

Международное гуманитарное право и Консультативное заключение Международного суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения

Луиза Досвальд-Бек¹

Введение

Для вынесения данного Консультативного заключения судьям Международного суда впервые пришлось сделать достаточно подробный анализ норм международного гуманитарного права. В других случаях, например, при рассмотрении дела «Никарагуа», столь пространного анализа никогда не делали. Поэтому Консультативное заключение представляет особый интерес, в нем содержатся важнейшие выводы относительно обычной природы ряда гуманитарных норм и интересные решения касательно истолкования этих норм и их взаимосвязи с другими нормами. Большинство судей выносили свое окончательное решение относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения, основываясь на телеологическом истолковании права, выбирая в качестве наивысшей ценности либо право на самооборону, либо выживание цивилизации и планеты в целом. К сожалению, за недостатком места прокомментировать этот весьма важный анализ первооснов гуманитарного права и его назначения в международном правопорядке не представляется возможным². Поэтому основное внимание в настоящем кратком комментарии будет уделено не Заклчению Суда относительно законности угрозы ядерным оружием, а различным мнениям, касающимся норм гуманитарного права. Ссылка на решение Суда относительно законности применения ядерного оружия будет делаться лишь с точки зрения того, какой вклад указанное решение внесло в истолкова-

¹ Луиза Досвальд-Бек, магистр прав (Лондон), является заместителем начальника юридического отдела МККК.

Статья написана на английском языке.

² Наиболее обширный анализ такого рода см.: Международный суд, «Законность угрозы ядерным оружием или его применения», Консультативное заключение от 8 июля 1996 г., Несовпадающее особое мнение судьи Виранттри.

ние данных норм. С этой целью ссылки будут делаться не только на Консультативное заключение как таковое (ниже именуемое «Заключение»), но также и на различные особые мнения и несопадающие особые мнения.

Определение международного гуманитарного права

Хотелось бы надеяться, что противоречия относительно точного значения этого термина наконец разрешены, поскольку в Заключении ясно сказано, что данная совокупность норм права содержит как нормы, относящиеся к ведению военных действий, так и нормы, предоставляющие защиту лицам, находящимся во власти противника¹. При этом Суд исходил из широко распространенного взгляда на развитие международного гуманитарного права, в соответствии с которым право, относящееся к ведению военных действий (так называемое Гагское право), начало формироваться в одном комплексе договоров, в то время как право, предоставляющее защиту жертвам (так называемое Женевское право), разрабатывалось отдельно в различных Женевских конвенциях, и эти две ветви соединились друг с другом в Дополнительных протоколах 1977 г., образовав тем самым единый свод норм права. По существу различия между Гагским правом и Женевским правом никогда на самом деле не было. При тщательном изучении Кодекса Либера 1862 г., документов Брюссельской конференции 1874 г. и первых изданий учебников становится ясно, что «законы и обычаи войны» той эпохи содержали нормы, в соответствии с которыми защита предоставлялась лицам, находящимся во власти противника, в частности, военнопленным и лицам, находящимся на оккупированной территории. И наоборот, в Женевских конвенциях содержатся положения, касающиеся некоторых аспектов ведения военных действий, в частности, запрещение нападать на санитарные формирования и персонал, а также на лиц, вышедших из строя по причине болезни или ранения (последнее представляет собой элемент обычной нормы пощады). Поэтому Дополнительные протоколы 1977 г. направлены были не на создание первого объединенного свода норм гуманитарного права, содержащего оба эти компонента, а скорее на устранение мнимого различия между ними, которое всегда было искусственным и ошибочным. «Международное гуманитарное право» — не более чем современный термин, обозначающий «право войны».

Обычная природа договоров гуманитарного права

Суд подтвердил обычный характер четвертой Гагской конвенции и Гагского положения 1907 г., Женевских конвенций 1949 г. и Конвенции о геноциде 1948 г., с одобрением отозвавшись о заявлении, сделанном в этом отношении в докладе Генерального секретаря ООН, подготовленном в соответствии с резолюцией 808 Совета Безопасности (1993 г.)², сославшись на число государств,

¹ Заключение, пункт 75.

² Там же, пункт 81.

присоединившихся к этим договорам, и на то, что статьи о денонсации, содержащиеся в них, никогда не применялись. Суд сделал вывод, что «эти нормы определяют нормальные действия и поведение, ожидаемые от государств»¹.

В отношении Дополнительного протокола I от 1977 г. Суд заявил, что «все государства связаны содержащимися в Дополнительном протоколе I нормами, которые, будучи принятыми, представляют собой всего лишь отражение ранее существовавших норм обычного права...»². В этом заявлении мало что указывает на обычный характер норм данного Протокола, помимо тех, конкретные комментарии к которым содержатся в других частях Заключения. Однако следует подчеркнуть, что договорные нормы могут стать обычными *после* принятия договора, и предполагается, что Суд не намеревался исключить такую возможность для некоторых положений Протокола.

Обычные нормы международного гуманитарного права

В Заключении перечисляется ряд главных принципов, содержащихся в текстах, «составляющих основу гуманитарного права», а именно: принцип различия целей, запрещение использовать оружие неизбирательного действия, запрещение причинять излишние страдания комбатантам, а также отсутствие у государств неограниченной свободы выбора применяемого оружия³.

Принцип различия целей

Суд подчеркнул, что этот принцип «направлен на защиту гражданского населения и гражданских объектов и устанавливает различие между комбатантами и некомбатантами»⁴.

Поскольку Заключение посвящено вопросу законности применения ядерного оружия, это утверждение рассматривалось только с точки зрения того, как оно может повлиять на применение конкретного вида оружия. Однако важен сам факт подтверждения Судом того, что этот принцип является одним из «главных принципов» гуманитарного права, ведь данное положение как часть договора содержится лишь в статье 48 Дополнительного протокола I. На этом принципе основаны многие нормы — от установления статуса комбатанта и некомбатанта до запрета вызывать голод среди гражданского населения.

Запрет на использование оружия неизбирательного действия

Эта норма, несомненно, имеет самое непосредственное отношение к рассматриваемому вопросу, кроме того, она никогда ранее не анализировалась подробно в Суде⁵. Ее связь с принципом соразмерности может легко привести к пу-

¹ Заключение, пункт 82.

² Там же, пункт 84.

³ Там же, пункт 78.

⁴ Там же.

⁵ Нападения с применением ядерного оружия анализировались судом с точки зрения международного права только один раз — при рассмотрении дела Симода (Токийский окружной суд, 1964 г.,

танице, поэтому необходимо приложить все усилия к тому, чтобы выяснить, как большинство судей истолковывают данную норму. Мало того, что Суд в целом признал эту норму обычной, судья Беджауи счел ее частью норм *jus cogens*¹, а судья Гийом заявил, что она имеет абсолютный характер². Суд включил эту норму в Заключение следующим образом:

«Государства никогда не должны избирать гражданских лиц в качестве объекта нападения и, следовательно, никогда не должны применять оружие, которое не дает возможности проводить различие между гражданскими и военными целями»³.

Суд, таким образом, приравнял применение оружия неизбирательного действия к преднамеренному нападению на гражданских лиц. Значение такого утверждения невозможно переоценить. Во-первых, важно то, что запрет на оружие неизбирательного действия был подтвержден в качестве обычной нормы, ведь единственная договорная формулировка, запрещающая неизбирательные нападения, содержится в Дополнительном протоколе I, который ратифицировали пока еще не все государства, и только в этом договоре имеется общее заявление о том, какие виды оружия не соответствуют данной норме. Во-вторых, если следовать логике Суда, запрещение подвергать преднамеренному нападению гражданских лиц, содержащееся в Протоколе II, автоматически означает, что оружие неизбирательного действия не должно использоваться в немеждународных вооруженных конфликтах, к которым применяется этот Протокол. В-третьих, это означает, что оружие любого вида может быть проверено на соответствие данным критериям, и если оно не соответствует им, то его применение должно быть запрещено, причем нет необходимости в том, чтобы существовал какой-либо особый договор или даже практика государств, которые запрещали бы использование этого конкретного вида оружия. Суд не заявил, что законность оружия в каком-либо конкретном случае зависит от мнения государств относительно того, соответствует ли данный вид оружия этой норме, он скорее дал понять, что Суд имеет право вынести такое решение сам.

Пока остается неясным, что именно Суд понимал под словами «не дает возможности проводить различие между гражданскими и военными целями». Очевидно, что само оружие, будучи неодушевленным предметом, неспособно проводить такое различие, ибо подобная операция невозможна без мыслительного процесса. Формулировка Дополнительного протокола I в этом плане более точна. Соответствующее положение излагается в подпунктах *b* и *c* пунк-

перепечатано в International Law Reports, vol. 32, 1966, p. 626). Краткое изложение и анализ судебного решения см.: R. Falk. The Shimoda Case: a Legal Appraisal of the Atomic Attacks upon Hiroshima and Nagasaki. AJIL, vol. 59, 1965, p. 759. Окружной суд не рассматривал вопрос об оружии неизбирательного действия как таковом, но все же проанализировал законность неизбирательной бомбардировки как метода ведения войны. Однако он сослался на право, применявшееся в то время, а в нем проводилось устаревшее различие между бомбардировкой обороняемых и необороняемых городов — понятие, имеющее реальный смысл лишь в отношении открытых городов.

¹ Заявление председателя Суда Беджауи, пункт 21.

² Особое мнение судьи Гийома, пункт 5.

³ Заключение, пункт 78.

та 4 статьи 51, где неизбирательные «методы или средства ведения военных действий» описываются следующим образом:

- «b) ...которые не могут быть направлены на конкретные военные объекты; или
- c) ...последствия которых не могут быть ограничены, как это требуется в соответствии с настоящим Протоколом; и которые, таким образом, в каждом случае поражают военные объекты и гражданских лиц или гражданские объекты без различия».

Насколько известно автору, это единственное договорное определение оружия «неизбирательного» действия.

Протокол предоставляет две возможности объявить данный вид оружия незаконным. Выражение, использованное в Заключении — «не дает возможности проводить различие между гражданскими и военными целями», — может относиться к любой из них или к обеим. Можно возразить, что ядерное оружие не нарушает первый критерий, то есть его можно нацелить на конкретный военный объект, если имеется в виду точность доставки оружия к цели. Представляется, что, по мнению трех судей, ядерное оружие не обязательно имеет неизбирательный характер, если учитывать только первый критерий. Из них только судья Хиггинс сделала попытку дать определение видам оружия, имеющим неизбирательный характер, в своем Несовпадающем особом мнении:

«...можно сделать вывод, что оружие будет незаконным *per se*, если его нельзя нацелить только на военный объект...»¹.

Применяя это положение к ядерному оружию, она сказала:

«Несмотря на уникальные и чрезвычайно разрушительные характеристики любого ядерного оружия, сам термин охватывает множество видов оружия, которые не являются монолитными во всех их аспектах. В той степени, в какой конкретное ядерное оружие не в состоянии провести соответствующее различие, его применение будет противоправным»².

Судья Гийом не внес значительных добавлений к определению, данному Судом, и не привел каких бы то ни было доводов в подтверждение того вывода о ядерном оружии, который он делает в своем Особом мнении:

«...обычное право содержит единственное абсолютное запрещение: запрещение применения так называемого «слепого» оружия, которое не дает возможности проводить различие между гражданскими и военными объектами. Но, по всей очевидности, ядерное оружие не обязательно входит в эту категорию»³.

¹ Несовпадающее особое мнение судьи Хиггинс, пункт 24.

² Там же.

³ Особое мнение судьи Гийома, пункт 5.

Третий судья, вице-председатель Суда Швებель, признал, что существуют определенные затруднения:

«Хотя нетрудно сделать вывод о том, что принципы международного гуманитарного права, прежде всего... принцип проведения различия между военными и гражданскими объектами, регламентируют применение ядерного оружия, из этого не следует, что такие принципы легко применить...»¹

Однако когда Швებель далее начинает рассуждать о различных видах применения и о том, какие из них могут быть законными, а какие незаконными, становится ясно, что и по его мнению ядерное оружие не является по своей природе неизбирательным.

Что касается второго критерия, который содержится в статье 51, пункт 4, то, согласно ему, тот или иной вид оружия является незаконным, если последствия его применения «не могут быть ограничены, как это требуется в соответствии с настоящим Протоколом», что, несомненно, означает, особенно в свете последнего предложения пункта, что в противном случае последствия применения такого оружия не нарушают принципа различения целей.

Что же под этим понимается? Предположить, что это другой критерий «неизбирательных нападений», можно из пункта 5 статьи 51, который в действительности легко понять как принцип соразмерности (подпункт *b*) и запрещение бомбометания по площади (подпункт *a*). И то, и другое, бесспорно, являются нормами обычного права. Использовать принцип соразмерности для определения неизбирательного характера какого-либо вида оружия затруднительно, однако возможно. Для этого необходимо заранее решить, будут ли при всяком применении этого вида оружия неизбежно иметь место жертвы среди гражданского населения и будет ли нанесен ущерб гражданским объектам, несоизмеримые со значимостью всякого военного объекта, который может быть подвергнут нападению с использованием этого оружия. Что же касается запрета на бомбометание по площади, то эту норму, как она сформулирована в данном Протоколе, также было бы трудно использовать в качестве критерия, поскольку формулировка пункта 5*a* статьи 51 предполагает намерение совершить нападение на несколько разных военных объектов в населенной местности, рассматривая их как единый объект. Из этого нельзя исходить, принимая решение о характере того или иного конкретного вида оружия, поскольку может планироваться применение этого вида оружия против одного военного объекта, расположенного вдали от центра сосредоточения гражданского населения.

Второе предположение, которому автор отдает предпочтение, состоит не в том, чтобы искать ответ в других частях статьи 51 Протокола, но в принятии решения, основывающегося на сути принципа различения целей. Этот принцип предполагает такой выбор целей и оружия для достижения конкретной цели, который был бы законным с точки зрения гуманитарного права и при котором принималось бы во внимание различие между гражданскими лицами и гражданскими объектами, с одной стороны, и комбатантами и военными

¹ Несовпадающее особое мнение вице-председателя Суда Швებеля, с. 93.

объектами — с другой. Для этого необходимо как планирование, так и достаточная степень предсказуемости последствий нападений. Ведь принцип соразмерности требует оценить ожидаемые результаты до начала нападения. Все это невозможно, если речь идет о виде оружия, последствия применения которого совершенно непредсказуемы, например потому, что они зависят от погодных условий. Предполагается, что второй показатель «неизбирательного характера» оружия должен распространяться на такие случаи, когда оружие даже при точном прицеливании и правильном функционировании может «начать жить своей жизнью» и без разбора поражать как комбатантов, так и гражданских лиц¹.

При рассмотрении оценки, сделанной в Заключении, а также оценок, вынесенных другими судьями, становится ясно, что при принятии решения о неизбирательном характере ядерного оружия Суд руководствовался своими выводами относительно природы этого оружия. На основании представленной ему обширной научной информации Суд пришел к следующему выводу, отраженному в Заключении:

«Применяя данное право к настоящему делу, Суд не может... не принять во внимание некоторые уникальные характеристики ядерного оружия...

...ядерное оружие представляет собой взрывные устройства, которые высвобождают энергию в результате синтеза или распада атома. *В силу своего характера* данный процесс... высвобождает не только огромное количество тепла и энергии, но и мощное и длительное радиоактивное излучение... Эти характеристики делают применение ядерного оружия потенциально катастрофическим по своим последствиям. Разрушительную мощь ядерного оружия *нельзя ограничить ни в пространстве, ни во времени*. Это оружие обладает потенциалом для уничтожения всей цивилизации и всей экосистемы планеты (курсив автора)...

Радиоактивное излучение, высвобожденное в результате ядерного взрыва, негативно сказалось бы на здоровье людей, сельском хозяйстве, природных ресурсах и демографических показателях на весьма обширной территории. Кроме того, применение ядерного оружия повлекло бы за собой серьезную опасность для будущих поколений. Ионизирующее излучение вполне может и в будущем причинять ущерб окружающей среде, продовольствию и морской экосистеме, а также вызывать генетические дефекты и болезни у грядущих поколений»².

В своем Заключении Суд оценил законность ядерного оружия следующим образом:

«Ввиду уникальных характеристик ядерного оружия, о которых Суд упоминал выше, применение такого оружия, как представляется, фактически

¹ Это никак не относится к пуле или ракете, которые не попали в назначенную цель, или к побочным эффектам бомбардировки. Данное определение «оружие неизбирательного характера», несомненно, распространяется на бактериологическое оружие и в целом на отравляющие газы.

² Заключение, пункт 35.

вряд ли совместимо с соблюдением подобных требований. Тем не менее Суд считает, что он не располагает достаточными материалами, позволяющими сделать однозначный вывод о том, что применение ядерного оружия обязательно шло бы вразрез с принципами и нормами права, применимого в период вооруженного конфликта, при любых обстоятельствах»¹.

Принимая во внимание тот факт, что в соответствии с заключением Суда «разрушительную мощь ядерного оружия нельзя ограничить ни в пространстве, ни во времени», второе предложение этого вывода выглядит несколько странно. Однако, как полагает автор, уместнее было бы считать, что эти два предложения выражают две разные точки зрения, а не одну мысль. Выше упоминалось о трех судьях, которые прямо или косвенно утверждали, что ядерное оружие по своей природе не обязательно является неизбирательным (однако двое из них заявили несопадающее особое мнение). Восемь судей (из которых трое заявили несопадающее особое мнение) утверждали, что применение любого вида ядерного оружия явилось бы нарушением норм гуманитарного права, основанием для такого утверждения послужило прежде всего то, что это оружие имеет чрезвычайно разрушительный характер и, в частности, порождает радиоактивное излучение, которое бесконтрольно и неизбирательно поражает как комбатантов, так и гражданских лиц. Особый интерес представляют приведенные ниже высказывания трех судей, проголосовавших за принятый текст Заключения.

Судья Флайшхауэр заявил: «Ядерное оружие во многом представляет собой отрицание соображений гуманности, лежащих в основе норм права, применимых в период вооруженного конфликта... Ядерное оружие не позволяет провести различие между гражданскими и военными объектами»².

По мнению председателя Суда Беджауи, «ядерное оружие по крайней мере при нынешнем состоянии науки — это оружие неизбирательного действия, не различающее комбатантов и некомбатантов... Ядерное — «слепое» — оружие дестабилизирует по своему характеру гуманитарное право, право на избирательность при применении оружия»³.

Судья Херцег пишет: «Основополагающие принципы международного гуманитарного права, справедливо подчеркнутые в мотивировочной части Консультативного заключения, категорически и недвусмысленно запрещают применение оружия массового уничтожения, в том числе ядерного оружия»⁴.

Если мы отвлечемся от причин, по которым Заключение получило свою настоящую формулировку, и будем исходить из заявлений самих судей, мы увидим, что, по мнению большинства, ядерное оружие имеет неизбирательную природу; это мнение основано не на соображениях возможной изначальной

¹ Заключение, пункт 95. Требования, о которых идет речь в данном предложении, состоят в запрещении методов и средств «ведения войны, которые не позволяют проводить различие между гражданскими и военными целями или результатом которых является причинение чрезмерных страданий комбатантам».

² Особое мнение судьи Флайшхауэра, пункт 2.

³ Заявление председателя Суда Беджауи, пункт 20.

⁴ Заявление судьи Херцега, с. 1, абзац 2.

точности прицеливания ядерного оружия, а на не поддающихся контролю последствиях его применения, в силу которых невозможно провести надлежащее различие между гражданскими лицами и гражданскими объектами, с одной стороны, и комбатантами и военными объектами — с другой. Как таковое данное истолкование будет полезно для оценки других видов оружия¹.

Принцип соразмерности

Это правило актуально лишь в том случае, если применяемое оружие разрешено правовыми нормами и цель, избранная для нанесения удара, является военным объектом с точки зрения международного гуманитарного права. Оно запрещает совершать нападение, если ожидаемые случайные жертвы будут чрезмерными по сравнению со значимостью военного объекта.

Как ни странно, в Заключении нет прямой ссылки на это правило, но некоторые судьи утверждают, что оно имеет обычный характер. Судьи Хиггинс, Швებель и Гийом основывались на этом принципе, делая вывод о том, что в некоторых случаях побочное воздействие ядерного оружия не будет чрезмерным. Но и судья Хиггинс, и судья Гийом очень строго ограничили такую возможность, заявив, что ущерб, причиняемый ядерным оружием, столь велик, что лишь при чрезвычайных обстоятельствах значимость военного объекта может быть достаточной для того, чтобы побочный ущерб не был чрезмерным. Однако они не привели конкретных примеров типов таких объектов, хотя судья Хиггинс говорит о требованиях к подобным обстоятельствам следующее:

«это „военное преимущество”, по сути, должно быть связано с самим выживанием государства или предотвращением причинения (в результате применения ядерного оружия или других видов оружия массового уничтожения) огромных и жестоких страданий собственному населению; и при условии, когда нет никакого иного способа уничтожить этот военный объект»².

Вице-председатель Швებель, с другой стороны, использовал часто приводимые примеры с армией в пустыне или подводной лодкой в океане, нападение на которые может не быть несоразмерным, поскольку от радиоактивного излучения в этом случае не пострадает много людей³. С другой стороны, он признал, что, хотя могут иметь место особые случаи, когда принцип соразмерности не будет нарушен, в большинстве случаев применение ядерного оружия не согласуется с нормами международного права⁴.

¹ Можно утверждать, что противопехотные мины являются неизбежными с точки зрения обоих критериев: с одной стороны, они не могут быть направлены на военные объекты, поскольку устанавливаются заранее, исходя из предположения о том, что в этом направлении могут пройти комбатанты; с другой стороны, последствия их применения часто бывают непредвиденными, особенно, если они перемещаются из мест установки под воздействием погодных условий.

² Несовпадающее особое мнение судьи Хиггинс, пункт 21.

³ Несовпадающее особое мнение вице-председателя Суда Швებеля, пункты 23 и 24.

⁴ Там же, пункт 25.

Другие судьи, однако, либо не упоминали принцип соразмерности, либо считали его не относящимся к рассматриваемому делу, поскольку полагали, что ядерное оружие является неизбежным по своей природе¹.

Запрет на применение оружия, вызывающего ненужные страдания или чрезмерный ущерб

Хотелось бы с удовлетворением отметить, что Суд назвал обычную норму, предоставляющую защиту комбатантам от некоторых видов оружия, одним из «главных принципов», так как за последние десятилетия международное сообщество в основном ограничивалось чисто формальным его подтверждением, сосредоточивая основное внимание на защите гражданских лиц. Автору прекрасно известно, какие усилия потребовались недавно для принятия запрета на ослепляющее лазерное оружие², и хочется выразить надежду, что этот новый договор и решение Суда восстановят значимость и действенность такой нормы.

Что же касается ее практического истолкования, то в Заключении говорится: «...соответственно запрещается применять оружие, наносящее им [комбатантам] такой вред или без пользы увеличивающее их страдания... то есть [запрещается причинение] вреда большего, чем тот, который неизбежен для достижения законных военных целей»³.

Как и в случае с принципом соразмерности, здесь необходимо провести оценку с учетом различных обстоятельств. Чтобы оправдать причинение таких страданий военнослужащим, судьи Хиггинс и Гийом ссылаются на те же крайние обстоятельства, на которые они ссылались в связи с вопросом о соразмерности случайных жертв среди гражданского населения и побочного ущерба, причиняемого гражданским объектам.

Однако в связи с таким подходом возникает затруднение в отличие от принципа соразмерности, норма, требующая не допускать ненужные страдания, предполагает общую оценку законности соответствующего вида оружия. Если оружие запрещено в соответствии с нормами права, оно не может применяться вообще. Теоретически такую оценку можно осуществить в отношении каждого случая применения, но это абсолютно нереалистично и никогда не делалось на практике. В теории еще не найдено решения относительно того, следует ли при оценке законности оружия исходить из его «нормального» предполагаемого назначения или из его любого мыслимого применения. На практике в прошлом конкретные виды оружия ставились под запрет на основании их обычного предполагаемого применения, поскольку, если настаивать на втором критерии, вероятность запрещения какого бы то ни было вида оружия будет чрезвычайно мала⁴. В качестве другого абсолютного критерия может быть использовано

¹ См., например, Несовпадающее особое мнение судьи Виранантри, с. 311, пункт xi.

² См., например, *Луиза Досвальд-Бек*. Новый протокол об ослепляющем лазерном оружии. МЖКК, № 10, май—июнь 1996.

³ Заключение, пункт 78.

⁴ Трудность здесь заключается в том, что норма об излишних страданиях означает следующее: для запрещения соответствующего вида оружия нет необходимости в договоре. Это удерживает государства, особенно те, которые разработали данный вид оружия, от заявления о его незаконности,

содержащееся в Санкт-Петербургской декларации 1868 г. утверждение, что оружие, обрекающее людей на неизбежную гибель, является чрезмерным по сравнению с военной необходимостью. Только судья Хиггинс упоминает об этом¹, но она не дает оценки ядерного оружия в соответствии с данным критерием.

В Заключении дана та же самая оценка, что была сделана для принципа различения целей, то есть говорится, что применение ядерного оружия «вряд ли совместимо» с этим принципом, но Суд не может сделать однозначного вывода для всех обстоятельств².

Большинство судей не проявили такой осторожности и дали общую оценку. Судья Флайшхауэр заявил, что такие «безмерные страдания» представляют собой «отрицание соображений гуманности, лежащих в основе норм права, применимых в период вооруженного конфликта»³. Председатель Суда Беджауи заявил, что такое оружие — это оружие, «причиняющее чрезмерные страдания»⁴, а судья Херцег заявил, что основополагающие принципы международного гуманитарного права запрещают применение ядерного оружия⁵. Судья Шахабуддин в своем Несовпадающем особом мнении признает, что необходимо установить равновесие между военной необходимостью и страданиями, причиняемыми комбатантам, — чем весомее военное преимущество, тем выше готовность терпеть более тяжкие страдания. Однако в некоторых случаях общественное сознание может считать, что никакое мыслимое военное преимущество не может оправдать страдания, причиняемые тем или иным видом оружия, как это было, например, с отравляющими газами, которые, по отдельным утверждениям, могут быть полезными с военной точки зрения. По мнению судьи Шахабуддина, этот принцип должен распространяться и на страдания гражданских лиц, причиняемые в результате нанесения побочного ущерба, который в других отношениях не является неправомерным, но даже если бы он ограничивался исключительно военнослужащими, Суд утверждал бы, что применение ядерного оружия нарушает эту норму⁶. Судья Корома, описав последствия применения атомного оружия в Хиросиме, Нагасаки и на Маршалловых островах, заявляет, что, поскольку воздействие радиации пагубнее, чем воздействие отравляющих газов, «в силу приведенных выше доводов Суд должен был неизбежно вынести заключение о том, что любое применение ядерного оружия является незаконным на основании международного права»⁷. Судья Виранантри высказался более решительно: «факты... более чем

но они могут охотно согласиться запретить какой-либо вид оружия исключительно на основании договора. Однако не может быть сомнения в том, что готовность согласиться на такой запрет продиктована тем, что нормальная с военной точки зрения полезность оружия не оправдывает его вредоносного воздействия.

¹ Несовпадающее особое мнение судьи Хиггинс, пункт 12.

² Заключение, пункт 95. См. выше, сноска 1 на с. 42.

³ Особое мнение судьи Флайшхауэра, пункт 2.

⁴ Заявление председателя Суда Беджауи, пункт 20.

⁵ См. выше, сноска 4 на с. 42.

⁶ Несовпадающее особое мнение судьи Шахабуддина, пункты 19–21.

⁷ Несовпадающее особое мнение судьи Корома. Токийский окружной суд при рассмотрении дела Симода признал, на основании тех же доводов, что применение атомных бомб нарушает данную норму — см. *Falk, op. cit.* (см. сноску 5 на с. 37.), p. 775.

достаточны для установления того, что ядерное оружие причиняет излишние страдания, намного превосходящие военные задачи»¹.

Запрещение применять отравляющие вещества

В Заключении Суда делается ссылка на Гаагскую декларацию 1899 г., статью 23а Гаагского положения 1899 г. и 1907 г. и Женевский протокол о запрещении применения газов, но затем заявляется, что действие указанных документов не распространяется на ядерное оружие, ибо, как показывает практика государств, эти договоры относятся к тем видам оружия, главным или даже единственным результатом применения которых является отравляющее или душающее воздействие.

На самом деле это не совсем точно, поскольку, согласно давно утвердившемуся общепринятому мнению, указанный запрет распространяется на отравленные стрелы и пули, хотя яд не является главным поражающим фактором данных видов оружия. Вызывает сожаление то, что Суд рассматривал запрещение применять отравляющие вещества исключительно в контексте договорного права. Если бы он рассмотрел указанный запрет также и в свете обычного права, он мог бы признать смысл этого обычного запрета, а именно то, что яд препятствует возможному выздоровлению раненых солдат. Это соображение, несомненно, относится к оценке ядерного оружия. Только судьи Виранантри² и Корома³ в своих Несовпадающих особых мнениях сделали вывод о том, что ядерное оружие незаконно, так как одним из главных видов его воздействия является отравление.

Оговорка Мартенса

Это положение договоров по международному гуманитарному праву имеет большое потенциальное значение, однако относительно его точного толкования существуют весьма различные мнения. Первоначально включенное в преамбулу четвертой Гаагской конвенции 1899 г. и 1907 г., оно было впоследствии введено в основной текст Дополнительного протокола I и в преамбулу Дополнительного протокола II. Оговорка Мартенса гласит, что если какая-либо норма не содержится в договорном праве, воюющие стороны «остаются под охраною и действием» обычного права, законов человечности и требований общественного сознания.

Ведутся споры относительно того, являются ли «законы человечности» и «требования общественного сознания» самостоятельными, юридически обязательными критериями, применяя которые можно дать правовую оценку какому-либо виду оружия или типу поведения, или же они представляют собой просто нравственные установки⁴. Поэтому большое значение имеет то обстоя-

¹ Несовпадающее особое мнение судьи Виранантри, с. 261.

² Несовпадающее особое мнение судьи Виранантри, с. 271–274.

³ Несовпадающее особое мнение судьи Корома, с. 331.

⁴ См., например, дискуссию о влиянии оговорки Мартенса, которую вела группа экспертов относительно того, следует ли считать ослепляющее лазерное оружие незаконным или оно в любом

ательство, что Суд подтвердил важность оговорки Мартенса, «действенность и применимость которой не подлежат сомнению»¹, и заявил, что она «оказалась эффективным способом учета быстрого развития военной техники»². На этом основании Суд утверждал, что основные принципы гуманитарного права применяются ко всем новым видам оружия, включая ядерное, и указал, что ни одно государство не оспаривает это³.

Судья Шахабуддин рассматривает этот вопрос более подробно. Он заявил, что оговорка Мартенса не ограничивается подтверждением обычного права, поскольку в этом нет необходимости, она скорее позволяет рассматривать законы человеколюбия и требования общественного сознания в качестве принципов международного права, которые необходимо оценить в свете меняющихся обстоятельств. Он цитирует судебное решение Военного трибунала Соединенных Штатов в Нюрнберге 1948 г. по делу «*Krupp*», в котором утверждается, что оговорка Мартенса

«...это нечто большее, чем благое пожелание. Она представляет собой общее положение, превращающее обычаи, установившиеся во взаимоотношениях между цивилизованными нациями, законы гуманности и требования общественного сознания в правовое мерило, применяемое там и тогда, где и когда конкретные положения Конвенции... не охватывают конкретные случаи...»

Судья Шахабуддин указывает, что Суд исходил из «элементарных соображений гуманности», принимая решение по делу «*Corfu Channel*». Он приходит к выводу, что если говорить о ядерном оружии, то его применение сопряжено с таким риском, что оно неприемлемо ни при каких обстоятельствах⁴.

Судья Виранантри заявляет, что оговорка Мартенса «четко указывает на то, что, кроме уже сформулированных специальных норм, существует свод общих принципов, достаточных для применения к тем ситуациям, которые еще не урегулированы какой-либо специальной нормой». Далее он указывает, что нарушения общепризнанных гуманитарных норм происходят сейчас гораздо чаще, чем во времена, когда была сформулирована оговорка Мартенса, особенно в связи с развитием права прав человека и повышенного внимания к вопросам, касающимся необходимости охраны окружающей среды. Эти принципы «сегодня настолько глубоко укоренились в сознании человечества, что они становятся нормами международного общего права, имеющими особое значение»⁵.

По личному мнению автора, оценка, данная судьями Шахабудином и Виранантри, является абсолютно правильной, можно даже пойти еще дальше и утверждать, что оговорка Мартенса признает недействительным классическое допущение, существующее в международном праве. Для гуманитарного права

случае должно быть запрещено, — «Blinding Weapons: Reports of the Meetings of Experts convened by the International Committee of the Red Cross on Battlefield Laser Weapons», 1989–1991, ICRC, 1993, pp. 340–341 и 344–346.

¹ Заключение, пункт 87.

² Там же, пункт 78.

³ Там же, пункт 86.

⁴ Несовпадающее особое мнение судьи Шахабудиной, часть III, пункт 3.

⁵ Несовпадающее особое мнение судьи Виранантри, раздел III, пункты 3 и 6.

неверно утверждение, что все, что прямо не запрещается договором или обычаем, разрешается, поскольку принцип гуманности и требования общественного сознания являются законными ограничивающими факторами. Очевидно, что именно эти факторы на практике удерживали государства от применения ядерного оружия после 1945 г., поскольку, вне всякого сомнения, его применение считается в высшей степени предосудительным¹.

Угроза нарушить нормы международного гуманитарного права

Относительно угрозы применения запрещенного правом оружия Консультативное заключение высказывается вполне однозначно:

«Если предусматриваемое применение оружия не отвечает требованиям гуманитарного права, то угроза его применения также означает нарушение этого права»².

Ни один из судей не выразил своего несогласия с этим утверждением, хотя оно явно опровергается практикой государств после 1945 г., то есть ядерное оружие в действительности не применяется, в то время как политика сдерживания основывается на угрозе ядерным оружием. Является ли это общим принципом права, применяемым в большинстве внутригосударственных юридических систем? Или же вышеприведенное утверждение имеет логическое обоснование? Что же должно способствовать уважению правовых норм?

Означает ли это, что угроза нарушить какую бы то ни было норму гуманитарного права сама по себе незаконна? Будет ли такая угроза представлять собой серьезное нарушение, если совершение соответствующего действия является серьезным нарушением? Гуманитарное право действительно в прямой форме запрещает некоторые угрозы, например, угрозы насилием, имеющие основной целью терроризировать гражданское население³, или угрозу не оставить никого в живых⁴. В Заключении, по сути, не дается ясного ответа на данный вопрос, но если мы ответим утвердительно, то это будет иметь далеко идущие последствия, и тогда окажется излишним специально оговаривать в каких-либо договорах неправомерность угроз (за исключением угроз совершить действие, которое само по себе не является неправомерным, однако такая ситуация маловероятна).

¹ Хотя дело «*Lotus*» (PCIJ, 1927; дело об уголовной юрисдикции в связи со столкновением на море) и не рассматривается в данном Заключении, ряд судей все же анализируют его значимость. Судья Гийом ссылается на это дело, обосновывая свою точку зрения тем, что в гуманитарном праве государства предпочитают запрещать те или иные виды оружия посредством договоров, и если такого запрещения нет, оружие является законным (пункт 10 Особого мнения судьи Гийома). Однако председатель Суда Беджауи в своем Заявлении подчеркивает: он голосовал за Консультативное заключение, лишь исходя из того, что не все, что не запрещается, обязательно является разрешенным. Международное сообщество значительно изменилось с 1927 г., став гораздо более сплоченным (пункты 10–15). Этот взгляд поддерживает и судья Шахабуддин, а судья Виранантри добавляет, что Постоянная палата Международного суда никогда бы не могла предположить, что ее решение может быть использовано таким образом, особенно в свете оговорки Мартенса (с. 249–250).

² Заключение, пункт 78.

³ Дополнительный протокол I от 1977 г., статья 51, пункт 2.

⁴ Там же, статья 40.

Взаимоотношение между международным гуманитарным правом и другими нормами международного права

Суд рассмотрел целый ряд норм международного права, но в настоящем комментарии мы ограничимся тремя отраслями права: правом прав человека, экологическим правом и правом самообороны.

Право прав человека

Суд отметил то обстоятельство, что по мнению тех, кто считает ядерное оружие незаконным, это оружие нарушает право на жизнь, гарантируемое статьей 6 Международного пакта о гражданских и политических правах, в то время как по мнению других использование ядерного оружия никогда не оговаривалось в указанном документе, поскольку он предназначается для применения в мирное время. Суд подтвердил, что право прав человека продолжает применяться и во время войны, но далее заявил о том, что критерием здесь должно служить гуманитарное право:

«В принципе право не быть произвольно лишенным жизни применяется и в период военных действий. Тем не менее понятие произвольного лишения жизни в таком случае определяется применимым *lex specialis*, а именно, правом, применимым в период вооруженного конфликта и предназначенным регулировать порядок ведения военных действий»¹.

Это весьма знаменательное утверждение, поскольку оно означает, что для истолкования нормы права прав человека должно использоваться гуманитарное право. И наоборот, оно означает также, что, по крайней мере по отношению к ведению военных действий, право прав человека не может быть истолковано как противоречащее гуманитарному праву. Хотя это совершенно правильно в отношении произвольного лишения жизни (неясной формулировки, содержащейся в праве прав человека, в то время как гуманитарное право содержит множество специально выработанных норм, которые должны защищать жизнь в условиях вооруженного конфликта, насколько это возможно²), не столь ясно, относится ли это к нормам права прав человека, защищающих лиц, находящихся в руках какой-либо власти. Это особенно верно в том случае, когда применение договора осуществляется органом по применению договоров о правах человека. Пока что практика, в особенности практика Европейской комиссии и Суда по правам человека, показывает, что такие органы применяют только нормы прав человека³.

¹ Заключение, пункт 25.

² При рассмотрении Межамериканской комиссией по правам человека дела, связанного с бомбардировкой больницы во время вооруженного конфликта, истцы просили Комиссию истолковывать «право на жизнь» в свете норм гуманитарного права. См. *D. Weissbrodt, B. Andrus. The Right to Life during Armed Conflict: Disabled People's International v. United States* 29. *Harvard Int.L J.*, 1988, p. 59. С подобной просьбой к этой же Комиссии обращались при рассмотрении дела № 10.573.

³ См., например, дело «*Syrus v. Turkey*» (Council of Europe, European Commission of Human Rights, *Decisions and Reports*, vol. 72, p. 5), при рассмотрении которого Комиссия установила нарушение статьи 5 Европейской конвенции по правам человека (право на свободу и безопасность личности)

Экологическое право

Очень важно, что Суд установил факт существования обычного экологического права:

«Общее обязательство государств обеспечивать, чтобы деятельность, осуществляемая в пределах их юрисдикции и под их контролем, не наносила ущерба окружающей среде других государств или районов за пределами национального контроля, является ныне частью свода норм международного права, касающихся охраны окружающей среды»¹.

В отношении значения вышесказанного для международного гуманитарного права Суд заявил далее, что целью договоров экологического права не было лишение государств возможности осуществлять право на самооборону, однако «государства должны принимать во внимание экологические соображения при оценке того, что является необходимым и соразмерным в ходе достижения законных военных целей»².

Не совсем понятно, относится ли данная ссылка на «необходимость и соразмерность» к общим ограничениям, присущим праву на самооборону, или же к соразмерности случайного ущерба, как его понимает гуманитарное право. Если верно второе, это означает, что «окружающая среда» представляет собой «гражданский объект» и что от нападения на военный объект следует воздержаться, если воздействие его на окружающую среду окажется чрезмерным по сравнению со значимостью военного объекта. В поддержку этого мнения говорит многое, причем не только в формулировке Заключения Суда, но и в текстах недавно принятых документов о гуманитарном праве и окружающей среде³. Следовательно, трудно будет утверждать, что принцип соразмерности не нарушается, на основании одного лишь факта совершения нападений в незаселенном или малонаселенном районе. Суд также с одобрением цитирует резолюцию

в отношении лиц, пропавших без вести во время и после вооруженного конфликта, и не стала истолковывать данную статью в свете соответствующих положений Женевских конвенций. Подобным же образом, при рассмотрении дела *Loizidou v. Turkey* (решение Суда от 18 декабря 1996 г.), касающегося северного Кипра, Суд установил нарушение права собственности и не стал рассматривать аналогичные нормы IV Женевской конвенции, хотя на основании Европейской конвенции он определил ответственность Турции за оккупацию ею северного Кипра (пункты 52 и 54 решения).

¹ Заключение, пункт 29.

² Там же, пункт 30. В связи с этим Суд с одобрением цитирует Принцип 24 Рио-де-Жанейрской декларации, который гласит: «Война неизбежно оказывает разрушительное воздействие на процесс устойчивого развития. Поэтому государства должны уважать международное право, обеспечивающее защиту окружающей среды во время вооруженных конфликтов, и должны сотрудничать, при необходимости, в деле его дальнейшего развития».

³ См., например, «Руководящие принципы для военных уставов и инструкций об охране окружающей среды в период вооруженных конфликтов», 1994 г., представленные в соответствии с резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН A/RES/48/30 от 9 декабря 1993 г., а также пункт 13 (c) *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea* (руководство, сопровождаемое комментарием под названием «Explanation»), опубликовано издательством Cambridge University Press, IHL, 1995, ed. L. Doswald-Beck, см. также русский перевод «Руководство Сан-Ремо по морскому праву, применимому к вооруженным конфликтам на море» в сборнике «Международное право. Ведение боевых действий. Сборник Гаагских конвенций и иных соглашений», Москва, МККК, 1995). См. также другие положения Руководства, касающиеся окружающей среды: пункты 11, 34 и 44, а также комментарии к ним.

Генеральной Ассамблеи 47/37 от 25 ноября 1992 г. «Охрана окружающей среды в периоды вооруженных конфликтов». По мнению Суда, резолюция «подтверждает общее мнение» о том, «что разрушение окружающей среды, не оправданное военной необходимостью и осуществляемое произвольно, явно противоречит существующему международному праву»¹.

С другой стороны, относительно статей 35, пункт 3, и 55 Дополнительного протокола I Суд заявил, что данные нормы предусматривают дополнительную защиту и «являются мощными сдерживающими факторами для всех подписавших их государств»². Очевидно, данное заявление говорит о том, что эти положения до сих пор являются нормами договорного, а не обычного права. Однако, как полагает автор настоящей статьи, вопреки мнению Суда, эти конкретные положения, учитывая их высокий порог применимости, мало что добавляют в плане защиты окружающей среды к тем обычным нормам, которые были подтверждены Судом.

Право самообороны

На протяжении, по крайней мере, двух столетий считалось неоспоримым, что международное гуманитарное право одинаково применимо ко всем сторонам в конфликте, независимо от того, которая из них действует в порядке самообороны. Этот подход подтверждается весьма давней практикой государств и пользуется всеобщим признанием в юридической литературе. Споры возникали только в отношении того, применяются ли во время вооруженного конфликта в дополнение к конкретным ограничениям, закрепленным в международном гуманитарном праве, ограничения, свойственные праву самообороны, то есть необходимость и соразмерность в общем смысле. Дискуссия на эту тему развернулась во время разработки Руководства Сан-Ремо по морскому праву, применимому к вооруженным конфликтам на море. В Руководстве имеется раздел, посвященный влиянию права самообороны, оказываемому на право ведения военных действий на море³. Большинство экспертов считали, что ограничения, присущие праву самообороны, должны применяться в дополнение к ограничениям гуманитарного права, и поэтому данная точка зрения была включена в Руководство. Другие эксперты полагали, что после возникновения необходимости в самообороне ограничения будут служить исключительно нормы гуманитарного права⁴.

Суд в пунктах 41 и 42 Заключения, в общем анализе права, также выразил мнение о том, что применимы ограничения обеих отраслей права:

«Обусловленность осуществления права на самооборону требованиями необходимости и соразмерности является нормой международного обычного

¹ Заключение, пункт 32.

² Заключение, пункт 31.

³ Руководство Сан-Ремо, 1994, раздел II, пункты 3–6. Этот спор отчасти нашел отражение в подготовительных материалах, которые были опубликованы в *Vochoumer Schriften*, № 24, pp. 133–206.

⁴ *Op. cit.*, footnote 52, pp. 75–78.

права... Но в то же время применение силы, являющееся соразмерным согласно праву самообороны, должно, чтобы быть законным, удовлетворять также требованиям права, применимого в период вооруженного конфликта, которое охватывает, в частности, принципы и нормы гуманитарного права» (курсив автора)¹.

Если бы в Заключении эта позиция выдерживалась и далее, решение не вызвало бы таких противоречивых мнений и не подверглось бы такой критике со стороны научных кругов. К сожалению, достаточно только взглянуть на ставший знаменитым пункт 2E Заключения, в первом абзаце которого говорится, что применение ядерного оружия в целом противоречило бы принципам и нормам гуманитарного права, а во втором — что «Суд не может сделать окончательный вывод о том, будет ли угроза ядерным оружием или его применение законными или незаконными в чрезвычайном случае самообороны, когда под угрозу поставлено дальнейшее существование государства»². Как говорилось выше, мнения самих судей в действительности не совпадают с тем, что выражено в этой части Заключения³, однако автор воздерживается от предположений, почему данный пункт был сформулирован таким образом.

Можно считать, что утверждение, которое содержится в пункте 2E, согласуется с предыдущим утверждением Суда (пункты 41 и 42) только с точки зрения чисто позитивистского анализа судьи Хиггинс, а именно, того, что, по ее мнению, ядерное оружие не обязательно является по своей природе неизбирательным и в некоторых крайних случаях его применение не нарушило бы ни принцип соразмерности, ни принцип, запрещающий причинять комбатантам излишние страдания. Однако большинство судей пришли к выводу, что ядерное оружие по своей природе противоречит гуманитарному праву, и судья Хиггинс выступила с Несовпадающим особым мнением. Единственное другое объяснение, то есть то, что в некоторых случаях при самообороне гуманитарное право становится неприменимым, не просто находится в очевидном противоречии с утверждением, содержащимся в пунктах 41 и 42, но также обнаруживает опасное сходство с дискредитировавшей себя доктриной «*Kriegsraison geht vor Kriegsmannier*» («Военная необходимость превышает обычаев войны»). Эта доктрина, согласно которой в обстоятельствах крайней опасности, чтобы справиться с ней, можно отказаться от применения норм гуманитарного права, была отвергнута Нюрнбергским трибуналом при рассмотрении дел «*Peleus*», «*Milch*» и «*Krupp*»⁴.

¹ Заключение, пункты 41 и 42.

² Заключение, пункт 105, подпункт 2E.

³ Из семи судей, проголосовавших за этот вывод, четверо заявили в своих Особых мнениях о том, что применение ядерного оружия, несомненно, является незаконным с точки зрения норм гуманитарного права (председатель Беджауи, судьи Рандзева, Херцег и Флайшхауэр), а еще один — с точки зрения обычного права (судья Феррари Браво). Из семи, проголосовавших против, трое полагали, что применение ядерного оружия может быть законным с точки зрения гуманитарного права в некоторых исключительных обстоятельствах (судьи Швебель, Гийом и Хиггинс), трое считали его применение незаконным с точки зрения гуманитарного права (судьи Шахабудиин, Виранантри и Корона), а седьмой (судья Ода) полагал, что Суд не должен был выносить Консультативного заключения.

⁴ На данное обстоятельство обращает внимание судья Виранантри в своем Несовпадающем особом мнении, с. 307. Следует также отметить, что судья Виранантри был единственным, кто

Для того чтобы определить связь между правом самообороны и международным гуманитарным правом, гораздо целесообразнее было бы полагаться на утверждение, которое содержится в пунктах 41 и 42 Заключения, а не на запутанную и несколько искусственную формулировку пункта 2E решения.

Заключение

В Заключении Суда, особенно если рассматривать его вместе с различными особыми и несовпадающими особыми мнениями, содержится большое количество заявлений и толкований международного гуманитарного права и взаимосвязи между этим сводом права и другими отраслями права. Жаль, что они рискуют остаться незамеченными из-за дискуссии, развернувшейся вокруг вывода, сделанного в Заключении в отношении ядерного оружия. Хотя, несмотря на то, что автор не удовлетворен формулировкой вывода (пункт 105.2E Заключения), о чем очевидно свидетельствует данный комментарий, Консультативное заключение сохранит свое значение благодаря тому, что в других отношениях оно является важным вкладом в международное гуманитарное право.

рассмотрел вопрос о том, обеспечит ли применение ядерного оружия в таких крайних обстоятельствах реальную защиту государства, действующего в порядке самообороны. На основании внушительного количества проанализированных документов он приходит к выводу, что применение ядерного оружия такой защиты, вероятно, не обеспечит (Несовпадающее особое мнение судьи Виранантри, с. 275–276).