

## Решение *non liquet* относительно ядерного оружия

Международный суд избегает применения общих принципов международного гуманитарного права

Тимоти Л. Х. МакКормак<sup>1</sup>

*«Тот факт, что его [международного гуманитарного права] принципы изложены широко и нередко вызывают новые вопросы, которые требуют ответа, не может служить основанием для non liquet. Функция суда заключается именно в том, чтобы брать общие принципы, разрабатывать их значение и применять их к конкретным ситуациям. Именно в этом состоит роль Международного суда, идет ли речь о судопроизводстве или о его консультативной функции»<sup>2</sup>.*

Судья Хиггинс

### 1. Введение

Консультативное заключение Международного суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения было если не совсем неожиданным, то вызывающим определенное разочарование<sup>3</sup>. После заключительного абзаца, который является постановляющей частью, все 14 судей изложили

---

<sup>1</sup> Доктор **Тимоти Л. Х. МакКормак** — первый профессор международного гуманитарного права на посту, учрежденном Австралийским Красным Крестом, работает на кафедре права Мельбурнского университета в Австралии. Профессор Джиллиан Триггс с кафедры права Мельбурнского университета и Роберт Дж. Мэтьюс ОАМ, член Консультативного комитета по международному гуманитарному праву Австралийского Красного Креста, высказали полезные замечания по первому варианту статьи, и автор выражает им благодарность. Он благодарит также Джастин Брейтуэйт за большую помощь в исследовании проблемы и полезные предложения, высказанные в ходе подготовки статьи.

Статья написана на английском языке.

<sup>2</sup> Консультативное заключение Международного суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения, 8 июля 1996 г., Несовпадающее особое мнение судьи Хиггинс, пункт 32.

<sup>3</sup> Консультативное заключение Международного суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения, 8 июля 1996 г., Заключение Суда (ниже именуется: Заключение).

либо свое личное заявление, либо особое мнение, либо несопадающее особое мнение, чтобы показать, в какой степени они согласны или несогласны с конкретными выводами и отдельными аспектами аргументации Заключения.

Некоторые решения были одобрены единогласно — в частности, подтверждение того, что всякое применение ядерного оружия должно осуществляться в соответствии с принципами обычного международного права, регулирующего ведение вооруженного конфликта<sup>1</sup>, и напоминание ядерным государствам об обязательстве вести переговоры и достигнуть соглашения о всеобщем запрещении ядерного оружия<sup>2</sup>. В этих решениях выражено положительное значение Заключения. Однако, что касается главного вопроса о законности угрозы ядерным оружием или его применения, только семь судей одобрили выводы Суда. Остальные семь судей заявили свое особое мнение, по разным причинам не согласившись с принятым документом. В соответствии со статьей 55 (2) Статута Суда, в случае разделения голосов поровну определяющим является голос председателя. В данном случае председатель Суда Беджауи проголосовал за решение, выраженное в Совместном заключении, в результате чего позиция, изложенная в постановляющей части, имеет преимущественную силу.

Суд определил, что, несмотря на отсутствие конкретного запрета на угрозу ядерным оружием или его применение в договорном или обычном международном праве, общие принципы обычного международного права, в частности международного гуманитарного права, применимы ко всякой угрозе ядерным оружием и всякому его применению. Хотя Суд смог сделать вывод о том, что применение ядерного оружия «фактически вряд ли совместимо с соблюдением таких требований», он счел себя обязанным дать квалифицированное заключение, поскольку решил, что «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»<sup>3</sup>. В международном праве традиционно проводится различие между правом прибегнуть к силе на законных основаниях (*jus ad bellum*) и правом, регулирующим собственно применение силы (*jus in bello*). Всякое законное применение силы должно отвечать обоим комплексам принципов. В Заключении, однако, имеет место путаница между *jus ad bellum* и *jus in bello*, поскольку большинство судей вынесли решение «неясно» (*non liquet*), а это значит, что возможность правомерного применения ядерного оружия «в чрезвычайном случае самообороны, когда под угрозу поставлено само дальнейшее существование государства», не исключается<sup>4</sup>.

В свете принятого большинством решения «неясно» заявление о том, что «хотя применимость принципов и норм гуманитарного права и принципа нейтралитета к ядерному оружию вряд ли можно оспаривать, выводы, которые следует сделать, исходя из их применимости, носят в то же время противоречивый

<sup>1</sup> Заключение, пункт 105.2D.

<sup>2</sup> Там же, пункт 105.2F.

<sup>3</sup> Заключение, пункт 95.

<sup>4</sup> Там же, пункт 105.2E.

характер»<sup>1</sup>, можно считать одним из наиболее сдержанных высказываний, сделанных за все время практики Суда. Вероятность того, что голоса разделятся, всегда была весьма велика. Однако то обстоятельство, что большинство судей квалифицировали свое решение относительно неправомерности применения или угрозы применения ядерного оружия, ссылаясь на «чрезвычайный случай самообороны», а не доказывая, например, что такая угроза или такое применение не обязательно противоречат *jus in bello*, явилось одновременно и неожиданностью и разочарованием.

Цель настоящей статьи — рассмотреть, какие последствия для международного гуманитарного права может иметь Консультативное заключение. В своей аргументации большинство судей упустили из вида нормативное значение Договора о нераспространении ядерного оружия (ДНЯО)<sup>2</sup> в том, что касается применения ядерного оружия, а также не выполнили свою судебную функцию, состоящую в приложении общих принципов международного гуманитарного права к вопросу об использовании ядерного оружия, осуществления которой от них ожидали. По сути, Суд заявил, что нормы международного гуманитарного права, касающиеся применения ядерного оружия, будут оставаться неопределенными из-за отсутствия всеобщего соглашения о полном ядерном разоружении. В заключении данной статьи делается вывод, что, несмотря на определенные положительные результаты, которые может иметь Консультативное заключение для международного гуманитарного права, Суд не воспользовался в достаточной мере предоставленной ему возможностью, чтобы прояснить вопросы применимости давно утвердившихся принципов обычного международного права к конкретной категории оружия.

## 2. Отсутствие запрета на применение ядерного оружия

Суд пришел к выводу, что в международном договорном праве не существует всеобъемлющего и всеобщего запрета на угрозу ядерным оружием или его применение. Согласно Заключению, «до сих пор складывалось так, что оружие массового уничтожения объявлялось незаконным в конкретных международно-правовых документах»<sup>3</sup>. Суд указал на то, что Конвенция о биологическом оружии<sup>4</sup> и Конвенция о химическом оружии<sup>5</sup> налагают на соответствующие виды оружия всеобъемлющий запрет, в то время как по ядерному оружию международное сообщество не заключило такой конвенции, которая полностью запретила бы это оружие<sup>6</sup>. В данном случае Международный суд не затруднил себя определением коренного различия между обладанием оружием массового поражения и его применением, а также не сделал в Заклучении анализа ключевых аспектов ДНЯО.

<sup>1</sup> Заклучение, пункт 90.

<sup>2</sup> Договор о нераспространении ядерного оружия от 1 июля 1968 г.

<sup>3</sup> Заклучение, пункт 57.

<sup>4</sup> Конвенция о запрещении разработки, производства и накопления запасов бактериологического (биологического) и токсинного оружия и об их уничтожении от 10 апреля 1972 г.

<sup>5</sup> Конвенция о запрещении разработки, производства, накопления и применения химического оружия и его уничтожении от 13 января 1993 г.

<sup>6</sup> Заклучение, пункт 57.

*Глобальное значение ДНЯО*

ДНЯО представляет собой важнейший глобальный многосторонний договор, посвященный конкретно ядерному оружию.

Он не является договором о разоружении, и поэтому его справедливо отличают от Конвенции о биологическом оружии и Конвенции о химическом оружии. Как явствует из названия договора, его главная цель состоит в том, чтобы не допустить распространения ядерного оружия, в особенности горизонтального. ДНЯО разрешает пяти странам, которые, как было заявлено, располагали ядерным оружием на момент заключения договора, и в дальнейшем обладать этим оружием; однако есть основание думать, что это всего лишь временная мера, принятая на период до заключения между государствами соглашения о полном ядерном разоружении<sup>1</sup>. Не следует делать вывод, что избирательная уступка ДНЯО в отношении продолжающегося обладания государствами ядерным оружием разрешает или не запрещает применение ядерного оружия.

Задолго до того, как были приняты Конвенция о биологическом оружии и Конвенция о химическом оружии, в международном праве уже существовала норма, запрещающая применение биологического и химического оружия. Названные договорные режимы были приняты, чтобы указанное оружие не применялось при ведении войны, они также служат в качестве признания того обстоятельства, что существующий запрет на применение ядерного оружия сам по себе не обязательно гарантирует его неприменение. Таким образом, хотя существовала необходимость выработать всеобъемлющие договорные режимы для уничтожения этих видов оружия, нельзя утверждать, что норм, запрещающих их применение, в международном праве на момент принятия конвенций не существовало. Суд отметил, что и Конвенция о биологическом оружии, и Конвенция о химическом оружии были разработаны в ходе переговоров и приняты «в своем собственном контексте и по своим собственным причинам»<sup>2</sup>. Конечно, это связано с тем, что для полного уничтожения различных категорий оружия необходимы конкретные договорные режимы, поскольку такие режимы неизбежно подразумевают принятие конкретных мер проверки их соблюдения. Поскольку не существует конвенции о ядерном оружии, которая включала бы всеобъемлющий запрет на обладание ядерным оружием и на его применение, трудно утверждать, что запрещено всякое *обладание* ядерным оружием. Любая попытка полностью уничтожить ядерное оружие обязательно потребует выработки путем переговоров договорного режима с конкретными положениями, касающимися уничтожения запасов оружия, проверки соблюдения договора и дальнейшего мирного использования ядерной энергии. Однако отсутствие такого документа не оправдывает готовность Международного суда

---

<sup>1</sup> Статья VI ДНЯО (см. примечание 8) гласит: «Каждый Участник настоящего Договора обязуется в духе доброй воли вести переговоры об эффективных мерах по прекращению гонки ядерных вооружений в ближайшем будущем и ядерному разоружению, а также о договоре о всеобщем и полном разоружении под строгим и эффективным международным контролем».

<sup>2</sup> Заключение, пункт 57.

игнорировать значение существующего режима ДНЯО, поскольку в нем говорится об использовании ядерного оружия.

В Заключении не упоминается, что участниками ДНЯО являются сегодня 183 государства<sup>1</sup>, причем 178 из них обязались соблюдать всеобъемлющий запрет на производство, приобретение, накопление запасов, проведение испытаний и применение ядерного оружия. Поэтому решение «неясно» по вопросу о том, правомерно ли применение ядерного оружия или угроза таким оружием, является дискриминационным, так как оно относится только к пяти ядерным государствам — участникам Договора о нераспространении ядерного оружия (они же, кстати, являются постоянными членами Совета Безопасности) и к государствам, отказавшимся присоединиться к режиму ДНЯО. Для всех других государств международное право совершенно четко определяет свое отношение к ядерному оружию: угроза ядерным оружием и его применение незаконны, так как договорное право специально и явно запрещает их. Нормативное значение Договора о нераспространении ядерного оружия игнорируется в Консультативном заключении, которое рассматривает ДНЯО в том же разделе, что и региональные договоры о безъядерных зонах.

### *Смирились ли неядерные государства с возможностью применения ядерного оружия?*

Связывая обсуждение ДНЯО с договорами Тлателолко<sup>2</sup> и Раротонга<sup>3</sup> и Протоколами к ним, Суд привлек внимание к активным<sup>4</sup> и пассивным<sup>5</sup> гарантиям безопасности, предоставляемым ядерными государствами в соответствии с этими договорами, а также к заявлениям, сделанным представителями этих государств на Конференции по рассмотрению и продлению действия ДНЯО, проходившей в Нью-Йорке в 1995 г.<sup>6</sup> Эти гарантии безопасности включают оговорки ядерных государств относительно применения ядерного оружия при некоторых обстоятельствах<sup>7</sup>. Поскольку государства, обладающие ядерным оружием, не считают себя связанными запрещением угрозы ядерного оружия или его применения, Заключение, как представляется, исходит из того, что такого запрета не существует. Большинство судей отметили, что государства — участники договоров Тлателолко и Раротонга не возражали против оговорок о возможном применении ядерного оружия, сделанных ядерными государствами

<sup>1</sup> По состоянию на 30 сентября 1996 г.

<sup>2</sup> Договор Тлателолко о запрещении ядерного оружия в Латинской Америке от 14 февраля 1967 г.

<sup>3</sup> Договор Раротонга о безъядерной зоне южной части Тихого океана от 6 августа 1985 г.

<sup>4</sup> Давая активную гарантию, ядерные государства заявляют, что придут на помощь любому неядерному государству, которое подвергнется нападению с применением ядерного оружия.

<sup>5</sup> В соответствии с пассивными гарантиями безопасности государства, обладающие ядерным оружием, не будут применять ядерное оружие против неядерных государств, участвующих в различных договорах. Эти гарантии обычно сопровождаются оговорками, в силу которых гарантия не будет действовать, если неядерное государство-участник является союзником ядерного государства, вовлеченного в вооруженный конфликт с другим государством. О гарантиях безопасности по договорам Тлателолко и Раротонга см. *Jozef Goldblat. Arms Control. 1994, pp. 150-155.*

<sup>6</sup> См. UN Doc. S/Res/984 (1995), где отмечаются гарантии ядерных государств.

<sup>7</sup> Заключение, пункт 62(b).

в отношении протоколов к этим договорам<sup>1</sup>. Отсюда напрашивается следующий вывод: отсутствие возражений является еще одним доказательством того, что на практике государства не признают наличия запрета на угрозу ядерным оружием или на его применение.

Вице-председатель Суда Швებель более открыто выразил мнение по поводу молчаливого согласия неядерных государств с позицией ядерных государств, которые оставляют за собой право применения ядерного оружия при некоторых обстоятельствах. В своем Несовпадающем особом мнении он в прямой форме заявил, что эту позицию разделяют многие неядерные государства мира, находящиеся под защитой «ядерного зонтика» своих союзников, обладающих ядерным оружием<sup>2</sup>. С точки зрения судьи Швებеля, было бы преувеличением утверждать, что такое молчаливое согласие служит поддержкой *opinio juris* в пользу законности угрозы ядерным оружием или его применения (особенно, если учесть резкие протесты, отмеченные в ряде резолюций Генеральной Ассамблеи ООН)<sup>3</sup>. Однако он действительно утверждал, что это отсутствие возражений «предотвращает появление или сохранение *opinio juris* в пользу противного»<sup>4</sup>.

Сделанный судьей Швებелем анализ результатов отсутствия возражений со стороны неядерных государств, которые «укрываются под “ядерным зонтиком”» своих союзников, обладающих ядерным оружием, несомненно, будет оспариваться многими из государств, пользующихся такой защитой. Мое собственное государство, Австралия, как член АНЗЮС<sup>5</sup>, трехстороннего пакта безопасности, в который входят также Новая Зеландия и США, находится под американским «ядерным зонтиком» начиная с 1951 г. Хотя позиция австралийского правительства может показаться непоследовательной, оно считает, что угроза ядерным оружием и его применение являются незаконными при любых обстоятельствах<sup>6</sup>. Более того, оно постоянно утверждает, что статья VI ДНЯО налагает обязательство на все государства-участники, обладающие ядерным оружием, работать над достижением полного ядерного разоружения и что это обязательство необходимо неукоснительно выполнять<sup>7</sup>. Право ядерных государств-участников ДНЯО обладать ядерным оружием, но крайней мере, на вре-

<sup>1</sup> Заключение, пункт 62(c).

<sup>2</sup> Несовпадающее особое мнение судьи Швებеля.

<sup>3</sup> Ряд резолюций, начиная с UN GA Res. 1653 (1961).

<sup>4</sup> Несовпадающее особое мнение судьи Швებеля.

<sup>5</sup> Пакт безопасности между Австралией, Новой Зеландией и Соединенными Штатами Америки, заключенный 1 сентября 1951 г.

<sup>6</sup> См., например, устное заявление, сделанное от имени Австралии сенатором Гаретом Эвансом, QC, министром иностранных дел: «International Court of Justice: Requests for Advisory Opinions on Nuclear Weapons Submitted by the World Health Organization and the United Nations General Assembly — The Case for Illegality», перепечатанное в Australian International Law Journal, 1994–95, p. 178.

<sup>7</sup> См., например, заявление Ричарда Стара, посланника по вопросам разоружения, Первый Главный Комитет Конференции государств — участников ДНЯО по рассмотрению и продлению действия Договора, Нью-Йорк, 19 апреля 1995 г., и заключительное заявление Ричарда Батлера, постоянного представителя Австралии на Конференции государств-участников ДНЯО по рассмотрению и продлению действия Договора, Нью-Йорк, 12 мая 1995 г. (экземпляры заявлений имеются в архиве автора). См. также: Gareth Evans, Bruce Grant. Australia's Foreign Relations: In the World of the 1990's. 2nd ed. 1995, p. 86.

менной основе не предоставляет им автоматически права на его применение. Право обладать ядерным оружием оправдывают (и это оправдание довольно спорное) тем, что одностороннее ядерное разоружение какого-либо из пяти государств — участников ДНЯО практически и неосуществимо, и нежелательно<sup>1</sup>. Обладание этим оружием разрешается на время его постепенного сокращения, которое в конечном итоге должно привести к полному уничтожению ядерного оружия.

Судья Швებель с одобрением приводит довод, представленный Суду Соединенным Королевством: «...вся структура ДНЯО (...) предполагает, что стороны не считают использование ядерного оружия запрещенным при любых обстоятельствах»<sup>2</sup>. Однако многие неядерные государства — участники ДНЯО могут возразить, что из допущения права на обладание ядерным оружием до того, как будет достигнуто соглашение о запрете на обладание им и на его применение, не следует делать вывод о допустимости использования такого оружия до принятия соглашения. Точнее было бы сказать следующее: структура ДНЯО предполагает, что стороны принимают как факт то обстоятельство, что пять государств обладают ядерным оружием. Достигнутый в Договоре компромисс состоял в том, что неядерные государства отказались от права разрабатывать, приобретать, складировать, испытывать и применять ядерное оружие, получив за это доступ к ядерным технологиям, используемым в мирных целях<sup>3</sup>, и обязательство со стороны ядерных государств добросовестно вести переговоры об уничтожении имеющихся у них запасов такого оружия<sup>4</sup>. Тот факт, что вторые не приняли указанное обязательство всерьез, стал постоянным источником разочарования для первых и напряженности между этими двумя категориями государств. Преамбула и весь текст ДНЯО показывают, что его цель — предотвратить горизонтальное распространение ядерного оружия и, в конечном итоге, добиться его уничтожения. Таким образом, широкомасштабное вертикальное распространение ядерного оружия в ядерных государствах представляет собой явное пренебрежение целями и задачами Договора, равно как и некоторыми конкретными обязательствами, им налагающимися<sup>5</sup>.

Не высказывая этого в прямой форме, большинство членов Суда пришли к выводу, что пять государств, обладающих ядерным оружием, а также те государства, которые упорно отказываются стать участниками ДНЯО, находятся в привилегированном положении — им может быть позволено применить ядерное оружие в целях самообороны, в то время как остальные государства не могут сделать этого в силу своих обязательств по ДНЯО. Дискриминацион-

<sup>1</sup> Следует отметить, что, по крайней мере, одно государство (не из их числа) завершило одностороннее ядерное разоружение и стало неядерным государством — участником ДНЯО.

<sup>2</sup> Несовпадающее особое мнение судьи Швებеля.

<sup>3</sup> Статьи II, IV и V.

<sup>4</sup> Статья VI.

<sup>5</sup> Хотя значительное сокращение ядерных арсеналов США и Российской Федерации в результате заключения этими государствами двусторонних соглашений о сокращении стратегических вооружений внушает оптимизм, количество оставшихся ядерных боеголовок все еще неоправданно велико. См., в частности, Report of the Canberra Commission on the Elimination of Nuclear Weapons. Department of Foreign Affairs and Trade. Canberra, 1996, pp. 24–28.

ный эффект подобного вывода абсолютно неприемлем для неядерных государств — участников ДНЯО<sup>1</sup>, и он был с презрением отвергнут в Несовпадающих особых мнениях судей Шахабуддина и Вирамантри. Как утверждает судья Шахабуддин, вывод Суда равносильен утверждению, что главной задачей ДНЯО является не предотвращение распространения опасного вида оружия, а «закрепление права на его применение за меньшинством государств».

Члены Суда единогласно решили, что существует международное юридическое обязательство вести переговоры с целью достижения всеобщего ядерного разоружения под «строгим и эффективным международным контролем»<sup>2</sup>. К сожалению, принятие Судом решения «неясно» позволяет сделать следующий вывод: неопределенность в отношении законности угрозы ядерным оружием или его применения можно устранить только путем принятия договора, который конкретно потребовал бы полного ядерного разоружения. Поскольку подобного договора нет, тот факт, что обладание ядерным оружием считается приемлемым, рассматривается в каком-то смысле как доказательство отсутствия ясного и полного запрета на его использование. По мнению большинства, даже общие принципы международного гуманитарного права, подтвержденные в качестве обычных норм и применимые к угрозе ядерным оружием или его применению, не устраняют решения «неясно».

### 3. Общие принципы международного гуманитарного права

#### *Логическая последовательность аргументации Суда*

Несколько этапов в развитии аргументации Суда являются существенно важными для понимания его подхода к общим принципам международного гуманитарного права, поскольку они имеют отношение к угрозе ядерным оружием или его применению. Во-первых, Суд признал, что ядерное оружие обладает уникальными характеристиками разрушительной мощности. И результате расщепления атома высвобождаются две различные силы — «огромное количество тепла и энергии» и «мощное и длительное излучение»<sup>3</sup>. Суд согласился с тем, что последствия ядерного взрыва намного превосходят последствия применения других видов оружия и что такое явление, как радиоактивное излучение, присуще лишь ядерному оружию<sup>4</sup>.

Во-вторых, Суд отметил, что любая угроза ядерным оружием и его применение регулируются соответствующими принципами международного права, в частности, международного гуманитарного права. Согласие с этим очевидным принципиальным заявлением в прямой форме выражено всеми государствами, которые выступили перед Судом, включая и пять известных ядерных государств<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Об этом свидетельствуют соответствующие заявления государств-участников, сделанные на Конференции по рассмотрению и продлению действия ДНЯО 1995 г.

<sup>2</sup> Заключение, пункт 105.2F.

<sup>3</sup> Там же, пункт 35.

<sup>4</sup> Там же.

<sup>5</sup> Там же, пункт 22.



В-третьих, Суд установил, какие обычные правила, появившиеся в результате практики государств, имеют отношение к вопросу, поставленному перед Судом. В частности, Суд вновь подтвердил давно утвердившийся принцип, в соответствии с которым «право воюющих сторон использовать средства нанесения вреда противнику не является неограниченным»<sup>1</sup>, и заявил, что важнейшими ограничениями, в связи с рассматриваемым вопросом, являются хорошо известные принципы различения целей и запрещения причинять излишние страдания<sup>2</sup>. Принцип различения целей обеспечивает защиту гражданских лиц, которые могут пострадать в результате вооруженного конфликта<sup>3</sup>. Сторонам в конфликте запрещается превращать гражданских лиц в объект нападения или применять оружие, не позволяющее проводить различие между военными и гражданскими объектами<sup>4</sup>. Что касается запрета на причинение излишних страданий, он обеспечивает защиту комбатантам в вооруженном конфликте. Стороны, находящиеся в конфликте, не имеют права рассчитывать на использование оружия, которое наносит повреждения, не являющиеся необходимыми для достижения законных военных целей<sup>5</sup>.

*Prima facie*, применение этих принципов к угрозе ядерным оружием или его применению, особенно с учетом начальных этапов в изложении аргументации Суда, кратко рассмотренных выше, привело бы к выводу о том, что они незаконны практически при любых мыслимых обстоятельствах. Конечно, применение ядерного оружия против гражданского населенного пункта подпало бы под запрещение. Однако часто приводятся следующие доводы: тактические ядерные боеприпасы малой мощности могут использоваться против военных объектов, находящихся на значительном удалении от гражданских объектов, и не всякое подобное применение обязательно несовместимо с принципами международного гуманитарного права<sup>6</sup>. Многие ожидали, что Суд уделит больше внимания данному вопросу. По крайней мере, казалось разумным предположить, что он попытается разъяснить «главные принципы» международного гуманитарного права и постарается применить их к различным сценариям, включающим в себя угрозу ядерным оружием или его применение. Приложение общих принципов к конкретным обстоятельствам является, несомненно, важнейшим элементом судебного процесса. Как подчеркнула судья Хиггинс в своем Несовпадающем

---

<sup>1</sup> Статья 22 Гагского положения о законах и обычаях сухопутной войны от 18 октября 1907 г.; Заключение, пункт 77.

<sup>2</sup> Заключение, пункт 78.

<sup>3</sup> См. IV Женевскую конвенцию о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г.

<sup>4</sup> Заключение, пункт 78.

<sup>5</sup> Там же.

<sup>6</sup> См., например, *William O'Brien*. Legitimate Military Necessity in Nuclear War. — 2 *World Polity*, 1960, p. 35. Вопрос о (не)совместимости тактического ядерного оружия и международного гуманитарного права рассматривается в целом, например, *Burns H. Weston*. Nuclear Weapons Versus International Law: a Contextual Reassessment. — 28 *McGill Law Journal*, 1983, pp. 543, 581, 587; *William R. Hearn*. The International Legal Regime Regulating Nuclear Deterrence and Warfare. — 61 *British Yearbook of International Law*, 1990, p. 199, 232–44; *Daniel J. Arbess*. The International Law of Armed Conflict in Light of Contemporary Deterrence Strategies: Empty Promise or Meaningful Restraint? — 30 *McGill Law Journal*, 1984, pp. 89, 111–121; *Elliot Meyrowitz*. Prohibition of Nuclear Weapons: The Relevance of International Law. 1990, pp. 41–86.

особом мнении (отрывок из него, содержащий эту мысль, взят в качестве эпиграфа для настоящей статьи), именно в этом и заключается обязанность Суда.

### *Неприменение общих принципов*

На деле же Суд к этому даже не приступал. Он просто заявил, что применение ядерного оружия, как представляется, «вряд ли совместимо» с общими принципами международного гуманитарного права. Суд не смог «сделать однозначный вывод о том, что применение ядерного оружия обязательно шло бы вразрез с принципами и нормами права (...) при любых обстоятельствах»<sup>1</sup>. Суд недостаточно глубоко рассмотрел вопрос, в каких конкретных обстоятельствах применение ядерного оружия было бы совместимо с этими принципами. В первом абзаце подпункта 2Е постановляющей части Суд заявил, что угроза ядерным оружием или его применение «в целом противоречили бы нормам международного права, действующим в период вооруженного конфликта». Хотя выражение «в целом» подразумевает возможность исключения из этого правила, Суд опять не указал, при каких исключительных обстоятельствах угроза ядерным оружием или его применение были бы совместимы с этими нормами. В своем Несовпадающем особом мнении, которое судья Хиггинс изложила с такой убедительностью, она подвергла критике концепцию незаконности «в целом» за отсутствие четкости и вытекающую отсюда двусмысленность в отношении вопроса, который был поставлен перед Судом и на который Суд согласился ответить, но ответил неудовлетворительно:

«Что означает термин «в целом»? Идет речь о количественном показателе или ссылка делается на различные типы ядерного оружия, или же предполагается, что нормы гуманитарного права не могут быть соблюдены, за исключением отдельных случаев. Если это так, то где анализ Судом этих норм, должным образом понятых, и их применения к ядерному оружию? И каковы те исключения, которые следует иметь в виду при чтении термина «в целом»? Следует ли их увязывать с исключительной способностью соответствовать гуманитарному праву? Фразеология пункта 2Е постановляющей части ставит все эти вопросы, но ни на один не дает ответа»<sup>2</sup>.

Тот факт, что Суд не применил принципы международного гуманитарного права к угрозе ядерным оружием или его применению, заставил нескольких судей высказать свое несовпадающее особое мнение. Судья Виранантри и судья Корума утверждали, что уникальная разрушительная мощь ядерного оружия неизбежно делает любое его использование несовместимым с общими принципами международного гуманитарного права и что логика аргументации, которой следовал Суд, должна была «неумолимо» привести его к этому выводу<sup>3</sup>. Судья Шахабуддин предположил, что Суд мог сделать вывод о незаконности угрозы ядерным оружием или его применения при любых обстоятельствах

<sup>1</sup> Заключение, пункт 95.

<sup>2</sup> Несовпадающее особое мнение судьи Хиггинс, пункт 25.

<sup>3</sup> См. Несовпадающие особые мнения судьи Виранантри и судьи Корума.

на основании имевшихся в его распоряжении материалов, и, следовательно, то, что он этого не сделал, было неправильным<sup>1</sup>.

Судья Хиггинс, также в рамках Особого мнения, указала, каким должен был быть, с ее точки зрения, подход Суда к рассмотрению применимости международного гуманитарного права. В отношении общего принципа различения целей и сопутствующего ему запрета на оружие, при использовании которого невозможно провести различие, например, между комбатантами и некомбатантами, судья Хиггинс признала как само собой разумеющийся факт, что всякое применение ядерного оружия против гражданского объекта является очевидно незаконным. Однако применение ядерного оружия против военного объекта, которое может привести к нанесению «побочного» ущерба гражданским лицам, представляет собою более сложный вопрос. Здесь право требует сопоставить военную необходимость и гуманность. Всякий «побочный» ущерб должен быть соразмерен законной военной цели, и в связи с этим неизбежно возникают проблемы определения степени этой соразмерности. Даже если объект был законным, а применение ядерного оружия единственным способом его уничтожения, возможно, стороне, применившей такое оружие, придется доказать, что действительно имела место «необходимость», в силу которой причинен значительный ущерб гражданским лицам. Судья Хиггинс утверждает, что ядерное оружие принадлежит к видам оружия, «не являющимся монолитными во всех их аспектах», и что в эту категорию входит множество типов оружия<sup>2</sup>. Однако, поскольку не представляется возможным нацелить тот или иной вид ядерного оружия исключительно на военный объект и, таким образом, провести различие между военными и гражданскими объектами, ядерное оружие является незаконным<sup>3</sup>.

Судья Хиггинс рассмотрела также общий запрет на применение оружия, причиняющего излишние страдания или излишний ущерб. Она объяснила, что излишние страдания не следует путать со страшными страданиями. Опять-таки применение общего принципа требует балансирования между военной необходимостью и гуманностью, но отсюда автоматически не следует, что существует запрет на причинение страданий, достигающих какой-либо объективно определенной степени. В связи с этим возникает вопрос: какая военная необходимость может быть настолько серьезной, чтобы оправдать страдания, вызванные ядерным оружием? Подобного рода вопросы должен был задать сам Суд, и, если от него требовалось представить квалифицированный ответ по поводу законности ядерного оружия, он должен был и ответить на них.

#### **4. Возможность законного применения ядерного оружия при самообороне**

Эти критические замечания относительно выводов, к которым пришел Суд, являются достаточно вескими. Однако в следующем разделе Заключения мы на-

<sup>1</sup> Несовпадающее особое мнение судьи Шахабуддина.

<sup>2</sup> Несовпадающее особое мнение судьи Хиггинс, пункт 24.

<sup>3</sup> Там же.

блюдаем абсолютное отсутствие логики. Суд вернулся к вопросу о праве прибегать к силе при самообороне и сформулировал решение «неясно» в следующем замечании: «Суд не может сделать окончательный вывод о том, будут ли угроза ядерным оружием или его применение законными или незаконными в *чрезвычайном случае самообороны, когда под угрозу поставлено само выживание государства*»<sup>1</sup>. Та же самая формулировка повторяется во втором абзаце подпункта 2E постановляющей части. Связывая решение «неясно» относительно возможности законного применения ядерного оружия при самообороне с оговоркой, согласно которой применение ядерного оружия «в целом» несовместимо с международным гуманитарным правом, Суд не исключает возможности того, что применение ядерного оружия в каком-либо конкретном случае может быть законным, даже если оно противоречит международному гуманитарному праву<sup>2</sup>.

Этот вывод представляет собой не только поразительное смешение *jus ad bellum* и *jus in bello*, он, кроме того, как отмечает судья Хиггинс, более чем удовлетворяет самые смелые притязания выступавших в Суде ядерных государств на законность применения ядерного оружия, причем все эти государства «в полной мере» признали, «что любая законная угроза ядерным оружием или его применение должны соответствовать как *jus ad bellum*, так и *jus in bello*»<sup>3</sup>. Когда Суд определил в своем Совместном заключении, что принципы международного гуманитарного права применимы к угрозе ядерным оружием или его применению, он прямо признал факт согласия ядерных государств с применимостью этих принципов<sup>4</sup>. Даже если некоторые или все государства, обладающие ядерным оружием, полагают, что имеют право его использовать в крайнем случае самообороны, они все равно признают применимость гуманитарных принципов.

О самом, быть может, прискорбном возможном последствии вынесенного Судом решения «неясно» уже упоминалось. На практике неопределенность международного права в вопросе допустимости применения ядерного оружия в целях самообороны выгодна только пяти государствам, которые, как было заявлено, имеют ядерное оружие, и трем так называемым «околоядерным» государствам, которые не пожелали стать участниками ДНЯО в качестве ядерных государств<sup>5</sup>. В то время как все 178 государств-участников, не обладающих ядерным оружием, согласились отказаться от него и, следовательно, от его применения, указанные три государства не сделали этого, и юристы внешнеполитических ведомств в Иерусалиме, Дели и Исламабаде, должно быть, цитировали Совместное заключение Суда, оправдывая решения своих правительств

<sup>1</sup> Заключение, пункт 97 (курсив автора).

<sup>2</sup> Несовпадающее особое мнение судьи Хиггинс, пункт 29.

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> См. Заключение, пункт 22.

<sup>5</sup> Эти три государства — Израиль, Индия и Пакистан. Кроме того, не считая Бразилии, которая обязалась в полном объеме обеспечить ядерные гарантии в силу двустороннего соглашения с Аргентиной, участниками ДНЯО не являются Ангола, Гонконг, Джибути, Куба, острова Кука, Оман и Тайвань. Они вряд ли могут представлять серьезную угрозу в плане распространения ядерного оружия.

не участвовать в ДНЯО. Что касается неядерных государств — участников Договора, у которых сложились прохладные отношения с каким-либо из трех околоядерных государств, то они имеют все основания для самых серьезных опасений: не исключив возможности применения государствами ядерного оружия в целях самообороны, Суд признал законность программ разработки ядерного оружия, осуществляемых тремя государствами, не принявшими конкретных договорных обязательств. Почему же этим государствам должно быть предоставлено право осуществлять программы разработки ядерного оружия, в то время как 178 других государств признали устанавливаемый Договором запрет на такие действия?

Выше говорилось также еще об одном печальном последствии Заключения. Подтвердив, что общие принципы обычного международного гуманитарного права автоматически не применимы к конкретным видам оружия, Суд способствовал разделению системы международного права на категории. В условиях отсутствия всеобъемлющего и конкретного договорного запрещения на производство, приобретение, испытания и складирование ядерного оружия Суд не был склонен провозгласить угрозу ядерным оружием или его применение незаконными при любых обстоятельствах. Насколько хорошо развиты или насколько широко приняты общие принципы, казалось, не имело значения. Как мы уже видели, Суд в прямой форме признал, что сами неядерные государства согласились с применимостью этих принципов. Но даже при этом он все же как бы настаивал, что отсутствие согласия в международном сообществе по вопросу о полном ядерном разоружении имело важнейшее значение для вынесения им решения «неясно».

## 5. Заключение

Конечно, выводы Суда имеют определенное положительное значение для развития положений международного права, касающихся законности угрозы ядерным оружием или его применения. Единогласно принятое Судом подтверждение налагаемого статьей VI ДНЯО обязательства вести и завершить переговоры о ядерном разоружении<sup>1</sup> явилось полезным заявлением, даже если, строго говоря, оно и выходит за рамки вопроса, поставленного Генеральной Ассамблеей ООН. Очевидно, что напряженность между Севером и Югом, возникшая в связи с ДНЯО, Договором о всеобъемлющем запрещении испытаний ядерного оружия<sup>2</sup> и ведущимися в настоящее время многосторонними обсуждениями проблемы ядерного оружия, не исчезнет, пока не будет достигнуто соглашение.

Конечно, следует также приветствовать и установление Суда по вопросу о том, что принципы международного гуманитарного права, применимые к использованию оружия, составляют международное обычное право и, следо-

---

<sup>1</sup> См. Заключение, пункты 98–103.

<sup>2</sup> Текст Договора о всеобъемлющем запрещении испытаний ядерного оружия был представлен на рассмотрение Генеральной Ассамблеи ООН под номером UN Doc A/50/1027 (26 августа 1996 г.). Этот текст был одобрен в резолюции, принятой на специальном заседании при повторном созыве 50 сессии ГА ООН. См. A/RES/50/245 (20 сентября 1996 г.).

вательно, являются обязательными, независимо от согласия на их соблюдение. Однако неспособность Суда вывести на основании общих принципов материально-правовое запрещение применения ядерного оружия должна вызывать озабоченность. Международное право разоружения, касающееся конкретных видов оружия, постоянно вынуждено реагировать на свершившиеся факты, догоняя то, что эвфемистически называют «прогрессом в развитии военной техники». Недавнее соглашение о запрещении лазерного и ослепляющего оружия, принятое в ответ на появление новой технологической разработки, но еще до того, как она была использована для ведения войны, представляет собой невиданный успех<sup>1</sup>. Но даже и в этом сенсационном случае переговоры были проведены международным сообществом только в ответ на новые технические достижения, а не упредили их.

Международное сообщество согласилось принять общие гуманитарные принципы и продолжает заявлять о своей приверженности им. Однако сам Международный суд признал то прискорбное обстоятельство, что имеется разрыв между принципами и их применением к конкретным видам оружия. Создается впечатление, что, пока этот разрыв существует, международное сообщество всегда будет реагировать на уже имеющиеся место технические достижения и новые проявления бесчеловечности. Возможно, мы все же добьемся значительных успехов в решении проблемы ядерного оружия, но, несомненно, в будущем появятся технические разработки, которые невозможно сейчас предвидеть или о которых нельзя объявить на современном историческом этапе. При рассмотрении данного вопроса Международному суду представилась редкая возможность вынести решение относительно применения принципов на практике. Хотя он не смог прийти к выводу, что угроза ядерным оружием или его использование несовместимы с этими принципами при всех обстоятельствах, он мог бы, по крайней мере, начать процесс применения этих принципов. Очень жаль, что Суд не проявил большей готовности воспользоваться такой возможностью.

---

<sup>1</sup> См. текст Протокола IV к Конвенции о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия, которые могут считаться наносящими чрезмерные повреждения или имеющими неизбирательное действие, от 13 октября 1995 г. (еще не вступившего в силу). См. также *B. M. Carnahan, M. Robertson. The Protocol on 'Blinding Laser Weapons': A New Direction for International Humanitarian Law. — American Journal of International Law, 1996, p. 484; Венская конференция по рассмотрению действия Конвенции 1980 г. Успех в борьбе против ослепляющего лазерного оружия, серьезные разногласия по проблеме мин. — МЖКК, № 7, ноябрь—декабрь 1995, с. 90.*