоздаваемые приверженцами теории естественного права структуры этого самого естественного права невозможно ни теоретически, ни практически, равно как и собственно существование этого права; поэтому конкретное наполнение этих структур может быть самым различным, что ничуть не приближает нас к познанию объективной истины. В такой ситуации сомнения можно выражать лишь по поводу правомерности включения справедливости в круг моральных категорий, и только в этом случае мы можем надеяться выйти за пределы субъективных представлений.

Однако нельзя не отметить один бесспорный момент в концепции естественного права: Гроций (опираясь тут на Альберико Джентили) отмечал, что нормы права народов (международного права, в современной терминологии) возникают по взаимному соглашению государств из соображений пользы, в интересах обширной совокупности всех сообществ людей.

Утилитаризм

[Раздел изъят автором по причине недостаточной проработанности для целей настоящей публикации.]

Позитивизм

Отсутствие единства в естественно-правовых теориях было отмечено американским ученым Г. Кельзеном¹³. В своей критике таких теорий он доказывал в числе прочих два тезиса, которые имеют значение для нашей темы: а) он считал справедливость людской добродетелью и потому относил ее к области морали¹⁴, и, кроме того, б) утверждал, что действительность позитивного права не зависит от его соотношения со справедливостью.

¹³ Мы разберем отношение позитивизма к справедливости на примере учения Г. Кельзена, так как, по нашему мнению, оно наиболее радикально отличается от теории естественного права, а нам важно представить самые разные точки зрения на функционирование справедливости в праве.

¹⁴ См.: Кельзен 1988: 156.

а) Все социальные нормы Кельзен подразделяет на правовые и моральные (неправовые). Справедливость, по его мнению, существует в виде нормы, предписывающей человеческое поведение (отношение к другим людям): поведение справедливо, если оно соответствует этой норме, устанавливающей такое поведение в качестве должного. По Кельзену, норма справедливости — это моральная норма, и понятие справедливости подчинено понятию морали¹⁵. Однако, непонятно, какую именно моральную систему следует предпочесть всем прочим. Объективно сделать такой выбор невозможно¹⁶. Вследствие этого «методологической чистоте правоправедения угрожает опасность <...> потому, что правоправедение не отличают (или отличают недостаточно ясно) от этики и, соответственно, не проводят четкого различия между моралью и правом»¹⁷.

Кельзен не сомневается, что данную проблему смешения норм можно решить лишь изъяв справедливость из права, проведя «очищение» права от справедливости. Однако, по нашему мнению, есть и иной путь: не отрицание справедливости позитивного права на том основании, что справедливость есть требование морали, а отрицание принадлежности справедливости к сфере морали. Если признать, что справедливость не является моральной категорией, то ничто не мешает включить ее в право: в этом случае не приходится опасаться смешения норм.

б) Далее, отмечая, что основные усилия юснатуралистов сосредоточены на поиске критерия, согласно которому позитивное право можно было бы оценить как справедливое или несправедливое (подразумевается: как действительное или недействительное¹⁸), Кельзен пишет, что критерия абсолютной справедливости не существует, поскольку — как и в случае с моралью — приходится иметь дело не с одним естественным правом, а со множеством естественно-правовых теорий, часто противоречащих друг другу. Более того, Кельзену представляется, что и естественное право является установленным (позитивным) правом, но установлено оно актом не человеческой, а надчеловеческой воли, то есть всякая теория естественного права, если она логична и последовательна, должна в качестве своей основной нормы иметь такой постулат: «Должно исполнять повеления природы»¹⁹. Но поскольку у природы нет воли (она не может устанавливать норм), а по поводу Бога как явления утверждается, что «оно существует за пределами всякого возможного опыта»²⁰, вопрос о нормах, имманентно присущих природе, остается открытым.

Стало быть, сделаем мы вывод, естественное право — либо в силу субъективности представлений о нем, либо вообще в силу сомнительности его существования — никак не может считаться критерием оценки позитивного права с точки зрения его справедливости или несправедливости. Как мы уже сказали выше, никакого эталона и не существует, ибо в каждой новой ситуации справедливость заново оценивается ее участниками; и если они решают воспользоваться правом как параметром обмена или распределения, значит, они признают справедливость существующего в данный момент позитивного права.

Таким образом, говоря о том, что право должно быть справедливым, мы вовсе не утверждаем, что только справедливое право действительно. Данное требование означает лишь, что право *должно быть* справедливым — что бы это ни означало. На самом деле несправедливость права не делает его недействительным, она лишь предоставляет основания (действительные или мнимые) для нарушения права. Впрочем, и справедливое право может нарушаться. Ниже мы подробнее будем говорить об этом.

Объективизм

[Раздел изъят автором по причине недостаточной проработанности для целей настоящей публикации.]

¹⁵ См.: Нерсесянц 1997: 604.

¹⁶ См.: Кельзен 1987: 95.

¹⁷ Там же: 83.

¹⁸ См.: Там же: 98.

¹⁹ См.: Кельзен 1988: 101.

²⁰ Там же: 102.

Либертарно-юридический подход

Его описывает В. Нерсесянц в своем учебнике «Философия права». Он утверждает, что «справедливость входит в понятие права, что право по определению справедливо, а справедливость — внутреннее свойство и качество права...»²¹, и утверждает далее, что «только право и справедливо». Справедливость, по его мнению, «воплощает собой и выражает общезначимую правильность, а это в своем рационализированном виде означает всеобщую правомерность, т. е. существо и начало права <...>» (там же), «[с]праведливо то, что выражает право, соответствует праву и следует праву»²². Такой подход очень удобен, так как избавляет от поисков других справедливых критериев, ведь найден один-единственный — *справедливое право*. Проблема, однако, состоит в том, что *содержание* понятия справедливость автором нигде не приводится. Действительно, если справедливость объясняется через право, то, казалось бы, достаточно выяснить, что такое право, и будет понятно, что имеется здесь в виду под справедливостью. Но право, по Нерсесянцу, — это формальное равенство, всеобщая и необходимая форма свободы и всеобщая справедливость. Соединяя определения в одно, получаем, что «справедливо то, что выражает... всеобщую справедливость». Безупречно с точки зрения логики, но сути дела (что есть справедливость) не проясняет. Впрочем, в качестве принципа (право должно быть справедливо, что бы это ни означало) такое понимание вполне согласуется с нашим.

Вообще говоря, либертарно-юридическая концепция, несмотря на невнятное изложение в ней генезиса права и соотношения права и закона²³, довольно близка к нашему пониманию справедливости права: в ней утверждается необходимость для права быть справедливым и отрицается существование моральной справедливости. Но вместе с тем эта теория провозглашает в качестве одного из своих оснований некий постулат, который делает ее абсолютно для нас неприемлемой. Постулат этот заключается в определении правового равенства как *равной меры свободы*²⁴.

Такое понимание свободы превращает свободу в ресурс, который может стать объектом распределения, то есть она может быть отнята, дарована, урезана, обеспечена и т.д. Это так называемая «внешняя свобода»²⁵, которая находится во власти субъекта-контролера.

Свобода же в прототипическом понимании в силу ее односубъектности не может служить ресурсом распределения, и, следовательно, объектом правового регулирования (так как социуму в ней места просто нет). Мы понимаем свободу только в ее прототипическом варианте: как абсолютную ценность. Такая свобода находится в резком противопоставлении в первую очередь ценностям распределяющей справедливости и равенства.

Справедливость как неотъемлемое свойство права

Итак, мы рассмотрели трактовку справедливости в разных правовых концепциях, которые по-разному подходят к этой проблеме: теория естественного права, объективизм и либертарно-юридическая теория утверждают, что право должно быть справедливо, позитивизм и утилитаризм настаивает на обратном; естественно-правовая теория и позитивизм относят справедливость к моральным категориям, а либертарная теория — исключительно к правовым; при этом происхождение правовой справедливости либо спорно (как в теории естественного права), либо

²¹ Нерсесянц 1997: 28.

²² Там же: 29.

²³ В данной работе эти вопросы не рассматриваются.

²⁴ См., напр.: Нерсесянц 1997: 17.

²⁵ *Внешняя свобода* является второй модификацией *прототипической свободы* (см.: Баранов 1990: 49—51). *Прототипическая свобода* устроена как односубъектная (человек свободен, когда его желания никак не ограничиваются его возможностями, или, вернее, соответствуют его возможностям; в такой структуре свободы нет места для социума или другого субъекта) и неградуированная, т. е. она либо есть, либо ее нет. Первой ее модификацией — под влиянием действительности и осознания препятствий, затрудняющих реализацию желаний — является *рефлектируемая свобода*. В этом случае человек осознает, что препятствия существуют, но его цели таковы, что препятствия им никак не мешают. Такая свобода градуирована (препятствий может больше или меньше) и имеет в своей структуре место для второго субъекта (который также может являться препятствием).

туманно (как в либертарной теории).

По сумме всех выводов получается, что в нашей собственной теории справедливости права будут присутствовать элементы других теорий, но в иной интерпретации.

Сначала все же надо разобраться, откуда берется справедливость права. Здесь мы неизбежно возвращаемся к извечному спору о происхождении права (и все к тем же концепциям естественного права и позитивизма). В самом деле, если считать, что справедливость *изначально* присуща праву, это значит, что право *дано* справедливым, то есть не создано людьми, а существует объективно. В таком случае право имеет либо божественное (*jus dei*), либо естественное, или природное, происхождение (*jus naturalis*). Ни то, ни другое, к сожалению, недоказуемо.

В принципе, анализ генезиса права в наши задачи не входит, поэтому ограничимся просто некоторыми соображениями о том, каким образом, на наш взгляд, право получается справедливым.

Мы будем исходить из ранее сделанного нами вывода о том, что справедливость носит договорный характер. Стало быть, право, для того чтобы быть справедливым, должно быть построено на *договоре*. Собственно говоря, так оно и есть на самом деле. Справедливое право действительно строится на договоре в широком смысле, куда включаются обычай, собственно договор, судебное решение и другие источники права. Право, основанное на договоре, неизбежно будет справедливым, до тех пор пока не перестанет соблюдаться договор.

Критерием справедливости права служит не субъективное мнение людей о том, является ли право справедливым, а их желание или нежелание сделать его основанием для своих отношений в рамках трех описанных нами ситуаций. Справедливое право чаще будет применяться людьми для регулирования их отношений.

Почему же справедливость столь необходима для права? Да просто потому, что несправедливое право дает повод к его нарушениям (например, к акциям гражданского неповиновения, если речь идет о внутригосударственном праве, или к применению незаконного насилия одним государством против другого, когда дело касается права международного). Для некоторых субъектов права по разным причинам оказывается совершенно невозможным действовать в соответствии с правом, которое они полагают несправедливым. В основном это происходит из-за нарушения прав (*rights*), защиты которых субъект, собственно, и ожидает от права (*law*), но иной раз тут действуют также моральные соображения или представления о иной, «высшей справедливости», выраженной для субъекта, например, в божественном или естественном праве.

Справедливым должно быть как право, так и его применение. Это выражается в соблюдении принципа формального равенства субъектов права. Главным образом данная аксиома о справедливости применения права относится к ситуации воздающей справедливости (об этом пойдет речь ниже, при рассмотрении справедливости *infra legem*).

Наконец, остановимся на том, почему право обязательно должно быть именно справедливо, а не, например, эффективно (справедливость и эффективность являются конкурирующими понятиями, на чем настаивали, в частности, многие утилитаристы, начиная с основателя утилитаризма Дж. Бентама²⁶). К сожалению, эффективность почти всегда противостоит справедливости, и если бы она была возведена в абсолют, то просто свела бы справедливость на нет. Разумеется, эффективность не может полностью игнорироваться, но в праве она должна присутствовать лишь в такой мере, в какой она не противоречит справедливости. Во всяком случае, при нарушениях права нарушитель гораздо чаще аргументирует свое противоправное поведение желанием исправить несправедливость права, а не намерением сделать его более эффективным.

²⁶ «Практическая полезность и эффективность работы государственного аппарата, безопасность индивида заменяли для Бентама такие понятия, как свобода и справедливость» (Политические учения 1979: 64).

Глава II

2.1. Соотношение справедливости и позитивного международного права

Исходя из вышеизложенных соображений об актуальности справедливости только для ситуаций обмена, распределения и воздаяния, о договорном характере справедливости и необходимости для права быть справедливым, рассмотрим взаимосвязь справедливости и международного права, а именно такие вопросы, как существование и применение справедливости *infra legem, praeter legem* и *contra legem*, а также возможность кодификации справедливости в качестве одного из принципов международного права (*jus cogens*).

Как пишет С.В. Черниченко в своей монографии «Теория международного права», «[с]пецифика создания норм международного права как правотворческого процесса заключается в том, что они всегда являются плодом соглашения, выражением соглашения»²⁷. Эта идея о договорном характере права народов высказывалась, как отмечалось выше, еще Гроцием, следовавшим за Джентили. Иначе говоря, следуя логике рассуждений, приводимых нами в предыдущей главе, международное право в принципе справедливо (*justicia juri gentium inest*), так как строится на договоре (в широком смысле). Другое дело, насколько динамично развивается само право и насколько подвижны или, напротив, консервативны эти нормы, то есть в какой степени в каждый данный момент времени субъекты международных отношений и в первую очередь государства *считают* те или иные нормы справедливыми. Решение этого вопроса напрямую связано с проблемой нарушения права.

Выше мы уже отмечали, что ссылки на несправедливость права могут служить основаниями его нарушения. И одинаково несправедливо действуют как тот, кто нарушает право, ссылаясь на его несправедливость и пытаясь своими нарушениями побудить других членов международного сообщества (коль скоро речь идет о международном праве) заняться пересмотром права, а то и просто пересмотреть право в одностороннем порядке, так и тот, кто под разными предлогами отвергает необходимость пересмотра, тем самым давая молчаливое согласие на последующие нарушения под предлогом несправедливости той или иной нормы права.

2.1.1. Справедливость *infra legem*

Выше мы уже отметили, что справедливым должно быть как право, так и его применение. Рассмотрим оба случая.

Ссылки на справедливость можно найти во многих международно-правовых документах, относящихся к разным отраслям международного права: в уставах международных организаций, конвенциях по правам человека, декларациях ООН, документах ОБСЕ, двусторонних международных документах и др. Нигде, однако, нельзя найти четкого определения, что подразумевается под справедливостью в каждом конкретном случае. Означает ли это, что среди субъектов международного права существует согласие насчет содержания этого понятия, или что справедливость провозглашается лишь в качестве некоего принципа, по поводу содержания которого не может возникнуть разногласий, имеющих значение для международных отношений, а потому и определять его нет необходимости?

На наш взгляд, скорее имеет место вторая ситуация. Однако утверждать, что разногласия по поводу толкования справедливости в международном праве не имеют значения для двусторонних и многосторонних отношений в рамках мирового сообщества, вряд ли правомерно. Мы уже не раз говорили о том, что ссылка на несправедливость права может служить основанием для его нарушения, и именно такие аргументы приводились странами НАТО в оправдание несанкционированного Советом Безопасности ООН применения силы против Югославии во время косовского кризиса марта-апреля 1999 г. По всей видимости, в условиях неопределенности

²⁷ Черниченко 1999/1: 21.

нормативного содержания термина «справедливость» имеет место конфликт его толкований. Мы попытаемся объяснить, каково, на наш взгляд, это нормативное содержание и какие правовые последствия возникают для субъектов международных отношений в результате упоминания «справедливости» в международно-правовых документах.

Проанализировав тексты многих документов, содержащих ссылки на справедливость, мы пришли к выводу, что всякий раз, когда в текстах упоминается справедливость, можно предполагать, что участники этих документов, то есть в первую очередь государства, действуют (должны действовать) в качестве участников одной из трех ситуаций, описанных нами в Разделе 1.1 — со всеми вытекающими отсюда последствиями. Иначе говоря, справедливость, как она представлена в текстах международно-правовых документов, не имеет, как нам представляется, иного содержания, кроме этого; во всяком случае, нам не встретилось ни одного случая, когда бы смысл данного термина противоречил смыслу сразу всех трех видов справедливости (коммутативной, дистрибутивной и ретрибутивной).

Поскольку число международных документов, в которых упоминается справедливость, хотя и велико, но все же ограничено, то в принципе можно было бы приписать каждому упоминанию одну из трех ситуаций и подробно разъяснить, какие правовые последствия возникают для участников ее в каждом конкретном случае: это чисто техническая задача, выполнить которую при желании и наличии определенного количества времени (и, конечно, раньше всего при условии согласия с таким содержанием термина) не составляет труда. Как бы то ни было, в случае возможного затруднения необходимо руководствоваться содержанием собственно понятия «справедливость», в основе которого лежит договор, как мы уже не раз отмечали. Мы ограничимся тем, что приведем несколько примеров, так как в данной работе для нас гораздо важнее показать, как описанная в Разделе 1.1 модель справедливости отражается (и — частично — функционирует) в международном праве. При этом мы не рассматриваем конкретные процедуры, при помощи которых должна обеспечиваться справедливость, потому что преждевременно ставить вопрос о процедурах, обеспечивающих соблюдение нормы, до кодификации самой этой нормы.

Пример 1. Устав ООН, ст. 32: «Генеральная Ассамблея избирает десять других Членов Организации в качестве непостоянных членов Совета Безопасности, уделяя, в особенности, должное внимание, в первую очередь, степени участия Членов Организации в поддержке международного мира и безопасности и в достижении других целей Организации, а также справедливому географическому распределению»²⁸.

В данном случае государства-члены ООН при подписании Устава соглашались с тем, что Генеральная Ассамблея, избирая непостоянных членов Совета Безопасности, будет являться субъектом распределения этих мест, действующим на основании определенных критериев (в первую очередь географического).

Пример 2. Всеобщая Декларация прав человека 1948 г., ст. 23, п. 3: «Каждый работающий имеет право на справедливое и удовлетворительное вознаграждение, обеспечивающее достойное человека существование для него самого и его семьи, дополняемое, при необходимости, другими средствами социального обеспечения».

Здесь вознаграждение за труд является предметом обмена между работником и работодателем, и его справедливость определяется исходя из того, добровольно ли был заключен между ними договор и добровольно ли они согласились на конкретные условия оплаты.

Пример 3. Хартия экономических прав и обязанностей государств от 12 декабря 1974 года и другие документы, относящиеся к установлению «нового экономического порядка», являются ярким примером воздающей справедливости, когда экономически сильные государства, в первую очередь бывшие колониальные державы, соглашались, в числе прочего, на «устранение несправедливостей, возникших в результате применения силы, которые лишают какую-либо нацию естественных средств, необходимых для ее нормального развития» (гл. I, i)), то есть на устранение последствий несправедливого (недобровольного) обмена с колониями в период владения ими.

Итак, поскольку по нашей теории справедливость существует лишь в трех формах (ситуациях), и никаких иных видов ее не бывает, эти формы можно кодифицировать в виде конвенционной нормы или нормы «мягкого права», переведя на язык права соображения, высказанные в Разделе 1.1 данной работы. При этом, разумеется, необходимо было бы определить содержание понятий «обмен», «распределение», «воздаяние», а также «ресурс» и «параметр». Здесь

²⁸ Здесь и далее во всех цитатах подчеркнута нами. — Л.С.

речь не идет о том, чтобы кодифицировать *содержание* понятия «справедливость», ибо, как мы уже неоднократно отмечали, это можно сделать только применительно к конкретной ситуации, а лишь о более четком описании самих ситуаций, определении их правовых границ, а также прав и обязанностей их участников. Как раз именно потому, что определить абстрактное *содержание* исследуемого нами понятия не представляется возможным, нельзя говорить о кодификации справедливости в виде одного из основных принципов международного права (более подробно мы рассмотрим эту проблему в конце данного раздела).

Одно только провозглашение справедливости в праве еще не делает его справедливым для субъектов международных отношений, ибо справедливым должно быть также и применение права. В конце Раздела 1.2 мы говорили о том, что аксиома о справедливости применения права имеет отношение главным образом к ситуации воздающей справедливости. В практике международных отношений воздающим субъектом часто выступают международные судебные органы, занимающиеся решением споров, стало быть, они в первую очередь должны обеспечивать справедливость при применении права.

В. Деган в своей монографии «Справедливость и международное право»²⁹ приводит мнения различных юристов, которые по-разному подходят к вопросу о том, как проявляется справедливость (*équité*) «внутри» международного права. Речь там идет о практике международных судебных и арбитражных органов, применяющих право, но некоторые идеи, на наш взгляд, могут иметь и более общее значение³⁰.

В. Деган насчитывает три группы мнений по данному предмету, существующие в доктрине международного права: 1) применение международного права обыкновенно является справедливым в силу справедливости самого права; соображения справедливости не могут служить основанием для отхода от действующего международного права; 2) соображения справедливости при применении права позволяют выходить за рамки позитивных норм международного права, если ставится цель их уточнения, толкования или — по мнению некоторых авторов с еще более широкими взглядами — исправления его несовершенств; 3) любая юридическая норма допускает несколько юридически приемлемых толкований, и задача лица или института, применяющего право, состоит в том, чтобы выбрать такое толкование, которое более других соответствует требованиям справедливости, с учетом условий ситуации.

Как видим, эти мнения по сути не противоречат друг другу, а всего лишь выявляют разные случаи применения права. Действительно, субъект, применяющий право, руководствуется в первую очередь его позитивными нормами, от самых конкретных до наиболее общих, выраженных в императивных принципах (*jus cogens*). Но ведь в самом позитивном праве содержится указание на то, что, помимо принципов международного права, государства должны в своих отношениях руководствоваться принципами справедливости (см., например, ст. 1, п. 1 Устава ООН, Преамбулу Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., ст. 59 Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., ст. 10 Всеобщей декларации прав человека 1948 г., п. 12 Декларации по случаю 50-й годовщины ООН от 24 октября 1995 г. и др.), и, кроме того, ст. 38, п. 2 Статута Международного Суда дает Суду право «разрешать дело *ex aequo et bono*», если государства, являющиеся сторонами спора, с этим согласны. Предполагается, стало быть, что эти две группы принципов являются взаимно дополняющими. Согласно Д.Б. Левину, «[с]праведливость следует воспринимать как понятие, применяемое в качестве восполнения международного права <...> в тех случаях, когда термин “справедливость” помещается рядом с термином “право”»³¹.

Что же касается мнения о том, что якобы любая правовая норма а priori допускает несколько толкований, оно, на наш взгляд, несколько преувеличено, так как, если бы дело обстояло таким образом, государствам вообще было бы затруднительно о чем-либо договориться. Вполне возможно,

²⁹ См.: Degan 1970: 26—29.

³⁰ Хотя сам термин «*équité*» означает у В. Дегана скорее «представление о справедливости», нежели справедливость как таковую, в данном случае это различие большого значения не имеет.

³¹ Левин 1975: 96.

что существуют нормы, которые можно толковать по-разному, но они составляют скорее исключение, чем правило³².

Выше мы привели примеры международных документов, в которых содержится указание на то, что государства должны строить свои отношения не только на принципах международного права, но и на принципах справедливости. Может возникнуть вопрос, а являются ли принципы справедливости в таком случае вообще частью международного права. Безусловно да, хотя бы потому, что справедливость — неотъемлемое свойство права. Но, естественно, существование справедливости не ограничивается только сферой права, в своих взаимоотношениях государства могут выходить за пределы права (не вступая, однако, с ним в противоречие) — что, собственно, и позволяет, как нам представляется, рассматриваемое положение. Следовательно, в позитивном праве выход за его пределы (применение справедливости *praeter legem*) при определенных условиях не только не считается неправомерным, но, напротив, вполне допускается и, более того, находится в полном согласии с принципами справедливости.

2.1.2. Справедливость *praeter legem*

Рассмотрим, каковы те условия, в которых возникает необходимость прибегнуть к справедливости *praeter legem*. Они также приводятся в монографии В. Дегана³³, опять-таки применительно к судьям, но, как и в предыдущем случае, имеют, по нашему мнению, более широкий охват.

Этими условиями являются отсутствие или недостаточность юридической нормы. В доктрине международного права нет единогласия по поводу того, могут ли в праве существовать пробелы, или же международное право так же, как и всякая внутренняя юридическая система, содержит в себе нормы для всех случаев взаимоотношений между государствами. Приверженцы второй из названных позиций считают, что лишенное универсальности международное право перестало бы быть правом. По их мнению, в любой ситуации необходимо руководствоваться специальными нормами, а за их отсутствием — более общими нормами; в крайнем случае надлежит обращаться к принципу, согласно которому государствам дозволяется все, что не запрещено международным правом (исходя из принципа суверенитета государств)³⁴. Их оппоненты³⁵ с этим не согласны, так как полагают, что такая позиция не способствует прогрессивному развитию международного права (Ш. де Вишер) и вообще опасна (Л. ле Фюр), ведь в международном праве многое не урегулировано, а потому государства могут принимать в отношении наличия у них определенных прав произвольные и противоречивые решения, которые ведут к конфликтам. Хотя мнения эти были высказаны в 30-е годы 20-го столетия, вряд ли можно с уверенностью сказать, что они полностью утратили актуальность и для нашего времени, ибо и сейчас продолжают возникать сферы, требующие внеправового регулирования до тех пор, пока не будут приняты соответствующие международно-правовые документы. Например, в Приложении «Меры по борьбе с международным терроризмом» к резолюции Восьмого Конгресса ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями (27 августа — 7 сентября 1990 г.) говорилось следующее:

4. В отдельных областях существующие международные нормы могут быть недостаточны для борьбы со всеми формами и проявлениями террористического насилия. Особый интерес представляют следующие вопросы: государственная политика и практика, которые, по мнению других государств, могут расцениваться как нарушение обязательств по международному договору; отсутствие конкретных норм, регулирующих ответственность государств за невыполнение существующих международных обязательств; злоупотребление привилегиями дипломатического иммунитета и дипломатической почты; отсутствие норм, касающихся ответственности государств за действия, не запрещенные международным правом; отсутствие международного регулирования торговли оружием и мер по борьбе с контрабандой оружия; недостаточные возможности международных механизмов по мирному разрешению конфликтов и обеспечению соблюдения прав человека, защита которых предусматривается в международном масштабе; отсутствие универсального

³² См.: Degan 1970: 29.

³³ См.: Ibid.: 29—33.

³⁴ В уже цитированной книге В. Дегана приводится на этот счет мнение югославского автора Юрая Андраши (Juraj Andrassy). См.: Degan 1970: 29—30.

³⁵ Излагается по изд.: Degan 1970: 30.

признания принципа *aut dedere aut iudicare* [*лат.* — здесь: судить внутри страны либо выдавать международному суду]; и отсутствие надлежащего международного сотрудничества в области эффективного и единообразного предупреждения всех форм и проявлений террористического насилия, а также борьбы с ним.

Как видим, наличие пробелов в праве и недостаточность правовых норм признается не только в доктрине международного права, но и в практике международных отношений. Именно из такой позиции мы и будем исходить.

Выше мы сказали, что существование пробелов в международном праве и недостаточность международно-правовых норм побуждают государства прибегать для решения возникающих у них проблем к справедливости *praeter legem*. Это означает, что государства — если они намерены сохранить справедливость в своих отношениях и заложить основы будущих договорных отношений — непременно должны действовать в рамках обозначенных нами трех ситуаций, выбирая конкретную модель в зависимости от возникающих реальных обстоятельств. Отсутствие позитивных норм права (договорных или обычных) не освобождает государства от необходимости (или даже обязанности) договариваться между собой о справедливых параметрах обмена или распределения. Отказ государства от роли активного участника ситуации обмена или распределения (готового договариваться с прочими участниками) вполне может быть расценен другими заинтересованными государствами как желание сохранить в свою пользу несправедливый порядок вещей. При этом принцип добровольности при определении справедливости параметров никак не нарушается, ведь государства, будучи суверенными субъектами международных отношений, вполне добровольно принимают на себя обязательства по соблюдению норм права, а среди них содержится, как мы уже сказали, и указание на то, что государствам надлежит руководствоваться в своих отношениях в том числе и принципами справедливости. Это особенно актуально как раз для таких случаев, когда нормы права отсутствуют вовсе или являются недостаточными. «Справедливость, — пишет Г.К. Дмитриева, — играет важную роль в применении общих норм к конкретному вопросу, а также в регулировании, если нет специальной нормы, относящейся к обсуждаемой ситуации»³⁶. Это же отмечает и Н.Н. Полянский, когда говорит о значении справедливости при применении норм права, что «на долю справедливости, как критерия, используемого “в случае неполноты, неясности или противоречия” норм международного права, остается большое место»³⁷. Он считает также, что справедливость может «подсказать, какое из двух (иногда и более) возможных толкований должно быть выбрано», когда конвенционные нормы допускают несколько толкований, а также иметь значение при выборе одной из двух конкурирующих норм (должна применяться та, что «приводит к более справедливому решению делу»³⁸).

Рассматривая такую роль справедливости, важно учесть одно обстоятельство: если международный судебный орган в отсутствие норм права и эксплицитного дозволения от государств решать дело *ex aequo et bono* может (а некоторые юристы считают, что и должен) вынести решение *non liquet* и более не предпринимать никаких действий, то для государств такой путь невозможен, ибо рано или поздно их отношения, и тем более споры *должны быть* урегулированы тем или иным мирным способом на основании международного права и справедливости. О том, какую роль справедливость играет в разрешении международных споров говорится в Разделе 2.2 (см. ниже).

2.1.3. Справедливость *contra legem*

Самой сложной проблемой в соотношении между международным правом и справедливостью является проблема справедливости *contra legem*, то есть такие действия, которые, как предполагается, основаны на справедливости, но не соответствуют нормам действующего международного права. Причины этого явления могут быть различными, но они не являются для нас предметом изучения. Гораздо важнее понять, насколько политическая или моральная риторика с ее призывами «поступать по справедливости», пусть даже и нарушая международное право,

³⁶ Дмитриева 1991: 137—138.

³⁷ Полянский 1951: 134.

³⁸ Там же: 134—135.

соответствует заявленным целям справедливости и, главное, насколько вообще оправданы такие действия — с учетом их целей — с точки зрения теории справедливости, излагаемой нами в данной работе.

Мы рассмотрим данное явление на трех примерах. Сначала остановимся на проблеме терроризма и попытках его оправдания с точки зрения справедливости, а затем на аргументах, приводимых сторонниками «нового мирового порядка», позволяющего одним государствам осуществлять вмешательство во внутренние дела других государств и посягать на их территориальную целостность под видом «гуманитарной интервенции» и под предлогом справедливости — нарушая при этом существующее ныне международное право. Далее рассмотрим апелляцию к «исторической справедливости», ставшую для В.В. Путина одним из главных аргументов, оправдывающих, с его точки зрения, агрессию против Украины и аннексию Крыма. В заключение приведем примеры действий, которые вступают в противоречие с международным правом, но тем не менее являются вполне справедливыми, и опишем условия, необходимые, по нашему мнению, для того, чтобы в ситуации справедливости *contra legem* сама справедливость не превращалась в нечто совершенно иное.

Мы не будем здесь касаться причин терроризма: они могут быть политическими, экономическими, социальными и т.д.; нас будет интересовать лишь, до какой степени он совместим со справедливостью. В самом деле, нередко для объяснения или даже оправдания терроризма приводится такой аргумент: если какая-либо этническая, социальная или иная группа не может добиться удовлетворения своих насущных потребностей иным образом, она вправе прибегнуть к терроризму как к крайнему средству, руководствуясь при этом своим представлением о справедливости.

Однако из нашего определения справедливости следует, что справедливые параметры добровольного обмена или распределения устанавливаются в результате добровольного договора, то есть для того, чтобы справедливость была соблюдена, необходимы два условия: тот, кто требует для себя каких-либо прав, не может добиваться их с помощью насилия (нарушается условие добровольности обмена или распределения), а также не может в одностороннем порядке принимать решение о справедливости. Оба эти условия взаимосвязаны. Выше мы уже говорили, что для участников обмена или распределения не имеет значения мнение третьей стороны о справедливости установленного ими параметра; но и одностороннее установление справедливости невозможно по определению. Из этого можно заключить, что террористические действия, какими бы соображениями они не обосновывались, ничего общего со справедливостью не имеют. Кстати, такое отношение к терроризму (невозможность его оправдания никакими соображениями) находит отражение и в международном праве: см., например, п. 8 Раздела «Принципы» Итогового документа Венской встречи СБСЕ 1986 г.:

Государства — участники безоговорочно осуждают как преступные все акты, методы и практику терроризма, где бы и кем бы они ни совершались, включая те, которые ставят под угрозу дружественные отношения между государствами и их безопасность, и соглашаются в том, что терроризм не может быть оправдан ни при каких обстоятельствах <...>.

п. 6 Декларации Будапештской встречи СБСЕ на высшем уровне от 6 декабря 1994 г.:

Мы признаем, что растущую угрозу для общества в странах региона СБСЕ представляет терроризм. Мы вновь заявляем о своем безоговорочном осуждении любых террористических актов и деятельности, которым нет оправдания ни при каких обстоятельствах <...>.

п. 3 Разд. II Декларации ООН о мерах по ликвидации международного терроризма от 9 декабря 1994 г.:

Преступные акты, направленные или рассчитанные на создание обстановки террора среди широкой общественности, группы лиц или конкретных лиц в политических целях, ни при каких обстоятельствах не могут быть

оправданы, какими бы ни были соображения политического, философского, идеологического, расового, этнического, религиозного или любого другого характера, которые могут приводиться в их оправдание.

или п. 4 Разд. I Хартии европейской безопасности ОБСЕ, подписанной в Стамбуле 19 ноября 1999 г.:

Все большую угрозу безопасности представляют международный терроризм, экстремизм с применением насилия, организованная преступность и оборот наркотиков. Терроризм во всех его формах и проявлениях, чем бы он ни мотивировался, является неприемлемым³⁹.

Если обратиться к историческому опыту, то на первый взгляд может показаться, будто бы терроризм на самом деле является достаточно действенным средством удовлетворения притязаний различных групп; распространено мнение, что с его помощью добились своих целей такие ранее считавшиеся террористами политические деятели, как Менахем Бегин, Ясир Арафат, Джерри Адамс и представляемые ими движения, или такая организация, как ЭТА в Испании. В действительности своими террористическими действиями они достигли лишь одного: побудили своих оппонентов вести с ними переговоры на равных (впрочем, им самим до начала переговоров также пришлось отказаться от экстремистских методов ведения борьбы); к справедливости же как таковой, если понимать ее как договор, они пришли лишь посредством переговоров и заключения соглашений.

Говоря о терроризме как о противоправном способе достижения целей, нельзя не вспомнить о попытках оправдать его тем обстоятельством, что международное право якобы не только не осуждает терроризм, но и поощряет его ссылкой на «справедливость», например, в п. 3 ст. 2 Устава ООН⁴⁰.

Юрист Дж. Стоун в своей работе «Агрессия и мировой порядок»⁴¹ утверждал, что «использование силы для отстаивания прав <...> при отсутствии иных средств» не противоречит п. 3 и 4 ст. 2 Устава ООН, а «всеобщее и полное запрещение» (“blanket prohibition”) угрозы силой или ее применения трудно совместить со словами «и справедливость», содержащимися в п. 3 ст. 2. Стоун предлагал широкое толкование п. 4 ст. 2 Устава ООН, считая, что там запрещается «угроза силой или ее применение» не во всех случаях, а только когда они направлены «против территориальной неприкосновенности или политической независимости любого государства, так и иным образом, несовместимым с Целями Объединенных Наций». Иначе говоря, по Стоуну, государства могут использовать силу и ради отстаивания своих прав, а не только в ответ на вооруженное нападение или вследствие принятия коллективных решений; всякое иное прочтение п. 4 ст. 2 ему казалось «крайним представлением»⁴².

Критики столь широкого, если не сказать вольного толкования данной статьи отметили, что оно не совместимо со смыслом и сферой охвата других статей Устава ООН (например, ст. 51), а также не учитывает подготовительной работы над этими статьями.

Как пишет участник разработки Устава ООН С.Б. Крылов, «[п]ри обсуждении в Комитете п. 3 главы II боливийский делегат поднял отклоненный в подкомитете вопрос о необходимости дополнить этот пункт указанием на то, что разрешение споров мирными средствами не должно подвергаться угрозе как мир и безопасность, так и «справедливость»; тем самым отвергался мир «любой ценой» типа Мюнхена»⁴³, то есть «Устав Организации не допускает и не имеет в виду такого “мирного” разрешения спора, при котором попиралась бы справедливость: новый Мюнхен и восхваление мюнхенских “миротворцев” не допускаются Уставом»⁴⁴. Это вполне соответствует нашему пониманию справедливости: в данном случае можно сказать, что никакой договор, пусть

³⁹ Цит. по: Независимая Газета. 23 ноября 1999 г. / Неофициальный перевод.

⁴⁰ Нижеследующий пример взят из изд.: McDougal, Feliciano 1961: 178—179 (note 140).

⁴¹ См.: Stone 1958: 95.

⁴² Ibid.: 98.

⁴³ Крылов 1960: 106.

⁴⁴ Там же: 113.

даже имеющий благородные цели поддержания мира или мирного разрешения спора не может заключаться без участия всех заинтересованных сторон, иначе такой договор будет несправедливым, как Мюнхенский договор не был справедливым для Чехословакии.

Стало быть, нет никаких оснований предполагать, что п. 3 ст. 2 допускает одностороннее применение силы ради отстаивания своих прав или притязаний, то есть что упомянутая в нем «справедливость» может использоваться как аргумент для оправдания терроризма. Об этом же четко заявлено, например, и в Декларации ООН об усилении эффективности принципа отказа от угрозы силой или ее применения в международных отношениях (18 ноября 1987 г.):

Никакие соображения не могут использоваться в качестве оправдания угрозы силой или ее применения в нарушение Устава.

Перейдем теперь к следующему вопросу — о том, как соотносится со справедливостью вмешательство во внутренние дела какого-либо государства и применение силы против него другими государствами без санкции Совета Безопасности ООН, иначе говоря, в нарушение норм действующего международного права.

В №3 журнала *Foreign Affairs* за 1999 г. американский юрист Майкл Гленнон прямо утверждает:

<...> оспаривание права не означает оспаривания господства права. Напротив, оспаривание несправедливого права (подобно тому, как НАТО поступила с Уставом [ООН. — *Л.С.*]) может в действительности укрепить правовой режим. Открытое нарушение права куда как менее опасно, нежели просто притворное его соблюдение <...>⁴⁵.

Эти идеи возникли у него под впечатлением от действий НАТО по отношению к Югославии в марте-апреле 1999 г. По его мнению, к настоящему времени устарели практически все основополагающие принципы международного права: суверенное равенство государств, неприменение силы в международных отношениях, невмешательство во внутренние дела, равноправие, добросовестное выполнение обязательств и другие. Взамен устоявшейся системы международного права, краеугольным камнем которой является Устав ООН, он предлагает легализовать коллективное вмешательство (*intervention*) по гуманитарным соображениям, хотя и признает, что будет затруднительно отделить гуманитарные соображения от экономических и политических, а также убедить государства согласиться на введение подобной системы.

Пока же такая новая правовая система не создана, а прежняя — по мнению Гленнона — больше не действует, необходимо обратиться к справедливости: «...международной справедливости можно добиваться *ad hoc*, не имея в полной мере действующей правовой системы»⁴⁶.

На основе этих рассуждений необходимо понять две вещи: во-первых, что в действительности представляет собой справедливость *ad hoc*, и во-вторых, в какой мере она может применяться для регулирования международных отношений.

Исходя из предложенной нами в Разделе 1.1 модели справедливости, мы можем с уверенностью сказать, что справедливость *ad hoc* никакого отношения к настоящей справедливости не имеет. Будучи основана на силе и принуждении, такая «справедливость» лишена главных характеристик — добровольности и договорного начала. Более адекватно ее можно именовать «справедливость *ad libitum*», хотя это выражение содержит в себе явное внутреннее противоречие.

Интересно, что сам Гленнон признает невозможным долгое время применять такой метод решения международных проблем или регулирования международных отношений, не обеспечив его правового закрепления: «Реальную проверку новая система пройдет тогда, когда последующие поколения людей во всем сообществе наций — а не только в центрах средоточия богатства и могущества — приобретут уверенность в справедливости системы и предписываемых ею действий», ведь рано или поздно такое принятие решений, касающихся всего международного сообщества, в

⁴⁵ Glennon 1999: 3.

⁴⁶ *Ibid.*: 5.

котором участвуют лишь немногие избранные, вызовет повсеместное недовольство и неприятие; иными словами, пишет он, «справедливость требует легитимности»⁴⁷, ведь «кодификация снижает опасность совершения ошибки и способствует укреплению доверия»⁴⁸. Иными словами, предлагается упразднить прежнюю, создававшуюся тысячелетиями систему международного права, основанную на зафиксированных в Уставе ООН принципах, и заново начать весь процесс кодификации норм права уже на совершенно новых основаниях. На наш взгляд, здесь имеет место искаженное представление о природе (генезисе) норм международного права: два основных источника международного права — международный обычай и международный договор — неоправданно противопоставляются друг другу («[в] 1999 г. письменные тексты кажутся более легитимными, чем обычные нормы»⁴⁹), а кроме того, почему-то предлагается кодифицировать в качестве международных норм некие расплывчатые понятия и однократные (*ad hoc*) действия, которые не признаны международным сообществом ни в качестве принципов, ни обычаев, и правомерность которых (не говоря уже о справедливости) находится под большим сомнением. Таким образом, невозможно здесь говорить и о том, что НАТО в своих действиях против Югославии руководствовалась нормами *de lege ferenda*, как заявил посол ФРГ д-р Эрнст-Йорг фон Штудниц на конференции в Дипломатической Академии МИД РФ 14 мая 1999 г.

Наконец, рассмотрим третий пример, уже из событий этого, 2014-го, года, а именно аннексию Крыма. Надо четко понимать, что никакими ссылками на международное право агрессию России против Украины и аннексию Крыма оправдать невозможно. Все ссылки на таковое в заявлениях МИД РФ или официальных лиц следует признать демагогическими или попросту бессмысленными. Здесь не место подробно останавливаться на этих ссылках, однако если возникнут вопросы, можно будет потом кратко их разобрать.

В той речи Путина от 18 марта 2014 г., на которую все ссылаются как на программную в плане провозглашения «исторической справедливости», самого этого словосочетания нет. Там есть «историческая несправедливость» («люди не могли смириться с вопиющей исторической несправедливостью» — сказано о передаче Крыма в 1991 г. Украине). Впоследствии, однако, эта фраза — «историческая справедливость» — вошла в широкий политический, публицистический и даже правовой обиход.

В частности, она употреблена целых два раза в Указе Президента Российской Федерации от 21 апреля 2014 г. № 268 «О мерах по реабилитации армянского, болгарского, греческого, крымско-татарского и немецкого народов и государственной поддержке их возрождения и развития»:

В целях восстановления исторической справедливости, устранения последствий незаконной депортации с территории Крымской АССР армянского, болгарского, греческого, крымско-татарского и немецкого народов и допущенных нарушений их прав постановляю:

1. Правительству Российской Федерации:

а) совместно с органами государственной власти Республики Крым и г. Севастополя:

принять комплекс мер по восстановлению исторической справедливости, политическому, социальному и духовному возрождению армянского, болгарского, греческого, крымско-татарского и немецкого народов, подвергшихся незаконной депортации и политическим репрессиям по национальному и иным признакам <...>

Здесь всякому живущему в России следует насторожиться, потому что, если ссылки на справедливость в праве допустимы и, как мы видели, широко используются в международном праве, то ссылки на «историческую справедливость» могут вести к подмене понятий. Мы знаем, что произошло с демократией, когда она превратилась в «суверенную демократию». Помним прекрасно и что представляла собой «социалистическая законность». И когда господин Примаков на заседаниях «Меркурий-клуба» обрушивается на «неолиберализм», совершенно очевидно, что его понимание

⁴⁷ Ibid.: 7.

⁴⁸ Ibid.: 6.

⁴⁹ Ibid.

либерализма отличается от понимания сидящих в этом зале.

Разумеется, акт агрессии против Украины и аннексии Крыма не может быть признан справедливым с точки зрения ни одной концепции из рассмотренных нами в начале выступления. Не может он быть признан таковым и с позиций нашей модели справедливости, поскольку а) не были учтены интересы одной из ключевых сторон в этой ситуации, а именно интересы Украины; б) не были учтены интересы крымско-татарского народа; в) не были соблюдены принятые в Европе правила проведения референдума и в целом нормы законодательства Украины, касающиеся проведения референдумов; г) ситуация в целом решалась силой, что исключало решение ее исходя из принципа справедливости. Сюда же можно добавить неправомерные ссылки на «косовский прецедент» и прочие прецеденты. К тому же следует отметить, что в момент провозглашения независимости Республикой Косово и позднее, когда Международный Суд ООН давал свое консультативное заключение относительно соответствия односторонней декларации о независимости Косово, Россия придерживалась прямо противоположной позиции по данному вопросу.

Еще здесь можно сказать, что, по-видимому, юридические консультанты Путина не знакомы с набирающей ныне силу в доктрине международного права концепцией «восстановительного отделения» (*remedial secession*). Она рассматривается как последний способ для какой-то территории избавиться от угнетения и строится на широкой и весьма вольной интерпретации принципа самоопределения народов. Впрочем, у этой концепции столь же шаткие теоретические и практические основания, как у концепции «исторической справедливости».

Концепция «исторической справедливости» несет мощный аргументативный и мобилизационный потенциал и удобна тем, что позволяет избегать ответов на любые вопросы или возражения, оспаривающие ее приемлемость (экономические, правовые, социологические, демографические, собственно реальные исторические). С действующим международным правом данная концепция находится в резком антагонизме, более резком, чем гуманитарная интервенция. Там, как мы помним, утверждалось, что нормы *ad hoc* будут действовать недолго и что в конечном счете будет проведена кодификация этих норм. Здесь же относительно права не утверждается ничего.

Рассматриваемые нами примеры обращения к справедливости *contra legem* (в порядке аргументации) позволяют сделать ряд важных выводов. Так называемая «справедливость *ad hoc* (= *ad libitum*)» или «историческая справедливость» на самом деле не являются справедливостью, ибо основаны на насилии, а не на добровольном договоре; такая «справедливость» не может применяться для регулирования международных отношений, поскольку умножает несправедливость и произвол. Кодификация такой «справедливости» в международном праве бессмысленна и опасна, потому что в этом случае право утрачивает одну из основных своих характеристик — быть справедливым, то есть вообще перестает быть правом. Это неизбежно приведет к отрицанию подобных норм со стороны многих, если не большинства субъектов международных отношений, тем более что вряд ли заинтересованным субъектам удастся добиться того, чтобы право, составленное из искусственных норм, навязываемых сильными государствами более слабым, было признано всем международным сообществом взамен ныне существующего универсального международного права, построенного на договоре (в широком смысле).

Рассуждения о предпочтительности регулирования международных отношений разовыми способами «к случаю», а не устоявшимися нормами международного права, напоминают аргументацию некоторых участников дискуссии о формальном и неформальном правосудии (*justice*), развернувшейся в начале 1980-х годов в американских юридических кругах. Тогда целый ряд американских юристов-теоретиков и практиков утверждали, что слишком частое обращение американцев к официальным правовым институтам (судам) и вообще к праву порождает в обществе «правовое загрязнение» (“*legal pollution*”), подобное загрязнению окружающей среды, что право не обеспечивает подлинной справедливости, и потому, предлагали они, необходимо обращаться к неформальным и небюрократическим институтам, которые «избегают применения официального права, используя взамен его неписанные материальные и процедурные нормы — нечеткие,

основанные на здравом смысле, гибкие, *ad hoc* и по существу имеющие частный характер»⁵⁰. Ученые называли разные причины, побудившие элиту юридического сообщества призывать сограждан «отвернуться от права», но самыми очевидными считались причины сугубо прагматические, чаще всего политического или экономического свойства, то есть всегда это оказывалось выгодно конкретной социальной группе.

Впрочем, даже многие из тех, кто критиковал существующую правовую систему и подвергал сомнению ее эффективность, указывали на то, что «отсутствие формализма» (*informalism*) может оказаться еще более опасным: к примеру, государству будет гораздо легче вмешаться в частную жизнь своих граждан, если установлением справедливости (осуществлением неформального правосудия) станут заниматься так называемые «районные центры правосудия» (*neighborhood justice centers*) или иные альтернативные институты, которые куда больше, чем суды, будут зависеть от государственного финансирования; кроме того, для тех, кто обладает большим богатством и влиянием, гораздо выгоднее обратиться к неформальным институтам, ведь, например, разрешение гражданских споров вне судебной процедуры может привести к совершенно иным результатам, нежели в суде. Иными словами, критики правовой системы сообщали, что сами они не верят в «справедливость через право», но и призывали всех «не верить в химеру справедливости без права»; отмечая несовершенство «формального права», они тем не менее полагали, что перейти к какой-либо иной системе права или иному пониманию правосудия (=справедливости) можно будет лишь когда изменится само общество, а до тех пор не остается ничего другого, как придерживаться «правового формализма», «каким бы фальшивым и пугающим он ни был»⁵¹.

Такие выводы представляются нам достаточно разумными и реалистичными. Они вполне могут быть применимы к современному международному праву, которое хоть и несовершенно, и имеет, как мы выяснили, пробелы, но все же представляет собой действенный механизм обеспечения справедливости в международных отношениях. Замена его нормами *ad hoc*, тем более вводимыми в одностороннем порядке путем насилия, почти всегда не оправдана с точки зрения справедливости и к тому же очень часто неэффективна, так как позволяет применяющему их государству (государствам) добиваться лишь сиюминутных выгод, без учета собственных долгосрочных целей и интересов, не говоря уже о том, что зачастую результаты этих действий ставят под угрозу международную безопасность.

Основываясь на выводах, сделанных в настоящем разделе, можно сформулировать ряд условий, которые необходимы для того, чтобы в ситуации применения справедливости *contra legem* не отрицалась бы сама справедливость. Вот эти условия (возможно, перечень не является исчерпывающим): а) должно наличествовать добровольно заключенное государствами соглашение (не обязательно в виде формального договора, как он определяется Венской конвенцией 1969 г.); б) это соглашение не должно затрагивать интересы третьих стран, то есть, в частности, оно не должно нарушать императивные нормы международного права; в) конечной целью таких справедливых действий *contra legem* должно являться, как это ни парадоксально, торжество права, иначе говоря, нарушение права должно быть лишь кратковременным.

Примером применения справедливости *contra legem* могут являться такие действия, как контролируемые трансграничные поставки запрещенных товаров (например, ядерных материалов, оружия, наркотиков), осуществляемые государствами (точнее говоря, их специальными службами) по соглашению в целях выявления и ликвидации преступных сетей. На этом примере отчетливо видна необходимость указанного выше условия «в». В самом деле, если конечной целью государств в такой ситуации будет являться не борьба с международной преступностью и торжество права, а материальная выгода или иные соображения, то эта ситуация, перестав быть контролируемой, может в результате затронуть интересы третьих стран (например, при контрабанде туда тех же запрещенных

⁵⁰ *Informal Justice* 1982/1: 2.

⁵¹ *Trubek* 1984: 834.

товаров), и тем самым нарушится одно из условий справедливости.

Н.Н. Полянский в уже цитированной работе «Международный Суд» также формулирует положение о справедливости *contra legem* (правда, не называя ее этим термином):

В тех случаях, когда строго последовательное применение нормы права приводило бы к явно несправедливому решению, справедливость должна способствовать тому, чтобы *summum jus* [лат. — высшее право] не превратилась в *summa iniuria* [лат. — высшая несправедливость]. В этих случаях приведение права к согласию со справедливостью соответствовало бы назначению международного права: *omne jus civitatum causa* [лат. — всякое право <действует> ради государств]⁵².

В принципе его тезис вполне согласуется с нашей интерпретацией данной функции справедливости.

2.1.4. Проблема кодификации справедливости в виде императивной нормы международного права

В заключение данного раздела остановимся на том, можно и нужно ли кодифицировать справедливость в виде принципа (императивной нормы) международного права. Например, Г.К. Дмитриева полагает, что «[п]ринцип справедливости отвечает требованиям, предъявляемым к основным принципам международного права, его императивным нормам»⁵³, однако она не приводит сколько-нибудь конкретного самостоятельного нормативного содержания этого принципа, рассматривая его преимущественно во взаимосвязи с другими принципами. Впрочем, поскольку она считает принцип справедливости морально-правовым, а мы в нашей модели вывели справедливость из сферы морали, ее идеи о содержании понятия «справедливость» имеют для нас лишь чисто познавательный интерес.

Мы уже отмечали выше, что *содержание* понятия «справедливость» не остается постоянным и неизменным. Оно зависит от конкретной ситуации, поскольку является результатом добровольного соглашения участников правоотношения. Строго говоря, когда речь идет о необходимости для права (международного в том числе) быть справедливым, имеется в виду лишь то, что право должно строиться на добровольном договоре между субъектами права; такой договор — в самом широком смысле — может быть как эксплицитным, так и подразумеваемым. Между прочим, добровольность заключения договора государствами является, по Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. (ст. 51, 52), одним из условий его действительности.

Хотя непосредственно ссылка на справедливость в самих этих статьях конвенции отсутствует, в доктрине, судя по всему, связь между добровольностью и справедливостью при заключении договоров и определении их действительности находит свое отражение. Например, А.Н. Талалаев в своем Комментарий к Венской конвенции 1969 г. указывает, что за исключением мирных договоров, содержащих принудительные меры в отношении агрессора, примененные «в полном соответствии с мирными целями и принципами Устава ООН» и имеющие «правомерный и справедливый характер» (ситуация воздаяния в нашей терминологии), «[в] остальных случаях международные договоры, заключенные под влиянием принуждения и насилия, в том числе несправедливые мирные договоры, договоры об уступке территории и т.п., навязанные государством-агрессором жертве агрессии, являются недействительными»⁵⁴.

Что касается определения а priori общего материального содержания справедливости для всех договоров между субъектами права или даже для каждого типа договора (если относить к типам три ситуации, описанные нами в начале данной работы), то оно бессмысленно, и к тому же применительно к государствам является нарушением их суверенного права самим определять объект и условия договора. Впрочем, это соображение не может помешать дефиниции правового

⁵² Полянский 1951: 135.

⁵³ Дмитриева 1991: 134—135.

⁵⁴ Талалаев 1997: 141—142.

содержания конкретных понятий, связанных со справедливостью: «обмен», «распределение», «воздаяние», «ресурс» и «параметр», а также правового статуса участников трех ситуаций, что было бы весьма желательно для конкретизации справедливости как правовой категории и придания ей более «технического» (в правовом смысле) характера, с тем чтобы облегчить ее понимание и определение ее содержания в международно-правовых документах по конкретным проблемам.

Есть еще одно обстоятельство, не позволяющее кодифицировать справедливость в виде принципа международного права: справедливость не является принадлежностью одного только права, она регулирует и внеправовые отношения, то есть сфера ее действия (или, условно, объект регулирования) шире сферы действия права. Кроме того, справедливость существует не только *infra legem*, но может, как мы выяснили, применяться также *praeter legem* и *contra legem*. И если право государств на применение справедливости в случае пробелов в международном праве предусмотрено самим правом, то ее применение в нарушение правовых норм правом, разумеется, не предусмотрено и не может быть допустимо ни при каких обстоятельствах.

Н.Н. Полянский выдвигает еще один аргумент против того, чтобы справедливости было придано значение общего принципа права, применительно к практике Международного Суда ООН. Ведь в таком случае «пришлось бы признать, что для разрешения дела *ex aequo et bono* не требуется, в силу п. 3 первой части ст. 38 [Статута Международного Суда. — Л.С.], согласия сторон, вопреки прямому указанию второй части этой статьи»⁵⁵.

Как уже было отмечено, невозможность кодификации справедливости в виде императивной нормы международного права не препятствует определению нормативного содержания справедливости в конкретных договорах. В многосторонних международно-правовых документах таких отраслей международного права, как морское право, экономическое право, права человека справедливость имеет характер правовой нормы, отличающейся достаточно определенным материальным содержанием. Пока что преждевременно говорить о распространении содержания справедливости в одном или нескольких документах, относящихся к одной отрасли права, на эту отрасль в целом. В любом случае, даже если это и произойдет, такая договоренность будет сохраняться лишь до тех пор, пока государства не договорятся об ином нормативном содержании принципа справедливости в конкретной отрасли, заключив соответствующие договоры или признав это иное содержание в качестве международно-правового обычая. Стало быть, и здесь сохраняет свой смысл приводимый нами тезис о том, что содержание понятия (параметра) «справедливость» может быть определено только посредством соглашения между субъектами права, имеющего в той или иной степени ограниченный срок действия, тогда как характеристикам ситуаций, в которых справедливость выступает в качестве параметра, присуще, по-видимому, значительно более стабильное и постоянное содержание.

2.2. Применение понятия «справедливости» к разрешению международных споров

В данном разделе мы рассмотрим такие международные проблемы, решение которых осуществляется на основе международного права и справедливости, а именно международные споры.

Принцип мирного разрешения международных споров является одним из основных принципов международного права. Он был закреплен в Уставе ООН и получил свое развитие в других международно-правовых документах (Декларация о принципах международного права... 1970 г., Хельсинкский Заключительный Акт 1975 г., Манильская декларация о мирном разрешении международных споров 1982 г., Принципы урегулирования споров и положения процедуры СБСЕ по мирному урегулированию споров 1991 г. и др.). Отметим существенные элементы правового содержания этого принципа, содержащие в себе ссылки на справедливость:

⁵⁵ Полянский 1951: 135 (сноска).

1) «Организация Объединенных Наций преследует Цели:

1. Поддерживать международный мир и безопасность и с этой целью принимать эффективные коллективные меры для предотвращения и устранения угрозы миру и подавления актов агрессии или других нарушений мира и проводить мирными средствами, в согласии с принципами справедливости и международного права, улаживание или разрешение международных споров или ситуаций, которые могут привести к нарушению мира» (Устав ООН, ст. 1);

«3. Все Члены Организации Объединенных Наций разрешают свои международные споры мирными средствами таким образом, чтобы не подвергать угрозе международный мир и безопасность и справедливость» (То же, ст. 2).

2) «Каждое государство разрешает свои международные споры с другими государствами мирными средствами таким образом, чтобы не подвергать угрозе международный мир, безопасность и справедливость.

Государства должны в соответствии с этим стремиться к скорейшему и справедливому урегулированию своих международных споров путем переговоров, обследования, посредничества, примирения, арбитража, судебного разбирательства, обращения к региональным органам или соглашениям, или иными мирными средствами по своему выбору» (Декларация о принципах... 1970 г. Принцип, согласно которому государства разрешают свои международные споры мирными средствами таким образом, чтобы не подвергать угрозе международный мир, безопасность и справедливость).

3) «Государства — участники будут разрешать споры между ними мирными средствами таким образом, чтобы не подвергать угрозе международный мир и безопасность и справедливость.

Они будут добросовестно и в духе сотрудничества прилагать усилия к тому, чтобы в короткий срок прийти к справедливому решению, основанному на международном праве» (Заключительный Акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе 1975 г. Разд. 1 а), п. V).

4) «2. Все государства разрешают свои международные споры исключительно мирными средствами таким образом, чтобы не подвергать угрозе международный мир и безопасность и справедливость.

3. Международные споры разрешаются на основе суверенного равенства государств и при соблюдении принципа свободного выбора средств в соответствии с обязательствами по Уставу Организации Объединенных Наций и принципами справедливости и международного права. <...>

5. Государства стремятся в духе доброй воли и сотрудничества к скорейшему и справедливому урегулированию своих международных споров с помощью любого из следующих средств: переговоров, обследования, посредничества, примирения, арбитража, судебного разбирательства, обращения к региональным соглашениям или органам или иными мирными средствами по своему выбору, включая добрые услуги» (Манильская декларация о мирном разрешении международных споров 1982 г. Разд. I).

5) «Для осуществления принципа, согласно которому все споры должны разрешаться исключительно мирными средствами, требуются соответствующие процедуры урегулирования споров. Такие процедуры являются существенным вкладом в укрепление верховенства закона на международном уровне и международного мира и безопасности и справедливости.

Международные споры должны разрешаться на основе суверенного равенства государств и с учетом принципа свободного выбора средств в соответствии с международными обязательствами и обязанностями и принципами справедливости и международного права» (Принципы урегулирования споров... 1991 г. Введение).

Как видно из этих примеров, расположенных в хронологической последовательности, развитие данного принципа идет по пути усиления роли справедливости в мирном урегулировании международных споров.

При этом справедливость как одна из основ мирного разрешения споров упоминается не только в документах многостороннего характера, но и в двусторонних международно-правовых актах. Один из сравнительно недавних примеров тому — Токийская декларация о российско-японских отношениях от 13 октября 1993 г.:

Стороны соглашаются в том, что следует продолжать переговоры с целью скорейшего заключения мирного договора путем решения указанного вопроса [о принадлежности островов Итуруп, Кунашир, Шикотан и Хабомаи. — *Л.С.*], исходя из исторических и юридических фактов, и на основе выработанных по договоренности между двумя странами документов, а также принципов законности и справедливости и таким образом полностью нормализовать двусторонние отношения.

Резюмируя основные элементы принципа мирного разрешения международных споров, можно сказать, что все они вполне согласуются с нашей гипотезой о добровольно-договорном

характере справедливости вообще и в международном праве в частности. Иначе говоря, в тех случаях, когда речь идет о стремлении не допустить возникновения угрозы международному миру, безопасности и справедливости вследствие международного спора, под справедливостью понимается именно добровольно-договорный характер всей системы международных отношений, который неминусом был бы нарушен в результате чьего-либо одностороннего намерения решать споры немирными средствами.

Когда же говорится о необходимости справедливого урегулирования спора, то в документах прямо указывается, что достигнуть этого можно при помощи целого ряда перечисленных в них мирных средств. Это означает, что поскольку эти средства обеспечивают справедливость, сами они по определению являются справедливыми, тем более что все они основаны на договоре (в широком смысле). Более того, справедливой является и сама возможность свободного (т. е. добровольного) выбора мирных средств по обоюдному согласию вовлеченных в спор сторон.

В зависимости от выбора сторонами спора того или иного мирного средства возникают те самые ситуации, о которых мы писали выше, т. е. распределение, обмен или воздаяние. Исходя из конкретных обстоятельств, справедливое решение спора будет зависеть либо от самих участников спора в ситуации обмена (в случае применения ими, например, переговоров или консультаций), либо от третьей стороны, выбранной ими в качестве субъекта распределения (при обращении к судебному или арбитражному органу).

Как бы то ни было, *любая* из предусмотренных международным правом мирных процедур урегулирования споров имеет, как мы уже сказали, справедливый характер. Это подчеркивает, в частности, М.Л. Энтин, говоря о переговорах и консультациях: «<...> важнейшее значение для обеспечения справедливого и взаимоприемлемого урегулирования международных конфликтных отношений имеют непосредственные переговоры между самими заинтересованными сторонами»⁵⁶, «[п]ри использовании метода обязательных консультаций увеличиваются возможности достижения справедливого урегулирования на ранних стадиях возникновения и развития конфликтных отношений <...>»⁵⁷.

Мы не станем касаться всех мирных средств, которые могут использоваться государствами для урегулирования споров между ними, а остановимся на том, какое значение имеет справедливость в принятии Международным Судом ООН решений по переданным ему на рассмотрение межгосударственным спорам.

В п. 1 ст. 38 Статута Международного Суда предусмотрено, что Суд решает «переданные ему споры на основании международного права»⁵⁸, но может также, согласно п. 2 этой статьи, разрешать дела и *ex aequo et bono*, «если стороны с этим согласны». И хотя ст. 28 Общего Акта о мирном разрешении международных споров от 26 сентября 1928 г. (с поправками, внесенными Генеральной Ассамблеей ООН 28 апреля 1949 г.) гласит, что в случае отсутствия норм, перечисленных в ст. 38, т. е. позитивных норм международного права, применимых к конкретному спору, «суд будет решать дело *ex aequo et bono*»⁵⁹ (о согласии государств на такие условия там ничего не говорится), совершенно очевидно, что на сегодняшний день приоритет в этом вопросе имеет ограничительная норма п. 2 ст. 38 Статута. В практике Международного Суда до сих пор не было случаев, когда бы ему пришлось выносить решение *ex aequo et bono*, но это не значит, что при решении споров Суд вообще игнорирует справедливость.

Разберем некоторые решения по конкретным делам⁶⁰, которые помогут нам выявить, в каких

⁵⁶ Энтин 1984: 16.

⁵⁷ Там же: 26.

⁵⁸ В этом пункте перечислены основные источники права: международные конвенции, международно-правовой обычай, общие принципы права, судебные решения и доктрины наиболее авторитетных юристов (решения и доктрины применяются с оговоркой).

⁵⁹ Цит. по: Международное право в документах 1957/II: 265.

⁶⁰ Тексты документов Международного Суда ООН можно найти на официальном web-сайте Суда, расположенном по адресу: <http://www.icj-cij.org/>. В настоящей работе суть споров и решений Суда излагается в максимально сжатом и сокращенном виде.

случаях Международный Суд прибегает к понятию справедливости для обоснования своих решений, а затем, возможно, найти некие сходные элементы в определениях справедливости, данных Судом при решении разных споров. При этом мы не утверждаем, что Суд осуществляет нормотворческую деятельность, создавая некое общее определение справедливости; скорее, он фиксирует объективно складывающиеся в международном праве воззрения на условия обеспечения справедливости при разрешении международных споров.

I. Два дела о континентальном шельфе Северного моря (ФРГ v. Дания, ФРГ v. Нидерланды; решение Суда от 20.II.1969 г.)

Данный спор касался делимитации континентального шельфа между ФРГ и Данией, а также между ФРГ и Нидерландами. Суду предстояло установить принципы и нормы международного права, которыми сторонам надлежит руководствоваться при делимитации шельфа.

В своем решении Суд «констатировал, что ФРГ и Дания, ФРГ и Нидерланды, выступавшие в качестве сторон в споре по поводу дна Северного моря, не были связаны нормами обычного или договорного права»⁶¹. Суд «предписал спорящим государствам при делимитации следовать справедливым принципам»⁶², заключив на основе этих принципов соглашение с учетом в ходе переговоров всех относящихся к делу обстоятельств, в частности, общей конфигурации побережья, геологической структуры отмелей и наличия природных ресурсов и т.д. При этом Суд сделал специальную оговорку, что речь в данном случае не идет о принятии решения *ex aequo et bono*; напротив, именно позитивное право требовало применения справедливых принципов, и кроме того, перечисленные Судом обстоятельства имели характер рекомендации.

Делимитацию предстояло провести таким образом, чтобы «оставить каждой стороне в максимальной возможной мере все те части континентального шельфа, которые образуют естественное продолжение ее территории в море и без вторжения в естественное продолжение территории другой страны»⁶³. В случае недостижения сторонами в ходе переговоров согласия о принципах раздела пересекающихся зон (если бы таковые возникли), им надлежало разделить их поровну или согласовать иной правовой режим в этих зонах.

Таким образом, справедливое решение в данном случае, при отсутствии договорных или обычных норм права, регулирующих отношения участников спора, предполагает проведение переговоров между сторонами спора и заключение ими соглашения с учетом всех обстоятельств, имеющих отношение к делу.

II. Дело о рыбных промыслах (Великобритания v. Исландия; ФРГ v. Исландия; решение Суда от 25.VII.1974 г.).

Суть спора состояла в том, что Великобритания и ФРГ выразили протест в связи с односторонним расширением Исландией своей рыболовной зоны с 12 до 50 морских миль, полагая, что такое расширение не основано на международном праве и является незаконным, в связи с чем просили Суд высказаться по ряду вопросов относительно их собственных прав в такой ситуации.

Суд определил права и обязанности сторон в соответствии с имевшимися между ними договорами и постановил, что одностороннее расширение Исландией исключительной экономической зоны не имеет юридического значения для Великобритании и ФРГ, поэтому Исландия не может запретить их судам доступ в данный район. Вместе с тем было указано, что «заинтересованные стороны несут взаимные обязательства провести переговоры в целях справедливого урегулирования споров, касающихся соответствующих прав на вылов рыбы. В ходе переговоров должны быть учтены преимущественные права Исландии, исторические права Великобритании и ФРГ, интересы других государств, задачи сохранения рыбных ресурсов и

⁶¹ Энтин 1984: 163.

⁶² Кожевников, Шармазанов 1971: 104.

⁶³ Там же.

некоторые иные моменты»⁶⁴. Переговоры были признаны наиболее подходящим способом разрешения данного спора.

Оставив без ответа вопрос о соответствии одностороннего акта Исландии международному праву, Суд фактически признал наличие пробела в праве. *Справедливое решение спора, по мнению Суда, предусматривало в этом случае проведение переговоров с учетом определенных (перечисленных им) обстоятельств. Если сопоставить это положение с выводом Суда о том, что односторонние действия одного участника спора не имеют юридического значения для другого, можно заключить, что такие односторонние действия противоречат также и справедливости.*

III. Толкование Соглашения между ВОЗ и Египтом от 25 марта 1951 г.

(консультативное заключение Суда от 20.XII.1980 г.).

Ассамблея Всемирной организации здравоохранения направила в Международный Суд запрос о вынесении консультативного заключения по поводу толкования соглашения, заключенного 25 марта 1951 г. между ВОЗ и Египтом. Суду предстояло определить правовые принципы и нормы, касающиеся переговоров и уведомлений, на случай вывода регионального отделения ВОЗ с территории Египта по инициативе одной из сторон.

В своем консультативном заключении Суд пришел к выводу о том, что для осуществления нормального и справедливого перевода регионального отделения из Египта в другое место сторона-инициатор перевода обязана своевременно уведомлять об этом другую сторону, при этом необходимо учитывать все связанные с переводом практические мероприятия, о которых сторонам надлежит проводить консультации, с тем чтобы свести к минимуму возможный ущерб их интересам. Было определено, что сроки уведомлений и переговоров стороны определяют сами в зависимости от конкретных обстоятельств.

Как видим, здесь элементами справедливого решения, основанного на нормах двустороннего соглашения, являются недопущение односторонних действий, а также проведение переговоров при взаимном учете интересов и конкретных обстоятельств ситуации.

IV. Дело о делимитации морской границы в районе залива Мэн (решение Суда от 12.X.1984 г.).

Перед Судом была поставлена задача определить единую линию прохождения морской границы, разделяющей континентальные шельфы и исключительные экономические зоны США и Канады в пределах ограниченного участка с заданными координатами. Дело решалось образованной для этого камерой из пяти судей.

Рассматривая применимые принципы и нормы международного права, камера Суда решила, что необходимо проводить различие между этими принципами и нормами, с одной стороны, и справедливыми критериями обеспечения данных принципов и норм в конкретной ситуации, — с другой. Был сделан вывод о том, что точные справедливые критерии (практические методы), которые можно применить в качестве руководства к действию, можно найти лишь в договорном международном праве.

На основании п. 1 и 2 ст. 6 Конвенции о континентальном шельфе 1958 г., ратифицированной обеими сторонами, камера пришла к заключению о существовании принципа международного права, согласно которому односторонняя делимитация континентального шельфа одним государством, без учета мнений других государств, не может иметь силу для этих других государств. Кроме того, этот принцип сопровождается подразумеваемой нормой (*latent rule*) о том, что *при принятии любого соглашения или иного решения следует учитывать справедливые критерии*. Что касается позиций сторон в свете вышесказанного, то камера отметила наличие между ними согласия по поводу существования основополагающей нормы международного права, требующей определения единой морской границы в соответствии с применимым правом и согласно

⁶⁴ Энтин 1984: 79—80.

принципам справедливости, с учетом всех относящихся к делу обстоятельств — в целях достижения справедливого результата.

Камера привела более точную формулировку указанной основополагающей нормы, признанной обеими сторонами:

Никакая делимитация морских пространств между государствами с противолежащими или примыкающими берегами не может осуществляться в одностороннем порядке одним из этих государств. Такая делимитация должна достигаться и осуществляться посредством соглашения в результате переговоров, проводимых в духе доброй воли и с искренним намерением добиться позитивного результата. Однако, если таковое соглашение не может быть достигнуто, делимитацию надлежит осуществить, прибегнув к услугам третьей стороны, обладающей необходимой компетенцией.

В любом случае делимитация должна осуществляться посредством применения справедливых критериев и использования практических методов, способных обеспечить, с учетом географических очертаний территории и других относящихся к делу обстоятельств, справедливый результат (§112 Решения).

Решая вопрос о предписанных данной нормой критериях и методах, способных обеспечить справедливый результат, камера выявила отсутствие каких-либо норм международного договорного права или иных норм, обязывающих стороны применить определенные методы для установления единой морской границы⁶⁵. Камера не посчитала полезным предпринять ни абстрактное перечисление теоретически возможных критериев, ни оценку степени их справедливости, в силу того, что ни один из них не был способен обеспечить большую справедливость или принести большую практическую пользу сам по себе; было признано, что должно наличествовать желание принять сочетание различных методов всякий раз, когда того требуют обстоятельства. Более того, рассмотрев предложения сторон о применении тех или иных методов, камера постановила, что она исключит из рассмотрения те критерии, которые, какими бы справедливыми они не казались сами по себе, не подходят для целей одновременной делимитации континентального шельфа и рыболовных зон. Исходя из этого, камера решила обратиться к критериям и практическим методам, основанным на географических данных, т. е. применить геометрические методы, учитывающие очертания береговой линии залива, что и было ею сделано. Такие критерии позволяли, помимо прочего, осуществить равное деление зон пересечения подлежащих делимитации морских пространств.

В заключение камера провела верификацию справедливого характера достигнутого результата в свете всех имевшихся обстоятельств. Было заявлено, что сравнительные масштабы рыболовной деятельности или нефтедобычи сторон не могут считаться справедливым критерием при определении линии делимитации. Лишь одно возражение против справедливости своего решения камера могла бы признать обоснованным, а именно, если бы неожиданно делимитация привела к катастрофическим последствиям для жизни и экономического развития населения соответствующих территорий; поскольку же в данном случае такой опасности в результате проведенной делимитации не возникало, камера заключила, что достигнутый результат не является несправедливым. Она также выразила надежду, что США и Канада, учитывая долговременную традицию их плодотворного сотрудничества в морских делах, сумеют преодолеть любые трудности и обеспечить позитивное развитие своей деятельности в этой сфере.

Итак, подытожим критерии, которые, по мнению камеры Международного Суда, решавшей данный спор, могли обеспечить (и в конечном счете обеспечили) справедливый результат: а) недопустимость односторонних действий (при делимитации) и односторонних преимуществ (это проверялось путем верификации справедливости решения); б) проведение сторонами переговоров в целях достижения соглашения или обращение к компетентной третьей стороне (т. е. применение одного из мирных средств решения спора, о которых мы говорили в начале Раздела 2.2); в) учет всех относящихся к делу обстоятельств, в частности, путем применения комбинированных

⁶⁵ Камера рассмотрела те критерии, что содержатся в п. 1 и 2 ст. 6 Конвенции о континентальном шельфе 1958 г.: метод срединной линии для противолежащих берегов и принцип равного отстояния для территорий смежных государств. Эти методы были признаны обеспечивающими справедливый результат, но лишь для континентального шельфа, а не для поверхностных вод.

методов делимитации.

В связи с данным решением интересно отметить позицию судьи А. Гро, который приложил к решению камеры несовпадающее особое мнение (*dissenting opinion*). Не утверждая, что предложенная камерой линия делимитации является несправедливой, он, тем не менее, задается вопросом, а удалось ли камере Суда действительно продемонстрировать, что эта линия является более справедливой, чем иные линии, рассматривавшиеся в ходе судебных слушаний. Это ставит очень сложную проблему: должен ли Международный Суд ООН или вообще государства при разрешении споров стремиться к нахождению *самого справедливого* решения? Мы выскажем осторожное предположение, что это не является необходимым. По-видимому, в данном случае и камера Суда придерживалась такого же мнения, так как при верификации своего решения *она оценивала не степень его справедливости, а его соответствие справедливости вообще.*

Добавим, кроме того, что если выявленные камерой критерии справедливости являются исчерпывающими и решение полностью соответствует им (т.е. не дает односторонних преимуществ ни одной из сторон и учитывает все существенные обстоятельства), то его без особого преувеличения можно назвать справедливым в данных условиях. Вообще же вопрос о *степени справедливости* требует отдельного рассмотрения в теоретическом плане, в рамках проблемы *содержания справедливости* как критерия обмена, распределения или воздаяния.

V. Дело о континентальном шельфе (Ливийская Арабская Джамахирия v. Мальта; решение Суда от 3.VI.1985 г.).

Перед направлением своего дела о делимитации континентальных шельфов в Суд стороны заключили специальное соглашение, в ст. 1 которого они просят Суд определить, какие принципы и нормы международного права применимы к делимитации районов континентального шельфа, примыкающего, соответственно, к территориям Мальты и Ливии, и как на практике такие принципы и нормы могут быть применены сторонами для осуществления делимитации этих районов посредством проведения переговоров и заключения соглашения.

При этом у сторон имелись разногласия относительно того, каким образом Суд должен указать пути практического применения: Мальта полагала, что это должно выразиться в проведении срединной линии делимитации, тогда как Ливия придерживалась того мнения, что это не входит в задачу Суда. Проанализировав специальное соглашение, определяющее пределы его юрисдикции, Суд пришел к выводу, что оно не содержит положений, препятствующих проведению им примерной линии делимитации.

Сначала Суд рассмотрел применимые принципы и нормы международного права. Обе стороны согласились, что их спор должен разрешаться на основе обычного международного права, обе подписали Конвенцию ООН по морскому праву 1982 г., однако ко времени рассмотрения спора она еще не вступила в силу. Впрочем, некоторые ее положения стороны признали выражающими международно-правовой обычай, и потому Суд посчитал своим долгом определить степень обязательности таких положений для сторон в данном споре. Согласно ст. 83 Конвенции 1982 г., делимитация осуществляется «в целях достижения справедливого решения», но там ничего не говорится о способах реализации этих целей, т. е. их выбор оставлен за государствами или судебными органами. Суд отметил, что стороны согласны с тем, что вне зависимости от статуса ст. 83 для достижения справедливого результата делимитация должна проводиться в соответствии со справедливыми принципами (*equitable principles*) и с учетом всех значимых обстоятельств (*relevant circumstances*), а именно таких, которые имеют отношение к правовому институту континентального шельфа и к применению справедливых принципов к его делимитации.

Суд особо выделил одно из таких обстоятельств, а именно связь континентального шельфа и исключительной экономической зоны: второе не может существовать без первого. Следовательно, заметил Суд, критерий расстояния может применяться к обоим типам морских пространств, а не только к ИЭЗ. В сущности, применительно к континентальному шельфу этот критерий является дополняющим по отношению к критерию естественного продолжения сухопутной территории в

смысле ст. 76 Конвенции 1982 г., особенно там, где протяженность континентального шельфа, как в данном случае, не превышает 200 морских миль. В решении Суда перечислены и другие факторы, обеспечивающие справедливую делимитацию: общие очертания побережий обоих государств и различие в их протяженности, взаимное расположение государств и расстояние между ними, необходимость избежать дисбаланса между размерами континентального шельфа государства и протяженностью его соответствующего побережья.

Суд назвал также некоторые из справедливых принципов, установленные путем принятия во внимание значимых обстоятельств: неприкосновенность существующих географических параметров; непосягаемость на районы, примыкающие к территории другой стороны; учет всех относящихся к делу обстоятельств; принцип, гласящий, что «справедливость не обязательно подразумевает равенство» (“equity does not necessarily imply equality”), и неприменение к данному случаю распределяющей справедливости.

Исходя из всего вышесказанного, на первом этапе Суд осуществил предварительную делимитацию посредством проведения срединной линии между побережьями Мальты и Ливии. Суд отметил, что справедливость метода равного отстояния проявляется особенно явно в случае делимитации границ между государствами с противолежащими побережьями, но поскольку это не единственный возможный метод, то в дальнейшем Суд намерен применить другие справедливые принципы для корректировки предварительной делимитации. Такая корректировка была проведена на втором этапе с учетом протяженности побережий сторон.

Для верификации справедливости достигнутого результата Суд применил тест соразмерности, сделав вывод о том, что явного дисбаланса в соотношении между размерами континентального шельфа, определенного для каждой из сторон, и протяженностью их побережий, не наблюдается.

Судья С. Ода в своем несовпадающем особом мнении (dissenting opinion) высказал несогласие с решением Суда, отметив, в частности, что Суд не вполне учел последние изменения в морском праве и ставит себя в опасное положение, определяя принцип справедливости (principle of equity) посредством собственного субъективного представления о том, что является справедливым в конкретном случае.

Судья С.-М. Швобель, также приложивший к решению Суда несовпадающее особое мнение, полагает, что Суд не сумел объективно и обоснованно провести связь между обстоятельствами, признанными им значимыми (relevant), и установлением точной линии, признанной им справедливой (equitable). Суд, утверждает он, не показал, что этими обстоятельствами диктуется корректировка предварительной границы в той степени, в какой она была проведена.

Суммируя решение Суда по данному делу, можно отметить, что в нем проводится непосредственная связь между значимыми обстоятельствами и справедливыми принципами: принципы устанавливаются исходя из значимых обстоятельств. Соответствие делимитации справедливым принципам и учет при этом значимых обстоятельств обеспечивают справедливость достигнутого результата.

Очень важен принцип, утверждающий, что «справедливость не обязательно подразумевает равенство», ибо он порождает вопросы о том, каким же иным способом, помимо равенства, может быть достигнут справедливый результат и кто определит, что есть справедливо. Суд частично отвечает на эти вопросы: выбор способов достижения справедливых целей принадлежит государствам и судебным учреждениям, и они же определяют конкретное содержание справедливости (в данном случае Международный Суд ООН обозначил все необходимые предпосылки для принятого им затем справедливого решения).

Нам представляется, что, вынося решение по рассматриваемому делу, Суд высказался, хотя и косвенным образом, за то, что правовое содержание справедливости может быть определено лишь для конкретной ситуации, ведь перечисленные им значимые обстоятельства, учет которых обеспечивает справедливое решение, характерны лишь для этого дела. Кроме того, это согласуется и со ст. 59 Статута Международного Суда ООН: «Решение Суда обязательно лишь

для участвующих в деле сторон и лишь по данному делу». Именно поэтому мы считаем не вполне обоснованной критику судьи С. Ода. На наш взгляд, Суд ни в коей мере не занимался определением принципа справедливости, ибо это означало бы осуществление Судом не свойственных ему правотворческих функций. В рамках полномочий, предоставленных ему Статутом (ст. 38, п. 1 а) и b)) и сторонами (в специальном соглашении), он указал условия и пути достижения справедливого результата, и именно в силу наличия у Суда дискреционных полномочий на толкование права он особо выделил обстоятельства, которые посчитал значимыми для обеспечения справедливого решения.

Мы считаем, что перечисление значимых обстоятельств, обеспечивающих справедливое решение в каждом конкретном деле, т. е. толкование содержания международно-правового обычая, будет оставаться в компетенции Суда до тех пор, пока такие обстоятельства или факторы не будут закреплены в конвенциональных нормах для каждой отрасли права, где возникает подобная необходимость⁶⁶.

VI. Дело о пересмотре и толковании решения Суда от 24.II.1982 г. по делу о континентальном шельфе (Тунис v. Ливийская Арабская Джамахирия; решение Суда от 10.XII.1985 г.).

Тунис направил в Суд просьбу о пересмотре и толковании прежнего решения Суда от 24.II.1982 г. по делу о делимитации континентального шельфа в заливе Габес, а также об изменении определенных ранее границ сектора в связи с якобы вновь открывшимися обстоятельствами (в соответствии со ст. 61 Статута Международного Суда). Этими обстоятельствами Тунис считал несовпадение границ одного разрабатываемого по ливийской концессии нефтяного участка с описаниями, представленными Ливией Суду в 1982 г. Надо сказать, что при первом «рассмотрении обстоятельств дела по спору между Тунисом и Ливией Суд подтвердил приоритетное значение принципов справедливости и учета всех соответствующих обстоятельств в качестве важнейших критериев разграничения континентального шельфа между сопредельными странами»⁶⁷.

Суд отклонил просьбу о пересмотре ранее вынесенного решения, так как посчитал, что Тунис не мог не знать о реальных границах участка; в частности, было указано, что у Туниса имелись и иные способы выяснить точные координаты участка, помимо получения в Суде информации от Ливии, и что в интересах Туниса было воспользоваться этими способами. Кроме того, Суд отметил, что сведения о границах участка не являлись единственным критерием, принятым во внимание Судом при определении справедливой делимитации; таковая была достигнута путем нахождения оптимального соотношения между несколькими факторами, т. е. значимыми (relevant) обстоятельствами. Они указаны в подпунктах (1)—(5) п. В решения Суда от 24.II.1982 г.: неоднородный характер делимитируемого участка; общая конфигурация побережий обоих государств; расположение о-вов Керкена; сухопутная граница между Тунисом и Ливией и взаимное соблюдение ими в прошлом определенных морских границ; пропорциональность соотношения между размером континентального шельфа, примыкающего к территории прибрежного государства, и протяженностью соответствующей части его побережья. Наконец, Суд напомнил тот факт, что при принятии прежнего решения обе стороны считали ныне существующие границы концессионных участков справедливыми.

В данном случае в качестве элементов справедливости Суд называет установление баланса между несколькими значимыми факторами, которые он перечислил, а также взаимное согласие сторон на признание некоего критерия справедливым.

VII. Дело о пограничном споре между Буркина-Фасо и Республикой Мали (решение Суда от 22.XII.1986 г.).

⁶⁶ Как это было сделано, в частности, в Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков от 21.05.1997 г.

⁶⁷ Энтин 1984: 86.

Перед образованной Судом камерой из пяти судей была поставлена задача обозначить линию границы между Буркина-Фасо (до 1984 г. это государство именовалось Верхняя Вольта) и Республикой Мали в спорном районе, определенном сторонами в специальном соглашении.

Нас в решении камеры по данному делу интересует подход судей к возможности применения, среди других норм международного права, справедливости как одного из оснований для принятия заключения по делу. В §27—28 Решения указано, что камера рассмотрела возможность прибегнуть к справедливости и пришла к следующему выводу: она не может решать данное дело *ex aequo et bono*, поскольку стороны не просили ее об этом, однако она будет в определенных случаях руководствоваться справедливостью *infra legem*, то есть такой формой справедливости, которая является способом толкования действующего права и основана на праве.

На основе справедливости *infra legem* камера решила вопрос об одном из пограничных озер (pool Soum), в отношении прохождения границы по которому не сохранилось никаких сведений со времен периода колониализма (в отличие от других районов). Камера объявила, что, хотя она не получила от сторон полномочий на свободное определение границы по своему усмотрению, перед ней, тем не менее, стоит задача провести точную линию, и потому она может с этой целью обратиться к справедливости *infra legem*, которая, как признали сами стороны, применима в данном случае. В целях достижения справедливого решения на основе применимого права камера посчитала необходимым принять во внимание, в частности, обстоятельства, при которых коменданты двух примыкающих друг к другу округов (один находился в Мали, другой — в Верхней Вольте) признали в соглашении 1965 г., не одобренном компетентными властями, что озеро Соум будет находиться в совместном пользовании. Камера заключила, что данное озеро должно быть поделено на две части справедливым образом, иначе говоря, линия границы должна пересекать озеро с запада на восток так, чтобы она делила его пополам между двумя государствами, когда уровень воды достигает максимума в сезон дождей.

Здесь следует отметить, в первую очередь, сам факт обращения Суда к справедливости infra legem в качестве способа толкования существующего права (или определения существования права), а во-вторых, признание Судом равенства как безусловно справедливого параметра распределения.

VIII. Дело о делимитации морского района между Гренландией и островом Ян-Майен (Дания v. Норвегия; решение Суда от 14.VI.1993 г.; см. ниже схему, отражающую решение Суда.).

Перед Судом стояла задача определить единую линию делимитации континентального шельфа и рыболовных зон Дании и Норвегии в районе между Гренландией и о-вом Ян-Майен. При этом Норвегия считала, что такая граница уже существует и ею является срединная линия (в смысле п. 1 ст. 6 Конвенции о континентальном шельфе 1958 г.). Дания же просила Суд установить единую линию (на расстоянии 200 морских миль от исходных линий). Иначе говоря, оба государства сходились на том, что линии двух видов морских пространств должны совпадать, но сами границы и режимы разделяемых ими территорий должны четко различаться.

Суд рассмотрел прецедентное право по этой проблеме и положения Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. и отметил, что упомянутое в этих положениях достижение «справедливого решения» как цели любого процесса делимитации отражает требования обычного права в том, что касается делимитации континентального шельфа и исключительной экономической зоны (ИЭЗ).

Обратившись сперва к делимитации континентального шельфа, Суд решил исходить, на основе ст. 6 упомянутой выше Конвенции 1958 г. и применимых норм обычного права, из срединной линии, как временной, а затем выяснить, имеются ли какие-либо «особые обстоятельства», которые требуют корректировки или сдвига этой линии. Суд далее заметил, что он призван рассмотреть все аспекты дела, которые могут обусловить необходимость такой корректировки или такого сдвига. В любом случае стоит цель достигнуть «справедливый результат». С этой точки зрения Конвенция 1958 г. требует исследования всех «особых обстоятельств» (*special circumstances*), а обычное право, основанное на принципах справедливости — «относящихся к делу, существенных обстоятельств»

(relevant circumstances). В настоящее время, считает Суд, наблюдается тенденция к совмещению этих понятий, т.к. оба они направлены на достижение справедливого результата. Это тем более верно в отношении противоположащих берегов, где проведение срединной линии (согласно обычному праву и ст. 6 Конвенции 1958 г.) считается обеспечивающим такой справедливый результат.

Одним из указанных обстоятельств (упомянутых в п. 1 ст. 6 Конвенции 1958 г.) Суд считает разницу в протяженности соответствующих берегов Гренландии и о-ва Ян-Майен (9:1). Таким образом, Суд придерживается мнения, что применение срединной линии в данном случае (применительно к рыболовным зонам) привело бы к явно несправедливому результату, и поэтому следует сместить эту линию в сторону о-ва Ян-Майен.

Однако, Суд сделал ясную оговорку о том, что учет протяженности берегов не будет непосредственным и что Суд не может поддержать требование Дании о проведении границы на расстоянии 200 морских миль от исходных линий: ведь в таком случае на долю Норвегии пришлось бы лишь остаток территории, по поводу которого возник спор о делимитации. И если с математической точки зрения такая делимитация кажется более справедливой, чем та, что основана на срединной линии (в силу разницы в протяженности берегов), то это не означает, что сам по себе результат также оказывается справедливым (что является конечной целью любой делимитации морских пространств согласно праву).

Суд указал, что в принципе, от побережья о-ва Ян-Майен, так же как и от восточного берега Гренландии, могут отмеряться морские пространства (с правом их владения), признанные обычным правом, в пределах до 200 морских миль. И присуждение Норвегии лишь остатка спорной территории нарушило бы ее права и требования справедливости.

Следовательно, продолжает Суд, ни срединная линия, ни линия, отстоящая от берега Гренландии на 200 миль, не должны приниматься в качестве границы континентального шельфа или ИЭЗ, т. е. граница должна проходить между этими двумя линиями, причем таким образом, чтобы при решении были учтены особые обстоятельства (как требует Конвенция 1958 г.) и справедливость (согласно принципам и нормам обычного международного права).

Затем Суд перешел к рассмотрению обстоятельств, которые также могли влиять на положение пограничной линии:

а) доступ к рыбным ресурсам: по этому поводу было решено, что поскольку данная проблема является одним из основных предметов спора, Суд посчитал необходимым обеспечить справедливый доступ к этим ресурсам посредством корректировки или сдвига срединной линии на восток; в качестве аргумента был приведен анализ сезонной миграции популяций рыб, вследствие которой они сосредоточены в основном в южной части спорного района; срединная линия не позволила бы обеспечить Дании справедливый доступ к ним, и потому линия должна быть передвинута на восток.

б) фактор населения и социально-экономические факторы, которые Дания полагала существенными для делимитации, не были приняты Судом во внимание.

в) безопасность: Норвегия (в связи с претензией Дании на 200-мильную зону от восточного берега Гренландии) выдвинула тезис о том, что проведение границы ближе к одному государству, чем к другому, означало бы несправедливое ущемление возможностей первого государства по защите его интересов. Суд не посчитал возможным принять во внимание соображения безопасности в том, что касалось рассматриваемой делимитации (сославшись на принятое в 1985 г. решение по делу Ливия v. Мальта).

г) поведение сторон: Дания пыталась убедить Суд в том, что поведение сторон является весьма существенным фактором в выборе надлежащего способа делимитации, когда такое поведение указывает на конкретный способ как на такой, что наверняка способен привести к справедливому результату. В связи с этим Дания привела пример делимитации морских границ между Норвегией и Исландией. Однако Суд выразил убеждение в том, что сторона в каком-либо споре не обязана в целях урегулирования этого спора придерживаться решения, ранее принятого в другой ситуации. Что же касается делимитации границ между Норвегией и Исландией, то международное право не

предписывает государству в целях достижения справедливого решения принимать единый метод делимитации морских пространств вокруг принадлежащего ему острова или вдоль всего побережья (а не разные методы для разных частей побережья, в случае необходимости).

Поскольку поведение сторон во многих случаях не влияет на делимитацию, Суд заключил, что поведение сторон не является фактором, имеющим значение для осуществления делимитации в данном случае.

Итак, Суд проанализировал геофизические и иные обстоятельства и пришел к выводу о том, что временно проведенная на первом этапе срединная линия должна быть смещена к востоку, чтобы Дания получила большие по площади морские территории, чем в случае применения срединной линии, однако линия, отмеряющая для Дании морские границы, которые отстоят на расстоянии 200 морских миль от Гренландии, привела бы к несправедливым результатам. Стало быть, линия делимитации должна проходить между двумя линиями, предложенными сторонами.

Суд не посчитал возможным ограничиться лишь общим указанием способа делимитации и передать дело на усмотрение сторон, поэтому он указал координаты прохождения линии делимитации с учетом всех ранее высказанных замечаний (в том числе о справедливом доступе к рыбным ресурсам и о соблюдении справедливости при учете протяженности берегов, принадлежащих двум государствам).

Девять судей в разной форме выразили свое отношение к решению по данному делу, высказав, помимо прочего, свое одобрение или критику по вопросу о том, считают ли они его справедливым и вообще о роли справедливости при принятии решений Судом. Остановимся на некоторых из их замечаний.

Вице-президент Суда С. Ода в своем особом мнении (*separate opinion*) высказал убежденность в том, что Суд не должен был применять ст. 6 Конвенции о континентальном шельфе 1958 г., так как в момент принятия Судом решения применимым правом к делимитации шельфа и ИЭЗ являлось обычное право, зафиксированное в Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. [судя по всему, имеются в виду ст. 59 и п. 1 ст. 83 этой Конвенции. — *Л.С.*⁶⁸], согласно которой сторонам предоставляется право согласовать любую границу, ибо содержащиеся в ней ссылки на достижение «справедливого решения» не выражают нормы права. Третья сторона, призванная разрешить спор по поводу делимитации, может либо предложить двум сторонам руководящие принципы (*guidelines*), либо сама провести линию, обеспечивающую «справедливое решение». По мнению судьи С. Ода, Международный Суд ООН, будучи судебным органом, применяющим международное право, не может, однако, выбрать второй путь, если обе стороны не попросили его об этом, так как, считает судья, спор о делимитации, не являясь сугубо правовым спором, требует принятия решения *ex aequo et bono*.

Судья С.-М. Швебель в особом мнении высказал некоторые сомнения в правильности выводов Суда в ряде пунктов, в частности, задавшись вопросом, не следует ли пересмотреть право о делимитации морских пространств, с тем чтобы ввести в него и затем применять понятие распределяющей справедливости (*distributive justice*). Но поскольку, как он выразился, представления о справедливом (*what is equitable*) так же изменчивы, как погода в Гааге, оснований для несогласия с решением Суда недостаточно.

Судья К. Вирамантри в своем особом мнении выражает согласие с решением Суда и рассматривает особую роль справедливости в аргументации и выводах Суда. Поскольку применение справедливости в делимитации морских пространств проходит в настоящее время критический этап,

⁶⁸ «В тех случаях, когда настоящая Конвенция не предоставляет прибрежному государству или другим государствам прав или юрисдикции в пределах исключительной экономической зоны и когда между интересами прибрежного государства и любого другого государства или любых других государств возникает конфликт, этот конфликт следует разрешать на основе справедливости и в свете всех относящихся к делу обстоятельств, с учетом важности затронутых интересов для каждой из сторон, а также для международного сообщества в целом» (ст. 59).

«Делимитация континентального шельфа между государствами с противоположными или смежными побережьями осуществляется путем соглашения на основе международного права, как это указывается в статье 38 Статута Международного Суда, в целях достижения справедливого решения» (ст. 83, п. 1).

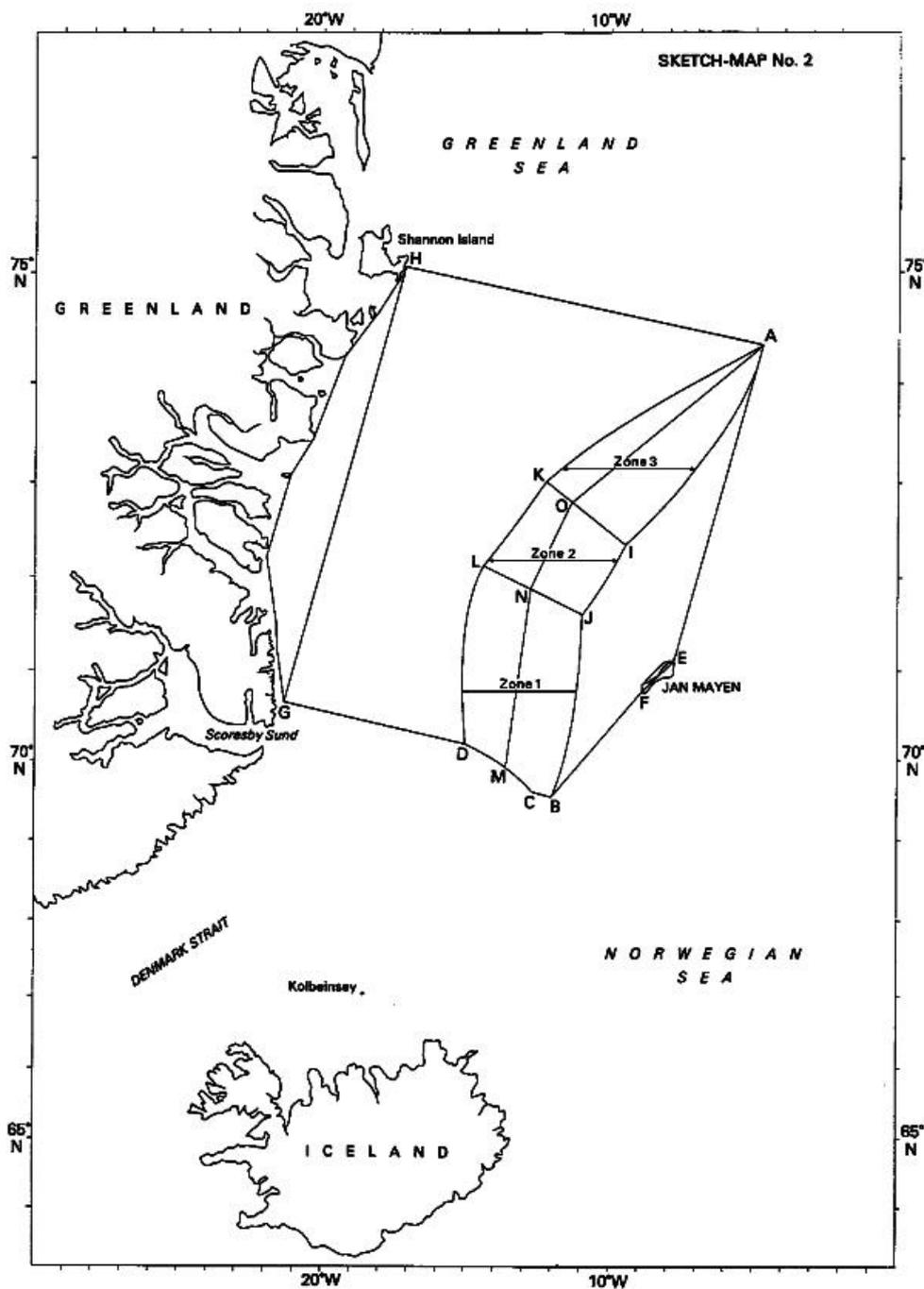
в особом мнении с разных сторон изучены ее функции в данном деле. Член Суда изучил значимость для решения Суда таких понятий, как справедливые принципы, справедливые процедуры, справедливые методы и справедливые результаты. В его особом мнении подчеркивается, что справедливость в решении Суда функционирует *infra legem*, а не *contra legem* и не *ex aequo et bono*. Кроме того, он прослеживает различные пути внедрения понятия справедливости (*equity*) в проблему делимитации морских пространств. Он отделяет применение справедливости *a priori* для обеспечения результата от применения ее *a posteriori* в целях проверки полученного результата, перечисляет различные случаи применения справедливости и способы ее функционирования в данном случае и анализирует вердикт Суда в свете некоторых составляющих компонентов справедливого решения.

Хотя имеется ряд неопределенностей в применении справедливости к делимитации морских пространств, они не являются, по мнению К. Вирамантри, достаточной причиной для отказа от применения справедливости в качестве вспомогательного инструмента как для конкретной делимитации (в данном случае), так и вообще для общего развития морского права. Он также разбирает конкретные случаи обращения к справедливости (в договорах и вне их) при делимитации морских пространств, а в заключение показывает, что исследование мировых традиций справедливости может обеспечить важнейшие перспективы в развитии морского права.

Судья Б. Аджибола в особом мнении пришел к выводу, что принципы справедливости являются основополагающими принципами, применимыми к делимитации морских пространств в международном обычном праве, и есть вероятность того, что они лягут в основу его дальнейшего развития. Кроме того, он считает, что две тройки понятий — соглашение (*agreement*), особые (*special*) обстоятельства и равное отстояние (*equidistance*), с одной стороны, и соглашение, относящиеся к делу (*relevant*) обстоятельства и принципы справедливости (*equitable principles*), с другой, — являются равнозначными, причем вторая триада составляет основную норму (*ultimate rule*) современного обычного права.

На наш взгляд, в решении по данному делу внимания, безусловно, заслуживает повышенный интерес к вопросам справедливости со стороны Суда, ведь они поднимались при рассмотрении практически всех аспектов спора. Затем надо отметить подчеркнутую Судом важность учета особых и значимых обстоятельств для достижения справедливого результата делимитации и его решение о разделе главной из трех зон, составлявших спорную территорию (между двумя предложенными линиями), пополам в целях обеспечения обеим сторонам справедливого доступа к рыбным ресурсам данного района (что было признано в качестве особо значимого обстоятельства).

Интересны и мнения судей по вопросам, имеющим отношение к справедливости, в особенности суждения некоторых из них о том, что справедливость включена (или должна быть включена) в нормы современного обычного и договорного права и является одним из факторов, обуславливающих его развитие. Наконец, хотелось бы упомянуть содержащийся в особом мнении судьи С. Ода тезис о том, что «справедливое решение» в смысле Конвенции 1982 г. предполагает достижение самими сторонами в споре согласия относительно границ между ними либо обращение к третьей стороне с целью установления границ, а также вывод судьи Б. Аджиболы о неразрывной связи между соглашением, существенными обстоятельствами и принципами справедливости.



IX. Дело о прохождении границы между Ботсваной и Намибией по реке Чобе и принадлежности острова Касикили/Седуду (решение Суда от 12.XII.1999 г.; см. ниже схему, иллюстрирующую решение Суда)

Согласно специальному соглашению между сторонами, Суду предстояло определить линию прохождения границы вокруг острова Касикили/Седуду и правовой статус (принадлежность) этого острова, исходя из Договора между Англией и Германией от 1 июля 1890 г. (о разделе сфер влияния двух государств), а также норм и принципов международного права.

Суд решил, что ввиду рассмотренных им параметров (глубина, ширина, пригодность для судоходства и др.) основным рукавом реки, упомянутым в указанном договоре, является северный рукав (который предпочитала Ботсвана), что стороны никогда не закрепляли в договоре результаты проведенного в 1985 г. совместного обследования (установившего, что северный рукав является основным в настоящее время), что пользование островом со стороны ряда племен не является последующей практикой применения договора государствами в смысле п. 3 b) ст. 31 Венской

конвенции о праве международных договоров и что стороны не заключали соглашения относительно толкования договора или применения его положений в смысле п. 3 а) этой же статьи.

Суд не посчитал возможным принять представленные сторонами карты в качестве доказательства принадлежности острова, так как, по его мнению, сами по себе карты, не являющиеся частью международного договора, не могут давать правовые основания на владение территориями. Исходя из рассмотренных фактов, Суд установил, что на основе предложенного им толкования Договора 1890 г. граница между Намибией и Ботсваной в районе острова Касикили/Седуду проходит по тальвегу северного рукава реки. Помимо указанного договора, Суд изучил и другие нормы международного права в связи с выдвинутыми Намибией претензиями на правовой титул в силу приобретательской давности и постановил, что указанные Намибией племена не занимали остров *à titre de souverain*, то есть их представители не осуществляли государственных полномочий от имени каких-либо властей, а занимались только сельским хозяйством; причем как только колониальным властям протектората Бечуаналенд (прежнее название Ботсваны) стало понятно, что власти Южной Африки (Намибия приобрела независимость от нее в 1990 г.) имеют претензии на правовой титул в силу наличия на острове этих племен, они отклонили эти претензии, разделяя вопрос о деятельности племен и проблему правового титула; стало быть, Намибии не удалось в достаточной степени убедить в Суд в наличии у нее правового титула в силу приобретательской давности.

Суд принял решение о том, что 1) граница между Намибией и Ботсваной проходит по линии наибольших глубин северного рукава реки Чобе вокруг о-ва Касикили/Седуду, что 2) этот остров является частью территории Ботсваны и что 3) представители обоих государств и суда под их флагами будут в обоих рукавах реки пользоваться равным национальным режимом (последнее положение было предусмотрено и в совместном коммюнике двух президентов от 24 мая 1992 г., которые заявили, что судоходство должно оставаться беспрепятственным, включая и свободное передвижение туристов).

В самом решении Суда ничего не говорится по поводу справедливости, однако некоторые из судей подняли эту проблему в своих заявлениях и особых мнениях, приложенных к решению Суда. Например, судья А. Корума в своем заявлении высказал мнение о том, что решение суда должно обеспечить необходимую правовую действительность (*legal validity*) границы между двумя государствами и гарантированное справедливое пользование общим природным ресурсом. Мы рассмотрим достаточно подробно некоторые разделы 1) особого мнения судьи П. Койманса и 2) несовпадающего особого мнения вице-президента Суда К. Виранантри, а именно те, в которых вопросы справедливости занимают значительное место.

1) Судья П. Койманс, в дополнение к сказанному Судом относительно правового статуса спорной территории, предлагает ряд замечаний, которые, как он считает, могут помочь сторонам определить свое поведение и развивать свои отношения на более широкой основе. Эти замечания базируются на самых современных нормах и принципах международного права, регулирующих использование международных водотоков, в частности на тех, что касаются справедливого и разумного пользования их ресурсами. Соображения такого рода не учитываются при определении границы, т. е. Суд не может переместить линию границы на таких основаниях, если согласно условиям Договора 1890 г. она проходит по тальвегу северного рукава реки; эти соображения могут только учитываться сторонами при достижении ими договоренностей в рамках их усилий по мирному разрешению спора и определению настоящего и будущего их отношений. Как отметил Суд в своем решении по Делу о рыбных промыслах 1974 г., «речь идет не только о том, чтобы найти справедливое решение, но справедливое решение, выведенное из применимого права»⁶⁹.

Судья П. Койманс говорит далее, что река Чобе вокруг спорного острова может рассматриваться как часть водотока, который, согласно ст. 2 Конвенции о праве несудоходных видов использования международных водотоков от 21 мая 1997 г., составляет «единое целое». Эта идея о системе водотока как едином целом была не раз признана в международно-правовой практике. В

⁶⁹ Решение Международного Суда ООН по делу о рыбных промыслах, 1974. §78, 69.

частности, в ст. 2 принятой в 1961 г. Институтом международного права Зальцбургской резолюции об использовании неморских международных водотоков (исключая цели навигации)⁷⁰ отмечено, что право государства использовать воды, которые пересекают его территорию или граничат с ней, «ограничено правом пользования других государств, имеющих интерес к этому же водотоку или гидрографическому бассейну», а в ст. 3 этой же Резолюции сказано, что «если у государств имеются разногласия по поводу объема права пользования, урегулирование [settlement — Л.С.] будет осуществляться на основе справедливости, с особым учетом их соответствующих потребностей, а также и других относящихся к делу [pertinent. — Л.С.] обстоятельств».

В 1966 г. на своей 52-й конференции Ассоциация международного права приняла так называемые Хельсинкские правила использования вод международных рек. Они были разработаны более подробно, чем Зальцбургская резолюция 1961 г., и в определенном смысле могут считаться предтечей Конвенции 1997 г. В отношении принципа справедливого использования ст. IV Правил гласит: «Каждое государство бассейна имеет право в пределах своей территории на разумную и справедливую долю при полезном использовании вод международного водного бассейна». П. Койманс делает вывод, что к 1971 г., когда Комиссия международного права ООН включила в свою повестку дня тему несудоходного использования международных водотоков, в доктрине права уже существовала мощная поддержка принципа справедливого пользования общими водными ресурсами.

Из материалов по разбираемому делу видно, что воды реки вокруг о-ва Касикили/Седуду используются почти исключительно в целях доставки туристов, интересующихся дикой природой, на остров и в его окрестности, а не для транспортировки (навигации) в обычном смысле, т. е. такое использование подпадает под действие Конвенции 1997 г. Хотя эта конвенция еще не вступила в силу и стороны в данном споре не брали на себя обязательств по соблюдению ее положений, это не значит, как утверждает П. Койманс, что некоторые содержащиеся в ней принципы не стали частью международного права.

Комиссия международного права, разработавшая конвенцию, в своем комментарии обратила особое внимание на ст. 5 «Справедливое и разумное использование и участие», в п. 1 которой содержится «устоявшаяся норма о справедливом использовании» (well-established rule of equitable utilization) международных водотоков, и указала, что «обзор всех имеющихся данных о практике государств, принятой в качестве права, в том, что касается несудоходного использования международных водотоков, <...> показывает, что доктрина справедливого использования находит мощную поддержку как общая норма права, применяемая для определения прав и обязанностей государств в этой сфере».

Из сказанного видно, что ст. 5 Конвенции 1997 г. и ст. IV Хельсинкских правил содержат территориальное ограничение права на разумную и справедливую долю от использования международных водотоков и получения от него выгоды. Оба документа отрицают доктрину (Harmon Doctrine), согласно которой государство имеет безусловное право использовать воды международной реки, протекающей по его территории, и располагать ими по своему усмотрению. В комментарии к ст. IV Хельсинкских правил говорится о том, что эта доктрина была отвергнута практически всеми государствами и не получила их поддержки, а также о том, что государство бассейна [международной реки. — Л.С.] имеет права, равные по характеру и соотносимые с правами каждого из государств бассейна.

Поскольку, взяв на себя обязательства в подписанном ими коммюнике, стороны признали, пусть и не явным образом, что река вокруг спорного острова является частью единого целого (вне зависимости от будущего места нахождения границы в результате решения Суда), им следует, как советует П. Койманс, в своих будущих отношениях по поводу использования вод вокруг острова руководствоваться правилами и принципами, закрепленными в Конвенции 1997 г. и Хельсинкских правилах 1966 г. Сторонам следует иметь в виду следующее замечание Комиссии международного

⁷⁰ Annuaire 1961: 381 ff.

права ООН из вышеуказанного комментария: «[Н]орма о справедливом и разумном использовании покоится на прочном фундаменте и обеспечивает основу обязанности государств участвовать в использовании, разработке и охране международного водотока справедливым и разумным образом». Эта норма в настоящее время широко принята в практике как судоходного, так и несудоходного использования международных водотоков. В целях дальнейшей реализации этой нормы в Конвенции 1997 г. перечислен ряд факторов, обеспечивающих справедливое и разумное использование (географические, климатические, экологические, социальные, экономические, факторы населения, последствия использования, охраны ресурсов и т.д.).

В заключение судья П. Койманс рекомендует сторонам не ограничиваться одной только экономической стороной в своих отношениях по поводу спорного острова, а перевести их на более широкую основу, цитируя Преамбулу к указанной выше Зальцбургской резолюции 1961 г.: «<...> при использовании вод, представляющих интерес для нескольких государств, каждое из них может получить посредством консультаций, совместно составленных планов и взаимных уступок преимущества более рациональной эксплуатации природного ресурса».

В связи с доводами судьи П. Койманса чрезвычайно важно отметить, что принципы справедливости находят все большее применение не только в обычном международном праве, но и в конвенционном. Справедливость получает статус нормы международного права, имеющей вполне конкретное нормативное содержание. В данном случае речь идет об уже упоминавшейся Конвенции 1997 г. В п. 1 ст. 5 этой конвенции справедливое и разумное использование международного водотока напрямую предполагает учет интересов всех прибрежных государств, а п. 2 ст. 5 говорит о том, что участие государства в использовании, освоении и защите водотока включает как его право на пользование водотоком, так и обязанность сотрудничать в его освоении и защите. Ст. 6 Конвенции 1997 г. также весьма примечательна, особенно в свете высказанных нами теоретических обоснований справедливости. В п. 1 ст. 6 перечислены все значимые факторы и обстоятельства, обеспечивающие использование международного водотока справедливым и разумным образом в пределах содержания ст. 5 (мы их упоминали выше), причем в п. 3 предписано в целях определения того, что такое разумное и справедливое пользование, учитывать важность каждого из факторов в сравнении с остальными и делать выводы на основе их совокупности, а в п. 2 той же статьи говорится: «При применении статьи 5 или пункта 1 настоящей статьи соответствующие государства водотока, в случае возникновения необходимости, вступают в консультации в духе сотрудничества». Мы делаем вывод о том, что справедливость как норма, применяемая для регулирования использования международных водотоков, содержит в себе такие элементы, как сотрудничество государств, учет интересов всех прибрежных государств, проведение ими консультаций в случае необходимости, учет всех значимых факторов и обстоятельств.

2) Вице-президент Суда К. Виранантри, голосовавший против решения Суда, остановился на трех аспектах применения справедливости, имевших, на его взгляд, отношение к рассмотренному Судом делу: а) на проблеме справедливого использования пограничных рек в целях судоходства; б) на сфере применения справедливости в делимитации границ; в) на справедливости как основе развития концепции совместного пользования ресурсами.

а) Одним из важных принципов права пограничного размежевания на реках является, по мнению судьи, учет факторов справедливости тогда, когда имеется разногласие в подходах. Справедливость выражается в предоставлении обоим прибрежным государствам равного доступа на пользование (equal use) пограничной рекой и получение от этого преимуществ. Главным образом, это относится к предоставлению им равных прав на судоходство, и когда в качестве границы выбирается тот рукав реки, который не пригоден для принятия основного потока проходящих по реке судов (как это произошло в данном случае, считает судья К. Виранантри), оба государства лишаются возможности пользоваться рекой справедливым образом.

б) Далее он говорит, что Международный Суд ООН является судом, не только строго следующим праву (a court not only of strict law), но и применяющим справедливость (but of equity as

well), а делимитация границ, как и прочие постановления Суда, требует учета не просто исключительно правовых факторов, но и соображений справедливости. Это должно проявляться, как он полагает, в признании Судом собственных полномочий на небольшое отклонение в ряде случаев (например, когда речь идет о прохождении границы по священным местам, археологическому или природному заповеднику и т.п.) от строго геометрического установления границ, даже если оно предписано договором о границах, при сохранении равновесия между правами двух сторон на пользование особо значимым для них объектом, а также в учреждении Судом в интересах обеих сторон и международного сообщества в целом режима совместного пользования определенной территорией, с тем чтобы ни одна из сторон не была лишена возможности ею пользоваться (и во избежание ликвидации объекта в результате деления, а также возникновения напряженности по этому поводу между сторонами в будущем).

в) Продолжая тему совместных международных режимов, К. Виранантри уделяет внимание природоохранным факторам, которые должны приниматься в расчет при толковании и применении Договора 1890 г., наряду с современными правовыми концепциями и стандартами. Среди них следует учесть стремительно развивающуюся в международном праве концепцию режима совместного пользования ресурсом, ценным для обеих сторон.

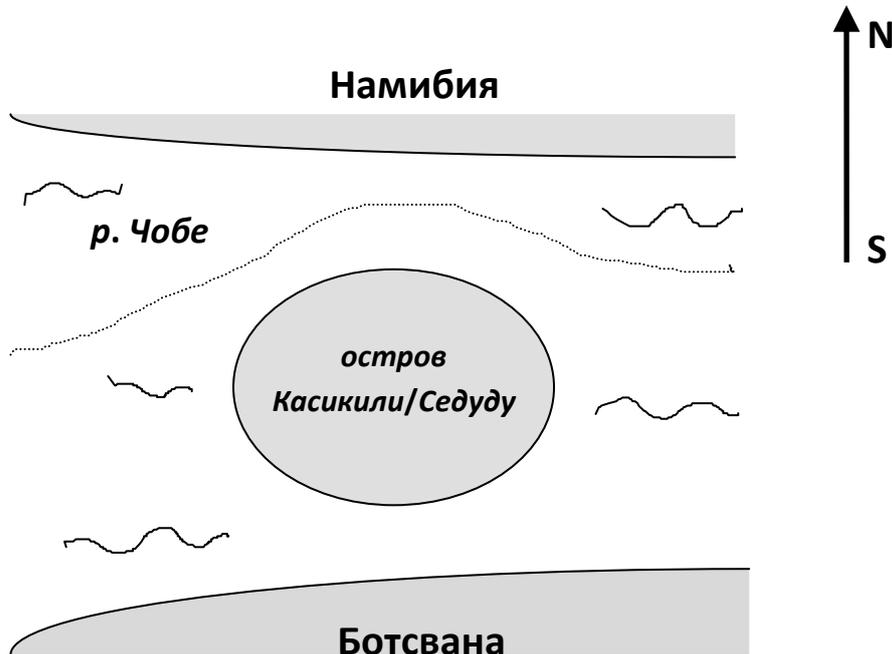
Упомянув о применении Судом справедливости *infra legem* при разрешении спора между Буркина-Фасо и Мали (1986 г., см. выше), когда Суд руководствовался формулой «Справедливость как правовое понятие является прямым порождением идеи справедливости» (“Equity as a legal concept is a direct emanation of the idea of justice”)⁷¹, К. Виранантри указывает, что справедливость не может использоваться для изменения признанных границ. Но в случае установления границы в соответствии с договором (как в рассматриваемом деле, когда признанные границы отсутствуют) Суд вправе принять во внимание соображения справедливости (в тех пределах, пока они согласуются с условиями договора), так как они позволяют сохранить ценный природный ресурс в соответствии с основными принципами права окружающей среды. Простое проведение границы между двумя государствами в данном случае нарушило бы целостность единого природного заповедника, и потому здесь нужно иное решение, полагает вице-президент Суда. Установление режима совместного пользования там, где это необходимо, могло бы явиться одной из справедливых основ для принятия Судом решения в тех случаях, когда такой режим подошел бы для регулирования ситуаций, возникающих вследствие постановления Суда.

Анализируя аргументы судьи К. Виранантри, следует остановиться на некоторых из них. Во-первых, для него справедливость при использовании пограничных рек в целях судоходства выражается главным образом в предоставлении обеим сторонам равного доступа к судоходному каналу. Во-вторых, что касается пограничного размежевания, применение Судом справедливости в этом случае предполагает принятие во внимание целого ряда значимых факторов и обстоятельств (целостность объекта, сохранение ресурса, охрану окружающей среды и т.д.). Наконец, и это, на наш взгляд, самый важный вывод, следующий из рассуждений вице-президента Суда, справедливость потенциально может явиться предпосылкой создания новых правовых режимов, в частности, режима совместного пользования природными ресурсами. Здесь воплощается, как нам представляется, новый взгляд на границы между государствами в эпоху, когда природоохранные факторы становятся частью концепций международной безопасности. К. Виранантри цитирует одну из работ на эту тему: «В современных теориях проведения границ такое положительное качество, как гибкость, подчеркивается не менее, чем традиционные качества определенности и окончательности <...>, но в ситуации определения океанских и речных границ <...> создатели границ поступили бы весьма разумно, если бы все чаще рассматривали себя не столько рисовальщиками линий, сколько конструкторами работающих режимов»⁷². Справедливость в случае режима совместного пользования выражается в сотрудничестве между государствами,

⁷¹ Решение Международного Суда ООН по делу о континентальном шельфе между Тунисом и Ливией, 1982. §71.

⁷² International Boundaries 1997: xi—xii.

необходимом для сохранения какого-либо ресурса (и предотвращения возможного конфликта по поводу его принадлежности), т. е. в конечном счете это сотрудничество, при котором принимаются во внимание значимые (а часто и жизненно важные) обстоятельства.



Общие выводы:

В заключение перечислим наиболее существенные условия достижения справедливости при разрешении международного спора или в иных ситуациях, отмеченные Международным Судом ООН при рассмотрении им описанных выше дел. В самом общем виде можно определить эти условия как заключение договора (или более широко — осуществление сотрудничества) между заинтересованными сторонами с учетом их взаимных интересов и всех значимых (существенных, имеющих отношение к делу) в данной ситуации обстоятельств.

Из этого определения вытекает недопустимость односторонних действий участников международного спора и предоставления им односторонних преимуществ при разрешении спора: это противоречит справедливости.

Положения договора, направленные на урегулирование спора, могут вырабатываться сторонами в процессе переговоров или консультаций либо посредством обращения к компетентной третьей стороне, например, в Международный Суд ООН. Важность применения этих мирных средств разрешения споров была не раз подчеркнута Судом.

Нередко Суд в пределах своей компетенции даже предлагает перечень таких обстоятельств, на которые сторонам рекомендуется обратить внимание. Поступая таким образом, Суд действует в пределах полномочий, предоставленных ему Статутом и специальными соглашениями государств. При этом мы видели, что в ряде случаев Суд не ограничивается рекомендациями по учету существенных факторов или по применению тех или иных норм международного права, а вырабатывает конкретное решение представленного на его рассмотрение спора, т. е. определяет, что является справедливым в данном случае. По нашему убеждению, если решение Суда соответствует определенным им же справедливым принципам (вытекающим из значимых обстоятельств), то такое решение следует признать справедливым в конкретных обстоятельствах.

Обращает на себя внимание признание Судом равенства как безусловно справедливого параметра распределения, хотя его применение возможно далеко не во всех случаях.

Наконец, хотелось бы отметить большое значение справедливости для прогрессивного развития международного права, на что неоднократно указывали члены Суда.

Список сокращений

- Баранов 1990 — *Баранов А.Н.* Что нас убеждает? (Речевое воздействие и общественное сознание). М.: Знание, 1990. — 64 с.
- Гринберг, Новиков 1977 — *Гринберг Л.Г., Новиков А.И.* Критика современных буржуазных концепций справедливости. Л.: Наука, 1977. — 171 с.
- Дмитриева 1991 — *Дмитриева Г.К.* Мораль и международное право. М.: Международные отношения, 1991.
- Кельзен 1987 — Чистое учение о праве Ганса Кельзена. М.: ИНИОН АН СССР, 1987. Вып. 1.
- Кельзен 1988 — Чистое учение о праве Ганса Кельзена. М.: ИНИОН АН СССР, 1988. Вып. 2.
- Кожевников, Шармазанашвили 1971 — *Кожевников Ф.И., Шармазанашвили Г.В.* Международный Суд ООН: организация, цели, практика. М.: Международные отношения, 1971.
- Крылов 1960 — *Крылов С.Б.* История создания ООН: Разработка текста Устава Организации Объединенных Наций (1944—1945). М.: Изд-во Института международных отношений, 1960. — 343 с.
- Левин 1975 — *Левин Д.Б.* Мирное разрешение международных споров и понятие справедливости // Советское государство и право. 1975. №10. — С. 94—100.
- Международное право в документах 1957 — Международное право в избранных документах: В 3 т. / Сост. Л.А. Моджорян, В.К. Собакин, отв. ред. В.Н. Дурденевский. М.: Изд-во Института международных отношений, 1957.
- Нерсесянц 1997 — *Нерсесянц В.С.* Философия права. М.: Изд. группа ИНФРА-М — НОРМА, 1997. — 648 с.
- Ницше 1990 — *Ницше Ф.* Человеческое, слишком человеческое. Книга для свободных умов. Разд. 92 // Ницше Ф. Сочинения: В 2 томах. М.: Мысль, 1990.
- Политические учения 1979 — Политические учения: история и современность. М.: Наука, 1979.
- Полянский 1951 — *Полянский Н.Н.* Международный Суд. М.: Изд-во Академии Наук СССР, 1951.
- Талалаев 1997 — *Талалаев А.Н.* Венская конвенция о праве международных договоров: Комментарий. М.: Юридическая литература, 1997.
- Черниченко 1999 — *Черниченко С.В.* Теория международного права: В 2-х томах. Москва: НИМП, 1999.
- Энтин 1984 — *Энтин М.Л.* Международные судебные учреждения. Роль международных арбитражных и судебных органов в разрешении межгосударственных споров. М.: Международные отношения, 1984.
- Annuaire 1961 — *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1961. Vol. 49. Part II.
- Davitt 1968 — *Davitt Thomas E.* The Basic Values in Law: A Study of the Ethico-legal Implications of Psychology and Anthropology. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1968. Vol. 58. Part 5. — 144 p.
- Degan 1970 — *Degan V.D.* L'Équité et le Droit International. La Haye: Martinus Nijhoff, 1970. — 261 p.
- Glennon 1999 — *Glennon Michael J.* The New Interventionism: The Search for a Just International Law // Foreign Affairs. 1999. May/June. Vol. 78. No. 3.
- Gluckman 1964 — *Gluckman Max.* Natural Justice in Africa // Natural Law Forum. 1964. No. 9.
- Informal Justice 1982 — The Politics of Informal Justice / Ed. by Richard L. Abel. New York: Academic Press, 1982. Vol. 1: The American Experience.
- International Boundaries 1997 — International Boundaries and Environmental Security: Frameworks for Regional Cooperation / Ed. by Gerald Blake et al. London; Boston: Kluwer Law International, 1997.
- Kuflik 1979 — *Kuflik Arthur.* Morality and Compromise // Nomos XXI: Compromise in Ethics, Law and Politics / Ed. by J. Roland Pennock, J.W. Chapman. New York: New York University Press, 1979.
- McDougal, Feliciano 1961 — *McDougal M.S., Feliciano F.P.* Law and Minimum World Public Order. The Legal Regulation of International Coercion. New Haven; London: Yale University Press, 1961. — xxvi, 872 p.
- Perelman 1963 — *Perelman Chaïm.* Justice et raison // Université libre de Bruxelles. Travaux de la Faculté de philosophie et lettres. Bruxelles: Presses Universitaires de Bruxelles, 1963. Tome XXV.
- Stone 1958 — *Stone Julius.* Aggression and World Order: A Critique of United Nations Theories of

Aggression. Berkeley (CA): University of California Press, 1958. — xiv, 226 p.

Trubek 1984 — *Trubek David M. Turning Away from Law?* // *Michigan Law Review*. 1984. February. Vol. 82. No. 4.

Дополнительная краткая библиография

Бараташвили Д.И. Принцип суверенного равенства государств в международном праве. М.: Наука, 1978. — 118 с.

Дмитриева Г.К. Нормы международной морали в условиях мирного сосуществования. Киев: КГУ, 1984. — 86 с.

Дмитриева Г.К. Справедливость и международное право // *Советское государство и право*, 1984. №5. — С. 86—93.

Манукян К.А. Принцип равноправия государств в международном праве. Ереван: Изд-во Ереванского университета, 1975. — 201 с.

Международный порядок: политико-правовые аспекты / Под. ред. Г.Х. Шахназарова. М.: Наука, 1986. — 232 с.

Справедливость и право: Межвузовский сборник научных трудов. Свердловский юридический институт, 1989. — 134 с.

Тункин Г.И. Право и сила в международной системе. М.: Международные отношения, 1983. — 200 с.

Тюрина Н.Е. Международный правопорядок: современные проекты совершенствования и преобразования. Казань: Изд-во Казанского Госуниверситета, 1991. — 93 с.

Amdur R. Rawls' Theory of Justice: Domestic and International Perspectives // *World Politics*. 1977. April. Vol. XXIX. No. 3. — P. 438—461.

Black C.E., Falk R. The Future of the International Legal Order: Retrospect and Prospect // *World Order Studies Program: Occasional Paper No. 11*. Princeton University (Center of International Studies). 1982. January. — 71 p.

Dworkin R. A Matter of Principle. London, 1985. — 425 p.

Dworkin R. To Each His Own // *The New York Review of Books*. 1983. April 14. Vol. 30. No. 6.

Dworkin R. The New York Review of Books. 1983. July 21. Vol. 30. No. 12.

Ethics and Social Justice / Ed. by H. Kiefer. New York, 1970. Vol. 4.

Fitzmaurice G. The Future of Public International Law... // *Institut de droit international. Livre du centenaire*. Genève, 1873—1973.

Greenawalt K. Conflicts of Law and Morality. New York; Oxford: Oxford University Press, 1989. — xii, 383 p.

Hayek F. Law, Legislation and Liberty: A New Statement of the Liberal Principles of Justice and Political Economy: In 3 vol. (3 vol. in one). London: Routledge, 1982. — 644 p.

Henkin L. International Law: Politics and Values. Dordrecht; Boston: London: Martinus Nijhoff Publishers, 1995. — 377 p.

Jackson R.E. Towards the Construction of the New Order: The Texts of Addresses given in 1978 at the UN General Assembly and Conferences of the Non-Aligned Movement, 1978.

Justice (Ideas and Ideologies) / Ed. by E. Kamenka, Tay A. Erh-Soon. London: Edward Arnold (Publishers) Ltd., 1979. — 184 p.

Justice Enslaved: A collection of documents on the abuse of justice. The Hague, 1955. — 535 p.

Kolm S.-Ch. Justice et équité. Paris: Éditions du Centre National de la recherche scientifique, 1972. — 126 p.

Law and Morality / Ed. by L. Blom-Cooper, G. Drewry, preface by B. Crick. London: Duckworth, 1976. — xvi, 265 p.

Leiser B.M. Liberty, Justice and Morals: Contemporary Value Conflicts. New York: The Macmillan Company, London: Collier-Macmillan Publishers, 1973. — xii, 436 p.

McWhinney Ed. Conflict and Compromise: International Law and World Order in a Revolutionary Age. Toronto: Canadian Broadcasting Corporation, 1981. — 160 p.

Nomos Yearbook XXI: Compromise in Ethics, Law and Politics / Ed. by J. Roland Pennock, J.W. Chapman. New York, 1979. — 212 p.

- O'Regan R.* Law and Human Values. St. Lucia (Queensland): University of Queensland Press, 1976. — 15 p.
- Räikkä J.* An Essay on International Justice. Reports from the Department of Practical Philosophy. University of Turku, Finland, 1992. Vol. 6. — 197 p.
- Rao A.P.* An Essay on John Rawls' Theory of Distributive Justice and Its Relevance to the Third World // Centre for Studies in Social Sciences. Occasional Paper. No. 23. Calcutta, 1979. — 70 p.
- Rogers B.* Race: No Peace without Justice. Geneva, 1980. — 132 p.
- Tucker R.W.* The Inequality of Nations. New York: Basic Books, Inc., Publishers, 1977. — 214 p.
- Walzer M.* Just and Unjust Wars: A Moral Argument with Historical Illustrations. New York: Basic Books, Inc., Publishers. — xx, 361 p.
- Walzer M.* The New York Review of Books. 1983. July 21. Vol. 30. No. 12.