

Международный правопорядок: право закона или право силы?

Заметки к вопросу о соотношении силы и права в международном праве

Ян Вигандт*

**Доктор права, адвокат. «Дайджест публичного права» Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность издательству «Бек», 80791 Мюнхен (С.Н. Век, 80791 Munchen) и автору за разрешение перевести и напечатать данную статью. Оригинал статьи, см. Internationale Rechtsordnung oder Machtordnung? – Eine Anmerkung zum Verhältnis von Macht und Recht im Völkerrecht, опубликован в Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (2011), 31 и далее.*

Резюме.....	234
I. Введение.....	234
II. Попытка определения понятийного аппарата: "право", "власть" и "международный порядок".....	236
1. Международный порядок.....	236
2. Сила (власть).....	240
3. Право.....	242
III. Прогивники, скептики, критики, постмодернистские интерпретаторы - обзор критики международного права в специальной литературе.....	243
1. Классические теории, отрицающие международное право.....	243
2. Критика школы реальной внешней политики.....	246
3. Постмодернистские интерпретации международного права.....	247
IV. Международное "право": недостаточная осуществимость как первый центральный аргумент против природы международного права как права.....	252

1. Сравнение международного права с правом внутригосударственным.....	253
2. Убеждение, а не принуждение составляет сущность права.....	256
3. Различие между объективным и субъективным правом как аргумент в пользу правовой природы международного права.....	257
4. Международное право и механизмы его осуществления.....	259
a) Политический бойкот, реторсии, репрессалии.....	259
b) Международные суды и арбитражи.....	260
c) Мероприятия Совета Безопасности, самооборона и военные меры.....	264
d) Обобщающая оценка международно-правовых механизмов реализации права.....	265
V. Право или сила: отсутствие подлинных источников права как второй центральный аргумент в критике международного права.....	268
1. Международное обычное право.....	269
a) Так называемая признанная практика: международное право как выражение властно-политических отношений.....	269
b) Извечное противоречие международного обычного права: новый международно-правовой обычай как результат ломки существующего международного права.....	271
2. Международное договорное право.....	274
a) Последующая практика в смысле ст. 31 абз. 3 lit. b Венской конвенции о праве международных договоров: тонкая грань между толкованием договора и его изменением как привилегирование более сильных государств.....	274
b) Свобода договора в международном праве и проблема неравных договоров: консервация соотношения сил посредством международно-правовых договоров.....	277
VI. Заключительные замечания: международный "порядок права" и "порядок силы".....	282

Резюме

Вопрос, является ли международное право порядком права или порядком силы, занимал многие поколения философов, политологов и юристов. Если вспомнить недавние конфликты в бывшей Югославии или в Ираке, то этот вопрос снова приобретает особую актуальность и предстает как утомительный вечный вопрос. Без особого труда может возникнуть опрометчивое впечатление, что исключительно сила определяет международное право и международный порядок. В данной статье рассматривается концепция ряда юристов-теоретиков, которые отрицают правовой характер международного права, и одновременно дается критика позиций, постулирующих отсутствие правового качества у международного права. Основные аргументы скептиков международного права отвергаются автором как неубедительные. Вместе с тем, исходя из современного и динамичного понятия власти (силы), в статье предпринимается попытка показать, что международное право является также и формой осуществления власти.

I. Введение

"Хорошо известно, что в человеческих взаимоотношениях право имеет смысл только при равенстве сил. В противном случае более сильный требует возможного, а более слабый вынужден подчиниться."¹ Более, чем 2500 лет назад, эти слова были произнесены в "Мелосском диалоге", как он был описан у Фукидида в его "Истории Пелопоннесской войны".² Именно с такой беспощадной ясностью, и не прибегая к приукрашивающей риторике, в свое время посланники Афин со ссылкой на право более сильного отмахнулись от возражений значительно уступавшим афинянам в военном отношении мелосцев, указывавшим на существующие соглашения, чтобы добиться от них добровольного подчинения своей власти. Поскольку мелосцы продолжали выдвигать в качестве возражения против подчинения Афинам аргументы права и справедливости и не пожелали сдаться, их полис был осажден. После оказанного им сопротивления афиняне убили, в конечном счете, всех мужчин, способных держать оружие - упадок Мелоса стал неизбежным.³ С незапамятных времен более слабые снова и снова становились жертвами устремлений к власти более могущественных. И, тем не менее, всегда от права ожидали равенства и справедливости. Если посмотреть на недавние конфликты в Грузии, в Ираке и в бывшей Югославии, то становится очевидным, что этот вопрос все еще точно так же сильно зани-

¹Thukydides, Der Peloponnesische Krieg, 2000, 452, V. Buch, § 89.

²Thukydides (сноска 1), 450 и сл., V. Buch, §§ 84 и далее.

³Thukydides (сноска 1), 459 и сл., V. Buch, § 114 и далее.

мает людей сегодня, как уже в 5-ом веке до Рождества Христова он волновал Милос и его летописца *Фукитида*. Поэтому представляется не только оправданным, но и необходимым исследовать равным образом столь же старый сколь и актуальный вопрос, является ли международный порядок порядком права или порядком силы, является ли в нем определяющим международные право или сила. С этой целью в дальнейшем будет сначала предпринята попытка выяснить смысл и содержание категорий "международный порядок", "сила (власть)" и "право", служащих понятийной основой для постановки вопроса (часть II). Затем (часть III) дается краткий обзор критической по отношению к международному праву литературы с тем, чтобы на этом идейно-историческом фоне в следующих обеих частях более подробно осветить природу международного права.

На примере выбранных двух центральных линий аргументации критиков международного права здесь предстоит исследовать вопрос о том, является ли международное право, как таковое, вообще правом. При этом сначала будут представлены и подвергнуты критической оценке на их обоснованность аргументы о недостаточной обеспеченности принудительным исполнением (*Durchsetzbarkeit*) и об отсутствии правовых источников международного права (соответственно части IV и V). При этом основное внимание постоянно уделяется соотношению права и силы в международном праве. В заключении (часть VI) на основе проведенных исследований и сделанных выводов предполагается дать обобщающий ответ на вопрос о том, что же представляет собой современный международный правопорядок? Является ли он порядком права или порядком силы.

II. Попытка определения понятийного аппарата: "право", "власть" и "международный порядок"

Локализация центральных для нас понятий сопряжена с рядом проблем. Исследуемый вопрос легко мог бы быть сведен чисто к терминологическому диспуту, исход которого зависел бы исключительно от выбора соответствующих определений.⁴ Слишком дискретные и окончательные определения несут с собой опасность, что они дадут ответ на вопрос о международном правопорядке или порядке силы и власти, вообще не рассматривая по существу эти явления. Наконец, могут даваться и очень разные определения, в зависимости от того, что служило в качестве основы анализа в целях разработки абстрактных дефиниционных признаков.⁵ Несмотря на эти

⁴C. F. Amerasinghe, *Theory with practical Effects: Is International Law neither Fish nor Fowl? – Reflections on the Characterization of International Law*, AVR 37 (1999), 1 (8); F. Berber, *Lehrbuch des Völkerrechts – Allgemeines Friedensrecht*, Bd. I, 2. Aufl. 1975, 12.

⁵C. F. Amerasinghe (сноска 4), 7 и сл.

проблемы, без дефиниций обойтись нельзя, так как выяснения существа обоих центральных здесь понятий "сила (власть)" и "право" иным способом не добиться. С учетом относительности (любых) определений должна быть поэтому предпринята попытка понятийного разграничения категорий "право", "сила" и "международный порядок" с тем, чтобы в результате этого построить фундамент для ответа на интересующий нас вопрос. Однако, именно в контексте сказанного такое "выяснение понятий" не должно приниматься слишком всерьез. Оно - лишь исходный пункт цепочки рассуждений, которые должен позволить взглянуть на существо власти (силы) и права и найти ответ на вопрос, что обуславливает и предопределяет международное право и международный порядок, право или сила.

1. Международный порядок

В самом общем виде, понятие порядка можно описать как рациональную взаимосвязь отдельных элементов, которые являются независимыми друг от друга структурами. Отношения этих элементов между собой могут подвергаться изменениям, которые, однако, всегда следует определенными закономерностям.⁶ С утверждением современного государства как территориального государства, исторически отмеченным Вестфальским миром 1648 года, сложившийся международный порядок первоначально охватывал суверенные государства, существовавшие на тот момент, а также и их отношения между собой.⁷ Сегодня отнюдь не одни только сами государства и - как исключение - некоторые другие актеры⁸ оказывают влияние на международный порядок.⁹ Уже долгое время можно наблюдать явление, которое в специальной литературе¹⁰ обозначается как развитие в направлении "расширения круга субъектов международного права"¹¹. Наряду с государствами, определяющее влияние на международный порядок оказывают также международные правительственные организации, индивидуумы, многонациональные корпорации, государственные фонды и многочислен-

⁶Brockhaus – Enzyklopädie, 17. Aufl. 1971, ключевое слово "порядок".

⁷*K.-H. Ziegler*, Die Bedeutung des Westfälischen Friedens von 1648 für das europäische Völkerrecht, AVR 37 (1999), 129 (149-151); *A.-M. de Zayas*, Peace of Westphalia, в: R. Bernhardt, EPIL, Vol. IV, 2000, 1468; *G. Krell*, Weltbilder und Weltordnung – Einführung in die Theorie der Internationalen Beziehungen, 3. Aufl. 2004, 111, 86 и далее.

⁸По вопросу о т. н. традиционных субъектах международного права см. *H. S. Köck*, Holy See, в: R. Bernhardt, EPIL, Vol. II, 1995, 866 и далее; *B. de Fischer*, L'Ordre Souverain de Malte, RdC 163 (1979-II), 1 (41-42); *S. Peterke*, Der völkerrechtliche Sonderstatus der Rotkreuz- und Rothalbmondbewegung, Bochum 2006.

⁹*S. Hobe*, Einführung in das Völkerrecht, 9. Aufl. 2008, 8, 64 и далее.

¹⁰*H. Mosler*, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, ZaöRV 22 (1962), 1.

¹¹*H. Mosler* (сноска 10), 45 и далее.

ные неправительственные организации.¹² Не все эти неправительственные актеры бесспорно признаются в качестве субъектов международного права. Не все из них могут, соответственно, быть носителями международно-правовых прав и обязанностей.¹³ Это, однако, ни в коем случае не меняет что-либо в их фактической возможности политически, культурно или экономически участвовать в оформлении международного порядка. Однако, до сих пор для них продолжает оставаться недоступным оказание непосредственного влияния на международное право.

То, что международные организации являются субъектами международного права, находит сегодня широкое признание.¹⁴ Уже в 1949 году Международный Суд ООН (МС ООН) в своем консультативном заключении по делу *Бернадом* (*Bernadotte*), делу относительно возмещения за ущерб, понесенный на службе ООН, подтвердил это для Организации Объединенных Наций.¹⁵

Между тем, также и индивидуум все чаще причисляется к кругу субъектов международного права. В результате того, что индивид упоминается в многочисленных договорах по правам человека и в нормах международного уголовного права, а также на него возлагаются определенные международно-правовые права и обязанности, индивид перестал быть исключительно опосредованным государствами объектом международного права. По мере этого, правомочен в который отдельный человек международного права или обязан, он противостоит нам сегодня как субъект международного права. В той мере, в которой отдельный индивид наделяется международным правом правами и обязанностями, он все более выступает как субъект международного права.¹⁶

¹²*S. Hobe* (сноска 9), 8, 64 и далее.

¹³*S. Hobe* (сноска 9), 64.

¹⁴*Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations* (auch *Graf Bernadotte* genannt), ICJ Reports 1949, 174 и далее; *P. Daillier/M. Forteau/A. Pellet*, *Droit international public*, 8. Aufl. 2010, Rn. 383 и далее; *E. Klein*, в: *W. Graf Vitzthum*, *Völkerrecht*, 4. Aufl. 2007, 307 и сл.

¹⁵*Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Reports 1949, 174 и далее. Обосновывая "объективную правосубъектность" Организации Объединенных Наций Международный Суд ООН применил социально-функциональные аргументы. Если говорить в самом общем виде, Суд констатировал, что международную правосубъектность какого либо актера следует определять в зависимости от соответствующих потребностей международного сообщества; она должна признаваться за ним, в частности, в том случае, когда он может выполнить свои предусмотренные международным правом функции и цели лишь посредством урегулированного участия также и в международно-правовых отношениях других субъектов международного права. См. По вопросу о данном заключении *E. Klein*, *Reparations for Injuries Suffered in Service of UN* (Advisory Opinion), в: *R. Bernhardt*, *EPIL*, Vol. IV, 2000, 174 и далее.

¹⁶*P.-M. Dupuy*, *Droit international public*, 8. Aufl. 2006, Rn. 191; *S. Hobe* (сноска 9), 166 и далее.

В противоположность этому, в дискуссии по вопросу о международной правосубъектности международных неправительственных организаций и, прежде всего, многонациональных корпораций, высказываются самые противоречивые точки зрения.¹⁷ Большинство исследователей, однако, пожалуй (еще) не готовы признать их международную правосубъектность.¹⁸ В отношении неправительственных организаций подобная оценка убеждает больше, чем в отношении многонациональных корпораций (предприятий).¹⁹ В то время как к неправительственным организациям международное право обращается только в редких, исключительных случаях и также в редких случаях непосредственно устанавливает их права,²⁰ многонациональные корпорации в значительном количестве двусторонних договоров о защите инвестиций, число которых продолжает и дальше стремительно возрастать, выступают в качестве непосредственных адресатов международно-правовых прав и обязанностей, которые к тому же подлежат судебной защите.²¹ В частности, впечатляющим примером этого могут служить т.н. арбитражные оговорки, заключаемые между инвесторами и государствами, которые содержатся в договорах о защите инвестиций.²² Неумеренное стремление квалифицировать всех мыслимых актеров и участников международных отношений в качестве субъектов международного права, тем не менее, вызывает со всей необходимостью скептицизм. Более перспективной, чем подобная генеральная категоризация, предстает, как представляется, подход, в соответствии с которым в каждом единичном случае

¹⁷По вопросу о данной дискуссии см. например *K. Nowrot*, *Nun sag wie hast du's mit den Global Players?*, *Friedens-Warte* 79 (2004), 119; *R. Dolzer*, в: *W. Graf Vitzthum* (сноска 14), 524 и далее; *M. Krajewski*, *Wirtschaftsvölkerrecht*, 2. Aufl. 2009, 18 и сл.; *I. Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl. 2008, 65 и далее; *P. Daillier/M. Forteau/A. Pellet* (сноска 14), Rn. 417.

¹⁸См. изложение данной позиции в *M. Krajewski* (сноска 17), 18 и сл.; *G. Dahm/J. Delbrück/R. Wofrum*, *Völkerrecht*, Bd. 1/2, 2. Aufl. 2002, 243 и далее; *P. Daillier/M. Forteau/A. Pellet* (сноска 14), Rn. 417; *S. Hobe* (сноска 9), 165; впрочем, у *S. Hobe* и *M. Krajewski* высказывают при этом определенные сомнения в правильности данной позиции.

¹⁹*M. Krajewski* (сноска 17), 18 и далее; *K. Nowrot* (сноска 17), 149 и сл.; *S. Hobe* (сноска 9), 165.

²⁰*R. Müller-Terpitz*, *Beteiligungs- und Handlungsmöglichkeiten nichtstaatlicher Organisationen im aktuellen Völker- und Gemeinschaftsrecht*, AVR 43 (2005), 466 (491); *S. Hobe*, *Der Rechtsstatus der Nichtregierungsorganisationen nach gegenwärtigem Völkerrecht*, AVR 37 (1999), 152 (171), констатирует также, что НГО как правило лишь рефлексивно затрагиваются международным правом, однако в тенденции высказывается все же за признание их международной правосубъектности. Оба автора указывают в качестве примера на консультативный статус НГО в Экономическом и Социальном Совете Организации Объединенных Наций в соответствии со статьей 71 Устава ООН.

²¹*R. Dolzer/C. Schreuer*, *Principles of International Investment Law*, 2008, 220 и далее; *D. Carreau/P. Julliard*, *Droit international économique*, 3. Aufl. 2007, 546 и далее; *K. Nowrot* (сноска 17), 149 и сл.; *M. Krajewski* (сноска 17), 18 и сл.; *G. Dahm/J. Delbrück/R. Wofrum* (сноска 18), 256 и сл.

отдельно проверятся, в какой мере нормы международного права в данной конкретной ситуации управомочивают или обязывают данного актера.²³

Являются ли неправительственные (негосударственные) актеры сегодня еще более важными, чем даже сами государства? Следует признать, что государства, как "естественные" субъекты международного права, также в будущем сохранят свое совершенно особое положение.²⁴ Тем не менее, можно с уверенностью констатировать, что международный порядок - это давно уже перестал быть порядком, фиксированным исключительно на государствах. Даже самые ведущие государственные актеры постоянно зависят самым разнообразным образом от других актеров.²⁵ Международный порядок предстает во все возрастающей степени в качестве тесного сплетения отношений государств и неправительственных актеров.

В истории этого порядка однополярность, биполярность и многополярность - это возвращающиеся формы и конструкции, которые осциллируются в переплетении противодействующих тенденций между равновесием и гегемонией.²⁶ О "вечном законе" упадка и подъема культур, империй и других форм господства говорил уже Геродот - первый историк мировой истории.²⁷ Придет ли на место его наблюдений относительно греческих государств-полисов займут после завершения конфликта между Востоком и

²²R. Dolzer/C. Schreuer (сноска 21), 242 и сл.; R. Dolzer/M. Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, 1995, 129; D. Carreau/P. Julliard (сноска 21), 546 и далее; см. также арбитражную оговорку инвестор-государство в ст. 10 абз. 2 немецкого модельного двустороннего соглашения о защите инвестиций, которое было принято уже в 2008 году; см. также "Предложение относительно регулирования Европейского Парламента и Совета: установление временных положений относительно двусторонних соглашений между государствами-участниками и третьими странами" (Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council: establishing transitional arrangements for bilateral agreements between Member States and third countries), которое было официально опубликовано Комиссией 7.6.2010, которое предусматривает такие арбитражные оговорки в том числе и на время переходного периода к окончательному - хотя и лишь частичному - переводу компетенции по заключению соглашений о защите инвестиций к Европейскому Союзу; вопреки нередко выдвигаемым утверждениям, компетенция по заключению соглашений о защите инвестиций будет передана Европейскому Союзу в соответствии со ст. 206, 207 Договора о функционировании Европейского Союза не полностью; в будущем будут заключаться т. н. смешанные соглашения (*gemischte Abkommen*), см. J. Griebel, *Überlegungen zur Wahrnehmung der neuen EU-Kompetenz für ausländische Direktinvestitionen nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon*, RIW 55 (2009), 469 (470); C. Tietje, *Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 2009, Heft 83, 16 и сл., 20 и сл.

²³Эта позиция высказана в свое время уже у H. Mosler (сноска 10), 48; jüngst auch I. Brownlie (сноска 17), 67; M. Krajewski (сноска 17), 18; S. Hobe (сноска 9), 164 и сл.

²⁴H. Mosler (сноска 10), 48.

²⁵S. Hobe, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*, 1998, 205 и далее, 215 и сл., 229 и далее, 307 и сл., 328 и далее, 379, 449.

²⁶G. Krell (сноска 26), 56.

²⁷Herodot, *Historien I*, München 1983, 5.

Западом новое формирование противоположных блоков в форме "борьбы культур" ("*Kampfes der Kulturen*"),²⁸ или однополярное господство США²⁹ или даже конец истории (*Ende der Geschichte*)³⁰, это вопрос чисто риторический. В любом случае, можно сказать, что государства как и неправительственные актеры находятся в определенной рациональной взаимосвязи, которая, как представляется следует определенным законам; мы живем, таким образом, в определенном мировом порядке.

2. Сила (власть)

Сила (власть) часто описывается как способность навязывать свою волю другим.³¹ Но что представляет собой это навязывание, в чем оно состоит? Не описывается ли здесь скорее результат осуществления власти (силы)? То, как же достигается этот результат, тем не менее, остается при этом как раз неясным. Более пригодное для наших целей определение "силы"(или "власти"), как представляется, сформулировать соответственно не так легко. Причина этого может заключаться в том, что власть - это не статическая субстанция. У нее нет определенного неизменного содержания и сущности. Сила или власть - это скорее динамичное отношение.³² Поэтому не сама сила (власть) как факт, а в лучшем случае ее осуществление может поддаваться определению.³³ Если попытаться сформулировать в еще более заостренной форме, то можно было бы сказать, что силы (власти) как таковой вообще не существует. Не сила или власть, а только (со)отношения силы или власти между субъектами могут существовать.³⁴ Если следовать этой концепции силы или власти – или лучше сказать: концепции осуществления власти –, то статическое определение власти предстает прямо-таки недопустимым. Вместо такого определения, в рамках которого власть часто

²⁸S. P. Huntington, *Clash of Civilizations?*, Foreign Aff. 72 (1993), 22 (25).

²⁹C. Krauthammer, *The Unipolar Moment*, Foreign Aff. 70 (1991), 23 (32 и сл.).

³⁰F. Fukuyama, *The End of History*, в: G. Ó Tuathail/S. Dalby/P. Routledge, *The Geopolitics Reader*, 1997, 114 и далее; впервые статья Фукуямы, написанная в 1989 году. Появилась в журнале по вопросам внешней политики *The National Interest*; критические оценки в отношении окончательно победившего Запада см. M. Mols/C. Derichs, *Das Ende der Geschichte oder ein Zusammenstoß der Zivilisationen*, Zeitschrift für Politik 42 (1995), 225.

³¹M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft – Grundriß der verstehenden Soziologie* I/1, 1980, 28.

³²M. Foucault, *Le pouvoir – comment s'exerce-t-il?* (1984), в: D. Colas, *Recueil de Textes de Sciences Po Paris – Histoire des Idées Politiques*, 2005, 96; эта статья опубликована также в M. Foucault, *Dits et Écrits* IV (1954-1988), 232 и далее; нижеследующие цитаты взяты из издания, указанного первым.

³³M. Foucault (сноска 32), 98.

³⁴M. Foucault (сноска 32), 96.

редуцируется ни к чему иному как к институтам, например к государству, правительству (определенному правлению) или государственной монополии на применение силы,³⁵ мы исходим здесь из динамичной концепции осуществления власти. В соответствии с ней, власть присутствует в любых (социальных) отношениях между субъектами. Она вершится не "наверху" в политических институтах среди "властителей", а "внизу" в столь тонких разветвлениях и сплетениях отношений между субъектами. Только там в акте ее осуществления она обретает видимое и воспринимаемое существование.³⁶ Это представление об осуществлении власти было обозначено как "микровласть" (*micropouvoir*).³⁷ Всегда, когда субъект своим действием реагирует на другой субъект, генерируются или изменяются определенные властные отношения или отношения власти (*Machtbeziehung*). Согласно этому, власть следовательно всегда можно найти там, где действием реагируют на другие действия, то есть везде и всюду.³⁸ Отношения власти являются не только вездесущими, но и открытыми.³⁹ Поэтому они могут принимать любые произвольные формы, так как постоянно и всюду на свете предпринимаются действия в ответ на другие действия, и происходит это в самых разных формах. Это означает также, что власть может существовать только по отношению к свободным, дееспособным субъектам. Она предполагает определенный минимум или минимальную меру свободы.⁴⁰ Если бы другой субъект был бы совершенно подчинен или, более того, был бы полностью разрушен, то это бы имело следствием, наряду с недееспособностью субъекта, прекращение отношения власти. В то же время это предполагает и определенную стратегию осуществления властного отношения, которая имеет в своей основе наличие обратной реакцию и сопротивление.⁴¹ Представленная здесь концепция осуществления власти, таким образом, постоянно включает в себя в то же время ответ и сопротивление, без них она просто немыслима.⁴² Следует признать, что эта концепция власти не предлагает строго юридического определения, которое могло бы без оговорок послужить непосредственной основой для дальнейшей категоризации и описания. Тем не менее, она объясняет, почему власть нельзя представлять как застывшую, неподвижную субстанцию, и следовательно, почему ее также нельзя дефинировать и четко закрепить. По меньшей мере, такой подход означает таким образом обоснованный отказ от определения. Концепция власти Мишеля Фуко (*Michel Foucaults*), некоторые тезисы ко-

³⁵*M. Foucault* (сноска 32), 99.

³⁶*M. Foucault* (сноска 32), 97.

³⁷*M. Foucault*, *Zur Mikrophysik der Macht*, в: P. Kondylis, *Der Philosoph und die Macht*, 1992, 249, 255; P. Patton, *Foucault*, в: D. Boucher/P. Kelly, *Political Thinkers*, 2003, 525.

³⁸*M. Foucault* (сноска 32), 97; D. Colas, *Dictionnaire de la pensée politique*, 1997, 113.

³⁹*M. Foucault* (сноска 32), 97 и сл.

⁴⁰*M. Foucault* (сноска 32), 98; P. Patton (сноска 37), 526.

⁴¹*M. Foucault* (сноска 32), 99; P. Patton (сноска 37), 525 и сл.

⁴²*M. Foucault* (сноска 32), 99; F. Gros, *Michel Foucault*, 3. Aufl. 2004, 83 и далее.

торой были упомянуты выше, положена в основу данной статьи. И не только по той причине, что из нее можно понять, что же такое власть, но и потому, что она дает ключ к пониманию того, как в мире происходит осуществление власти. Однако, прежде всего потому, что без каких-либо моральных или идеологических побуждений или импульсов она пытается открыто объяснить и показать то, где и как власть действует.

3. Право

В отличие от правил вежливости и моральных принципов, право часто описывается как система обязательных норм (*autoritatives Regelsystem*), т.е. как система правил, осуществление которых в случае их нарушений может в принудительном порядке обеспечиваться государственной монополией на применение силы.⁴³ В таком определении можно четко увидеть, что оно основывается на анализе внутригосударственного права и формулируется с точки зрения и позиций национального государства. Однако, рассматриваемая нами проблематика касается главным образом межгосударственных отношений. По этой причине убедительность этой попытки определения права позже еще нужно будет рассмотреть более досконально. Однако, его следовало привести как своего рода исходный пункт и основу также и для нижеследующего обзора мнений, критикующих международное право.

III. Противники, скептики, критики, постмодернистские интерпретаторы - обзор критики международного права в специальной литературе

Если в последующем вполне сознательно более подробно рассматриваются лишь две основные линии аргументации в критике международного права, это не должно скрывать многослойность критической для международного права литературы. Нижеследующий обзор пытается в этом смысле дать лишь самую общую характеристику основных направлений и авторов, критикующих или отрицающих международное право. Его цель состоит в том, чтобы показать, что в критике международного права часто применя-

⁴³B. Rüthers, *Rechtstheorie*, 5. Aufl. 2010, 31, 39, предпринимая попытку ограничить понятие права, также подчеркивает момент возможности принудительного исполнения; это направление имеет давнюю и славную традицию, истоки которой можно обнаружить уже у H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Studienausgabe, 2008, (1. Aufl. von 1934), 31 и далее, в частности 37, 40, 44 или у R. v. Jehrings, *Der Zweck im Recht*, Bd. I, 3. Aufl. 1893, (издание 1970), 322.

ются схожие аргументативные конструкции и структуры. Несмотря на различия в идейно-исторических контекстах, снова и снова речь идет о механизме обеспечения международного права и о вопросе принципиальной возможности устанавливать обязательное право между государствами. Данный обзор должен в этом смысле дать лишь первое впечатление и не претендует, естественно, на полное и исчерпывающее рассмотрение проблематики.

1. Классические теории, отрицающие международное право

Критика международного права является столь же стара, как само международное право. Уже Гуго Гроций (1583-1645) сетовал в своем "*De Jure Belli ac Pacis*" на отрицание международного права.⁴⁴ Другие теоретики той исторической эпохи, Томас Гобб (1588-1679) и Николо Макиавелли (1469-1527), своим критическим отношением к международному праву, по общему признанию, также оказали огромное и довольно устойчивое влияние в истории идей о праве, которое сохраняется вплоть до наших дней.⁴⁵ Международное право как право между суверенными государствами продолжало для Гоббса оставаться немыслимым, так как неограниченный суверенитет государств не оставлял места для еще одного *Левиафана*, который должен был стоять над ними. В то время как стратегическое мышление побудило индивида создать могущественного *Левиафана* и подчиниться ему с тем, чтобы покончить с варварским естественным состоянием беззакония и насилия в войне *все против всех* (*bellum omnium contra omnes*), то в отношениях созданных таким образом государств между собой все оставалось на уровне *bellum omnium contra omnes*.⁴⁶ По этой причине между государствами могло господствовать не международное право, а состояние, в котором были дозволены хитрость, сила, попросту все средства. То обстоятельство, что также и Макиавелли нашел ясные слова против международного права, удивляет мало. Ведь он писал своего «Государя», как практическое политическое руководство к действию для Лоренцо де Медичи, чтобы вновь обрести его расположение, после того, как он впал в его немилость и был уволен с должности политического советника.⁴⁷ Макиавелли не далал ставку на обязательный характер международного права: "Разумный правитель не

⁴⁴H. Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, 1625, Prolegomena 3: "Atque eo magis necessaria est haec opera, quod et nostro saeculo non desunt et olim non defuerunt, qui hanc iuris partem ita contemnerent, quasi nihil eius praeter inane nomen existeret."; см. также F. Berber (сноска 4), 9, сноска 47, где цитируется соответствующий пассаж Гроция о юристах, отрицающих международное право.

⁴⁵H.-J. Cremer, *Völkerrecht – Alles nur Rhetorik?*, *ZaöRV* 67 (2007), 267 (268 и сл.); F. Berber (сноска 4), 9.

⁴⁶T. Hobbes, *Leviathan*, 1651, Cap. 13, 17, 26.

может и не должен оставаться верным своему обещанию, если это вредит его интересам и если отпали причины, побудившие его дать это обещание."⁴⁸ Со всей определенностью обязательную юридическую силу и природу международного права отрицал *Барух Спиноза* (1632-1677). По его мнению, государство только до тех пор связано межгосударственным договором, пока как он приносит ему пользу.⁴⁹

Своего самого знаменитого опровергателя в 19-ом веке международное право нашло в лице *Гегеля*.⁵⁰ Он отрицал возможность межгосударственного права, поскольку государства, по его мнению, находятся по отношению друг к другу в состоянии полной "суверенной самостоятельности" (*souveräne Selbständigkeit*)⁵¹: "Поскольку, однако, взаимоотношения государств основаны на принципе суверенитета, то они в этом аспекте находятся в естественном состоянии друг против друга и их права имеют свою действительность не во всеобщей, конституированной в целях власти над ними, а в их особенной воле".⁵² Еще более отчетливой предстает неукротимая международным правом⁵³ власть суверенного государства у *Гегеля*, когда он пишет: "Народ как государство есть дух в своей субстанциальной разумности и непосредственной действительности, и поэтому абсолютная власть на Земле".⁵⁴ По этой причине спор между суверенными государствами мог решаться, по *Гегелю*, не вышестоящей инстанцией - как ее пред-

⁴⁷*H. Münkler*, Niccolò Machiavelli, в: H. Maier/H. Denzer, *Klassiker des politischen Denkens*, 2. Aufl. 2004, 120 и далее; *B. Ravaz*, *Mémento des grandes œuvres politiques*, 1999, 28 и далее Оба автора справедливо подчеркивают исторический контекст творчества *Макиавелли* – раздробленная, разрозненная Италия эпохи Возрождения с ее распадающимися или охваченными кризисом государствами-городами, такими, как Флоренция – который имеет большое значение для понимания его труда (о тако "контекстуальном подходе" см. также *Q. Skinner*, *Les fondements de la pensée politique moderne*, 2001, 9 и далее).

⁴⁸*N. di Machiavelli*, *Der Fürst*, Kapitel 18.

⁴⁹*B. Spinoza*, *Tractatus politicus*, Opera III, Cap. III, §§ 11 и далее; см. также интерпретацию и полемику со взглядами *Спинозы* у *A. Verdross*, *Das Völkerrecht im System von Spinoza*, *ZöfFR* 7 (1928), 100, а также *G. A. Walz*, *Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtsleugner*, 1930, 135 и далее.

⁵⁰См. также *F. Berber* (сноска 4), 10 и *H.-J. Cremer* (сноска 45), 268 и сл., которые также относят его к теоретикам, отрицавшим международное право.

⁵¹*G. W. F. Hegel*, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 331.

⁵²*G. W. F. Hegel* (сноска 51), § 333.

⁵³Хотя *Гегель* в некоторых пассажах и говорит о "международном праве", он предпочитает, однако, понятие "внешнее государственное право". Разделы его написанной в 1821 году "Философии права", в которых рассматриваются вопросы международного права (§§ 331-340) озаглавлены им соответственно как "Внешнее государственное право".

⁵⁴*G. W. F. Hegel* (сноска 51), § 331; критическую оценку см. у *J. Habermas*, *Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?*, в: *J. Habermas*, *Der gespaltene Westen – Kleine Politische Schriften X*, 2004, 113 и далее (149), *Хабермас* характеризует данное высказывание *Гегеля* как своего рода "сенсацию" (*Paukenschlag*).

ставлял себе *Иммануэль Кант* в своем трактате "К Вечному миру"⁵⁵ - а в конечном счете "только войной".⁵⁶

В отличие от названных вышеавторов *Джон Остин (1790-1859)* обосновывал свое отрицание международного права не философски, а чисто юридически.⁵⁷ Право для него это разновидность команды (приказа), подкрепленной возможностью принуждения. Поэтому право вообразимо для него только в отношениях, характерной чертой которых четко является доминирование и подчинение. Это следует из того, что только в рамках таких отношений допускается принудительное исполнение соответствующего приказа в случае его несоблюдения. *Остин* отказывается поэтому международному праву в юридическом характере, оно существует лишь из "opinions or sentiments current among nations generally. It therefore is not law properly so called."⁵⁸

Реже, чем опровергатели международного права встречались истинные его противники. Шведский юрист *Андерс Лундстедт (1882-1955)* относится к ним. Международное право было для него не больше, чем лицемерная отговорка, чтобы за мнимым идеализмом и разыгранной справедливостью скрыть политику грубого насилия и власти.⁵⁹

2. Критика школы реальной внешней политики

Идейно-историческое наследие *Макиавелли и Гоббса* продолжало играть заметную роль, и позднее было востребовано в международных отношениях в том числе внешнеполитическим направлением школы реализма.⁶⁰ Для *Ханса Дж. Моргентхау*, пожалуй ее наиболее выделяющегося представите-

⁵⁵*I. Kant*, *Zum ewigen Frieden – Ein philosophischer Entwurf* (1795), издано R. Malter 2008; Гегель совершенно явно имеет в виду проект мира Канта и прямо полемизирует с его идеями, см. *G. W. F. Hegel* (сноска 51), § 333.

⁵⁶*G. W. F. Hegel* (сноска 10), § 334.

⁵⁷См. *F. Berber* (сноска 4), 10.

⁵⁸*J. Austin*, *Lectures on Jurisprudence – Or the Philosophy of Positive Law*, 1861-1863, Vol. I, 184.

⁵⁹*A. V. Lundstedt*, *Superstition or Rationality in Action for Peace? Arguments against Founding a World Peace on the Common Sense of Justice – A Criticism of Jurisprudence*, 1925, 236; см. также рецензию *J. H. Ralston*, *Superstition or Rationality in Action for Peace? By Prof. A V. Lundstedt*, *AJIL* 20 (1926), 421 и далее.

⁶⁰*C. Hacke*, *Außen- und Sicherheitspolitik*, в: Н. Münkler, *Politikwissenschaft – Ein Grundkurs*, 2003, 324: здесь подчеркивается, что идейно-историческими корнями реализма, наряду с Гоббсом и Макиавелли, была также и политическая концепция Фукидида; см. также с частично критической позиции по данному вопросу *G. Krell* (сноска 7), 135 и далее, 146; *S. Forde*, *International Realism and the Science of Politics. Thucydides, Machiavelli and Neorealism*, *International Studies Quarterly* 39 (1995), 141 и далее.

ля,⁶¹ международное право представляет собой не нормативную ценность как таковую, а лишь результат стечения обстоятельств, характеризующегося совпадением интересов и равновесием сил, и поэтому соответственно - редким счастливым случаем реализации политики силы. *Моргентау* в принципе не отрицает, что существование международного права как права, обязательного в отношениях между государствами, возможно.⁶² Вместе с тем, он весьма недвусмысленно разъясняет, что эта возможность есть только в определенных, действительно редких реальных условиях. а именно только тогда, когда относительно совпадают децентрализованные собственные интересы государств и, кроме того, между государствами складывается равновесие сил.⁶³ Только при этих предпосылках международное право может обрести юридически обязывающее существование. Однако, всегда именно бытие (*Sein*) определяет долженствование (*Sollen*). Согласно постулатам концепции внешнеполитического реализма, международное право не в состоянии самостоятельно, то есть в отрыве от реального соотношения сил, обретать функции нормативного регулирования и управления.⁶⁴ В принципе, с учетом такой позиции, *Моргентау* и его внешнеполитический реализм представлен здесь не как пример полного отрицания международного права, а как пример его резкой критики.⁶⁵

3. Постмодернистские интерпретации международного права

Международное право получило также постмодернистские интерпретации. В большинстве случаев они не отрицают правовой характер и природу международного права. Скорее они исследуют (и критикуют) его с точки зрения определенной перспективы - часто связанной с культурологией, политологией, экономической теорией или теорией систем - с целью понять или даже усовершенствовать механизмы его действия.⁶⁶

⁶¹По вопросу о различных направлениях внутри школы внешнеполитического реализма см. *R. H. Steinberg/J. M. Zasloff*, Power and International Law, AJIL 100 (2006), 64 (71 и далее), а также *G. Krell* (сноска 7), 146 и далее.

⁶²См. например *H. J. Morgenthau*, Politics Among Nations – The Struggle for Power and Peace, 7. Aufl. 2006, 283 и далее, где он на странице 285 указывает следующее: "Yet to deny that international law exists at all as a system of binding legal rules flies in the face of all the evidence."

⁶³*H. J. Morgenthau* (сноска 62), 285 и сл.: "Where there is neither community of interest nor balance of power, there is no international law."

⁶⁴*H. J. Morgenthau* (сноска 62), 285 и сл.

⁶⁵*S. Hobe* (сноска 9), 4, здесь говорится о "значительной доле скепсиса против существования международного права" (gehörige Portion Skepsis gegen die Existenz des Völkerrechts), характерной для взглядов *Моргентау* и для его внешнеполитического реализма.

Уже в 1940-ые годы представители *Новой Хэвенской школы* (*New Haven School*) пытались заменить позитивистское международное право на всеобъемлющий анализ политических решений. Они позиционировали себя как контрпроект по отношению к юридическому позитивизму и подчеркивали взаимодействие и взаимозависимость между политикой и правом. В рамках этого проекта международное право представало не больше, чем одна из многих позиций, подлежащих учету и оценке, при принятии внешнеполитических решений.⁶⁷ *Энн-Мэри Слотер* (*Anne-Marie Slaughter*) деконструирует международное право с точки зрения либеральной концепции. По ее мнению, соблюдение международного права в значительной степени зависит от внутригосударственных политических структур. Либеральные государства, базирующиеся на принципах демократии, правовой государственности и гарантиях гражданских и политических прав, следовали международному праву, прежде всего, в их отношениях друг с другом. Напротив, государства, отрицающие эти либеральные ценности, обнаруживали тенденцию к нарушению международного права.⁶⁸ Более того, при определенных обстоятельствах, как считает *Слотер*, этот основной постулат также может служить оправданием тому, что либеральные государства осуществляют силовое воздействие на "несвободные государства", в целях предотвращения угроз для сообщества либеральных государств или же для предотвращения гуманитарных катастроф.⁶⁹

То, что *Слотер* обозначает как деконструировать, можно было бы описать скорее как релятивировать. А если принять во внимание пример деконструкции международно-правовых аргументационных структур

⁶⁶См. Обзор в *A. Paulus*, Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland: Zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung des Völkerrechts, ZaöRV 67 (2007), 695 (706 и сл.), к вопросу относительно культурологического, политологического, экономического или системно-теоретического подхода в исследованиях международного права см. страницы 708 и далее А также *A. T. Guzman*, A Compliance-Based Theory of International Law, Calif. L. Rev. 90 (2002), 1823 (1830 и далее).

⁶⁷*M. S. McDougal/M. Reisman*, International Law Essays, 1981, а также обобщающий обзор у *A. Paulus*, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht – Eine Untersuchung zur Entwicklung des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung, 2001, 194 и далее; отличающиеся позиции отдельных представителей *New Haven School* по аналогичным международно-правовым вопросам см. *R. A. Falk*, Casting the Spell – The New Haven School of International Law, Yale L. J. 104 (1995), 1991.

⁶⁸*A.-M. Slaughter*, International Law in a World of Liberal States, EJIL 6 (1995), 503; *A.-M. Burley*, Law among Liberal States: Liberal Internationalism and the Act of State Doctrine, Colum. L. Rev. 92 (1991), 1907 (1920 и сл.); *Burley* эта девичья фамилия *Слотер*. По вопросу о либеральной теории международного права см. также *R. H. Steinberg/J. M. Zasloff* (сноска 61), 64 (80 и сл.).

⁶⁹*A.-M. Slaughter/L. Feinstein*, A Duty to Prevent, Foreign Aff. 83 (2004), 136; *A.-M. Slaughter*, The Idea that Is America – Keeping Faith with Our Values in a Dangerous World, 2007; на этом основании *Слотер* выступила, например, с поддержкой и оправданием вторжения США в Ираке.

финским теоретиком международного права и дипломатом *Мартти Коскенниemi (Martti Koskenniemi)*, то наиболее верным было бы передать это термином демонтаж или разборка.⁷⁰ И это не по той причине, что его подход к международному праву особенно критичен. Как представитель школы "критических правовых исследований" (*critical legal studies*)⁷¹ в своей работе "От апологии к утопии" он глубоко погружается в структуры международно-правовой аргументации, чтобы показать при этом ее противоречия.⁷² По его мнению, международное право - в частности, ее централь- ный момент - учение об источниках права - страдает от структурного про- тиворечия. С одной стороны, международное право должно устанавливать, нормативный порядок, чтобы ограничивать государственную власть. С другой стороны, оформление этого порядка определяется только волей са- мих государств. Они - одновременно и автор, и адресат международно-пра- вовых обязанностей. Поэтому нормативная сфера международного права не в состоянии обойтись без области фактического.⁷³ Из-за этой фундамен- тальной структуры (или "грамматики")⁷⁴ международного права между- народно-правовая аргументация должна всегда и постоянно лавировать между апологией политических реалий и утопии международной правовой общности.⁷⁵ Свободное от противоречия юридическое мышление, по мнени- ю *Коскенниemi* представляется в этой ситуации просто невозможным. Как бы абсурдно это ни казалось, юрист-международник обречен на аргу- ментацию с противоречиями.⁷⁶ *Коскенниemi* не пытается найти решение этому противоречию, по его мнению, оно непреодолимо. Скорее, он призы- вает юристов-международников к тому, чтобы осознать это противоречие, чтобы смочь интегрировать политический контекст в собственное понима-

⁷⁰См. *A. Nußberger, Das Völkerrecht*, 2009, 12.

⁷¹По вопросу о такой классификации см. *M. Koskenniemi, From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*, 2005, 65, а также *B. Rajagopal, Martti Koskenniemi's From Apology to Utopia – A Reflection*, GLJ 7 (2006), 1089 (1090).

⁷²*M. Koskenniemi* (сноска 71), издание 2005 года представляет собой публикацию его диссертации 1989 года, сопровождаемой новым предисловием и заключением; уже то- гда она привлекла большое внимание. См. например, рецензию на первое издание *N. Onuf, From Apology to Utopia*, AJIL 84 (1990), 771 и далее. а также более недавние пуб- ликации по творчеству финского исследователя *J. v. Bernstorff, Sisyphus Was an International Lawyer. On Martti Koskenniemi's "From Apology to Utopia" and the Place of Law in International Politics*, GLJ 7 (2006), 1015; *C. Möllers, It's About Legal Practice, Stupid*, GLJ 7 (2006), 1011; *D. Kennedy, The Last Treatise: Project and Person – Reflections on Martti Koskenniemi's From Apology to Utopia*, GLJ 7 (2006), 981.

⁷³*M. Koskenniemi* (сноска 71), 219.

⁷⁴См. структуралистски ориентированную работу *J. d'Aspremont, International Law as a Grammar – Koskenniemi's From Apology to Utopia Revisited*, abrufbar unter <http://www.globallawbooks.org>.

⁷⁵*M. Koskenniemi* (сноска 71), 58, 219.

⁷⁶Используя созданный *А. Камю (A. Camus)* абсурдный образ *Сизифа*; это конкретизи- рует *J. v. Bernstorff* (сноска 72), 1026 (сноска 39).

ние международного права.⁷⁷ Тем не менее, от международного права Коскенниemi отказываться не хотел и подчеркивал, что вопреки всей заложенной в нем противоречивости оно создает бесценную "культуру формального" (Kultur des Formalen).⁷⁸

В последнее время большое внимание привлекла также попытка деконструктивистский штурм против международного права Джека Голдсмита и Эрика Познера (J. Goldsmith и E. Posner). Аналогично выводам школы "реализма внешней политики",⁷⁹ в своей книге "Пределы международного права" (*The Limits of International Law*)⁸⁰ они приходят к заключению, что международное право является не более, чем своего рода сопутствующим феноменом — или если угодно: побочным продуктом - расчетливого преследования государственных интересов; оно лишь отражает (политическое) поведение государств, однако, оно не в состоянии его ограничивать.⁸¹ По их мнению, функция самостоятельного направляющего норматива не присуща ни международному обычному праву,⁸² ни международному договорному праву.⁸³ Вдохновляясь подходом экономической теории, Голдсмит и Познер используют теорию рационального выбора (*rational choice*)⁸⁴ с заявленной ими целью - разработать всеобъемлющую теорию международного права.⁸⁵ Основное внимание они уделяют государственным интересам и власти - двум аспектам, которые не получили достаточного освещения в науке международного права.⁸⁶ Они исходят из того,

⁷⁷M. Koskeniemi (сноска 71), 507, 536.

⁷⁸C. Möllers (сноска 72), 1014 критикует эту "культуру формального" (culture of formalism) как слишком неконкретную.

⁷⁹В этом смысле также A. v. Aaken, To Do Away with International Law? Some Limits to 'The Limits of International Law', EJIL 17 (2006), 289 (292): "Methodologically, Goldsmith and Posner consider themselves close to institutionalist approaches of International Relations scholarship, but the book may be better classified as realist-coloured IL scholarship."; A. Paulus (сноска 66), 8 даже непосредственно цитирует автора, рассматривая американский реализм; J. L. Goldsmith/E. A. Posner, *The Limits of International Law*, 2005, 170 и далее, 186 и далее, авторы, однако, сами достаточно критически обсуждают классических "реалистов" Р. Нибура (R. Niebuhr), Э. Карра (E. H. Carr) и Г. Моргентхау (H. J. Morgenthau), хотя и разделяют при этом их основной тезис, что исследования международной политики, прежде всего, должно основываться на категориях интерес и власть (сила).

⁸⁰J. L. Goldsmith/E. A. Posner (сноска 79).

⁸¹J. L. Goldsmith/E. A. Posner (сноска 79), 13: "International law emerges from states' pursuit of self-interested policies on the international stage. International law is, in this sense, endogenous to state interests. It is not a check on state self-interest; it is a product of state self-interest." (выделение в оригинале).

⁸²J. L. Goldsmith/E. A. Posner (сноска 79), 26, 39, 42.

⁸³J. L. Goldsmith/E. A. Posner (сноска 79), 100 и сл.

⁸⁴J. L. Goldsmith/E. A. Posner (сноска 79), 7 и далее.

⁸⁵J. L. Goldsmith/E. A. Posner (сноска 79), 4.

⁸⁶J. L. Goldsmith/E. A. Posner (сноска 79), 3.

что государства ведут себя рационально, чтобы реализовывать свои собственные интересы с целью максимизации власти через согласование или в противоположность с интересами других государств.⁸⁷ То, в чем заключаются интересы государства, устанавливают главы правительств, конкретные люди как "государственные лидеры" (*state leaders*).⁸⁸ Однако, необходимо полностью исключить, что эти люди могут также определять государственный интерес в том смысле, что необходимо всегда и безоговорочно стремиться следовать международному праву. Только безопасность, экономический рост и аналогичные ценности, по их мнению, имеют значение.⁸⁹ Такое зауженное, ограничительное понимание международного права, не в последнюю очередь запрограммированное подходом, характерным для *рационального выбора*, является уже и первым пунктом критики слишком тесных границ международного права у *Голдсмита* и *Познера*.⁹⁰ Кроме того, их стоящий в традиции *права и экономики* (*law and economics*) подход в смысле *rational choice* реализуется методически некорректно.⁹¹ К тому же, согласно другой критической точки зрения, *Голдсмит* и *Познер* в некоторых пунктах ошибочно понимали международное право, уже исходя в этом отношении из частично действительно весьма приблизительной картины международного права как основы своего анализа.⁹² Прежде всего, по показанным причинам их книга больше подвергалась критике, чем находила поддержку.⁹³ Вместе с тем, она оживила и обогатила дискуссию.⁹⁴ Хотя *Голдсмит* и *Познер* заверяют, что не отрицают международное право,⁹⁵ тем не менее, они отвергают практически любую самостоятельную обязательность международного права.⁹⁶ Их теория международного права предста-

⁸⁷J. L. Goldsmith/E. A. Posner (сноска 79), 3 и 7.

⁸⁸J. L. Goldsmith/E. A. Posner (сноска 79), 6.

⁸⁹J. L. Goldsmith/E. A. Posner (сноска 79), 9.

⁹⁰A. v. Aaken (сноска 79), 306; H.-J. Cremer (сноска 45), 280 и далее.

⁹¹A. T. Guzman, The Promise of International Law, Va. L. Rev. 92 (2006), 533 (563 и сл.); A. v. Aaken (сноска 79), 306 и далее Оба однако, в принципе приветствуют *rational choice*-подход.

⁹²H.-J. Cremer (сноска 54), 279 и сл.; A. T. Guzman (сноска 91), 564, в частности, в отношении международного торгового права.

⁹³A. v. Aaken (сноска 79), 289; P. Schiff Berman, Seeing Beyond the Limits of International Law, Tex. L. Rev. 84 (2006), 1265; H.-J. Cremer (сноска 45), 267; A. T. Guzman (сноска 91), 533; O. A. Hathaway/A. N. Lavinbuk, Rationalism and Revisionism in International Law, Harv. L. Rev. 119 (2006), 1404; F. Vagts, International Relations Looks at Customary International Law: A Traditionalist's Defense, EJIL 15 (2004), 1031.

⁹⁴См. например, несмотря на критику A. v. Aaken (сноска 79), 289, 307; H.-J. Cremer (сноска 45), 296; A. T. Guzman (сноска 90), 563.

⁹⁵J. L. Goldsmith/E. A. Posner (сноска 79), 3: "International law has long been burdened with the charge that it is not really law. This misleading claim is premised on some undeniable but misunderstood facts about international law: [...]" (выделение сделано автором настоящей статьи), а также 202.

⁹⁶J. L. Goldsmith/E. A. Posner (сноска 79), на странице 13: "But under our theory, international law does not pull states toward compliance contrary to their interests, and the

ет, более того, особенно опасным "фундаментальной атакой" ("Fundamentalangriff") против обязательного юридического характера международного права.⁹⁷ По этой причине, они часто рассматриваются не только как постмодернистские интерпретаторы международного права, но как теоретики, отвергающие его.⁹⁸ Независимо от того, имеем ли мы дело с противниками, оппонентами, критиками или постмодернистскими интерпретаторами международного права, снова и снова в нашем эскизе повторяются два аргумента против юридического характера международного права - недостаток в обеспечении исполнения и отсутствие подлинных источников права. На фоне выше обозначенных проектов и идейно-исторических контекстов эти оба аргумента в последующем должны быть более конкретно и детально представлены, чтобы затем быть подвергнуты критике.

IV. Международное "право": недостаточная осуществимость как первый центральный аргумент против природы международного права как права

И даваемое с оговоркой определение международного права, и эскиз критической для международного права литературы отражают представление, что правовые нормы совершенно однозначно характеризуются тем, что они могут быть в конкретном случае осуществлены посредством государственной монополией на применение силы. Подобно постоянно угрожающему гаранту, она стоит за правом. Именно возможность использовать монополию силы против подчиненного субъекта права, нарушившего право и, тем самым принудить к соблюдению этого правила, собственно и делает из этого правила право, составляя ядро права.⁹⁹ Однако, в международном праве не хватает как раз такой центральной обеспечивающей инстанции, которая стоит над государствами и может принуждать к соблюдению международного права.¹⁰⁰ Если взять, например, действия оккупационных властей США в Ираке и предшествовавшее этому американское вторжение, то

possibilities for what international law can achieve are limited by the configurations of state interests and the distribution of state power."

⁹⁷ *H.-J. Cremer* (сноска 45), 268; с указанием на события в *Guantanamo* и *Abu Graib* автор на странице 278 и сл. указывает, что отрицание *Голдсмитом* и *Познером* международного права является по той причине особенно опасным, что они, наряду с прочим, возможно показывают в интеллектуальном плане путь к отказу от запрета пыток.

⁹⁸ *H.-J. Cremer* (сноска 45), 276.

⁹⁹ См. *J. Austin* (сноска 58), 184; *G. W. F. Hegel* (сноска 51), §§ 333 и сл.; *H. J. Morgenthau* (сноска 62), 283 и далее; см. также *A. D'Amato*, *Is International Law Really 'Law'?*, *Northwestern Law Review* 79 (1985), 1293 и сл., где данный подход к праву хотя и исследуется, тем не менее не поддерживается.

слабость механизма реализации международного права выглядит особенно наглядной и отчетливой. США продемонстрировали, в конечном счете, полное безразличие к международно-правовым аргументам, которые были выдвинуты на дипломатическом уровне в преддверии иракского конфликта. 20-го марта 2003 года вооруженные силы США вместе со своим партнером по альянсу Великобританией и при символическом участии Австралии и Польши начали боевые действия против Ирака.¹⁰¹ При этом не было ни мандата Совета Безопасности, ни предпосылок для превентивного удара в смысле права на самооборону согласно ст. 51 Устава Объединенных Наций.¹⁰² Полномочия международной коалиции государств по освобождению Кувейта, предусмотренные резолюцией Совета Безопасности 678 (1990) от 29.11.1990, были прекращены самое позднее перемирием от 11.4.1991 и не могли быть продлены.¹⁰³ То, что также и двусмысленная резолюция 1441 (2002) не содержала полномочие на применение силы, стало ясным самое позднее после последовавшего заявления постоянных членов Совета Безопасности Китай, Франция и Россия.¹⁰⁴ Хотя значительно преобладающая часть государств международного сообщества и специалистов по международному праву не без достаточных оснований посчитала вторжение США однозначно противоречащим международному праву, международное право ввиду отсутствия механизма принудительного исполнения не смогло быть реализовано.¹⁰⁵ Международное право основывается не на отношениях подчинения и превосходства, а является по своей природе и характеру правом координации: на основании принципа суверенного равенства государства общаются между собой на равных.¹⁰⁶ Принудительное исполнение, однако, всегда связано с приказами, даваемыми сверху вниз, и отношениями доминирования и подчинения. Вполне допустимы поэтому сомнения по

¹⁰⁰См. *J. Austin* (сноска 58), 184; *G. W. F. Hegel* (сноска 51), §§ 333 и сл.; *T. Hobbes* (сноска 46), Cap. 13, 17, 26; *H. J. Morgenthau*, (сноска 62), 285 и далее; к вопросу о характере международного права как координационного права (права координации) *P. Kunig*, *Völkerrecht als öffentliches Recht – ein Glasperlenspiel*, в: *Gedächtnisschrift Grabitz* (1995), 328.

¹⁰¹*S. Graf v. Einsiedel/S. Chesterman*, *Doppelte Eindämmung im Sicherheitsrat – Die USA und Irak im diplomatischen Vorfeld des Krieges*, VN 51 (2003), 47.

¹⁰²*C. Schaller*, *Massenvernichtungswaffen und Präventivkrieg – Möglichkeiten der Rechtfertigung einer militärischen Intervention im Irak aus völkerrechtlicher Sicht*, *ZaöRV* 62 (2002), 641 (656 и далее).

¹⁰³*C. Schaller* (сноска 102), 644 и далее, 664.

¹⁰⁴UN Doc. S/2002/1236 vom 8.11.2002; см. также *S. Graf v. Einsiedel/S. Chesterman* (сноска 101), 50.

¹⁰⁵*C. Tomuschat*, *Völkerrecht ist kein Zweiklassenrecht – Der Irakkrieg und seine Folgen*, VN 51 (2003), 41 (46); *T. Franck*, *What Happens Now? The United Nations after Iraq*, *AJIL* 97 (2003), 607 (619); *C. Schaller* (сноска 102), 664 и далее; *A. Cassese*, *International Law*, 2. Aufl. 2005, 360 и сл.; *B. Kempen/C. Hillgruber*, *Völkerrecht*, 2007, 241; *M. Bothe*, в: *W. Graf Vitzthum* (сноска 14), 653.

¹⁰⁶См. ст. 2 Nr. 1 Устава ООН.

поводу того, как в системе, основанной на равенстве, а не на подчинении, вообще может существовать право.¹⁰⁷ Между тем, аргумент недостаточной исполнимости собственно и является основным доводом юристов, отвергающих международное право.¹⁰⁸ Его убедительность должна быть проверена в дальнейшем, и прежде всего, посредством сравнения с внутренним правом.

1. Сравнение международного права с правом внутригосударственным

Значительные и, в том числе весьма важные части внутригосударственного права не подлежат (принудительному) исполнению. Все же мы понимаем их как право.¹⁰⁹ Это верно, например, для всей области конституционного права, например, в случае, если высшие органы государственной власти государств, действия которых определяются принципом разделения властей, спорят в конституционном суде по поводу истолкования конституционного права.¹¹⁰ Хотя конституционные суды в своих решениях определяют правовое содержание подлежащих осуществлению норм, однако, они не могут приводить в исполнение свои решения в принудительном порядке. Они не располагают собственными органами, обеспечивающими исполнение их решений.¹¹¹ Кроме того, остальные высшие органы государственной власти могли бы также обращаться к государственной монополии применения силы (власти) с тем, чтобы воспрепятствовать исполнению реше-

¹⁰⁷См. *R. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum*, *Völkerrecht I/1*, 2. Aufl. 1988, 34 и сл.

¹⁰⁸*J. Austin* (сноска 58), 184; *G. W. F. Hegel* (сноска 51), §§ 333 и сл.; *T. Hobbes* (сноска 46), Cap. 13, 17, 26; *H. J. Morgenthau* (сноска 62), 285 и далее; *J. R. Bolton*, *Is There Really 'Law' in International Affairs?*, *Transnat'l L. & Contemp. Probs.* 10 (2000), 1 (4 и сл., 48).

¹⁰⁹*F. Berber* (сноска 4), 13; *A. D'Amato* (сноска 99), 1293 и далее

¹¹⁰*F. Berber* (сноска 4), 13; *C. Hillgruber/C. Goos*, *Verfassungsprozessrecht*, 2. Aufl. 2006, 12; *C. Pestalozza*, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl. 1991, 263 и далее; *A. D'Amato* (сноска 99), 1295.

¹¹¹*C. Hillgruber/C. Goos* (сноска 110), 12; *H. Lechner/R. Zuck*, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Kommentar*, 5. Aufl. 2006, § 35, Rn. 15; *C. Pestalozza* (сноска 109); *A. D'Amato* (сноска 99), 1295. Сам Федеральный Конституционный Суд ФРГ (ФКС) в отличие от этого, придерживается мнения, что § 35 федерального закона о ФКС оставляет за ФКС "полную свободу" издавать исполнительные распоряжения (BVerfGE 6, 300 (304)). § 35 федерального закона о ФКС говорит лишь о том, что ФКС может в своем решении определить, кто и как должен его исполнить. (См. *W. Roth*, *Grundlage und Grenze von Übergangsordnungen des Bundesverfassungsgerichts zur Bewältigung möglicher Folgeprobleme seiner Entscheidungen*, AöR 124 (1999), 470 и далее; *J. Ipsen*, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt*, 1980, 233; *M. Sachs*, *Verfassungsprozessrecht*, 2. Aufl. 2007, 182 и сл.; *C. Hillgruber/C. Goos* (сноска 110), 11 и сл.)

ния. Государственные органы следуют решениям конституционных судов из политической мудрости, хорошо понимая, что в противном случае их власть оказалась бы под угрозой.¹¹² Разумеется, однако, что отнюдь не принуждение или же его угроза заставляет их следовать принятым судами решениям. Тем не менее, никто серьезно не может сомневаться в правовой природе, например, конституции Франции или ФРГ. Ввиду особого положения и значения конституции в иерархии правовых норм такое предположение казалась прямо-таки бессмысленным. Связь между правом и принуждением также не кажется столь убедительной и веской, если рассматривать случаи, в которых гражданин противостоит своему государству в суде. Такие случаи встречаются часто в частном праве, в уголовном же и административном праве это и вовсе является правилом. Если, например, супердержава США проиграет в налоговом судебном споре гражданину, то кто мог бы принудить тогда правительство Соединенных Штатов, чтобы оно возвратило ему налоги? Или кто мог бы заставить правительство Соединенных Штатов, чтобы оно признало и последовало оправдательному приговору предположительного террориста, который с точки зрения правительства представляет собой серьезную угрозу для государства? Всегда, когда государство проигрывает как сторона спора, оно следует вынесенному судом решению только потому, что оно этого желает, а не потому, что оно считает себя вынужденным его исполнить и еще меньше, потому, что кто-то может его к этому принудить.¹¹³ Ибо как носитель монополии на власть (силу) государство не должно ее бояться.¹¹⁴

Отсюда по аналогии можно сделать двоякий вывод. Либо тот, что с одной стороны, значительная часть внутреннего права - это вовсе и не право, так как у него отсутствует критерий исполнимости (осуществимости). Или же другой стороны, что отсутствие центральной инстанции, обеспечивающей (принудительное) исполнение, не наносит никакого ущерба юридической природе международного права как права.¹¹⁵ Используя *argumentum a fortiori* (т. н. "тем-более-аргумент"), можно пойти даже и еще дальше. Если все те области внутреннего права, в которых государство является стороной или может являться таковой, признаются в качестве права, то тем более в качестве права должно рассматриваться международное право. Так как внутреннее право - это право субординации. Если ищущий защиты своего права гражданин поает в суд на свое государство и побеждает в данном споре, он - как подчиненный государству правовой субъект - не имеет никаких средств добиться осуществления решения вопреки воле государства. В отличие от этого в международном праве, как праве координации, противостоят друг другу, по крайней мере, стоящие на одном уровне (равноправ-

¹¹²C. Hillgruber/C. Goos (сноска 110), 12-13.

¹¹³C. Hillgruber/C. Goos (сноска 110), 12; A. D'Amato (сноска 99), 1293.

¹¹⁴A. D'Amato (сноска 99), 1293 и сл.

¹¹⁵A. D'Amato (сноска 99), 1293 и далее.

ные) правовые субъекты. Монополия власти (силы) стоит против монополии власти (силы). И то обстоятельство, что суверенное равенство согласно ст. 2 абзаца 1 Устава ООН нужно понимать как нормативное равенство, - и, выражаясь иначе является правовой фикцией, которая не соответствует реалиям традиционной политики силы - ничего не изменяет в этом в принципе, прежде всего, в правовом отношении.¹¹⁶ Из этого можно заключить, что международное право должно тем более признаваться правом в подлинном смысле слова, если уже и названные области внутреннего права, в которых государство является или может быть стороной, считается правом.

Против этой аргументации, которая стремится убедить через аналогию между международным правом и национальным правом, можно возразить, что она касается только определенной части внутригосударственного права. В абсолютном большинстве судебных разбирательств друг другу противостоят две стороны, являющиеся частными сторонами. И как раз эта значительная область внутреннего права, в которой решения действительно подлежали принудительному исполнению, имела решающее значение.¹¹⁷ С методической точки зрения следует иметь в виду, что на аналогии можно положиться только в том случае, если не имеется непосредственных, т.е. происходящих из самого международного права, аргументов.¹¹⁸ Кроме того, в демократически организованных государствах существует возможность, например, через общественное мнение и выборы, оказывать давление на правительство, которое отказывается следовать решениям судов. Однако, этот механизм осуществления права в большой степени аналогичен механизму реализации, как мы его знаем из международного права. Тот факт, что на место национальной общественности приходит международная общественность или сообщество государств, не может обуславливать действительное различие. В любом случае, в обеих ситуациях действует иной механизм осуществления, чем принуждение. Несмотря на всю критику, такая аргументация показывает, что международное право и национальное право намного ближе друг к другу, чем это обычно признают даже убежденные специалисты по международному праву. Также и образ внутригосударственного права должен казаться намного более неоднородным, чем это в противном случае обычно признается, причем с полной самоочевидностью. Сделанный по аналогии вывод подрывает аргумент недостаточной осуществимости, выдвигаемый теоретиками, которые отрицают международное право. В свою очередь, аргументация *a fortiori*, хотя и не в состоянии полностью опровергнуть этот аргумент критиков международного права, однако, делает его в значительной степени неубедительным.

¹¹⁶W. Graf Vitzthum, в: (сноска 14), 24 и сл.

¹¹⁷A. D'Amato (сноска 99), 1294.

¹¹⁸K. Engisch, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl. 2005, 181.

2. Убеждение, а не принуждение составляет сущность права

Против представления, что для того, чтобы нормы вообще могли считаться правом, должна существовать возможность их принудительного осуществления, можно возразить также, что только в исключительных случаях для соблюдения права необходимо его обеспечение в принудительном порядке. Большинство людей, пожалуй, соблюдают право, так как они считают это в общем и целом более простым, целесообразным, правильным или справедливым.¹¹⁹

Если бы возможность принудительного исполнения действительно имела бы такое значение, то за каждым из бесчисленных правоотношений, даже самом обычным, постоянно должен был бы стоять представитель государственной власти. Этот оруэлловский сценарий как своего рода *argumentum ad absurdum* (т. е. аргумент через доведение до абсурда или доказательство нелепостью - прим. перев.) показывает, что возможность принудительного исполнения не может иметь столь решающего значения.¹²⁰ Кроме того, имеются также законы, которые вообще еще никогда не нарушались, и следовательно, не должны и не могли были быть осуществлены в принудительном порядке. Однако, никто не станет отказывать этим законам в их правой природе. Если парламент государства издал, например, закон, устанавливающий ответственность за похищение детей, и в этой стране, однако, еще никогда не похищался ребенок, то вряд ли можно серьезно утверждать об отсутствии у данного парламентского закона правового характера.¹²¹ Наоборот, имеется также и национальное право, которое постоянно нарушается — например, правила уличного движения, - но правовое качество которого, однако, несмотря на это, никто не отрицает. Такие рассуждения, как и приведенные примеры показывают, что осуществимость и реализуемость не обязательно делают из норм право.

Эту аргументацию можно было бы упрекнуть, однако, в определенной близорукости. Даже если принудительная осуществимость права не является общим правилом и реализация права не всегда сопровождается осуществлением принуждения, то, все же, такая потенциальная (принудительная) осуществимость является качеством, которое знают за правовыми правилами. Именно она побуждает многих людей к соблюдению права и существенно обуславливает их правовое сознание.¹²² В этом отношении приведенный аргумент не может убеждать. Тем не менее, он позволяет несколько дистанцироваться от часто требуемой от права осуществимости.

¹¹⁹F. Berber (сноска 4), 14 и сл.

¹²⁰F. Berber (сноска 4), 13 и сл.; A. D'Amato (сноска 99), 1295 и сл.

¹²¹A. D'Amato (сноска 99), 1297 и сл.

¹²²A. D'Amato (сноска 99), 1297.

3. Различие между объективным и субъективным правом как аргумент в пользу правовой природы международного права

Также и разграничение между субъективным правом, с одной стороны, и объективным правом, с другой, может быть использовано как аргумент в пользу правовой природы и качества международного права. Объективное право - это совокупность всех применимых правовых норм, существующих в рамках правовой системы. Оно обозначает институт права как отвлеченную абстракцию или, иначе говоря, идею права.¹²³ Субъективное право это предоставленная индивиду объективным правом позиция, позволяющая ему совершать в своих интересах определенные действия или, наоборот, воздерживаться от них. *Виндшайд (Windscheid)* пытался определить его через понятие (предоставленной правопорядком) "власти воли индивида" ("*Willensmacht*").¹²⁴ С другой стороны, трудно доступное для понимания соотношение объективного и субъективного права, однако, можно было бы проще, но вероятно, также немного более рискованно, описать следующим образом. Объективное право это то, что на английском языке обозначается понятием "*law*" и субъективное право то, что обозначается как "*right*".¹²⁵ Если всерьез отнестись к этому определению, то идея осуществимости появляется только на уровне субъективного права. Особенно отчетливо это проявляется в понятии "власти воли"; но также и в английском термине "*right*" ощущается идея осуществления или исполнения авторизованной, поскольку признанной, позиции. Однако, объективное право, в соответствии с данным выше определением, само по себе имеет мало общего с критерием осуществимости. Следовательно, международное право должно и может быть признано правом, как минимум, в смысле объективного права.

Однако, на такой вывод можно было бы возразить, что, с одной стороны, субъективное право не может существовать без объективного права, с другой стороны, что объективное право без субъективного права было бы лишено смысла. Что дает объективный правопорядок, даже вполне совершенный, если он не может из чисто умозрительной области нормативности, из мира идей опуститься на землю и таким образом стать реальностью. Без субъективного права, следовательно, не может быть разумного объективного права.¹²⁶ Так или иначе, разделение права на объективное и субъективное измерение может быть подвергнуто критике как искусственное и полностью отвергнуто с указанием на то, что может иметься только одно право. Так в рамках англо-американской правовой семьи сознательное разграни-

¹²³R. *Cabrillac*, Introduction générale au droit, 7. Aufl. 2007, 2 и сл.

¹²⁴B. *Windscheid*, Lehrbuch der Pandekten, 5. Aufl. 1879, § 37, 92.

¹²⁵К вопросу о соотношении субъективного и объективного права см. R. *Cabrillac* (сноска 123), 2 и сл.

¹²⁶R. *Cabrillac* (сноска 123), 3.

чение между объективным и субъективным правом вообще не утвердилось и не получило распространение. Вполне возможно, такое положение сложилось уже хотя бы потому, что здесь нет лингвистической необходимости для этого как например в Германии, поскольку понятия "law" и "right" достаточно адекватны и делают дальнейшие семантические различия излишними.¹²⁷ Однако, этот опровергающий аргумент ни в коем случае не является ни убедительным, ни неопровержимым. По меньшей мере, аргументативная линия, основанная на различении между объективным и субъективным правом показала, что международное и государственное право в значительной степени и при и при более абстрактном рассмотрении близки друг к другу. Это говорит против представления, что правом может быть только то, что может исполняться в принудительном порядке.

4. Международное право и механизмы его осуществления

Чтобы выявить, что также и международному праву знакомы механизмы осуществления, необходимо теперь обсудить такие темы, как политический бойкот, реторсии, репрессалии, международные суды и арбитражи, мероприятия Совета Безопасности ООН, военные действия.

а) Политический бойкот, реторсии, репрессалии

Часто нарушения норм международного права вызывают социальное или политическое неодобрение со стороны международной общественности и "мирового мнения" ("*Weltmeinung*"). В этом можно увидеть определенные формы санкционирования с целью осуществления международного права.¹²⁸ Хотя эти формы санкционирования и носят скорее опосредствованный характер и лишь с трудом подлежат количественной оценке, их последствия часто могут быть очень значимы с экономической, политической и культурной точки зрения, иногда даже более значимыми, чем принудительное исполнение решения национального суда.¹²⁹

Как ответ на предшествовавшее нарушение международного-права также и репрессалии представляют собой признанный инструмент в целях осуществления международного права.¹³⁰ Если государство совершило международно-правовое правонарушение (деликт) по отношению к другому государству, то потерпевшее государство по отношению к государству-нарушителю может принимать меры, противоречащие в принципе

¹²⁷A. D'Amato (сноска 99), 1297.

¹²⁸F. Berber (сноска 4), 13; A. T. Guzman (сноска 66), 1825 и сл., 1860 и далее.

¹²⁹A. T. Guzman (сноска 66), 1825 и сл., 1860 и далее; A. D'Amato (99), 1298 и сл.

¹³⁰B. Kempen/C. Hillgruber (сноска 105), 189 и сл.

международному праву, без того чтобы они расценивались как нарушение международного права. В противоположность репрессалиям, в случае реторсии еще не имеет места противоречащее международному праву поведение государства, а имеется лишь так называемый недружественный акт.¹³¹ Общим для обоих инструментов является то, что их цель состоит не в возмездии, а в возвращении нарушителя международного права в лоно международного права. Цель применения репрессалий и реторсии заключается таким образом в восстановлении и осуществлении международно-правового порядка.¹³²

б) Международные суды и арбитражи

Многие авторы относят к международно-правовым механизмам осуществления международного права также международные суды и арбитражи.¹³³ Особое место при этом занимают указания на Международный Суд ООН (МС) как на основной орган судебной практики Объединенных Наций. Несмотря на то, что такая возможность еще не была реализована в истории Объединенных Наций, Совет Безопасности ООН в принципе может с соответствия со ст. 94 абз. 2 Устава ООН принять решение об использовании даже военных мер в целях обеспечить выполнение принятых Международным Судом решений.¹³⁴ Своего рода вехой в истории международного права называют признание индивидуальная уголовно-правовой ответственности в международном уголовном праве.¹³⁵ Высокую эффективность и существенное экономическое значение имеют, наконец, и механизмы урегулирования споров в области международного торгового права и права защиты инвестиций.¹³⁶ Краткий обзор особенностей функционирования этих институтов может подтвердить некоторые примеры¹³⁷ того, что также и

¹³¹*B. Kempen/C. Hillgruber* (сноска 105), 190.

¹³²*M. Herdegen*, *Völkerrecht*, 9. Aufl. 2009, 451; см. также *Art. 49 Resolution zur Staatenverantwortlichkeit (UN/GA/Res/56/83 (2001) vom 12.12.2001)*.

¹³³*S. Hobe* (сноска 9), 246 и сл.; *K. Doehring*, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2004, 22; *G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum*, *Völkerrecht*, Bd. I/3, 2. Aufl. 2002, 832 и далее; *M. Schröder*, в: *W. Graf Vitzthum* (сноска 14), 614 и сл.

¹³⁴См. *K. Oellers-Frahm*, *International Court of Justice*, в: *R. Bernhardt*, *EPIL*, Vol. II, 1995, 1097.

¹³⁵*H.-P. Kaul*, *Durchbruch in Rom – Der Vertrag über den Internationalen Strafgerichtshof*, VN 46 (1998), 125; *W. Hermsdörfer*, *Zum Statut des Internationalen Strafgerichtshofs – Ein Meilenstein im Völkerstrafrecht*, *NZWehrr* 1998, 193; *G. Werle*, *Völkerstrafrecht*, 2. Aufl. 2007, 30 и сл.

¹³⁶*J. Griebel*, *Internationales Investitionsrecht*, 2008, 119 и далее; *A. T. Guzman*, *Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*, *Va J. Int'l L.* 38 (1998), 639 (654 и далее); *A. T. Guzman* (сноска 66), 1851 и далее, 1886 и сл.; *M. Krajewski* (сноска 17), 68.

международное право знает эффективные механизмы реализации, в которых часто принуждение играет важную роль.

Особенно отчетливо это показывают весьма чувствительные санкции, устанавливаемые международным уголовным правом. Геноцид, совершение преступлений против человечности, военных преступлений и преступления агрессии, состав которого был определен недавно,¹³⁸ могут наказываться лишением свободы сроком до 30 лет.¹³⁹ Здесь индивидуальная уголовно-правовая ответственность наступает для отдельного лица как для субъекта международного права.¹⁴⁰ Так называемые "действия по приказу" ("*Handeln auf Befehl*") признаются как оправдывающее обстоятельство только в особо исключительных случаях.¹⁴¹ Против привлечения к уголовной международно-правой ответственности не действует и иммунитет государственных лиц, даже глав государств или правительств.¹⁴² Представление о неприкосновенности государства и его служащих в настоящее время окончательно преодолено и тем самым, в истории международного права также установлена новая веха.¹⁴³ Угроза применения санкций международного уголовного права в состоянии оказывать существенное превентивное

¹³⁷Выбранные нами примеры ни в коем случае не должны исключать того, что в международном праве существуют еще и другие многочисленные механизмы урегулирования споров; по данному вопросу см. например *M. Schröder*, в: *W. Graf Vitzthum* (сноска 14), 611 и далее.

¹³⁸По данному вопросу см. например *K. Schmalenbach*, *Das Verbrechen der Aggression vor dem Internationalen Strafgerichtshof – Ein politischer Erfolg mit rechtlichen Untiefen*, *JZ* 15/16 (2010), 745; *C. Kreß/N. Blokker*, *A Consensus Agreement on the Crime of Aggression – Impressions from Kampala*, *LJIL* 23 (2010), i.E.; *C. Kreß* и *K. Schmalenbach* были членами соответственно немецкой и австрийской правительственных делегаций на конференции по изучению вопросов реформы Статута Международного Суда ООН в *Кампала (Kampala)*; см. к дискуссии накануне конференции экспертные заключения, которые 10.5.2010 дали *C. Kreß* и *A. Zimmermann* в Комитете по правам человека и гуманитарной помощи германского Бундестага при обсуждении вопроса об определении преступления агрессии.

¹³⁹См. ст. 77 абз. 1 lit. a Устава Международного Уголовного Суда; по данному вопросу см. *R. E. Fife*, в: *O. Triffterer*, *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2. Aufl. 2008, Art. 77, Rn. 23; *C. Kreß*, *Strafen, Strafvollstreckung und internationale Zusammenarbeit im Statut des Internationalen Strafgerichtshofs*, *HuV-I* 1998, 151 (151 и далее).

¹⁴⁰См. ст. 25 Устава Международного Уголовного Суда; по данному вопросу *K. Ambos*, в: *O. Triffterer* (сноска 139), Art. 25, Rn. 1-3; *A. Cassese*, *International Criminal Law*, 2003, 136 и далее.

¹⁴¹См. ст. 33 Устава Международного Уголовного Суда по данному вопросу см. *A. Zimmermann*, *Superior Orders*, в: *A. Cassese/P. Gaeta/J. Jones*, *The Rome Statute of the International Criminal Court*, Vol. I 2002, 957 и далее.

¹⁴²См. ст. 27 Устава Международного Уголовного Суда; по данному вопросу см. *O. Triffterer*, в: (сноска 139), Art. 27, Rn. 1-9; *A. Cassese* (сноска 140), 264 и далее.

¹⁴³*H.-P. Kaul* (сноска 135), 125; *W. Hermsdörfer* (сноска 135), 193; *G. Werle* (сноска 135), 30 и сл.

действие в том смысле, что они заставляют соблюдать установленные международным уголовным правом запреты и требования. С уверенностью можно сказать, что со стороны военных преступников, осужденных по настоящее время, в адрес международного уголовного права могли бы раздаваться упреки отнюдь не по поводу дефицита в осуществлении исполнения, а скорее в недостаточной легитимности.¹⁴⁴

Урегулирование споров в рамках ВТО, осуществляемое третейскими группами (*Panels*) и Апелляционным органом (*Appellate Body*) во взаимодействии с Органом по разрешению споров (*Dispute Settlement Body (DSB)*) носит обязательный характер. В противоположность Международному Суду, заявления государств-участников о признании обязательной юрисдикции здесь не требуется. Иначе чем еще во времена Генерального Соглашения по тарифам и торговле 1947 года (*General Agreement on Tariffs and Trade '47 (GATT '47)*) урегулирование торгово-правовых споров с момента основания Всемирной Торговой Организации, ВТО (*World Trade Organization, WTO*) как международной организации в 1994 году определяется принципом негативного консенсуса. В соответствии с этим, решения могут быть отклонены только в том случае, если такое отклонение будет одобрено всеми членами ВТО.¹⁴⁵ В противоположность этому в рамках ГАТТ '47 действовал еще обычный принцип консенсуса, что парализовывало урегулирование споров. Поскольку в этой ситуации и само государство, которое обвинялось в нарушении норм ГАТТ, должно было согласиться на то, чтобы в отношении данного государства могло быть возбуждено "торгово-правовое или таможенно-правовое разбирательство".¹⁴⁶ Принцип негативного консенсуса сегодня действует при решении всех важных вопросов урегулирования споров в ВТО: назначение квазисудебных третейских групп, принятие решений третейских групп и Апелляционного органа, разрешение санкций Органом по разрешению споров.¹⁴⁷ Кроме того, Договоренность ВТО о разрешении споров (*Dispute Settlement Understanding*

¹⁴⁴Международный уголовный Трибунал по бывшей Югославии (ICTY) вынес на сегодняшний день более 60 решений по делам о военных преступлениях, которые вступили в силу; подавляющее большинство из 60-ти военных преступников находятся в настоящее время в заключении, см. обзорные данные, которые можно посмотреть по адресу в интернете www.icty.org; обзорные данные по решениям Международного уголовного трибунала по Руанде (ICTR) и состоянию их исполнения см. www.unict.org.

¹⁴⁵*M. Hilf/S. Oeter, WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels, 2005, 509 и сл.; M. Krajewski (сноска 17), 75, 52 и сл.*

¹⁴⁶*M. Hilf/S. Oeter (сноска 145), 509 и сл.; M. Krajewski (сноска 17), 75, 52 и сл.*

¹⁴⁷Третейские группы или соответственно Апелляционный орган как ревизионная инстанция хотя и принимают решение по торгово-правовому спору по существу, если рассматривать с формальной точки зрения их решение носит лишь рекомендательный характер; обязательным с точки зрения международного права такое решение становится лишь в случае его подтверждения Органом по разрешению споров, см. статьи 16.4, 17.14 Договоренность ВТО о разрешении споров.

(DSU)) устанавливает автономный и самодостаточный режим (*self contained regime*), регулирующий контрмеры.¹⁴⁸ Если проигравшее спор государство-участник не следует решению третейской группы или Апелляционного органа, то государство, выигравшее спор, в этом случае может поэтапно воспользоваться возможностями, урегулированными в ст. 22.3 lit. а - с Договоренности ВТО о разрешении споров: сначала приостановить действие уступок и других обязательств в том же экономическом секторе, если это не помогает, приостановить действие уступок и других обязательств по всему нарушенному соглашению.¹⁴⁹ Как *ultima ratio* государство-участник, выигравшее спор, имеет право применить т. н. встречные репрессалии (*cross retaliation*, ст. 22.3 lit. с DSU) и может приостанавливать действие уступок и других обязательств из всех других любых соглашений. Такой ответный удар способен оказывать жесткое экономическое воздействие, а иногда даже вести к экономическому давлению, жизненно важному по своим последствиям. Механизм урегулирования споров в рамках ВТО совершил в результате применения метода негативного консенсуса и возможности принятия чувствительных контрмер своего рода революционный переворот, став действенной квазисудебной процедурой. Соответственно он нередко характеризуется как "самый действенный и самый эффективный" международно-правовой механизм урегулирования споров.¹⁵⁰

Более того, решения третейских арбитражей, принимаемые на основании двусторонних договоров о защите инвестиций, признаются в соответствии со ст. 54 абз. 1 Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств (*ICSID-Конвенция*) как документы, непосредственно дающие основание для осуществления их исполнения. Если государство, проиграло иностранному инвестору спор в инвестиционном *ICSID-арбитраже*, оно должно признать арбитражное решение в качестве обязывающего. Оно не вправе подвергать это решение дальнейшей судебной проверке и должно обеспечивать его исполнение "таким же образом, как если бы это было решение судебного органа этого государства".¹⁵¹ Таким образом, свои права по договорам о защите инвести-

¹⁴⁸P. J. Kuypers, *The Law of GATT as a Special Field of International Law – Ignorance, Further Refinement or Self-contained System of International Law*, NYIL, XXV (1994), 227 (251 и сл.).

¹⁴⁹M. Krajewski (сноска 17), 77 и сл.

¹⁵⁰M. Krajewski (сноска 17), 68.

¹⁵¹См. ст. 54 Abs. 1 *ICSID-Конвенции*: "Каждое Договаривающееся государство признает решение Арбитража, вынесенное в соответствии с настоящей Конвенцией, в качестве обязывающего и обеспечивает исполнение денежных обязательств, налагаемых решением Арбитража, в пределах своей территории таким же образом, как если бы это было окончательное решение судебного органа этого государства (...)", выделено автором; по вопросу о действии решений *ICSID-арбитражей* как исполнительных титулов см. C. Schreuer, *The ICSID Convention – A Commentary*, 2. Aufl. 2009, Art. 54, Rn. 1 и далее, 88 и далее; J. Griebel (сноска 136), 119. Исходя из соображений иммунитета, исполнение не может

ций частные инвесторы могут заявлять в судебном порядке через оговорки о третейском разбирательстве между государством и инвесторами (*Investor-Staat-Schiedsklauseln*) и обеспечивать их реализацию за счет монополии государства на применение силы. В этом отношении, сложно установить какие-либо принципиальные различия по сравнению с осуществлением прав на уровне национальных судов. Соответственно также редки случаи, когда арбитражные решения не исполняются.¹⁵² Арбитражные механизмы, установленные в праве по защите инвестиций, являются замечательно эффективным средством для того, чтобы осуществлять материальные гарантии¹⁵³ всемирной сети, состоящей примерно из 2600 договоров о защите инвестиций.¹⁵⁴

с) Мероприятия Совета Безопасности, самооборона и военные меры

Прежде, в качестве средств реализации международного права понимались также и войны. Государство, которое нарушало международное право, могло стать объектом "справедливых войн" ("*gerechter Krieg*").¹⁵⁵ После неудачи Лиги наций и Пакта *Бриана-Келлога* 1928 года - первого материально-правового запрета войны, путем принятия седьмой главы Устава ООН была предпринята новая попытка исключить войны из международных отношений. Невзирая на ряд четко сформулированных исключений, жестких исключений, монополия на межгосударственное применение силы вменяется в обязанность только Совету Безопасности

быть обращено исключительно на имущество государства, которое используется для осуществления им функций государственной власти. Однако, и в национальных судах государства пользуются так называемым "относительным" иммунитетом ("*relative Immunität*").

¹⁵²Исполнение решения от 7.7.1998 по делу *Зедельмайер против Российской Федерации* (*Sedelmayer v. Russian Federation*), вынесенному международным коммерческим арбитражем при Торговой Палате Стокгольма представляет собой один из действительно немногих примеров, когда исполнение решения оказалось не беспроблемным. После ряда неудавшихся попыток осуществить исполнение в отношении российского имущества, Зедельмайеру, несмотря на многочисленные нарушения, удалось, в конечном счете, обратить исполнение на т. н. КГБ-Хаус в Кельне, который прежде использовался советским Комитетом государственной безопасности как его неофициальное представительство вблизи германской столицы.

¹⁵³По вопросу о материальных гарантиях в двусторонних соглашениях по защите инвестиций, как например, справедливый и равноправный режим, защита собственности, запрет произвольных и дискриминационных мер, принцип полной защиты и безопасности, режим наибольшего благоприятствования, национальный режим и зонтичные оговорки см. *J. Griebel* (сноска 136), 67 и далее.

¹⁵⁴*J. Griebel* (сноска 136), 40, 119 и далее.

¹⁵⁵*A. D'Amato* (сноска 99), 1299 и сл.

ООН.¹⁵⁶ По этой причине сегодня война не может уже в самом принципе пониматься в качестве средства для реализации международного права.

"Естественное право" (*naturgegebenes Recht*) на самооборону, закрепленное в ст. 51 Устава ООН, или мандат Совета Безопасности согласно ст. 39, 42 Устава - это единственные бесспорно признанные исключения из этого. Только в рамках данных исключений война предстает средством для осуществления международного права.¹⁵⁷ Признание войны способом осуществления права удовлетворяет, пожалуй, даже требованиям того направления воспитанных в духе национального государства теоретиков, для которых право в первую очередь и главным образом определяется через возможность принудительного исполнения, гарантированного государственной монополией на применение силы. В конечном счете, едва ли можно себе представить более крайнюю форму принудительной правореализации, чем война. И более того, ввиду новых или вновь ставших значимыми проблем, как например, связанных с институтом гуманитарной интервенции, которые еще не получили однозначной и окончательной международно-правовую оценки, нельзя полностью исключать, что в принципе может дойти до своего рода ренессанса "справедливых войн" как инструмента реализации элементарных основных ценностей международного права.¹⁵⁸ При этом не имеет особого значения, может ли их оправдание, в целом, даваться на основании позитивного международного права - например, путем телеологической ограничительной интерпретации ст. 2 пункт 4 Устава ООН или ст. 51 Устава ООН - или же, однако, такое оправдание ориентировано на естественно-правовые категории справедливости;¹⁵⁹ институт гуманитарной интервенции в любом случае мог бы как форма "справедливой войны" при соответствующей государственной практике и юридическом убеждении стать международным обычным правом.¹⁶⁰

d) Обобщающая оценка международно-правовых механизмов реализации права

Однако, ссылке на институты международно-правового урегулирования споров можно противопоставить, что они лишь сдвигают по времени

¹⁵⁶S. Hobe (сноска 9), 325 и далее.

¹⁵⁷A. D'Amato (сноска 99), 1299 и сл.

¹⁵⁸K. Schmalenbach, *Recht und Gerechtigkeit im Völkerrecht*, JZ 13 (2005), 637 (643 и сл.).

¹⁵⁹В защиту подобного естественно-правового обоснования см. M. Walzer, *Just and Unjust Wars – A Moral Argument with Historical Illustrations*, 4. Aufl. 2006, 107 и сл.

¹⁶⁰K. Schmalenbach (сноска 158), 639 и сл., 643 и сл. Такое превращение, естественно, предполагает, что несмотря на смысл и цель регулирования примата права в ст. 103 Устава ООН признается возможное существование международного обычного права, которое может дерогировать положения Устава.

проблему осуществления права на этап, следующий за вынесением решения. Так например, эффективность исполнения в международном уголовном праве в значительной степени зависит от того, насколько государства-участники, подписавшие Статут Международного Уголовного Суда (МУС), будут следовать своему обязательству сотрудничать¹⁶¹ и выдавать находящихся в поиске преступников. Контрмеры, установленные в рамках всемирной торгово-правовой системы регулирования споров, действуют очень по-разному в зависимости от структуры и объема торговых связей участников спора и от меры их взаимной зависимости. Крупные экономические державы имеют здесь гораздо больше свободы действий и намного более высокий "порог чувствительности", чем менее крупные и диверсифицированные экономики.¹⁶² И несмотря на то, что решения инвестиционных *ICSID*-арбитражей считаются национальными исполнительными титулами, именно само проигравшее в арбитраже государство является объектом и, прежде всего, субъектом исполнения данного титула.

Вместе с тем, действительно убедительным возражение о том, что международные суды и арбитражи лишь сдвигают проблему осуществимости права, не является. Если проигравшее спор государство не исполняет обязательное международно-правовое судебное решение, то оно совершает одновременно двойное, и поэтому квалифицированное нарушение международного права. Как установлено в решении, оно нарушило, во-первых, установленные нормы международного права. Во-вторых, и, помимо этого, оно проигнорировало обязательное согласно международному праву решение. Наконец, судебное решение, наряду с констатацией международного правонарушения, содержит также обязанность к недопущению подобных нарушений.¹⁶³ Политический бойкот двойного правонарушителя со стороны содружества государств и остальной международной общественности, можно считать, обеспечен с большой степенью вероятности.

Как отмечено выше, государство-правонарушитель, сверх того, должно опасаться также и "более крепких" последствий. Государство может лишиться иностранных инвестиций.¹⁶⁴ Кроме того, постоянно существует угроза того, что арбитражное решение будет исполнено в принудительном порядке. Если принимающее государство еще и может осложнить иностранным инвесторам такое исполнение на собственной национальной территории, то тем не менее оно может быть совершено в отношении зарубежных активов соответствующего государства. Следует также считаться с

¹⁶¹По вопросу о значении регулирования, установленного в разделе 9 Статута МУС, см. *C. Kreß*, (сноска 139), 155 и далее.

¹⁶²*M. Krajewski* (сноска 17), 77.

¹⁶³См. *C. Tomuschat*, *International Courts and Tribunals*, в: R. Bernhardt, *EPIL*, Vol. II, 1995, 1111.

¹⁶⁴По вопросу о механизмах экономического обеспечения в рамках двусторонних инвестиционных соглашений см. *A. T. Guzman* (сноска 66), 1851 и далее.

возможностью того, что торговые отношения останутся продолжительное время нарушенными и в рамках Договоренности ВТО о разрешении споров (DSU) могут быть предприняты весьма ощутимые торгово-политические контрмеры. В свою очередь, также и лица, совершившие военные преступления, не могут бесконечно рассчитывать на то, что государство пребывания будет продолжать отказываться сотрудничать с Международным Уголовным Судом. Они должны считаться с вероятностью того, что политическое соотношение сил здесь может измениться и они в конечном счете, все же, будут выданы Суду и привлечены к ответственности, предусмотренной международным уголовным правом. Нельзя исключить также и того, что когда-нибудь Совет Безопасности ООН сможет впервые применить ст. 94 абз. 2 Устава ООН.

Не в последнюю очередь, на этой основе уже сами международно-правовые решения приобретают предварительный правореализующий эффект. В решениях международных (арбитражных) судов определяется не только то, нарушены ли нормы международного права, какие именно и в какой мере. Они представляют собой не только исполнительный титул, но нередко в некоторой степени и реально предваряют исполнение. Основанием для этого может служить, с одной стороны, убедительность аргументации и обоснования решений. Результатом судебного рассмотрения является формирование публичности и общественного мнения. Этим дополнительно усиливается значительная степень того политического осуждения, которое вызывает несоблюдение судебного решения как квалифицированное нарушение международного права. Кроме того, уже здесь также действует в свою очередь потенциальное принуждение, угроза которого возникает из-за неисполнения судебных решений. В той же малой степени, как и решения национальных судов, значительная часть решений международных судебных инстанций исполняются не в принудительном порядке.¹⁶⁵ В этом отношении международные суды, трибуналы и арбитражи не просто переводят проблему осуществимости по времени. Скорее они, по меньшей мере в определенной степени, вносят свой вклад в реализацию международного права.¹⁶⁶

Даже если международное сообщество во многих сферах продолжает оставаться обусловленным отношениями сотрудничества, и соблюдение решений международных судов вследствие отсутствия центральной инстанции, ответственной за их исполнение, продолжает зависеть от готовности проигравшей стороны следовать им,¹⁶⁷ этот вклад не следует недооценивать как и вклад, вносимый в осуществление международного права политическим бойкотом, реторсиями, репрессалиями и применением военной силы.

¹⁶⁵F. Berber (сноска 4), 15.

¹⁶⁶K. Oellers-Frahm, Zur Vollstreckung der Entscheidungen internationaler Gerichte im Völkerrecht, ZaöRV 36 (1976), 654 (676 и далее).

¹⁶⁷C. Tomuschat (сноска 163), 1113.

Хотя применение таких мер часто терпит неудачу от того, что политически, экономически или в военном отношении более слабое государство не может "позволять себе" подобные меры по отношению к более могущественному государству, но аналогичное положение дел характерно в равной степени и для национального права. Можно, например, представить себе зависимое положение работника, который хотел бы реализовать свое действительно существующее право требования по отношению к его работодателю, но воздерживается, однако, от этого, опасаясь потерять рабочее место или иных нежелательных для себя последствий. Только при этом речь не идет о таких резонансных и крупных вопросах как война и мир, так что легко возникает ошибочное впечатление, что международное право постоянно нарушается и не осуществляется, а национальное право, напротив, всегда соблюдается и реализуется.¹⁶⁸ То, что международно-правовые механизмы правореализации отличаются от реализации права на внутригосударственном уровне, не может служить обоснованным аргументом, при помощи которого противники международного права отрицают его юридическую природу как права. Во всяком случае это обнаруживает недостаток системы представлений и понятий, которая жестко привязана и придерживается чисто национально-государственных категорий.¹⁶⁹ Наконец, разные национальные правовые системы государств также предусматривают очень разные механизмы осуществления и санкций в целях обеспечения реализации их правопорядков. Это прекрасно иллюстрирует, например, уже беглый, сравнительный взгляд на институт смертной казни в США и Китае или наказания, используемые в системе шариата в противоположность механизмам санкционирования в рамках европейских уголовно-правовых порядков.

В той мере, в какой международное право осуществимо посредством осуждения мировой общественностью, реторсий, репрессалий, международных судов и арбитражей, международного уголовного права, мер Совета Безопасности ООН, право на самооборону или применение военных мер, аргумент отсутствия механизма реализации уже изначально следует отвергнуть.

¹⁶⁸C. F. Amerasinghe (сноска 4), 5 и сл.

¹⁶⁹B. Kempen/C. Hillgruber (сноска 105), 11.

V. Право или сила: отсутствие подлинных источников права как второй центральный аргумент в критике международного права

При обсуждении вопроса о правовом характере международного права критиками международного права как второй большой топос аргументации против его правовой природы выдвигается тезис об отсутствии у международного права действительных правовых источников.¹⁷⁰ Смысл подобной аргументации сводится к тому, что без центральной правотворческой инстанции также не может существовать и право. Соответственно утверждается, что и международное право не может быть правом.¹⁷¹ В дальнейшем эта вторая значительная линия аргументации сначала должна быть представлена в общих чертах и затем рассмотрена ее обоснованность. При этом особое значение имеют первые два традиционных источника международного права, перечисленные в ст. 38 абз. 1 Статута Международного Суда, а именно договорное международное право и международное обычное право, поскольку они составляют большую часть международного права и сильнее всего влияют на международный правопорядок. Несмотря на последовательность, установленную в ст. 38 абз. 1 Статута, мы рассмотрим сначала международное обычное право, так как именно оно является, как представляется, особенно показательным для рассматриваемого вопроса.

1. Международное обычное право

Особенно два обстоятельства возникновения международного обычного права представляются особенно показательными для объяснения юридической природы международного права. С одной стороны, это - роль государственной практики в процессе становления международного обычного права. С другой стороны следует попытаться из кажущегося противоречивым обстоятельства, что новое международное обычное право часто возникает только в результате слома существующего международного права, сделать выводы в отношении природы международного права.

¹⁷⁰См. *J. R. Bolton* (сноска 108), 3 и далее, 48; *H. J. Morgenthau* (сноска 62), 283 и далее; *J. L. Goldsmith/E. A. Posner* (сноска 79), 100 и далее.

¹⁷¹См. *G. W. F. Hegel* (сноска 51), § 333; *J. Austin* (сноска 58), 184; *T. Hobbes* (сноска 46), Cap. 13, 17, 26; *H. J. Morgenthau* (сноска 62), 285 и далее; *J. R. Bolton* (сноска 108), 3 и далее, 48.

а) Так называемая признанная практика: международное право как выражение властно-политических отношений

Единообразная и продолжающаяся в течение относительно длительного периода государственная практика (*longa diuturna consuetudo* - давно укоренившийся обычай), признаваемая в качестве правовой нормы (*opinio iuris* - убежденность в правомерности и необходимости), представляют собой две предпосылки возникновения международного обычного права.¹⁷² Как чисто фактический момент при возникновении международного обычного права в случае государственной практики имеет значение только то, как государства действительно ведут себя в их отношениях между собой.¹⁷³ Следует подчеркнуть, что при этом принимается во внимание так называемая "представительная практика" (*repräsentative Praxis*) государств. Это значит, что не все государства должны участвовать в равной степени в осуществлении данной практики. Особенно релевантным является, скорее, поведение тех государств, которые в особенно большом объеме принимают участие в межгосударственном общении, также от большего значения.¹⁷⁴ Так, известной является ставшая общеупотребительной формула, описывающая значение "представительной практики", смысл которой сводится к тому, что при становлении международно-правового обычая определяющее значение принадлежит наиболее важным и могущественным государствам. Ибо только у них есть, следовательно, более широкие возможности участвовать в межгосударственном общении в особенно значимом объеме.¹⁷⁵ Чем более крупным и сильным является государство, тем больше его потенциал формировать и определять международный правовой обычай. В этом отношении можно сказать, что здесь сила порождает право. Если, однако, при формировании международно-правового обычая все в столь значительной степени зависит от силы государства, то международное право представляет собой ни что иное, как нормативно установленную квинтэссенцию актуального соотношения сил - международное право представляет собой копию властно-политического мирового порядка в миниатюре.¹⁷⁶ На этом уровне можно констатировать тесную взаимосвязь силы власти и силы права в международном праве. Уже много лет тому назад именно в этом смысле указывалось на то, что сила (власть) и право в межгосударственных отношениях представляют собой две стороны одной медали или вообще

¹⁷²R. Bernhardt, Customary International Law, в: R. Bernhardt, EPIL, Vol. I, 1992, 898 и далее; см. также текст ст. 38 абз. 1 lit. b Статута Международного Суда.

¹⁷³W. Graf Vitzthum, в: (сноска 14), 67 и далее.

¹⁷⁴R. Bernhardt (сноска 172), 898 и далее; W. Graf Vitzthum, в: (сноска 14), 67 и далее; B. Kempen/C. Hillgruber (сноска 105), 99 и сл.

¹⁷⁵P.-M. Dupuy (сноска 16), пункт. 318 и далее; W. Graf Vitzthum, в: (сноска 14), 67 и далее.

¹⁷⁶См. A. D'Amato (сноска 99), 1314; M. Koskenniemi (сноска 71), 219.

конгруэнтны между собой.¹⁷⁷ Соответственно, международное право, по меньшей мере, сфера международного обычного права, предстает, следовательно, не как право, а, скорее, как своего рода нормативная инвентаризация соотношения сил. Этот вывод был бы убедительным, во всяком случае тогда, когда власть и право рассматриваются как два взаимно исключающих друг друга понятия.

Однако, субъекты международного права могут оказывать стойкое сопротивление признанию той или иной нормы обычного права, если они чувствуют себя дискриминированными или поставленными в невыгодное положение практикой более могущественных государств и опасаются, что вопреки их воли она может утвердиться в качестве международно-правового обычая. В соответствии с доктриной *настойчиво возражающего государства (persistent objector)* они в этом случае не связаны возникшей нормой обычного международного права.¹⁷⁸ В качестве исключения - хотя это и не бесспорно - здесь могут рассматриваться возникшие новые *нормы императивного права (ius cogens)*. Даже несмотря на устойчивое непризнание нормы императивного права признаются обязательными для субъектов международного права.¹⁷⁹ Если абстрагироваться от этого исключения, правовая фигура *persistent objector* дает возможность менее могущественным государствам не быть связанными международным обычным правом, которое определяется, прежде всего, более могущественными государства в их практике. Их устойчивое возражение или сопротивление может прокладывать путь к освобождению от обязательств, вытекающих из представительной практики. Хотя этот путь и возможен, легким его признать нельзя. Для того чтобы эффективно оказать устойчивое сопротивление, должны быть взяты высокие барьеры. Чтобы государство не было связано вновь созданным международно-правовым обычаем, оно должно каждый раз, когда это правило международного обычного права применяется или подтверждается каким-либо государством, заявить четкий протест.¹⁸⁰ Это не только накладно, но и трудно. Прежде всего, такое поведение легко ведет к внешнеполитическим смещениям. В любом случае фигура *persistent objector* может несколько снижать значение фактического соотношения сил при возникновении международно-правового обычая. Тем не менее, она не в состоянии полностью преодолеть его в той же малой степени, как и импе-

¹⁷⁷*B. Spinoza* (сноска 49), §§ 11 и далее; см. также *G. A. Walz* (сноска 49), 21 и далее, а также его критика Спинозы 135 и далее.

¹⁷⁸*I. Brownlie* (сноска 17), 11 и далее.

¹⁷⁹Этой точки зрения справедливо придерживаются, например, *J. I. Charney*, *Universal International Law*, AJIL 87 (1993), 529 (541); *A. Cassese*, *International Law in a Divided World*, 1986, 178; *B. Kempen/C. Hillgruber* (сноска 105), 100 и сл.; *S. Hobe* (сноска 9), 181 и сл.

¹⁸⁰*J. I. Charney*, *Universal International Law*, AJIL 87 (1993), 529 (538 и далее); *B. Kempen/C. Hillgruber* (сноска 105), 100 и сл.; *P.-M. Dupuy*, (сноска 16), Rn. 325 и сл.

ративное международное право, на котором позже следует остановиться подробнее.

б) Извечное противоречие международного обычного права: новый международно-правовой обычай как результат ломки существующего международного права

За исключением действительно редкого в настоящее время случая, когда новое международное обычное право касается области, которая ранее еще не была урегулирована, международное право живет с постоянным противоречием: только ломка (нарушение) уже существующего международного права может вести к возникновению нового международно-правового обычая.¹⁸¹ Если какое-либо государство нарушает действовавшую до этого норму международного права, и представительное большинство государств поддерживает это нарушение своим правовым убеждением и соответственно ориентирует на это свою государственную практику, то ломку международного права не следует больше квалифицировать как нарушение международного права, а как новый международно-правовой обычай.¹⁸² Более того, это нарушение международного права занимает, в конечном счете, место именно того международного права, которое должно было предотвратить такое нарушение. Но, все же, смысл международно-правовых норм, как и в целом любых норм права, состоит как раз в том, что они должны предотвращать поведение, которое представляет собой их нарушение. Однако, в случае международного обычного права, возникает впечатление, что право и правонарушение становятся тождественными, ведь в конце концов международное право и его нарушение оказываются произвольно взаимозаменяемыми. Но то, что на определенный момент времени представляет собой международное правонарушение, не может, однако, одновременно быть международным правом.¹⁸³ Иначе, чем в случае ранее названных аргументов, этот вывод логически неизбежен - никогда предмет не может быть тем, чем он является, и одновременно быть тем, чем он как раз не является. Соответственно, международное право - по крайней мере, международное обычное право - не могло быть при таком подходе правом.¹⁸⁴

¹⁸¹*T. Stein/C. v. Buttlar*, *Völkerrecht*, 12. Aufl. 2008, Rn. 144 и сл.; *M. Koskenniemi* (сноска 71), 58, 219.

¹⁸²*T. Stein/C. v. Buttlar* (сноска 181), Rn. 144 и сл.; *M. Koskenniemi* (сноска 71), 58, 219.

¹⁸³См. *M. Byers*, *The Shifting Foundations of International Law – A Decade of Forceful Measures against Iraq*, *EJIL* 13 (2002), 29 и далее; *J. Kunz*, *The Nature of Customary International Law*, 47 *AJIL* (1953), 662 и далее; *T. Stein/C. v. Buttlar* (сноска 181), Rn. 144 и сл. Здесь авторы исследуют данную точку зрения, хотя и не разделяют ее.

В таком виде эта аргументация, однако, является в высшей степени преувеличенной. Ведь формирование нового международного правового обычая, который меняет действующее право, происходит не в один момент, а в течение более длительного периода.¹⁸⁵ В этом отношении описанная аргументация также не является логически убедительной, поскольку то, что представляет международное правонарушение в один момент времени, может быть международным правом в другой момент. Только совпадение или совмещение обоих, взаимоисключающих фактов "международное право" и "международное правонарушение" в определенный момент времени представляло бы собой непреодолимое логическое противоречие. Тем не менее данная аргументация показывает, что становлению международного обычного права присуща, по меньшей мере тенденция противоречивости.

Если кроме того, еще раз представить себе, что более могущественные государства могут оказывать своими действиями также более сильное влияние на международное право и принять во внимание, что периоды времени, в которые формируются новые международно-правовые обычаи, постоянно становятся все короче, и более того, настолько короткими, что некоторые предлагается признание правовой фигуры мгновенно возникшего обычая (*instant custom*),¹⁸⁶ тогда тенденция противоречивости еще более усиливается и кристаллизуется в немыслимое представление о разрушающем само себя и само себя нормативно обесценивающим международном обычном праве.¹⁸⁷ То, что формирование новых международно-правовых обычаев подлежит самому международному обычному праву, дает могущественным и тем самым оказывающим определяющее воздействие на "представительную практику" государствам, кроме того, возможность продвигать фигуру *instant custom* и закреплять ее на уровне международного обычного права. Нарисованный выше образ международного права оказывается при этом до такой степени полностью деформированным, что его в конечном счете нельзя признать правом.¹⁸⁸

В принципе в такой своей крайне гипертрофированной трактовке аргументация об "извечном противоречии" при формировании нового международно-правового обычая могла бы служить логически необходимым и вес-

¹⁸⁴Этого мнения, в конечном счете, придерживается и *J. R. Bolton* (сноска 108), 6 и 48, где эта аргументация не конкретизируется, но упоминается с тем, чтобы показать саму принципиальную возможность такой трактовки.

¹⁸⁵*R. Bernhardt* (сноска 172), 901 и сл.

¹⁸⁶Фигура *мгновенно возникшего обычая* вошла в моду особенно после 11.9.2001 и была поддержана, в частности в США. Ее сторонники исходят из того, что уже и однократное действие государства может вести к возникновению международно-правового обычая; такое мнение поддерживается, например, *K. Doehring* (сноска 133), 127.

¹⁸⁷*M. Byers* (сноска 183), 29 и далее.

¹⁸⁸Этого мнения, в конечном счете, придерживается и *J. R. Bolton* (сноска 108), 6 и 48, где эта аргументация не конкретизируется, но упоминается с тем, чтобы показать саму принципиальную возможность такой трактовки.

ким доказательством того, что международное право - это не право. Этот аргумент носит особый характер, прежде всего, потому, что он не довольствуется аргументативными категориями "убедительно" / "менее убедительно", а в значительной большей степени, чем прежние аргументы приближается к категории "логически правильно" / "логически ошибочно". Одновременно вместе с аргументом "представительной практики" он дает некоторое представление о соотношении силы и права. Однако, не может оставаться незамеченным, что эта аргументация - как уже отмечалось выше - работает со сценарием, который не соответствует действительности. В любом случае это лишает его логически обязательной убедительности.

Кроме того, также и дальнейшие предположения и допущения об *instant custom* также базируются на исключительно гипотетических основах. *Instant custom* не признан на уровне международного обычного права.¹⁸⁹ Более того, упомянутое выше противоречие при становлении нового международно-правового обычая обладает решающим преимуществом: международное обычное право охватывает любое поведение государств. Всегда, когда государство совершает действие, которое до сих пор еще не было известно или признано в международном обычном праве или даже запрещено им, международное право сразу включается и пытается нормативно сопровождать это развитие. Эта динамика международного обычного права соответствует внутренней структуре (*Verfasstheit*) международного сообщества и требованиям международных отношений. Кроме того, и национальное право, в свою очередь, также определяется соотношением сил и властными отношениями. Так, состав парламента зависит от определенного соотношения сил, в частности, результат голосования отражает расклад политических предпочтений в обществе. Таким образом, утверждение, что соотношение сил находит свое отражение в праве, не годится как аргумент против характера международного права как права. Наоборот, он предстает скорее основной характерной чертой права, которая оставляет свой след также в международном договорном праве, которое следует рассмотреть в дальнейшем.¹⁹⁰

2. Международное договорное право

С одной стороны, некоторые разъяснения о его юридической природе и соотношении с силовым влиянием могла бы дать оценка толкования в свете последующей практики применения договора, которая устанавливает со-

¹⁸⁹P. Daillier/M. Forteau/A. Pellet (сноска 14), Rn. 210; A. Cassese (сноска 105), 158 и сл.; T. Stein/C. v. Buttlar (сноска 81), Rn. 132.

¹⁹⁰B. Spinoza (сноска 49), §§ 11 и далее; см. также G. A. Walz (сноска 49), 21 и далее.

глашение участников относительно его толкования в смысле ст. 31 абз. 3 lit. b Венской конвенции о праве международных договоров (ВКПМД). С другой стороны, вывод о соотношении силы и права в международном праве могло бы позволить сделать исследование круга проблем т.н. неравных договоров.

а) Последующая практика в смысле ст. 31 абз. 3 lit. b Венской конвенции о праве международных договоров: тонкая грань между толкованием договора и его изменением как привилегирование более сильных государств

Для значительной области международного договорного права последующая практика в смысле ст. 31 абз. 3 lit. b Венской конвенции (а не представительная практика) может рассматриваться в качестве источника для оказания влияния более могущественными государствами. Это происходит, однако, в меньшее радикальных формах, чем в случае международного обычного права, поскольку здесь не действует фигура *instant custom*, и то обстоятельство, что формирование международно-правового обычая подлежит самому международному обычному праву, не может в международном договорном праве действовать как катализатор. Тем не менее, также и фигура последующей практики в смысле ст. 31 абз. 3 lit. b Венской конвенции как представляется способна содействовать размыванию границы между сущим и должным. Например тогда, когда после заключения трехстороннего договора два более могущественных государства прибегают при выполнении договора к другой практике, чем это позволял ожидать дословный текст и систематика договора, а может быть даже и первоначальная воля обоих участников. Менее значительным, чем в случае представительной практики при международном обычном праве, влияние более могущественных государств через ст. 31 абз. 3 lit. b Венской конвенции на международное договорное право предстает также и потому, что более поздняя практика - это не единственная возможность изменять договорное право. Для этого договаривающиеся стороны как правило в последующем заключают договоры об изменении прежних соглашений или же заключают просто новые соглашения в том числе по тому же предмету регулирования.¹⁹¹ Нужно учитывать, однако, что норма ст. 31 абз. 3 lit. b Венской конвенции говорит только о практике. Устоявшееся юридическое убеждение здесь не требуется.¹⁹² В этом смысле более сильные государства посредством последующей практики могут оказывать влияние даже на менее

¹⁹¹*V. Kempen/C. Hillgruber* (сноска 105), 78 и далее; *P.-M. Dupuy* (сноска 16), Rn. 295 и далее.

¹⁹²*J.-M. Sorel*, в: O. Corten/P. Klein, *Les Conventions de Vienne sur le Droit des Traités – Commentaire article par article*, Vol. II, 2006, Art. 31, 1319 и далее.

жестких требованиях, чем в международном обычном праве. Также и по этой причине не следует недооценивать регулятивный потенциал более могущественных участников договоров, который через фактический момент последующей практики в смысле ст. 31 абз. 3 lit. b Венской конвенции находит свое выражение также на нормативном уровне. Хотя данная конвенциональная норма и представляет собой лишь интерпретационное правило, тем не менее как таковая она приписывает фактическим действиям государств-участников договора большое значение для толкования и реализации договора.¹⁹³ Прямо-таки виртуозно удается ст. 31 абз. 3 lit. b Венской конвенции обойти тонкую грань между толкованием договора и изменением договора без того тем не менее, чтобы при этом формально стереть границу между ними. Однако, эффект этого правила толкования в реальности часто равнозначен изменению договора. И при этом опять-таки более сильные государства, в значительно большей степени, чем другие государства-участники договора, могут определять как должны реализовываться последующая практика и вместе с тем также исполнение содержания договора.¹⁹⁴

Разумеется, этому можно, однако, противопоставить вывод от противного, который нельзя недооценивать. Даже если можно было бы признать правильным, что последующая практика согласно ст. 31 абз. 3 lit. b Венской конвенции смешивает должное и сущее таким образом, что едва ли можно было установить нормативное содержание международного договорного права, то, по меньшей мере, все те положения международно-правовых договоров, которые не интерпретируются в соответствии со ст. 31 абз. 3 lit. b Венской конвенции, должны рассматриваться как право. Эти положения определенно составляют большую часть международного договорного права, толкование и применение международно-правовых договоров в свете последующей практики, напротив, исключение.¹⁹⁵

Кроме того, императивное международное право служит границей для оказания воздействия как через последующую практику, так и через предшествующую практику, поскольку в соответствии со ст. 53 предложение 1 Венской конвенции международно-правовой договор является ничтожным,

¹⁹³*T. Stein/C. v. Buttlar* (сноска 181), Rn. 84; *R. Gardiner, Treaty Interpretation*, 2008, 225, 230 и сл., 235 и далее.

¹⁹⁴*P. Daillier/M. Forteau/A. Pellet* (сноска 14), Rn. 165, 188; *R. Gardiner* (сноска 193), 243 и далее.

¹⁹⁵*J.-M. Sorel*, в: (сноска 192), Art. 31, 1319 и сл., 1323; *R. Kolb, La modification d'un traité par la pratique subséquante des parties*, RSDIE 14 (2004), 9. Тот факт, что если член Совета Безопасности воздерживается или отсутствует, то это не препятствует вынесению решения согласно ст. 27 абз. 3 Устава ООН – хотя текст Устава говорит собственно о "подаче голоса" – со времен Корейского конфликта (1950-1953), является примером толкования в свете последующей практики; вследствие Корейского конфликта Советский Союз в тот период не участвовал в заседаниях Совета Безопасности, см. *M. Herdegen* (сноска 132), 313 и сл.

если в момент заключения он противоречит императивной норме общего международного права.¹⁹⁶ Тем более последующая практика в смысле ст. 31 абз. 3 lit. b Венской конвенции не может в этом случае иметь значение в международно-правовом плане, если она противоречит императивным нормам общего международного права. Хотя правило интерпретации по ст. 31 абз. 3 lit. b Венской конвенции и способно приобрести значительное фактическое действие, международно-правовой договор тем не менее обладает по отношению к нему определенным преимуществом, поскольку это правило служит лишь тому, чтобы разъяснить его толкование. Как реальный акт последующая практика никогда не может быть ничтожной (недействительной). Поэтому в данном случае следует говорить о несущественности (*Unbeachtlichkeit*) последствий, к которым она возможно приводит.

Так как ст. 31 абз. 3 lit. b Венской конвенции при нарушении *ius cogens* неприменима и последующая практика не имеет существенного значения, она представляет собой в этом случае нарушение международно-правового договора. Ограничивающее действие императивных норм международного права на оказание влияния через последующую и представительную практику расширяет ст. 64 Венской конвенции. Она предписывает, что любой существующий договор становится недействительным, если возникает новая императивная норма общего международного права и он оказывается в противоречии с этой нормой.¹⁹⁷ Разумеется, в соответствии со ст. 53 предложение 2 Венской конвенции также и *ius cogens* может быть изменено, если оно заменяется нормой международного права, которое само носит такой же характер. Ограничивающее действие императивных норм международного права само наталкивается здесь на свои пределы. Последующая практика в смысле ст. 31 абз. 3 lit. b Венской конвенции может соответственно оказывать свое действие даже в области императивных норм международного права, хотя предпосылки для этого согласно ст. 53 предложение 2 Венской конвенции устанавливаются действительно довольно жесткие. Таким образом, также и императивные нормы международного права не лишают международное право его властно-силовых оснований.

б) Свобода договора в международном праве и проблема неравных договоров: консервация соотношения сил посредством международно-правовых договоров

Т.н. учение о неравных договорах акцентирует несбалансированность определенных договоров как аргумент против их юридической обязатель-

¹⁹⁶См. По данному вопросу уже *A. Verdross*, *Jus dispositivum and jus cogens* In *International Law*, *AJIL* 60 (1966), 55 и далее; *A. Verdross*, *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, 1973, 27; *I. Brownlie* (сноска 17), 510 и далее.

¹⁹⁷*S. Hobe* (сноска 9), 180.

ной силы.¹⁹⁸ В принципе этому учению так и не удалось дать единообразное определение неравным договорам. Почти все попытки их квалификации указывали лишь на значительное отклонение от принципа суверенного равенства государств в результате установления неприемлемых обременений только для одной из сторон.¹⁹⁹ В исторической ретроспективе особый расцвет системы неравных договоров приходится на эпоху колониализма. Соответствующие договоры заключали европейские державы и Соединенные Штаты в тот период с Османской империей, Персией и Китаем. Наиболее важными примерами были договоры с Китаем, в частности, заключенный между Великобританией и Китаем в 1842 году *Нанкинский договор*.²⁰⁰ Прежде всего, в 1920-ые годы эти договоры дали толчок в Китае для разработки учения о неравных договорах в международном праве.²⁰¹ Следующий классический пример - это мирные договоры. Представление о том, что они якобы не являются несбалансированными, было даже квалифицировано как "наивное".²⁰² Также и *Дайтонское мирное соглашение* можно в этом упрекнуть.²⁰³ Этим соглашением завершалась трехлетняя война в Боснии и Герцеговине. Оно было парафировано 21.11.1995 в Дайтоне/Огайо и, в конечном счете, подписано воюющими сторонами 14.12.1995 в Париже.²⁰⁴ Приложение IV к данному Соглашению предписывало новую конституцию для Боснии и Герцеговины, которая вступала в силу с подписанием соглашения. При этом не было ни парламентского конституционного собрания, ни какой-либо иной формы демократического участия народа в качестве

¹⁹⁸См. *W. Morvay*, *Unequal Treaties*, в: R. Bernhardt, EPIL, Vol. IV, 2000, 1010; *L. Caflisch*, *Unequal Treaties*, GYIL 35 (1992), 52 и сл.; *K. Doehring* (сноска 133), 282, все эти авторы исследуют данное учения, не разделяя, однако, подобные представления.

¹⁹⁹*W. Morvay* (сноска 98), 1010; *K. Doehring* (сноска 133), 282; *J.-H. Conrad*, *Die Geschichte der ungleichen Verträge im neueren Völkerrecht*, 1999, 198 и далее.

²⁰⁰Текст Нанкинского договора от 29.8.1842 напечатан в: CTS, Vol. 93, 465. Им завершилась первая Опиумная война (1839-1842) между Великобританией и Китайской империей династии Цин (*Qing*). Статья 3 данного договора передавала Великобритании "вечное право владения" над Гонконгом. Договор аренды между Китаем и Великобританией по Гонконгу был заключен только в 1898 году. Наряду с Гонконгом, Великобритания обеспечила себе доступ к важнейшим портовым городам (Кантон, Сямень, Фучжоу, Нинбо, Шанхай), низкие таможенные пошлины и выплату английской короне контрибуции в размере 21 млн. серебряных долларов.

²⁰¹*L. Caflisch* (сноска 198), 52; *W. Morvay* (сноска 198), 1008 и далее; *H. Herrfahrt*, в: K. Strupp/H.-J. Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts*, Bd. 3, 2. Aufl. 1962, 471 и далее; *K. Doehring* (сноска 133), 282.

²⁰²См. например, *K. Doehring* (сноска 133), 282; см. также *W. Morvay* (сноска 198), 1010.

²⁰³См. например, мнение депутата Бундестага *Бранда*, *M. Brand*, *Letzter Weg – Raus aus Daytonistan*, в: Франкфуртер Альгемейне Цайтунг от 15.7.2010: "Дайтонским соглашением Америка и ЕС навязали ставшей жертвой агрессии Боснии конституцию, от которой страна страдает до сих пор." Депутат Бранд принадлежит немецко-боснийской парламентарской группе.

²⁰⁴Текст договора опубликован в: ILM 35 (1996), 75.

конституирующей власти (*pouvoir constituant*).²⁰⁵ Лишь три односторонних заявления о согласии - с одной стороны, республики Босния-Герцеговина, которая должна была продолжить свое существование в созданном новом государстве Босния и Герцеговина, с другой стороны, боснийско-хорватской федерации и Республики Сербска - закрепили одобрение конституции.²⁰⁶ Разумеется, этот необычный вид конституционного правотворчества был результатом весьма трудных переговоров и был подчинен цели достигнуть, наконец, мира.²⁰⁷ Тем не менее большое число боснийцев воспринимают свою конституцию как существенное политическое препятствие, оценивая ее как октроированную, недемократическую и даже расистскую. По их мнению, Босния как жертва агрессии также и сегодня несет тяжкую ношу навязанной ей по международному праву *Дайтонской конституции*.²⁰⁸

Тем не менее, существование соглашений, заключение которых диктовалось доминированием противоположной стороны договора, это не только чисто исторический факт. Такие договоры мы можем представить себе также и в будущем. Если у одной договаривающейся стороны есть, например, настолько большой потенциал для оказания влияния на ход и результат переговоров (*Verhandlungsmacht*), что она может диктовать почти любые условия договора находящейся в подчиненном положении и полностью зависимой противной стороне, то результатом может стать "кабальный" международно-правовой договор ("*Knebelvertrag*"). Он был бы выражением чрезмерного фактического дисбаланса сил, а не правом, стремящимся к уравниванию и справедливости. Гарантированное в ст. 2 пункте 1 Устава ООН суверенное равенство государств грозит в этом случае деградировать до уровня увековеченного в международном договорном праве неравенства государств-участников договора. Международно-правовой принцип свободы договора - как проявление принципа суверенного равен-

²⁰⁵S. Oeter, Yugoslavia, Dissolution, в: R. Bernhardt, EPIL, Vol. IV, 2000, 1583 и сл.

²⁰⁶O. Dörr, Die Vereinbarungen von Dayton/Ohio, AVR 35 (1997), 129 (174).

²⁰⁷O. Dörr (сноска 206), 129 (174 и сл.); S. Oeter (сноска 205), 1583 и сл.

²⁰⁸Так например, мнение Бранда (сноска 203), см. цитату в: сноске 203; см. также решение Европейского Суда по правам человека по делу "*Сејдић и Финци против Боснии и Герцеговины*" (*Sejdić u Finči v. Bosnia and Herzegovina*) от 22.12.2009, жалобы No. 27996/06, 34836/06. *Сејдић и Финци*, публичные деятели соответственно цыганского и еврейского происхождения, подали жалобу против положений боснийской конституции, в соответствии с которыми лица, принадлежащие к национальным меньшинствам, не могут занимать высшие государственные должности. Так например, цыгане, евреи и представители других меньшинств не могут выдвигаться кандидатами на президентских выборах или на парламентских выборах в народную палату (вторую палату парламента). Большая Палата Европейского суда вынесла решение, что нормы конституции Боснии и Герцеговины нарушают запрет дискриминации со ст. 14 ЕКПЧ, право на свободные выборы по ст. 3 Первого Дополнительного протокола к ЕКПЧ, а также общий запрет дискриминации по ст. 1 Двенадцатого протокола к ЕКПЧ.

ства государств согласно ст. 2 пункту 1 Устава ООН²⁰⁹ - может оказаться, таким образом, опасной лазейкой для установления регулирований, predetermined фактическим соотношением сил. Власть силы творит в этом случае право и одновременно, кроме того, привязывает более слабого субъекта международного права на долгое время к существующему дисбалансу. Также и подобный неравный договор не представляет собой тогда, однако, ничего большего, чем консервирование нормативно закрепленного отображения фактических властно-силовых отношений, как они господствовали на определенный момент времени. В рамках т.н. учения о неравных договорах высказывалось мнение, что такие договоры недействительны и вследствие этого не обладают более силой международно-правового обязательства (*völkerrechtliche Bindungswirkung*).²¹⁰ Следует учитывать, что к этой теории обращаются, в первую очередь, в более старых исследованиях,²¹¹ тогда как в более новой литературе этой проблеме уделяется меньше внимания.²¹² Тем не менее, история знает примеры неравных договоров. И как указывалось выше, они вполне возможны, по меньшей мере абстрактно, также и сегодня. Договор о нераспространении ядерного оружия, который разрешает только некоторым немногим государствам обладание ядерным оружием, или право вето, предоставленное исключительно пяти постоянным членам Совета Безопасности в соответствии со ст. 27 абз. 3 Устава ООН, могли бы служить основанием, чтобы снова придать актуальность этому представлению.²¹³

Однако, и на аргумент о неравных договорах может быть дан ответ при помощи аргумента от обратного. Даже если найти доказательство тому, что власть силы, а не право определяют международный порядок и международное право, то все те договоры, которые не могут квалифицироваться в качестве неравных, могут представлять собой международное право. Кроме того, учение о неравных договорах не относится к перечисленным в ст. 38 абз. 1 lit. с Статута Международного Суда общим принципам права,

²⁰⁹L. Caflisch (сноска 198), 78.

²¹⁰См. W. Morvay (сноска 198), 1010; L. Caflisch (сноска 198), 52 и сл.; K. Doehring (сноска 133), 282, данные авторы исследуют эту теорию, не разделяя при этом ее постулатов.

²¹¹R. Gilbert, *The Unequal Treaties – China and the Foreigner*, 1929; A. Thönnies, *Das Ende ungleicher Verträge in China*, AVR 4 (1953/54), 158 и далее; D. Frenzke, *Der Begriff des ungleichen Vertrages im sowjetisch-chinesischen Disput*, *Osteur.-Recht* 11 (1965), 69 и далее; I. Dettner, *The Problem of Unequal Treaties*, ICLQ 15 (1966), 1069 и далее; в этом же направлении развиваются оценки в более новой литературе, см. например, L. Caflisch (сноска 198), 52.

²¹²См. L. Caflisch (сноска 198), 52 и далее; W. Morvay (сноска 198), 1008 и далее. Бросается в глаза, что в более новой учебной литературе данная проблема более не обсуждается; исключением является работа K. Doehring (сноска 133), 282.

²¹³Тезис о том, что также данные договоры могут рассматриваться как неравные договоры см. W. Morvay (сноска 198), 1010.

признанным цивилизованными нациями.²¹⁴ Также его нельзя обосновать через международное обычное право²¹⁵ или обнаружить в международно-правовых договорах.²¹⁶ Скорее даже наоборот, Венская конвенция о праве международных договоров отказывается от учения о неравных договорах не только тем, что оно вообще не упоминается здесь. Более того, ст. 42 Венской конвенции со всей определенностью отвергает его существование в действующем международном праве в результате того, что она устанавливает возможность оспаривания действительности договоров исключительно на основании правил самой конвенции.²¹⁷ Кроме того, систематика Венской конвенции не оставляет место для учения о неравных договорах и выдвигаемого требования их недействительности. Нормы конвенции об ошибке или обмане при заключении договора, о подкупе представителя государства, прежде всего, однако, о принуждении представителя государства или принуждении государства посредством угрозы силой или ее применения в соответствии со ст. 49-52 Венской конвенции служат как раз цели гарантировать свободное, нефальсифицированное волеобразование государств как сторон договора. Международно-правовые договоры, которые заключались вследствие обмана или принуждения, являются недействительными или вовсе ничтожными.²¹⁸ Из оговорки *clausula rebus sic stantibus* (оговорки о коренном изменении обстоятельств) в соответствии со ст. 62 Венской конвенции можно вывести и еще другой систематический аргумент. Данная оговорка в принципе касается случая, когда серьезное изменение первоначально как раз вполне сбалансированного договора непредвиденно делает его в полностью неприемлемой степени несбалансированным договором. В отличие от этого, учение о неравных договорах исходит как раз из структурно противоположной ситуации, а именно случая, когда договор был неравным с самого начала. В этом отношении ст. 62 Венской конвенции оказывается в принципе неприменимой к неравным договорам.²¹⁹ Разумеется, возможна также и такая ситуация, когда коренным образом меняются обстоятельства изначально неравного договора, так что первоначальный неприемлемый договор превращался в иной, но равным образом неприемлемый договор. Подобный договор может в равной степе-

²¹⁴W. Morvay (сноска 198), 1010; L. Caflisch (сноска 198), 54 и далее, 79 и далее убедительно подчеркивает, что фигура недействительности или расторгимости, как она известна из § 138 Германского гражданского уложения, § 879 абз. 4 Австрийского всеобщего гражданского уложения, из ст. 21 Швейцарского кодекса обязательственного и торгового права или ст. 887 абз. 2 Французского гражданского кодекса, не может быть перенесена на уровень международного права.

²¹⁵L. Caflisch (сноска 198), 60 и далее.

²¹⁶L. Caflisch (сноска 198), 79 и далее.

²¹⁷См. также W. Morvay (сноска 198), 1010.

²¹⁸L. Caflisch (сноска 198), 70 и далее; W. Morvay (сноска 198), 1010. J.-H. Conrad (сноска 199), 200 и далее, 211 и далее.

²¹⁹L. Caflisch (сноска 198), 77 и сл.

ни быть прекращен в этом случае в соответствии со ст. 62 Венской конвенции.²²⁰ Также и эта возможность подчеркивает, что система Венской конвенции не оставляет никакого места для учения о неравных договорах.

Совершенно независимо от этого, учению о неравных договорах никогда не удавалось дать определение понятию неравных договоров, по меньшей мере в такой степени, чтобы оно могло стать применимым. Поэтому оно неизбежно оставалось лишь политическим боевым девизом и не смогло утвердиться в международном праве.²²¹ Однако, более важно, что учение о неравных договорах представляет собой соблазн как раз для более сильных государств и акторов. Они получали бы тем самым возможность даже при незначительных изменениях обстоятельств ссылаться на недействительность заключенных соглашений вследствие неравного характера ставшего неблагоприятным для них договора. Таким образом, практически почти любые международно-договорные обязательства могли бы ставиться под сомнение. Деструктивная сила этого и ее последствия, прежде всего, для менее сильных государств, являются очевидными.²²² Более успешно, чем требование признания недействительности международных соглашений, выдвигаемого в рамках оставшегося расплывчатым и неясным учения о неравных договорах, правила Венской конвенции, в противоположность этому, защищают свободу воли именно более слабых субъектов международного права. Конечно, также и Венская конвенция о праве международных договоров не решила окончательно конфликт между международно-правовой свободой договора и фактическим соотношением сил. Тем не менее, проблема неравных договоров наглядно показывает, что в начале каждого заключения международно-правового договора стоит вопрос о фактическом соотношении сил. Ответ на этот вопрос дает договор, который может читаться также как концентрированное отражение баланса соотношения сил между договаривающимися государствами. В национальном договорном праве ситуация, естественно, не слишком отличается от этого. Также и в международном договорном праве власть силы требует, во всяком случае, свое твердое место.

²²⁰Подобная ситуация игнорируется или по меньшей мере не рассматривается у *L. Caflisch* (сноска 198), 77 и сл.

²²¹*L. Caflisch* (сноска 198), 79; *W. Morvay* (сноска 198), 1010; *J.-H. Conrad* (сноска 199), 198 и далее.

²²²*J.-H. Conrad* (сноска 199), 1999, 200 и сл.

VI. Заключительные замечания: международный "порядок права" и "порядок силы"

В заключении, на основе вышеизложенного предстоит дать ответ на вопрос, является ли международное право "порядком права" или "порядком силы". Анализ приводимых критиками международного права доводов, связанных с проблемой осуществимости, и аргументов, относящихся к источникам права, дает веские основания к тому, чтобы рассматривать международное право как право. Однако, такой вывод остается на уровне оценки с точки зрения доводов о большей убедительности, поскольку оба исследованных аргумента теоретиков, отрекающихся от международного права, в конечном счете предстают в равной степени малоубедительными, как и контраргументы, которые приводились против них.

Среди них вряд ли можно обнаружить аргумент, который бы позволил сделать надежный и неопровержимый вывод о правовой природе международного права. Оценка в пользу признания правовой природы международного права в определенной степени может быть поддержана аргументом, связанным с распределением бремени доказывания. Собственно, это должно было быть обязанностью критиков международного права доказать, что международное право - это не право. Так как сегодня международное право вполне привычно и повседневно применяется всеми государствами.²²³ Уже только через свою фактичность (*Faktizität*) международное право имеет свою действительность (*Geltung*). Никакое государство не отрицает юридическую природу международного права.²²⁴ Кроме того, более чем спорным является, удастся ли теоретикам, отрицающим международное право, привести неопровержимое доказательство тому, что национальное право действительно является правом. С уверенностью можно утверждать, что также и они не смогли бы дать определение права, действительно охватывающее все те правила, которые с наибольшей самоочевидностью понимаются и применяются как национальное право. Если данное исследование также не смогло неопровержимо подтвердить юридическую природу международного права, то, все же, оно показало, что юристы - будь то специалисты по международному праву или специалисты, которые занимаются национальным правом - ежедневно толкуют и применяют право не будучи в состоянии сказать, что же точно представляет собой это право. Выражаясь образно можно сказать, что хотя на собственном носу очки не видны, именно через них рассматривается и оценивается мир.²²⁵

²²³C. F. Amerasinghe (сноска 4), 1; S. Hobe (сноска 9), 9.

²²⁴C. F. Amerasinghe (сноска 4), 1; S. Hobe (сноска 9), 9.

²²⁵Эта формулировка и, прежде всего, сама идея основывается на A. Funke, Die Definition des Rechts und die Brille auf der Nase der Juristen, *Rechtstheorie* 36 (2005), 427 (428 и сл.).

Более удовлетворительным было, однако, исследование с точки зрения проблемы соотношения силы (власти) и права. В частности, обсуждение юридических аргументов, связанных с теорией источников права, наглядно проиллюстрировало вездесущность учета соотношения сил также и в международном праве.²²⁶ Право и власть (сила) - это не противоположные понятия. Право - это скорее определенная форма реализации власти (силы). Международное право ни в коем случае не призвано также полностью упразднить властно-силовые отношения между государствами, а скорее лишь направляет их в определенные рамки. При этом оно использует свой собственный язык и следует определенной логике, которые стремятся к понятийной точности и непротиворечивости.

Право - это инструмент, который позволяет более целенаправленное осуществление власти (силы). При этом власть не может пониматься как нечто отрицательное само по себе - отношения власти (силы) принципиально нейтральны.²²⁷ Им вполне может быть присуще нечто положительное и конструктивное.²²⁸ Отношения и структуры власти (силы) могут укрепляться и более длительное время обеспечиваться посредством права.²²⁹ Также и потому, что межгосударственное осуществление власти может легитимироваться международным правом, а осуществление власти, в свою очередь, обеспечивать действие права. Вопрос о том, является ли международный правопорядок порядком права или порядком силы - а ведь также и международное право является формой осуществления власти (силы) - становится не в форме альтернативы "либо/либо". Международное право, так должен звучать обобщающий ответ на этот вопрос, - это порядок власти (силы). И это не должно быть обязательно плохо. Это зависит от обстоятельств, как и в рамках какого правопорядка осуществляется власть. Не в последнюю очередь, именно на нас юристах лежит ответственность за это.

²²⁶*M. Foucault* (сноска 32), 98 и сл.

²²⁷*M. Foucault* (сноска 32), 99.

²²⁸*M. Foucault* (сноска 32), 99 и сл.

²²⁹*M. Foucault* (сноска 32), 99 и сл.