

Пандемия и международное право

Аннэ Петерс*

* Аннэ Петерс – доктор права, профессор, Директор Гейдельбергского Института Макса Планка зарубежного публичного и международного права.

"Дайджест публичного права" Гейдельбергского Института Макса Планка выражает благодарность автору за разрешение перевести и опубликовать данный материал. Оригинал см. **Anne Peters, *Die Pandemie und das Völkerrecht*** (The Pandemic and Public International Law) (February 9, 2021), в: Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2021-03.

Содержание:

I. Введение	38
II. Пандемия как феномен глобализации	39
III. Международное право как программа действий	41
IV. Международное право как правовой масштаб и масштаб ответственности	44
1. Игнорирование международного права в рамках предупреждения и противодействия пандемии	45
а) Отсутствие мер предупреждения	45
б) Принятие избыточных ограничительных мер	48
2. Санкции	51
V. Отражение недостатков международного права	52
VI. Пандемия и фундаментальная критика международного права	56
VII. Катализатор развития международного права	60
VIII. Пост-пандемическое международное право	63

I. Введение

С того момента, когда пресс-релиз местного управления здравоохранения в *Вухане* сообщил о "пневмонии неизвестного происхождения",¹ наш мир стал другим. Всемирная организация здравоохранения (ВОЗ) сообщает, что 31 декабря 2019 года её региональное отделение в Юго-Восточной Азии обратило внимание на этот пресс-релиз.² После визита в *Вухан*³ и обязательных консультаций с Китаем, Генеральный директор ВОЗ 30 января 2020 года объявил режим «чрезвычайной ситуации в области общественного здравоохранения, имеющей международное значение» (сокращенно «ЧСОЗ»)⁴. Впоследствии, 11 марта 2020 года, ситуация была квалифицирована Генеральным директором ВОЗ как "пандемия".⁵

Поскольку пандемия является глобальной вызовом, любой нормативный ответ на него должен включать в себя международное право (раздел II). Существо проблемы вполне соответствует, что ВОЗ и многие другие участники глобального управления активно включились в этот процесс. Тем самым, действующее международное право во взаимодействии с

¹ <https://www.who.int/csr/don/05-january-2020-pneumonia-of-unknown-cause-china/en/> (последнее посещение 21.1.2021). Yf На Web-странице ВОЗ под заголовком „Disease outbreak news: Pneumonia of unknown cause – China, 5 January 2020” была опубликована заметка следующего содержания: „On 31 December 2019, the WHO China Country Office was informed of cases of pneumonia of unknown etiology (unknown cause) detected in Wuhan City, Hubei Province of China.” Впрочем, линк, который даёт ссылку на сообщение в китайской прессе, более не работает (по состоянию на 21.1.2021).

² См. сноска 1.

³ <https://www.who.int/china/news/detail/22-01-2020-field-visit-wuhan-china-jan-2020> (последнее посещение: 21.1.2021).

⁴ „WHO Director-General’s statement on ММСП Emergency Committee on Novel Coronavirus (2019-nCoV)” ([https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ММСП-emergency-committee-on-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ММСП-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov))), последнее посещение: 21.1.2021). Статья 1 Международных медико-санитарных правил (ММСП) 2005 года в третьей редакции 2016 года (UNTS Vol. 2509, p. 79, Registration No. 44861) даёт легальное определение ЧСОЗ. Правовой основой для официального объявления режима ЧСОЗ служит ст. 12 ВОЗ. Процедура урегулирована в ст. 49 ММСП. Государство, на территории которого произошло «событие», всегда должно быть подключено и заслушано (в частности, в соответствии со статьей 12 абз. 2 ММСП).

⁵ Вступительное слово Генерального директора ВОЗ на брифинге для средств массовой информации по COVID-19 от 11 марта 2020 года (<https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19--11-march-2020>), последнее посещение: 21.1.2021). «Пандемия», в отличие от ЧСОЗ, не является техническим термином и не вызывает конкретных правовых последствий.

национальным законодательством способствовало борьбе с пандемией за счёт предоставления лексикона для международного обсуждения, установления руководящих принципов, правовой базы и рамок для допустимых с точки зрения права мер противодействия пандемии (раздел III). Международное право, однако, могло лишь в ограниченных пределах определять поведение соответствующих акторов и вряд ли сможет санкционировать даже очевидные нарушения права (раздел IV). Таким образом, кризисная ситуация пандемии наглядно демонстрирует системные слабости международного права (раздел V). Она также дает пищу сторонникам фундаментальной критики международного права (раздел VI). Кроме того, пандемия привела к важным тенденциям в развитии права, в частности к укреплению и операционализации международного конституционного принципа солидарности (раздел VII). Но это не привело к смене парадигмы, "гроттианскому моменту". Будут ли конкретные пост-пандемические элементы международного права консолидированы, продолжает оставаться в настоящее время открытым (раздел VIII).

II. Пандемия как феномен глобализации

Нынешняя пандемия является продуктом глобализации. В то время как столетия назад для распространения эпидемий чумы и холеры требовались десятилетия, и зачастую они не охватывали весь мир, потребовалось всего несколько месяцев, чтобы весь мир был полностью окутан вирусом Covid-19. Основной причиной этого была весьма высокая и быстрая мобильность людей в мировом масштабе. Например, первые случаи, о которых стало известно в Германии, связаны с проведением инструктажа сотрудников фирмы-поставщика автомобилей *Webasto* в Баварии китайской руководительницей семинара. Автомобильная промышленность является прототипом глобальной цепочки создания стоимости конечной продукции и поставок.

Взаимная экономическая зависимость внутри таких цепочек делает государства и их население уязвимыми. Богатые страны Севера внезапно оказались отрезаны от своих поставщиков, например, когда из Китая не поставлялись маски. Компании на юге, например, в индийской текстильной

промышленности, были вынуждены уволить рабочих из-за отмены заказов с Севера.⁶

Прямое и косвенное воздействие пандемии (болезнь, закрытие бизнеса, комендантский час) наносит удар по людям во всём мире самым различным образом.⁷ Люди, которые работают на компьютере, имеют просторную квартиру с полнофункциональным Интернетом, имеют медицинскую страховку и благодаря гарантированным источникам доходов без особых проблем совершают покупки в Интернете, не должны себя практически ни в чём ограничивать. В противоположность этому, продавцы вразнос в развивающихся странах одним махом лишились всех средств к существованию. В трущобах и лагерях беженцев нет воды или мыла для мытья рук. В барачных поселениях практически невозможно соблюдать социальную дистанцию. В то время как богатые государства в 2020/2021 году начали проводить вакцинацию населения, в более бедных государствах из-за недостатка государственных финансовых ресурсов, холодильных установок и медицинского персонала этот вопрос о вакцинации на повестке дня не стоит. Это означает, что и выход из этого кризиса здравоохранения в разных регионах мира будет по-разному быстрым и тернистым.

Пандемия ускорила и радикализовала экономические, социальные и политические тенденции и усугубила проблемы. Например, на протяжении нескольких лет в большинстве государств на внутригосударственном уровне усилилось материальное неравенство (то есть разница в доходах и богатстве), в то время как разрыв в уровне благосостояния на межгосударственном уровне легко снизился. Недовольство и страхи проигравших от глобализации стали питательной средой популистской политики. В этой ситуации болезнь быстро распространилась, ещё более увеличив неравенство⁸ и частично нейтрализовав успехи программ Всемирного банка по борьбе с бедностью.⁹

Таким образом, пандемия изменила некоторые условия функционирования международного права, и показала, что некоторые из

⁶ Некоторые из заказчиков впоследствии обязались полностью оплатить заказы, в отношении которых уже начато производство. <https://www.workersrights.org/issues/covid-19/tracker/> (последнее посещение: 21.1.2021).

⁷ WHO, WHA, „Covid-19 response“, Second plenary meeting, A73/VR/2 (Doc. 73.1. v. 19.5.2020), Preamble, „Recognizing that the COVID-19 pandemic has a disproportionately heavy impact on the poor and the most vulnerable, ...“.

⁸ Price Waterhouse Coopers and UBS (Switzerland), *Riding the Storm: Market Turbulence Accelerates Diverging Fortunes* (Billionaires Insights, pwc and UBS, 2020).

⁹ World Bank, *Poverty and Shared Prosperity 2020: Reversal of Fortune* (Washington, DC: World Bank 2020).

них нуждаются в переосмыслении и переоценке. В свою очередь, новая глобальная угроза может быть разрешена только при подключении международного права.

III. Международное право как программа действий

Текущий кризис здравоохранения, как и любой кризис, подвергает стресс-тесту не только государственную и частную жизнь, но и международное право. Прошло ли оно эту проверку? Сработали ли соответствующие правовые принципы, такие как предупредительные меры, свобода передвижения, права человека, прозрачность и солидарность? Были ли соблюдены предусмотренные процедуры уведомления, консультаций и согласования или они были просто отброшены в сторону? И привело ли применение конкретных правовых норм к изменению условий жизни и смерти пострадавших людей?

Международно-правовые процедуры и учреждения служили средством и структурой для принятия превентивных мер по борьбе с болезнью. Начиная с 30 января 2020 года, с момента объявления режима ЧСОЗ, Генеральный директор ВОЗ ДГ примерно с периодичностью в три месяца давал временные рекомендации (*temporary recommendations*) государствам-членам, касающиеся, в частности стратегий правительственного реагирования, государственных коммуникаций и, не в последнюю очередь, международных пассажирских и товарных перевозок.¹⁰ Нормативные основания этих полномочий предусматривают, что такие рекомендации изначально должны избегать излишних препятствий и ограничений для международных перевозок и торговли.¹¹ Их имплементацию призваны осуществлять государства-члены. Сама ВОЗ не может принимать никаких обязательных мер, она не является санитарной полицией.¹²

Организация Объединенных Наций уже в апреле 2020 года опубликовала почти 50-страничный доклад, о мерах поддержки государств со стороны

¹⁰ Правовой основой является ст. 15 ММСП; Процедура согласно ст. 49 ММСП. Последние рекомендации см. „Statement on the sixth meeting of the International Health Regulations (2005) Emergency Committee regarding the coronavirus disease (COVID-19) pandemic”, 15.1.2021.

¹¹ Ст. 15 абз. 2 ММСП; аналогично ст. 17 lit. d) ММСП.

¹² См. также ниже, раздел V. Более подробно см. v. Bogdandy/Villarreal, ZaöRV 2020, 293 и далее.

ООН в контексте борьбы с Covid-19.¹³ В этом докладе, в частности, указывается, что в 2014 году от экономических последствий кризиса, связанного с вспышкой вируса Эболы погибло больше людей, чем от самой болезни. В этом смысле этот доклад ставил своей целью, в первую очередь избежать таких разрушительных экономических и социальных последствий. Директива называет пять направлений действий: поддержание работоспособности систем здравоохранения, поддержание минимального социального обеспечения, защита рабочих мест и особенно малых и средних предприятий, финансовые стимулы и укрепление общественной солидарности.

Кроме этого, в рамках сферы её компетенции были активированы многочисленные органы, учреждения и программы Организации Объединенных Наций. Управление по координации гуманитарной деятельности разработало «глобальный план чрезвычайной помощи»,¹⁴ Генеральная Ассамблея ООН приняла решения, касающиеся «глобальной солидарности в борьбе с коронавирусом»¹⁵ и «международному сотрудничеству к обеспечению доступа к лекарствам и вакцинам»¹⁶, чтобы назвать лишь некоторые из них.

Эти и многие другие документы в принципе являются изначально лишь обращениями или посланиями, поскольку Организация Объединенных Наций не обладает полномочиями в принятии соответствующих решений и финансовыми средствами для их осуществления. Но нельзя обвинять Организацию в том, что она не разработала никакого видения или стратегии.

Совет Безопасности принял резолюцию 2532, в которой он подчеркнул, что беспрецедентный масштаб пандемии COVID-19 может поставить под угрозу поддержание международного мира и безопасности.¹⁷ В данной Резолюции использована терминология главы VI Устава ООН, а не главы VII, и она не предусматривала никаких принудительных мер. Тем не менее,

¹³ The UN Framework for the Immediate Socio-economic Response to COVID-19, April 2020.

¹⁴ United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs, *Global Humanitarian Response Plan COVID-19, United Nations Coordinated Appeal, April-December 2020 (GHRP JULY UPDATE)*.

¹⁵ UN-GV 74/270, „Global solidarity to fight the coronavirus disease 2019 (COVID-19)” v. 3.4.2020.

¹⁶ UN-GV 74/274, „International cooperation to ensure global access to medicines, vaccines and medical equipment to face COVID-19” v. 21.4.2020.

¹⁷ По данному вопросу см. Pobjie, COVID-19 and the Scope of the UN Security Council’s Mandate to Address Non-Traditional Threats to International Peace and Security, ZaöRV 2021.

она требует („demands“) незамедлительного всеобщего прекращения боевых действий во всех ситуациях, фигурирующих в повестке дня Совета Безопасности, за исключением военных операций против Исламского государства. Она также призвала Генерального секретаря ООН поручить операциям по поддержанию мира оказывать, в рамках своих мандатов и возможностей, поддержку властям принимающих стран в их усилиях по сдерживанию пандемии COVID-19. Однако, несмотря на этот призыв к прекращению огня, в различных зонах конфликта, таких как Нагорный Карабах и Йемен, продолжались вооружённые столкновения.

Также и различные учреждения Объединенных Наций, действующие в области прав человека, различные договорные контрольные органы, Совет по правам человека, Управление Верховного комиссара по правам человека и другие, реагировали быстро.¹⁸ В этих рамках особо подчеркивался в том числе и принцип единства и неделимости всех прав человека (например, важное значение свободы слова и информации для защиты права на охрану здоровья),¹⁹ были озвучены правовые требования, предъявляемые к объявлениям национальными правительствами режима чрезвычайного положения,²⁰ и постоянно подчеркивалась необходимость стратегии борьбы с пандемиями, основанной на защите прав человека.²¹

Еще одним новшеством является механизм COVAX - международный альянс, призванного содействовать диагностике, разработке, производству и справедливому распределению вакцин против Covid-19.²² В этом альянсе участвуют ЕС и Китай, США вступили в него при президенте Байдене, Россия пока остаётся в стороне. Богатые государства обязались покупать вакцину через COVAX, часть которой будет передана более бедным

¹⁸ См. *Compilation of statements by human rights treaty bodies in the context of COVID-19*, Genf, September 2020.

¹⁹ См., например, UN-Sozialausschuss, Statement on Covid 19 v. 17.4.2020, Rn. 3. Из публикаций см. напр.: Piovesan/Morales Antoniazzi, „COVID-19 and the Need for a Holistic and Integral Approach to Human Rights Protection: On Latin America and the Inverted Principle of Interdependence and Indivisibility of Human Rights“, *Verfassungsblog*, 25.4.2020.

²⁰ Human Rights Committee, Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic“ v. 30.4.2020 (UN Doc. CCPR/C/128/2).

²¹ International Human Rights Treaty Branch, Toolkit of treaty law perspectives and jurisprudence in the context of Covid-19, Genf, Mai 2020 (последняя актуализация 15.7.2020).

²² COVAX: *The Vaccines Pillar of the Access to COVID-19 Tools (ACT) Accelerator – Structure and Principles* v. 9.11.2020 u. andere Dokumente: <https://www.gavi.org/covax-facility#documents> (последнее посещение: 21.1.2021). По данному вопросу см. v. *Bogdandy/Villarreal*, *The Role of International Law in Vaccinating against COVID-19: Appraising the COVAX-Initiative*, *ZaöRV* 2021.

государствам-участникам. Государства выступают в роли экономических акторов и заключают частные договоры в соответствии с английским правом. Соглашение не является международной организацией, но находится под эгидой Глобальный альянс по вакцинам и иммунизации (*Gavi Allianz*).²³ Здесь *государственно-частное партнёрство* (ГЧП) применяется в целях более справедливого доступа к вакцинам. В настоящее время не похоже, что богатые государства предоставят COVAX достаточное финансирование. Складывается впечатление, что они заказали в фармацевтических компаниях гораздо больше вакцины, чем им нужно для собственного населения. В этом плане Генеральный директор ВОЗ говорит о «катастрофическом моральном провале».²⁴

Подводя итог, следует отметить, что в соответствии с действующим международным правом практически все вышеупомянутые меры имеют значение только нормативного призыва и что риск краха нового и комплексного механизма COVAX весьма высок.²⁵

IV. Международное право как правовой масштаб и масштаб ответственности

Следующий вопрос заключается в том, насколько названные специальные нормы, связанные с борьбой с пандемией, а также общие нормы международного права действительно направляли действия государств в условиях пандемии, и в том, могут ли нарушения права быть подвергнуты санкциям.

²³ Альянс *Gavi* формально является фондом швейцарского права и объединяет финансовые усилия многочисленных акционеров, в частности ВОЗ, государств и неправительственных организаций, а также фонда Билла и Мелинды Гейтс. Первоначально название было «Глобальный альянс по вакцинации и иммунизации».

²⁴ WHO DG Ansprache v. 18.1. 2021, <https://www.who.int/director-general/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-148th-session-of-the-executive-board>.

²⁵ Dokument 08, COVAX Facility Operationalisation and Vaccine Programme (<https://www.gavi.org/governance/gavi-board/minutes/15-december-2020>).

1. Игнорирование международного права в рамках предупреждения и противодействия пандемии

В преддверии и в ходе пандемии стал актуальным ряд международно-правовых стандартов поведения, которые частично игнорировались. Как неприятие мер в области общественного здравоохранения, так и чрезмерная реакция со стороны государств, возможно, были международно-противоправными. Для окончательной оценки ещё рано.

а) Отсутствие мер предупреждения

Недостаточные правительственные меры предупреждения (отсутствующие «меры обеспечения готовности») нарушали как международное законодательство в области здравоохранения, так и стоящие за ним права человека.²⁶ В соответствии с правилами ВОЗ в области здравоохранения, в частности со ст. 13 Международных медико-санитарных правил (ММСП), государства-члены ВОЗ обязаны были до 15 июня 2012 года создать "возможности для быстрого и эффективного реагирования на риски для здоровья населения и чрезвычайные ситуации в области общественного здравоохранения, имеющие международное значение".²⁷ Ключевые требования к основным возможностям в области эпидемиологического надзора и ответных мер ("*core capacity requirements*"), которые должны были быть созданы к 2012 году, подробно описаны в Приложении 1 к ММСП. К 2014 только 64 государства выполнили эту правовую обязанность в полном объёме.²⁸

Неадекватные государственные меры по охране здоровья нарушали право человека на жизнь (ст. 6 МПГПП; ст. 2 ЕКПЧ; Ст. 4 АКПЧ) и право на здоровье (ст. 12 МПСЭКП). Эти права человека порождают, помимо прочего, положительные обязательства по обеспечению мер предупреждения и защиты. Право на жизнь требует от государства-участника ЕКПЧ принимать меры, обеспечивающие чтобы лица,

²⁶ По данному вопросу см. *Coco/Souza Dias*, J Humanitarian Legal Studies 2020, 218 и далее.

²⁷ См. дифференцированные положения, предусматривающих возможность продления для более слабых государств (ст. 5 абз. 2 ММСП): *Villarreal*, в: Steger u.a. (Hrsg.) *Migration and Medicine* (2020), 157 и далее.

²⁸ 81 государство подали заявку на продление сроков до 2016 года (по состоянию на ноябрь 2014 года; последние данные не были найдены). WHO, Report to the Director-General of the Review Committee on Second Extensions for Establishing National Public Health Capacities and on MMSI Implementation, 2014 http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/251717/B136_22Add1-en.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

находящиеся под его юрисдикцией, не подвергались предотвратимому в принципе риску.²⁹ Обязанностью государств-участников Конвенции является организация и регулирование надлежащего функционирования медицинских учреждений.³⁰ Никому не должно быть отказано в том медицинском обслуживании, которое является общедоступным для всего населения.³¹ В крайнем случае право человека на жизнь также могут быть нарушены в результате структурных упущений в государственной политике в области здравоохранения.³² Комитет по правам человека ООН выводит из данного права также обязанности государств по улучшению общих условий жизни, включая защиту от угрожающих жизни болезней и обязанность разработки планов действий в чрезвычайной ситуации.³³

Право человека на здоровье (ст. 12 лит. с) МПСЭКП) ясно обязует договаривающиеся стороны принимать меры, необходимые для "предупреждения и лечения эпидемических (...) болезней".³⁴ Это предписание Социального Пакта представляет собой не просто необязательное программное положение, но обязательную правовую норму. Однако эта юридическая обязанность релятивируется ограничительной оговоркой о лишь постепенной реализации в рамках возможного (ст. 2 абз. 1 МПСЭКП) и использованием неопределенных правовых понятий ("предупреждение, лечение и контроль"). По этой причине право на здоровье плохо подходит для непосредственного применения и поэтому в Европе до сих пор - за исключением крайнего случая полного бездействия государства - это право не подлежит защите в судебном порядке на внутригосударственном уровне. В отличие от этого,

²⁹ EGMR, *Brincat u.a. v. Malta*, Nr. 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 u. 62338/11 Fifth Section, 24.7.2014, Rn. 79-80; IAGMR, *Ximenes-Lopes v. Brasilien*, 4.7.2006, Rn. 89 и сл.

³⁰ 30 EGMR, *G.N. u.a. v. Italien*, Second section, Urteil (Begründetheit), Nr. 43134/05, v. 1.12.2009, Rn. 79 и сл.

³¹ 31 EGMR, *Hristozov u.a. v. Bulgarien*, 47039/11 u. 358/12, 4. Sektion, 13.11.2012, Rn. 106.

³² Ebd.

³³ UN Menschenrechtsausschuss, Allgemeine Bemerkung Nr. 36 (CCPR /C/CG/36) v. 3.9.2019; Rn. 26.

³⁴ К вопросу о вытекающих отсюда правовых обязательствах см. Комитет по экономическим, социальным и культурным правам (КЭСКП), Замечание общего порядка Nr. 14 v. 11.8.2000 (E/C.12/2000/4), в частности пункты 16 и 43 lit. f): Обязанности по созданию экстренных медицинских систем на случай эпидемий, обязанность по созданию государственного плана действий в области здравоохранения и борьбы с эпидемиями на основе эпидемиологических знаний для защиты всего населения.

суды государств Латинской Америки применяют это право непосредственно.³⁵

Предположительно был также нарушен общий международно-правовой запрет причинения вреда (*Schädigungsverbot, No harm principle*). Этот нормативный принцип был разработан в начале XX века для трансграничных загрязнений вредными веществами. В историческом прецеденте по делу *Trail Smelter*³⁶ заинтересованные государства (Канада и США) договорились о создании арбитражного суда. Арбитражный суд установил, что Канада нарушила принцип «*No harm*» в результате того, что она не приняла меры по локализации сероводородсодержащего дыма от труб завода по переработке свинцовых руд, и присудил США возмещение экологического ущерба (гибель деревьев и повреждение почвы в результате «кислых дождей») на общую сумму в 428 000 долларов США. Прочно устоявшийся на сегодняшний день принцип *No harm* может быть в принципе применен к распространению вирусных возбудителей.³⁷

Однако этот принцип весьма трудно поддается операционализации. Причинение материального ущерба в результате пандемии в юридическом смысле вряд ли может быть установлено в условиях такой комплексной ситуации. Альтернативный подход ориентируется на нарушение процессуальных обязанностей, независимых от конкретного результата (в частности, обязанностей по поддержанию и обслуживанию инфраструктуры и обязанностей по выявлению и уведомлению о вспышке заболевания). Они не являются обязательством (в отношении) результата (*Ergebnispflichten*), а являются лишь обязательствами (в отношении) поведения (*Verhaltenspflichten*) или т.н. обязательствами *Due diligence*, т.е. обязательствами проявлять должную осмотрительность.³⁸ Контуры необходимой осмотрительности при отсутствии практики надлежащего мониторинга, которая позволяла бы постоянно уточнять и обрабатывать соответствующие стандарты, являются нечеткими и размытыми. В результате, оба варианта международно-правовых стандартов поведения (права человека и запрет причинения вреда) трудно использовать в качестве правила ответственности.

³⁵ По данному вопросу см. *Villarreal*, *Völkerrechtsblog*, 22.10.2018.

³⁶ Schiedsgericht, *Trail Smelter case (United States v. Canada)*, Schiedssprüche vom 16.4.1938 u. 11.3.1941, (Entschädigung), Reports of International Arbitral Awards Bd. 3, 1905 и далее.

³⁷ *Miller/Starshak*, JustSecurity, 31.3.2020.

³⁸ *Peters/Krieger/Kreuzer*, Cambridge ILJ 2020, 121 и далее.

б) Принятие избыточных ограничительных мер

Конкретные меры государств по борьбе с пандемиями при известных обстоятельствах могут нарушать обязательства по соблюдению определённых принципов, вытекающие из права ВТО и права ЕС, из прав человека и прав инвесторов. "Простые" нарушения международного права, возможно, заключались в том, что в марте 2020 года такие государства, как Германия, в одностороннем порядке закрыли свои границы, несмотря на то, что это категорически не рекомендовалось Генеральным директором ВОЗ.³⁹ Однако обсуждение законности этих мер вполне возможно. В отношении рекомендаций Генерального директора ВОЗ действует лишь, что они должны учитываться на основе принципа добросовестности и доверия (*Treu und Glauben*). Можно не без основания предположить, что одностороннее закрытие границ подпадали под действие положений ст. 43 ММСП.⁴⁰ То же самое относится и к обязательствам ЕС по обеспечению свободы перемещения лиц и товаров.⁴¹

Также и международное торговое право продемонстрировало своё действие и не было просто игнорировано. Так, члены Всемирной торговой организации (ВТО) сообщили о своих ограничениях на экспорт и запретах на вывоз медицинских материалов согласно предусмотренной схеме.⁴² На основании масштаба ГАТТ можно проверить, были ли эти ограничения на

³⁹ См. например, WHO, *Statement on the second meeting of the MMCP emergency committee regarding the outbreak of the 2019- nCoV* v. 30.1.2020: „The Committee does not recommend any travel or trade restriction based on the current information available.” [https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-\(2019-ncov\)](https://www.who.int/news/item/30-01-2020-statement-on-the-second-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-outbreak-of-novel-coronavirus-(2019-ncov)) (последнее посещение: 21.1.2021); WHO, *Updated WHO recommendations for international traffic in relation to COVID-19 outbreak* v. 29.2.2020; „WHO continues to advise against the application of travel or trade restrictions to countries experiencing COVID-19 outbreaks.” (<https://www.who.int/news-room/articles-detail/updated-who-recommendations-for-international-traffic-in-relation-to-covid-19-outbreak>, последнее посещение: 21.1.2021).

⁴⁰ Ст. 43 ММСП допускает «дополнительные медико-санитарные меры». Как предпосылки, прежде всего, необходимо, чтобы односторонние меры были научно обоснованными и пропорциональными. По вопросу о законности закрытия границ в начале года с учётом международно-правового принципа превенции см. *Foster*, EJIL: Talk! 20.6.2020.

⁴¹ Ст. 36 и 45 абз. 3 Договора о функционировании ЕС, ст. 25 и далее Schengener Grenzkodex (ABl. 2016 L 77, S. 1); ст. 27 и 29 Freizügigkeitsrichtlinie (RL 2004/28, ABl. 2004 L 229, S. 35); Ограничения в целях охраны общественного здоровья при заболеваниях с эпидемическим потенциалом.

⁴² См., например, уведомление ЕС о 30-дневном контроле экспорта масок, защитных очков и защитной одежды (WTO, Committee on Market Access, *Notification Pursuant to the Decision On Notification Procedures For Quantitative Restrictions (G/L/59/REV.1)*; G/MA/QR/N/EU/4/Add.2 (7.5.2020)).

экспорт необходимы для того, чтобы «предотвратить критическую ситуацию, которая могла возникнуть в результате нехватки (...) важных продуктов или других товаров» (ст. XI абз. 2 lit. a) ГАТТ)⁴³ или, если меры не соответствовали этим требованиям, были ли они в виде исключения допустимы для защиты жизни или здоровья людей (ст. XX lit. b) ГАТТ).

Эти ограничительные меры закрытия не обязательно являются просто националистическим рефлексом.⁴⁴ Скорее они следовали ключевой заповеди борьбы с пандемиями – изоляции «основной массы». Поэтому не только национальные государства, но и регионы и даже города на отдельных фазах закрывали свою территорию.

Вдобавок к этому, после первоначальной «избыточной» реакции меры были пересмотрены и подрегулированы. Например, в марте Германия полностью закрыла границы,⁴⁵ в результате чего семьи, живущие, например, в Германии и Швейцарии, не могли встречаться и собираться вместе. В результате право человека на семейную жизнь (ст. 17 МПГПП; Ст. 8 ЕКПЧ) было подвергнуто серьёзным ограничениям и в отдельных случаях возможно нарушено. Осенью вступили в силу новые правила, разрешавшие краткосрочное пребывание до 72 часов в зонах риска с целью посещения супругов или партнеров, не ведущих общего хозяйства.⁴⁶

В связи с пандемией некоторые государства, в частности Китай, с точки зрения либеральных демократий нарушили права человека в результате применения жёстких мер контроля, цензуры и ограничений личной свободы. Представляют ли эти меры действительно международно-противоправные деяния, зависит от соответствующих юридических

⁴³ Масштаб конкретизируется в т.н. QR decision (актуальная редакция: WTO, Committee on Market Access, *Notification Pursuant to the Decision On Notification Procedures For Quantitative Restrictions (G/L/59/REV.1)*; G/MA/QR/N/EU/4/Add.1. (28.9.2018). Siehe in der Rspr. WTO, *China– Measures related to the exportation of various raw materials* (AB-2011-5, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R), 30.1.2012.

⁴⁴ Более критически см. *Hartwig*, ZaöRV 2020, 281 (285).

⁴⁵ Компетенция по установлению запретов и ограничений на поездки и передвижение в соответствии с § 32 Закона о профилактике и борьбе с инфекционными заболеваниями в соединении с §§ 28 I, 28a I Nr. 11 данного закона принадлежит федеральным землям. Для земли Баден-Вюртемберг см. § 3a Распоряжение Земельного Правительства о мерах по инфекционной защите против распространения вируса SARS-Cov-2 (Corona-Verordnung), 17.3.2020 (изменённая редакция от 22.3.2020), GBl. 2020, 136 (BW).

⁴⁶ Распоряжение [баден-вюртембергского] Министерства социального обеспечения о карантинных мерах для уезжающих и приезжающих лиц в целях борьбы с коронавирусом SARS-CoV-2 (Corona-Verordnung Einreise-Quarantäne) от 6.11.2020 (в силе с 8.11.2020), GBl. 2020, 1032 (BW).

обязанностей, которыми связано данное государство. Например, Китай только подписал МПГПП, но не ратифицировал его, поэтому он не связан конкретными нормами Пакта, а лишь лежащими в его основе нормами обычного права.

Многие государства объявили режим чрезвычайного положения, что позволяло временно приостановить действие гарантий прав человека на этот период.⁴⁷ В той мере, в какой соблюдены формальные и материальные предпосылки введения чрезвычайного положения в соответствии с нормами соглашений по правам человека и, в частности, принцип пропорциональности, государства были правомочны тем самым снять с себя ответственность за ограничения, например, свободы митингов и собраний или свободы передвижения, а также за введение в разумных пределах комендантского часа и мер карантина. Право на жизнь, однако, не подлежит ограничениям даже в условиях чрезвычайного положения, и действие соответствующих гарантий не может быть приостановлено даже в этот период.⁴⁸ В остальных заявлениях о чрезвычайном положении во многих странах, за исключением Латинской Америки, были отменены после первой волны пандемии.⁴⁹

Предварительные данные показывают, что международное право на уровне применения функционировало скорее плохо, чем хорошо, впрочем, как и обычно. Существующие международно-правовые первичные и вторичные нормы в принципе оказались эффективными:⁵⁰ они были нарушены некоторыми субъектами «только» в конкретных индивидуальных случаях.⁵¹ В результате могут отсюда возникнуть отдельные судебные разбирательства, которые, однако, не ставят под угрозу международно-правовые основы как таковые.

⁴⁷ По состоянию на 2021: 12 объявлений режима чрезвычайного положения согласно ст. 4 МПГПП; 3 согласно ст. 15 ЕКПЧ; 15 согласно ст. 27 АКПЧ. См. также OHCHR, *Emergency Measures and COVID-19: Guidance* (27.4.2020); Human Rights Committee, *Statement on derogations from the Covenant in connection with the COVID-19 pandemic* v. 30.4.2020 (UN Doc. CCPR/C/128/2).

⁴⁸ Ст. 4 МПГПП; ст. 15 ЕКПЧ; ст. 27 АКПЧ.

⁴⁹ В апреле 2020 года 10 стран ЕКПЧ объявили чрезвычайное положение, а в январе 2021 года - только три. Аналогичным образом, число стран, объявивших чрезвычайное положение согласно МПГПП, сократилось с 21 до 12.

⁵⁰ Другая оценка, сделанная специалистом по международному праву в сфере здравоохранения, заключается в том, что пандемия оставила бы подход ММСП «в руинах» в редакции 2005 года (*Fidler, Chinese Journal of International Law* 2020, 207 (212)).

⁵¹ Более скептическое отношение см. *Hartwig* (сноска 44), 281, где указывается на «неспособность» и несостоятельность ВОЗ и Совета Безопасности ООН в этом отношении.

2. Санкции

Мы видели, что международное право устанавливает материальные масштабы поведения, которые обеспечивали большую или меньшую степень регулирования и управляемости. Безусловно, международное право едва ли позволяет привлекать правонарушителей к юридической ответственности.⁵² Всеохватывающая или даже обязательная международная юрисдикция отсутствует, национальные суды не могут рассматривать жалобы против других государств, и прочие санкции едва ли имеются в распоряжении. Таким образом, против возможных нарушений общего запрета на причинение вреда, прав человека и международных норм в области здравоохранения в результате отсутствия в более половине государств т.н. *обеспечения готовности (preparedness)*, а также в результате дезинформации и сокрытия информации некоторыми акторами фактически не могут быть применены юридические санкции.

Судебные иски государств в Международный Суд не допускаются ввиду отсутствия надлежащей нормы о компетенции.⁵³ Теоретически возможным было бы разбирательство в третейском суде. В этом случае возможным было бы присуждение судом компенсации в виде возмещения ущерба от пандемии. Однако это потребовало бы согласия государства-ответчика на соответствующую процедуру. Поскольку ни одно государство в рамках ММСП до сих пор не делало подобного заявления, вероятность применения этой процедуры невысока.⁵⁴

Члены ВОЗ сталкивались с трудностями уже в достижении согласия относительно элементарного установления фактов. В мае 2020 года Всемирная ассамблея здравоохранения, пленарный орган ВОЗ, организовала специальную *панель*, Независимую комиссию по оценке готовности к пандемии и эффективности ответных мер, деятельность которой фокусировалась не только на вспышке пандемии в Китае. Мандат Комиссии был сформулирован достаточно широко и нейтрально и был

⁵² По данному вопросу более подробно см. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Die Corona-Pandemie im Lichte des Völkerrechts (Teil 1): Zum rechtlichen Rahmen für Schadensersatzklagen gegen die Volksrepublik China (WD 2 - 3000 - 037/20) v. 5.5.2020.

⁵³ *Tzeng*, EJIL: Talk!, 2.4.2020; *Shuai*, China Global Television Network (CGTN), 8.4.2020.

⁵⁴ Ст. 56 абз. 3 ММСП предусматривает арбитражное разбирательство в соответствии с правилами Постоянного арбитража для споров о толковании и применении ММСП (после соответствующего заявления государства о согласии на данную процедуру).

направлен на «беспристрастную, независимую и всеобъемлющую оценку, включая использование, при необходимости, существующих механизмов для обзора накопленного опыта и уроков, извлеченных из скоординированных ВОЗ международных мер в области здравоохранения в целях противодействия COVID-19.⁵⁵ Результаты должны быть представлены в мае 2021 года. Поскольку Китай сначала бойкотировал приезд членов Комиссии, большим вопросом остается, насколько содержательным может получиться этот доклад.

Подача исков об ответственности государства в суд другого государства, такие как например групповые иски, поданные против Китая в США, является малоперспективным предприятием ввиду противодействующего принципа иммунитета неприкосновенности государства.⁵⁶ В принципе они должны были бы с самого начала быть отклонены как недопустимые. В целом, пандемия проиллюстрировала привычные дефициты международного права в области обеспечения наступления ответственности.

V. Отражение недостатков международного права

Таким образом, кризис подчеркивает структурные слабости международного права и его институтов. В отношении некоторых важных транснациональных проблем не имеется применимых правовых предписаний. Например, не существует международно-правовых обязательств передавать генетические пробы, а правила о справедливом доступе к медицинскому обслуживанию существуют только в рудиментарных формах.⁵⁷

Международные медико-санитарные правила (ММСП), заслуживающие здесь особого рассмотрения, являются сравнительно необычным вторичным международным правом, поскольку они формально являются *юридически обязательными* (*rechtsverbindlich*). Они были приняты единогласно на 58-й сессии ВОЗ в мае 2005 года без единой оговорки или отказа (заявления об ограничениях) государства, которые теоретически

⁵⁵ WHO, WHA, Doc. 73.1. (сноска 7), Pn. 10. См. также <https://theindependentpanel.org/about-the-independent-panel/> (последнее посещение: 21.1.2021). В январе 2021 года Комиссия опубликовала второй *Interim Progress Report* (для представления Исполнительному совету, WHO Doc. EB 148/19).

⁵⁶ *Keitner*, Just Security, 8.4.2020.

⁵⁷ *Fidler* (сноска 50), 212.

была бы возможны согласно ст. 21. lit. a) и ст. 22 Устава ВОЗ.⁵⁸ Таким образом, 15 июня 2007 г. Они вступили в силу для всех 194 государств-членов ВТО.⁵⁹

Однако формальный юридически обязательный статус по ряду причин не приводит автоматически к более эффективному регулятивно-нормативному и направляющему действию. ММСП имеют ограниченную по содержанию сферу применения, они содержат множество неопределенных правовых терминов,⁶⁰ и они предоставляют ВОЗ только рекомендательные полномочия. Они обязывают государства-члены ВОЗ наращивать свой собственный потенциал в области контроля и борьбы с пандемиями, осуществлять постоянный контроль за ситуацией и обмениваться информацией с ВОЗ и другими государствами. Однако ВОЗ имеет только полномочия информировать и выносить рекомендации. Национальная политика в области здравоохранения по-прежнему подчиняется правилу суверенитета государств (ст. 3 абз. 4 ММСП).

В остальном же ВОЗ страдает от типичных дефектов международных организаций. Она плохо оснащена для выполнения своих координационных задач и еще хуже для организации и направления реального сотрудничества.⁶¹ Как упоминалось выше, она не может предписать никаких обязательных мер. Кроме того, её возможности по надзору за соблюдением установленных правил и санкционированию правонарушений со стороны государств-членов незначительны. Созданная в контексте пандемии *Независимая комиссия по оценке готовности к пандемии и эффективности ответных мер* выразила это таким образом: "Всемирная организация здравоохранения была не в состоянии выполнить ожидаемую от нее работу" («The World Health Organization has been underpowered to do the job expected of it.»).⁶²

Кроме того, ВТО, как и другие международные организации, в финансовом плане зависит от государств-членов. Так, США вносят 24% от фиксированных обязательных взносов, размер которых для государств-членов установлен в соответствии с их национальным валовым

⁵⁸ Resolution WHA 58.3. (Fifty Eight World Health Assembly, Geneva 16.-25.5.2005, Verbatim Records of Plenary Meetings and List of Participants, WHA/58/2005/REC/2, 2006).

⁵⁹ Обязательность и, следовательно, сила, аналогичная действию договора, вытекает, в частности, из ст. 66 абз. 3 ММСП, согласно которой ММСП должны были быть зарегистрированы в ООН в соответствии со ст. 102 Устава ООН.

⁶⁰ См., например, ст. 2; ст. 12 абз. 4 lit. e); ст. 15 абз. 2 ММСП.

⁶¹ *Benvenuti*, AJIL 2020, 588 и далее.

⁶² WHO Independent Panel for Pandemic Preparedness and Response (см. сноска 55), Second Report on Progress, zur Vorlage an das WHO Executive Board, Januar 2021, 7.

продуктом.⁶³ Однако в настоящее время обязательные взносы составляют лишь 17% от общего бюджета ВОЗ. Из-за нехватки финансов ВОЗ постоянно ищет и находит дополнительные, в том числе и частные источники финансирования (*voluntary contributions*).⁶⁴ Из всех международных организаций ВОЗ при создании структур *государственно-частных партнёрств* (ГЧП), по всей видимости, идёт наиболее далеко.⁶⁵ После первого неудачного эксперимента с «Многосторонним Всемирным форумом по вопросам здравоохранения»,⁶⁶ предпринятого ВОЗ под тогдашним председательством Китая, в мае 2020 года Организация предприняла новую попытку в виде создания *Фонда поддержки ВОЗ*, который ещё должен доказать свои функциональные возможности.⁶⁷ Сотрудничество с частными акторами, такими как *Фонд Билла и Мелинды Гейтс*, но также с фармацевтическими концернами, не лишено рисков.⁶⁸ Это может привести к непрозрачности и конфликтам интересов. И то, и другое может поставить под сомнение подотчетность и, следовательно, легитимность ВОЗ.

Более того, следует отметить, что нередко государства изощёренным образом делают международные организации «козлами отпущения», и ВОЗ не является в этом смысле исключением. Если что-то пошло не так, то упреки и обвинения адресуются ВОЗ, несмотря на то, что она не обладала достаточными полномочиями и причина ошибки, по общему правилу, заключалась в действиях государств-членов или их представителей. Одним из примеров является недавняя блокировка доклада ВОЗ о недостатках борьбы с пандемией в северной Италии. Этот доклад уже через день после его публикации в мае 2020 года был удалён из сети по инициативе заместителя Генерального директора ВОЗ, который является гражданином

⁶³ Новый президент США незамедлительно аннулировал инициированный президентом США Трампом выход: Notice of Withdrawal v. 6.07.2020 (Depositary Notification C.N.302.2020.TREATIES-IX.1 des UN GS v. 14.7.2020; Rücknahme am 20.1.2021 (Depositary Notification N.11.2021.TREATIES-IX.1 v. 21.2.2021).

⁶⁴ О рисках добровольных пожертвований и взносов *Daugirdas/Burci*, IOLR 2019, 299 и далее.

⁶⁵ См. *Framework of Engagement with Non-State Actors (FENSA)*, WHA/RES/69.10, WHA69/2016/REC/1, 69th session, 8th plenary meeting, 28.5.2016.

⁶⁶ WHO DG The Future of Financing for WHO: World Health Organization Reforms for a Healthy Future, WHO Doc. A64/4 v. 5.5.2011.

⁶⁷ Правовой основой является Affiliation Agreement between the World Health Organization and the Foundation in Support of the World Health Organization, 27.5.2020. Hierzu *Aust/Feihle*, EJIL: Talk!, 14.10.2020.

⁶⁸ К вопросу о ГЧП в международном праве в области здравоохранения: *Kaltenborn/Reit-Born*, AVR 2019, 53 и далее.

Италии.⁶⁹ Пикантным в этой истории является то, что в предшествующий период прохождения им службы в итальянском здравоохранении этот чиновник ВОЗ отвечал за вопросы создания инфраструктуры по борьбе с пандемиями. Кроме того, незадолго перед публикацией доклада Италия добровольно выплатила ВОЗ сумму в размере 10 млн. евро.⁷⁰

В результате в этом кризисе полностью проявились структурные проблемы международного права. Неопределенность соответствующих норм является более ярко выраженной в международном праве, чем в национальном праве, поскольку нормативные акты часто являются результатом политических компромиссов и, следовательно, несут в себе отпечаток так называемой *конструктивной неопределённости (constructive ambiguity)*. В отсутствие централизованных институтов правоприменения придания практике правоприменения большей определённости и чёткости нередко не происходит. Часто проявляется кадровая и финансовая зависимость ВОЗ от её государств-членов и сопутствующие ей конфликты интересов.

Три классических фактора, влияющих на исполнения норм (репутация, репрессалии и взаимность), как всегда, привели к ограничениям в их действии. Принцип взаимности не действует в полном объёме в сферах, связанных с защитой индивидуальных правовых ценностей.

Экономические санкции в отношении экономически сильных государств оказывают скорее обратное воздействие, нанося вред самим принимающим их государствам, что сдерживает государства от применения репрессалий. И лишь только забота о репутации имеет большое значение. Так, Китай щедро поставяет вакцину многим экономически слабым государствам. Другие стимулы к соблюдению международного права, такие как долгосрочная собственная заинтересованность в стабильной нормативной основе для международного сотрудничества, очевидно, слишком слабы, чтобы обеспечить полное соответствие и соблюдение установленных требований.

⁶⁹ 102-страничный оригинальный доклад под названием «Italy's First Response to Covid-19» был удален через день после публикации на сайте 13.5.2020 и с тех пор более не публиковался.

⁷⁰ <https://www.theguardian.com/world/2020/dec/11/who-accused-conspiring-italy-remove-damning-covid-report>, <https://www.ctvnews.ca/health/coronavirus/i-couldn-t-be-silent-un-whistleblower-on-who-italy-report-1.5240839>, <https://www.n-tv.de/politik/Haben-WHO-und-Italien-etwas-verschwiegen-article22229835.html> u.a.

VI. Пандемия и фундаментальная критика международного права

Пандемия дает повод для фундаментальной критики международного права. Распространение болезни является следствием безжалостной эксплуатации природы, в частности диких животных, людьми. Трудности систем здравоохранения многих государств вызваны отчасти демонтажем этих систем под давлением условий кредитования, диктуемых международными финансовыми институтами. Эта мысль подпитывает жёсткую критику якобы "неолиберального" международного права и призывы к радикальному обновлению этого правового порядка.⁷¹

Первая излюбленная цель – право охраны инвестиций. В связи с пандемией выдвигаются требования объявления моратория на судебные иски по защите инвестиций.⁷² Поводом служит опасение, что локдауны и аналогичные меры, принимаемые против пандемии *Sogopa*, которые неизбежно наносят ущерб не только местным предпринимателям, но и иностранным инвесторам, могут быть обжалованы в судах государств их происхождения.⁷³ Соглашения о защите инвестиций, как правило, содержат, однако, специальные пункты, освобождающие сторону договора от ответственности в условиях чрезвычайных ситуаций, схожие с аналогичными пунктами в ГАТТ.⁷⁴ Устанавливаемые государством ограничения экономической деятельности инвесторов, если они являются пропорциональными и недискриминационными, а также не являются произвольными и принимаются добросовестно, по общему правилу покрываются такими договорными оговорками об исключениях с учётом преобладающего общественного интереса гостевого государства.⁷⁵ В

⁷¹ *Quintana/Uriburu*, *American Journal of International Law* 2020, 687 и далее.

⁷² *Call for ISDS Moratorium During Covid-19 Crisis and Response v. 6.5.2020* (Columbia Center on Sustainable Investment, Joint Center of Columbia Law School and The Earth Institute, Columbia University).

⁷³ Но «угроза» арбитражных исков, похоже, не была озвучена инвесторами, а является шагом во внутриполитической борьбе вокруг мер противодействия вирусу. Например, правительство Перу предупредило, что отказ от взимания дорожной пошлины за проезд по автострате может привести к искам инвесторов (<https://latinlawyer.com/article/1225491/peru-warned-of-potential-icsid-claims-over-covid-19-measures>, последнее посещение: 21.1.2021). Юридическая фирма также проинформировала своих клиентов о возможных инвестиционных претензиях к принимающим государствам (*Shearman & Sterling, Covid-19 & International Investment Protection*, 14.4.2020).

⁷⁴ Сноска 42 и сл.

⁷⁵ См., например, ст. 3 абз 2 германского Типового договора 2008 года. Ст. 12 абз. 8 нидерландского Типового договора 2019 года ясно разрешает меры в целях защиты общественного здоровья в гостевом государстве.

крайнем случае допустимой является также ссылка на чрезвычайное положение и вместе с тем освобождение от ответственности государства по данному основанию.⁷⁶ Эта механика была уже опробована в своё время в ситуации аргентинского финансового кризиса, и в этой связи она была очень ограничительно интерпретирована и применена третейскими инстанциями.⁷⁷ Но она остаётся, в принципе, как опция.

Второе фундаментальное противоречие имеет отношение к международно-правовой охране патентных прав. Владельцы патентов могут запретить другим лицам пользоваться запатентованным продуктом, что может помешать производству генериков. Однако, самое позднее начиная с эпидемии СПИДа/ВИЧ в 1980-х годах, конфликт интересов между государствами местонахождения ведущих фармацевтических фирм и странами глобального Юга, между защитой собственности и доступом к жизненно важным лекарствам, стал центральным полем битвы.

Ст. 31 Соглашения о ТРИПС 1994 года позволяет членам ТРИПС при соблюдении жёстких условий разрешать другим производителям изготовлять, использовать и продавать медикаменты без согласия владельца патента. Члены ТРИПС могут свободно определять, при каких предпосылках они предпринимают принудительное лицензирование фармацевтических патентов.⁷⁸ До этого они в принципе должны с владельцем патента провести переговоры о лицензии.⁷⁹ В случае "чрезвычайной ситуации на национальном уровне или других обстоятельств чрезвычайной необходимости или в случаях публичного некоммерческого использования" они могут, тем не менее, воздержаться от таких переговоров.⁸⁰ До 2017 года, однако, большой проблемой было, что неавторизованное правообладателем использование может осуществляться только "в первую очередь для обеспечения потребностей внутреннего рынка члена, дающего разрешение на такое использование" (ст. 31 lit. f) ТРИПС). Таким образом, это требование помогало только тем государствам, которые обладают собственными производственными мощностями. Предписания ст. 31*bis* ТРИПС, действующей с 2017 года,

⁷⁶ Ст. 25 Проекта статей Комиссии международного права об ответственности государств за международно-противоправные действия, принята Генеральной Ассамблеей ООН 12.12.2001 г. Резолюцией A/RES/56/83.

⁷⁷ Третейский Суд ICSID, *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, „Annulment Proceeding“, решение от 25.9.2007, Case No. ARB/01/8, Rn. 130-134.

⁷⁸ Пункт 5 lit a) Дохинской декларации по Соглашению ТРИПС и общественному здравоохранению от 14.11.2001 (WT/MIN(01)/DEC/2 v. 20.11.2001).

⁷⁹ Ст. 31 lit. b) ТРИПС.

⁸⁰ Ст. 31 lit. b) ТРИПС. Государства-члены могут самостоятельно устанавливать, когда существует такая чрезвычайная ситуация, сюда относятся и эпидемии. (Пункт 5c) Дохинской декларации (сноска 78).

призваны устранить этот недостаток для более бедных государств, поскольку данная статья теперь разрешает (при выполнении ряда других условий) экспорт лекарственных препаратов, произведенных с помощью принудительной лицензии.⁸¹ Тем не менее при этом продолжает действовать правило, что государства, осуществляющие принудительное лицензирование, должны предоставить патентообладателю надлежащее возмещение.⁸² Вопрос состоит в том, может ли ссылка на "жизненно важные интересы безопасности" (ст. 73 (b) (iii) ТРИПС) освободить более бедные страны от этой обязанности.

Во время пандемии многие государства согласно национальному законодательству патентно-правовые устранили барьеры, препятствовавшие доступу к лекарствам и вакцинам против Covid-19.⁸³ Тем не менее, также и реформированная система ТРИПС как и раньше по-прежнему затрудняет такой доступ для населения стран глобального Юга.⁸⁴

Более радикальной стратегией было бы раскрытие данных и научных знаний и, тем самым объединение и обобществление интеллектуальной собственности в единый "пул". Соответствующий призыв к созданию механизма доступа к технологиям по COVID-19 (*Technology Access Pool (C-TAP)*), с инициативой которого выступили Коста-Рика и 36 других государства, был поддержан ВОЗ.⁸⁵ Требование передачи технологий является постоянной проблемой глобального Юга. В случае с Covid-19 государства, в которых находятся высокопроизводительные фармацевтические компании, уклонились от этой возможности.⁸⁶

Третья принципиальная проблема - это фрагментация международного права. Некоторые области международного права развиты значительно сильнее других, благодаря наличию в них более плотного нормирования и инструментов урегулирования споров. Фундаментальная критика состоит в том, что "области-аутсайдеры" и установленные здесь правовые режимы перекрываются "областями-лидерами", в частности, международным

⁸¹ WTO General Council, решение от 6.12.2005 (WT/L/641), в силе с 23.1.2017.

⁸² Ст. 31 lit. h) и ст. 31bis абз. 2 ТРИПС.

⁸³ Syam, Intellectual Property, Innovation and Access to Health Products for COVID-19: A Review of Measures Taken by Different Countries, South Centre, Policy Brief No 80 (2020).

⁸⁴ *Grosse Ruse-Khan*, Access to Covid-19 Treatment and International Intellectual Property Protection – Part I: Patent protection, voluntary access and compulsory licensing, EJIL: Talk!, 15.4.2020, Teile I und II; Kolawole Oke, Is the National Security Exception in the TRIPS Agreement a Realistic Option in Confronting COVID-19?, EJIL: Talk!, 6.8.2020.

⁸⁵ <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/global-research-on-novel-coronavirus-2019-ncov/covid-19-technology-access-pool> (последнее посещение: 21.1.2021).

⁸⁶ *Perehudoff/Sellin*, Health and Human Rights Journal, 4.6.2020.

торговым правом и правом защиты инвестиций.⁸⁷ Международное право в области здравоохранения является в этом смысле "*аутсайдером*". Обеспечение интересов свободной торговли непосредственно закреплено как цель Международных медико-санитарных правил (ММСП).⁸⁸ Таким образом, существует риск того, что проблемы общественного здравоохранения окажется заведомо отодвинутыми на задний план.

Тем не менее в целях охраны здоровья государства могли отклоняться от выполнения своих обязательств по либерализации, без того, чтобы статус этого общественного интереса как просто исключения из правила либерализации чрезмерно усложнял эти отклонения. Кроме того, подход, основанный на правах человека, смог быть реализован и без эффективного международного имплементационного механизма. До сих пор в ходе пандемии конфликты между различными правовыми режимами, установленными в отдельных областях международного права, могли преодолеваться благодаря нормативным текстам, которые взаимно отсылают друг к другу, и т.н. конформному толкованию (*Konformauslegung*).⁸⁹ Международные институты и учреждения преодолели заикленность "узкоспециального мышления" („*Silo-Denken*“). Коллизии правовых режимов не были действительно реальной проблемой в пандемии.

В результате пандемия пролила свет на фатальную роль международного права и его вклад в упрочение и усугубление существующей глобальной несправедливости. Некоторые нормативные комплексы международного права «воспроизводят» неравные условия жизни. Таким образом, международное право не лучше и не хуже других правовых областей. Кроме того, отдельные нормы международного права противодействуют несправедливости и неравенству. И, в конечном счете, нельзя переоценивать силу права как фактора (системы) управления. Пандемическая ситуация до сих пор не придала международному праву принципиально новой нормативной силы.

⁸⁷ Koskeniemi, в: Young (Hrsg.), *Regime Interaction in International Law: Facing Fragmentation*, 2012, 235 и далее.

⁸⁸ Предписания ММБС требуют, чтобы временные рекомендации Генерального директора «избегали ненужного вмешательства в международные перевозки» и чтобы они «не создают больших ограничений для международных перевозок и торговли (...), чем доступные на разумных основаниях альтернативы, обеспечивающие надлежащий уровень охраны здоровья» (ст. 15 абз. 1 и ст. 17 абз. 1 lit. d) ММСП 2005).

⁸⁹ Peters, *International Journal of Constitutional Law* 2017, 671 и далее.

VII. Катализатор развития международного права

Тем не менее, последствия пандемии диктуют необходимость изменения международного права. Окажется ли это давление достаточно сильным, чтобы стать катализатором развития международного права? Мыслимы в этом отношении как открытое, прямое реформирование (принятие новых или изменение прежних договоров либо вторичного права ВОЗ или даже создание новых учреждений), так и скрытые, постепенные смещения и адаптации. В прошлом реформы международного права вызывались, прежде всего, войнами и глубокими экономическими или финансовыми кризисами. Они нередко порождали достаточную политическую волю для принятия мер, которые должны были предотвратить повторение подобных катастроф. Эпидемия атипичной пневмонии SARS 2003 года также привела к тщательному пересмотру ММСП. Внесённые изменения существенно укрепили правовые рамки Правил. Тем не менее, новые полномочия ВОЗ были одновременно перераспределены в целях сохранения суверенитета государств-членов ВОЗ. Это было сделано в ответ на активную политику ВОЗ в отношении мер противодействия эпидемии SARS, которая проводила жёсткий «*shaming and blaming*», издавала директивы и направляла своих экспертов в заинтересованные азиатские государства, в частности, в Китай.⁹⁰ Новая редакция ММСП во многих своих положениях обязует ВОЗ привлекать государство, на территории которого находится очаг инфекции: Организация должна консультироваться с данным государством-участником и получать его согласие на проведение расследований на местах.⁹¹ Симметрично этому, ВОЗ, как правило, должна раскрывать свои неправительственные источники информации.⁹² Таким образом «информаторы» (*Whistleblower*) не могут рассчитывать на полную защиту.

Тем не менее обращение к негосударственным источникам информации и до вступления в силу ММСП 2005 года не допускалось без согласия заинтересованного государства.⁹³ В свою очередь, в ММСП 1969 года (в ее третьей редакции 1983 года) также не была предусмотрена и возможность объявления режима «чрезвычайной ситуации в области общественного здравоохранения, имеющей международное значение». ВОЗ могла только

⁹⁰ Fidler, SARS, Governance and the Globalisation of Diseases, 2004, 107; Kamradt-Scott, IOLR 2019, 242 (о смягчении ММСП 255 и сл.); Benvenisti (сноска 61), 594-597.

⁹¹ Ст. 9; 10 Abs.4; ст. 12 абз. 2 ММСП.

⁹² Ст. 10 абз. 4 в соединении со ст. 9 абз. 1 ММСП.

⁹³ Fidler, SARS (сноска 90), 64 и сл. Для публикации информации из негосударственных источников в ММСП 1969/1983 не содержались никакие предписания, вероятно, потому, что их использование не было предусмотрено.

расследовать инцидент, причём лишь *с согласия заинтересованного государства*.⁹⁴ Это означает, что один из последних глубоких кризисов в области здравоохранения, атипичная пневмония SARS, привёл лишь к более чем скромному прогрессу международного права. Тогда реформа была реализована только через два года после вспышки эпидемии и вступила в силу через четыре года после этого (в 2007 году).

В настоящее время представляется маловероятным, что Covid-19 вызовет новую официальную ревизию международного законодательства в области здравоохранения. «Промежуточный Доклад о прогрессе» (Interim Progress Report), представленный Независимой Комиссией в январе 2021 года, отражает позицию, в соответствии с которой не требуется никаких правовых изменений, но необходимо улучшить имплементацию ММСП, в частности, средствами национального законодательства, для чего должны быть освобождены необходимые политические и финансовые ресурсы.⁹⁵

Тем не менее, намечается «мягкое» развитие неписаного международного права и некоторых основополагающих принципов, которые намного более богаты нюансами и менее поддаются измерению. Так, более востребованным, чем когда-либо, становится право человека на здоровье. Кроме того, все большее осознание находит идея о единстве и неделимости всех прав человека.⁹⁶

Более того, на первый план вышел и, как представляется, большее признание среди западных государств получил принцип международной солидарности, который до сих пор пропагандировался в основном странами глобального Юга и Китая. Обе резолюции Генеральной Ассамблеи ООН основаны на нём,⁹⁷ к нему часто апеллирует и ВОЗ.⁹⁸ Платформа распределения вакцин COVAX с её сложной системой контрактов и финансовых инструментов, которая всего за несколько месяцев была создана практически на голом месте,⁹⁹ в значительной степени основана на идее глобальной солидарности в сфере здравоохранения и может рассматриваться как его операционализация.

⁹⁴ Ст. 11 абз. 3 ММСП 1969/1983.

⁹⁵ Сноска 55.

⁹⁶ См. выше, сноска 19.

⁹⁷ Признавая также, что глобальная пандемия COVID-19 требует глобального реагирования на основе единства, *солидарности* и многостороннего сотрудничества, [...]“ (UN GA Res. 74/270 и Res. 74/274; выделение автора статьи).

⁹⁸ WHO, WHA, Doc. 73.1. (сноска 7): „Призывает в духе единства и солидарности активизировать сотрудничество и взаимодействие на всех уровнях в целях сдерживания и контроля пандемии COVID-19 и смягчения ее последствий.

⁹⁹ v. Bogdandy/Villarreal, The Role of International Law (сноска 22).

Юридическая содержание принципа солидарности,¹⁰⁰ который некоторые наблюдатели уже прежде квалифицировали как «эмергентный структурный принцип международного правопорядка»,¹⁰¹ скорее всего, будет ещё более усиливаться в условиях данной практики.¹⁰²

Своё отражение в правовых текстах находит концепция "Один мир одно здоровье" («One Health»). Эта концепция предполагает, что здоровье людей, животных и всей биосферы зависит друг от друга и поэтому может быть обеспечено только как единое целое. Недавняя публикация Программы ООН по окружающей среде (ЮНЕП) определяет этот подход как «совместные междисциплинарные усилия в целях достижения оптимального здоровья людей, животных и окружающей среды» ("the collaborative effort across multiple disciplines to attain optimal health for people, animals and the environment").¹⁰³ Ассамблея ВОЗ призвала Генерального Директора ВОЗ осуществлять подход «One Health» в борьбе против Covid-19 и к продолжению тесного сотрудничества с офисами Международной Организации Здоровья Животных (ОИЕ) и Продовольственной и сельскохозяйственной организации ООН (ФАО) с тем, чтобы идентифицировать зоонозное происхождение вируса и, таким образом, начать целенаправленное вмешательство и исследования.¹⁰⁴ Необходимое в связи с этим комплексное видение должно не только преодолевать границы видов, но и учитывать измерение Север-Юг, как ясно показывает текущий кризис.¹⁰⁵

Кроме того, обусловленные пандемией изменения в жизненном мире влияют на другие подбласти международного права. Меры по борьбе с пандемией (прежде всего прямые платежи экономическим компаниям)

¹⁰⁰ «Солидарность» упоминается в различных международно-правовых текстах, в том числе в документах «мягкого» права. См. из недавних документов Совета по правам человека: Проект декларации о праве на международную солидарность и Доклад Независимого эксперта по вопросу о правах человека и международной солидарности (UN Doc. A/HRC/35/35) v. 25.4.2017.

¹⁰¹ Wolfrum, в: Dupuy u.a. (Hrsg.), *Common Values in International Law: Essays in Honour of Christian Tomuschat*, 2006, 1087 и далее.

¹⁰² Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages: *Die Corona-Pandemie im Lichte des Völkerrechts (Teil 2), Völkerrechtliche Pflichten der Staaten und die Rolle der Weltgesundheitsorganisation (WD 2 - 3000 - 038/20)* v. 2.8.2020, 52 и сл.

¹⁰³ United Nations Environment Programme (UNEP) and International Livestock Research Institute (lead author Delia Grace Randolph), *Preventing the Next Pandemic: Zoonotic diseases and how to break the chain of transmission* (Nairobi, Kenya 2020), 37.

¹⁰⁴ WHO, WHA Res. 73.1 (сноска 98), Rn. 9(6). В этом же смысле Независимая комиссия ВОЗ по оценке готовности к пандемии и эффективности ответных мер в январе 2021 года (сноска 62), 10.

¹⁰⁵ Peters, в: Mbengue/d'Aspremont (Hrsg.), *International Law and Crisis Narratives: After the Covid 19 Pandemic, 2021* (готовится к печати).

повсеместно привели к резкому росту государственного долга. По данным Всемирного валютного фонда, мировой государственный долг вырос в четыре раза по сравнению с 2019 годом; он составляет в среднем 120 % валового национального продукта.¹⁰⁶ Ожидаемая экономическая рецессия могла бы привести к усиленному протекционизму и обострить уже ранее существовавшую тенденцию. Эти изменения повлияют на функционирование международных торговых и финансовых режимов, режима, связанного с правом, касающимся субсидий, но не ясно, какие именно.

Важным косвенным следствием пандемии является импульс к дигитализации. Это в основном имеет положительное значение для сектора образования и трудовой жизни. Однако, в условиях пандемии, некоторые государства в неслыханных масштабах применяют новые методы контроля, которые, как можно предположить, будут использоваться дальше в целях слежки и дисциплинирования населения также и после того, как они ликвидируют угрозу заражения. Новые технические возможности и измененное отношение к контролю повлияют на текущие усилия по глобальному управлению Интернетом (*globale Internet Governance*), но и здесь мы не знаем, насколько интенсивно и в каком направлении.¹⁰⁷

VIII. Пост-пандемическое международное право

Прогрессирующее проникновение человека в естественную среду обитания приведет к появлению новых болезнетворных микроорганизмов, от которых у человека нет иммунитета. Межправительственная платформа биоразнообразия указывает на то, что млекопитающие и птицы являются носителями миллионов неизвестных вирусов, из которых, по оценкам, от 540.000 до 850.000 могут быть заразными для людей.¹⁰⁸ Опасность исходит не только от диких животных, но и от домашних животных, поскольку чрезмерное использование антибиотиков в промышленном животноводстве приводит к устойчивости животных и человека к антибиотикам. «Лансет»

¹⁰⁶ IMF Fiscal Monitor Oktober 2020, 5.

¹⁰⁷ По данному вопросу см. деятельность дискуссионной платформы Форума по Управлению Интернетом (*Internet Governance Forum*), созданного под эгидой ООН (<https://www.intgovforum.org/multilingual/>, последнее посещение: 21.1.2021).

¹⁰⁸ Межправительственная научно-политическая платформа по биоразнообразию и экосистемным услугам - IPBES, Workshop on Biodiversity and Pandemics, Workshop Report v. 29.10.2020 (нередактированная версия без экспертной оценки), 5.

(один из наиболее известных и авторитетных общих журналов по медицине – **прим. Дайджеста**) напоминает, что новые возбудители зоонозных инфекций появляются с возрастающей частотой. Не все зоонозные инфекции достигали размаха пандемий, но большинство пандемий (например, птичий грипп, свиной грипп и теперь Covid-19) имеют зоонозное происхождение. Возбудители зоонозных инфекций являются характерным признаком антропоцена.¹⁰⁹

Их пандемическое распространение, в свою очередь, является следствием нашей глобализованной жизненной ситуации. Это также означает, что болезнь может быть на постоянной основе преодолена только в том случае, если она оказывается взятой под контроль повсеместно. Все влиятельные международные институты подтверждают это: «Мы все затронуты этим» - заявил Генеральный Секретарь ООН.¹¹⁰ «Мы все знаем, что только вместе мы можем остановить распространение коронавируса во всем мире», - так охарактеризовала ситуацию Председатель Комиссии ЕС.¹¹¹ «Никто не в безопасности, пока все не объединится».¹¹²

При этом приоритетным уровнем регулирования остаются, принимая во внимание принцип subsidiarity, национальный и региональный. Но национальная конкуренция может дать в ситуации глобализованного мира положительный эффект только в том случае, если она встроена в систему правил. Это означает, что, хотя государства, международные организации, гражданское общество и экономические акторы могут и должны по отдельности пробовать найти решение, пандемия может быть преодолена только в рамках глобального коллективного действия.

Реакция правительств на эпидемию могла бы, не считая возможных простых, неквалифицированных нарушений, также полностью и фундаментально подорвать международное право. Закрытие границ, паническая закупка впрок вакцины и запрет на экспорт медицинских товаров могли бы достичь такой степени, что они стали бы фундаментальным отступлением от международных принципов

¹⁰⁹ Lancet editorial, „Zoonoses: beyond the human-animal-environment interface”, 396 (4.7.2020), 1. Независимая комиссия ВОЗ по оценке готовности к пандемии и эффективности ответных мер в январе 2021 года (сноска 62), 10.

¹¹⁰ Речь *Антониу Гутерриша*, Genf, 23.4.2020, We are all in this Together: Human Rights and COVID-19 Response and Recovery (<https://www.un.org/en/un-coronavirus-communications-team/we-are-all-together-human-rights-and-covid-19-response-and-recovery>, последнее посещение: 21.1.2021).

¹¹¹ Сообщение для прессы от 8.4.2020.

¹¹² Заместитель Генерального Секретаря ООН *Амина Мохаммед*, 3.8.2020, <https://www.un.org/development/desa/en/news/sustainable/no-one-is-safe-until-everyone-is.html> (последнее посещение: 21.1.2021).

солидарности и свободы торговли. Но этого не произошло. Односторонние меры по преимуществу покрывались исключительными оговорками и т.н. "вентильными статьями", предусмотренными самими международно-правовыми инструментами. Это не привело к системному ослаблению международного права.

В настоящий момент нет признаков того, что Согопа представляет собой кризис в подлинном смысле этого слова, поворотный момент к «новому» международному правовому порядку. Тем не менее, особенно в подобласти глобального права в сфере здравоохранения может возникнуть, как выразилась *Независимая комиссия по оценке готовности к пандемии и эффективности ответных мер*, такая "глобальная перезагрузка".¹¹³ "Комиссия считает, что пандемия COVID-19 должна стать катализатором фундаментальных и системных изменений... Необходимы новые глобальные рамки в целях поддержки политики предотвращения и защиты от пандемий".¹¹⁴

Кроме того, пандемия выявила существующие глобальные социальные проблемы, усилила их и, следовательно, стала катализатором поиска новых ответов. Она открыла возможность для направленных и масштабных институциональных изменений, изменив параметры публичной дискуссии и сместив или расширив спектр признаваемых возможными политических и правовых альтернатив.¹¹⁵

Нынешние тенденции, ускоренные кризисом, развиваются в разных направлениях. С одной стороны, больше полицейского надзорного государства, больше транспарентности и «вакцинонационализма»,¹¹⁶ но также, с другой стороны, больше глобальной солидарности, о чём свидетельствуют, в частности, глобальные усилия по разработке и распределению вакцины. В контексте таких антагонистических тенденций международное право, как и любое другое право, играет двойственную роль. Оно может способствовать или препятствовать здоровью, надежности и справедливости в мировых масштабах.¹¹⁷ То, что мы на этой основе сделаем - наша ответственность.

¹¹³ Независимая комиссия ВОЗ по оценке готовности к пандемии и эффективности ответных мер в январе 2021 года (Сноска 62), 8.

¹¹⁴ Ebd. 7.

¹¹⁵ См. *Habermas*, *Zur Verfassung Europas*, 2011, 100.

¹¹⁶ *Bollyky/Bown*, *Foreign Affairs* v. 27.7.2020; *Fidler*, *Science* v.14.8. 2020, Vol. 369, Heft 6505, 749; ВОЗ, Заявление Генерального директора ВОЗ от 18.8.2020 (<https://news.un.org/en/story/2020/08/1070422>, последнее посещение: 21.1.2021).

¹¹⁷ *Phelan* u.a., *The Lancet*, 7.9.2020, 800.