

Консультативное заключение относительно ядерного оружия и вклад Международного суда в развитие международного гуманитарного права

Кристофер Гринвуд¹

Содержащийся в резолюции 49/75К (1994) Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций запрос к Международному суду о вынесении Консультативного заключения по вопросу «Допускает ли международное право при каких-либо обстоятельствах угрозу ядерным оружием или его применение?» предоставил Суду необычную возможность рассмотреть принципы международного гуманитарного права. Суд, скорее, предпочел бы не иметь этой возможности. Вопрос не совсем правильно сформулирован, а причины, по которым он был задан, совершенно неудовлетворительны. В частности, абстрактный характер вопроса, который и не мог быть иным, поставил Суд в исключительно трудное положение, поскольку тот был не в состоянии рассмотреть все обстоятельства, позволяющие применять ядерное оружие или угрожать его применением. Однако если не придерживаться одной из трех точек зрения: применение ядерного оружия всегда законно (это является явной бессмыслицей), оно полностью находится вне сферы действия права (чего не предлагало ни одно государство) или оно всегда является незаконным (мнение, у которого были сторонники, но которое большинство членов Суда вполне обоснованно отвергло), то ответ на вопрос Генеральной Ассамблеи следовало дать после тщательного изучения этих обстоятельств.

По мнению автора данной статьи, запрос о консультативном заключении был неправильно сформулирован, и не стоило ожидать, что Суд ответит на такой вопрос. Однако Суд ответил на него², и, следовательно, важно рассмотреть,

¹ Кристофер Гринвуд является профессором международного права в Лондонской школе экономики. Автор был одним из советников, представлявших Соединенное Королевство в Международном суде при вынесении им Консультативного заключения относительно ядерного оружия. В настоящей статье выражены личные взгляды автора, которые не следует воспринимать как мнение правительства Соединенного Королевства.

Статья написана на английском языке.

² Международный суд, Консультативное заключение относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения, 8 июля 1996 (далее именуется: Заключение). Суд отклонил 13 голосами против одного предложения о том, что ему не следует удовлетворять запрос. Однако он постановил 11 голосами против трех, что не может ответить на подобный вопрос, поставленный Всемирной организацией здравоохранения. — Консультативное заключение относительно законности применения государством ядерного оружия во время вооруженного конфликта, 8 июля 1996.

какое влияние его ответ оказал на развитие международного гуманитарного права¹. Это нелегкая задача, поскольку Заключение Суда — и в частности важный пункт постановляющей части (пункт 105.2E), принятый семью голосами против семи благодаря решающему голосу председателя Суда Беджауи, — представляется несколько загадочным. Тем не менее пункт 105.2E нельзя рассматривать в изоляции от других. Как подчеркнул сам Суд², Заключение следует читать все в целом. Если к нему подойти именно таким образом, то какие бы сомнения ни возникали по поводу некоторых выводов Суда, становится понятно, что Заключение имеет важное значение для гуманитарного права.

Отправная точка рассуждений Суда

Важна уже сама отправная точка рассуждений Суда. Формулировка запроса, в котором спрашивалось, *допустимо* ли угрожать ядерным оружием или применять его, а не *запрещены* ли подобные действия, была воспринята некоторыми государствами как подразумеваемое предположение, что применение ядерного оружия незаконно при отсутствии диспозитивной нормы, утверждающей обратное. Другие государства сочли, что его применение законно, если не будет установлено, что в международном праве существует запрещающая его применение норма. Многие отождествляют такой подход с комментарием Постоянной палаты международного правосудия по делу «*Lotus*», в котором говорится, что «нельзя допустить (...) ограничения независимости государств»³. Заключение Суда с самого начала отмечает этот спор как не имеющий «особого значения»⁴. Поскольку дебаты относительно значения дела «*Lotus*» велись при помощи аргументов, касающихся бремени доказывания, такое пренебрежительное отношение совершенно понятно: соображения, связанные с бременем доказывания, в большинстве своем неуместны при вынесении консультативного решения, а не решения по спорному вопросу, когда речь идет не о фактических обстоятельствах, а, скорее, о существовании нормы права. Однако основной принципиальный вопрос — следовало ли Суду искать диспозитивную норму или запрещение — не так легко было обойти, и он подробно рассмотрен в нескольких особых и несовпадающих особых мнениях⁵.

На первый взгляд, в самом Заключении нет четкого ответа на этот вопрос. Суд заключил (единогласно), что международное право не содержит «конкретного положения, санкционирующего угрозу ядерным оружием или его применение»⁶, и (одинадцатью голосами против трех) что оно не предусма-

¹ Настоящая статья посвящена только вопросам материального права, которые рассматриваются в полученном Генеральной Ассамблеей Заключении, и не касается того, должен ли был Суд отвечать на запрос, сделанный Генеральной Ассамблеей, или на вопросы, поставленные в запросе ВОЗ. Эти проблемы кратко рассматриваются в A. V. Lowe. Shock Verdict: Nuclear War May or May not be Unlawful. — Cambridge Law Journal, 1996, p. 415.

² Заключение, пункт 104.

³ PCIJ Reports, Series A, № 10, p. 18 (1927).

⁴ Заключение, пункт 22.

⁵ См., например, Заявления председателя Суда Беджауи и судьи Феррари Браво и Особые мнения судей Рандзеви и Гийома.

⁶ Постановляющая часть, пункт 2A.

тривает «всеобъемлющего и всеобщего запрещения угрозы ядерным оружием как таковым или его применения»¹. Первое заявление, хотя и неоспоримое, вызывает удивление, поскольку ни одно государство не утверждало, что «конкретное разрешение» существует. Следовательно, можно считать, что это заявление отклоняет самые крайние варианты аргументов, подобных тем, которые выдвигались в деле «*Lotus*». Однако Суд не согласился с доводом, что ядерное оружие несет на себе печать незаконности, что делает его применение противоправным при отсутствии разрешающей оговорки в общей норме. Прими Суд такую точку зрения, вопрос был бы решен, если бы Суд не обнаружил нормы, допускающей применение ядерного оружия. Заявив, что в международном праве нет ни всеобъемлющего запрещения применения ядерного оружия, ни конкретного разрешения его использования², Суд лишь установил, что ответ на вопрос Генеральной Ассамблеи необходимо искать в применении принципов международного права, не относящихся конкретно к ядерному оружию.

Когда Суд приступил к рассмотрению этих принципов, он попытался определить, запрещают ли они применение ядерного оружия, а не установить, допускают ли они его применение. Анализируя право вооруженных конфликтов, Суд заявил:

«Практика государств показывает, что незаконность применения определенных видов оружия как таковых не является результатом отсутствия санкции на это, но, напротив, формулируется в виде запрещения.

Поэтому Суд должен теперь изучить вопрос о том, существует ли какое-либо запрещение применения ядерного оружия как такового...»³

Таким же образом Суд изучил *jus ad bellum*, чтобы выяснить, запрещает ли это право применение ядерного оружия⁴. Поэтому, каково бы ни было мнение некоторых членов Суда относительно дела «*Lotus*», из Заключения ясно, что отправной точкой рассуждений Суда послужила предпосылка о необходимости убедиться, содержит ли международное право запрет на некоторые или все виды использования ядерного оружия.

Применяемое право

Важное значение Заключения состоит также в том, что Суд определил те области международного права, в которых может содержаться подобное запрещение. Мнение тех, кто утверждал, что применение ядерного оружия незаконно, основывалось не только на Уставе Организации Объединенных Наций и международном гуманитарном праве, но также и, совершенно независимо, на правах человека и природоохранном праве. Однако Суд счел, что законность применения ядерного оружия следовало определить, обратившись к Уставу ООН и законам, применяемым во время вооруженного конфликта.

¹ Постановляющая часть, пункт 2В.

² Решение Суда о том, что не существует полного запрещения, рассматривается ниже.

³ Заключение, пункты 52–53.

⁴ Заключение, пункты 37–50, и постановляющая часть, пункт 2С.

Что касается права прав человека, некоторые государства заявили, что любое использование ядерного оружия является нарушением права на жизнь, гарантированного статьей 6 Международного пакта о гражданских и политических правах¹. Однако Суд отметил, что в статье 6 Пакта запрещается лишь «произвольное» лишение жизни. Поскольку убийство присуще любому вооруженному конфликту, то, чтобы определить, является ли лишение жизни в ходе вооруженного конфликта произвольным, следует обратиться к критериям, которых нет в тексте Пакта. Эти критерии, решил Суд, следует искать в праве вооруженных конфликтов. Только в том случае, если убийство в ходе вооруженного конфликта противоречит этому праву, его можно рассматривать как произвольное с точки зрения статьи 6 Пакта². Другими словами, в данном случае статья 6 не является существенным дополнением к праву вооруженных конфликтов.

Этот вывод, без сомнения, правильный. Весьма общие формулировки статьи 6 не могли быть задуманы — и не рассматривались на практике — как имеющие преимущественное юридическое значение по сравнению с подробными положениями права вооруженных конфликтов. Тем не менее признание Суда, что положения Пакта продолжают применяться во время войны (за исключением тех случаев, когда явным образом разрешается частичное отступление от некоторых его положений)³, может иметь существенное значение в других случаях. Хотя право на жизнь, возможно, и не добавляет ничего нового к международному гуманитарному праву на материально-правовом уровне, другие положения договоров по правам человека выходят за рамки норм, содержащихся в обычном или договорном гуманитарном праве. Более того, на процессуальном уровне договоры по правам человека содержат уникальные механизмы правоприменения, которые могут оказаться очень полезными. Продолжающееся во время вооруженного конфликта действие договоров по правам человека может быть особенно важным в случае военной оккупации.

При обсуждении международного права, касающегося охраны окружающей среды, Суд счел, что участвующие в вооруженном конфликте государства обязаны «принимать во внимание экологические соображения при оценке того, что является необходимым и соразмерным в ходе достижения законных военных целей»⁴. Эта обязанность вытекает из обычного права и общих договоров об охране окружающей среды, а не из специальных положений об охране окружающей среды, содержащихся в Дополнительном протоколе I от 1977 г.⁵ Однако Суд отклонил тот довод, что применение ядерного оружия запрещено общими договорами об охране окружающей среды или обычным правом, касающимся охраны окружающей среды⁶. Действительно, было бы странно, если бы Суд об-

¹ См. также Европейскую конвенцию о правах человека, статья 2, Американскую конвенцию о правах человека, статья 4, и Африканскую хартию прав человека и народов, статья 4.

² Заключение, пункт 25.

³ Там же.

⁴ Там же, пункт 30.

⁵ Эта часть Заключения фактически очень близка той точке зрения, которой придерживается изданный в 1995 г. в США справочник «Naval Commander's Handbook», para. 8.1.3.

⁶ Заключение, пункты 30 и 33.

наружил, что ядерные державы, которые так старались, чтобы договоры о вооружении и право вооруженных конфликтов не объявили вне закона применение ядерного оружия, отказались от какой-либо возможности его использования, став участниками более общих соглашений об охране окружающей среды.

Поэтому Суд заключил, что ответ на вопрос Генеральной Ассамблеи должен быть найден в основном в *jus ad bellum* и *jus in bello*, которые были разработаны, чтобы регулировать применение оружия, в том числе ядерного, во время вооруженных конфликтов. Эта часть Заключения Суда важна по нескольким причинам. Во-первых, в ней недвусмысленно подтверждается, что применение ядерного оружия подпадает под действие международного гуманитарного права. Хотя ни одно государство не оспаривало это утверждение в ходе данного разбирательства, в прошлом его достаточно часто ставили под сомнение толкователи права и, по крайней мере, одно из государств¹. Во-вторых, изучение Судом результата воздействия положений Устава Организации Объединенных Наций ясно показало, что в настоящее время объектом *jus ad bellum* является не только определение, законно ли прибегать к силе первым; в нем также есть положения, касающиеся последующего ведения военных действий (этот вопрос будет рассмотрен ниже). Наконец, хотя другие области международного права и могут иметь отношение к вооруженному конфликту, в Заключении категорически отвергаются аргументы, что подробный *lex specialis*, который на протяжении многих лет разрабатывался для регулирования ведения военных действий, можно обойти, сославшись на общие положения права, касающегося охраны окружающей среды или права прав человека.

Ядерное оружие и Устав ООН

Применив *jus ad bellum* к использованию ядерного оружия, Суд пришел к единогласному и не вызывающему удивления выводу:

«Угроза силой или ее применение посредством использования ядерного оружия, противоречащие пункту 4 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций и не отвечающие всем требованиям статьи 51, являются незаконными»².

Ни в статье 2(4), ни в статье 51 не идет речь о конкретных видах оружия. Тем не менее, подтверждая, что право на самооборону должно использоваться в соответствии с соблюдением требований соразмерности, Суд очевидно признал, что необходимость обеспечить соразмерность применения силы при самообороне определяет степень силы, а следовательно, и оружие, которое государство может законно использовать. Поэтому, чтобы выяснить, является ли использование определенного оружия законным в каждом конкретном случае, следовало рассмотреть как международное гуманитарное право, так и требования права на самооборону. Однако Суд не признал, что применение ядерного

¹ Заключение, пункт 22. См. также Особое мнение судьи Гийома, пункт 5.

² Постановляющая часть, пункт 2С.

оружия никогда не может быть соразмерной мерой самообороны¹. Более того, он отметил, что Совет Безопасности в резолюции 984 (1995) одобрил данные ядерными державами гарантии безопасности, а это означает, что не все случаи применения ядерного оружия нарушают положения Устава, касающиеся использования силы.

Ядерное оружие и международное гуманитарное право

Поэтому Суд продолжил рассмотрение вопроса о том, может ли применение ядерного оружия быть когда-либо совместимо с международным гуманитарным правом, и именно здесь его ответ становится особенно головоломным. Суд пришел к единогласному заключению, что помимо соответствия положениям Устава, касающимся использования силы,

«угроза ядерным оружием или его применение должны также быть совместимы с требованиями международного права, применимого в период вооруженного конфликта, особенно с требованиями принципов и норм международного гуманитарного права, равно как и с конкретными обязательствами по международным договорам и другими обязательствами, которые прямо касаются ядерного оружия»².

Это утверждение получило бы сегодня почти повсеместное признание. Однако Суд далее решил (причем решающим оказался голос председателя), что:

«Из вышеупомянутых требований следует, что угроза ядерным оружием или его применение в целом противоречили бы нормам международного права, применимым в период вооруженного конфликта, и, в частности, принципам и нормам гуманитарного права.

Однако с учетом нынешнего состояния международного права и тех материалов дела, которыми Суд располагает, Суд не может сделать окончательный вывод, будут ли угроза ядерным оружием или его применение законными или незаконными в чрезвычайном случае самообороны, когда под угрозой поставлено само дальнейшее существование государства»³.

Недостаток места позволяет сделать только три замечания относительно этого аспекта проблемы.

Во-первых, как мы видели, Суд попытался выяснить, существует ли в международном гуманитарном праве запрещение ядерного оружия, и обнаружил, что ни в обычном, ни в договорном праве не существует конкретного и всеобъемлющего его запрещения. Рассмотрев несколько договоров, ограничивающих обладание ядерным оружием, его испытания и размещение, особенно те, в которых устанавливаются безъядерные зоны, Суд заключил, что эти договоры сами по себе не составляют всеобъемлющего запрещения применения ядерного

¹ Заключение, пункты 42–43.

² Постановляющая часть, пункт 2D.

³ Там же, пункт 2E.

оружия в рамках существующего международного права¹. Суд также отклонил аргумент, утверждающий, что принятые Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций резолюции относительно ядерного оружия отражают запрещение, существующее в обычном праве. Хотя резолюции Генеральной Ассамблеи могли бы служить авторитетными установлениями обычая, данные резолюции ими не являются. Обычное международное право основывается, конечно, на действительной практике и *opinio juris* государств², а резолюции Генеральной Ассамблеи не смогли установить это *opinio juris*, кроме того, они расходятся с практикой значительного числа государств. Суд также обнаружил, что ядерное оружие не подпадает под положения договоров, запрещающих использование отравленного оружия, химического и бактериологического оружия, отметив, что использованные в этих договорах выражения

«в практике государств понимаются в их обычном смысле как охватывающие виды оружия, основным или даже исключительным последствием применения которых является отравление или удушение. Эта практика не вызывает сомнений, и участники таких соглашений не считали, что они касаются ядерного оружия»³.

Таким образом, Суд отклонил старый, но неубедительный довод, что ядерное оружие можно каким-либо образом приравнять к этим определенным видам оружия.

Во-вторых, при отсутствии конкретного запрещения ядерного оружия любое запрещение или ограничение его применения должно вытекать из более общих принципов. Поэтому Суд обратился, в частности, к запрещению оружия, способного причинять излишние страдания, к запрещению нападения на гражданских лиц и использования методов и средств ведения войны неизбирательного действия, а также к принципам, защищающим нейтральные государства от вторжений на их территорию. Хотя Суд отметил, что использование ядерного оружия «вряд ли совместимо» с соблюдением этих принципов, он заключил, что не располагает

«достаточными материалами, позволяющими сделать однозначный вывод, что применение ядерного оружия обязательно шло бы вразрез с принципами и нормами права, применимого в период вооруженного конфликта, при любых обстоятельствах»⁴.

В этом месте нелегко проследить за логикой Заключения. За отсутствием конкретного запрета на применение ядерного оружия единственным основанием для вывода Суда о неправомерности такого использования при всех обстоятельствах, вывода, который не противоречил бы его предыдущей аргументации, стал бы анализ обстоятельств, когда ядерное оружие могло быть приме-

¹ Заключение, пункты 58–63.

² Там же, пункт 64.

³ Там же, пункт 55.

⁴ Заключение, пункт 95.

нено, а затем обращение к соответствующим принципам гуманитарного права. В основе любого такого анализа лежали бы три вопроса:

- 1) Причинит ли применение ядерного оружия при определенных обстоятельствах *излишние* страдания комбатантам?
- 2) Будет ли применение ядерного оружия при определенных обстоятельствах направлено против гражданского населения, или иметь неизбирательное действие, или может ли это оружие вызвать *несоразмерно большое* число жертв среди гражданских лиц, даже если оно направлено против военного объекта?
- 3) Может ли применение ядерного оружия при определенных обстоятельствах причинить *несоразмерный* ущерб нейтральному государству?

Ответы на эти вопросы потребовали бы реальной оценки возможностей используемого оружия и обстоятельств его применения, а также оценочного суждения относительно того, являются ли неблагоприятные последствия этого применения «излишними» или «несоразмерными» в сопоставлении с военными целями, к достижению которых стремилось государство, использующее ядерное оружие.

Суд не взялся за решение этой задачи; без особого обсуждения он лишь перечислил соответствующие принципы, прежде чем пришел к процитированному выше выводу¹. Поэтому неясно, ни каким образом он пришел к заключению, что применение ядерного оружия «в целом противоречило бы нормам международного права, применимым в период вооруженного конфликта» (курсив автора), ни что же в данном случае означает выражение «в целом». И результаты голосования пункта 105.2E, и некоторые особые и несовпадающие особые мнения показывают, что члены Суда значительно разошлись во взглядах.

Тем не менее, если взглянуть на Заключение в целом, единственное толкование первой части пункта 105.2E, которое можно считать согласующимся с доводами Суда, состоит в том, что, даже если оставить в стороне оговорку, сделанную во второй части пункта, Суд не сказал, что применение ядерного оружия противоречит праву вооруженных конфликтов во всех случаях. Он мог прийти к подобному выводу, только обнаружив, что не существует обстоятельств, при которых применение ядерного оружия не причиняет излишних страданий, не поражает гражданское население и военные объекты без различия (или не вызывает чрезмерного количества жертв среди гражданского населения) и не наносит чрезмерный ущерб нейтральным государствам. Суд не проводил подобного анализа, и ход его рассуждений не дает и намека на то, что он пришел к подобному заключению. Действительно, трудно представить, как он мог бы это сделать. Рассматривая применение принципов столь общего характера к использованию оружия при бесконечно разнообразных обстоятельствах, Суд не сумел бы определить в качестве вопроса *права*, что ядерное оружие не может применяться, не нарушая один или несколько этих принципов², даже если некоторые его члены считали, что *фактически* так оно и есть.

¹ См. критику этого подхода в Несовпадающем особом мнении судьи Хиггинс, пункты 9–10.

² См. Заключение, пункты 94 и 95.

В-третьих, соединение между двумя частями пункта 105.2E требует некоторых пояснений отношения Суда к взаимосвязи между *jus ad bellum* и *jus in bello*. В основной части Заключения Суд высказывает мнение об этой взаимосвязи, которое полностью согласуется со следующим принципом: чтобы в каком-либо конкретном случае применение ядерного оружия было законно, оно не должно противоречить ни одному из двух комплексов права. Таким образом, действия государства, имеющего право применить силу в порядке самообороны, тем не менее незаконны, если оно использует методы и средства ведения войны, запрещенные международным гуманитарным правом. С другой стороны, соблюдение государством всех норм гуманитарного права не делает его действия законными, если его обращение к силе является агрессией или превосходит то, что можно считать соразмерной самообороной. Этот подход Суда отражен в нескольких местах Заключения¹ и в пунктах 2C и 2D постановляющей части.

Предлагалось, однако, считать, что выраженное в двух частях пункта 105.2E мнение большинства подразумевает, что применение ядерного оружия неизбежно нарушило бы *jus in bello*, но Суд оставил открытой возможность того, что при некоторых неопределенных обстоятельствах *jus ad bellum*, в виде чрезвычайного случая самообороны, послужит тем не менее оправданием его применения². Такой подход представляется весьма прискорбным. То, что у государства есть право и необходимость использовать силу, не является, по крайней мере в нашем веке, оправданием несоблюдения обязательств по международному гуманитарному праву, и ни одно из выступивших перед Судом государств не оспаривало это. Позволить необходимости самообороны взять верх над принципами гуманитарного права означало бы перечеркнуть весь прогресс, достигнутый в области этого права за последние лет сто, и вызвать призрак теории «справедливой войны». К счастью, Суд, кажется, не намеревался делать ничего подобного. Как мы видели, в основной части Заключения использован ортодоксальный подход к отношениям между правом, регулирующим применение силы, и принципами международного гуманитарного права. Более того, по вышеуказанным причинам не следует считать, что в первой части пункта 105.2E предполагается, что все случаи применения ядерного оружия противоречат гуманитарному праву. Поэтому не следует считать, что во второй части этого пункта *jus ad bellum* противопоставляется *jus in bello*.

Заключение

Критики Суда, к которым, по иронии судьбы, принадлежат некоторые наиболее горячие сторонники обращения к нему за консультативным заключением, полагают, что Суд не воспользовался предоставленной ему исторической возможностью сделать заявление о незаконности применения ядерного оружия при любых обстоятельствах. Однако для Суда поступить таким образом означало бы выйти за рамки своих полномочий и отступить от выполнения судебной

¹ См. Заключение, пункты 39, 51 и 91.

² Обсуждение этой теории см. в Особом мнении судьи Флайшхауэра.

функции. Каковы бы ни были мнения относительно направления, в котором должно развиваться право, дело Суда — применять право в его существующем виде.

По мнению автора настоящей статьи, Суд справедливо заключил, что в международном праве в настоящее время не содержится конкретного запрета на применение ядерного оружия. Любое использование ядерного оружия подпадает под обычные принципы права, касающегося применения силы, и международного гуманитарного права. Эти принципы не позволяют абстрактно утверждать, что, независимо от обстоятельств, которые могут иметь место в будущем, ни один из случаев применения какого-либо вида ядерного оружия не будет несовместим с ними. Испытывая явные сомнения, Суд по существу принял эту точку зрения, поскольку он не был готов заявить, что применение ядерного оружия незаконно при любых обстоятельствах. Излагая свои рассуждения в основной части Заключения, Суд должен был бы пойти дальше и прямо заявить в постановляющей части, что законным являлось бы применение ядерного оружия, отвечающее требованиям права, касающегося применения силы, и международного гуманитарного права. Такой вывод был бы предпочтительней, чем неудовлетворительные и неоднозначные оговорки пункта 105.2E. Однако надлежащим образом прочитанное Заключение в целом согласуется с международным гуманитарным правом, и в нем подтверждаются некоторые важные гуманитарные принципы, притом что, возможно, и несправедливо было ставить Суд в такое трудное положение, заставляя его давать заключение по этому вопросу.