

Ядерное оружие: сложная проблема для Международного суда

JURA NON NOVIT CURIA?^{*}

Луиджи Кондорелли¹

1. Легко критиковать Консультативное заключение Международного суда от 8 июля 1996 г. «Законность угрозы ядерным оружием или его применения». Для этого не требуется никаких особых мыслительных усилий: достаточно только выбрать некоторые из многочисленных критических замечаний, зачастую весьма суровых, содержащихся в заявлениях и мнениях (особых или несопадающих особых), с которыми все 14 присутствовавших судей сочли нужным выступить, независимо от того, были они согласны в целом с постановляющей частью или голосовали против того или иного ее пункта.

Впрочем, действительно можно прийти в недоумение, изучая точки зрения, высказанные судьями по существу вопроса, заданного Генеральной Ассамблеей ООН, и сопоставляя эти точки зрения с тем названием, которое каждый из них дал документу с изложением своей позиции (заявление, особое мнение, несопадающее особое мнение), а также с тем, за что каждый из них голосовал. Действительно, в Консультативном заявлении есть чему удивляться, особенно это касается важнейшего пункта постановляющей части (пункт 2Е, абзац 2), в котором Суд заявляет, что он не может сказать, «(...) будут ли угроза ядерным оружием или его применение законными или незаконными в чрезвычайном случае самообороны, когда под угрозу поставлено само дальнейшее существование государства». Здесь следует сразу сказать, что, хотя эти слова, несомненно, можно трактовать по-разному, по крайней мере, одно очевидно, а именно, Суд — минимальным большинством — отказался осудить тезис, выдвигаемый ядерными государствами, согласно которому в подобном чрезвычайном случае ядерное оружие не является запрещенным с точки зрения права.

* Суд сам не знает законов? (*лат.*)

¹ Луиджи Кондорелли — профессор международного права юридического факультета Женевского университета, где он также преподает международное гуманитарное право. В настоящее время (1996–1997) занимает учрежденную Жаном Моне должность члена ученого совета Европейского института (Флоренция).

Статья написана на французском языке.

Однако если мы попытаемся понять, в силу каких именно причин судьи проголосовали за вышеупомянутый пункт, то с удивлением обнаружим, что это не просто разные причины, но и прямо друг другу противоречащие. Из семи судей, составивших большинство по данному пункту благодаря решающему голосу председателя Суда — Беджауи, Ши, Верещетин, Флайшхауэр, Херцег, Феррари Браво и Рандзева — трое последних на самом деле в большей или меньшей степени не одобряют вышеупомянутый отказ Суда осудить такой тезис и заявляют о своем несогласии с ним — определенном и четком или «со многими оговорками» — либо в Заявлении (Херцег¹, Феррари Браво²), либо в Особом мнении (Рандзева³). В то же время среди тех, кто проголосовал против, трое (Швебель, Гийом и Хиггинс), а также еще один судья (Ода⁴) высказались в основном в пользу вывода, который логически вытекает из высказанной Судом точки зрения, то есть в пользу того, что могут иметь место чрезвычайные случаи, при которых применение ядерного оружия нельзя рассматривать как незаконное. Однако трое из вышеуказанных судей (Швебель, Ода, Хиггинс) заявили о своем принципиальном согласии с заключением Суда в Несовпадающих особых мнениях, которые носят в значительной степени критический характер, тогда как четвертый судья (Гийом) сделал это в своем Особом мнении, где он упрекает Суд лишь в том, что тот открыто не заявил о том, что признано им неявно. Несовпадающие особые мнения трех других судей, проголосовавших против (Шахабуддин, Виранмантри, Корома), показывают, что они голосовали в силу диаметрально противоположных соображений, а именно, исходя из твердого убеждения, что угроза ядерным оружием или его применение всегда запрещены. Это убеждение, как видно, не так уж резко отличается от мнения, выраженного письменно (но не при голосовании) тремя из тех судей, которые голосовали так же, как и председатель Суда.

¹ «Основополагающие принципы международного гуманитарного права (...) категорически и недвусмысленно запрещают применение оружия массового уничтожения, в том числе ядерного оружия». См. Заявление судьи Херцега, абзац 2. (Здесь и далее в «Журнале» цитаты из Консультативного заявления Международного суда, а также заявлений, особых мнений и несовпадающих особых мнений судей даются в переводе на русский язык, выполненном ООН. — *Прим. ред.*)

² Позицию судьи Феррари Браво фактически очень трудно классифицировать. Сначала он высказывается следующим образом: «(...) Не существует точной и конкретной нормы, запрещающей ядерное оружие и делающей из этого запрещения все выводу»; данная точка зрения в своей основе, видимо, соответствует тому, как проголосовал этот судья. В то же время г-н Феррари Браво утверждает далее, что события «холодной войны» «...лишь помешали *pretворению в жизнь* запрещения (...)», в то время как запрещение как таковое («чистое» запрещение) сохранилось и дает свои плоды (...)» (с. 59 и 61 Заявления судьи Феррари Браво). Однако если запрещение — «чистое» или другое — существует, непонятно, почему применение оружия, подпадающее под это запрещение, нельзя рассматривать (без сомнения, «в чистом виде») как незаконное.

³ Судья Рандзева подчеркивает, с одной стороны, что «(...) не может быть никаких сомнений относительно юридической силы принципа незаконности в праве, регулирующем вооруженные конфликты», затем чуть ниже он указывает на причины, которые «(...) по моему мнению, лишают исключение „чрезвычайный случай самообороны“ логического и юридического обоснования». См. с. 75 и 77 Заявления судьи Рандзева.

⁴ Судья Ода был единственным, кто заявил, что Суд не должен был отвечать на вопрос, поставленный Генеральной Ассамблеей. В его Несовпадающем особом мнении можно, однако, ясно проследить его позицию по данному вопросу.

Короче говоря, зачастую совсем непросто понять, почему каждый проголосовал тем или иным образом и почему, отвечая на вопросы, в некоторых случаях странным образом раздробленные или объединенные друг с другом, они проголосовали так же, как их коллеги, придерживающиеся противоположных им точек зрения. Это в полной мере свидетельствует о тех трудностях, с которыми Суд столкнулся при решении данной проблемы (разумеется, юридической, но в первую очередь в высшей степени политической), которая, бесспорно, является самой острой в современную эпоху. Ввиду столь несовместимых позиций, отражающих мнение таких значительных групп международного сообщества, Суд наверняка осознавал, какую цену ему пришлось бы заплатить, если бы он принял ту или другую сторону. И поэтому Суд стал искать компромисс, который позволил бы ему выйти из тупика, не особо себя скомпрометировав. Отсюда решение прибегнуть к своего рода *non liquet*, которое является признанием, ввергающим в недоумение, когда его произносит судья, — что в отношении ядерного оружия Суд не считает себя способным определить, где именно проходит граница между законностью и незаконностью: коротко говоря, *jura non novit curia*¹.

Однако при более пристальном рассмотрении оказывается, что это совсем не компромисс и что *non liquet* является только кажущимся.

Компромисс же состоял в следующем. Суд попросили одобрить один из двух тезисов; согласно первому из них угроза ядерным оружием незаконна при любых обстоятельствах, а согласно второму — допустима в некоторых исключительных ситуациях. Суд не согласился ни с тем, ни с другим, сославшись на то, что состояние права и фактические данные не позволяют ему судить о том, какой из тезисов верен, а какой ошибочен. Это, несомненно, хитроумное решение, хотя и весьма разочаровывающее и неожиданное (ведь предполагается, что судья может «излагать действующие нормы права»!). Но разве не содержался в этой формулировке ответ на вопрос, является ли какая-либо из сторон правой или неправой? Действительно ли Суд одинаково дистанцировался от обеих

¹ Следует заметить, что, как мы увидим ниже, обосновывая неопределенность своего решения, Суд ссылается, с одной стороны, на недостаточность известных ему фактических данных, а с другой — на то, что он именуется (противопоставляя его «находящимися в его распоряжении материалами») «нынешним состоянием международного права в целом» (пункт 97 Заключения). Иначе говоря, Суд не только прикрывается недостаточностью материалов, находящихся в его распоряжении (пункты 94 и 95), он очень ясно дает понять, что не в состоянии определить свою позицию, поскольку считает, что юридические нормы, касающиеся этого вопроса, являются по сути неоднозначными и противоречивыми (пункты 95 и 96). Именно поэтому мы можем вполне обоснованно спросить, что же стало с принципом *jura novit curia*, смысл которого сам Суд формулирует следующим образом: «юридическая компетенция Суда предполагает знание права» (*Fisheries Jurisdiction Case, Judgment of 24 July 1974 г.*, ICJ Reports, p. 9, para. 17) В самом деле, совершенно бесспорно, что Суд «(...) излагает действующие нормы права и не занимается нормотворчеством» (как подчеркивается в пункте 18 рассматриваемого Консультативного заключения), причем «задача Суда состоит, скорее, в выполнении своей обычной судебной функции определения наличия или отсутствия правовых принципов и норм, применимых к угрозе ядерным оружием или его применению» (там же). Но если такова его «обычная судебная функция» и она должна выполняться на основе принципа *jura novit curia*, разве это не настоящая капитуляция — признать, что Суд не способен определить, какой правовой режим применим к данному виду деятельности, что законно или незаконно, разрешено или запрещено?

позиций, вызвав при этом всеобщее недовольство? Конечно же, нет! Разъясню свою позицию.

По моему мнению, тот факт, что Суд не принял решения, какие бы ни были на то причины, что ядерное оружие всегда запрещено, означает, что сторонники признания ядерного оружия незаконным потерпели полное поражение; они не добились от Суда того, чего хотели, а именно, заявления, что ядерные государства ни при каких обстоятельствах не имеют права применять оружие, которым они обладают. И наоборот, сам факт, что Суд не постановил, что угроза ядерным оружием или его применение запрещены при любых обстоятельствах, означает, что сторонники признания его законным — которыми, не будем забывать, в основном являются представителями стран, обладающих данным видом оружия, — в действительности выиграли: их заветное желание (чтобы политика ядерного сдерживания этих стран не была названа *hic et nunc* незаконной) было полностью удовлетворено.

То же самое относится к суждению *non liquet*. Тот, кто считает, будто Суд на самом деле не ответил на поставленный вопрос, обманут формой ответа. Разумеется, слова: «(...) Суд не может сделать окончательный вывод о том, будут ли угроза ядерным оружием или его применение законными или незаконными (...)» оставляют без ответа рассматриваемый вопрос, но лишь постольку, поскольку в нем идет речь строго о законности (или «допустимости», по выражению Генеральной Ассамблеи)¹. В то же время эти слова служат ответом — отрицательным — на вопрос, который мог быть сформулирован следующим образом: «Может ли Суд утверждать, что угроза ядерным оружием или его применение запрещены при любых обстоятельствах?»² Впрочем, международное общественное мнение не было обмануто: все знают, что ядерные державы выразили полное удовлетворение при чтении Консультативного заключения, тогда как среди сторонников незаконности ядерного оружия разочарование было более чем жестоким!³ При таких обстоятельствах, если взглянуть глубже, можно ли всерьез говорить о *non liquet*?

¹ Напомню, что вопрос сформулирован в резолюции 49/75 К Генеральной Ассамблеи ООН от 15 декабря 1994 г.: «*Допускает ли международное право при каких-либо обстоятельствах угрозу ядерным оружием или его применение?*» (курсив автора).

² В свете этих замечаний и того (исключительного) факта, что все 14 судей высказали свое личное мнение, я не могу побороть искушение представить себе чисто теоретически, основываясь на толковании мнения каждого из судей, каким мог бы быть результат, если бы на голосование был поставлен единственный вопрос: «Всегда ли запрещена угроза ядерным оружием или его применение, или может ли она не быть запрещена в чрезвычайном случае самообороны, когда под угрозу было бы поставлено само дальнейшее существование государства?» По моим расчетам, в пользу полного запрещения такого оружия было бы подано пять голосов (Рандзева, Херцег, Шахабуддин, Виранантри, Корора), может быть, шесть (Феррари Браво), а за запрещение «с оговорками» — восемь (Беджауи, Ши, Флайшхауэр, Верещетин, Швельбел, Ода, Гийом, Хиггинс), может быть, девять (Феррари Браво).

³ Следует напомнить в связи с этим о значении пункта 2F постановляющей части (и пунктов 98–103 Заключения), где Суд заявляет, что у государств есть реальное обязательство завершить переговоры, ведущие к ядерному разоружению. Значение этого обязательства и его правовые последствия неясны. Очевидно, что Суд отвечает тем самым на вопрос, который ему никто не задавал; однако, оставив в стороне формальные аспекты (идет ли речь о случае *ultra petita*? Применимо ли это понятие к консультативным процедурам?), можно задуматься — не стремился ли Суд несколько подсластить пилюлю, которую он прописал сторонникам незаконности ядерного оружия?

2. Должен признаться, что среди бесчисленных критических замечаний, которые судьи адресовали Суду (конечно, относительно *фактически* решенных Судом вопросов), самым впечатляющим и самым главным мне представляется одно высказывание судьи Шахабуддина. Он выражает удивление по поводу того, что Суд, признавая, с одной стороны, что ядерное оружие обладает разрушительной силой, которую нельзя ограничить ни в пространстве, ни во времени, и что оно обладает потенциалом для уничтожения всей цивилизации и всей экосистемы планеты (пункт 35 Заключения), с другой — основной акцент в своих рассуждениях (которые, как мы видели, завершаются отказом принять тезис о незаконности ядерного оружия при любых обстоятельствах) делает на «основополагающем праве каждого государства на дальнейшее существование и, таким образом, его праве на самооборону... когда под угрозу поставлено его дальнейшее существование» (пункт 96 Заключения). «В любом случае было бы странным, — отмечает Шахабуддин в своем замечательном, *весьма сдержанном* заявлении, — если бы всемирный суд счел себя вынужденным прийти в силу права к выводу, что какое-либо государство имеет законное право, пусть и при ограниченных обстоятельствах, уничтожить планету» (с. 193 Несовпадающего особого мнения судьи Шахабуддина).

Это действительно более чем «странно»: право, которое в первую очередь предназначено (как обычно учат) для того, чтобы сделать возможным сосуществование и сотрудничество членов общества, чье функционирование оно должно регулировать, — это право не имело бы никакого смысла, если бы оно признавало законным действие, приводящее к разрушению этого самого общества, разрешая какому-либо члену общества уничтожить *in radice* саму возможность сосуществования и сотрудничества. Здесь возникает вопрос, должно ли на самом деле право (и особенно международное право) быть логичным и последовательным; заслуживает ли фактически противоречивое право называться «правом». В общем курсе международного частного права, прочитанном в Гаагской академии в 1961 г., профессор Венглер поставил некоторые трудные вопросы, напомнив, что вплоть до недавнего времени в нескольких правовых системах дуэль запрещалась согласно уголовному праву, тогда как военное законодательство предусматривало жестокое наказание для офицера, отказавшегося драться на дуэли. Такой офицер считался обесчещенным и лишался своего звания, его могли даже выгнать с военной службы, но не могли посадить в тюрьму. В то же время офицер, принявший участие в дуэли, отправлялся в тюрьму, сохранив при этом свою честь.

В связи с этим я хочу сказать, что аргументы, основанные в первую очередь на логике (то есть полагающиеся на «логическую стройность системы» и поэтому строящиеся на «принципе непротиворечивости»), какими бы убедительными они ни были, с трудом можно назвать решающими и исчерпывающими, если им противопоставляются конкретные правовые нормы, имеющие противоположную направленность. Там, где подобные нормы существуют, тот факт, что при необходимости их приходится квалифицировать как нелогичные, вредные или безнравственные, что, разумеется, вполне может быть, позволяет бороться

с ними (то есть позволяет всеми доступными средствами бороться за их изменение или отмену), но не дает основания отрицать само их существование. В области права, так же как и в других сферах, отрицать нечто существующее в силу того, что оно дурно, всегда было бессмысленным занятием. Такой подход просто вводит в заблуждение.

Переходя от общих замечаний к центральной теме Консультативного заключения, следует, естественно, совершенно четко показать, что, впрочем, и делает Суд (пункт 2E, абзац 1, постановляющей части), что применение ядерного оружия прямо противоречило бы целому ряду важных принципов международного гуманитарного права. Однако это было бы недостаточным основанием для вывода о полном запрете законом применения такого оружия ввиду того, что весьма значительная группа государств (ядерные державы и государства, находящиеся под их «зонтиком» сдерживания) создала на глазах у всего мира устрашающие системы ядерного сдерживания и не только отказалась идти по пути достижения договоренности о запрещении этого конкретного вида оружия, но и последовательно и постоянно¹ сопротивлялась введению и укреплению какой-либо общей нормы международного права с таким конкретным содержанием (пункт 2B постановляющей части). Этот факт приобретает еще большее значение, поскольку многие другие государства по разным причинам и в силу разных обстоятельств в конце концов были вынуждены считаться с позицией ядерных держав².

В целом, если ситуация на самом деле такова, какой Суд ее нам представляет, неизбежен единственный вывод, что международный правопорядок исключительно противоречив, плох в своей основе и подлежит критике. Поэтому требуется приложить значительные усилия, чтобы основательно перестроить эту систему, приведя ее в соответствие с принципами гуманитарного права, которые должны безусловно и повсеместно соблюдаться. Утверждать, что право лучше, чем оно на самом деле есть, значит лишь позволять людям питать успокоительные иллюзии, и, как бывает всегда, когда люди находятся в заблуждении, это может иметь очень серьезные последствия: международные законодатели получили бы *одобрение*, которого они — и об этом надо говорить во весь голос — абсолютно не заслуживают.

3. Оставив на время обсуждаемую центральную тему, заметим, что Консультативное заключение 1996 г. Международного суда стало вторым — после решения по делу «Действия военного и полувоенного характера в Никарагуа

¹ На мой взгляд, вице-председатель Суда Швебель прав, подчеркивая (см. с. 86 его Несовпадающего особого мнения), что эта ситуация не имеет ничего общего с ситуацией «инакомыслящего, упорно придерживающегося своих взглядов», и речь идет о позиции и практике «(...) пяти ведущих держав мира, постоянных членов Совета Безопасности, в значительной мере поддерживаемых в течение почти 50 лет своими союзниками и другими государствами, укрывающимися под их «ядерными зонтиками»».

² Заметим, что принцип «*Lotus*», как представляется, не имеет особого отношения к данной дискуссии (как и принцип «инакомыслящего, упорно придерживающегося своих взглядов», упомянутый в предыдущем примечании). В самом деле, вопрос не в том, как следует понимать классическую аксиому «все, что не запрещено, разрешено»; реальная проблема заключается в том, может ли появиться норма международного права, которая была бы обязательной для значительных групп государств вопреки их воле?

и против Никарагуа» десятилетней давности (и не считая старого дела «Пролив Корфу» пятидесятилетней давности) — документом, сыгравшим важную роль в определении принципов *jus ad bellum* и *jus in bello* в отношении угрозы силой и ее применения. Утверждение, что вопросы, связанные с применением силы, не входят в «сферу действия» международного правосудия (Виралли), начинает серьезно оспариваться, особенно в связи с другими делами, рассматриваемыми сейчас Судом, в частности делами «Иран против Соединенных Штатов Америки» и «Босния против Сербии».

С точки зрения *jus ad bellum* (или, как предпочитает именовать его автор данной статьи, «права Нью-Йорка») Заключение Суда примечательно во многих отношениях.

Оно примечательно, во-первых, следующим: Суд — на основании того факта, что в принципах и положениях Устава Организации Объединенных Наций, имеющих отношение к запрещению угрозы силой и ее применения и к праву на самооборону, не упоминаются никакие конкретные виды оружия, — отмечает, что эти принципы и положения применяются ко всем случаям использования силы, какое бы оружие при этом ни использовалось. Следовательно, они применяются и к ядерному оружию (пункт 2С постановляющей части). Это значит, в частности, что использование этого оружия в целях самообороны подчиняется условиям необходимости и соразмерности. Ввиду общего заключения (или «отсутствия заключения») Суда данное обстоятельство приобретает особое значение благодаря строгим ограничениям, которые следуют из *jus ad bellum* в связи с тем, что применение «силы» в подобном случае представляло бы исключительную опасность и достигало бы исключительных масштабов. Проще говоря, требования необходимости и соразмерности таковы, что применение ядерного оружия в целях самообороны может предусматриваться только перед лицом столь же опасного нападения, которое нельзя нейтрализовать никакими иными средствами.

Заключение примечательно, во-вторых, и потому, что Суд правильно связывает угрозу силой с ее применением, указывая на то, что всякий раз, когда запрещено применять силу, запрещено также угрожать той же самой силой (пункты 47 и 48 Заключения). Иначе говоря, ядерное сдерживание¹ может быть законным только в тех сценариях, в которых применение ядерного оружия в целях самообороны не было бы запрещено.

Наконец, и в особенности, Заключение примечательно тем, что оно дает Суду возможность выразить свое желание увидеть право Нью-Йорка скоординированным с правом Женевы в такой степени, чтобы первое как бы включало в себя второе. Так, в пунктах 39 и 42 Заключения (а также в пункте 2D постановляющей части) Суд подчеркивает, что условиями, позволяющими считать применение силы в целях самообороны соответствующим международному праву, являются не только те, которые в явной или неявной форме предусматриваются Уставом ООН. Оружие, запрещенное правом вооруженных конфликтов, или

¹ Под этим следует понимать как фактическое обладание ядерным оружием, так и выраженное намерение использовать его в той или иной ситуации.

применение силы, не соответствующее требованиям международного гуманитарного права, не приобретают законность вследствие того, что преследуемая цель законна с точки зрения Устава ООН. Впервые ключевой принцип, согласно которому международное гуманитарное право должно одинаково соблюдаться всеми сторонами конфликта, независимо от *causa belli* (то есть независимо от того, является ли война *bellum justum* или *injustum* в соответствии с правом Нью-Йорка), получил ясное юридическое выражение. Однако, к величайшему сожалению, может показаться, что этому в некоторой степени противоречат завершающие утверждения Заключения, о чем речь пойдет ниже.

4. Все, кого интересует право вооруженных конфликтов, должны быть все же удовлетворены тем, что данная отрасль международного права (на которую многие юристы так часто смотрят с пренебрежением, а то и с подозрением) стала объектом столь пристального внимания Суда и отдельных его судей. И здесь мы тоже оставим в стороне центральную тему, обсуждавшуюся вначале, и обратим внимание на некоторые наиболее важные соображения. На мой взгляд (учитывая, что можно провести более углубленный анализ вопроса, но не в данной статье), есть четыре соображения, которые заслуживают упоминания.

Первое соображение связано с тем фактом, что свод международного гуманитарного права, содержащийся в важнейших конвенциях, кодифицирующих его, представляет собой в основном общее и обычное международное право. Так, говоря о «множестве норм гуманитарного права», Суд отмечает (пункт 79 Заключения), что эти нормы «должны соблюдаться всеми государствами, независимо от того, ратифицировали они конвенции, содержащие данные нормы, или нет»¹. И далее (пункт 82) Суд говорит о «своде норм договорного права, подавляющее большинство которых уже стали нормами обычного права»² к тому времени, когда они были кодифицированы. Такова точка зрения, которую надо иметь в виду в данной, очень актуальной, дискуссии об обычном гуманитарном праве. В частности, Международный Комитет Красного Креста (которому международное сообщество, как известно, поручило рассмотреть обычаи, существующие в данной сфере) должен увидеть в этом важный обнадеживающий знак: установлено весьма широкое соответствие между кодифицированным правом и правом общим, в том числе это касается Дополнительного протокола I от 1977 г. (пункт 84 Заключения).

Второе соображение: вышеупомянутые основополагающие нормы гуманитарного права Суд называет «незыблемыми принципами международного обычного права» (пункт 79)³. Этот новый термин не столь уж ясен, но вряд ли Суд хотел просто заявить — как можно было бы предположить, если это слово понять буквально, — что данные принципы не должны нарушаться. Ведь это справедливо для любой правовой нормы, содержащей какое-либо обязательство! Торжественный тон фразы и ее построение говорят о том, что Суд хотел выказаться гораздо решительнее и весомее — несомненно, он хотел приблизить

¹ Курсив автора.

² Курсив автора.

³ Курсив автора.

основополагающие нормы, которые были охарактеризованы вышеуказанным образом, к *jus cogens*; приблизить, но не сделать их частью *jus cogens*, поскольку Суд прямо говорит ниже (пункт 83), что не считает, что он должен решать, являются ли эти нормы императивными. Впрочем, этот вопрос по разным причинам представляется спорным¹. Таким образом, под словом «незыблемый» Суд не подразумевает «императивный», но подразумевает нечто близкое, как дает понять председатель Суда Беджауи в пункте 21 своего заявления. Возможно, по крайней мере как я это понимаю, существовало намерение подчеркнуть основополагающее понятие, воплощенное в статье 1, общей для четырех Женевских конвенций 1949 г. (и повторенное в статье 1, пункт 1, Протокола I от 1977 г.), согласно которому нет таких оправдывающих обстоятельств, ссылаясь на которые могла бы придать законный характер действиям, противоречащим рассматриваемым принципам². Иными словами, в данном конкретном случае нельзя сослаться на обстоятельства, делающие действия законными, которые учитываются другими отраслями международного правопорядка (например, согласие жертвы, самооборона, ответные меры или необходимость).

Третье соображение: угроза ядерным оружием или его применение должны быть совместимы с требованиями не только *jus ad bellum*, но и *jus in bello*, и в частности гуманитарного права (пункт 2D постановляющей части). Это принцип, на котором Суд особенно настаивает (пункты 85–89 Заключения), должным образом подчеркивая, что никто, в том числе ядерные державы, не утверждал обратного перед Судом. Что же означает утверждение о применимости гуманитарного права к ядерному оружию, если благодаря уникальным характеристикам «применение такого оружия, как представляется, фактически вряд ли совместимо с соблюдением подобных требований»³? Как известно, именно на

¹ Действительно, если бы рассматриваемые принципы относились к *jus cogens*, то никакой договор не мог бы отменить их; в этом случае Суд не должен был бы отдавать приоритет обсуждению конвенционных норм, относящихся к ядерному оружию (что он сделал, прямо заявив об этом в пункте 74). Как бы то ни было, более чем очевидно, что одной из основных задач Суда должно было быть определение, являются ли соответствующие нормы гуманитарного права императивными или нет.

² См. по этому вопросу: L. Condorelli, L. Boisson de Chazournes. *Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances'*. — Swinarski (ed.). *Etudes et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge, en l'honneur de Jean Pictet*. Martinus Nijhoff Publishers—CICR, Genève—La Haye, 1984, p. 17 et suiv.

³ Суд, совершенно не исследуя подробно суть вопроса, признает это *de plano* в пункте 95 Заключения и в пункте 2E, абзац 1, постановляющей части, будучи совершенно (и справедливо!) убежденным в губительном по сути характере ядерного оружия и в невозможности ограничить его разрушительное действие в пространстве или во времени (пункт 35 Заключения). Однако именно этот промежуточный вывод, по мнению судьи Хиггинс, заслуживает серьезной критики. С ее точки зрения, Суду не следовало ограничиваться общими оценками и расплывчатыми формулировками, а надо было подробно изучить конкретные положения гуманитарного права, в частности те, в которых — если нападению подвергаются комбатанты (а не гражданское население) — именуется «излишними» страдания, причиняемые комбатантам, и «чрезмерным» побочный ущерб, наносимый гражданскому населению, не только с точки зрения абсолютных показателей (то есть в зависимости от масштабов этих страданий и этого ущерба), но и в зависимости от степени их соразмерности законным целям военной операции (например, отбросить агрессора) и ожидаемому военному преимуществу. Подобное исследование, без сомнения, привело бы Суд, в соответствии с рассматриваемым заключением, к выводу о том, что «на нынешней стадии развития вооружений существовать весьма ограниченные перспективы того, что государства в состоянии соблюдать требования гуманитарного права» в случае использования ядерного оружия (пункт 26 Несовпадающего особого мнения); однако

этом месте Суд прервал свои рассуждения и признался, что он не способен сделать определенный вывод относительно законности или незаконности ядерного оружия. По мнению Суда, тупиковая ситуация связана не только с неопределенностью фактических данных (может ли действительно существовать «чистое» ядерное оружие, имеющее «ограниченное» действие?), но и с неоднозначностью норм права. Очевидно, Суд имеет здесь в виду те конкретные правовые факты, о явном несоответствии которых основополагающим нормам гуманитарного права автор уже говорил.

По мнению Суда, таким образом, принципы гуманитарного права — несмотря на их «незыблемое» содержание, которое, «как представляется, (...) вряд ли совместимо» с вышеуказанными требованиями, — недостаточны для обоснования запрещения ядерного оружия в силу наличия других конкретных правовых норм (которые, в свою очередь, недостаточны для обоснования противоположного вывода). Однако все это не означает, что ядерное оружие как бы в виде исключения освобождает от обязанности учитывать гуманитарные требования. В этом состоит четвертое и последнее соображение, которое заслуживает упоминания. В самом деле, Суд с помощью гуманитарных императивов¹ пытается максимально ограничить количество ситуаций, в которых применение ядерного оружия *могло бы* не быть незаконным. Речь может идти только о ситуациях, когда имеет место «чрезвычайный случай самообороны, когда под угрозу поставлено само дальнейшее существование этого государства» (пункт 97 Заключения и пункт 2E, абзац 2, постановляющей части). Рассуждения Суда строятся на том, что он назвал «основополагающим правом всякого государства на дальнейшее существование». Это право, о котором ничего не было известно в прошлом², но о котором наверняка будут много говорить в будущем. К сожалению, Суд не дал определения этого права и никак не обозначил сферу его действия.

5. Нужно обязательно попытаться дать точное определение этому «праву на дальнейшее существование», которому Суд, похоже, придает небывалую силу, позволяющую сделать *возможным* (если не *вероятным*) узаконивание ядерного оружия, невзирая на то, что ввиду колоссальной разрушающей силы этого оружия его применение «в целом противоречило бы (...) принципам и нормам гуманитарного права» (пункт 2E, абзац 1, постановляющей части). Именно данный подход служит источником самого серьезного беспокойства по поводу того, что определенная трактовка положений Заключения Суда может привести к губительным для гуманитарного права последствиям.

такую возможность нельзя исключать полностью и *a priori*. Ясно, что это была попытка «совместить несовместимое»: гуманитарное право и ядерное оружие. Смелая, хотя и совершенно безнадежная попытка, если ядерное оружие обладает характеристиками и действием, описанными Судом. По моему мнению и в соответствии с приведенными выше причинами, лучше было бы осудить то очевидное противоречие, которое обнаруживается по этому вопросу в рамках самого международного правопорядка.

¹ Вместе с принципами *jus ad bellum*, относящимися к самообороне, ограничивающий эффект которых, в основном из-за требования соразмерности, уже отмечался.

² Что подчеркивает судья Рандзева в Особом мнении, с. 75.

Сами по себе намерения Суда были, конечно, весьма похвальными. Он хотел сделать предельно жесткими критерии оценки ситуаций, при которых применение ядерного оружия могло бы не быть запрещено. Не считая для себя возможным заявить, что такое запрещение носит абсолютный характер, Суд дает понять, что это запрещение, вероятно, относится не только к ситуации в высшей степени чрезвычайной. Но именно по поводу такой ситуации неудержимо возникают крайне щекотливые вопросы, на которые наталкивает чтение Заключения. Если, например, «право на дальнейшее существование» может служить оправданием применения самого страшного и бесчеловечного оружия из числа существующих, то почему бы этому праву с еще большим на то основанием не служить оправданием для менее серьезных нарушений гуманитарного права, в особенности со стороны государства, находящегося в смертельной опасности и не имеющего возможности избежать этой опасности с помощью ядерного оружия? С учетом всех соображений следует ли признать, что в «чрезвычайном случае самообороны» *jus ad bellum* освобождает — хотя бы в некоторой степени — от обязательства соблюдать *jus in bello*, что является вопиющим противоречием основополагающей норме гуманитарного права, согласно которой *jus in bello* должно соблюдаться при любых обстоятельствах, какой бы ни была *causa belli*? Не предоставляется ли всякому преступному государству возможность обелить допущенные им нарушения гуманитарного права, используя в качестве аргумента свое «право на дальнейшее существование»?

С этой точки зрения, в Консультативном заключении (и особенно в его постановляющей части, пункт 2E, абзац 2), как представляется, чрезвычайно много упущений, недостатков и внушающих беспокойство моментов. Вместо того чтобы делать «право на дальнейшее существование» ключевым фактором в попытке оправдать свою неспособность решить, является ли законным или незаконным ядерное оружие, Суду следовало бы указать, что его рассуждения базируются преимущественно — если не исключительно — на конкретных правовых нормах, касающихся именно этого оружия и позволяющих, в случае необходимости, действовать в режиме исключения. Действительно, признание возможности существования *lex specialis* в отношении только ядерного оружия — это, без всякого сомнения, менее опасно, чем признание за государствами «права на дальнейшее существование» вопреки принципам гуманитарного права.

К счастью (хотя это слабое утешение), тексту Заключения, особенно пункту 96, можно дать толкование, в значительной степени отличное от того, которое следует из содержания одной только постановляющей части. В соответствии с таким альтернативным вариантом толкования «право на дальнейшее существование» представляет собой, скорее, своего рода *ratio*, или причину, оправдывающую отступление от гуманитарного права в области ядерного оружия, а не подлинную правовую базу для него. Такая база могла бы быть создана на основании конкретных нормативных положений, о которых Суд говорит во втором абзаце вышеуказанного пункта, то есть, с одной стороны, «практики, известной как „политика сдерживания“, которой на протяжении многих лет

придерживалась значительная часть международного сообщества», а с другой — договорной практики в области ядерного оружия. Предупреждение, содержащееся в пункте 104 Заключения¹, существенно сглаживает негативные последствия умолчания, которым Суд неуклюже обходит эти проблемы в пункте 2Е постановляющей части.

¹ Суд указывает здесь, что его ответ на вопрос Генеральной Ассамблеи ООН «(...) опирается на совокупность правовых оснований, изложенных Судом выше (пункты 20–103)» и подчеркивает далее, что «некоторые из этих оснований не являются таковыми, чтобы стать объектом формальных выводов в последнем пункте текста Заключения; тем не менее, по мнению Суда, они сохраняют все свое значение».