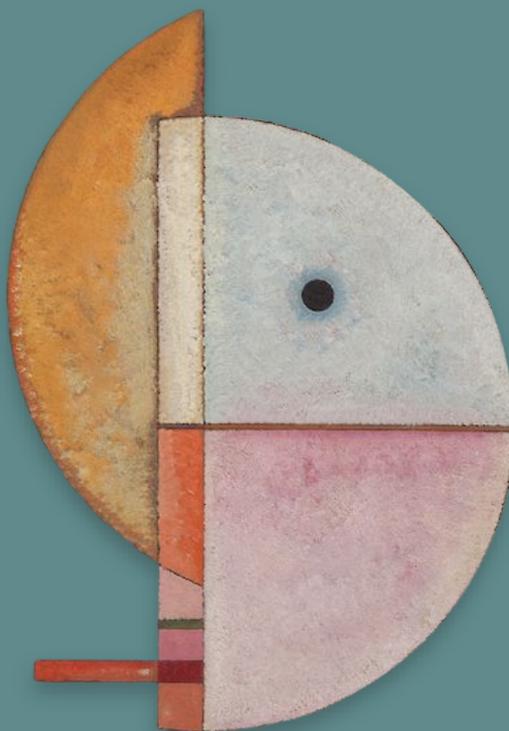


ISSN 2949-5717



ЖУРНАЛ ВШЭ ПО МЕЖДУНАРОДНОМУ ПРАВУ
HSE UNIVERSITY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

2023 | 1



Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law)

Учредитель: Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» (109028, Москва, Покровский бульвар, д. 11).
Электронный научный журнал. Издаётся с 2023 года. Периодичность: 4 раза в год.

РЕДАКЦИЯ

РУСИНОВА Вера Николаевна,
НИУ ВШЭ, Россия
ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

БОКЛАН Дарья Сергеевна,
НИУ ВШЭ, Россия
ЗАМЕСТИТЕЛЬ ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

МАРТЫНОВА Екатерина Александровна,
НИУ ВШЭ, Россия
ОТВЕТСТВЕННЫЙ СЕКРЕТАРЬ

ЗАХАРОВА Екатерина Андреевна,
НИУ ВШЭ, Россия
РЕДАКТОР, КОРРЕКТОР, ВЕРСТАЛЬЩИК

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

АКШАЛОВА Роза Джарасовна,
Евразийский национальный университет
им. Л.Н. Гумилёва, Казахстан

ИВАНОВ Эдуард Александрович,
НИУ ВШЭ, Россия

СТАРЖЕНЕЦКИЙ Владислав Валерьевич,
НИУ ВШЭ, Россия

БЕЛЛИ Лука,
Правовая школа Фонда Жетулиу
Варгаса, Бразилия

КРАСИКОВ Дмитрий Владимирович,
Саратовская государственная
юридическая академия, Россия

ТЮРИНА Наталия Евгеньевна,
Казанский (Приволжский)
федеральный университет, Россия

БОКЛАН Дарья Сергеевна,
НИУ ВШЭ, Россия

КРСТИЦ Ивана,
Университет Белграда, Сербия

ФИЛАТОВА Мария Анатольевна,
НИУ ВШЭ, Россия

ГОРСКИЙ Йенджей,
Городской университет Гонконга

ЛИФШИЦ Илья Михайлович,
Всероссийская академия внешней
торговли, Россия

ШЕСТАКОВА Ксения Дмитриевна,
СПбГУ, Россия

ЕВСЕЕВ Александр Петрович,
НИУ ВШЭ, Россия

РОМАШЕВ Юрий Сергеевич,
НИУ ВШЭ, Россия

ЭНТИН Кирилл Владимирович,
Суд Евразийского экономического союза,
НИУ ВШЭ, Россия

РУСИНОВА Вера Николаевна,
НИУ ВШЭ, Россия

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ

АБАЙДЕЛЬДИНОВ Ербол Мусинович,
Евразийский национальный университет
им. Л.Н. Гумилёва, Казахстан

КОВЛЕР Анатолий Иванович,
судья Европейского суда по правам человека
(1998–2012), Институт законодательства и
сравнительного правоведения
при Правительстве РФ, Россия

МЕЗЯЕВ Александр Борисович,
Университет управления «ТИСБИ», Россия

АБДУЛЛИН Адель Ильсиярович,
Казанский (Приволжский) федеральный
университет, Россия

КОЛОС Денис Георгиевич,
судья Суда Евразийского экономического союза,
Беларусь

МЮЛЛЕРСОН Рейн,
президент Института международного права
(2013–2015), почетный профессор Таллиннского
университета, Эстония

БОКЛАН Дарья Сергеевна,
НИУ ВШЭ, Россия

КОНГ Киньянг,
Китайский университет
политической науки и права, Китайская народная
республика

РУСИНОВА Вера Николаевна,
НИУ ВШЭ, Россия

ДЕДОВ Дмитрий Иванович,
судья Европейского суда по правам человека
(2013–2022),
МГУ им. М.В. Ломоносова, Россия

МАРОЧКИН Сергей Юрьевич,
Тюменский государственный университет, Россия

САФАРОВ Низами Абдулла оглу,
заведующий юридическим отделом
Аппарата Национального Собрания (Парламента)
Азербайджанской Республики, Азербайджан

ЕРПЫЛЁВА Наталия Юрьевна,
НИУ ВШЭ, Россия

МАХАНТА Упасана,
Глобальный университет
им. О.П. Жиндала, Индия

СОКОЛОВА Наталья Александровна,
МГЮА им. О.Е. Кутафина, Россия

КАПУСТИН Анатолий Яковлевич,
президент Российской ассоциации
международного права, Институт
законодательства и сравнительного
правоведения при Правительстве РФ,
Россия

ЭНТИН Марк Львович,
МГИМО (У) МИД РФ, Россия

Адрес редакции: 109028 Москва, Б. Трёхсвятительский пер, 3, каб. 227.
Тел.: +7 (495) 772-95-90 (23066); e-mail: lawjournal@hse.ru
<https://jil.hse.ru>

Позиция авторов может не совпадать с мнением редакции.

© НИУ ВШЭ, 2023

Zhurnal VSHÉ po Mezhdunarodnomu Pravu (HSE University Journal of International Law)

Founder: National Research University Higher School of Economics (Pokrovsky Bulvar, 11, Moscow 109028, Russia).
Electronic scientific journal. Published since 2023. Frequency: 4 times a year.

EDITORIAL TEAM

Vera RUSINOVA,
HSE University, Russia
EDITOR-IN-CHIEF

Daria BOKLAN,
HSE University, Russia
DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

Ekaterina MARTYNOVA,
HSE University, Russia
EXECUTIVE EDITOR

Ekaterina ZAKHAROVA,
HSE University, Russia
EDITOR, PROOFREADER, LAYOUT
DESIGNER

EDITORIAL BOARD

Roza AKSHALOVA,
L.N. Gumilyov Eurasian National
University, Kazakhstan

Luca BELLI,
Fundação Getulio Vargas (FGV)
Law School, Brazil

Daria BOKLAN,
HSE University, Russia

Kirill ENTIN,
head of the Eurasian sector, Centre for
Comprehensive European and
International Studies (CCEIS), HSE
University, Russia

Alexander EVSEEV,
HSE University, Russia

Maria FILATOVA,
HSE University, Russia

Jędrzej GÓRSKI,
research fellow at the City University of
Hong Kong

Eduard IVANOV,
HSE University, Russia

Dmitry KRASIKOV,
Chair of International Law Department
at Saratov State Academy of Law, Russia

Ivana KRSTIC,
the University of Belgrade, Serbia

Ilya LIFSHITS,
the Russian Foreign Trade Academy,
Russia

Yury ROMASHEV,
HSE University, Russia

Vera RUSINOVA,
HSE University, Russia

Ksenia SHESTAKOVA,
St Petersburg University, Russia

Vladislav STARZHENETSKY,
HSE University, Russia

Nataliya TYURINA,
Kazan Federal University, Russia

EDITORIAL COUNCIL

Yerbol ABAIDELDINOV,
Eurasian National University named after L.N.
Gumilyov, Kazakhstan

Adel ABDULLIN,
Kazan Federal University, Russia

Daria BOKLAN,
HSE University, Russia

Dmitry DEDOV,
former Judge at the European Court of
Human Rights (2013–2022), Moscow State
University named after Lomonosov, Russia

Mark ENTIN,
Moscow State Institute of International
Relations (University) of the Ministry of
Foreign Affairs of Russia, Russia

Anatoly KAPUSTIN,
Moscow State Institute of International
Relations (University) of the Ministry of
Foreign Affairs of Russia, the Institute of
Legislation and Comparative Law under
the Government of the Russian
Federation, Russia

Denis KOLOS,
Judge at the Court of the Eurasian Economic
Union, Belarus

Qingjiang KONG,
China University of Political Science and Law,
People's Republic of China

Anatoly KOVLER,
former Judge at the European Court of Human
Rights (1998–2012), the Institute of Legislation
and Comparative Law under the Government
of the Russian Federation, Russia

Upasana MAHANTA,
O.P. Jindal Global University, India

Sergei MAROCHKIN,
Head of the Laboratory of International and
Comparative Law Studies, State University of
Tyumen, Russia

Alexander MEZYAEV,
University of Management "TISBI",
Russia

Rein MÜLLERSON,
former President of the Institute of
International Law, Professor Emeritus
at Tallinn University, Estonia

Vera RUSINOVA,
HSE University, Russia

Nizami Abdulla oglu SAFAROV,
Head of the Legal Department of the
Office of the National Assembly of the
Republic of Azerbaijan, Azerbaijan

Natalia SOKOLOVA,
Moscow State Law University named
after Kutafin, Russia

Natalia YERPYLEVA,
HSE University, Russia

Editorial address: 109028 Moscow, Bolshoy Trekhsvyatitskiy Lane 3, office 227.
Tel.: +7 (495) 772-95-90 (23066); e-mail: lawjournal@hse.ru
<https://jil.hse.ru>

The authors' opinions do not necessarily reflect the opinions of the editors.

© HSE University, 2023

Содержание / Contents

ОТ РЕДАКЦИИ / EDITORIAL NOTE

Русинова В. Н.

«Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law)»: миссия «вверх» *РУС* 4

Rusinova V. N.

«Zhurnal VSHÉ po Mezhdunarodnomu Pravu (HSE University Journal of International Law)»: Mission ‘Upward’ *ENG* 6

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ИЗЫСКАНИЯ / THEORETICAL INQUIRIES

Лихачев М. А. / Likhachev M. A.

Политики международной правосубъектности и их историческая изменчивость / The Politics of International Personality and Their Historical Inconsistency *РУС* 8

Зеленовская Т. С., Маторина В. А., Фоменко А. И. /

Zelenovskaya T. S., Matorina V. A., Fomenko A. I.

Exceptio Non Adimpleti Contractus и проблема чрезмерной инклюзивности международного права / *Exceptio Non Adimpleti Contractus* and a Problem of Overinclusiveness in International Law *ENG* 26

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ / TOPICAL ISSUES

Лифшиц И. М. / Lifshits I. M.

Трансграничное налогообложение: «Золушка» международного права, которая мечтает стать королевой / Transboundary Taxation: ‘Cinderella’ of International Law Who Dreams to Become a Queen *РУС* 39

Кондрашов О. Р. / Kondrashov O. R.

Между правом и политикой: нераспространение ядерного оружия и соблюдение международно-правовых обязательств под влиянием другого государства в контексте международной торговли / Between Law and Politics: Nuclear Non-Proliferation and State-Induced Compliance in International Trade *ENG* 53

Петрова Т. П. / Petrova T. P.

Пограничный корректирующий углеродный механизм в ЕС: правовые проблемы и актуальность в свете действующего санкционного режима / EU Carbon Border Adjustment Mechanism: Legal Challenges and Relevance in Light of the Current Sanctions Regime *ENG* 71

МЕЖДИСЦИПЛИНАРНЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ / INTERDISCIPLINARY RESEARCHES

Евсеев А. П. / Evseev A. P.

Личность международного преступника (по материалам Нюрнбергского и иных судебных разбирательств) / The Personality of International Criminal (on Materials of Nuremberg and Other Judicial Proceedings) *РУС* 81

КОММЕНТАРИЙ / COMMENTARY

Пименова С. Д. / Pimenova S. D.

Международный суд, Обвинения в геноциде по Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Украина против России), Решение от 16 марта 2022 года / Ukraine v. Russia: a Commentary on the Order of 16 March 2022 on the Request for the Indication of Provisional Measures *РУС* 97

«ЖУРНАЛ ВШЭ ПО МЕЖДУНАРОДНОМУ ПРАВУ (HSE UNIVERSITY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW)»: МИССИЯ «ВВЕРХ»

Не секрет, что открытие журнала давно было заветной мечтой юристов-международников Вышки. Год назад эта мечта стала идеей, которой меня лично заразила Д.С. Боклан. Однако идея никогда не была бы претворена в жизнь без всесторонней поддержки декана факультета права В.А. Виноградова и заместителя декана по научной работе А.А. Ларичева, которые верили в нас даже тогда, когда мы сами теряли надежду на успех. Мы искренне признательны всем членам редколлегии и редсовета, которые не просто доверились нам, а с большим энтузиазмом поддержали этот проект. Девять авторов поразили нас своей смелостью, направив статьи в журнал, который только был «рожден». Итоговая редакция, в которой статьи предстанут перед читателем, — большая заслуга наших рецензентов. Некоторые рецензии и ответы на них в силу глубины содержания и внушительного объема претендовали на то, чтобы называться самостоятельными статьями, и только жесткие правила двойного слепого рецензирования пресекли наше желание опубликовать острую научную полемику. Однако именно оживленная дискуссия и стала явным признаком того, что журнал «задышал». Слова искренней благодарности я также хочу адресовать нашим сотрудникам: Е.А. Захаровой и Е.А. Мартыновой — это два «крыла» журнала: его взлет — результат их неустанной работы и безграничной любви к полету.

Логотипом «Журнала ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law)» мы выбрали фрагмент принадлежащей кисти В.В. Кандинского картины «Вверх». Многие знают, что великий художник-абстракционист был юристом по образованию и вполне мог стать профессором. Однако не этот примечательный факт биографии Кандинского подтолкнул редакцию обратиться к его творчеству. Наш подход к пониманию сущности самого международного права и к осмыслению происходящих в нем процессов тесно перекликается с идеями, которые были выражены Кандинским на языке изобразительного искусства и в текстах его теоретических работ.

«Из характеристики нашей сегодняшней гармонии само собой следует, — писал Кандинский в 1910 году, — что в наше время менее, чем когда-либо, возможно выработать совершенно законченную теорию, создать сконструированный генерал-бас живописи»¹. Так и мы — юристы-международники в первой четверти XXI века стоим на плечах великих интеллектуалов, уже доказавших тщетность и иллюзорность построения «большой» (читай — всеобщей и единой) теории.

Наш журнал базируется на понимании того, что задачи, стоящие перед современной наукой международного публичного права, не могут быть решены исключительно посредством анализа международных договорных и обычных норм и связаны с необходимостью расширения методологического аппарата научных исследований за рамками правового формализма. Именно такой подход позволяет проводить научно обоснованный анализ постоянно находящейся в движении сложной картины современного международного права. Картины, которая формируется одновременно в результате как глобализации, так и регионализации. Картины, которая складывается из сложного и живого взаимодействия подталкивающих и питающих друг друга, но при этом нередко сталкивающихся и соперничающих норм: универсальных, региональных, локальных, национальных, — за которыми, соответственно, стоят ценности, интересы, политические и экономические процессы, государства, корпорации и, конечно, индивиды.

Наука международного права переживает бурный рост и развитие за счет переосмысления и критики собственной онтологии, а также развития методологической базы научных исследований, включая признание обоснованности междисциплинарных подходов, основанных на использовании положений политической науки, социологии, а также экономики, и роста эмпирических исследований. Именно этот подход к признанию плюралистичности современных научных теорий и методологии будет служить основой для наполнения журнала.

При всей сохраняющейся важности позитивизма для нас выход из автореферентной системы международного права — это не наполненное постмодернистским разочарованием разрушение «зеркального зала»², а развитие науки, научного мышления, расширение возможностей для генерирования нового знания о международном праве. Исходя из многомерности восприятия «международного права в действии», мы открываем двери для тех, кто готов концептуализировать различные процессы и явления, лежащие в необъятной плоскости «социальных полей»³ международного права.

¹ Кандинский В.В. *О духовном в искусстве*. Нью-Йорк : Международное Литературное Содружество, 1967. С. 120.

² См.: Д'Аспремон Ж. *Три юриста-международника в зеркальном зале* // Международное правосудие. 2019. № 4 (32). С. 21–38.

³ См.: Флигстин Н., Макадам Д. *Теория полей* / пер. с англ. Е. Б. Головляницыной; под науч. ред. В. В. Радаева. М. : Изд. дом Высшей школы экономики, 2022. С. 48–74.

Как известно, гений Кандинского сочетал в себе художественный дар с философским осмыслением процесса творчества и был наполнен ответственностью и осознанием гуманистической миссии художника. Позже эти прозрения назовут зарождением «духовного поворота» в живописи. «В каждой картине таинственным образом заключена целая жизнь, — писал Кандинский. Но «куда направлена эта жизнь? К каким сферам взывает душа художника, если и она творила? Что она хочет возвестить?»⁴ — вопрошает художник. Этот моральный компас как никогда важен для международного права и обращенных к нему исследований: за нормами, институтами, отношениями, процессами, практиками и акторами за пеленой интересов всегда стоят ценности. Что двигало теми, кто создавал нормы? Теми, кто их применяет? Теми, кто их концептуализирует и осмысляет? На свой вопрос Кандинский дает ответ словами композитора Р. Шумана: «Призвание художника — посылать свет в глубины человеческого сердца»⁵.

Параллели на этом не заканчиваются. «Путь к живописи» В.В. Кандинский определял как «лежащий меж двух областей», отмечая, что они «являются и двумя опасностями»: «направо — целиком абстрактное, совершенно эмансипированное применение цвета в “геометрической” форме», «налево — более реальное, но слишком ослабленное внешними формами пользование цвета в “телесной” форме»⁶. В этом описании сложно не распознать выведенную М. Коскенниemi дихотомию между нормативностью права (которая в крайней своей форме становится утопией) и конкретностью (это проявление реализма, выведение правил исключительно из поведения государств, ведущее к апологии их действий)⁷. Критическое осознание сущности процесса формирования норм международного права и его применения судами и квазисудебными органами есть исходная позиция и платформа, предопределяющая контуры требований нашего журнала к будущим публикациям.

«Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law)» начинает свою работу и открывает двери для всех теоретиков и практиков, опытных и молодых исследователей. Мы уверены в том, что, объединив интеллектуальные усилия большой команды авторов, рецензентов и редакторов, журнал уже с первого номера начнет выполнять свою миссию — основываясь на плюралистичной картине научных теорий и методологии современного международного права, развивать стереоскопическое представление о нормах, процессах и акторах, формирующих современные международно-правовые отношения. Пусть направление этого пути определит картина Кандинского: вверх!

В. Н. Русина,

главный редактор «Журнала ВШЭ по международному праву
(HSE University Journal of International Law)»

⁴ Кандинский В.В. *Указ. соч.* С. 20.

⁵ Там же.

⁶ Там же. С. 133.

⁷ Koskeniemi M. *The Politics of International Law*. Oxford : Hart Publishing, 2011. P. 38–40.

ZHURNAL VSHÉ PO MEZSHDUNARODNOMU PRAVU (HSE UNIVERSITY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW): MISSION «UPWARD»

It is no secret that it has been a cherished dream of the HSE University international lawyers to launch a scientific journal. A year ago, Professor Daria Boklan infected me with her enthusiasm for having a journal, and it became our shared idea. However, it would never have been implemented without the full support of Vadim Vinogradov, the Dean of the Faculty of Law, and Alexander Larichev, the Deputy Dean for Research, who believed in us even when we ourselves despaired of success. We are sincerely grateful to all members of the Editorial Board and the Editorial Council, who not only trusted us, but supported with great encouragement. Nine authors impressed us with their courage by submitting manuscripts to a newborn journal. The articles as you see them in this issue are a great merit of our reviewers. Some of the reviews and responses to them, in terms of their content and volume, qualify for being independent articles themselves, and only the strict rules of double-blind peer review kept us from publishing this robust academic discussion. For us, this is also a clear sign that the journal has already been 'breathing'. I would also like to express my heartfelt gratitude to the editorial team: Ekaterina Zakharova and Ekaterina Martynova — they are the two 'wings' of our journal: its 'take-off' is the result of their tireless work and unflinching love for flying.

We have chosen a fragment of the painting by Wassily Kandinsky «Upward» as the logo of the HSE University Journal of International Law. The fact that this great abstract artist was a lawyer by education and could well become a professor is common knowledge. That said, this circumstance was far from decisive for us. Our approach both to understanding the essence of International Law itself and to comprehending the processes taking place in it closely echoes the ideas that were embodied by Kandinsky in the language of fine art and in the texts of his theoretical works.

"From the nature of modern harmony," as Kandinsky wrote in 1910, "it results that never has there been a time when it was more difficult than it is today to formulate a complete theory, or to lay down a firm artistic basis."¹ In a similar way, we, international lawyers in the first quarter of the 21st century, stand on the shoulders of great intellectuals who have already proved the futility and illusiveness of building a 'complete' (read: universal and unified) theory.

Our journal will be based on the understanding that the tasks facing the modern science of Public International Law cannot be solved solely through the analysis of international treaties and customary norms and require expansion of the methodological apparatus of scientific research beyond legal formalism. It is this approach that makes it possible to conduct a scientifically based analysis of the complex picture of modern International Law that is constantly in motion. The picture that is formed simultaneously through globalization and regionalization. The picture that consists of a complex and 'live' interaction of pushing and feeding each other, but at the same time often colliding and competing norms: universal, regional, local, national, behind which are values, interests, political and economic processes, states, corporations and, of course, individuals.

The science of International Law is experiencing rapid growth and development due to the rethinking and criticism of its own ontology, as well as the development of the methodological base of scientific research, including recognition of the validity of interdisciplinary approaches based on the provisions of political science, sociology, as well as economics, and the growth of empirical research. It is this approach to the recognition of the plurality of modern scientific theories and methodology that will serve as the basis for filling the journal.

For all the continued importance of positivism, for us, the way out of the self-referential system of International Law is not the destruction of the 'hall of mirrors'² filled with postmodern disappointment, but the development of science, academic thinking, and the expansion of opportunities for generating new knowledge about International Law. Based on the multidimensional perception of 'International Law in

¹ Kandinsky W. *Concerning the Spiritual in Art* / transl. by M. T. H. Sadler. The Floating Press, 2008. P. 97.

² D'Aspremont J. *Three International Lawyers in a Hall of Mirrors* // *Leiden Journal of International Law*. 2019. Vol. 32. № 3. P. 367–381.

action', we open the door for those who are ready to conceptualize various processes and phenomena that lie in the vast plane of the 'social fields'³ of International Law.

Famously, the genius of Kandinsky combined an artistic gift with a philosophical understanding of the creative process and was filled with responsibility and awareness of the artist's humanistic mission. Later, these insights were called the birth of a 'spiritual turn' in painting. "In each picture is a whole lifetime imprisoned", but "Whither is this lifetime tending? What is the message of the competent artist?"⁴ asks Kandinsky. This moral compass is more important than ever for International Law and for research about it: behind norms, institutions, relationships, processes, practices and actors, behind the veil of interests, — there are always values. What motivated those who created the norms? Those who use them? Those who conceptualize and comprehend them? Kandinsky answers his own question with the words of composer Robert Schumann: "To send light into the darkness of men's hearts — such is the duty of the artist."⁵

The parallels do not end there. Kandinsky traced "the way to the new art" in "the combination of colour and form", noting that it "lies today between two dangers": "on the one hand is the totally arbitrary application of colour to geometrical form — pure patterning", and "on the other hand is the more naturalistic use of colour in bodily form — pure phantasy."⁶ It is difficult not to recognize in this description the dichotomy drawn by Martti Koskeniemi between the *normativity* of the law (which in its extreme form becomes a utopia) and the *concreteness* of the law (this is a manifestation of realism, the derivation of rules exclusively from the behavior of states, leading to an apology for their actions).⁷ Critical awareness of the essence of the process of forming the International Law norms and its application by courts and quasi-judicial bodies is the point of departure and the platform that predetermines the contours of the requirements of our journal for future publications.

The HSE University Journal of International Law begins its work and opens the doors to all theorists and practitioners, experienced and young researchers. We are confident that by combining the intellectual efforts of a large team of authors, reviewers and editors, the journal will begin to fulfill its mission from the very first issue — based on a pluralistic picture of scientific theories and methodology of modern International Law, to develop a stereoscopic view of the norms, processes and actors that form modern international legal relations. Let this path be directed, like the painting by Kandinsky: upward!

Editor-in-Chief

Prof. Vera Rusinova

³ See Fligstein N., McAdam. D. *A Theory of Fields*. Oxford University Press, 2012. P. 8–22.

⁴ Kandinsky W. *Op.cit.* P. 26.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.* P. 107.

⁷ Koskeniemi M. *The Politics of International Law*. Oxford : Hart Publishing, 2011. P. 38–40.

ПОЛИТИКИ МЕЖДУНАРОДНОЙ ПРАВОСУБЪЕКТНОСТИ И ИХ ИСТОРИЧЕСКАЯ ИЗМЕНЧИВОСТЬ

ЛИХАЧЕВ М. А.

Лихачев Максим Александрович — кандидат юридических наук, доцент, Уральский государственный юридический университет им. В. Ф. Яковлева, Екатеринбург, Россия (m.a.likhachev@gmail.com).
ORCID: 0000-0002-7848-5007.

Аннотация

Автор анализирует учение о субъектах международного права и правосубъектности с точки зрения критики международно-правового позитивизма в его исторической динамике. Несмотря на принципиальную важность для понимания права и его ценности, субъектность — одна из самых скомпрометированных правовых конструкций. Среди причин тому — безальтернативное засилье правового позитивизма, утвердившего господство государства, уравнившего суверенность с субъектностью и вытеснившего человека за пределы международно-правового поля. Позитивистская доктрина, направленная против метафизики юриспруденции, в конце концов создала свою мифологичную и сакральную сущность — наделенное волей и собственными интересами государство, создающее международное право для себя и применяющее его по своему усмотрению. Вопреки отстаиваемой естественности такого редуцированного до этатизма порядка, история международного права уверенно свидетельствует об изменчивости круга носителей субъектности, его произвольности и даже в известном смысле рукотворности. Практика твердо подтверждает, что индивидуальные решения о субъектности отдельных сущностей принимались живыми людьми под влиянием их представлений о должном, отдельных обстоятельств и среды в целом. И хотя круг субъектов международного права не расширяется строго линейно, его эволюция продиктована растущим запросом на инклюзивность, когда право обращено к живым сущностям и потребностям ординарной жизни. Объективная заданность как дискурсивный прием натурализации отвлеченных и волюнтаристских конструкций позитивизма открывает путь к угнетению и насилию, утверждению привилегированного статуса одних и инструментализации других. «Природа международного права» не предполагает заданных преград к расширению круга его субъектов. Решение проблемы автор видит в отказе от установления априорного содержания правосубъектности и поиска ее социально-культурного или естественного коррелята. Правосубъектность описывает связи, выстраиваемые ее носителем в сетях взаимодействия с себе подобными и иными, в том числе природными, сущностями. Лишенная заданного содержания и смысла, правосубъектность перформативна: являет себя в точке времени и пространства и актуализирует виртуальное. Задача исследователя — в наблюдении за разворачивающимися связями значимых для международного права сущностей.

Ключевые слова

правосубъектность, субъект международного права, человек, государство, правовой позитивизм, критические теории

Для цитирования: Лихачев М. А. Политики международной правосубъектности и их историческая изменчивость // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 1. С. 8–25.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.17445>

Введение

Учение о правосубъектности — базис правовой доктрины. Представления о том, кто (что) существует для права в самостоятельном качестве и заслуживает его защиты, формирует понимание права как такового. Теория правосубъектности объясняет, кому (чему) служит право, чьи интересы замечает, а к кому (чему) остается безнадежно равнодушным. История международного права убедительно иллюстрирует такие капризы права, а порой и его слепоту: к сожалению, не всем удавалось снискать его расположение и заполучить место под «международно-правовым» солнцем.

Круг международно-правовых субъектов не только исторически изменчив и обусловлен подозрительно нестабильной «природой международного права», но и произвольно рукотворен, когда решение о том, кому предоставить защиту, определяется наделенными властью людьми под влиянием личных соображений и политического контекста.

В настоящей статье проблема волюнтаризма в международной правосубъектности раскрывается сперва через критику догмы позитивизма — преобладающего дискурса международно-правовой теории и практики XX века. Рожденное правовым позитивизмом учение о субъектности стало *sine qua non* позитивистской картины права: многообразие жизни и ее сущностей сведено к произвольно-строному кругу привилегированных носителей субъективных прав и обязанностей. Настолько, насколько международное право идейно и на практике сопротивляется позитивистской

рамке, настолько правоведа и практики упорствуют в своей решимости втиснуть в эту рамку все международно-правовое.

О таком «гносеологическом насилии» повествует вторая часть статьи, посвященная нескольким значимым для учения о субъектах права делам международных судов. Приведенный анализ не претендует на исчерпывающее описание практики. Да и к репрезентативности отобранного материала у взыскательного читателя могут быть оправданные претензии. Однако хрестоматийность приведенных решений и высокий авторитет их авторов — подспорье в попытке убедить в нелинейности (непоследовательности) и в некотором смысле произвольности представлений о субъектах международного права. Акцент сделан на судебных позициях, сформулированных в XX веке, когда позитивистская теория субъектности явила себя в полный рост.

Завершают изложение несколько замечаний относительно сущности международной субъектности, обусловленных ее непостоянством и зависимостью от политических и даже персональных факторов. Кельзенский тезис об отсутствии у правосубъектности априорного содержания дополнен предложением об отсутствии у международной субъектности содержания как такового. Опровержение ее объективной заданности, а отсюда возможность ее волюнтаристского конструирования, открывает путь к пониманию международной правосубъектности как явления перформативного и реляционного, освобождаемого от политических предрассудков.

Гносеологическую установку представленного анализа составляет не только небезальтернативность правового позитивизма и даже желательность не-позитивистского взгляда, но и так называемые критические теории (англ.: *critical studies*)¹. Такие теории позволяют взглянуть на укорененные представления о «нормальном» и «правильном» — в нашем случае позитивистском — под иным углом. Эти учения противопоставляют бинарной картине мира континуум «природа-культура» (нивелируют традиционную оппозицию «человек-природа»), ниспровергают абсолютизм «социального» (критикуют конструктивистское, заданное, политическое и рукотворное) и утверждают взамен дискретности и линейной, причинно-следственной модальности пост/метамодернистский флюид и спектр (утверждают определенность в бесконечно разнообразной неопределенности). Критические теории — полезный инструмент, используемый не только с целью поставить под сомнение конвенциональный позитивизм и порожденное им учение о субъектах (международного) права, хотя это бы не помешало. Критические теории также помогают взглянуть на устоявшиеся представления о праве, правах и обязанностях, их носителях с иной, порой не совсем привычной, а возможно, даже на первый взгляд непригодной для этого, стороны². При этом гуманизм как парадигма и обусловленный им позитивизм все еще остаются важными отправными точками для любого исследования³.

1. Центризм прав и обязанностей⁴

Сегодня традиционная международная правосубъектность связывается с участием в отношениях, регулируемых международным правом. Классический подход описывает такое участие через обладание правами и обязанностями по международному праву, дополняемое порой возможностью правовой защиты и обеспеченностью юридической ответственности. Строгой последовательности в

¹ В числе критических теорий — постколониализм, неоматериализм, номадизм, аболиционизмы разного толка, постгуманизм, постантропоцентризм, животный поворот (англ.: *animal turn*), посттеоретический поворот (англ.: *anti/post-theory shift*), учение о науке и технологиях (англ.: *science and technology study*) и т. д. См., например, лапидарный анализ таких теорий: Вилисов В. *Постлюбовь. Будущее человеческих интимностей*. М.: АСТ, 2022. См. критику, например: Плакроуз Х., Джеймс Л. *Циничные теории. Как все стали спорить о расе, гендере и идентичности и что в этом плохого*. М.: Individuum, 2022; Скрутон Р. *Дураки, мошенники и поджигатели: Мыслители новых левых* / пер. с англ. Н. Глазкова. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2021.

² Апологет вдохновляющей акторно-сетевой теории французский философ-социолог Бруно Латур так писал о критических теориях: «Критические теории отбрасывают архаичное “социальное объяснение” как априори рациональное и аксиоматичное, предлагают взглянуть на проблемы людей снизу вверх, а не сверху вниз, что характерно для “социального объяснения”, борются с “научной объективностью”». См.: Латур Б. *Пересборка социального: введение в акторно-сетевую теорию* / пер. с англ. И. Полонской. Под редакцией С. Гавриленко. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2020. С. 143.

³ Метафора отправной точки исключительно полезна и точна для передачи идеи: исследование предполагает движение в объектном поле. Причем такое движение неизбежно связано с отдалением, отстранением от «отправной точки». Последняя существует ровно для того, чтоб от нее отдалиться. Так, правовой позитивизм — исходный пункт правового исследования, динамика которого состоит в избавлении от позитивистских условностей и деформаций.

⁴ Для обозначения доминирующего подхода к правосубъектности, выводимой из субъективных прав и обязанностей и прямого международно-правового регулирования *stricto sensu*, более органичным выглядит англоязычный аналог выражению «rights-and-duties-centrism» — «центризм прав и обязанностей».

такой позиции достигла советская наука⁵ и унаследовавшая ее методологические и идейные лекала (без существенных модификаций до настоящего времени) российская доктрина⁶. Так, в одной из базовых советских монографий по этому вопросу указывалось:

Общим объективным критерием международной правосубъектности для всех субъектов является юридическая способность к самостоятельным международным действиям, к независимому осуществлению международно-правовых норм, определяющих права и обязанности участников международных отношений⁷.

Через подобную обращенность международно-правового регулирования к претендующей на субъектность сущности, выраженную в маркерах прав и обязанностей, определяется правосубъектность в базовых монографиях по проблеме, выходящих в последние годы. Роланд Портманн в работе «*Legal Personality in International Law*» хотя и отстаивает идею апостериорности субъектности в международном праве и даже заявляет о презумпции, правда опровержимой, международной правосубъектности человека, в конце концов выводит ее через адресность соответствующих норм и правовой статус кандидатов в субъекты⁸. Одна из самых продуктивных исследовательниц проблемы Анн Петерс, отождествляя понятия «субъект» (англ.: *subject*) и «личность» (англ.: *person*), отмечает, что под последним прежде понимались «социальные акторы, которых правопорядок принимает в расчет» (англ.: «*takes into account*»)⁹. Тем не менее далее по тексту ученыя предлагает субстантивный подход к субъектности (англ.: *substantive approach to personality*), во всех случаях связанный со способностью обладать правами и обязанностями¹⁰. Авторитетная энциклопедия Макса Планка также сводит международную правосубъектность к правоспособности как потенциальному набору располагаемых прав и обязанностей¹¹.

На этом фоне разительно выделяются несколько работ. Йанн Нийман для объяснения проблемы наряду с устоявшимися англоязычными вариациями «субъектности» (англ.: *subjectivity; personality*) использует «идентичность» (англ.: *identity*) и прибегает к метафоре «театральной маски» (англ.: *theatrical mask*): «Когда маска сброшена, перед нами либо правовая и политическая черная дыра, либо самостоятельный свободный индивид»¹². Причем «переосмысление природы международного права позволят по-новому осмыслить тех, кто существует “в глазах международного права” в качестве международно-правового лица» (англ.: *international legal person*)¹³. Довершает концепцию метафора голосовых связок (англ.: *vocal cords*), объясняющая правосубъектность через возможность не только быть увиденным (через маски), но и услышанным (через голос) в международном праве¹⁴.

Кейт Парлетт отмечает, что ее подход согласуется с «пониманием международного права как системы правовых норм и, возможно, с теорий правового позитивизма». При этом К. Парлетт

⁵ См., например: Карташкин В. А. *Международная защита прав человека*. М., 1976. С. 203–209; *Курс международного права*. В 6 т. Т. 1. М., 1967. С. 145–166; *Курс международного права*. В 7 т. Т. 1. *Понятие, предмет и система международного права*. М.: Наука, 1989. С. 159–182; Левин Д. Б. *Актуальные проблемы теории международного права*. М., 1974. С. 54–56; Моджорян Л. А. *Основные права и обязанности государств*. М.: Юрид. лит. 1965. С. 10; Усенко Е. Т. *Соотношение категорий международного и национального (внутригосударственного) права* // Советское государство и право. 1983. № 10. С. 51; Фельдман Д. И., Курдюков Г. И. *Основные тенденции развития международной правосубъектности*. Казань, 1974. С. 108–130; Черниченко С. В. *Личность и международное право*. М., 1974. С. 32–36; Шуршалов В. М. *Международные правоотношения*. М., 1971. С. 76–81.

⁶ См., например: Игнатенко Г. В., Лихачев М. А. *Размышления о современной концепции международной правосубъектности индивида* // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 2010. № 4. С. 200–212; Ковлер А. И. *Антропология права*. М., 2002. С. 375–398; Кожеуров Я. С. *Проблема международной правосубъектности индивида: дис. канд. юрид. наук*. М., 2001. С. 14–18; Черниченко С. В. *Еще раз о международной правосубъектности индивидов* // Московский журнал международного права. 2005. № 4. С. 11–26.

⁷ *Международная правосубъектность (некоторые вопросы теории)* / под ред. Д. И. Фельдмана. М., 1971. С. 8.

⁸ Portmann R. *Legal Personality in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. P. 3–7, 272–273, 277–281.

⁹ Peters A. *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. P. 36.

¹⁰ *Ibid.* P. 37–38.

¹¹ Walter C. *Subjects of International Law* // Max Planck Encyclopedia of Public International Law. URL: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law/epil/9780199231690/law-9780199231690-e1476> (accessed: 25.03.2023).

¹² Nijman J. E. *The Concept of International Legal Personality: an Inquiry into the History and Theory of International Law*. The Hague, 2004. P. VII–VIII.

¹³ *Ibid.* P. X (курсив мой. — М. Л.).

¹⁴ *Ibid.* P. 457–473. В то же время Й. Нийман сохраняет практичный, пусть и не без разочарования, взгляд на позитивистский уклад международно-правовой практики: «Даже если индивид рассматривается в качестве исконого или первичного субъекта международного права, все еще истинно то, что на международном уровне государства — привычные акторы или субъекты в рутине международной жизни» (англ.: *in the mainstream international life*) (курсив мой. — М. Л.). *Ibid.* P. 458. Одна из видных представительниц постколониальной теории Гаятри Чакраворти Спивак связывает преодоление угнетения и стигмы с признанием способности «говорить» — метафора, описывающая представленность субъекта в обществе. Исследовательница приходит к ожидаемому выводу: «[У]гнетенные не могут говорить». См.: Спивак Ч. Г. *Мозут ли угнетенные говорить* / пер. с англ. Д. Кралечкин. М.: V-A-C Press, 2022. С. 134.

предваряет описание эволюции присутствия человека в международном праве замечанием: «Акцент необходим скорее на способах, посредством которых международное право *замечает* (англ.: *takes account of*) индивидов, чем на субстантивных правах и обязанностях индивидов или их процессуальной правоспособности»¹⁵. Астрид Кйелдгаард-Педерсон, разделяя кельзеновское отрицание априорности правосубъектности, обуславливает субъектность исключительно толкованием норм международного права (причем свободным от презумпций) и предлагает отказаться от ее увязки с «прямыми индивидуальными правами и обязанностями (в соответствии с “модифицированной статистской” моделью международной правосубъектности)»¹⁶.

С акцентом на права и обязанности ведется дискуссия о правосубъектности не-человеческих персон — животных, природных существ, природы в целом¹⁷. Попытка антропоморфизации не-людей через антропоцентричные права и обязанности во имя *гуманизации* международного права и правовой эмансипации живых существ переключается с предшествующим периодом «индивидуализации» международного права по правозащитным соображениям в XX веке. Тогда правосубъектность индивида увязывалась с его государствоводием, когда для международно-правового признания ему нужно было дорасти до заданного уровня или же покорно дожидаться снисхождения со стороны государств¹⁸. Ту же логику используют как противники, так и сторонники концепции правосубъектности животных и природы: у не-человеческих существ нет интеллекта, воли, сознания, самостоятельности — чего угодно, в чем они так не похожи на идеал витрувианского человека да Винчи¹⁹.

2. Бремя позитивизма и правовая слепота

Решающий «вклад» в слепоту права к одним существам и одержимость другими внес позитивизм — дитя юридической мысли XIX века, рожденное в ее безнадежных и так не оправдавших себя мучительных попытках подражать естественным наукам²⁰. С позиций международно-правового нарратива во всей его исторической протяженности²¹ позитивистский период — не самый

¹⁵ Parlett K. *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2011. P. 7, 10 (курсив мой. — М. Л.).

¹⁶ Kjeldgaard-Pedersen A. *The International Legal Personality of the Individual*. Oxford : Oxford University Press, 2018. P. 230–231. О приобретении правосубъектности через толкование права в теории Г. Кельзена см.: Portmann R. *Op.cit.* P. 174.

¹⁷ См. более подробно, например: Barbosa-Fohmann A. P., Barreto G. A. *Are Human Beings with Extreme Mental Disabilities and Animals Comparable? An Account of Personality // Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn* / A. Kurki, T. Pietrzykowski (eds.). Springer, 2017. P. 127–141; Boyd D. R. *The Rights of Nature: A Legal Revolution that Could Save the World*. Toronto : EWC Press, 2017; Kauffman C. M., Martin P. L. *Constructing Rights of Nature Norms in the US, Ecuador, and New Zealand // Global Environmental Politics*. 2018. Vol. 18. № 4. P. 43–62; Kauffman C. M., Sheehan L. *The Rights of Nature: Guiding our Responsibilities through Standards // Environmental Rights: The Development of Standards* / S. Turner et al. (eds.) Cambridge : Cambridge University Press, 2019. P. 343; O'Donnell E. *Legal Rights for Rivers: Competition, Collaboration and Water Governance*. London and New York : Routledge, 2020; Peters A. *Toward International Animal Rights // Studies in Global Animal Law* / A. Peters (ed.). Berlin : Springer One. 2020. P. 109–120. См. также обзор позиций по правосубъектности природы: Jones E. *Posthuman International Law and the Rights of Nature // Journal of Human Rights and the Environment*. 2021. Vol. 12. Special Issue. P. 76–102.

¹⁸ Самая распространенная модель рассуждений: человек не субъект международного права, поскольку не участвует наравне с государствами в международном нормотворчестве, не всегда способен собственными действиями защищать свои права, не обладает необходимой самостоятельностью, автономностью или даже суверенностью; не является публичным или коллективным образованием, всецело зависим в международной активности от государства: см. сноску 5. Более подробно о теории признания субъектности государствами см.: Portmann. *Op.cit.* P. 80–99; см. также: Daillier P., Pellet A. *Droit International Public*. 5th edition. Paris : L.G.D.J. 1994. P. 395; 551; Kolb R. *Une observation sur la détermination de la subjectivité internationale // Zeitschrift für öffentliches Recht*. 1997. № 52. P. 115–125; Tomuschat C. *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century. General Course on Public International Law // Recueil des cours de l'académie de droit international*. 1999. Vol. 281. P. 133–259.

¹⁹ О методологической порочности и ценностной ограниченности такого *компенсаторного гуманизма* в рамках «гуманизации» не-человеческого убедительно пишет философ Роззи Брайдотти, предлагающая в качестве альтернативы идею гостеприимства (англ.: *hospitality*). См.: Braidotti R. *The Posthuman. Polity*, 2013. P. 76–81. Об идее гостеприимства см. также: Аристархова И. *Гостеприимство матрицы: Философия, биомедицина, культура* / пер. с англ. Д. Жайворонка. СПб.: Издательство Ивана Лимбаха, 2017. С. 63–74; *Опыты нечеловеческого гостеприимства* / под ред. М. Крамар, К. Саркисов. М.: V-A-C press, 2018; об идее экологии самостей, переосмысление которой в международно-правовых терминах может описывать характер взаимодействия субъектов международного права (в противовес иерархическим теориям), см., например: Кон Э. *Как мыслят леса: к антропологии по ту сторону человека* / пер. с англ. А. Боровиковой. М.: Ад Маргинем Пресс, 2018. С. 79.

²⁰ Подробнее о подражании естественным наукам и сциентизации прежде метафизической юриспруденции см.: Hall S. *The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism // European Journal of International Law*. 2001. Vol. 12. № 2. P. 269–307.

²¹ Намеренно избегаю здесь использования термина «*international law*», впервые предложенного Джереми Бентамом в работе «*Introduction to the Principles of Morals and Law*» 1790 года (Bentham J. *Introduction to the Principles of Morals and Law*. 1823 [1790]. P. 260–261). Хотя очевидно, что круг проблем, который сегодня составляет предмет науки международного права и соответствующий им свод правил, обсуждался *avant la lettre* — задолго до зарождения современной государственности (XIV–XVI века) и утверждения самостоятельной области международно-правового знания (XV–XVII века). Традиционно

продолжительный и успешный. Расцвет этой теории приходится на XIX столетие — уже начало XX века ознаменовалось переосмыслением искажений позитивистской картины на фоне ренессанса естественно-правового учения²². Парадоксально, но насильно имплементированный в международное право юспозитивизм, едва успев закрепиться, почти сразу подвергся ревизии. Однако это не помешало ему прочно укорениться в международно-правовой практике и по сей день под разными масками служить исходной точкой в анализе любого международно-правового вопроса²³.

Сконструированный правовой позитивизм обрел характер доксы и эпистемы в актуальном (по-прежнему преимущественно модернистском) юридическом знании и практике²⁴. Критикуя конструктивизм научной теории, Виктор Вилисов отмечает, что «[п]о сути когнитивистская эпистема — это анти-эпистема, поскольку в конечном итоге... приводит к абсолютному не-знанию... [и] все знание сводит к вычислению, а несводимое — обесценивает»²⁵. Среди «несводимого» в начале XIX века оказался человек, решительно замещенный в международно-правовой теории государством. К этому приложили руку Генрих Трипель и Георг Еллинек, втиснувшие международное право в прокрустово ложе позитивистского учения Джона Остина²⁶. Георг Еллинек обнаружил эмпирическое основание международного права в автолимитации государственного суверенитета. Такое сведение всего международно-правового к неограниченной воле государства обернулось отрицанием самого международного права: «государство [стало] выше любой правовой нормы», а «международное право существует для государств, а не наоборот»²⁷. Генрих Трипель смягчил позицию предшественника, предложив взамен неограниченному волюнтаризму государств их общую волю, создающую международное право²⁸.

Все же на рубеже XIX–XX веков поражение метафизики естественного права в противостоянии с позитивизмом не было столь очевидно. Тем не менее в 1926 году преобладающие настроения выразила американско-мексиканская комиссия, работавшая в 1924–1934 годах по спорам в связи с Мексиканской революцией:

Естественное право могло бы быть полезным каких-то три столетия назад при создании нового права наций, и концепция неотъемлемых прав человека и народов могла бы оздоравливающе повлиять каких-то 150 лет назад на развитие современной демократии по обе стороны океана; однако эти концепции оказались несостоятельными

зарождение международно-правовой мысли *stricto sensu* связывают с именами Франсиско де Витории (1486–1546), Франсиско Суареса (1548–1617), Альберико Жентили (1552–1608). Подробнее об этом см.: Koskenniemi M. *To the Uttermost Parts of the Earth: Legal Imagination and International Power, 1300–1870*. Cambridge : Cambridge University Press, 2021. P. 117–347, 679–682; Grewe W. G. *The Epochs of International Law*. Berlin ; New York, 2000. P. 28–29, 187–196, 503–510. Особо отмечу критику «мифа гроцианской традиции» общепризнанного отца-основателя науки международного права Гуго Гроция (1583–1645) немецким историком Вильгельмом Гревэ. См.: *Ibid.* P. 192–194.

²² Доступно кризис позитивизма иллюстрирует Й. Нийман, анализирующая переосмысление международной правосубъектности и места человека в международном праве в трудах Джеймса Брайерли, Ганса Кельзена и Жоржа Сселя, чуть позже Херша Лаутерпахта — идейного вдохновителя Нюрнбергского трибунала. См.: Nijman J. E. *The Concept of International Legal Personality: an Inquiry into the History and Theory of International Law*. The Hague, 2004. P. 115–131, 297–325.

²³ Профессор Майкл Вуд, открывая свой общий курс на Летней школе по международному праву московского Центра международных и сравнительно-правовых исследований в августе 2020 года, заявил, что, вопреки доктринальному разнообразию и объективной слабости традиционного позитивизма, любой практикующий в международно-правовой области должен оставаться в первую очередь позитивистом. См.: Wood M. *International Law in Practice // Courses of the Summer School on Public International Law*. Vol. 11. Moscow, 2022. P. 14–16. URL: https://icrc.ru/storage/publication_pdf/SSPIL-2020_11_Sir-Michael-Wood_1649164344.pdf (accessed: 25.03.2023). Аналогичный подход — в ответе Рене-Жана Дюпюи, критика безальтернативного позитивизма, в интервью Антонио Кассезе. См.: Cassese A. *Five Masters of International Law: Conversations with R-J Dupuy, E Jiménez de Aréchaga, R Jennings, L Henkin and O Schachter*. Hart Publishing, 2011. P. 20. См. также: материалы симпозиума, посвященного знаковой статье Проспера Вэля и критике позитивизма в XXI веке: Prosper Weil, «Towards Relative Normativity in International Law?»: *Symposium, American Journal of International Law, March 2020*. URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/ajil-unbound-by-symposium/prosper-weil-towards-relative-normativity-in-international-law> (accessed: 25.03.2023); Weil P. *Towards Relative Normativity in International Law? // American Journal of International Law*. 1983. Vol. 77. № 3. P. 413–442.

²⁴ Докса — общепринятый нормативный образ мысли, общепризнанное мнение, конвенциональное знание. См., например: Braidotti R. *Ibid.* P. 104. Создатель учения об эпистеме Мишель Фуко определял ее как «аппарат», который делает возможным не отделение истинного от ложного, а отделение от того, что не может быть охарактеризовано в качестве научного». См.: Foucault M. *Power / Knowledge: Selected Interviews and Other Writings 1972–1977*. New York : Pantheon, 1980. P. 197.

²⁵ Вилисов В. Указ. соч. С. 78–79.

²⁶ Международники того времени, отчаянно бегущие от опальной метафизики прежней юриспруденции, не могли смириться с присвоенным Дж. Остином всему международному ярлыком «позитивной морали» (англ.: *law of positive morality*). См.: Austin J. *The Province of Jurisprudence Determined*. London : John Murray, Albemarle Street, 1832; см. также: Hall S. *Op.cit.* P. 274–276, 279–284; Portmann R. *Legal Personality in International Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2010. P. 57–62.

²⁷ Jellinek G. *Allgemeine Staatslehre: Manuldruck*. 3rd ed. Heidelberg : Springer Berlin, 1914. P. 377.

²⁸ Grewe W. G. *Op.cit.* P. 505–506; о вариациях раннего международно-правового позитивизма в трактовках Карла фон Гербера, Пауля Лабанда, Карла Бергбома, Карла Биндинга см.: Portmann R. *Op.cit.* P. 57–62.

в качестве долговременного основания национального или международного права и не могут сегодня заменить ни позитивного национального права, ни позитивного международного права, признаваемого нациями и правительствами посредством их актов и заявлений²⁹.

Современник приведенной позиции и последовательный противник этатизма Джеймс Брайерли критиковал идеи Эмера де Ваттеля, гипертрофировавшего независимость государства и сакрализовавшего его исключительную субъектность³⁰. Именно Э. де Ваттель в числе первых обосновал наличие у государства международно-правового намерения (фр.: *entendement*) и собственной воли (фр.: *volonté propre*)³¹.

Позитивисты XIX — начала XX веков пошли еще дальше: Отто фон Гирке в рамках своей органической теории реифицировал, то есть материализовал, государство: из абстрактной ценности, гегелевского Абсолюта и объективной исторической данности — «поступи Бога на земле»³² — государство преобразилось в реальную, осязаемую субстанцию, наделенную телом и духом, а «общественная жизнь [становилась] [жизнью] высшего порядка, к которой присоединяются индивидуальные жизни»³³. Другой немецкий философ-публицист Франц Константин в учении о *физиологии* государства рассуждал о его биологической «жизни», «физиологических законах», «теле как самобытном целом» и связи с «землей»³⁴. Воля и богоподобная телесность — прежде в христианской догме уникальное свойство человека, объясняющее его греховность и ответственность на Страшном суде. Теперь же в консенсуалистском варианте позитивизма воля атрибутирована государству, а в международно-правовой сфере даже узурпирована и монополизирована им: государственная воля создает международное право и его субъектов, а потому юридически значима лишь она³⁵.

В правовом позитивизме государство не просто явило себя в качестве субстанции высшего порядка: оно вытеснило человека из области международно-правового, заменило его собой, присвоив себе антропоморфную плоть и душу: социальное (позитивно-правовое) объявлено природным (а потому естественным, разумным и безальтернативным), а природное хищнически поглощено социальным³⁶. Изгнанный таким образом на международно-правовые задворки человек полностью подчинен государству, уподобленному человеку.

3. Позитивизм и произвольные политики субъектности

Способно ли международное право наконец обратить свой взор на тех, кого столько времени не замечало? Есть ли тому онтологические, концептуальные, политические препятствия? Станет ли право каким-то иным, если преодолеет вызванную позитивизмом слепоту?

Главное, если не единственное, препятствие к прозрению — правовой позитивизм, породивший учение о субъектах права *stricto sensu*. Насколько представления о правосубъектности обусловлены позитивистским пониманием права, настолько они необходимы для него: без строгой теории субъектности не будет позитивизма, а в отсутствие последнего нет надобности волонтаристски очерчивать круг привилегированных участников отношений и заботливо оберегать их статус от других, желающих заполучить правовое признание. «Личность права народов» (лат.: *persona jure gentium*) введена в научный оборот Готфридом Лейбницем (1646–1716). Автор теории о монадах (простых

²⁹ *North American Dredging Company of Texas (USA) v. Mexico*. Decision of 31 March 1926 // Reports of International Arbitral Awards. 1926. Vol. IV. § 12. URL: https://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/26-35.pdf (accessed: 25.03.2023).

³⁰ «Ваттель нанес международному праву ущерб, который еще предстоит компенсировать». См.: Brierly J. L. *The Law of Nations: an Introduction to the International Law of Peace*. Oxford : Oxford University Press, 1964 [1928]. P. 31–33; см. также: Brierly's *Law of Nations*. 7th edition / ed. by A. Clapham. Oxford : Oxford University Press, 2012. P. 39–40. Й. Нийман к числу сторонников такой же оценки наследия Ваттеля относит голландского юриста Корнелиса ван Фолленховена. См.: Nijman J. E. *Op.cit.* P. 136.

³¹ См.: Portmann R. *Op.cit.* P. 35–37; см. также: Vattel E. de. *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la Conduite aux Affaires des Nations et des Souverains*. Washington : The Carnegie Institute of Washington, 1916.

³² Hegel G. W. F. *The Philosophy of Right*. 1967. P. 279, 285.

³³ Gierke O. von. *Das Wesen der menschlichen Verbände*. 1902. P. 10.

URL: <https://www.digitale-sammlungen.de/de/view/bsb11127177?page=20> (accessed: 25.03.2023).

³⁴ Константин Ф. *Общие начала физиологии государства* / пер. с нем. Изд. 2-е. М. : Книжный дом «ЛИБРОКОМ», 2012 [репринт издания 1870].

³⁵ О воле и достоинстве см.: Толстых В. Л. *Ренессансное понимание достоинства и его влияние на современную концепцию прав человека* // Правоведение. 2016. № 2. С. 48–61; Арановский К. В., Князев С. Д. *Правление права и правовое государство в соотношении знаков и значений*. М. : Проспект, 2016. С. 35–40;

³⁶ Б. Латур называл конструкты «общества» и «природы» в модернистской картине мире «уродцами-близнецами, созданными, чтобы задушить саму возможность собирания коллектива» (коллективы, по Латуру — альтернативы априорным социальным структурам), заключив: «Вслед за природой должно уйти общество... понятия “общество” и “природа” не описывают сфер реальности, — это два коллектора, придуманных в паре в XVII веке». См.: Латур Б. *Указ. соч.* С. 155, 230.

неделимых субстанциях) переложил представления о единично-исходном на материал *jus gentium*: его *persona* «наделена публичной свободой, а потому не подчинена покровительству или власти кого бы то ни было и сама по себе воплощает власть войны и мира»³⁷.

В своей идее Г. Лейбниц руководствовался не только научным интересом, но и политическими соображениями. Ученый около полувека служил при дворе германских принцев, в XVII–XVIII веках отстаивавших право на территориальное верховенство и высшее политическое представительство в отношениях с императором Священной Римской империи и французскими монархами. Концепция субъектности призвана была легитимировать такие притязания влиятельных патронов³⁸. Рожденное для целей политического противостояния, учение о субъектах права и впредь будет использоваться как инструмент поддержания власти и подчинения. В этом смысле уместно рассуждать о разных в зависимости от социально-исторического и политического контекстов *политиках субъектности*, оформляющих представления и властные решения относительно круга сущностей, подлежащих защите в праве.

В свете политик субъектности иначе предстают возражения критиков расширения ее носителей с отсылками к природе права, здравому смыслу, разумному порядку³⁹. Такой биологический детерминизм, соединенный со сциентизмом, и вдохновленный ими правовой позитивизм — удобные «упаковки» для претворения волюнтаристских решений и разного рода политик под видом «здорового», «нормального», «естественного». «Оберегая» от метафизики объективных универсалий и априорных построений, подобные теории якобы подчиняют нас логике «холодных фактов» и «социального объяснения». Однако Б. Латур увещевал: «Мы должны помнить, что быть фактом — это не “естественный” модус существования, а, как ни странно, антропоморфизм». По его мнению, «социальные науки склонны создавать более яркую имитацию блеклой и пустой сферы науки, заполненной неоспоримыми фактами и жесткой цепью причинно-следственных связей»⁴⁰.

Рукотворность международно-правового дискурса метко описана Мартти Коскенниemi в конструкции правового воображения (англ.: *legal imagination*) — «формы институционализированного действия, исполняемого посредством авторитетного использования языка в контексте противоречий». Важнейшей техникой такого *воображения* выступают так называемые поделки (фр.: *bricolage*)⁴¹. Один из популярных словарей французского языка толкует «*bricolage*» как «интеллектуальный труд в форме *импровизации*, подчиненной *обстоятельствам*»⁴². В такой трактовке международно-правовой дискурс предстает инструментом разрешения политических разногласий с целью сохранения власти одних и подчинения других. Достигается это путем конструирования и легитимации правовых идиом как авторитарных языковых средств⁴³; причем такая работа ведется целенаправленно, осознанно, с учетом контекста и желаемого результата. Разуверившись в преодолении цикличности и замкнутости правовой аргументации в ее переходе от апологии к утопии и обратно⁴⁴, М. Коскенниemi «сдался»: позитивное право творит человек, чаще всего не самый честный, аккуратный и достойный⁴⁵.

³⁷ Leibniz G. W. *Codex Juris Gentium diplomaticus* // Leibniz Political Writing / ed. by P. Riley. Cambridge : Cambridge University Press, 1989. P. 175.

³⁸ Усилия германского философа в этой части увенчались успехом: как минимум известно о влиянии идей Лейбница на ход мирных переговоров в Неймегене в 1677–1679 годах в бытность при дворе принца Брауншвейг-Люнебургского. См.: Jones J. W. *Leibniz as International Lawyer* // British Yearbook of International Law. 1945. Vol. 22. P. 1–10.

³⁹ Например, в числе ключевых аргументов против признания субъектом международного права сперва международных организаций, а позже и физических лиц в советской доктрине международного права приводилась именно сама суть международного права, якобы существующего исключительно в этатистской парадигме. Так, Л. А. Моджорян предупреждала, что признание международных организаций субъектом международного права посягнет на устои международного права: «Попытки присвоить ООН и тем более другим международным организациям статус субъекта международного права умаляют суверенитет государств и придают межгосударственным организациям характер “внешнегосударственных” или даже “сверхгосударственных” органов». См.: Моджорян Л. А. *Основные права и обязанности государств*. М., 1965. С. 32. В советском классическом «Курсе международного права» в 6 томах в томе I заявлялось: «Как только государства предоставят индивиду возможность обжаловать постановления своих государств в международном органе [что тогда связывалось с признанием субъектности человека], государство прекратит свое существование как правовое сообщество с полным самоуправлением». См.: *Курс международного права*. В 6 т. Т. 1. М., 1967. С. 166.

⁴⁰ Латур Б. *Указ. соч.* С. 350.

⁴¹ Koskenniemi M. *Op.cit.* P. 2–8.

⁴² *Le Robert Collège*. Paris, 1997 (курсив мой. — М. Л.).

⁴³ Описание истории международно-правовой мысли М. Коскенниemi строит вокруг двух базовых идей — суверенитета и собственности. По его мнению, правовые идиомы решают две задачи: 1) разработки конституционной архитектуры, одновременно устанавливающей и ограничивающей суверенитет, 2) определение и распределение прав собственности, лежащих в основе структурных иерархий, в рамках которых суверенитет и проявляет себя. См.: Koskenniemi M. *Op.cit.* P. 11.

⁴⁴ Koskenniemi M. *From Apology to Utopia: the Structure of International Legal Argument. Reissue with a new Epilogue*. Cambridge : Cambridge University Press, 2005. P. 17–23.

⁴⁵ С такой же непринужденностью Бруно Латур рассуждает о производстве знания путем (пере)сборки социального в «отчете» исследователя, чаще всего текстовом. См.: Латур Б. *Указ. соч.* С. 171–197.

Круг субъектов международного права, в позитивистском ключе определенный «природой» регулируемых отношений, в хронологическом разрезе оказывается не только изменчивым (чаще всего стремясь к расширению), но и нестабильным. Как в XIX веке лишили человека привилегии «быть» в международном праве, так же, пусть и не без сложностей, его туда вернули во второй половине XX века. И то ли это капризы «природы» международного права, то ли банальный волюнтаризм лиц, принимающих решения.

Учение о праве Древнего Рима — *ratio scripta* современной юриспруденции⁴⁶ — хотя и не знало модернистского субъекта права, все же распространялось на разные сущности, в том числе не-человеческие. Так, римский юрист Ульпиан (III век нашей эры), признавая за *ius gentium* роль общечеловеческого *ius naturale*, в последнем видел право, общее для всех живых существ: «право народов соблюдают все люди... в то время как естественное право — общее для всех животных»⁴⁷.

Само древнеримское *ius gentium*, рожденное как право иностранцев (перегринов), первоначально было ближе к тому, что сегодня называется частным правом. Однако это не помешало его стремительной эволюции сперва в сторону права общечеловеческого как правопорядка всех народов и для всех людей (отсюда естественно-правовые основания средневекового *ius gentium*), а позже трансформации в право публичных отношений между политическими образованиями⁴⁸.

Исидор Севильский (VI–VII века) отличал *ius naturale divinum*, общее для всех природных существ, от человеческих форм правопорядка — *ius civile* и *ius gentium*⁴⁹. Фома Аквинский (1224–1274) объяснял *ius gentium* как продукт человеческой истории в отличие от *ius naturale*⁵⁰. Много позже, на заре концептуализации государства как самостоятельной, деперсонифицированной сущности, представитель саламанкской школы Диего де Коваррубиас-и-Лейва (1512–1577), последователь учения Франсиско де Витория, определял естественное право как «инстинктивное», «общее для всех животных»⁵¹.

Не большей последовательностью отличалась международная практика и после того, как правовой позитивизм, суливший определенность в правовых оценках, утвердился в качестве доминирующей методологической и юридико-технологической оптики. В классическом позитивизме субъект рассматривается в качестве подчиненного правопорядку, создаваемого сувереном⁵². Герберт Харт в числе оснований права указывал подчинение обывателя первичным предписаниям (англ.: *obedience*)⁵³. Таких подчиненных субъектов имел в виду и Джон Остин, выстраивая свою теорию позитивного права как систему «приказов, обязывающих человека или людей или обязывающих воздержаться от определенного поведения», причем «значительная часть общества имеет привычку подчиняться или повиноваться конкретному и общему вышестоящему [суверену]...»⁵⁴.

В таком ключе выстроена позиция Постоянной палаты международного правосудия (далее — ПМП, Палата) по спору об уголовной юрисдикции между Францией и Турцией в 1927 году. Названная по имени французского судна формула Лотоса — догма международно-правового позитивизма:

Международное право регулирует отношения между независимыми государствами. Нормы этого права, обязательные для государств, таким образом, проистекают из их собственной и свободной воли, выраженной в конвенциях и обычкновениях, всеобщепризнанных в качестве закрепляющих принципы права...⁵⁵

Еще в 1924 году по итогам разрешения спора между Грецией и Великобританией о палестинских концессиях Палата закрепила другую важную формулу, позже названную по имени греческого предпринимателя Мавромматиса (одного из участников конфликта). Дело касалось дипломатической

⁴⁶ Lesaffer R. *Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription* // European Journal of International Law. 2005. Vol. 16. № 1. P. 33, 37, 57.

⁴⁷ Greene R. A. *Instinct of Nature: Natural Law, Synderesis, and the Moral Sense* // Journal of the History of Ideas. Vol. 58. 1997. № 2. P. 173–198. URL: <https://doi.org/10.2307/3653865> (accessed: 25.03.2023).

⁴⁸ Более подробно об наследии *ius gentium* в международном праве см., например: Lesaffer R. *Roman Law and the Intellectual History of International Law* // The Oxford Handbook of the History of International Law / ed. by A. Orford, F. Hoffman. Oxford : Oxford University Press. 2016. P. 41–45.

⁴⁹ Koskeniemi M. *To the Uttermost Parts of the Earth: Legal Imagination and International Power, 1300–1870*. Cambridge : Cambridge University Press, 2021. P. 75–76.

⁵⁰ *Ibid.* P. 84–85.

⁵¹ *Ibid.* P. 127.

⁵² В этом смысле многое говорит значение английского *subject* — это и «субъект», и «подчинять».

⁵³ Наряду с принятием вторичных предписаний (о признании, изменении и адьюдикации) официальными лицами (англ.: *acceptance*). См.: Hart H. L. A. *The Concept of Law*. 3rd edition. Oxford : Oxford University Press. 2012 [1961]. P. 166–118.

⁵⁴ Austin J. *Op. cit.* P. 29, 166.

⁵⁵ PCIJ. *The Case of the S.S. "Lotus"* (France v. Turkey). Judgment of 7 September 1927. § III.

защиты и последствий выступления одного государства против другого в интересах своего гражданина:

Первоначально спор был между частным лицом и государством... Позже спор перешел на новый уровень — международного права, и стал спором между двумя государствами... Принимая сторону одного из своих субъектов и обращаясь к дипломатическим действиям или международной судебной процедуре в его интересах, государство на самом деле защищает свои собственные права... С этой точки зрения не имеет значения тот факт, как в настоящем деле, что [межгосударственный] спор происходит из вреда частному интересу⁵⁶.

ППМП не сослалась на правосубъектность *eo nomine*, но речь в решении шла о носителях прав и обязанностей по международному праву и об инициаторах и бенефициарах режима международно-правовой защиты — о классических для позитивизма маркерах правосубъектности⁵⁷. Очевидно, человеку в таковой было отказано.

На долгие десятилетия в международном праве формулы Лотоса и Мавромматиса будут определять его межгосударственную природу и подчиненное государству положение человека. Международная правосубъектность будет четко связана с обладанием правами и обязанностями по международному праву, зависимыми от воли государств. Однако в этот же период, в 1928 году, по делу о праве данцигских рабочих на основе межгосударственного соглашения предъявлять требования государству (Польше) Палата допустила возможность обращения частных лиц к международно-правовой защите:

Можно решительно принять то, что, согласно прочно установившемуся принципу международного права, [польско-данцигский договор 1921 года], являясь международным соглашением, не может как таковой создать прямые права и обязанности для частных индивидов. Однако нельзя отрицать того, что самим предметом международного соглашения, в соответствии с намерением договаривающихся сторон, может быть принятие определенных правил, создающих индивидуальные права и обязанности [для частных лиц], обеспечиваемые национальными судами⁵⁸.

И хотя Палата в качестве общего правила исключила физических лиц из прямого международно-правового регулирования, все же она допустила обратное в случае недвусмысленного намерения государств к тому.

Что могло побудить Палату пересмотреть сформулированную четыре года назад (дело *Мавромматиса*) и подтвержденную годом ранее (дело *Лотоса*) позицию? Ровным счетом ничего из не зависящего от судей: наделенные властью правосудия лица приняли такое решение.

⁵⁶ PCIJ. *The Mavrommatis Palestine Concessions* (Greece v. UK). Judgment of 30 August 1924. § I (курсив мой. — М. Л.).

⁵⁷ Обратите внимание на нерешительность международных судов в буквальном использовании категории «субъект международного права», «международная правосубъектность». См., например: PCIJ. *The Mavrommatis Palestine Concessions* (Greece v. UK). Judgment of 30 August 1924. § I; ICJ. *LaGrand Case (Germany v. United States)*. Judgment of 27 June 2001. То же самое верно и в отношении других, идейно нагруженных терминов («источник права», «международный обычай», *jus cogens*, «общий принцип права»), которые неизбежно несут двусмысленные семантические и ценностные коннотации. В то же время такая практика подтверждает позицию тех, кто предлагает вовсе отказаться от категории (международной) правосубъектности в пользу контекстуально определяемых идиом или других, не обремененных колониальным и дискриминационным шлейфом терминов («участник», «актор», «агент», «актант»). См. про отказ от категории: Walter C. *Subjects of International Law* // Max Planck Encyclopedia of Public International Law. § 30–31; о пустой категории (англ.: *empty notion*) см.: Mejknecht A. *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous People in International Law*. Antwerpen : Intersentia. 2011. P. 31; о бесполезной категории (англ.: *useless concept*): Mazzeschi R. *Impact on the Law of Diplomatic Protection* // *The Impact of Human Rights Law on General International Law* / ed. by M. T. Kamminga, M. Scheinin. Oxford : Oxford University Press, 2009. P. 214–215; см. обзор позиций: Peters A. *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2016. P. 38–41. См. также про несостоятельность категории «субъекта международного права»: Barbara C. *International Legal Personality: Panacea or Pandemonium? Theorizing About the Individual and the State in the Era of Globalization* // *Austrian Review of International and European Law*. 2007. Vol. 12. № 17. P. 23; Soirila U. *Persons and Things in International Law and «Law of Humanity»* // *German Law Journal*. 2017. Vol. 18. № 5. P. 1169; Esposito R. *The Dispositif of the Person* // *Law, Culture and the Humanities*. 2012. Vol. 8. № 1. P. 17–30. Представителя *New Haven School* взамен «субъекта международного права» предложили «участника международных отношений» — самые яркие представители школы: McDougal M. S., Reisman W. M. *“The Changing Structure of International Law”: Unchanging Theory for Inquiry* // *Columbia Law Review*. 1965. № 65. P. 810–835; McDougal M. S. *International Law, Power, and Policy: A Contemporary Conception* // *Recueil des cours de l'académie de droit international*. 1953. Vol. 82. P. 133–259; McDougal M. S., Lasswell H. D., Reisman W. M. *The World Constitutive Process of Authoritative Decision* // *The Future of the International Legal Order*. Vol. I: Trends and Patterns / ed. by R. A. Falk, C. E. Black. Princeton University Press, 1969. P. 73–154; McDougal M. S., Lasswell H. D., Chen L. *Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*. New Haven and London : Yale University Press, 1980; Higgins R. *Problems and Process: International Law and How we Use it*. Oxford : Clarendon Press, 1994; Higgins R. *Conceptual Thinking about the Individual in International Law* // *International Law: A Contemporary Perspective* / ed. by R. Falk, F. Kratochwil, S. H. Mendlovitz. London : Westview Press, 1985. P. 476–494.

⁵⁸ PCIJ. *Jurisdiction of the Courts of Danzig (Pecuniary Claims of Danzig Railway Officials who have Passed into the Polish Service, against the Polish Railways Administration)*. Advisory Opinion of 3 March 1928. P. 17–18.

Последующие объяснения автора текста консультативного заключения и тогдашнего Президента Постоянной палаты международного правосудия Дионисио Анцилотти только усиливают ощущение своевольности и рукотворности позиции:

ППМП не говорит о том, что договор как таковой может создавать права и обязанности для индивидов вне необходимой инкорпорации норм и связанных с ними явлений во внутреннее право; Палата лишь говорит, что намерением договаривающихся сторон может быть принятие конкретных правил, создающих права и обязанности для индивидов и подлежащие применению национальными судами⁵⁹.

Как Д. Анцилотти ни увещевал романтиков от права против поспешных выводов относительно места человека в межгосударственной системе, было уже слишком поздно: охладить пыл индивидуалистов-натуралистов не удалось, ведь многие уже тогда воспринимали позицию Палаты закономерной, справедливой и оправданной требованиями здравого рассудка⁶⁰.

В такой же неожиданной (как минимум для Израиля) логике рассуждал Международный Суд (далее — МС, Суд) в консультативном заключении 1949 года по делу *графа Бернадота*⁶¹. Рассматривая вопрос о субъектности международной организации, Суд заключил:

Субъекты международного права не обязательно одинаковы по природе и объему прав, и их природа зависит от потребностей международного сообщества. В течение своей истории развитие международного права было продиктовано требованиями международной жизни, [породившей] примеры действий на международной арене иных образований, кроме государств⁶².

Международный Суд, будто оправдываясь, успокоил скептиков-консерваторов: «...Организация — субъект права. Это не то же самое, что заявить, что она является государством. Очевидно, что это не так...»⁶³. По мнению Суда, в то время как государства обладают всем объемом международных прав и обязанностей, признаваемых международным правом, права и обязанности международной организации зависят от ее целей и функции, сформулированных в ее учредительных документах и развитых в практике.

Едва ли ссылка на «потребности международного сообщества» и «требования международной жизни» может убедить в объективных основаниях принятого судьями решения и его обусловленности «природой международного права». В деле *братьев ЛаГранд* 2001 года Суду не понадобилось что бы то ни было из перечисленного — «объективное» и «социальное» — для вывода об обладании человека прямыми правами на основе межгосударственного соглашения. В духе правовой герметичности, очевидно вдохновленной кельзеновским *должным* (англ.: *ought*), противопоставленным *сущему* (англ.: *is*)⁶⁴, Международный суд ограничился формально-юридическим анализом положений межгосударственного соглашения:

Статья 36, пункт 1(b) закрепляет *обязательства* государства пребывания в отношении задержанного лица и представляемого государства. Она указывает, что по просьбе задержанного лица государство пребывания обязано проинформировать консульское учреждение представляемого государства о задержании гражданина незамедлительно... Примечательно, что [пункт 1(b)] завершается следующей формулировкой: «Указанные власти проинформируют лицо, которого это касается, без промедления *о его праве* в соответствии с настоящим пунктом...».

⁵⁹ Anzilotti D. *Cours de droit International*. Paris : Librairie de Recueil Sirey, 1929. P. 133–134, 407–408.

⁶⁰ См.: McCorquodale R. *The Individual and the International Legal System // International Law I* ed. by M. Evans. 2nd ed. Oxford : Oxford University Press, 2006. P. 307, 312; Vazquez C. M. *Treaty Based Rights and Remedies of Individuals // Columbian Law Review*. 1992. № 92. P. 1087; Menon P. K. *The International Personality of Individuals in International Law: A Broadening of the Traditional Doctrine // Journal of Transnational Law and Policy*. 1992. № 1. P. 163–164; Lauterpacht H. *The Subjects of the Law of Nations. Part I // Law Quarterly Review*. 1947. Vol. 63. Issue 4. P. 456–460; Idem. *The Subjects of the Law of Nations. Part II // Law Quarterly Review*. 1948. Vol. 64. P. 97–99.

⁶¹ ICJ. *Reparations for Injuries Suffered in the Services of the United Nations*. Advisory Opinion of 11 April 1949. Граф Фольке Бернадот (1895–1948) — шведский гражданин, убитый в Израиле в 1948 году во время выполнения полномочий миротворческого посредника от имени ООН в рамках арабо-израильского урегулирования. Наряду со значительными политическими последствиями ситуация поставила вопрос об ответственности Израиля за причинение вреда служащему ООН — международной организации — и о правомочности последней предъявлять требования о компенсации государству.

⁶² *Ibid*. P. 7–8 (курсив мой. — М. Л.).

⁶³ *Ibid* (курсив мой. — М. Л.).

⁶⁴ Ганс Кельзен настаивал на том, что право — область должного, а не сущего (дихотомия *ought/is*), а правовой анализ более заботит постулирование правовой идеи, нежели исторические, социологические или психологические аспекты реальности: «Если вообразить, каким образом состояние фактическое преобразуется в состояние правовое, невозможно найти ничего оправдывающего такой переход в собственно фактическом». См.: Kelsen H. *La Naissance de l'État et la Formation de sa Nationalité: Les Principes et leur Application au Cas de la Tchécoslovaquie // Revue de Droit International*. 1929. № 4. P. 615, 617. См. также: Portmann R. *Op.cit.* P. 197–204.

Однозначность указанных положений в их контексте не вызывает сомнений. Отсюда, как было указано в ряде случаев, Суд должен применить [эти положения] в их буквальном смысле...⁶⁵

Однако в 2012 году тот же формально-юридический метод не позволил Международному Суду отказать в иммунитете государству, допустившему нарушение норм *jus cogens* (запрет военных преступлений) в отношении людей. В деле о юрисдикционных иммунитетах государства Суд указал:

Принимая в расчет, что нормы права вооруженных конфликтов, запрещающие убийство гражданских лиц на оккупированной территории, депортацию гражданского населения в целях использования их рабского труда и депортацию военнопленных в целях использования их рабского труда, являются нормами *jus cogens*, не существует противоречия между такими нормами и нормами об иммунитете государства. Эти две группы норм регулируют разные вопросы. Нормы об иммунитете государства процессуальны по своей природе и их применение ограничивается определением того, обладает ли суд отдельного государства юрисдикцией в отношении другого государства. Эти нормы не имеют значения для установления того, правомерно или нет поведение [государства], в отношении которого инициировано разбирательство⁶⁶.

Очевидно, субъектности государства в очередной раз был отдан приоритет над субъектностью человека⁶⁷.

Уникальным в рассматриваемом аспекте является решение единоличного арбитра Рене-Жана Дююи по спору о ливийских концессиях транснациональных корпораций. Дело, рассмотренное в 1977 году, касалось компенсации частным компаниям, работавшим в Ливии по концессионным соглашениям, за национализированное правительством имущество. Принципиальный вопрос — применимо ли международное право к сделке о концессиях между частными инвесторами и национальным правительством. Р.-Ж. Дююи опроверг так называемую «формулу сербских долгов» (англ.: *Serbian Loans dictum*)⁶⁸, которая исключает частных лиц из сферы прямого действия международного права (как и принципы, сформулированные в делах Мавромматиса и о данцигских рабочих):

[Э]та формула не лишена двусмысленности с точки зрения рассматриваемого дела... скорее всего, она касается "правопорядка, из которого проистекает обязательная сила соглашения"... в отличие от "правопорядка, регулирующего соглашение"⁶⁹. [Более того,] в то время как прежняя практика рассматривала сделки [с участием частных лиц] как нечто, не подпадающее под международное право, поскольку они не могут рассматриваться в качестве договоров между государствами, в соответствии с новой концепцией не только лишь договоры регулируются таким правом... [Р]азличая соглашения между государствами и частными лицами и собственно договоры, первые при определенных условиях подпадают под сферу действия новой области международного права — международного права контрактов⁷⁰.

Несмотря на серьезную критику в доктрине принятого решения, оно остается одним из самых значимых примеров, подтверждающих международную правосубъектность частных лиц⁷¹. Своевольность выводов суда усиливает не только их расхождение с устоявшейся (и даже последующей) практикой, но и единоличный характер арбитражного решения.

⁶⁵ *LaGrand Case*. § 77.

⁶⁶ ICJ. *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany v. Italy : Greece intervening). Judgment of 3 February 2012. § 93.

⁶⁷ Интересно оставленное Международным судом без замечания заключение Федерального конституционного суда Германии о том, что «публичное международное право не устанавливает индивидуального права на компенсацию за принудительный труд». Суд косвенно подтвердил презумпцию существования в межгосударственной системе прав человека без средств их защиты. Такие средства предоставляются лишь по прямой договоренности государств. См. *Ibid.* § 26.

⁶⁸ «Любое соглашение, которое не является соглашением между государствами, заключившими его в качестве субъектов международного права, основывается на внутреннем праве какого-либо государства» — еще один принцип, исключаящий частных лиц из международно-правовой сферы: PCIJ. *Case Concerning Various Serbian Loans Issued in France* (*France v. Yugoslavia*). Judgment of 16 May 1928. P. 41.

⁶⁹ International Arbitral Tribunal. *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. the Government of the Libyan Arab Republic*. Award on the Merits of 19 January 1977 // *Journal du droit international*. 1996. Vol. 104. № 2. § 27.

⁷⁰ *Ibid.* § 32.

⁷¹ См. оценку решения: Orakhelashvili A. *The Position of the Individual in International Law* // *California Western International Law Journal*. 2001. Vol. 31. № 2. P. 259; Portmann R. *Op.cit.* P. 119–125; Spiermann O. *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: The Rise of the International Judiciary* (*Cambridge Studies in International and Comparative Law*). Cambridge : Cambridge University Press, 2006. P. 79;

4. Непостоянства правосубъектности и отсутствие содержания

Приведенные примеры оперирования в позитивистской модальности правосубъектностью в отношении тех, кому доступ к международному праву в разные времена был заказан или же ограничен, позволяют сформулировать несколько замечаний.

Во-первых, представления о круге субъектов международного права исторически изменчивы: те, кто не мыслились самостоятельными персонами в одно время, получали безусловное признание в другое, что в свою очередь не служило гарантией против отката в последующем. Одни — субъекты международного права — с легкой руки исследователей, практиков и политиков объективировались, лишаясь правовой *самости*, а другие — прежде объекты — с неменьшей охотой персонализировались, наделялись волей и собственными интересами.

Во-вторых, круг субъектов (международного) права произволен, а знания о субъектности конструктивны. Позитивистское учение о субъектах права внешне всегда опиралось на «социальное» основание, подаваемое как объективное, предзаданное, независящее от персональной воли суверена и тем более предпочтений исследователя. В разное время такой основой служили этатистская природа международного права, воля государств, естественный порядок вещей, правовая форма⁷². Как писал Б. Латур, путем конструирования социального-фундирующего решалась задача политического представительства за счет «[растворения] многих в одном и [подчинения] одного многим»; при этом «публичное всегда фантомно, политическая персона всегда хрупка, а государство — продукт непрерывного испытания»⁷³. Через такое испытание в XIX веке прошел человек: множество реальных и потенциальных участников международной жизни были насильно растворены в субъектности государства, явленного как историческая данность⁷⁴. И во всех случаях проблема субъектности и допустимого присутствия в праве — проблема политической представленности.

В-третьих, правосубъектность лишена объективного, то есть заданного и априорного, содержания. Так, для Ганса Кельзена правосубъектность — эмпирически насыщаемая конструкция, не влекущая *per se* никаких очевидных, автоматических правовых последствий⁷⁵. Субъективные права и обязанности не являются следствием правосубъектности, а последняя не выводима с неизбежностью из таких прав и обязанностей⁷⁶. Ян Клабберс отмечал, что подлинная значимость субъектности проявляется не в правовой, а в политической плоскости, когда она обозначает тех, кто достоин признания — для реального же участия в международных отношениях необходимости в правосубъектности нет⁷⁷.

Жан д'Аспремонт разоблачает *смыслоцентризм* (англ.: *meaning centrism*) международно-правового дискурса как способ осмысления реальности через международно-правовые формы, которые «постоянно отсылают к другим формам, что приводит к полному отсутствию содержания и смысла»⁷⁸. Потому и правосубъектность как любая дискурсивная форма выявляется содержательно только в свете других таких форм («объект», «источники», «акт») и отличается непрерывно ускользающим, окончательно не устанавливаемым и бесконечно меняющимся под условиями познания смыслом. Либо вовсе не располагает смыслом⁷⁹.

⁷² Динамичная картина изменений доминирующих теорий международной правосубъектности в общественно-политическом контексте по историческим периодам представлена в следующих обзорных работах: Nijman J. E. *Op.cit.*; Parlett K. *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*. Cambridge : Cambridge University Press. 2011; Portmann R. *Op.cit.*

⁷³ Яркий опыт исследования социальных абстракций, в числе которых идентичность и субъектность (наряду с обществом, природой, культурой), представлен в работе с говорящим названием: Lippman W. *The Phantom Public*. New Brunswick : Transaction Publishers, 1993 [1927]. См. также: учение о биополитике. См.: Фуко М. *Надзирать и наказывать. Рождение тюрьмы*. М. : Ад Маргинем Пресс, 2022; см. учение о некрополитике: Mbembe A., Corcoran S. *Necropolitics (Theory in Forms)*. Durham : Dule University, 2019.

⁷⁴ Учение Гегеля опиралось на представления о государстве как сущности, предшествовавшей человеку и оформлявшей его бытие; человек свободен, но свобода его мыслима исключительно в государстве. См.: Portmann R. *Op.cit.* P. 47–59.

⁷⁵ Kelsen H. *La Naissance de l'État et la Formation de sa Nationalité: Les Principes et leur Application au Cas de la Tchécoslovaquie // Revue de Droit International*. 1929. № 4. P. 617–618.

⁷⁶ Idem. *Théorie du Droit International Public // Recueil des cours de l'académie de droit international*. 1953. Vol. 84. P. 67–68; Idem. *General Theory of Law and State*. Cambridge : Harvard University Press, 1945. P. 96–99.

⁷⁷ Klabbbers J. *The Concept of Legal Personality // Ius gentium*. 2005. № 11. P. 37, 56–57.

⁷⁸ Aspremont J. de. *After Meaning: the Sovereignty of Forms in International Law*. Edward Elgar Publishing. 2021. P. 60. Исследователь выделяет четыре формы международно-правового дискурса: слова, идиомы, афоризмы и тексты. См.: *Ibid.* P. 1, 10–14.

⁷⁹ Такое бегство содержания, его ускользание от исследовательского анализа и непрерывный перенос на другие, смежные формы Ж. д'Аспремонт называет «переносом смысла» (англ.: *deferral of meaning*). См.: *Ibid.* P. 15.

Правосубъектность реляционна, то есть отражает динамику, взаимодействие, связи, которые, будучи непредсказуемы и нескончаемо вариативны, выстраиваются в рамках сетей взаимодействия⁸⁰. Именно такие связи «производят» то, что мы называем субъектностью, а не наоборот — когда такие связи рассматриваются как порожденные субъектностью и ею обусловленные. Потому бесполезно (и даже вредно) пытаться определить закрытый перечень свойств-маркеров субъектности. Она объясняет релятивистское соотнесение систем координат, описывающих место субъекта в своеобразной *экологии-сети* других субъектов. Потому нередко сама «субъектность» *verbatim* остается за скобками мотивировки суда, хотя дело напрямую ее и касается.

Именно в таких правовых связях разных сущностей состоит, например, правосубъектность государства. Лишенное осязаемой субстанции, государство с точки зрения международного права — распределенная среди разных акторов атрибутивная схема: будучи абстракцией, государство являет себя в жизни исключительно через других⁸¹. Любая субъектность распределена: правосубъектность одного значима в проекции правосубъектности другого⁸². Позитивистский же подход *герметичен*, когда субъектность государства объясняется через саму себя, при этом в «обусловленности», «вторичности» субъектности человека видят ее неполноценность.

Заключение

Французский философ-постгуманист Жак Деррида говорил о насилии (англ.: *violence*), порождаемом любым установлением смысла (англ.: *assignment of meaning*): «гносеологическое насилие идет рука об руку с насилием в реальной жизни, осуществляемым тогда и сейчас над не-человеческими животными и дегуманизированными социальными и политическими «другими», отличающимися от гуманистического стандарта»⁸³.

Международная правосубъектность изменчива и даже нестабильна не только исторически, но и произвольно. Международная судебная практика, подкрепленная доктриной о субъектах международного права, колеблется между полярными позициями: в разное время, а порой и в течение одного периода признает правосубъектность отдельных сущностей и так же легко отказывается им в ней, волюнтаристски выдвигает разноликие маркеры такой субъектности или вовсе, если того требует гносеологический комфорт, камуфлирует свои оценки под маской прав и обязанностей, избегая *verbatim* указания правосубъектности. Преобладающий в практико-ориентированном международно-правовом дискурсе позитивизм тому потворствует: с его претензией на объективность и эмпиричность (то есть научность) любые своевольные абстракции получают пропуск в юридическую аргументацию как истинные и априорные.

Опровержение такой истинности и заданности позитивистски правового (социального) или хотя бы формулирование сомнений на этот счет позволяет взглянуть иначе на устоявшиеся и кажущиеся неразрешимыми проблемы международной правосубъектности и даже реабилитировать в общем полезную конструкцию⁸⁴. Международная правосубъектность за рамками позитивизма — это правосубъектность, в первую очередь, по ту сторону государства, занявшего в международном праве предназначенное для человека место. Лишенная априорного содержания, правосубъектность в меньшей степени подвержена политическим спекуляциям, позволяющим управлять и угнетать. Формулирование же заданного содержания правосубъектности с ее «объективными» критериями и «социальным» содержанием — своеобразная попытка утверждения «нормальности» правовой жизни.

⁸⁰ Сеть — «связанный ряд действий, каждый участник которых рассматривается как полноценный посредник». См.: Латур Б. Указ. соч. С. 181.

⁸¹ См. главу II «Присвоение поведения государству» Статей об ответственности государств: Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН. *Ответственность государств за международно-противоправные деяния*. Документ ООН. 56/83. 12 декабря 2001. URL: <https://docs.cntd.ru/document/901941379> (дата обращения: 25.03.2023).

⁸² Интересный пример такой распределенности субъектности — конструкция *emanation of State*, используемая в практике Суда ЕС. См.: European Court of Justice. *A. Foster and others v British Gas*. Case C-188/89. Judgment of 12 July 1990. § 18, 20; *Elaine Farrell v Alan Whitty and Others*. Case C 413/15. Judgment of 10 October 2017. § 26–28, 34. См. также: Bakhtina K. *Farrell II and the Concept of an «Emanation of the State»* // *International and Comparative Law Review*. 2018. Vol. 18. № 1. P. 241–248.

⁸³ См.: Braidotti R. *The Posthuman*. Polity, 2013. P. 30 (курсив мой. — М. Л.).

⁸⁴ Кристофер Барбара метко выразил распространенное ощущение скомпрометированности категории субъектности: «...огромная проблема международно-правовой системы заключается в том, что определяющая роль отведена правовой функции — государству, а не человеку. Этот дефект усиливается в международной правосубъектности, поскольку здесь мы имеем дело с правовой абстракцией, укорененной в другой правовой абстракции — государстве!.. Невероятно проблематично иметь в центре нашего правопорядка нечто, сводимое не более чем к нашему измышлению». См.: Barbara C. *Op.cit.* P. 45.

THE POLITICS OF INTERNATIONAL PERSONALITY AND THEIR HISTORICAL INCONSISTENCY

LIKHACHEV M. A.

Maxim Likhachev — Candidate of Sciences in Law, Associate Professor, International and European Law Department, Ural State Law University named after V. F. Yakovlev, Ekaterinburg, Russia (m.a.likhachev@gmail.com).

ORCID: 0000-0002-7848-5007.

Abstract

The author approaches the doctrine of legal personality from the point of critique of international legal positivism in its retrospective analysis. Being crucial for understanding the law and its values, legal personality is at the same time the most discredited legal notion. This is due to the preponderant position occupied by the legal positivism — a paradigm which has established the supremacy of State, reduced personality to sovereignty, and ousted the human from the international legal realm. Fighting metaphysics of *ius naturale* the legal positivism created its own mythology of sacrosanct essence — the State endowed with its own will and interests to create international law and implement it of its own choice. Thus established statist order was proclaimed natural and reasonable. Despite that the realm of recognized international legal persons has always been arbitrarily determined by those who detained power having acted in accordance with their will, interests and context to strengthen their predominant position and to oppress others. While the necessary obstacles to acquire the personality cannot be discerned. On the contrary, the international jurisprudence and history of academia demonstrate voluntaristic character of designs as to the personality is taken against the background of the general context and personal values of decision-makers. The evolutive expansion of the bearers of international personality is not linear and extensive but is geared by the generally perceived need for inclusivity when law is expected to address living beings and ordinary life. The naturalisation and biological determinism as discursive tools to substantiate abstract and voluntaristic notions of positivism engender suppression and violence. There are no predetermined international legal nature limits as to international legal personality and its beneficiaries.

Keywords

legal personality, international legal person, human, State, legal positivism, critical studies

Citation: Likhachev M. *Politiki mezhdunarodnoi pravosub'ektnosti i ikh istoricheskaya izmenchivost'* [The Politics of International Personality and Their Historical Inconsistency] // *Zhurnal VSHÉ po Mezhdunarodnomu Pravu* (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. No. 1. P. 8–25. (In Russian).

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.17445>

References / Список источников

- Anzilotti D. (1928) *Corso di Diritto Internazionale*, 3rd ed., Rome: Athenaeum.
- Anzilotti D. (1929) *Cours de droit International*, Paris: Librairie de Recueil Sirey.
- Aranovskij K. V., Knyazev S. D. (2016) *Pravlenie prava i pravovoe gosudarstvo v sootnoshenii znakov i znachenii* [The Rule of Law and the Rule of Law State within the correlation of signs and meanings], Moscow: Prospekt. (In Russian).
- Aristarkhova I. (2017) *Gostepriimstvo matritsy: Filosofiya, biomeditsina, kul'tura* [Hospitality of the matrix: Philosophy, biomedicine and culture], Saint Petersburg: Izdatel'stvo Ivana Limbakha. (In Russian).
- Aspremont J. de (2021) *After Meaning: the Sovereignty of Forms in International Law*, Edward Elgar Publishing.
- Austin J. (1832) *The Province of Jurisprudence Determined*, London: John Murray, Albemarle Street.
- Barbara C. (2007) *International Legal Personality: Panacea or Pandemonium? Theorizing About the Individual and the State in the Era of Globalization*. *Austrian Review of International and European Law*, vol. 12, no. 17, pp. 17–57.
- Barbosa-Fohrmann A. P., Barreto G. A. (2017) *Are Human Beings with Extreme Mental Disabilities and Animals Comparable?* In: Kurki A., Pietrzykowski T. (eds.) *An Account of Personality. Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, Springer.
- Bentham J. (1823) *Introduction to the Principles of Morals and Law*.
- Boyd D. R. (2017) *The Rights of Nature: A Legal Revolution that could Save the World*, Toronto: EWC Press.
- Braidotti R. (2013) *The Posthuman. Polity*.

- Brierly J. L. (1964) *The Law of Nations: an Introduction to the International Law of Peace*, Oxford: Oxford University Press.
- Cassese A. (2011) *Five Masters of International Law: Conversations with R-J Dupuy, E Jiménez de Aréchaga, R Jennings, L Henkin and O Schachter*, Hart Publishing.
- Chakravorti Spivak G. (2022) *Mogut li ugnetennye govorit' [Can the Subaltern Speak?]*. D. Kralachkin (transl.), Moscow: V-A-C Press. (In Russian).
- Chernichenko S. V. (1974) *Lichnost' i mezhdunarodnoe pravo [Person and International Law]*, Moscow. (In Russian).
- Chernichenko S. V. (2005) *Eshchyo raz o mezhdunarodnoi pravosub"ektnosti individov [Once again about the international personality of individual]*. *Moskovskii zhurnal mezhdunarodnogo prava*, no. 4, pp. 11–26. (In Russian).
- Clapham A. (ed.) (2012) *Brierly's Law of Nations*, 7th ed, Oxford: Oxford University Press.
- Daillier P., Pellet A. (1994) *Droit International Public*, 5th ed., Paris: L. G. D. J.
- Esposito R. (2012) *The Dispositif of the Person. Law, Culture and the Humanities*, vol. 8, no. 1, pp. 17–30.
- Fel'dman D. I., Kurdyukov G. I. (1974) *Osnovnye tendentsii razvitiya mezhdunarodnoi pravosub"ektnosti [The trends of the international personality]*, Kazan. (In Russian).
- Gierke O. von. (1902) *Das Wesen der menschlichen Verbände*. Available at: <https://www.digitale-sammlungen.de/de/view/bsb11127177?page=20> (accessed: 25.03.2023).
- Greene R. A. (1997) *Instinct of Nature: Natural Law, Synderesis, and the Moral Sense*. *Journal of the History of Ideas*, vol. 58, no. 2, pp.: 173–198.
- Grewe W. G. (2000) *The Epochs of International Law*, Berlin; New York.
- Grotius H. (2005) *The Rights of War and Peace (De iure belli ac pacis)*, Indianapolis: Liberty Fund.
- Hall S. (2001) *The Persistent Spectre: Natural Law, International Order and the Limits of Legal Positivism*. *European Journal of International Law*, vol. 12, no. 2, pp. 269–307.
- Hart H. L. A. (2012) *The Concept of Law*, 3rd ed., Oxford: Oxford University Press.
- Hegel G. W. F. (1967) *The Philosophy of Right*.
- Higgins R. (1985) *Conceptual Thinking about the Individual in International Law*. In: *International Law: A Contemporary Perspective*. Falk R., Kratochwil F., Mendlovitz S. H. (eds.), London: Westview Press.
- Higgins R. (1994) *Problems and Process: International Law and How we Use it*, Oxford: Clarendon Press.
- Ignatenko G. V., Likhachev M. A. (2010) *Razmyshleniya o sovremennoj kontseptsii mezhdunarodnoi pravosub"ektnosti individa [Reflections on the concept of individual international personality]*. *Izvestiya vysshikh uchebnykh zavedenij. Pravovedenie*, no. 4, pp. 200–212. (In Russian).
- Isiksel T. (2019) *Corporate Human Rights Claims Under the ECHR*. *The Georgetown Journal of Law and Public Policy*, vol. 17, pp. 979–1005.
- Jellinek G. (1914) *Allgemeine Staatslehre: manuldruck*, 3rd ed., Heidelberg: Springer Berlin.
- Jessup P. (1947) *The Subjects of a Modern Law of Nations*. *Michigan Law Review*, no. 45, pp. 383–408.
- Jones E. (2021) *Posthuman International Law and the Rights of Nature*. *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 12, (spec. iss.), pp. 76–102.
- Jones J. W. (1945) *Leibniz as International Lawyer*. *British Yearbook of International Law*, vol. 22, pp. 1–10.
- Kartashkin V. A. (1976) *Mezhdunarodnaya zashchita prav cheloveka [International Human Rights Protection]*, Moscow. (In Russian).
- Kauffman C. M., Martin P. L. (2018) *Constructing Rights of Nature Norms in the US, Ecuador, and New Zealand*. *Global Environmental Politics*, vol.18, no. 4, pp. 43–62.
- Kauffman C. M., Sheehan L. (2019) *The Rights of Nature: Guiding our Responsibilities through Standards*. In: Turner S. et al. (eds.) *Environmental Rights: The Development of Standards*, Cambridge: Cambridge University Press.

- Kelsen H. (1929) *La Naissance de l'État et la Formation de sa Nationalité: Les Principes et leur Application au Cas de la Tchécoslovaquie*. *Revue de Droit International*, no. 4, pp. 613–641.
- Kelsen H. (1945) *General Theory of Law and State*, Cambridge: Harvard University Press.
- Kelsen H. (1953) *Théorie du Droit International Public*. *Recueil des cours de l'académie de droit international*, vol. 84.
- Kjeldgaard-Pedersen A. (2018) *The International Legal Personality of the Individual*, Oxford: Oxford University Press.
- Klabbers J. (2005) *The Concept of Legal Personality*. *Ius gentium*, no. 11, pp. 35–67.
- Kolb R. (1997) *Une observation sur la détermination de la subjectivité internationale*. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, no. 52, pp. 115–125.
- Konstantin F. (2012 [1870]) *Obshchie nachala fiziologii gosudarstva [The fundamentals of the State physiology]*, 2nd. ed., Moscow: Knizhnyj dom «LIBROKOM». (In Russian).
- Koskenniemi M. (2005) *From Apology to Utopia: the Structure of International Legal Argument*. Reissue with a New Epilogue, Cambridge: Cambridge University Press.
- Koskenniemi M. (2021) *To the Uttermost Parts of the Earth: Legal Imagination and International Power, 1300–1870*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Kovler A. I. (2002) *Antropologiya prava [Anthropology of Law]*. Moscow. (In Russian).
- Kozheurov Ya. S. (2001) *Problema mezhdunarodnoj pravosub"ektnosti individa [Issues of the individual international personality]*, Moscow. (In Russian).
- Kurs mezhdunarodnogo prava [International Law Treatise] (1967), Moscow: Nauka. (In Russian).
- Kurs mezhdunarodnogo prava [International Law Treatise] (1989), Moscow: Nauka. (In Russian).
- Latur B. (2020) *Peresborka sotsial'nogo: vvedenie v aktorno-setevuyu teoriyu [Reassembling the social: an introduction to actor-network-theory]*, Moscow: Izd. dom Vysshey shkoly ékonomiki. (In Russian).
- Lauterpacht H. (1947) *The Subjects of the Law of Nations*, part I. *Law Quarterly Review*, vol. 63, no. 4, pp. 438–460.
- Lauterpacht H. (1948) *The Subjects of the Law of Nations*, part II. *Law Quarterly Review*, vol. 64, no. 1, pp. 97–119.
- Le Robert Collège (1997), Paris.
- Leibniz G. W. (1989) *Codex Juris Gentium diplomaticus*. *Leibniz Political Writing*, P. Riley (ed.), Cambridge.
- Lesaffer R. (2005) *Argument from Roman Law in Current International Law: Occupation and Acquisitive Prescription*. *European Journal of International Law*, vol. 16, no. 1, pp. 25–58.
- Levin D. B. (1974) *Aktual'nye problemy teorii mezhdunarodnogo prava [The problems of international law theory]*, Moscow. (In Russian).
- Lippman W. (1993) *The Phantom Public*, New Brunswick: Transaction Publishers.
- Mazzeschi R. P. (2009) *Impact on the Law of Diplomatic Protection. The Impact of Human Rights Law on General International Law*, M. T. Kamminga, M. Scheinin (eds.), Oxford: Oxford University Press.
- Mbembe A., Corcoran S. (2019) *Necropolitics (Theory in Forms)*, Durham: Dule University.
- McCorquodale R. (2006) *The Individual and the International Legal System*. *International Law*, M. Evans (ed.), 2nd ed., Oxford: Oxford University Press.
- McDougal M. S. (1953) *International Law, Power, and Policy: A Contemporary Conception*. *Recueil des cours de l'académie de droit international*, vol. 82.
- McDougal M. S., Reisman W. M. (1965) "The Changing Structure of International Law": Unchanging Theory for Inquiry, *Columbia Law Review*, no. 65, pp. 810–835.
- McDougal M. S., Lasswell H. D., Chen L. (1980) *Human Rights and World Public Order: The Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, New Haven and London: Yale University Press.

- McDougal M. S., Lasswell H. D., Reisman W. M. (1969) *The World Constitutive Process of Authoritative Decision*. In: *The Future of the International Legal Order*, volume I: Trends and Patterns, R. A. Falk and C. E. Black (eds.), Princeton University Press.
- Mejknecht A. (2011) *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous People in International Law*, Antwerpen: Intersentia.
- Menon P. K. (1992) *The International Personality of Individuals in International Law: A Broadening of the Traditional Doctrine*. *Journal of Transnational Law and Policy*, no. 1, pp. 158–166.
- Fel'dman D. I. (ed.) (1971) *Mezhdunarodnaya pravosub'ektnost' (nekotorye voprosy teorii)* [International personality (theoretical issues)], Moscow. (In Russian).
- Modzhoryan L. A. (1965) *Osnovnye prava i obyazannosti gosudarstv* [Fundamental rights and obligations of State], Moscow: Yurid. lit. (In Russian).
- Nijman J. E. (2004) *The Concept of International Legal Personality: an Inquiry into the History and Theory of International Law*, The Hague.
- Kramar M., Sarkisov K. (eds.) (2018) *Opyty nechelovecheskogo gostepriimstva* [Experiences of non-human hospitality], Moscow: V-A-C press. (In Russian).
- Orakhelashvili A. (2001) *The Position of the Individual in International Law*. *California Western International Law Journal*, vol. 31, no. 2, pp. 241–276.
- Parlett K. (2011) *The Individual in the International Legal System: Continuity and Change in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Peters A. (2016) *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Peters A. (2020) *Toward International Animal Rights*. *Studies in Global Animal Law*, Berlin: Springer One.
- Pietrzykowski T. (2017) *The Idea of Non-personal Subjects of Law. Legal Personhood: Animals, Artificial Intelligence and the Unborn*, A. Kurki A., T. Pietrzykowski T. (eds.), Springer.
- Plakrouz Kh., Dzhejms L. (2022) *Tsinichnye teorii. Kak vse stali sporit' o rase, genere i identichnosti i chto v étom plokhogo* [Cynical theories. How activist scholarship made everything about Race, Gender and Identity — and why this harms everybody], Moscow: Individuum. (In Russian).
- Portmann R. (2010) *Legal Personality in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Scruton R. (2021) *Folls, Frauds and Firebrands. Thinkers of the New Left*. Moscow: Izd. dom Vyshey shkoly ékonomiki. (In Russian).
- Shurshalov V. M. (1971) *Mezhdunarodnye pravootnosheniya* [International Legal Relations], Moscow. (In Russian).
- Soirila U. (2017) *Persons and Things in International Law and «Law of Humanity»*. *German Law Journal*, vol. 18, no. 5, pp. 1163–1182.
- Spiermann O. (2006) *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: The Rise of the International Judiciary* (Cambridge Studies in International and Comparative Law), Cambridge: Cambridge University Press.
- Tolstykh V. L. (2016) *Renessansnoe ponimanie dostoinstva i ego vliyanie na sovremennuyu kontseptsiyu prav cheloveka* [Renaissance understanding of dignity and its influence on modern concept of human rights]. *Pravovedenie*, no. 2, pp. 48–61. (In Russian).
- Tolstykh V. L. (2022) *Kurs mezhdunarodnogo prava* [International Law Treatise], 2nd ed. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya. (In Russian).
- Tomuschat C. (1999) *International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century*. *General Course on Public International Law*. *Recueil des cours de l'académie de droit international*, vol. 281, pp. 133–259.
- Usenko E. T. (1983) *Sootnoshenie kategorij mezhdunarodnogo i natsional'nogo (vnutrigosudarstvennogo) prava* [Correlation of categories of international and national law]. *Sovetskoe gosudarstvo i pravo*, no. 10, pp. 51. (In Russian).

Vattel E. de. (1916) *Le Droit des Gens, ou Principes de la Loi Naturelle, appliqués à la Conduite aux Affaires des Nations et des Souverains*, Washington: The Carnegie Institute of Washington.

Vilisov V. (2022) *Postlyubov'. Budushchee chelovecheskikh intimnostei* [Postlove. The future of human intimacies], Moscow: AST. (In Russian).

Walter C. (1983) *Subjects of International Law*. Max Planck Encyclopedia of Public International Law.

Weil P. (1983) *Towards Relative Normativity in International Law?* *American Journal of International Law*, vol. 77, no. 3, pp. 413–442.

Wood M. (2022) *International Law in Practice. Courses of the Summer School on Public International Law*, vol. 11, Moscow. Available at: https://iclr.ru/storage/publication_pdf/SSPIL-2020_11_Sir-Michael-Wood_1649164344.pdf (accessed: 25.03.2023).

EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS AND A PROBLEM OF OVERINCLUSIVENESS IN INTERNATIONAL LAW

ZELENOVSKAYA T., MATORINA V., FOMENKO A.

Tatiana Zelenovskaya — Graduate of Master's Program "Law of International Trade and Dispute Resolution", HSE University, Moscow, Russia (tzelenovskaia@gmail.com).

Valeria Matorina — Graduate of Master's Program "Law of International Trade and Dispute Resolution", HSE University, Moscow, Russia (matorina.v.a@mail.ru).

Anastasia Fomenko — Graduate of Master's Program "Law of International Trade and Dispute Resolution", HSE University, Moscow, Russia (aifomenko@hse.ru).

Abstract

This article discusses the problem of diversification of grounds for treaty suspension in international law, focusing specifically on *exceptio non adimpleti contractus* (exception of non-performance), which is a defence allowing the party to refuse the performance of an obligation under the legal instrument if the other party has not performed its respective reciprocal obligation. In contrast to the leading opinion, *exceptio non adimpleti contractus* not only exists in public international law but also creates a tangible problem of its overinclusiveness. In conjunction with clearly formulated grounds for treaty suspension in treaty law and the law of state responsibility, *exceptio non adimpleti contractus* enables States to extricate themselves from inconvenient treaty obligations without the burden of stiff limitations of binding rules of international law. The fluidity of *exceptio non adimpleti contractus* is aggravated by the fact that very few cases of its application by States have been evaluated by international tribunals. This allows States to overindulge in applying it as an unjustified means of last resort. A commonly used normative approach will not help in treating legal loopholes like the one represented by *exceptio non adimpleti contractus*. This article posits that the most practical strategy to tackle the problem of overinclusiveness of international law is to rely on 'reversible rewards' or 'sticks and carrots' found at the intersection of international law and behavioural economics.

Key words

exceptio non adimpleti contractus, treaty suspension, overinclusiveness, behavioural approach

Citation: Zelenovskaya T., Matorina V., Fomenko A. *Exceptio Non Adimpleti Contractus and a Problem of Overinclusiveness in International Law* // Zhurnal VSHÉ po Mezhdunarodnomu Pravu (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. No. 1. P. 26–38.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.17443>

Introduction

The stability of treaty relationships is the core of the international legal order because it directly influences the readiness of States to cooperate more in pursuing international peace and security. Not only termination but even a suspension of a treaty partly or in entirety can damage a fragile equilibrium of treaty powers.

The wide range of lawful reactions to the non-performance of treaties includes not only treaty termination and suspension under the law of treaties but also countermeasures under the law of State responsibility. Despite the existing delineation of treaty law responses and countermeasures in the practice of international courts and legal literature, States still mix them to justify their non-performance. Beyond that, they also can apply *exceptio non adimpleti contractus* or the exception of non-performance (hereinafter — *exceptio*). In public international law, it is a defence that allows to refuse the performance of an obligation under the treaty if the other party has not performed its respective reciprocal obligation. *Exceptio* is so unclear that some even deny its existence.¹ Often used as a defence of last resort *exceptio* vividly illustrates why such diversification of grounds for lawful reactions to non-performance of treaties poses a problem in international law.² Thus, the issue of overinclusiveness³ of international law is the primary focus of attention of the authors of this article.

¹ Miron A. *Courses of the Summer School on Public International Law. Vol. 10: Countermeasures and Sanctions*. Moscow : International and Comparative Law Research Center, 2022. P. 24; ICJ. *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece*. Judgment of 5 December 2011, Separate Opinion of Judge Simma // I.C.J. Reports. 2011. P. 708.

² Xiouri M. *The Breach of a Treaty: State Responses in International Law*. Leiden : Koninklijke Brill NV, 2021. P. 276.

³ Overinclusiveness is a feature of international law which owes to the existence of overlapping concepts coming from different sources of international law. Here, overinclusiveness refers to the existence of a wide range of grounds for suspending international treaties, indicating a failure to maintain conceptual boundaries for the suspension grounds.

The authors tackle it in three main sections. The first one focuses on the theoretical approaches to the problem of the variety of grounds for the suspension of treaties, which include the treaty law mechanism of suspension and countermeasures, which belong to the law of state responsibility, the relationship between them and how they overlap with the *exceptio non adimpleti contractus* principle. Here, the authors deliberate whether *exceptio* plays an independent role in justifying lawful non-compliance with treaties whenever reciprocal obligations are affected.

As illustrated in Section II, although it was not mentioned in the final text, *exceptio* has been in the background since the adoption of the Vienna Convention on the Law of Treaties⁴ (hereinafter — VCLT) and the formulation of rules on countermeasures. Yet, as illustrated further, States invoke *exceptio* as a defence of last resort, which demonstrates the problem of the variety of grounds for lawful reactions to the non-performance of treaties under international law. Instead of being descriptive, the authors attempt to provide a critical analysis of the effect of the highlighted problem in the first two sections.

Section III shifts from the critical analysis and digs deeper into the motives of States' compliance with international law. In this regard, the present work is different from other works which examined *exceptio* and the variety of grounds for the suspension of treaties since the authors suggest looking at this problem from the perspective of behavioural international law and economics. This perspective is relatively new and has not yet become as popular as, for example, the rational choice theory; yet, in the authors' view, it correctly reflects the reasons for States' cooperation with each other, including under the framework of international treaties. As concisely put by John Locke: "Good and evil, reward and punishment, are the only motives to a rational creature: these are the spur and reins whereby all mankind are set on work, and guided"⁵. Following the same logic, the authors suggest a solution to the abuse of the overinclusiveness of international law — the 'sticks and carrots' approach. Although it has not been fully formed yet, the authors demonstrate that its progressiveness has a potential for resolving the issue at hand.

1. Suspension of treaty obligations: abundance of grounds

States may rely on different grounds to respond to the other States' breaches. Under the law of treaties, States may respond to prior infringements by suspending international treaties.⁶ Under the custom-based Article 60 of the VCLT, the party may suspend its treaty provisions wholly or partially due to a material breach of its counterparty.⁷ Under the law of State responsibility, States may equally respond by using countermeasures in conformity with limitations set in Articles 49–54 of Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts⁸ (hereinafter — ARSIWA) prepared by the International Law Commission (hereinafter — ILC).

Treaty responses and countermeasures might appear similar since they both are reactions to a breach by another state under certain conditions. Although the International Court of Justice (hereinafter — ICJ) and the ILC came to distinguish countermeasures from treaty law responses, the substantive and procedural limitations of their application overlap, creating a gateway for using whichever is more convenient to justify the suspension of a particular obligation.

Even though the interrelationship between the introduced grounds for treaty suspension is already perplexing, they also can be confused with *exceptio* whose application rules are even less comprehensible. Hence, it deserves special mention for its controversial place and role in international law. Despite its long-term presence in the legal literature, it has been codified neither in the VCLT nor in the ARSIWA. This fact might owe to the continuing uncertainty about the area of international law to which it belongs and its legal nature.

⁴ Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1155 U.N.T.S. 331.

⁵ Locke J. *Some Thoughts Concerning Education*. London : Printed for A. and J. Churchill, 1693. Sec. 54.

⁶ Sec. 3 of the VCLT.

⁷ ICJ. *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*. Judgment of 25 September 1997 // I.C.J. Reports. 1997. P. 38.

⁸ *Responsibility for Internationally Wrongful Acts*. Resolution 56/83 of 12 December 2001 adopted by the UN General Assembly at its fifty-sixth session. URL: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/9_6_2001.pdf (accessed: 13.09.2022).

1.1. The origins of the *exceptio non adimpleti contractus* principle

Exceptio is not a rule of international law *per se* — it derives from the civil law system.⁹ Its word-to-word translation is “defence [in the case of] an unfulfilled contract”.¹⁰ Some¹¹ see its roots in Roman law, where it was just and equitable to disregard the claims of a plaintiff who had not performed until such a plaintiff proved that the initial agreement was different.¹² Others sceptically argue that *exceptio* was a creation of postclassical lawyers reliant on the canonical maxim of *non servanti fidem non est fides servanta* (eng.: one does not need to hold to his word vis-à-vis those who do not).¹³ Despite the perplexity of these origin-related conundrums, the principle of *exceptio* is still applied in private law.

Under continental contract law, the application of *exceptio* relies on the existence of a synallagmatic agreement. The agreement builds upon the reciprocal obligations of each party. In French law, for instance, it is perceived as the Civil Code’s interpretation of the Law of Talion from the Hammurabi Code: “*droit pour droit*’ et *trait pour trait*”¹⁴ and since 2016 is set in the French Civil Code.¹⁵ In some States, like Romania, *exceptio* is used likewise despite the absence of the rule in written law due to its fundamentality.¹⁶ Finally, *exceptio* is present in Article 71(1) of the 1980 Convention on the International Sale of Goods¹⁷ and Article 7.1.3(1) of the International Institute for the Unification of Private Law (hereinafter — UNIDROIT) Principles.¹⁸ These examples and the Roman formula demonstrate that *exceptio* is more than alive in both national and international private law and mostly remains unchanged.

Similarly, in public international law *exceptio* allows a non-performance of a party to a treaty due to a prior non-performance of a synallagmatic obligation by another contracting State.¹⁹ It flows from a broader principle of *inadimplenti non est adimplendum* that translates “there is no need to perform for one who has not performed”.²⁰ Nonetheless, they are both considered to be the ‘crystallisation’ of the universal principle of reciprocity.²¹ *Exceptio* in public international law is not that different from its private law prototype from private law since treaty-based relations are nothing but a trade of promises. Consequently, a non-performance of a treaty by a party gives rise to a simultaneous right of their counterparty to postpone their performance until primary obligations are respected. As this rule has not been formulated definitively by the international community, there are no additional requirements for its application.

1.2. Debates over the legal nature of *exceptio*

The legal nature of *exceptio* has equally been a matter of controversy for more than a century. Scholars debate whether it is a general principle of law or customary law that forms part of either international law of treaties or state responsibility. The Permanent Court of International Justice (hereinafter — PCIJ) in *Diversion of Water from the Meuse (Netherlands v. Belgium)* was the first to classify it as a general principle of law.²² Dissenting opinions to this judgment were the first to use *exceptio* as an autonomous argument. Judge Anzilotti upheld the Belgian submission that the Netherlands had been the first to breach the treaty and, thus, had lost their right to bring a claim. He was adamant that *exceptio*, being inherently equitable and universally recognised, constitutes a general principle of law recognised by civilised nations in the meaning of

⁹ Fitzmaurice M. *Angst of the Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum* in *International Law // Exceptions in International Law* ed. by L. Bartels, F. Paddeu. Oxford : Oxford University Press, 2020. P. 286–288.

¹⁰ Fellmeth A. X., Horwitz M. *Guide to Latin in International Law*. Oxford : Oxford University Press, 2022. URL: <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/acref/9780197583104.001.0001/acref-9780197583104-e-747?rskey=BbfMJK&result=674> (accessed: 10.05.2022).

¹¹ Mackeldey F., Dropsie M.A. *Handbook of the Roman Law*. Philadelphia : T. & J.W. Johnson, 1883. P. 313.

¹² Gaius. *Four Commentaries of Gaius on the Institutes of Civil Law*, Commentary IV // *The Civil Law*, I, Cincinnati, 1932. §126, §126a.

¹³ Carbonnier J. *Droit Civil, T. II: les Biens, les Obligations*. Paris : Presses Universitaires de France, 2004. P. 2247.

¹⁴ Ghestin J. *L’exception d’Inexécution: Rapport Français* // Fontaine M., Viney G. *Les Sanctions de l’inexécution des Obligations Contractuelles*. Paris : Bruselas y Paris, 2001. P. 3.

¹⁵ *Code Civil: Version en Vigueur au 26 Septembre 2022*. Articles 1219 and 1220. <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEG-ITEXT000006070721/> (accessed: 10.05.2022).

¹⁶ Căzănel M. *The Functions of the Exception for the Non-performance of the Civil Contract* // *Ovidius University Annals, Economic Sciences Series*. 2014. Vol. 14. № 1. P. 276

¹⁷ *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 11 April 1980, 1489 U.N.T.C. 72.

¹⁸ *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016*. URL: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-English-bl.pdf> (accessed: 13.09.2022).

¹⁹ Xiouri M. *The Exceptio Non Adimpleti Contractus in Public International Law* // *International Community Law Review*. 2019. Vol. 21. № 1. P. 58.

²⁰ Fellmeth A. X., Horwitz M. *Op. cit.*

²¹ Xiouri M. *The Exceptio Non Adimpleti Contractus in Public International Law...* P. 59.

²² PCIJ. *Diversion of Water from the Meuse (Netherlands v. Belgium)*. Judgment of 28 June 1937. Individual Opinion by Mr. Hudson // *P.C.I.J. Series A/B, No. 70*. 1937. P. 77.

Article 38(4) of the PCIJ Statute.²³ The *Meuse* case, thus, indirectly, through its dissenting opinions, was the first to call *exceptio* a general principle of law, which was followed by Judge de Castro in the *South West Africa* case²⁴ and by Sir Gerald Fitzmaurice, the Special Rapporteur on the Law of Treaties, who qualified *exceptio* as a “general international law rule of reciprocity”.²⁵

As *exceptio* has not found its way into either the codified rules of international law or the customs, it is still questionable whether it is a general principle of law. As stated by T. Holland, international law is “private law writ large”.²⁶ Some national legal principles shared by many nations transfer to international law via judges’ *dictum*²⁷ and, thus, become general principles of law in the language of Article 38(1)(c) of the ICJ Statute. Drafting history of the PCIJ Statute reveals their definition. Lord Phillimore defined “general principles” as ones which “were accepted by all nations in *foro domestic*, such as certain principles of procedure, the principle of good faith, and the principle of *res judicata*, etc”.²⁸ Assuming that *exceptio* is indeed a general principle of law due to its origin and applicability around the world, another question persists. Does *exceptio* apply in terms of countermeasures, treaty law responses, or has its own role?

Special Rapporteur Crawford, who, following his predecessors, rejected the possibility of codification of *exceptio* as a reciprocal countermeasure, still labelled it as a part of the law of responsibility. Nonetheless, he refused to mention it at all due to the rising concerns about the risks of the “escalating non-compliance” after giving States an opportunity to breach treaty obligations responsively without the constraints set for countermeasures.²⁹ In other words, drafters of the ARSIWA had an opportunity to qualify *exceptio* as related to State responsibility but they simply chose not to.

One year later, in his third report, Crawford changed his opinion to treating *exceptio* as a primary rule of treaty law.³⁰ In his article of the same year, he elucidated that treaty law is more applicable to *exceptio* as it is *lex specialis* for all questions concerning the non-performance of treaty obligations.³¹ In 2013 he added, after quoting Judge Simma’s dissenting opinion from the *former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece* (hereinafter—*FYROM* case), that “there is no room for recognition of *exceptio* outside the exhaustive provisions on the consequences of a breach in the VCLT Article 60”.³²

The 2011 *FYROM* case is curious due to the line of defence of Greece. It presented three alternatives relying on the law of treaties, the law of international responsibility, and *exceptio*. Arguably, Greece merely played the “pick and choose” game, thus, any reference to autonomous *exceptio* cannot be taken as a rational commitment to a certain theory.³³ Nonetheless, Greece actually was not wrong insisting that there must be something in-between strict options of termination, suspension, and countermeasures.³⁴ It considered it “paradoxical that the victim of a treaty breach has no choice but to suspend or terminate it”.³⁵

To summarise, there are three basic concepts of the nature of *exceptio*: (1) it is a general principle; (2) it is a countermeasure; (3) it is a part of treaty law. The debate is far from being settled but, surprisingly, it rarely includes a discussion on the autonomous place of *exceptio*, like Greece did, as the arguments mostly revolve around its place in either treaty law or the law of state responsibility.

Exceptio’s attribution to the realm of countermeasures is contestable. Under Article 49(1) of the ARSIWA, countermeasures aim to induce compliance of a violating State. *Exceptio* is not used to pressure

²³ PCIJ. *Diversion of Water from the Meuse (Netherlands v. Belgium)*. Judgment of 28 June 1937. Dissenting Opinion of M. Anzilotti // P.C.I.J. Series A/B, No. 70. 1937. P. 50.

²⁴ ICJ. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*. Advisory Opinion of 21 June 1971. Separate opinion of Judge De Castro // I.C.J. Reports, 1971. P. 201.

²⁵ Fourth Report on the Law of Treaties, by Sir Gerald Fitzmaurice, Special Rapporteur, 1959 (A/CN.4/120). P. 70. §102. URL: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_120.pdf (accessed: 13.09.2022).

²⁶ Holland T. *Studies in International Law and Diplomacy*. Oxford : Clarendon, 1898. P. 152.

²⁷ ICJ. *International Status of South West Africa*. Advisory Opinion of 11 July 1950. Separate Opinion by Sir Arnold McNair // I.C.J. Reports, 1950. P. 148.

²⁸ League of Nations. *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee: June 16th-July 24th 1920*. The Hague : Van Langenhuyzen Brothers, 1929. P. 335.

²⁹ *Second Report on State Responsibility by Mr. J. Crawford, Special Rapporteur*, 1999 (A/CN.4/498). P. 82. §331. URL: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_498.pdf (accessed: 13.09.2022).

³⁰ *Third Report on State responsibility, by Mr. James Crawford, Special Rapporteur*, 2000 (A/CN.4/507). P. 95. URL: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_507.pdf (accessed: 14.09.2022).

³¹ Crawford J., Olleson S. *The Exception of Non-performance: Links Between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility* // Australian Year Book of International Law. 2000. Vol. 21. P. 74.

³² Crawford J. *State Responsibility: The General Part*. Cambridge : Cambridge University Press, 2014. P. 681.

³³ Fitzmaurice M. *Op. cit.* P. 297.

³⁴ ICJ. *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*. Counter-Memorial of Greece of 19 January 2010. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/142/16356.pdf> (accessed: 12.09.2022). § 8.7.

³⁵ *Ibid.*, § 8.11.

a counterparty into law abidance. Rather, it is a response that ultimately protects an injured State from the consequences of the initial non-performance on behalf of a breaching State. Thus, its only purpose is to release the injured party from an obligation to perform without receiving its part of a deal. This purpose might be regarded as highlighting the synallagmatic nature of *exceptio*, and, therefore, proving *exceptio*'s relation to treaty law. If each party's rights depend on the fulfilment of the obligation of their counterparty in the framework of treaties, it seems absurd to dispute the interrelationship of the law of treaties and *exceptio*. Nonetheless, other two questions arise: what form does this relationship take? Do treaty law and Article 60 of the VCLT in particular, that contains the principle of reciprocity, subsume *exceptio* or does the latter stand alone?

An answer might be in the existence of procedural conditions for the invocation of the VCLT responses. *Exceptio*, on the other hand, does not demand a prior material breach of a synallagmatic obligation because it is a product of the *quid pro quo* relationship established between parties to a treaty.³⁶ In *FYROM*, Greece referred to it as a "defence against a claim of non-performance of conventional obligation".³⁷ This approach echoes the original margins of application of *exceptio* in national law: it provides a defence against a potential claim.³⁸

Furthermore, *exceptio* must not be mistaken for other forms of contract suspension because it is a "temporary defence" that does not annul a contract or suspend its operation but creates a provisory situation in which an original non-performing party cannot sue its counterparty for doing the same in response.³⁹ It is a contractual self-defence mechanism used by an injured party to fend off claims regarding the mirroring non-performance.⁴⁰ S. Forlati followed the same idea comparing *exceptio* and the content of Article 60 of the VCLT.⁴¹ Unsurprisingly for an Italian scholar familiar with *exceptio* from private law, she draws a bold line between the legal effects of the two. While treaty law on suspension stops the operation of a treaty, *exceptio* leaves treaty obligations in force. Such a view on *exceptio* in public international law is not common, which might owe to the fact that most works on the topic were written by American or British scholars.

It has been established that *exceptio* should be differentiated from its perceived *doppelgängers* from the VCLT and the ARSIWA but its role in international affairs still requires clarification. *Exceptio*, as a defence, does not make part of substantive provisions on the operation of treaties. By its nature, it is not a sword to fight for the integrity of a treaty but a shield to protect a defendant in dispute resolution after it chooses to avoid suffering even more damage than already incurred by the infringement of a treaty by their counterparty. Unfortunately, such conclusions are not easily inferred from the present state of international law. International practice, both judicial and diplomatic, is still choosing to overlook the issue as if it is insignificant or even uncomfortable.

At the same time, States can benefit from the concept of *exceptio* by using it in circumvention of much stricter rules stemming from the VCLT and the ARSIWA. The latter considerably circumscribe States' opportunities to overcome the binding effect of treaty obligations. They are aimed at securing international predictability and cooperation. *Exceptio* exists to protect a non-breaching party to a treaty and does not encroach on the effectiveness of treaties. At the same time, when States impliedly apply *exceptio*, they do not perform their treaty obligations which renders treaty obligations suspended until the initial violator finally performs his part. As *exceptio* does not have any procedural conditions of application, it can be invoked *ad hoc*, i. e. whenever a State needs to address claims but its non-performance does not meet considerably higher thresholds of the VCLT and the ARSIWA. Additionally, as demonstrated further, suspension on the *exceptio* ground may result in the *de facto* termination when the initial wrongful non-performance and the defensive non-performance under *exceptio* bring the treaty relations to a deadlock.

For these reasons, in the circumstances of the absence of a clear demarcation between grounds to suspend treaty obligations *exceptio* certainly should be considered as an alarming addition to possible grounds of suspension of treaty obligations. As it is said, two is a company and three is a crowd. *Exceptio*

³⁶ *Ibid.*, 8.18; Forlati Picchio M.L. *La Sanzione nel Diritto Internazionale*. Padova : Casa Editrice Dott Antonio Milani, 1974. P. 92.

³⁷ *The former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece*, §8.6.

³⁸ Office Notarial de Baillargues. *Exceptio non adimpleti contractus ou exception d'inexécution: dans un contrat synallagmatique, moyen de défense de l'une des parties qui consiste à ne pas exécuter son obligation tant que l'autre contractant n'a pas effectué sa prestation*, 30 July 2019.

URL: <https://www.onb-france.com/actualites/exceptio-non-adimpleti-contractus-ou-exception-dinexecution> (accessed: 14.05.2022).

³⁹ Arnaud L. *Fiches de Droit des Obligations - 6e édition*. Paris : Ellipses, 2019. P. 236.

⁴⁰ Rowan S. *The New French Law of Contract*. Oxford : Oxford University Press, 2022. P. 195.

⁴¹ Forlati S. *Reactions to Non-Performance of Treaties in International Law II* *Leiden Journal of International Law*. 2012. Vol. 25. № 3. P. 766.

creates a pressing problem of overinclusiveness of grounds to suspend treaty obligations and can be misused with ulterior motives, as demonstrated in Section II.

2. Grounds used by States for responses to prior infringements by others

Although the distinction between the responses to a breach of treaty stem from the clarifications of international bodies, in practice the abundance of grounds to respond to the breaches of treaties leads to their extensive use and even misuse. In this regard, this Section will focus on the representative case law to illustrate the gravity of the problem of overinclusiveness of grounds to suspend treaty provisions.

Prior to the conclusion of the VCLT, States seemed to rely more frequently on *exceptio* as a separate excuse for non-performance. For instance, in 1876, the US president suspended the extradition clause of the 1842 Webster-Ashburton Treaty between the US and Great Britain on the basis that the latter released two fugitives whose extradition was sought by the US.⁴² The suspension was noted in a US Secretary's letter to the UK Secretary of Treasury which mentioned that "a continued violation of a treaty provision by one of the contracting parties will justify the other in regarding the provision as temporarily suspended"⁴³. The US suspended its synallagmatic obligations concerning extradition for almost six months until Great Britain performed and thus resumed the extradition clause in December 1876.⁴⁴

Similarly, in 1957, in response to China and North Korea's breaches of the 1953 Korean Armistice Agreement,⁴⁵ the UN Command declared that it was relieved of its corresponding obligations until China and North Korea would demonstrate their willingness to comply.⁴⁶ These two cases are just two examples of many instances where injured States unequivocally benefited from *exceptio*.

With the emergence of the VCLT and the ARSIWA the application of treaty law responses and countermeasures became widespread due to their clear formulation and limits. Nonetheless, States still keep applying *exceptio* as a defence either explicitly, or it can be inferred from their conduct. Since States tend to recall *exceptio* at the last moment, when a dispute reaches courts, the authors believe that to date *exceptio* is used as a last-resort defence.

In *Air Service Agreement*, while the US did not explicitly rely on *exceptio* in its memorandum, its response was described as "a limited withdrawal of rights of French carriers corresponding to the rights denied the [US] carrier," which resembled the invocation of *exceptio* as the synallagmatic obligations were suspended.⁴⁷ Furthermore, in 1986, the US suspended its security treaty obligations towards New Zealand, under the Australia, New Zealand, United States Security Treaty of 1951 (hereinafter — ANZUS), since the latter had initiated a nuclear-free zone in its territorial waters, which the US claimed was a breach of the alliance.⁴⁸ The US must have applied *exceptio* since both the US and Australia refused to fulfil their synallagmatic obligations due to New Zealand's prior breach.

Taxation of Foreign Cigarettes in Uruguay was brought up by Paraguay and concerned the issue of Uruguay charging a Specific Internal Tax on cigarettes. Uruguay directly invoked *exceptio* and argued that Paraguay itself applied discriminatory rules and therefore could not demand that discriminatory rules not be applied to it.⁴⁹

Additionally, in the World Trade Organisation case of *Canada — Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, the European Communities claimed that "it is implicit in any agreement <...> that if one of the parties fails to fulfil its obligations, the other party is released from complying with its own".⁵⁰ Therefore, it expressly referred to the synallagmatic obligations and *exceptio* principle.

⁴² Memorandum of the office of the U.S. Department of Justice' Authority of the President to Suspend Certain Provisions of the ABM Treaty of 15 November 2001. P. 17.

URL: <https://www.justice.gov/sites/default/files/opa/legacy/2009/03/09/memoabmtreaty11152001.pdf> (accessed: 20.09.2022).

⁴³ Xiouri M. *Op. cit.* P. 16.

⁴⁴ Hoy B. *A Line of Blood and Dirt*, New York : Oxford University Press, 2021. P. 69.

⁴⁵ *Agreement between the Commander-in-Chief, UN Command, and the Supreme Commander of the Korean People's Army and the Commander of the Chinese People's Volunteers, Concerning a Military Armistice in Korea* of 27 July 1953, UN Doc. S/3079. Annex A. P. 20.

⁴⁶ *Communication dated 9 August 1957 from the representative of the United States of America to the United Nations, addressed to the Secretary-General*. UN Doc. A/3631. P. 4.

⁴⁷ Ad-hoc Arbitral Tribunal. *Air Service Agreement case (France v. US)*, Award of an Ad-hoc Arbitral Tribunal of 9 December 1978, § 17.

⁴⁸ Catalinac A.L. *Why New Zealand took itself out of ANZUS: Observing "Opposition for Autonomy" in Asymmetric Alliances* // Foreign Policy Analysis. 2010. Vol. 6. № 4. P. 368.

⁴⁹ MERCOSUR Ad hoc Arbitral Tribunal. *Dispute between Paraguay and Uruguay concerning the Application of Impuesto Especifico Interno to the Commerce of Cigarettes (Paraguay v. Uruguay)*. Award VIII of Ad hoc Arbitral Tribunal of 21 May 2002.

⁵⁰ Panel report, *Canada — Certain Measures Affecting the Automotive Industry (Japan v. Canada)*. WT/DS139/R and WT/DS142/R11. Adopted 11 February 2000. § 7.187.

Another example, from the field of investment protection, is the case of *Klöckner v. Cameroon* where *exceptio* was expressly applied in favour of the respondent State as a ground for extinguishing its obligations.⁵¹ Although the decision mainly involved the law of a State, and the award was later annulled by the *ad hoc* Committee,⁵² this example demonstrates that a State used *exceptio* as a defence against an investor's claims under the investment treaty, "the only one it thought could be invoked without prior notice and without respecting any deadline".⁵³ Similarly, in *Vivendi v. Argentina (I)*, Argentina also relied on the *exceptio* defence as a ground for non-performance of its investment obligations.⁵⁴

Additionally, State practice demonstrates that even certain non-proliferation obligations may be suspended under the *exceptio* mechanism. In 2000, Russia and the US concluded the 2000 Plutonium Management and Disposition Agreement (hereinafter — PMDA),⁵⁵ under which they undertook to dispose of plutonium by a certain method. In 2016, Russia suspended this Agreement due to the inability of the US to ensure the disposal of surplus weapons-grade plutonium.⁵⁶ Although the main reason to suspend the PMDA was a fundamental change of circumstances, Russia decided not to perform its side of the treaty, referring to the breach by the US of synallagmatic obligations under the Agreement, which more resembles *exceptio*.

A suspension of bilateral treaties may lead indirectly to the treaty termination because if one party to the treaty suspends its obligations then there is only one party left in it. The object and purpose of the treaty is no longer beneficial when only one party is performing its obligations and not receiving the promised obligations in return.

The recent example is the suspension of the Strategic Arms Reduction Treaty of 2010⁵⁷ (hereinafter — START III). In the report of the international affairs committee of the Federation Council of the Federal Assembly of the Russian Federation stated that "Russia has strictly complied with [START III] provisions", however, since "the US purposefully fails to fulfil its obligations under the treaty, committing material violations"⁵⁸ Russia suspended the treaty. It is worth noting that the US disagrees with Russia's position and declares that it will continue to implement the treaty.⁵⁹ A closer look at the wording of the report suggests that Russia relied on *exceptio*, since it argued that the suspension of START III was a consequence of the US' prior non-compliance with its synallagmatic obligations. Since START III is a bilateral treaty, the US single-handed compliance still cannot be considered as a full performance of the treaty. Thus, its value has been lost, leading effectively to the same consequences as a termination.

The next example of bilateral treaty suspension is Switzerland's suspension of its agreement normalising the ties with Libya in 2009. Switzerland justified its action on the grounds of a breach by Libya after the latter refused to cooperate with Switzerland when two Swiss businessmen were abducted and prevented from leaving Libya for more than a year.⁶⁰ As can be seen from this example, Switzerland also used *exceptio* when alleged that it would not fulfil its synallagmatic obligations under the treaty after Libya's refusal to fulfil its treaty obligations. The treaty remains suspended up to date, and thus such suspension effectively constitutes the termination of the treaty.

⁵¹ ICSID. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (Netherlands, Belgium, Germany v. Cameroon)*. Case No. ARB/81/2. Award of 21 October 1983. § 210-212.

⁵² ICSID. *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais (Netherlands, Belgium, Germany v. Cameroon)*. Case No. ARB/81/2. Ad hoc Committee Decision on Annulment of 3 May 1985. § 170-171.

⁵³ *Ibid.*, § 165.

⁵⁴ ICSID. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. (formerly Aguas del Aconquija) and Vivendi Universal S.A. (formerly Compagnie Générale des Eaux) v. Argentine Republic (I) (France v. Argentina)*. Case No. ARB/97/3, Decision on the Argentine Republic's Request for Annulment of the Award of 20 August 2007, § 243.

⁵⁵ *2000 Agreement between the Government of the United States of America and the Government of the Russian Federation Concerning the Management and Disposition of Plutonium Designated as no Longer Required for Defence Purposes and Related Cooperation*. 1 September 2000. URL: <https://2009-2017.state.gov/documents/organization/213493.pdf> (accessed: 14.09.2022).

⁵⁶ Decree of the President of the Russian Federation of 3 March 2016 No. 511 "On the Suspension by the Russian Federation of the Agreement between the Russian Federation and the United States of America Concerning the Management and Disposition of Plutonium Designated as no Longer Required for Defense Purposes and Related Cooperation".

⁵⁷ Federal Law № 38-FZ "On the suspension by the Russian Federation of the Treaty between the Russian Federation and the United States of America on Measures for the Further Reduction and Limitation on Strategic Offensive Arms" dated 28 February 2023.

⁵⁸ Report of the Committee on the International Affairs of the Federation Council of the Federal Assembly of the Russian Federation "On the draft of the Federal Law № 301204-8 "On the suspension by the Russian Federation of the Treaty between the Russian Federation and the United States of America on Measures for the Further Reduction and Limitation on Strategic Offensive Arms" dated 22 February 2023.

⁵⁹ Transcript of "CNN This Morning", 21 February 2023. URL: <https://transcripts.cnn.com/show/ctmo/date/2023-02-21/segment/06> (accessed: 10.03.2023).

⁶⁰ France 24: *Switzerland suspends normalisation deal with Libya*. URL: <https://www.france24.com/en/20091104-switzerland-suspends-libya-normalisation-deal-gaddafi-diplomacy> (accessed 22.09.2022).

Although, in many cases, if States referred to the specific grounds for suspension, they relied on the VCLT or the ARSIWA as a justification, in reality their course of action more resembles the application of the *exceptio* principle. This extensive number of cases demonstrates that the distinction between the treaty law responses and other responses is vague, and States may recourse to them in response to any unfriendly actions of other states parties to a certain treaty. Such misuse by States of different grounds in international law for suspension creates a dangerous situation for international relations, making them unstable. Accordingly, the invocation of many grounds in response to the breaches of treaties may constitute the abuse of the concepts of treaty suspension.

3. Overinclusiveness of the grounds to suspend the treaties: an appraisal

Overinclusiveness of grounds for the suspension of treaty obligations is not given enough attention in legal doctrine despite its critical importance in practice, especially at times of division in the international community. States facing a conflict are naturally prompted to escape some treaty obligations they deem inconvenient. As it was demonstrated in Section II, the application of *exceptio* as an autonomous ground for the non-performance of treaties is not as infrequent as some suppose. Consequently, as *exceptio* in international law is used obscurely and unsystematically it is almost impossible to predict when and how it will be invoked. As the application is not limited by any coherent norms of international law, it gives a *carte blanche* to anyone willing to misuse it to suspend or de facto terminate treaty obligations. The key source of the issue lies with the overinclusiveness of international law, but are there any ways to resolve the problem? Will the formalisation of international law and stricter rules accurately demarcating the lines between the VCLT, the ARSIWA, and *exceptio* help? This section provides an alternative to the exacerbation of international relations after the misuses of the overinclusiveness through establishing stricter rules. It throws light on a more flexible method of approaching the visible issue of all these concepts overlapping and providing a room for manoeuvre by turning to positive and negative incentives for disobeying States to return to compliance.

Reinforcement of regulation does not harmonise with the nature of international law as the order built by consent of sovereign States. This brings the discussion to the selection of appropriate incentives for rule abidance, States are the most susceptible to misusing loopholes of international law when they are in despair internally or internationally. Suspending treaties by means that are not conventionally allowable is usually an indicator of a State being burdened by its international commitments during a challenging period of its development. Even though suspension can lead to a *de facto* termination of treaties, there is still a chance to help the State to regain a sense of international stability and resume its cooperation.

Conventionally, in any legal system, non-compliance is treated as an abomination. A law that permits or tolerates disobedience is meaningless. Hence, stable domestic legal systems rely on conformity to their internal law and attempt to punish all deviations. They are still far from being infallible but with checks and balances working as they are supposed to, the systems evolve and eventually benefit from the general patterns of compliance perceived as a 'good' standard of behaviour.

International law is different. It lacks the sophisticated level of both law-making and law enforcement. As previously demonstrated, there are certain loopholes in international law that endanger the stability of its principal areas: treaty law and law on state responsibility. States have an opportunity to misuse the mechanisms of treaty suspension, and they do misuse them as an ace up their sleeve when national interests overweight international commitments. It turns international law into international diplomacy with States acting as if international treaties, especially the most vital ones for the world's well-being (human rights treaties, non-proliferation treaties, bilateral investment treaties, etc.), are instruments of manipulation, which can be put at stake whenever it is necessary. While both advantages and disadvantages of such a state of affairs are numerous, it seems unproductive to enlist them all. Thereby, this article will mention only the most obvious but still significant advantages and disadvantages with the end goal of introducing a way of treating both.

First, for the sake of not being disappointed with public international law, one should not demand from it what it simply cannot deliver. International law, especially its treaty-related part, is always a product of a compromise. An ambiguous and contestable language of treaties, as primary sources of international obligations, makes for their ability to function. If treaties were straightforward and unrelenting, a State's entry

into them would be unlikely. Furthermore, treaties are not that different from non-legal agreements.⁶¹ Their 'normative pull' is not strong enough to effectively restrain states from non-compliance if, for instance, security interests are at stake. According to H. Koh, obedience in general and in international law, in particular, does not emanate solely from coercion, or rather does not emanate from it at all — but it derives from "patterns of obedience".⁶² Therefore, H. Koh suggests, contrary to the Austinian thesis,⁶³ that law is not defined by coercion. Most people choose to stop for a red light on an empty morning road or not to steal from others not because they fear retribution — but rather because it just feels right due to the internalised rules learnt at school, home, or anywhere else. It is surprisingly difficult to break such patterns. The same is true for States' behaviour. They will comply with international law because such conduct conforms to common sense and ethical norms. States also tend to follow an "international law as a smart power" approach.⁶⁴ It favours the engagement of each State with other members of the international community over unilateralism. Accordingly, States, as actors in international relations, form bonds by backing each other up, which undoubtedly involves respecting treaties.

Compliance is equally analogous to the prisoner's dilemma theory. States cooperate because they understand that otherwise, their counterparties will respond to a breach of a treaty, which will affect the well-being of the nonconforming State or, at least, its reputation. Following the prisoner's dilemma theory, States benefit from their treaty-abiding conduct since it makes them full members of the international community with full access to all privileges of international cooperation. In contrast, violations like abuses of the ambiguous overinclusiveness of international law usually entail negative repercussions.

On the other hand, "[t]he deficiencies of international law are no excuse for its violation"⁶⁵. A former ICJ judge argues that any State's action must comply with international law as it is the underlying condition for the legality of such an action.⁶⁶ Even though international law is generally respected,⁶⁷ times of non-compliance undermine both the rule of law on the international level and the peaceful coexistence among nations.⁶⁸

Thus, the international community ought to find a balance between the necessity to maintain the willingness of States to continue to enter into treaties and the inevitability of measures taken to induce offenders to comply with their obligations. The *status quo* with the plethora of responses to a breach of treaty, half of which leads not to a mere non-performance but to a *de facto* termination of international obligations, adds up to certain scepticism about the effectiveness of international law overall. The concept of States having a range of opportunities to violate international law is undeniably dangerous for the whole international legal order, so it is not surprising that legal literature on compliance has been dedicated to the search for solutions to the issue. An intuitive response of a continental lawyer would lead to an elaboration of a more restrictive framework of regulations with a comprehensible delineation between treaty law responses, countermeasures, and *exceptio*. In the paradigm of today's world, rules set in stone imply an application of negative incentives to misbehaving States. Nonetheless, it is questionable whether such an approach is effective enough to induce compliance amongst States as sovereign actors in the international arena. Not to say that it disregards the mentioned nature of international legal order based on the voluntarism of sovereign States.

The application of negative incentives alone has considerable shortcomings. However effective they are as mechanisms of inducing an individual's rule-abiding behaviour, States are more complex actors — regulation of their conduct requires a different approach. Again, States comply with international law more often than they violate it. Thus, nonconformity is an irregular behaviour that points at certain underlying issues that governments cannot overcome. Such situations are so perplexing, that, for some, going rogue against the whole international order is a lesser evil. A treaty becomes not worth the paper it is printed on, as a State simply cannot comply with it anymore. Any negative incentives, while having a long-term detrimental effect on a State, will cause harm to the international community as well. Punishments allow States'

⁶¹ Posner E., Goldsmith J. L. *International Agreements: A Rational Choice Approach* // Virginia Journal of International Law. 2003. Vol. 44. № 1. P. 122–134.

⁶² Koh H. *The Trump Administration and International Law*. New York : Oxford University Press, 2019. P. 7.

⁶³ See Austin J., Rumble W. *Austin: The Province of Jurisprudence Determined*. Cambridge : Cambridge University Press, 1995.

⁶⁴ See Koh H. *Op. cit.* P. 9–10.

⁶⁵ Weil P. *Towards Relative Normativity in International Law?* // American Journal of International Law. 1983. Vol. 77. № 3. P. 413, 433.

⁶⁶ Guillaume G. *Terrorism and International Law* // International and Comparative Law Quarterly. 2004. Vol. 53. № 3. P. 537–548.

⁶⁷ Koh H. *Review of "Why Do Nations Obey International Law?" by A. Chayes., A. Chayes, T. Franck* // Yale Law Journal. 1997. Vol. 106. № 8. P. 2599–2659.

⁶⁸ *UN Press, States Not Adhering to International Obligations Undermine Rule of Law, Sixth Committee Delegates Say, as Debate on Principle Concludes*. URL: <https://press.un.org/en/2019/gal3597.doc.htm>.

authorities to benefit from rallying around a flag while indulging in an 'us-against-them' rhetoric. These are the most common consequences of external coercion which involves sparks of nationalism among the population of concerned States and a growing support of nonconformity to the international rule of law.⁶⁹ Moreover, negative incentives equally intensify the overall hostility and anxiety of a nation.⁷⁰

On the other hand, international legal history knows positive incentives, too. They can be either internal and emanate from the treaty itself or they can be set by the international organisation administering the treaty, or external — supplementary or out-of-treaty means of rewarding.⁷¹ Generally, the mechanism of rewards has been applied to 'bribe' a State into international cooperation.⁷² For example, China was incentivised to enter into the 1987 Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer.⁷³ Similarly, Egypt and Israel received billions of dollars for signing a peace treaty in 1979.⁷⁴ Interestingly, the cooperation-inducing rewards so far have been used mostly by the US.⁷⁵

Types of rewards are unlimited as they can be set after negotiations, or a giving partner can just deduce a potentially desired reward from circumstances. They can include reputational rewards like positive and/or encouraging feedback on certain changes of behaviour of a State, monetary rewards, trade-facilitating rewards, and even an absence of punishment can be considered as a reward. It seems viable to consider possible rewards with regard to Maslow's hierarchy of needs, after making the following alterations to make it fit for a State. Starting from the bottom, the least developed States that are fighting famine and high mortality rates are less likely to be incentivised by strong international ties and reputation. Probably, the most thoughtful reward would be humanitarian aid or financial support. Then, the same is true for governments that are focused on increasing their security. Such actors will not be perceptive to international cooperation or reputational rewards until they fulfil their security needs. In a similar vein, the international community should adjust their potential rewards to more developed States that might prefer fulfilling reputational or even transcendent needs of serving international well-being.

At the same time, applying positive incentives only also has a number of significant shortcomings.⁷⁶ First, a State, as a sovereign and autonomous entity, can refuse to accept a reward and, consequently, continue non-compliance. Second, there is a chance that a non-complying State will continue its infringements after receiving a reward. Lastly, a receiving State can opt to follow the strategy of opportunistic demands and bluffing their counterparts into spending more resources for appeasing and cooperation.

One of potential alternatives to the application of the negative or positive incentives alone is a theory of 'reversible rewards' or 'sticks and carrots'.⁷⁷ It narrows down to mixing positive and negative incentives. The 'carrot approach' of rewarding States for compliance or returning to compliance has a psychological factor that helps to incline a nation and its government towards adherence to the international rule of law. Positive incentives please a targeted state and make it more prone to cooperate and generally transform the relationships between givers and receivers in a way that cannot be reached by any negative incentives.⁷⁸ They constitute rewards that are transferred in form of certain material or immaterial goods like social approval, economic aid, etc.⁷⁹

The research of E. Filmus revealed the data on the most prominent cases of the application of either sticks, or both sticks and carrots in international diplomacy.⁸⁰ In the research Filmus analysed 24 cases and concluded that out of 14 cases that used exclusively negative incentives, 10 of them resulted in failure to make a state comply with international law. On the other hand, out of ten successful cases eight involved the mix of sticks and carrots. Hence, the approach of mixing positive and negative incentives has a potential

⁶⁹ Cortright D. *The Price of Peace: Incentives and International Conflict Prevention*. New York : Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1997. P. 10; Dorussen H. *Mixing Carrots with Sticks: Evaluating the Effectiveness of Positive Incentives* // Journal of Peace Research. 2001. Vol. 38. № 2. P. 252.

⁷⁰ Filmus E. *Sticks and Carrots in Coercive Diplomacy: Toward a Theory of Inducements* // University of Chicago. 2015. P. 15.

⁷¹ Aaken A. van, Simsek B. *Rewarding in International Law* // American Journal of International Law. 2021. Vol. 115. № 2. P. 211, 297.

⁷² Ben-Shahar O., Bradford A. *Efficient Enforcement in International Law* // Chicago Journal of International Law. 2012. Vol. 12. № 2. P. 382.

⁷³ It received financial aid under Article 5 of the Montreal Protocol.

⁷⁴ Drezner D. W. *The Trouble with Carrots: Transaction Costs, Conflict Expectations, and Economic Inducements* // Security Studies. 1999. Vol. 9. № 1–2.

⁷⁵ Long W. J. *Trade and Technology Incentives and Bilateral Cooperation* // International Studies Quarterly. 1996. Vol. 40. № 1. P. 188–214.

⁷⁶ Guzman A., Raustiala K. *The Rarity of Rewarding* // American Journal of International Law Unbound. 2021. Vol. 115. P. 223–225.

⁷⁷ *Ibid.* P. 393–399.

⁷⁸ Baldwin D. A. *The Power of Positive Sanctions* // Johns Hopkins University Press. 1971. Vol. 24. № 1. P. 19.

⁷⁹ Aaken A. van, Simsek B. *Op. cit.* P. 196.

⁸⁰ Filmus E. *Op. cit.* P. 23–26.

to be commonly applied in international law in contrast to the paradigm of treating all nonconforming States with coercion.

The authors suppose that the application of reversible rewards would be the most practical way to address the issue of overinclusiveness in international law, which leads to the abundance of grounds for treaty suspension. The first two sections of this article have already analysed in theoretical and practical detail what has created the overinclusiveness concerning the grounds for suspending treaties. *Exceptio* is a principle that is indigenous to private law. Although it is unambiguous in terms of contractual relationships, it is eminently fluid in international law. This fluidity created an elusive aura of *exceptio* that attracts States when they cannot substantiate their desire to withdraw from an inconvenient undertaking by using the rules of the VCLT and the ARSIWA. As can be witnessed in Section II, such situations are inherently political, and it is impossible to decide whether a suspension was legal without referring the dispute to an international tribunal. Nonetheless, few made it to adversarial proceedings, where *exceptio* as a defence was measured against existing rules of international law. As a result, a significant number of treaties have been suspended unilaterally against the background of declarations formulated like a defence of *exceptio*, which remain unevaluated. This situation is dangerous for the stability of international legal order as it *de facto* allows States to extricate themselves from treaty obligations and to disregard binding rules of international law. Consequently, the international community should ponder the methods of dealing with this issue. Using the same metaphor of carrots and sticks, it is always preferable to start with a carrot to reduce tension and make room for negotiation. If negative incentives are indispensable, they must be abated by pertinent rewards. Negative incentives alone might cause heightened rebellion, self-isolation, rallies around the flag which will not benefit neither the nation nor the international community as a whole in the era of globalization.

To summarise, this Section introduced a different view on how the international community should approach States' ability to pick and choose the ground for treaty suspension and, hence, non-performance. This issue is inherent to international treaty law which proves to be full of loopholes. The authors argue that this porous substance of the treaty law should not be approached legalistically. Instead, it is suggested to implement practices from behavioural economics and rational legal theory to induce international cooperation rather than deteriorating disobedience and antagonism.

Conclusion

Critical examination of diverse grounds for the suspension of treaty obligations revealed that, along with the conventional the VCLT and the ARSIWA responses to a breach of treaties, States might apply *exceptio* as a defence mechanism of an injured party that allows to suspend an obligation for an indeterminable amount of time. Contrary to the popular belief of legal scholars, *exceptio* not only exists but also has an autonomous status in international law.

Unfortunately, this exact autonomous place, specific role of *exceptio*, and its vague conditions of application contributed significantly to the issue of overinclusiveness of international law that creates loopholes that malevolent States can use to avoid performance of their international obligations. Section II demonstrated not only the real cases of application of *exceptio* and its practical usability in cases of disputes but, most importantly, the fact that the misuse of *exceptio* can lead to a *de facto* termination of bilateral treaties. On the other hand, the *FYROM* case pointed out another alarming opportunity presented by the overinclusiveness, i.e. the ability of States to put forward all grounds for the suspension and non-performance of treaty obligations at the same time. In this way, States have more chances to impair the core sources of international law, treaties.

The knowledge about such an unconcealed window of opportunity for any State that, being in a conflict, can attempt to or successfully justify its non-performance is unsettling and urges to find a solution. The authors are adamant that overregulation of international law will damage its essence. Thereby, the daunting overinclusiveness cannot be managed by the black letter of law. Present article suggests a more flexible approach: a method of combining both positive and negative incentives, 'sticks and carrots'. Even though this unconventional perspective on international disobedience is only rising in the domain of international law, it has a colossal potential due to its inherent connection to real decision-making processes by State actors. Moreover, it establishes the foundation for the future cooperation, whereas the reinforcement of normativity in international law would inevitably lead to an imminent repudiation of any future treaties.

EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS И ПРОБЛЕМА ЧРЕЗМЕРНОЙ ИНКЛЮЗИВНОСТИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

ЗЕЛЕНОВСКАЯ Т. С., МАТОРИНА В. А., ФОМЕНКО А. И.

Зеленовская Татьяна Сергеевна — выпускница магистерской программы “Law of International Trade and Dispute Resolution”, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия. (tzelenovskaia@gmail.com);

Маторина Валерия Андреевна — выпускница магистерской программы “Law of International Trade and Dispute Resolution”, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия (matorina.v.a@mail.ru);

Фоменко Анастасия Ивановна — выпускница магистерской программы “Law of International Trade and Dispute Resolution”, Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия (aifomenko@hse.ru).

Аннотация

В статье рассматривается проблема диверсификации оснований приостановления действия международных договоров. Особое внимание уделяется приостановлению встречного исполнения — *exceptio non adimpleti contractus* — защитному механизму, позволяющему стороне отказаться от исполнения обязательства по договору, если другая сторона не исполнила соответствующее синаллагматическое обязательство. Вопреки устоявшемуся мнению, разделяемому большинством специалистов по международному праву, *exceptio non adimpleti contractus* не только существует в пространстве международного публичного права, но и обостряет проблему его чрезмерной инклюзивности. В сочетании с четко сформулированными основаниями приостановления действия договора в праве международных договоров и праве международной ответственности государств *exceptio non adimpleti contractus* позволяет государствам уклоняться от исполнения от неудобных договорных обязательств, избегая при этом бремени жестких ограничений императивных норм международного права. Кроме того, присущая *exceptio non adimpleti contractus* аморфность усугубляется тем, что применение этого механизма, за некоторыми исключениями, остается вне поля зрения и вне практики международных судов, что создает возможность для злоупотреблений со стороны государств. Общепринятый нормативный подход не способен устранить лазейки и изъяны в международном праве, обусловленные *exceptio non adimpleti contractus*. Для этого в настоящей статье предлагается использовать метод обратимых вознаграждений (англ. reversible rewards) или «кнута и пряника», находящийся на стыке международного права и поведенческой экономики, как наиболее действенный инструмент решения проблемы чрезмерной инклюзивности.

Ключевые слова

exceptio non adimpleti contractus, приостановление действия международного договора, инклюзивность международного права, поведенческий подход

Для цитирования: Зеленовская Т. С., Маторина В. А., Фоменко А. И. *Exceptio non adimpleti contractus* и проблема чрезмерной инклюзивности международного права // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 1. С. 26–38.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.17443>

References / Список источников

Aaken A. van, Simsek B. (2021) Rewarding in International Law. *American Journal of International Law*, vol. 115, no. 2, pp. 195–241.

Arnaud L. (2019) *Fiches de droit des obligations – 6e édition*, Paris: Ellipses.

Austin J., Rumble W. (1996) *Austin: The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge: Cambridge University Press.

Baldwin D.A. (1971) The Power of Positive Sanctions. *Johns Hopkins University Press*, vol. 24, no. 1, pp. 19–38.

Ben-Shahar O., Bradford A. (2012) Efficient Enforcement in International Law. *Chicago Journal of International Law*, vol. 12, no. 2, pp. 375–431.

Carbonnier J. (2004) *Droit civil, T. II: Les biens, les obligations*, Paris: Presses Universitaires de France.

Catalinac, A. L. (2010) Why New Zealand took itself out of ANZUS: Observing “Opposition for Autonomy” in Asymmetric Alliances. *Foreign Policy Analysis*, vol. 6, no. 4, pp. 317–338.

- Căzănel M. (2014) The Functions of the Exception for the Non-performance of the Civil Contract. *Ovidius University Annals, Economic Sciences Series*, vol. 14, no. 1, pp. 274–278.
- Cortright D. (1997) *The Price of Peace: Incentives and International Conflict Prevention*, New York: Rowman & Littlefield Publishers, Inc.
- Crawford J., Olleson S. (2000) The Exception of Non-performance: Links Between the Law of Treaties and the Law of State Responsibility. *Australian Year Book of International Law*, vol. 21, pp. 55–74.
- Crawford J. (2014) *State Responsibility: The General Part*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Dorussen H. (2001) Mixing Carrots with Sticks: Evaluating the Effectiveness of Positive Incentives. *Journal of Peace Research*, vol. 38, no. 2, pp. 251–262.
- Drezner D. W. (1999) The Trouble with Carrots: Transaction Costs, Conflict Expectations, and Economic Inducements. *Security Studies*, vol. 9, nos. 1–2, pp. 188–218.
- Fellmeth A. X., Horwitz M. (2022) *Guide to Latin in international law*, Oxford: Oxford University Press.
- Filmus E. (2015) *Sticks and Carrots in Coercive Diplomacy: Toward a Theory of Inducements*, University of Chicago.
- Fitzmaurice M. (2020) Angst of the Exceptio Inadimplenti Non Est Adimplendum in International Law. In: Bartels R., Paddeu F. (eds.) *Exceptions in International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Fisher P., Hafner G. (1976) *Aktuelle österreichische Praxis zum Völkerrecht*, Berlin: Springer-Verlag.
- Forlati Picchio M.L. (1974) *La sanzione nel diritto internazionale*, Padova: Casa Editrice Dott Antonio Milani.
- Forlati S., Mbengue M., McGarry B. (2020) *The Gabčíkovo-Nagymaros Judgment and Its Contribution to the Development of International Law*, Leiden: Brill Nijhoff.
- Gaius (1932) *Four commentaries of Gaius on the Institutes of Civil Law, Commentary IV // The Civil Law, I, Cincinnati*.
- Ghestin J. (2001) L'Exception d'Inexécution: Rapport Français. In: Fontaine M., Viney G. (eds.) *Les Sanctions de l'Inexécution des Obligations Contractuelles*, Paris: Bruselas y Paris.
- Guillaume G. (2004) Terrorism and International Law. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, no. 3, pp. 537–548.
- Guzman A., Raustiala K. (2021) The Rarity of Rewarding. *American Journal of International Law Unbound*, vol. 115, pp. 195–241.
- Holland T. (1898) *Studies in International Law and Diplomacy*, Oxford: Clarendon.
- Hoy B. (2021) *A Line of Blood and Dirt*, New York: Oxford University Press.
- Koh H. (1997) Why Do Nations Obey International Law? *Yale Law Journal*, vol. 106, no. 8, pp. 2599–2659.
- Koh H. (2019) *The Trump Administration and International Law*, New York: Oxford University Press.
- Locke J. (1693) *Some thoughts concerning education*, London: Printed for A. and J. Churchill.
- Long W.J. (1996) Trade and Technology Incentives and Bilateral Cooperation. *International Studies Quarterly*, vol. 40, no. 1, pp. 77–106.
- Mackeldey F., Dropsie M. A. (1883) *Handbook of the Roman Law*, Philadelphia: T. & J.W. Johnson.
- Posner E., Goldsmith J. L. (2003) *International Agreements: A Rational Choice Approach*. *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, no. 1, pp. 113–143.
- Rowan S. (2022) *The New French Law of Contract*, Oxford: Oxford University Press.
- Vattel. E. de (1793) *The law of nations: Or, principles of the law of Nature: Applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns. A new edition, corrected. translated from the French: B. II, Ch. VIII*, London: Printed for G.G.J. and J. Robinson.
- Weil P. (1983) Towards Relative Normativity in International Law? *American Journal of International Law*, vol. 77, no. 3, pp. 413–442.
- Xiouri M. (2019) The Exceptio Non Adimpleti Contractus in Public International Law. *International Community Law Review*, vol. 21, no. 1, pp. 56–92.

ТРАНСГРАНИЧНОЕ НАЛОГООБЛОЖЕНИЕ: «ЗОЛУШКА» МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА, КОТОРАЯ МЕЧТАЕТ СТАТЬ КОРОЛЕВОЙ

ЛИФШИЦ И. М.

Лифшиц Илья Михайлович — доктор юридических наук, профессор кафедры международного права Всероссийской академии внешней торговли Министерства экономического развития Российской Федерации, Москва, Россия (i.lifshits@edaslawfirm.ru).
ORCID: 0000-0002-1228-1183.

Аннотация

Международно-правовое регулирование налоговых отношений в течение примерно ста лет исчерпывалось соглашениями об избежании двойного налогообложения. В отличие, например, от торгового режима с ГАТТ и ВТО или от режима финансовой стабильности во главе с Международным валютным фондом, в налоговой сфере не существовало ни одного многостороннего договора, объединяющего значительное число юрисдикций. Налоговые меры государств могли оспариваться лишь в органах международного правосудия, обслуживающего другие режимы: торговый (ОРС ВТО), прав человека (ЕСПЧ), инвестиционный (инвестиционные трибуналы). Ситуация начала меняться в процессе разработки мер по преодолению финансового кризиса 2007–2009 годов: в 2013 году под эгидой ОЭСР на саммите «Группы 20» был разработан и одобрен план противодействия размыванию налоговой базы и выводу прибыли из-под налогообложения (англ.: Addressing Base Erosion and Profit Shifting), который стал своеобразным «зонтиком», накрывающим все международные инициативы в налоговой сфере. Учрежденная ОЭСР и «Группой 20» Инклюзивная группа, отличающаяся значительным представительством государств, стала значимой площадкой для выработки не только рекомендаций по изменению национального налогового законодательства, но для подготовки проектов международных соглашений. В короткие сроки была разработана и подписана сотней участников Многосторонняя конвенция по выполнению мер, относящихся к налоговым соглашениям, в целях противодействия размыванию налоговой базы и выводу прибыли из-под налогообложения. Оснащенная уникальным международно-правовым инструментарием конвенция внесла изменения в две тысячи двухсторонних соглашений об избежании двойного налогообложения. Присоединение более 140 юрисдикций к разработанной в конце 1980-х годов Конвенции о взаимной административной помощи по налоговым делам фактически обеспечило глобальный режим прозрачности финансовых операций для налогового контроля. И, наконец, в 2021 году Инклюзивная группа ОЭСР объявила о достижении согласия о проведении глобальной налоговой реформы, предусматривающей изменение принципа распределения прибыли многонациональных предприятий для целей налогообложения. Существовавший в течение столетия принцип обложения доходов по месту ведения бизнеса, в том числе через постоянное представительство, в связи с широким распространением цифровых услуг заменяется принципом обложения доходов по месту реализации товаров и услуг в так называемой рыночной юрисдикции независимо от фактического присутствия продавца. Предполагается заключение многосторонней конвенции, которая предусмотрит данные изменения, а также введение минимального корпоративного налога (налога на прибыль) в размере 15 %. Все эти новшества позволяют утверждать, что в рамках трансграничного налогообложения проводится серьезная реформа, а присутствие налоговой сферы в системе международного права становится все заметнее.

Ключевые слова

международное налоговое право, налоговая юрисдикция, избежание двойного налогообложения, BEPS, ОЭСР, противодействие размыванию налоговой базы

Цитирование: Лифшиц И. М. Трансграничное налогообложение: «Золушка» международного права, которая мечтает стать королевой // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 1. С. 39–52.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.17446>

Введение

Бенджамин Франклин писал: «В этом мире ничто нельзя признать определенным, кроме смерти и налогов»¹. Широко известное и часто повторяемое высказывание выдающегося американского политика передает трепетное отношение общества к основному источнику публичных доходов и одновременно к наиболее ощутимому способу вмешательства государства в имущественную сферу частного лица. Очевидно, что развитие международной торговли неизбежно должно было поставить

¹ Из письма Бенджамина Франклина (Benjamin Franklin) Жан-Батисту Леруа (Jean-Baptiste Leroy) от 13 ноября 1789 года: “Our new Constitution is now established, and has an appearance that promises permanency; but in this world nothing can be said to be certain, except death and taxes.” Исследователи отмечают, что эта мысль была высказана и ранее двумя авторами — Даниэлем Дефо (Daniel Defoe) в 1726 году и Кристофером Баллокком (Christopher Bullock) в 1716 году. URL: <https://www.adamsmith.org/blog/death-and-taxes> (дата обращения: 16.03.2023).

вопрос о выработке общих принципов налогообложения, о необходимости гармонизации налогообложения в национальных правовых системах, о введении общего стандарта налогообложения иностранных лиц, об учреждении международной организации, к компетенции которой относились бы налоговые вопросы. Однако на протяжении всего XX века международно-правовое нормотворчество фактически ограничивалось заключением двусторонних соглашений об избежании двойного налогообложения, а функцию мирового налогового «стандарт-сеттера» весьма неожиданно взяла на себя Организация экономического сотрудничества и развития (далее — ОЭСР). Ее исторически региональный характер, весьма ограниченный состав участников, непростая процедура вступления в члены не могли способствовать превращению ОЭСР во «Всемирную налоговую организацию», в которой так нуждалось международное сообщество.

Научные исследования в сфере налогообложения также в значительной степени развивались в рамках «национальных квартир». Налоговое сотрудничество государств нечасто становилось объектом внимания юристов-международников, а монографии, учебники и статьи по международному налоговому праву, как правило, издавались специалистами, в большей степени исследующими национальные правовые системы². Более того, анализируя слабое внимание к налогам со стороны Гаагской академии международного права и Европейского общества международного права, Д. В. Винницкий в своем обстоятельном исследовании даже делает далеко идущий вывод, что международникам налоги не очень интересны³. Еще более тридцати лет назад Рутцель Марта писал, что международным налоговым правом занимаются скорее налоговики, чем международники⁴. Действительно, в научной литературе мало работ юристов-международников, посвященных налогообложению⁵, а немногочисленные имеющиеся исследования за редким исключением посвящены договорам об избежании двойного налогообложения или налогообложению в Европейском союзе⁶. Сфера трансграничного налогообложения совершенно незаслуженно была обделена вниманием теоретиков и практиков международного права и, видимо, ждала «фею» и возможности явиться на «бал». Возможно, он уже состоялся или, по крайней мере, назначен на ближайшее время.

Глобальный финансовый кризис 2007–2009 годов, встряхнув финансовую систему государств, заставил переосмыслить как объем, так и глубину международного сотрудничества по финансовым и налоговым вопросам. Под эгидой ОЭСР был разработан проект противодействия размыванию налоговой базы и выводу прибыли из-под налогообложения — Addressing BEPS⁷, который вообрал в себя практически все вопросы международного налогового сотрудничества. Кроме того, в кратчайшие сроки была разработана Многосторонняя конвенция по выполнению мер, относящихся к налоговым

² Винницкий Д. В. *Международное налоговое право: проблемы теории и практики*. М. : Статут, 2017; Шахмаматьев А. А. *Международное налоговое право*. М. : Международные отношения, 2014; Кучеров И. И. *Международное налоговое право (Академический курс): Учебник*. М. : ЮрИнфоР, 2007; Шепенко Р. А. *Международные налоговые правила*. М. : Юрлитинформ, 2012; Он же. *Международные налоговые правила в систематическом изложении*, М.: Проспект, 2023; Копина А. А. *Международное налоговое право: учебник и практикум для бакалавриата и магистратуры* / под ред. А. А. Копина, А. В. Реут, А. О. Якушев ; отв. ред. А. А. Копина, А. В. Реут. Москва : Издательство Юрайт, 2019; Пономарева К. А. *Правовой режим налогообложения прибыли юридических лиц и доходов физических лиц в Российской Федерации и Европейском Союзе: сравнительно-правовое исследование: дис. ... д-ра юрид. наук.*, 2021; Avi-Yonah R. *International Tax as International Law*. Tax L. Rev. 2004. Vol. 57. № 4. P. 483–501.

³ Винницкий Д. В. *Указ. соч.* С. 97–98.

⁴ Martha R. S. J. *The Jurisdiction to Tax in International Law. Theory and Practice of Legislative Fiscal Jurisdiction*. Deventer : Kluwer. 1989. P. 1. Приведем эту значимую цитату полностью: «International fiscal law, to the extent that it has been an object of intellectual inquiry, is almost exclusively practiced by fiscalists who usually deny any role to international law, or have not shown any signs of awareness and have displayed even less understanding of the determinative role of the general international law in this area».

⁵ См., например: Волова Л. И. *Вклад ООН в разработку метода пресечения «двойного неналогообложения» доходов компаний, осуществляющих деятельность в разных юрисдикциях* // Северо-Кавказский юридический вестник. 2020. № 2. С. 76–83; Волова Л. И. *Особенности правового регулирования международных налоговых отношений* // Финансовое право. 2019. № 7. С. 31–35; Bentil J. *Situating the international tax system within public international law* // Georgetown Journal Of International Law. 2018. Vol. 49. P. 1219–1270.

⁶ См., например: Хаванова И. А. *Избежание двойного налогообложения и предотвращение уклонения от налогообложения в условиях взаимодействия национального и международного права: дис. ... д-ра юрид. наук.* М., 2016; Она же. *Международные договоры Российской Федерации об избежании двойного налогообложения : монография* / под ред. И. И. Кучерова. М. : Ин-т законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ : ИД «Юриспруденция», 2016; Хаванова И. А. *Фискальный (налоговый) суверенитет и его границы в интеграционных образованиях* // Журнал российского права. 2013. № 11. С. 41–51; Толстопятенко Г. П. *Европейское налоговое право: Проблемы теории и практики: дис. ... д-ра юрид. наук.* М., 2001; Захаров А. С. *Налоговое право ЕС: актуальные проблемы функционирования единой системы*. М. : Волтерс Клувер, 2010; Леонова О. А. *Особенности имплементации права ЕС о прямом налогообложении: дис. ... канд. юрид. наук.* М., 2016; Агеева А. Д. *Правовой механизм имплементации налогового права ЕС в Федеративной Республике Германия: дис. ... канд. юрид.-д. наук.* М., 2017; Sjoerd Douma, Otto Marres, Hein Vermeulen, Dennis Weber *TerraWattel European Tax Law Eighth Edition; Volume I (Full edition)*. WoltersKluwer, 2022.

⁷ См. официальный сайт ОЭСР. URL: <http://www.oecd.org/tax/beps/addressing-base-erosion-and-profit-shifting-9789264192744en.htm> (дата обращения: 16.03.2023).

соглашениям, в целях противодействия размыванию налоговой базы и выводу прибыли из-под налогообложения⁸, которая к настоящему времени подписана сотней юрисдикций⁹. Более 120 государств в течение последнего десятилетия присоединились к другому соглашению — Конвенции о взаимной административной помощи по налоговым делам¹⁰ — которое вкупе с двумя модельными двусторонними стандартами обмена информации¹¹ создало режим глобальной налоговой прозрачности. Под эгидой ОЭСР и «Группы 20» была учреждена Инклюзивная группа разработки мер противодействия BEPS (OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS), которая сегодня включает 141 юрисдикцию¹². И, наконец, в 2021 году эта группа одобрила проект налоговой реформы, предполагающей изменение принятых сто лет назад правил налогообложения многонациональных предприятий в государствах, в которых такие предприятия продают товары и услуги¹³.

Постараемся в данной статье сделать обзор международно-правовых аспектов сотрудничества государств в налоговой сфере (первый раздел), показать, каким образом налоговые меры попадают в сферу внимания органов международного правосудия (второй раздел), а затем подробнее рассмотреть готовящуюся реформу трансграничного налогообложения (третий раздел). В заключении подведем итоги. Основная идея статьи заключается в том, что, несмотря на очевидную осторожность государств в принятии обязательств в сфере налогообложения, ближайшие годы могут ознаменоваться весьма решительным шагом в международном налоговом нормотворчестве, сравнимым с учреждением МВФ¹⁴, с подписанием ГАТТ¹⁵ или Парижского соглашения по климату¹⁶.

1. Международное сотрудничество в налоговой сфере

Традиционная сфера «введения» международного права — это вопросы территории и общих пространств, внешние сношения государств, включая вопросы войны и мира, а также правовой режим иностранных лиц и товаров. Очевидно, что налогообложение, будучи весьма ощутимым средством публичного воздействия на имущественную сферу частных лиц, в том числе иностранцев, не могло не заставить государства договариваться о налоговом режиме своих лиц в чужой стране. Такой режим определяется самыми распространенными и исторически *первыми* международными налоговыми договорами нового времени — *соглашениями об избежании двойного налогообложения* (далее — СоИДН).

В 20-е годы прошлого века базовые подходы к избежанию двойного налогообложения были выработаны под эгидой Лиги наций¹⁷, а после Второй мировой войны функции аналитического и методического центра начала выполнять ОЭСР. В рамках этой организации в 1963 году был разработан текст Модельной конвенции о налогообложении дохода и капитала, который дополнялся

⁸ Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting. URL: <https://www.oecd.org/tax/beps/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> (дата обращения: 16.03.2023); Собрание законодательства РФ. 9 марта 2020 года. № 10. Ст. 1281. Бюллетень международных договоров. 2020. № 5.

⁹ См. информацию на официальном сайте ОЭСР. URL: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-mli-signatories-and-parties.pdf> (дата обращения: 16.03.2023).

¹⁰ Многосторонняя конвенция ОЭСР о взаимной административной помощи по налоговым делам. См. официальный сайт ОЭСР. URL: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters.htm> (дата обращения: 16.03.2023).

¹¹ Многостороннее соглашение компетентных органов об автоматическом обмене финансовой информацией. См. официальный сайт ОЭСР. URL: <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/multilateral-competent-authority-agreement.pdf> (дата обращения: 16.03.2023). Многостороннее соглашение компетентных органов об автоматическом обмене страновыми отчетами. См. официальный сайт ОЭСР. URL: <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/about-automatic-exchange/cbc-mcaa.pdf> (дата обращения: 16.03.2023).

¹² См. список членов на сайте ОЭСР. URL: <https://www.oecd.org/tax/beps/> (дата обращения: 16.03.2023).

¹³ См.: Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy — 8 October 2021. URL: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.htm> (дата обращения: 16.03.2023).

¹⁴ Текст в последней редакции см. на сайте МВФ. URL: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/index.htm> (дата обращения: 16.03.2023).

¹⁵ См.: Текст ГАТТ-47 на сайте ВТО. URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm (дата обращения: 16.03.2023); Текст ГАТТ-47 на русском языке см. в сборнике: Шумилов В. М., Боклан Д. С., Лифшиц И. М., Трунк-Федорова М. П., Лосева А. В., Покатилова Е. В. *Марракешское соглашение об учреждении Всемирной торговой организации*. М., 2018. С. 685–794.

¹⁶ См. текст Парижского соглашения: URL: https://unfccc.int/sites/default/files/english_paris_agreement.pdf (дата обращения: 16.03.2023).

¹⁷ League of Nations, Economic and Financial Commission. Report on Double Taxation Submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman, and Sir Josiah Stamp. League of Nations document no. E.F.S.73.F.19. (Geneva: League of Nations, 1923) (reproduced in Legislative History of United States Tax Conventions, supra, 4005-55, at 4049). Цит. по: Винницкий Д. В. *Указ. соч.* С. 124.

каждые несколько лет; последняя редакция датируется 2017 годом¹⁸. Модельная конвенция представляет собой рекомендованный ОЭСР образец двухстороннего соглашения об избежании двойного налогообложения, который используется как государствами — членами ОЭСР, так и всеми другими странами. Конвенция стала основой для заключения более трех тысяч международных соглашений об устранении двойного налогообложения. Российская Федерация участвует в двухсторонних соглашениях с более чем восьмьюдесятью государствами¹⁹. К полному тексту Модельной конвенции приложен комментарий и различного рода информационные материалы: список всех двухсторонних конвенций между государствами — членами ОЭСР, исторические примечания и доклады, которые стали основой для тех или иных формулировок. Общий объем всех приложений составляет более двух тысяч страниц. Эта публикация ОЭСР остается авторитетным средством толкования международных налоговых соглашений, используется государствами при разработке новых международных соглашений, национальных налоговых актов, а также при рассмотрении споров²⁰. Необходимо упомянуть также Типовую конвенцию Организации Объединенных Наций об избежании двойного налогообложения в отношениях между развитыми и развивающимися странами²¹, которая в значительной степени совпадает с моделью ОЭСР.

Во вступлении к Модельной Конвенции ОЭСР международное двойное налогообложение определяется как «применение к одному объекту налогообложения одного налогоплательщика сравнимых налогов в двух (или более) государствах». Основное содержание Модельной конвенции ОЭСР приводится в главах III–V, которые определяют правила распределения налоговой юрисдикции договаривающихся государств по обложению налогом определенных видов доходов (от недвижимого имущества, от предпринимательской деятельности, дивидендов, процентов, роялти и др.) и методы устранения двойного налогообложения.

Предусмотрено два возможных метода устранения двойного налогообложения в ст. 23А и 23В: метод освобождения (англ.: *exemption method*) и кредитный (зачетный, вычета) метод (англ.: *credit method*). Первый метод предусматривает, что резидент одного договаривающегося государства, получающий доходы, которые облагаются в соответствии с Конвенцией в другом договаривающемся государстве, освобождается от налога в государстве, где он является резидентом.

Зачетный метод подразумевает вычет налога, уплаченного в одном договаривающемся государстве, из налога, который подлежит уплате в другом договаривающемся государстве. В случае применения второго метода налог может уплачиваться в двух государствах, но двойного налогообложения не происходит, поскольку один налог вычитается из другого, то есть происходит своеобразный зачет. В соглашениях Российской Федерации используется зачетный метод, более того, именно такой метод по умолчанию указан в ст. 311 Налогового Кодекса Российской Федерации «Избежание двойного налогообложения». Таким образом, уплаченный в иностранном государстве налог вычитается из российского налога на прибыль независимо от наличия соглашения с таким государством.

Следует отметить, что в рамках проекта BEPS была разработана Многосторонняя конвенция по выполнению мер, относящихся к налоговым соглашениям, в целях противодействия размыванию налоговой базы и выводу прибыли из-под налогообложения (Multilateral Instrument или MLI)²². Участниками конвенции в настоящее время являются 100 юрисдикций. Данный документ представляет собой уникальный международный договор, который вносит изменения в тысячи двусторонних соглашений об избежании двойного налогообложения с целью предотвратить

¹⁸ См. полный текст на сайте ОЭСР. URL: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page1 (дата обращения: 16.03.2023).

¹⁹ См. список соглашений об избежании двойного налогообложения Российской Федерации на сайте Минфина России. URL: https://minfin.gov.ru/ru/document?id_4=124786-spisok_mezhdunarodnykh_dogovorov_ob_izbezhanii_dvojnogo_nalogooblozheniya_mezh_du_rossiiskoi_federatsiei_i_drugimi_gosudarstvami_list_of_the_tax_agreements_for_the_avoidance_of_double_taxation_between_the_russian_federation_and_other_states (дата обращения: 16.03.2023)

Отметим, что 15 марта было объявлено о намерении денонсировать соглашения Российской Федерации об избежании двойного налогообложения с «недружественными» странами. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/5875604> (дата обращения: 16.03.2023).

²⁰ Здесь и ниже см.: Шумилов В. М., Лифшиц И. М. *Международное финансовое право: учебник. 3-е изд., перераб. и доп.* М.: ЮСТИЦИЯ, 2018. С. 229–235.

²¹ См. текст Типовой конвенции на сайте ООН. URL: https://un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/UN_Model_2011_UpdateRu.pdf (дата обращения: 16.03.2023).

²² См. текст Конвенции на сайте ОЭСР. URL: <https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm> (дата обращения: 16.03.2023); Российская Федерация присоединилась к Конвенции 7 июня 2017 года, Конвенция ратифицирована Федеральным законом от 1 мая 2019 года № 79-ФЗ с оговорками и заявлениями // Собрание законодательства РФ. 6 мая 2019 года. № 18. Ст. 2203.

злоупотребления положениями данных соглашений. Государства — участники Конвенции указывают, какие из положений Конвенции они собираются использовать в двухсторонних отношениях. В случае совпадения позиций сторон соответствующее двустороннее соглашение считается измененным в редакции MLI.

Вторая сфера отношений государств, урегулированная нормами международного права, — это *обмен налоговой информацией*. В рамках ОЭСР и Совета Европы в 1988 году была разработана Конвенция о взаимной административной помощи по налоговым делам²³. Конвенцию на сегодняшний день подписали 146 юрисдикций²⁴, в том числе все члены ОЭСР, страны БРИКС²⁵, а также практически все государства и территории, предоставлявшие в течение многих лет налоговые убежища для бизнеса, в том числе Белиз, Британские Виргинские острова, Сейшелы и др. Конвенция предусматривает сотрудничество компетентных органов государств-участников в обмене информацией, включая проведение одновременных налоговых проверок и участие в налоговых проверках за границей, помощи во взыскании налогов и в направлении документов (п. 2 ст. 1), предусмотрен не только обмен информацией по запросу (ст. 5), но и автоматический обмен информацией (ст. 6). Для обеспечения автоматического обмена информацией ОЭСР разработала два типовых многосторонних соглашения между компетентными органами по обмену отчетами компаний о деятельности в нескольких странах (англ.: *Country-by-Country Report*)²⁶ и по обмену информацией о финансовых счетах²⁷.

Третье направление международного сотрудничества в сфере налогообложения — это *гармонизация национальных правовых систем в части налогообложения* посредством выработки рекомендаций в рамках рабочих групп и комитетов ОЭСР. Такие рекомендации могут подкрепляться резолюциями саммитов «Группы 7» и «Группы 20». Как уже указывалось, сегодня почти все такие рекомендации собраны под «зонтиком» проекта 'Addressing BEPS'. Этот проект оформлен в виде документа ОЭСР, который объединяет пятнадцать направлений сотрудничества (они именуются «Действиями»), в частности цифровые компании, налогообложение контролируемых иностранных компаний, предотвращение злоупотреблений положениями налоговых соглашений, трансфертное ценообразование.

Так, например, в рамках третьего Действия BEPS выработаны рекомендации по гармонизации национальных норм, касающихся контролируемых иностранных компаний (КИК). Эти нормы предусматривают обязанность владеющих зарубежными низконалоговыми компаниями национальных лиц-резидентов уплачивать налог с нераспределенной прибыли таких компаний в стране резидентства. В Российской Федерации в ноябре 2014 года был принят федеральный закон о внесении изменений в Налоговый кодекс, который предусмотрел детальные правила об уведомлении налоговых органов об участии российских резидентов в иностранных компаниях, о порядке исчисления налога с нераспределенной прибыли контролируемых иностранных компаний, о предоставлении в российские налоговые органы отчетности таких компаний и т. д.²⁸ Таким образом, соответствующие рекомендации ОЭСР были имплементированы в российскую правовую систему.

Рекомендации по трансфертному ценообразованию (Действия 8–10 проекта BEPS) предусматривают порядок применения налоговых правил к операциям внутри многонациональных предприятий для того, чтобы исключить возможное манипулирование ценами для вывода прибыли в низконалоговые юрисдикции. Смысл рекомендаций ОЭСР заключается в том, что для целей

²³ См. текст на сайте ОЭСР. URL: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters.htm> (дата обращения: 16.03.2023).

²⁴ См. статус Конвенции на сайте ОЭСР. URL: https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf (дата обращения: 16.03.2023).

²⁵ Российская Федерация подписала Конвенцию 3 ноября 2011 года и ратифицировала ее Федеральным законом от 4 ноября 2014 года № 325-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 10 ноября 2014 года. № 45. Ст. 6135.

²⁶ Multilateral competent authority agreement on the exchange of country-by-country reports. URL: <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/about-automatic-exchange/cbc-mcaa.pdf> (дата обращения: 16.03.2023).

²⁷ Multilateral competent authority agreement on automatic exchange of financial account information. URL: <https://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/multilateral-competent-authority-agreement.pdf> (дата обращения: 16.03.2023).

²⁸ Федеральный закон от 24 ноября 2014 года № 376-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации (в части налогообложения прибыли контролируемых иностранных компаний и доходов иностранных организаций)» // Собрание законодательства РФ. 1 декабря 2014 года. № 48. Ст. 6657.

налогообложения цена сделки должна пересчитываться исходя из справедливой рыночной цены²⁹. Данные рекомендации были также имплементированы в правовую систему России³⁰.

Четвертое направление международного сотрудничества в налоговой сфере — это *установление правил налогообложения в интеграционных объединениях государств*. Потребности создания единого рынка в таких объединениях предполагают гармонизацию налоговых законов, а также создание режима недискриминации для лиц, происходящих из государств-участников. Эти цели достигаются посредством принятия правовых актов органами и институтами интеграционных объединений, а также путем толкования норм международных договоров, учреждающих интеграционные объединения, их судами.

Так, в ЕС вопросы налоговой проблематики отражены в ст. 110–113 Договора о функционировании Европейского союза³¹ (далее — ДФЕС), в ряде директив и регламентов³². Ст. 110 ДФЕС запрещает государствам-членам «облагать *прямо или косвенно* продукцию других государств-членов *любыми* внутренними налогами *любого вида*, которые бы превышали налоги, которыми *прямо или косвенно* облагается *сходная* национальная продукция» (курсив мой. — *И. Л.*). Вторая часть ст. 110 касается цели введения внутренних налогов: государства-члены не могут «облагать *любыми* продукцию других государств-членов внутренними налогами, которые по своей природе могут обеспечивать косвенную защиту другой (то есть отечественной) продукции». Формулировки этой статьи, в частности два раза употребленные в одном предложении слова «прямо или косвенно» и «любой», ярко демонстрируют намерение авторов текста ДФЕС исключить возможность использования всякого обязательного платежа, в том числе прямых и косвенных налогов, для дискриминации продукции других государств-членов. Очевидна рецепция подхода использованного ст. III ГАТТ-47, которая указывает, что «внутренние налоги и другие внутренние сборы... не должны применяться к импортированным или отечественным товарам таким образом, чтобы создавать защиту для отечественного производства». Заметим, что формулировки ГАТТ-47 шире, поскольку говорят не только о введении, но и о применении налогов, а также не только об обложении импортируемых, но и отечественных товаров. Заметим, что целью введения норм о налогообложении в ДФЕС является создание внутреннего (единого, общего) рынка на территории европейского интеграционного образования, поэтому соответствующие нормы справедливо рассматривать и в рамках права внутреннего рынка ЕС.

Договор о Евразийском экономическом союзе³³ содержит три статьи (71–73), предусматривающие принципы налогового взаимодействия государств-членов, принципы взимания косвенных налогов и порядок налогообложения доходов физических лиц. Кроме того, к Договору приложен Протокол № 18 о порядке взимания косвенных налогов. В отличие от ЕС товары, ввозимые с территории одного государства-члена на территорию другого государства-члена ЕАЭС, облагаются косвенными налогами по принципу страны назначения (п. 1 ст. 71 Договора). Это значит, что продажа товаров в другую страну — член Союза не облагается НДС и акцизами у продавца (по НДС применяется нулевая ставка), а покупатель при получении товара платит НДС и акцизы в бюджет своего государства. Вместе с тем в качестве общего правила устанавливается национальный режим в отношении реализации аналогичных товаров других государств-членов при тех же обстоятельствах. В части налогообложения физических лиц Договор устанавливает норму прямого действия, предусматривающую возможность применения одним государством-членом к доходам резидентов другого государства-члена, работающего по найму, налоговую ставку, предусмотренную для налоговых резидентов первого государства-члена. Так, например, в Российской Федерации для резидентов по налогу на доходы физических лиц установлена ставка в размере 13 % (15 % для доходов, превышающих 5 млн рублей в год), а не для нерезидентов — ставка 30 %. Однако в силу

²⁹ См. Руководство ОЭСР по трансфертному ценообразованию для многонациональных предприятий и налоговых администраций: URL: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2017_tpg-2017-en#page1 (дата обращения: 16.03.2023).

³⁰ Федеральный закон от 18 июля 2011 года № 227-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием принципов определения цен для целей налогообложения» // Собрание законодательства РФ. 25 июля 2011 года. № 30 (ч. 1). Ст. 4575. В Налоговый кодекс введен Раздел VI, посвященный налоговому контролю в связи с совершением сделок между взаимозависимыми лицами.

³¹ The Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union. Consolidated versions 2016 // OJ C 202, 7.6.2016. P. 1–388.

³² Здесь и далее см.: Лифшиц И. М. *Международное финансовое право и право Европейского союза: взаимодействие и взаимовлияние: монография*. М.: Юстицинформ, 2020. С. 271–278.

³³ Договор о Евразийском экономическом союзе (Подписан в г. Астане 29 мая 2014 года). URL: <https://docs.eaeunion.org/ru-ru>.

указанной нормы Договора для резидентов государств — членов ЕАЭС, работающих в Российской Федерации, с первого дня будет действовать ставка в размере 13 (15), а не 30 %.

Вернемся к рассмотрению налоговых положений правовой системы ЕС. Ст. 113 ДФЕС позволяет Совету единогласным решением гармонизировать оборотные налоги, акцизы и другие виды косвенных налогов, но устанавливает пределы такой гармонизации: «...насколько это необходимо для обеспечения создания и функционирования внутреннего рынка и с целью избежать искажений конкуренции». Таким образом, прямо предусмотрено право ЕС гармонизировать (то есть издавать директивы) только законодательство государств-членов о косвенном налогообложении. Это право было реализовано в нескольких директивах, в частности в Директиве Совета 2006/112/ЕС об общей системе налогообложения НДС³⁴. Европейский Совет может принять решение, уполномочивающее Совет действовать в данном случае квалифицированным большинством голосов на основании нормы ст. 48 (7) ДФЕС, являющейся «мостиком» (фр.: *passerelle clause*). Возможность использования данной нормы в сфере налогообложения была подчеркнута в докладе Комиссии от 2018 года³⁵. В Евразийском экономическом союзе Договор прямо не предусматривает компетенции органов Союза в сфере налогообложения, однако необходимость гармонизации законодательства в отношении налогов, оказывающих влияние на взаимную торговлю, подчеркнута в Договоре (п. 2 ст. 71).

Прямое налогообложение в ЕС в основном продолжает осуществляться на уровне государств-членов. Тем не менее в случаях, когда прямое налогообложение влияет на эффективное функционирование внутреннего рынка, ЕС закрепил за собой право заниматься законотворчеством в форме принятия директив в соответствующих сферах, коих на сегодняшний день три:

1) налогообложение операций между материнскими и дочерними компаниями (Директива 2011/96/EU в редакции от 2014 года)³⁶;

2) налогообложение слияний и разделений (Директива 2009/133/ЕС в редакции от 2013 года)³⁷;

3) налогообложения процентов и роялти между зависимыми компаниями (Директива 2003/49/ЕС)³⁸.

Целью первой директивы является освобождение от налогообложения дивидендов, распределяемых от дочерней к материнской компании, и устранение двойного налогообложения на уровне материнской компании. Цель второй и третьей — устранение препятствий для свободного движения капитала. В ЕАЭС прямое налогообложение полностью находится в компетенции государств-членов, за рамками системы права Союза действуют несколько двусторонних договоров об избежании двойного налогообложения между государствами-членами³⁹.

Особого внимания заслуживает проблематика административного сотрудничества налоговых органов при проведении проверок в ЕС (Регламент 1798/2003⁴⁰ и действующий в настоящее время Регламент 904/2010⁴¹), в обмене информацией (Директива 2011/16/EU в редакции 2016 года⁴²)

³⁴ Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of value added tax // OJ L 347, 11.12.2006. P. 1–118.

³⁵ См. сайт Комиссии. URL: https://ec.europa.eu/commission/priorities/state-union-speeches/state-union-2018_en (дата обращения: 16.03.2023).

³⁶ Council Directive 2011/96/EU of 30 November 2011 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States // OJ L 345, 29.12.2011. P. 8–16.

³⁷ Council Directive 2009/133/EC of 19 October 2009 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, partial divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States and to the transfer of the registered office of an SE or SCE between Member States // OJ L 310, 25.11.2009. P. 34–46.

³⁸ Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States // OJ L 157, 26.6.2003. P. 49–54.

³⁹ В частности, Соглашение между Правительством РФ и Правительством Республики Армения от 28 декабря 1996 года (ред. от 24 октября 2011 года) «Об устранении двойного налогообложения на доходы и имущество»; Соглашение между Правительством РФ и Правительством Республики Беларусь от 21 апреля 1995 года «Об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от уплаты налогов в отношении налогов на доходы и имущество»; Конвенция между Правительством РФ и Правительством Республики Казахстан от 18 октября 1996 года «Об устранении двойного налогообложения и предотвращении уклонения от уплаты налогов на доход и капитал»; Соглашение между Правительством РФ и Правительством Киргизской Республики от 13 января 1999 года «Об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от уплаты налогов на доходы».

См. тексты соглашений на сайте Минфина России. URL: https://minfin.gov.ru/ru/document?id_4=124786-spisok_mezhdunarodnykh_dogovorov_ob_izbezhanii_dvoynogo_nalogooblozheniya_mezhdu_rossiiskoi_federatsiei_i_drugimi_gosudarstvami_list_of_the_tax_agreements_for_the_avoidance_of_double_taxation_between_the_russian_federation_and_other_states (дата обращения: 16.03.2023).

⁴⁰ Council Regulation (EC) No 1798/2003 of 7 October 2003 on administrative cooperation in the field of value added tax and repealing Regulation (EEC) No 218/92 // OJ L 264, 15.10.2003. P. 1–11.

⁴¹ Council Regulation (EU) No 904/2010 of 7 October 2010 on administrative cooperation and combating fraud in the field of value added tax // OJ L 268, 12.10.2010. P. 1–18.

⁴² Council Directive 2011/16/EU of 15 February 2011 on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC // OJ L 64, 11.3.2011. P. 1–12.

и взыскании налогов (Директива 2010/24/EU⁴³). Директива об обмене информацией была призвана обеспечить единообразное участие государств — членов ЕС в обмене информацией, предусмотренной Многосторонней конвенцией ОЭСР о взаимной административной помощи по налоговым делам⁴⁴.

В сфере избежания двойного налогообложения отсутствует правовой акт ЕС или многосторонний договор, налагающий на государства-члены общее обязательство устранять двойное налогообложение, а соответствующее предложение Комиссии 1976 года не было принято⁴⁵. Не был принят и некий общий для ЕС аналог Модельной конвенции ОЭСР о налогах на доход и капитал, несмотря на то что Комиссия прилагала соответствующие усилия, отмечая в рабочих документах различающиеся положения конвенций (в 2005 году эксперты Комиссии более 300 действующих конвенций⁴⁶) и вред, который они наносят функционированию внутреннего рынка, а также противоречие положений этих конвенций праву Союза⁴⁷.

Взаимодействие СоИДН и права ЕС не раз рассматривалось Комиссией и Судом Европейского союза (далее — Суд). С одной стороны, СоИДН распространяются на прямое налогообложение, возможность гармонизации которого явно не закреплена за институтами ЕС, с другой стороны, различия в режимах налогообложения в зависимости от гражданства или резидентства национальных лиц является очевидным препятствием для функционирования внутреннего рынка⁴⁸. Эта базовая проблема двойного налогообложения в ЕС была частично решена Судом со ссылкой на обязанность государств-членов осуществлять свои полномочия в соответствии с правом Сообщества⁴⁹. В случаях если вследствие применения СоИДН или имплементирующих их национальных правовых актов нарушаются принципы Учредительных договоров, то такие Соглашения и акты должны быть изменены⁵⁰.

Следует признать, что в сфере прямого налогообложения наднациональный правопорядок в настоящее время не создан, соответствующие вопросы регулируются на уровне государств-членов, а устранение двойного налогообложения в ЕС урегулировано двухсторонними конвенциями, которые дополняет Налоговая Арбитражная конвенция 1990 года⁵¹, подписанная всеми членами ЕС и вступившая в силу в 1995 году.

Отдельного упоминания заслуживает такая сфера налоговой компетенции ЕС, как борьба с применением схем по законному уходу от уплаты налогов. Для таких действий применяется термин «избежание налогов» (англ.: *tax avoidance*) в то время как противоправное уменьшение налоговой базы или суммы налога описывается термином «уклонение от уплаты налогов» (англ.: *tax evasion*). В сфере *tax avoidance* действует Директива Совета 2016/1164 от 12 июля 2016 года «Об установлении

⁴³ Council Directive 2010/24/EU of 16 March 2010 concerning mutual assistance for the recovery of claims relating to taxes, duties and other measures // OJ L 84, 31.3.2010. P. 1–12.

⁴⁴ URL: <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters.htm> (дата обращения: 16.03.2023).

⁴⁵ URL: https://taxation-customs.ec.europa.eu/transfer-pricing-and-arbitration-convention_en (дата обращения: 16.03.2023).

⁴⁶ Отчет о встрече экспертов «Право ЕС и налоговые договоры» — EC Law and Tax Treaties. Workshop of experts. Working document. 5 July 2005. Ref.: TAXUD E1/FR DOC(05)2306, para 2. URL: https://taxation-customs.ec.europa.eu/system/files/2016-09/eclawtaxtreaties_en.pdf (дата обращения: 16.03.2023).

⁴⁷ EC Law and Tax Treaties. Workshop of experts. Working document. 5 July 2005, para 10. См. также: Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee 'Removing cross-border tax obstacles for EU citizens'. COM(2010) 762 final. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0769> (дата обращения: 16.03.2023).

⁴⁸ EC Law and Tax Treaties. Workshop of experts. Working document. 5 July 2005. Paras. 1–2.

⁴⁹ В докладе цитируются следующие решения Суда: Judgment of the Court of 14 February 1995, Case C-279/93 (Schumacker), point 21; Judgment of 11 August 1995, Case C-80/94 (Wielockx), point 16; Judgment of 27 June 1996, Case C-107/94; (Asscher), point 36; Judgment of 15 May 1997, Case C-250/95 (Futura), point 19; Judgment of 28 April 1998, Case C-118/96 (Safir), point 21; Judgment of 16 July 1998, Case C-264/96 (I.C.I.), point 19. Полную коллекцию подобных решений см. в: Ilaria Panzeri Tax Treaties versus EU Law: Which Should Prevail? European Taxation April 2021, note 8 at 148.

⁵⁰ В докладе цитируются следующие решения Суда: Judgment of 23 September 2003, Case C-58/01 (*Océ Van der Grinten*), point 54; Judgment of 12 December 2002, Case C-385/00 (*F.W.L. de Groot v. Staatssecretaris van Financiën*), points 84, 94, 99 et seq; Judgment of 8 March 2001, Case C-397/98 (*Metallgesellschaft*), points 71 et seq; Judgment of 18 November 1999, Case C-200/98 (X AB et Y AB), points 10 and 31. См. более подробно: Захаров А. С. Указ. соч. С. 52–75. Последняя практика Суда по вопросам взаимодействия права Союза и СоИДН: Case C-403/19, *Société Générale SA v Ministre de l'Action et des Comptes publics*, ECLI:EU:C:2021:136, URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=238169&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15027312>; Case C-572/20, *ACC Silicones Ltd. v Bundeszentralamt für Steuern*, ECLI:EU:C:2022:469, URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=260988&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15027312>, C-538/20, W (Deductibilité des pertes définitives d'un établissement stable non-résident), ECLI:EU:C:2022:717, URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=266103&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=15027312> (дата обращения: 16.03.2023).

⁵¹ Convention on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises (90/463/EEC) // OJ L 225, 20.8.1990. P. 10.

правил в отношении практик уклонения от уплаты налогов, которые непосредственно влияют на функционирование внутреннего рынка»⁵² (действует в редакции Директивы 2017/952⁵³). Ссылка на внутренний рынок в названии директивы не случайна. Основанием для ее издания стали не налоговые положения ДФЕС, а общая ст. 115 о сближении законодательства, наделяющая Совет правом принимать директивы именно для обеспечения создания и функционирования внутреннего рынка.

Суд ЕАЭС с момента своего учреждения отмечал в своих решениях, что налоговая сфера находится вне компетенции органов Союза. Так, например, в решении по делу Тарасика от 28 декабря 2015 года (акциз в связи с ввозом грузового автомобиля) Суд указал, что установление перечня подакцизных товаров не входило в компетенцию Таможенного союза, в настоящее время не входит в компетенцию Союза и является исключительным правом государства-члена⁵⁴. Как указал Суд в деле ООО «Севлад», решение по которому было принято 7 апреля 2016 года (НДС в связи с ввозом кормовой добавки), порядок реализации национального нормативно-правового акта о предоставлении льготы находится в безусловной компетенции государства, реализующего этот акт, поэтому права, предоставленные национальным законодательством, не могут быть защищены наднациональным интеграционным правом⁵⁵. Однако в октябре 2022 года было принято первое консультативное заключение, полностью посвященное налогам. Суд истолковал положение Договора об освобождении от НДС товаров, ввозимых для нужд постоянных представительств как охватывающее и те случаи, когда товар ввозится для перепродажи⁵⁶. Суд сделал важный вывод о том, что хотя вопросы налогообложения и отнесены к компетенции государств-членов, их полномочия в этой сфере ограничены правом Союза, в частности принципом недискриминации. Этот принцип недискриминации исходит из необходимости создания равных условий для свободной конкуренции товаров и услуг независимо от страны производства, закрепляет основы справедливой торговли и находится во взаимосвязи с принципом добросовестной конкуренции⁵⁷. Таким образом, Суд ЕАЭС впервые реализовал свою консультативную юрисдикцию в налоговой сфере и сделал вывод о наличии у Союза компетенции в налоговой сфере.

2. Рассмотрение международных налоговых споров

Отдельной сферой межгосударственных налоговых отношений является разрешение международных налоговых споров. Модельная Конвенция ОЭСР (ст. 25) предусматривает специфическую систему рассмотрения споров. Налогоплательщик вправе путем подачи заявления инициировать процесс рассмотрения предполагаемого нарушения соглашения об избежании двойного налогообложения. Компетентный орган договаривающегося государства может сам удовлетворить заявление налогоплательщика или вступить в переговоры с компетентным органом другого договаривающегося государства для решения вопроса. Для рассмотрения предполагаемого нарушения соглашения может быть создана совместная комиссия. Предусматривается также (п. 5 ст. 25), что налогоплательщик может требовать рассмотрения нарушения соглашения в арбитраже, если договаривающиеся государства не смогли прийти к соглашению в течение двух лет со дня предоставления необходимых документов. Однако договорная практика Российской Федерации не восприняла положения Модельной конвенции об арбитраже⁵⁸. В 2019 году в Налоговый кодекс Российской Федерации

⁵² Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market // OJ L 193, 19.7.2016. P. 1–14.

⁵³ Council Directive (EU) 2017/952 of 29 May 2017 amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries // OJ L 144, 7.6.2017. P. 1–11.

⁵⁴ Решение Коллегии Суда ЕАЭС от 28 декабря 2015 года по делу Тарасика К. П., номер дела С-4/15. С. 22. URL: https://courteurasian.org/court_cases/eaau/C-4.15/ (дата обращения: 16.03.2022).

⁵⁵ Решение Коллегии Суда ЕАЭС от 7 апреля 2016 года по делу ООО «Севлад», номер дела С-5-15. С. 26. URL: https://courteurasian.org/court_cases/eaau/C-5.15/ (дата обращения: 16.03.2022).

⁵⁶ Консультативное заключение Большой коллегии Суда ЕАЭС от 12.10.2022 по запросу Министерства экономики и коммерции Кыргызской республики, номер дела Р-2/22. С. 8. URL: https://courteurasian.org/court_cases/eaau/P.2-22/ (дата обращения: 16.03.2022).

⁵⁷ Консультативное заключение Большой коллегии Суда ЕАЭС от 12 октября 2022 года по запросу Министерства экономики и коммерции Кыргызской республики, номер дела Р-2/22. С. 4.

⁵⁸ Хаванова И. А. *Международные договоры Российской Федерации об избежании двойного налогообложения: монография* / под ред. И. И. Кучерова. М. : ИЗИСП, Юриспруденция, 2016. С. 251.

внесена глава 20.3 о взаимосогласительной процедуре⁵⁹, порядок и сроки ее проведения определяются в нормативном акте Министерства финансов⁶⁰.

Налоговая практика государств может оспариваться также в органах международного правосудия, рассматривающих споры по защите прав человека⁶¹, а также арбитражными трибуналами в спорах между инвесторами и государством о взыскании компенсации за экспроприацию инвестиций путем применения налоговых мер⁶².

Среди норм международных договоров, затрагивающих вопросы налогообложения, необходимо назвать положения ст. III ГАТТ, в частности, предусматривающие, что внутренние налоги «не должны применяться к импортированным или отечественным товарам таким образом, чтобы создавать защиту для отечественного производства». Таким образом, государства-члены ВТО взяли на себя обязательство предусмотреть национальный режим в сфере налогообложения в отношении движения импортных товаров на внутреннем рынке. Статья III ГАТТ в части налогообложения применялась и толковалась ОРС ВТО в двух спорах: *Таиланд — Сигареты*⁶³ и *Бразилия — Налогообложение*⁶⁴.

3. Глобальная налоговая реформа

Налогообложение международных цифровых компаний представляет собой значительную проблему современной финансовой системы. Для реализации цифрового продукта (например, программного обеспечения, компьютерных игр и др.) международным цифровым компаниям не нужно в рамках обычной процедуры создавать филиал или дочернюю компанию в государствах, где потребляется их продукция. Такие компании физически не присутствуют в данных государствах и, казалось бы, могут избежать налогообложения с их стороны. Вместе с тем источником дохода международных цифровых компаний являются потребители в определенной стране, поэтому, исходя из современных представлений о справедливости и из требований конкурентного равенства с национальными поставщиками, определенное налоговое бремя все же должно быть возложено на поставщиков цифровых продуктов. Соответственно, необходим новый подход к распределению прав государств по налогообложению как прямыми, так и косвенными налогами⁶⁵.

Этот новый подход в настоящее время обсуждается в рамках первого мероприятия BEPS. Летом 2021 года по итогам встречи министров финансов и управляющих центральными банками «Группы 7»⁶⁶ было впервые объявлено о необходимости введения так называемого «глобального корпоративного налога» в размере не менее 15 % прибыли. Затем на встрече рабочей группы ОЭСР (BEPS Inclusive Framework) в составе 130 стран и юрисдикций было объявлено об одобрении плана реформы международного налогообложения; предполагается, что более справедливое

⁵⁹ Федеральный закон от 29 сентября 2019 года № 325-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 30 сентября 2019 года. № 39. Ст. 5375.

⁶⁰ Приказ Минфина России от 11 июня 2020 года № 102н «Об утверждении Порядка и сроков представления и рассмотрения заявления о проведении взаимосогласительной процедуры в соответствии с международным договором Российской Федерации по вопросам налогообложения» (Зарегистрировано в Минюсте России 10.09.2020 № 59747) // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 16.03.2023).

⁶¹ См., например: *Intersplav v. Ukraine*. Application no. 803/02. Judgment of 09 January 2007. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-78872%22>; *Bulves AD v. Bulgaria*. Application no. 3991/03. Judgment of 22 January 2009. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-90792%22>; *EKO-ELDA AVEE v. Greece*. Application no. 10162/02. Judgment of 09 March 2009. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-72757%22>; *N.K.M. v. Hungary*. Application no. 66529/11. Judgment of 14 May 2013. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%22itemid%22:%22001-119704%22> (дата обращения: 16.03.2023).

⁶² См., например: *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*. URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/61/>; *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*. URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/60/>; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*. URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/62/>; *Vodafone International Holdings BV v. Government of India*. URL: <https://www.italaw.com/cases/2544>; *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*. URL: <https://www.italaw.com/cases/181>; *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*. URL: <https://www.italaw.com/cases/393>; *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States*. URL: <https://www.italaw.com/cases/345>; *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*. URL: <https://www.italaw.com/cases/223> (дата обращения: 16.03.2023).

⁶³ *DS 371 Thailand — Cigarettes (Philippines)*. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds371_e.htm (дата обращения: 16.03.2023).

⁶⁴ *DS 497 Brazil — Taxation (Japan)*. URL: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds497_e.htm (дата обращения: 16.03.2023).

⁶⁵ В 2017 году в Налоговый кодекс РФ была введена ст. 174-2, которая предусмотрела обязанность иностранных организаций при реализации услуг в электронной форме, местом реализации которых является Российская Федерация, уплачивать налог на добавленную стоимость. См.: Федеральный закон от 3 июля 2016 года № 244-ФЗ «О внесении изменений в части первую и вторую Налогового кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 4 июля 2016. № 27 (ч. 1). Ст. 4177.

⁶⁶ См. Коммюнике встречи министров финансов и управляющих центральных банков Группы-7 от 5 июня 2021 года, пар. 16. URL: <https://www.gov.uk/government/publications/g7-finance-ministers-meeting-june-2021-communique/g7-finance-ministers-and-central-bank-governors-communique> (дата обращения: 16.03.2023).

распределение налоговой нагрузки на многонациональные предприятия и минимальная ставка глобального корпоративного налога в размере 15 % принесут бюджетам более 150 млрд долларов дополнительного налога⁶⁷. План рабочей группы ОЭСР был одобрен на финансовой встрече в рамках «Группы 20» под итальянским председательством⁶⁸.

В 2021–2022 Рабочая группа ОЭСР продолжала обсуждение глобальной налоговой реформы, которая включает два основополагающих элемента (англ.: *pillars*). Согласно первому элементу для многонациональных предприятий (далее — МНП) с глобальным оборотом свыше 20 млрд евро и рентабельностью свыше 10 % будет определяться размер прибыли (так называемая Сумма «А»), относящейся к юрисдикции, в которой такое предприятие получает доход в сумме более 1 млн евро. Часть (25 %) такой прибыли будет облагаться налогом в юрисдикции, в которой осуществляется рыночная деятельность МНП. Запланировано заключение Многостороннего соглашения, которое определит порядок расчета Суммы «А» и предусмотрит обязательство государств-участников отменить введенные налоги на цифровые услуги и обязательство не вводить их в будущем⁶⁹. Таким образом в представительной Инклюзивной рабочей группе под эгидой ОЭСР и Группы 20 (137 юрисдикций) разработан проект налоговой реформы, предполагающей реализацию принципа обложения налогом МНП по месту извлечения дохода, который заменяет действовавший в течение полутора веков принцип обложения налогом доходов МНП по месту ведения предпринимательской деятельности или нахождения постоянного представительства компании.

Второй основополагающий элемент международной налоговой реформы распространяется на МНП с пороговым показателем дохода, превышающим 750 млн евро, то есть эти правила охватывают значительно большее количество МНП, чем первый элемент. Суть разрабатываемого подхода состоит в установлении минимального корпоративного налога в размере 15 % от прибыли. Если же прибыль МНП фактически облагается в одной из юрисдикций по ставке ниже данного предела, то юрисдикция материнской компании группы МНП вправе ввести «дополняющий налог» на сумму разницы между фактической и минимальной ставкой⁷⁰. Это правило направлено на устранение налоговой конкуренции между юрисдикциями: практически сводится на нет возможность привлекать компании низкими или нулевыми налоговыми ставками.

В Типовую конвенцию ООН в 2021 года были также внесены изменения в части цифровых услуг (статья 12В «Income from automated digital services»)⁷¹, предусматривающие: 1) обложение налогом доходов от реализации автоматизированных цифровых услуг по месту резидентства бенефициарного владельца такого дохода; 2) возможность установления налога у источника дохода по ставке, установленной по соглашению сторон договора об избежании двойного налогообложения (например, 3 или 4 % валовой суммы дохода); 3) право бенефициарного владельца дохода потребовать от государства-источника дохода обложения своей скорректированной (англ.: *qualified*) прибыли по национальной ставке, при этом скорректированная прибыль определяется как 30 % от годовой прибыли, полученной от реализации цифровых услуг исходя ставки прибыльности владельца дохода. Таким образом, следует признать, что подходы ОЭСР и ООН к обложению цифровых услуг различаются⁷².

⁶⁷ Новость на сайте ОЭСР от 1 июля 2021 года. URL: <https://www.oecd.org/newsroom/130-countries-and-jurisdictions-join-bold-new-framework-for-international-tax-reform.htm> (дата обращения: 16.03.2023).

⁶⁸ См. Группа 20, Коммюнике третьей встречи министров финансов и управляющих центральными банками 9–10 июля 2021 года. URL: <http://www.g20.utoronto.ca/2021/210710-finance.html> (дата обращения: 16.03.2023).

⁶⁹ OECD Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, 8 October 2021. P. 1–4. URL: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf> (дата обращения: 16.03.2023); разработка такого соглашения будет завершена в середине 2023 года. См. пресс-релиз ОЭСР. URL: <https://www.oecd.org/tax/international-tax-reform-multilateral-convention-to-implement-pillar-one-on-track-for-delivery-by-mid-2023.htm> (дата обращения: 16.03.2023).

⁷⁰ OECD Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, 8 October 2021. P. 4–7. URL: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf> (дата обращения: 16.03.2023).

⁷¹ URL: <https://www.un.org/development/desa/financing/document/article-12b-un-model-tax-convention-agreed-committee-its-22nd-session> (дата обращения: 16.03.2023).

⁷² См. сравнение инициатив ОЭСР и ООН: Пономарева К. А. *Налогообложение цифровых услуг в контексте международных налоговых соглашений* // Актуальные проблемы российского права. 2022. Т. 17. № 8. С. 20–31; см. также информационное сообщение с конкретным примером компании PwC. URL: <https://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/tax-policy-bulletin/assets/pwc-un-tax-committee-adopts-article-12b.pdf> (дата обращения: 16.03.2023).

Заключение

Налоговые поступления являются основным источником доходов практически любого государства и составляют основу его финансового суверенитета. Поэтому государства крайне неохотно принимали на себя обязательства в сфере налогообложения, а международные договоры в налоговой сфере в значительной степени ограничивались соглашениями об избежании двойного налогообложения.

Вместе с тем совместные усилия государств по преодолению последствий глобального финансового кризиса 2007–2009 годов предопределили запуск проекта по противодействию размыванию налоговой базы и перемещению прибыли (Addressing BEPS — Base Erosion and Profit Shifting)⁷³. Эта инициатива, реализуемая под эгидой ОЭСР, вывела международное сотрудничество в сфере налогообложения на принципиально новый уровень. Суть проекта BEPS состоит в том, чтобы совместно выработать правовые средства, которые предоставят государству возможность в полном объеме облагать налоговую базу, формирующуюся от определенной экономической деятельности на его территории. Соответственно, любые способы уменьшения налоговой базы путем использования различных приемов уклонения от уплаты налогов⁷⁴ фактически объявляются проблемой общего интереса. В рамках проекта BEPS была подписана международная конвенция, участниками которой являются в настоящее время 100 государств, а также обеспечено еще более представительное участие в Конвенции о взаимной административной помощи по налоговым делам. Объявленная в 2021 году глобальная налоговая реформа призвана изменить правила распределения налоговой базы многонациональными компаниями, она предполагает введение минимального корпоративного налога в размере 15 % и подписание соответствующей многосторонней конвенции. Все это позволяет исследователям утверждать, что формируется новый международный налоговый режим⁷⁵ и даже более того — создается глобальное международное налоговое право⁷⁶. Словом, есть все основания надеяться на то, что «Золушка» международного права станет королевой.

TRANSBOUNDARY TAXATION: 'CINDERELLA' OF INTERNATIONAL LAW WHO DREAMS TO BECOME A QUEEN

LIFSHITS I. M.

Iliya Lifshits — Doctor of Sciences in Law, Professor, International Law Department, Law Faculty, Russian Foreign Trade Academy, Moscow, Russia (i.lifshits@edaslawfirm.ru).
ORCID: 0000-0002-1228-1183.

Abstract

Over the century international law presence in the tax field has been limited by double taxation conventions only. In contrary with the international trade regime embracing the GATT and the WTO or with the financial stability regime led by the IMF, in the tax sphere there was no multilateral treaty between a substantial number of jurisdictions. State tax measures could be challenged only in international courts belonging to the other regimes: trade (WTO DSB), human rights (ECtHR), investment protection (investment tribunals). The case began to change in the wake of the financial crisis 2007–2009: in 2014 the OECD plan on addressing tax base erosion and taxable base shifting was approved (Addressing BEPS). It has been serving as an 'umbrella' which covers almost all international tax initiatives. Established by OECD and G-20 Inclusive Framework with the substantial number of participating jurisdictions has become a site not only for elaborating soft law recommendations on the amendment of the national legal orders but also as a body for treaty drafting. The Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting has been elaborated and signed in short terms by 100 jurisdictions. The unique international law mechanism of this convention ensured amendment of 2000 double taxation agreements. More than 140 jurisdictions signed the Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters which in fact created a global tax transparency regime. And at last Inclusive Framework on BEPS in 2021 announced that an agreement on the global tax reform was reached. Due to widely promoted digital services this reform changed the century based approach of the taxation of multinational enterprises in the places where they carry on business including permanent establishment. This approach is substituted by taxation of incomes derived from the marketing jurisdiction irrelative to factual presence. These changes as well as introducing the minimum corporate tax rate of 15 % shall be included in the new multilateral convention. All these novels prove a launch of the major reform in the transboundary taxation which will bring it to greater engagement with international law.

⁷³ См. соответствующий раздел официального сайта ОЭСР. URL: <http://www.oecd.org/tax/beps/> (дата обращения: 16.03.2023).

⁷⁴ Речь идет не о криминальном уклонении от уплаты налогов (англ.: *tax evasion*) путем, например, внесения налоговую декларацию заведомо ложных сведений (см. ст. 199 УК РФ), а о так называемом обходе налоговых законов (англ.: *tax avoidance*).

⁷⁵ Avi-Yonah R. *International Taxation, Globalization, and the Economic Digital Divide II* Journal of International Economic Law. 2023. P. 26, 101–109.

⁷⁶ Pistone P (ed.). *Building Global International Tax Law - Essays in Honour of Guglielmo Maisto*. IFBD : Amsterdam, 2022.

Citation: Lifshits I. Transgranichoe nalogooblozhenie: "Zolushka" mezhdunarodnogo prava, kotoraya mechtaet stat' korolevoi [Transboundary Taxation: "Cinderella" of International Law Who Dreams to Become a Queen] // Zhurnal VSHÉ po Mezhdunarodnomu Pravu (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. No. 1. P. 39–52.

Keywords

international tax law, jurisdiction to tax, double taxation, BEPS, OECD, addressing base erosion

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.17446>

References / Список источников

- Ageeva A. D. (2017) *Pravovoy mekhanizm implementatsii nalogovogo prava ES v Federativanoy Respublike Germaniya: diss. ... kand. yur. nauk* [Legal mechanism for implantation of EU tax law in the Federative Republic of Germany: Cand. of law sci. dis.], Moscow. (In Russian).
- Avi-Yonah R. S. J. (2004) *International Tax as International Law*. Tax L. Rev., vol. 57, no. 4, pp. 483–501.
- Bentil J. (2018) *Situating the international tax system within public international law*. Georgetown Journal Of International Law, vol. 49, pp. 1219–1270.
- Douma S., Marres O., Vermeulen H., Weber D. (2022) *Terra/Wattel European Tax Law Eights Edition; Volume I (Full edition)*, WoltersKluwer.
- Khavanova I. A. (2013) *Fiskal'nyy (nalogovyy) suverenitet i ego granitsy v integratsionnykh obrazovaniyakh* [Fiscal (tax) sovereignty and its limits in integration formations]. Zhurnal rossiyskogo prava, no. 11, pp. 41–51. (In Russian).
- Khavanova I. A. (2016) *Izbezhanie dvoynogo nalogooblozheniya v usloviyakh vzaimodeystviya natsional'nogo i mezhdunarodnogo prava: diss. ... d-ra. yurid. nauk* [Avoidance of double taxation and prevention of tax evasion in the context of the interaction of national and international law: Doc. of law sci. dis.], Moscow. (In Russian).
- Khavanova I. A. (2016) *Mezhdunarodnye dogovory Rossiyskoy Federatsii ob izbezhanii dvoynogo nalogooblozheniya: monografiya* [International treaties of the Russian Federation on the avoidance of double taxation: monograph], Moscow: In-t zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya pri Pravitel'stve RF: ID «Yurisprudentsiya». (In Russian).
- Kopina A. A., Reut A. V., Yakushev A. O. (2019) *Mezhdunarodnoe nalogovoe pravo: uchebnik i praktikum dlya studentov bakalavriata i magistratury* [Internatitaonal tax law: textbook and case-study examples for students of bachelor's and master's programmes], Moscow: Izdatel'stvo Yurayt. (In Russian).
- Kucherov I. I. (2007) *Mezhdunarodnoe nalogovoe pravo (Akademicheskij kurs): uchebnik* [International tax law (for university students): Textbook], Moscow: YurInfoR. (In Russian).
- Leonova O. A. (2016) *Osobennosti implementatsii prava ES o pryamom nalogooblozhenii: diss. ... kand. yurid. nauk* [Features of the implementation of the EU law on direct taxation: Cand. of law sci. dis.], Moscow.
- Lifshits I. M. (2020) *Mezhdunarodnoe finansovoe pravo i pravo Evropeiskogo soyuza: vzaimodeistvie i vzaimovliyanie: monografiya* [International financial law and EU law: interaction and mutual influence], Moscow: Yustitsinform.
- Martha R. S. J. (1989) *The Jurisdiction to Tax in International Law. Theory and Practice of Legislative Fiscal Jurisdiction*, Deventer: Kluwer.
- Panzeri I. (2021) *Tax Treaties versus EU Law: Which Should Prevail?* IBFD: European Taxation (April), pp. 147–155.
- Pistone P. (ed.) (2022) *Building Global International Tax Law — Essays in Honour of Guglielmo Maisto*, IFBD: Amsterdam.
- Ponomareva K. A. (2021) *Pravovoy rezhim nalogooblozheniya pribyli yuridicheskikh lits i dokhodov fizicheskikh lits v Rossiyskoy Federatsii i Evropeiskom Souze: sravnitel'no-pravovoe issledovanie: diss. ... d-ra yurid. nauk* [The legal regime of taxation of profits of legal entities and income of individuals in the Russian Federation and the European Union: a comparative legal study: Doc. of law sci. dis.], Moscow. (In Russian).

- Ponomareva K. A. (2022) Nalogooblozhenie tsifrovyykh uslug v kontekste mezhdunarodnykh nalogovykh soglasheniy [Taxation of digital services in the context of international tax treaties]. Aktual'nye problemy rossiyskogo prava, vol. 17. no. 8. pp. 20–31. (In Russian).
- Shakhmamet'ev A. A. (2014) Mezhdunarodnoe nalogovoe pravo [International tax law]. Moscow: Mezhdunarodnye otnosheniya. (In Russian).
- Shepenko R. A. (2012) Mezhdunarodnye nalogovye pravila [International taxation rules], Moscow: Urlitinform. (In Russian).
- Shepenko R. A. (2023) Mezhdunarodnye nalogovye pravila v sistematicheskoy izlozhenii [International taxation rule: consistent approach]. M.: Prospect. (In Russian).
- Shumilov V. M., Boklan D. S., Lifshits I. M., Trunk-Fyodorova M. P., Pokatilova E. V. (2018) Marrakeshskoe soglasenie ob uchrezhdenii Vsemirnoy torgovoy organizatsii: sbornik [Marrakesh agreement establishing the World Trade Organisation], Moscow: Yustitsinform. (In Russian).
- Shumilov V. M., Lifshits I. M. (2018) Mezhdunarodnoe finansovoe pravo: uchebnik. 3-e izd., pererab. i dop. [International financial law: textbook. 3rd ed., updated and revised], Moscow: Yustitsiya. (In Russian).
- Tolstopyatenko G. P. (2001) Evropeyskoe nalogovoe pravo: Problemy teorii i praktiki: diss. ... d-ra. jurid. nauk [EU tax law: theoretical and practical issues: Doc. of law sci. dis.], Moscow. (In Russian).
- Vinnitskiy D. V. (2017) Mezhdunarodnoe nalogovoe pravo: problemy teorii i praktiki [International tax law: practical and theoretical issues], Moscow: Statut. (In Russian).
- Volova L. I. (2019) Osobennosti pravovogo regulirovaniya mezhdunarodnykh nalogovykh otnosheniy [Specific aspects of legal regulation of international tax relations]. Finansovoe pravo, no. 7, pp. 31–35. (In Russian).
- Volova L. I. (2020) Vklad OON v razrabotku metoda presecheniya «dvoynogo nenalogooblozheniya» dokhodov kompaniy, osushchestvlyayushchikh deyatel'nost' v raznykh yurisdiktsiyakh [UN contribution to the development of a method to prevent "double non-taxation" of income of companies operating in different jurisdictions]. Severo-Kavkazskiy yuridicheskiy vestnik, no. 2, pp. 76–73. (In Russian).
- Zakharov A. S. (2010) Nalogovoe pravo ES: aktual'nye problemy funktsionirovaniya edinoy sistemy [EU tax law: current problems of the unified system], Moscow: Wolters Kluwer.

BETWEEN LAW AND POLITICS: NUCLEAR NON-PROLIFERATION AND STATE-INDUCED COMPLIANCE IN INTERNATIONAL TRADE

KONDRASHOV O. R.

Oleg Kondrashov¹ — Doctoral Student, International Law Department, Kutafin Moscow State Law University, Moscow, Russia (kondrashov.2bl@gmail.com).

Abstract

The US economic sanctions (including sweeping export restrictions) against Iran and Russia, while presented as aiming at non-proliferation, appear to have ineluctably undermined the negotiations to revive the Joint Comprehensive Plan of Action, an agreement meant to deter Iran from pursuing nuclear status. The present paper approaches this situation as a telling example of how unrestrained export control can come into tension with international security, in this case within the nuclear non-proliferation regime. Drawing on this illustrative case, this article seeks to formulate more general conclusions as regards the potential side-effects of broad export restrictions, their necessary limits under WTO law, and the significance of the WTO system in the non-proliferation process. First, this paper contextualises export controls as part of this regime, and then addresses the causal implications of the above situation, concluding that it does demonstrate the involvement of a foreign policy element that is ultimately at odds with the stated goals of nuclear non-proliferation. Finally, the paper examines the substance of Article XXI of the General Agreement on Tariffs and Trade, which the sanctioning State will most likely use to justify its trade restrictions in a WTO dispute. It finds that a good faith interpretation and available practice indicate that the exceptions of Article XXI involve demanding standards and are to be interpreted so as to screen out, as far as possible, measures that covertly pursue other (e.g. foreign policy) interests. Meanwhile, non-WTO Member States could try to advance cases through friendly Members if they could establish a breach of WTO law that concerns the latter, though the chances are admittedly very thin. Ultimately, the WTO system is revealed as a valuable element in ensuring and maintaining international security and non-proliferation.

Key words

nuclear non-proliferation regime, Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, Joint Comprehensive Plan of Action, export controls, comprehensive sanctions, GATT Article XXI

Citation: Kondrashov O. Between Law and Politics: Nuclear Non-Proliferation and State-Induced Compliance in International Trade // Zhurnal VSHÉ po Mezhdunarodnomu Pravu (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. No. 1. P. 53–70.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.17447>

Introduction

The current failure of the Joint Comprehensive Plan of Action (hereinafter — JCPOA) — an agreement meant to deter Iran from pursuing nuclear status, commonly known as the Iran nuclear deal — presents a pressing challenge for the global nuclear non-proliferation regime (hereinafter — NNPR). Subsequent to the 2018 US withdrawal, the JCPOA parties attempted to renew the deal, but were unable to negotiate the lifting of sanctions against Iran and Russia. Among other primary components, these sanctions include broad export control measures that have themselves been advertised as ensuring non-proliferation through minimising allegedly sensitive exports. This unfortunate occurrence may present a peculiar example of how excessive export control (and, perhaps, sanctions more broadly) can come into tension with international security, which warrants an inquiry into the refraction of such sweeping restrictions through international trade law and their true acceptable boundaries. This research problem requires answering the following questions: are these measures really capable of compromising international security, what standards are to be applied to them under international trade law in order to rule out possible excesses, and, hence, how this can strengthen the global non-proliferation and security processes?

The modern literature on the subject presents a clear understanding that export control is intended to strike a balance between international trade and national security.² In practice, the existing approaches demonstrate two basic observational standpoints. The first appears to represent the domestic policymaker,

¹ The opinions expressed in this article are exclusive and personal opinions of the author and do not in any way reflect the position of any other person or organisation.

² For examples see Reinsch W. A. *China as Best Customer and Biggest Threat — Trade Policy in the Biden Era II Schwerpunkt Außenwirtschaft* 2021/2022. 2022. P. 183; Joyner D. H. *International Law and the Proliferation of Weapons of Mass Destruction*. Oxford : Oxford University Press, 2009. P. 126; Berndorfer T. *Nuclear Commerce: Its Control Regime and the Non-Proliferation Treaty*. Hamburg : Diplomatica Verlag, 2009. P. 84–85.

who is interested in managing the consequences of undercontrolling potentially sensitive exports (risks of employment by adversaries) and overcontrolling them (loss of profit by the domestic industry).³ An international lawyer is more likely to profess a broader view, represented in the writings on non-proliferation law by D. Joyner and T. Berndorfer.⁴ Such would seek an adequate balance through establishing clear and transparent export control while abstaining from excessive and unnecessary hindrances to international trade. This latter approach does not divorce national security from the common interests, rights and obligations of States in international trade and global security, and thus works to uphold both. Still, in the absence of clear, common and binding international standards, States may abuse export controls in pursuit of broad national policy objectives. Works by W. Reinsch and C. Whang demonstrate how some States' vision of national security has progressively blurred with the development of modern technology, which is now seen as a military edge in itself.⁵ For instance, the US sanctions pressure on China involved a fierce export control component (later extended to Russia, as will be discussed) and has been described as a "tech war" and an attempt to advance the so-called "rules-based order" in international trade.⁶

There have also been strong attempts at critically assessing such sanctions regimes, including their legality, notably by P. Terry and M. Menkes.⁷ These mainly concerned the context of finance and investment, and mostly in relation to individuals and entities. In contrast, the present work seeks to complement this discourse with regard to international trade in goods and in the context of strengthening the NNPR, focusing on export control measures as its principal instrument. As such, this article will, firstly, establish the importance of export control to the NNPR and the approaches of the key States; secondly, contrast this with the substance and consequences of the US-initiated trade sanctions against Iran and Russia (behavioural dimension); and, thirdly, assess the viability of such measures under international trade law (legal dimension). As a final step, the article also seeks to formulate some understanding of the significance of the WTO system to non-proliferation and international security. This varied study will require the use of not only doctrinal sources, but also the relevant WTO law and jurisprudence, as well as domestic export control legislation and guidance (in particular the US, and to a lesser extent the EU). Since the traditional positivistic approach appears ill-equipped for issues that concern the relationship of law and policy, this research will make use of notions and instruments developed by such disciplines as sociology and international relations, which informs the methodological approach. This will allow the present work to ostensibly formulate the relevant national approaches to export control and contrast them with the pertinent international trade and non-proliferation law.

Admittedly, the failure of the recent JCPOA negotiations is a rather unique situation. However, this *sui generis* incident may not only help to map out the existing problem in a topical context, but also demonstrate how the effects of broad export restrictions could undermine the motivation of the targeted State to cooperate on common and significant security matters. Thus, this research uses the above situation as an illustrative basis for drawing some general conclusions that could be helpful to other targeted States in similar circumstances, or may help to avoid their recurrence by contributing to the discourse on the necessary limitation of export restrictions. Moreover, it will become evident that the issue of permissibility of export restrictions stands separate from the legality of sanctions, even though the latter may incorporate the former. Thus, the (already extensively researched) topic of legality of sanctions as such under international law is beyond this article's scope and will not be discussed, although some of the reached conclusions may still be relevant, especially in what concerns State responses to outside pressure.

³ See Reinsch W. A. *China as Best Customer and Biggest Threat...* P. 183. Some other risks are also at stake, such as the viability of domestic enterprises on the international market, increased unemployment if they fail to compete, and the non-return of those who have lost their jobs to the economy. Not to fall into heavy-handed protectionism, this view must be balanced with the appreciation of liberalised trade. See Reinsch W. A. *The False Choice of Free Trade vs. Protectionism* // MarshMcLennan. 4 December 2017. URL: <https://www.brinknews.com/the-false-choice-of-free-trade-vs-protectionism/> (accessed: 01.03.2023).

⁴ Joyner D. H. *Op. cit.*; Berndorfer T. *Op. cit.*

⁵ Reinsch W. A. *China as Best Customer and Biggest Threat...* P. 182–183; Whang C. *Trade and Emerging Technologies: A Comparative Analysis of the United States and the European Union Dual-Use Export Control Regulations* // Security and Human Rights. 2021. Vol. 31. № 1/4.

⁶ Jiangyu W., Hewett D. *U.S.-China Trade Relations in the Biden Era: Trade War, Industrial Policy, and Rule-Based International Order* // Proceedings of the ASIL Annual Meeting. 2021. Vol. 115. P. 317–319.

⁷ Terry P. C. R. *Enforcing US Foreign Policy by Imposing Unilateral Secondary Sanctions: Is Might Right in Public International Law?* // Washington International Law Journal. 2020. Vol. 30. № 1; Menkes M. J. *The Legality of US Investment Sanctions against Iran before the ICJ: A Watershed Moment for the Essential Security and Necessity Exceptions* // Canadian Yearbook of International Law/Annuaire canadien de droit international. 2019. Vol. 56.

1. Export controls as a key compliance mechanism in the global nuclear non-proliferation regime

1.1. The role of trade limitation in the NNPR

The NNPR is a multilateral undertaking that seeks to maintain and improve global nuclear security through suppressing, firstly, further increase in the number of States and non-State actors (e.g. terrorists, armed militias) that possess military nuclear capabilities ('horizontal proliferation'), and, secondly, quantitative and qualitative enhancement of the existing nuclear arsenals ('vertical proliferation').⁸ For these purposes, efforts against nuclear proliferation extend to nuclear weapons themselves, as well as the means of acquiring, evolving or using them: nuclear technologies (e.g. delivery systems), materials (e.g. weapons-grade plutonium) and expertise (e.g. know-how).⁹

Beyond its legal carcass, represented by the NPT and a number of other treaties and agreements, the NNPR also relies on certain verification tools and mechanisms¹⁰ to control the spread of nuclear weapons¹⁰. Since international trade is the primary channel for acquiring components required to produce nuclear weapons, it constitutes the principal object of control.

The NPT lays down differentiated obligations for the parties based on their status as regards nuclear weapons possession: 'nuclear-weapon States' (the five 'original nuclear powers', hereinafter — NWS)¹¹ and 'non-nuclear weapon States' (all other parties, hereinafter — NNWS). Article I of the NPT requires the NWS, firstly, not to transfer nuclear explosives to any recipient and, secondly, not to facilitate the NNWS in acquiring them. Under Article II, the NNWS in turn shall, firstly, not receive transfers of nuclear explosives or control over them, secondly, not acquire them by any other means, and, thirdly, not seek or receive any assistance to do so.

By all evidence, the NPT does not set an analogous positive obligation for the NNWS not to proliferate horizontally, that is, not to transfer nuclear explosive devices or "assist, encourage or induce" their acquisition. It is most likely that the drafters deemed this excessive since they prohibited the NNWS from manufacturing and obtaining nuclear weapons in the first place. NPT Article I also forbids said "assistance, encouragement or inducement" by the NWS only in respect of the NNWS and stays silent on such cooperation among the NWS themselves. Even the only semblance of an official NPT commentary does not approach these issues.¹² This constitutes a practical gap that, firstly, principally affords an opportunity for the NNWS to aid, directly or indirectly, other States in obtaining nuclear weapons (e.g. by trading precursor materials) and, secondly, allows further cooperation among the NWS towards elevating their existing nuclear military capabilities. Though somewhat balanced by the safeguards requirement of Article III, this is still quite unusual, especially considering that the NPT's 'brotherly' treaties (e.g. in respect of chemical, biological weapons) prohibit all their respective members from "assisting, encouraging and inducing" the acquisition of the respective weapons of mass destruction by virtually any actor whatsoever.¹³

Thus, a consistent textual interpretation of the NPT cannot foster any equal requirement to limit trade in sensitive technology or materials. Yet in practice, States demonstrate equal readiness to do so. For example, the European Union as the largest conglomerate of the NNWS maintains a common export control policy for nuclear-sensitive goods¹⁴ despite the fact that France is its only remaining NWS. This 'good will' also manifests itself in the existence of voluntary international export control regimes and arrangements that offer

⁸ Black-Branch J. L., Fleck D. *Nuclear Non-Proliferation in International Law. Volume II, Verification and Compliance*. Hague : Asser Press, 2016. P. 267–268; Sidel V., Levy B. *Proliferation of Nuclear Weapons: Opportunities for Control and Abolition II* American Journal of Public Health. 2007. Vol. 97. № 9. P. 1589.

⁹ *Australia's Uranium: Greenhouse Friendly Fuel for an Energy Hungry World: Report of the House of Representatives Standing Committee on Industry and Resources*. 2006. § 7.6. URL: https://www.aph.gov.au/parliamentary_business/committees/House_of_Representatives_Committees?url=isi/uranium/report/chapter7.htm (accessed: 03.05.2022).

¹⁰ Cirincione J. *Repairing the Regime: Stopping the Spread of Weapons of Mass Destruction*. New York : Routledge, 2000. Appendix I.

¹¹ In the sense of the NPT, the NWS include those States that detonated their first warhead before 1 January 1967: the United States (made its first detonation in 1945), the Soviet Union (1949), Great Britain (1952), France (1960) and China (1964).

¹² *Final Document of the 2010 Review Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons*. NPT/CONF.2010/50 (Vol. I). P. 2–19. URL: <https://www.un.org/en/conf/npt/2010/> (accessed: 03.05.2022).

¹³ *United Nations Convention on the Prohibition of the Development, Production and Stockpiling of Bacteriological (Biological) and Toxin Weapons and on their Destruction of 10 April 1972. Article I*. URL: <https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2020/12/BWC-text-English-1.pdf>; *Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction of 3 September 1992 Article I(1)*. URL: <https://www.opcw.org/chemical-weapons-convention/articles/article-i> (accessed: 03.05.2022).

¹⁴ For the latest version see *Regulation (EU) 2021/821 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2021 Setting up a Union Regime for the Control of Exports, Brokering, Technical Assistance, Transit and Transfer of Dual-Use Items (Recast)* (hereinafter — Regulation (EU) 2021/821). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02021R0821-20220505> (accessed: 16.11.2022).

guidance and an opportunity to harmonise national regulatory practices. Still, national export control regimes remain the principal instrument that States engage to directly ensure both their compliance with the NNPR and their own nuclear security. However, as will be discussed below, it would be quite naïve to presume that the common good of global nuclear security is the only motivation that influences export control policies of States.

1.2. Substance and approaches towards export control

National export control regimes are used to control a country's outbound export of certain sensitive goods and technology. Most often, this takes the form of licensing policy for certain goods destined for certain recipients, destinations or end users. The licensed goods could be of an exclusive military nature (military-use, or single-use) or could also have a wide variety of civilian uses (dual-use). Trade in dual-use goods can encapsulate a wide variety of items, materials and technologies that are usually innocuous, like specific metal alloys or high-technology goods.¹⁵

Though States originally adopted export control regulations to align international trade with their interest to restrict enemy military capabilities, the notion has gradually widened to embrace other policy considerations deemed crucial by a given State. For instance, the evolution of the US export control laws reflects a growing consideration of the economy as a strategic interest.¹⁶ This "blurring" of permissible boundaries only intensifies within broad sanctions regimes, which leads to heightened security concerns among banks and companies and widens the impact of restrictions to permeate all areas of business.¹⁷ The US is not shy to admit the expansive discretion it exercises, citing not only its commitment to protect national security interests by controlling exports, but also to promote its foreign policy and economic objectives, and even "continued US strategic technology leadership".¹⁸ It is apparent that the US sees export controls as a valid instrument to advance the country strategically as a dominant power. The EU's export control regime appears similar, but more rhetorically restrained. It focuses on national security, human rights and continued development of security-sensitive sophisticated technologies, but does add national foreign policy and sanctions to the list of concerns¹⁹.

1.3. Main concerns going forward

It would be equally naïve to presume that stern control and limitation of trade in sensitive goods is an inherent virtue. Licensing regimes effectively constitute a form of 'quantitative restrictions' on trade.²⁰ Such measures are viewed as the least desirable since they impose absolute limits on the quantities of trade ('absolute restrictions'), while other possible measures, such as tariffs, do not produce such a cardinal restrictive effect.²¹ The key defects of quantitative restrictions were summarised by the WTO panel in *Turkey — Textiles*: such restrictions "usually have a trade distorting effect, their allocation can be problematic and their administration may not be transparent".²²

This immediately raises more associated concerns. First, exporting States have to maintain firm control over goods and technologies that could be diverted to serve military aims. Since dual-use goods have virtually uncountable civilian applications, their trade comprises a significant percentage of normal, legitimate international trade. Particularly, the US Commerce Control List (hereinafter — CCL) contains thousands of important high-tech items, such as machine tools, laboratory and medical equipment, computer processors.²³

¹⁵ Joyner D. H. *Op. cit.* P. 126, 130.

¹⁶ Whang C. *Op. cit.* P. 3–4.

¹⁷ Breen E. *Corporations and US Economic Sanctions: the Dangers of Overcompliance // Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions* / ed. by Beaucillon *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*. Cheltenham : Edward Elgar Publishing, 2021. P. 257.

¹⁸ "The US Department of Commerce's Bureau of Industry and Security (BIS) administers US laws, regulations and policies governing the export and reexport of [items under] the Export Administration Regulations (EAR). The primary goal of BIS is to advance national security, foreign policy, and economic objectives by ensuring an effective export control and treaty compliance system, and promoting continued US strategic technology leadership." See *International Trade Administration of the US Department of Commerce. U.S. Export Controls*. URL: <https://www.trade.gov/us-export-controls> (accessed: 03.05.2022).

¹⁹ See Preamble to the original version of the *Regulation (EU) 2021/821*.

²⁰ Restrictions that entail "a limiting effect on the quantity or amount of a product being imported or exported". See Appellate Body Reports, *China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/AB/R/WT/DS395/AB/R/WT/DS398/AB/R, adopted 22 February 2012, DSR 2012:VII, p. 3295, § 320.

²¹ Panel Report, *Turkey — Restrictions on Imports of Textile and Clothing Products*, WT/DS34/R, adopted 19 November 1999, as modified by Appellate Body Report WT/DS34/AB/R, DSR 1999:VI, p. 2363, § 9.63.

²² *Ibid.*, § 9.63–9.65.

²³ The latest version of the CCL is contained in *US Code of Federal Regulations (CFR), Title 15, Part 774 — The Commerce Control List*. URL: <https://www.ecfr.gov/current/title-15/subtitle-B/chapter-VII/subchapter-C/part-774> (accessed: 16.01.2023).

Obviously, such regulations can and do significantly restrict international trade in many civilian-usable, highly commercially viable goods that are not of primary military application.²⁴ As will be demonstrated, screwing the cap too tightly could cause serious trade distortion, with dire consequences for the targeted State's civil economy and the associated risks of further political escalation.

Second, the lack of transparency noted by the panel in *Turkey — Textiles* makes such measures especially sensitive to abuse. The classical notion of national security concerns appears to deal with actual, pressing and objective threats to the existence, sovereignty and territorial integrity of a State.²⁵ Meanwhile, the arguably subjective foreign policy concerns could be rationalised to encompass virtually any political aspirations. As said above, it is more and more complicated to differentiate between the two. There is always a risk that the restrictions will be used too broadly.

Third, any such measures should thus be checked for potential conflict with international trade commitments of the exporting State. These may include the goal of trade liberalisation, the most-favoured-nation principle, prohibition of quantitative trade restrictions and other key principles and provisions of international trade law.

To summarise, States have historically accepted export restrictions as a legitimate means to protect their national security from military threats. Looking ahead, this understanding has been reflected in certain exceptions presented in the founding agreements of the WTO system. However, some States have come to extend their understanding of national security to cover some broader strategic interests (e.g. economic interests) and may thus approach their export restrictions more liberally. In particular, these measures can be incorporated into broad and more legally ambiguous sanctions regimes, which only results in their further blurring. At the same time, such restrictions are problematic (may be non-transparent, adversary to existing commitments, sensitive to abuse, etc.) and thus call for a great measure of care and restraint. Still, practice does sometimes demonstrate notably low regard towards the pervasive negative consequences of export control overreach. As will be shown further, the broad and possibly politicised export restrictions against Iran and Russia seem to have culminated in, or at least significantly contributed to, a precarious local failure in the NNPR.

2. Behavioural dimension: compliance (re)duced?

2.1. The US trade sanctions against Iran

2.1.1. General context and defining characteristics

Since the early 2000s, Iran²⁶ has faced accusations that it sought to construct facilities that would enable it to produce nuclear weapons, although the State's officials insisted that their actions were aimed solely at realising the NPT-guaranteed right for peaceful nuclear development.²⁷ Since then, the US sanctions on Iran have had the stated primary goal of curbing its nuclear policy. Beyond a trade component, this comprehensive sanctions regime includes blocking of Iranian property and assets, financial and banking sanctions, travel bans and other general and targeted tools.²⁸ Though the US reduced its relevant sanctions regime (which the EU also lifted, as required by the deal) after the JCPOA went into effect in 2016, the Trump administration withdrew from the agreement in May 2018 and re-imposed the former limitations.

The US conditions its export restrictions on the need to block all items Iran could potentially seek for its nuclear weapons programme. The execution may seem consistent at first glance. For instance, the US Export Administration Regulations (hereinafter — 'EAR') restrict export to Iran of carbon fibre, which is used for building centrifuges required to enrich uranium.²⁹ Despite the many civilian uses of carbon fibre, like production of sports gear (golf clubs, bicycle frames, etc.), it is understandable that the US would seek to

²⁴ Joyner D. H. *Op. cit.* P. 130.

²⁵ Manifested primarily in the risks associated with the military proliferation of hostile States. See Whang C. *Op. cit.* P. 3–4.

²⁶ An NPT party since 1970. For information on the parties see *United Nations Office of Disarmament Affairs, Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons*. URL: <https://treaties.unoda.org/t/npt> (accessed: 03.05.2022).

²⁷ *Iran Nuclear Crisis: Can Talks Succeed?* // BBC News. 25 November 2014. URL: <https://www.bbc.com/news/world-middle-east-11709428> (accessed: 10.05.2022).

²⁸ Katzman K. *Iran Sanctions (updated February 2, 2022)*. Congressional Research Service Report. RS20871. P. 1. URL: <https://sgp.fas.org/crs/mideast/RS20871.pdf> (accessed: 23.11.2022).

²⁹ *Bureau of Industry and Security of the US Department of Commerce. Guidance on Actions Exporters Can Take to Prevent Illicit Diversion of Items to Support Iran's Nuclear Weapons or Ballistic Missile Programs* (hereinafter — 'US BIS guidelines for exporters'). URL: <https://www.bis.doc.gov/index.php/licensing/23-compliance-a-training/53-iran-web-guidance> (accessed: 10.05.2023).

limit export of a material mostly used in the aerospace and nuclear sectors, especially when Iran showed an increased interest in obtaining it.³⁰

However, the US prohibits unlicensed export of *practically all EAR items* to Iran.³¹ This includes EAR99 — a ‘catchall’ classification for all items that are not on the CCL, mostly low-technology consumer goods. These usually do not require a licence for export, subject to the exporter’s own due diligence.³² For example, the US blocks export to Iran of epoxy resin and related hardening/accelerator agents since they could be used in constructing uranium centrifuges and missile structures.³³ However, these basic materials, known to virtually any consumer, are important for construction and countless other industries, not to mention arts and crafts or home repair. Meanwhile, these and other EAR99 goods constitute the *majority* of items subject to export control.³⁴

Though the official US guidance demands exporters to obtain a licence for the regulated goods destined for Iran,³⁵ in practice the EAR maintains a “general policy of denial” for all such licensing applications, regardless of the item’s character and with very limited exceptions.³⁶ Though the stated goal of the above measures is to ensure nuclear non-proliferation, they amount to an *almost complete embargo* on exports to Iran, similar to some other countries targeted in the EAR, like Syria and Cuba. Furthermore, it appears that to stretch the reach further, the US even tried to pressure other States to join its sanctions under the threat that it might impose increased tariffs on their own exports, and foreign companies to cut their ties with Iran.³⁷

2.1.2. Adverse humanitarian impact and its implications for the NNPR

Meanwhile, the slim humanitarian exceptions (e.g. food, some healthcare items) offered in the EAR have done little to offset the categorical harmful effects. ‘Over-compliance’ by many US and European companies, manifested in their reluctance to maintain any trade for fear of attracting secondary sanctions, resulted in Iran’s factual inability to import the most essential humanitarian goods. Human Rights Watch characterised the US sanctions as “overbroad and burdensome”, causing “unnecessary suffering to Iranian citizens” and “impair[ing] their right of health”, and the humanitarian exception as “nearly meaningless”.³⁸ They have also caused catastrophic damage to Iran’s economy in general, with a trade deficit reaching billions and rapid inflation that has made the still-available imports much more expensive.³⁹ UN Special Rapporteur A. Douhan reviewed these issues in the recent report on her visit to Iran. The report called the States to remove all unilateral sanctions, including all restrictions on trade and any coercion that results in over-compliance.⁴⁰

It can thus be said that the scale and administration of US export restrictions against Iran, as well as the manner of the US withdrawal, warrant at least some doubt as regards consistency with the goals of nuclear non-proliferation and existence of other possible US motives. There are more suggestive moments, like the dubious exception for information technology equipment (e.g. cell phones, personal computers, other high-tech equipment generally deemed sensitive) “for supporting democracy in Iran”.⁴¹ But the most convincing piece of evidence came from the White House itself, when in 2019 the then-US Secretary of State

³⁰ *Blocking Iran with a Global Game of Nuclear ‘Keep Away’* // NPR. 7 February 2013. URL: <https://www.npr.org/2013/02/07/171368189/to-enrich-uranium-buy-the-right-stuff-and-dont-get-caught> (accessed: 10.05.2022).

³¹ See *US BIS guidelines for exporters*. *Blocking Iran with a Global Game of Nuclear ‘Keep Away’* // NPR. 7 February 2013. URL: <https://www.npr.org/2013/02/07/171368189/to-enrich-uranium-buy-the-right-stuff-and-dont-get-caught> (accessed: 10.05.2022).

³² *International Trade Administration of the US Department of Commerce, Export Control Classification # (ECCN) and (EAR99)*. URL: <https://www.trade.gov/eccn-and-export-administration-regulation-ear99> (accessed: 10.05.2022).

³³ See *US BIS guidelines for exporters*.

³⁴ *International Trade Administration of the US Department of Commerce, Export Control Classification # (ECCN) and (EAR99)*. URL: <https://www.trade.gov/eccn-and-export-administration-regulation-ear99> (accessed: 10.05.2022).

³⁵ See *US BIS guidelines for exporters*.

³⁶ The exceptions include transactions for humanitarian reasons or for the safety of civil aviation and safe operation of US-origin aircraft — licences for such will be considered on a case-by-case basis. See *US Code of Federal Regulations (CFR), Title 15, Part 746 — Embargoes and Other Special Controls, § 746.7(b)*. URL: [https://www.ecfr.gov/current/title-15/subtitle-B/chapter-VII/subchapter-C/part-746/section-746.7#p-746.7\(b\)](https://www.ecfr.gov/current/title-15/subtitle-B/chapter-VII/subchapter-C/part-746/section-746.7#p-746.7(b)) (accessed: 16.01.2023).

³⁷ Terry P. C. R. *Op. cit.* P. 5.

³⁸ *Iran Sanctions Threatening Health* // Human Rights Watch. 29 October 2019. URL: <https://www.hrw.org/news/2019/10/29/iran-sanctions-threatening-health> (accessed: 10.05.2022).

³⁹ Motamedi M. *Iran’s Economy Reveals Power and Limits of US Sanctions* // Al Jazeera. 2 February 2022. URL: <https://www.aljazeera.com/economy/2022/2/2/irans-economy-reveals-power-and-limits-of-us-sanctions> (accessed: 10.05.2022); Ng A. *These 6 Charts Show How Sanctions are Crushing Iran’s Economy* // CNBC. 22 March 2021. URL: <https://www.cnbc.com/2021/03/23/these-6-charts-show-how-sanctions-are-crushing-irans-economy.html> (accessed: 10.05.2022).

⁴⁰ *United Nations Human Rights Council, Visit to the Islamic Republic of Iran: Report of the Special Rapporteur on the Negative Impact of Unilateral Coercive Measures on the Enjoyment of Human Rights, Alena Douhan. A/HRC/51/33/Add.1. 17 August 2022*. URL: https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/hrbodies/hrcouncil/regularsession/session51/2022-0907/A_HRC_51_33_A_dd1_Ad-vanceUneditedVersion.docx (accessed: 24.11.2022).

⁴¹ Katzman, K. *Op. cit.* P. 9.

Mike Pompeo boasted of how the US sanctions were so hard-hitting that the Iranian people would surely rise up and make a difference.⁴²

However, it is now obvious that the US significantly misjudged (or disregarded) the potential effects of their policy on Iran's nuclear stance. The US considered that, if the sanctions are reinstated, it could pressure Iran into a new deal that would account for US interests beyond Iran's nuclear programme.⁴³ Contrary to the US expectations, Iran showed economic resilience and responded by gradually decreasing its compliance with the JCPOA.⁴⁴

The situation is particularly poignant against the historical background, as it was not so long ago that Iran's immediate neighbour, Iraq, found itself in a similar place. The sanctions regime against it was criticised for having caused tremendous humanitarian harm, while the larger political goals of the US and the UK (argued to go as far as regime change) left little room for removing or even significantly reducing the sanctions, regardless of whether or not they achieved the stated WMD disarmament objectives. In the end, Saddam Hussein's rule only strengthened, the UNSCOM weapons inspection regime failed, and the international community was unsuccessful in preventing an armed conflict from breaking out.⁴⁵

2.2. The February 2022 US trade sanctions against Russia

2.2.1. General context and defining characteristics

In February 2022, the US imposed trade sanctions against Russia and Belarus in connection with the hostilities in Ukraine, yet again with broad export restrictions at the forefront. Although these sanctions were imposed as a single package, we will focus on Russia. The main stated goal has been to cripple the country's ability to import electronic components and technologies to restrict its capacity to produce, maintain and repair military materiel.⁴⁶ Much of the modern military industry depends on high technology, including Russia's nuclear capabilities (e.g. the ability to produce and maintain nuclear weapons and means of their delivery, the general ability to procure items necessary for developing its nuclear programme). The US does not conceal that the larger strategic objective is to "technologically isolate Russia",⁴⁷ which is clearly a step too far. Meanwhile, at least 37 countries (mostly European) decided to support these restrictions and adopted substantially similar measures.⁴⁸

Normally, the US EAR cover (i) all items in the US or moving through it, (ii) all US-origin items "wherever located" and irrespective of their rule of origin, and (iii) foreign-produced commodities, software and technology that incorporate US-origin commodities, or are bundled/commingled with EAR-controlled US-origin software.⁴⁹ In this case, however, the US further expanded its already tremendous reach through the so-called 'foreign direct product' rule (hereinafter — FDPR), a mechanism that has been piloted against China's major telecommunications producer Huawei.⁵⁰ The FDPR enables the US to exercise control even

⁴² "Things are much worse for the Iranian people [with the US sanctions], and we are convinced that will lead the Iranian people to rise up and change the behaviour of the regime." See *Iran Sanctions Threatening Health* // Human Rights Watch. 29 October 2019. URL: <https://www.hrw.org/news/2019/10/29/iran-sanctions-threatening-health> (accessed: 10.05.2022).

⁴³ This included numerous major (and, arguably, impracticable) demands for Iran, like abandoning its ballistic missile programme, removing its armed forces from Syria, cutting the alleged support of any terrorist groups, releasing any imprisoned citizens of the US and its allies, and many separate demands aimed at curbing Iran's foreign policy in general. See Kerr P. K., Humud C. E., Clayton T. *Iran Nuclear Agreement and U.S. Exit (updated July 20, 2018)*. Congressional Research Service Report. R43333. P. 22–25. URL: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/R/R43333> (accessed: 23.11.2022).

⁴⁴ Motamedi M. *Iran's Economy Reveals Power and Limits of US Sanctions* // Al Jazeera. 2 February 2022. URL: <https://www.aljazeera.com/economy/2022/2/2/irans-economy-reveals-power-and-limits-of-us-sanctions> (accessed: 10.05.2022).

⁴⁵ Dodge T. *The Failure of Sanctions and the Evolution of International Policy towards Iraq, 1990-2003*. Contemporary Arab Affairs. 2010. Vol. 3. № 1. P. 83–91.

⁴⁶ "[The Russian FDPR is] the most comprehensive application of [US export control over domestic and foreign items] produced using US equipment, software, and blueprints, targeting a single nation" that "primarily target Russia's defense, aerospace, and maritime sectors and will cut off Russia's access to vital technological inputs, atrophy key sectors of its industrial base, and undercut its strategic ambitions to exert influence". See *US Department of Commerce. Commerce Implements Sweeping Restrictions on Exports to Russia in Response to Further Invasion of Ukraine. 24 February 2022*. URL: <https://www.commerce.gov/news/press-releases/2022/02/commerce-implements-sweeping-restrictions-exports-russia-response> (accessed: 10.05.2022).

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ For the full list of States see *US Code of Federal Regulations (CFR), Title 15, Part 746, Supplement No. 3*. URL: <https://www.ecfr.gov/current/title-15/subtitle-B/chapter-VII/subchapter-C/part-746/appendixSupplement%20No.%203%20to%20Part%20746> (accessed: 16.01.2023).

⁴⁹ For the categories of items subject to the EAR see *US Code of Federal Regulations (CFR), Title 15, Part 734 — Scope of the Export Administration Regulations, § 734.3*. URL: <https://www.ecfr.gov/current/title-15/subtitle-B/chapter-VII/subchapter-C/part-734/section-734.3> (accessed: 16.01.2023).

⁵⁰ Klaess W. *Lost at Sea: Lack of BIS Guidance on New Russia/Belarus FDP Rule Creates Compliance Chaos* // Lexology. 23 April 2022. URL: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fec01f25-f992-4797-90eb-0e079815ab21> (accessed: 10.05.2022).

over foreign exports, given that there is a margin, direct or indirect, of US industry involvement in the manufacture of a product — like using a US-origin programme or machine.⁵¹ Thus, to access US-made tools and equipment used to produce semiconductors, foreign manufacturers would need to agree to no longer sell to the sanctioned entity (e.g. Huawei) and would risk attracting secondary sanctions otherwise,⁵² which the US is known to approach in a notably aggressive and expansive manner.⁵³ With these advancements, the US has arguably turned the traditional domestic regulatory element in its export licensing largely superficial.

When it came to Russia and Belarus, however, the US imposed not one, but two FDPRs simultaneously: firstly, a general rule (excludes EAE99), and secondly, a Military End User (MEU) rule that prohibits all controlled exports “ultimately destined” to military end users (includes EAR99). All licensing applications under both rules, as well as applications for items specifically covered by the “Nuclear non-proliferation” EAR category, are now subject to a “general policy of denial”.⁵⁴ Thus, the US not only limited all foreign exports generally reachable through its FDPR, but also virtually banned all exports that could in any way be used to support the Russian military.

What is more, FDPR measures are notoriously difficult to follow. The vague requirements, lack of guidance on their implementation and of clear criteria to obtain a licence have made it infamously difficult for exporters to determine which goods are subject to restrictions, especially given that the exporter is often not the producer of the goods and cannot be expected to be exhaustively familiar with their production process.⁵⁵ Oftentimes, it appears more viable to simply abandon the sanctioned market than to risk facing secondary sanctions, which would cast off even the trade that could well be legitimate. Due to the notably erratic nature of US foreign policy, exporters may find it safer to cease trade with a country that has fallen into US disfavour and could be subject to new or increased sanctions in the long term, even if their prospect is not yet fully clear.⁵⁶ This is a recipe for over-compliance.

2.2.2. Adverse impact on the Russian industry and its implications for the NNPR

Although the US presents the above trade sanctions as not affecting consumer electronics, this is clearly not the case in practice. For instance, the MEU FDPR blocks exports to some fundamental research and educational institutions in the field of technology and nuclear energy.⁵⁷ It was reasonable to expect a “rippling effect” on such critical industrial sectors as civil transport and aviation, peaceful nuclear energy, artificial intelligence and consumer electronics. One example is the infamously profound effect of the discussed measures on the Russian civil automotive industry, whereby the leading automobile concerns had to strip their cars of electronics, return to obsolete model lines, or temporarily suspend production.⁵⁸ Despite some steps having been made towards import substitution, foreign manufacturers reportedly occupied 80 % of the Russian electronics market, while domestic manufacturers depended heavily on basic foreign technology.⁵⁹ Meanwhile, most key consumer electronics manufacturers have already completely cut off direct sales to

⁵¹ Through the FDPR, the US controls exports of items produced in other countries if these were produced (i) with EAR-controlled technology and software, or (ii) by plants or their essential equipment that are the direct product of such technology and software. For the description of FDPRs see *US Code of Federal Regulations (CFR), Title 15, Part 734 — Scope of the Export Administration Regulations, §734.9*. URL: <https://www.ecfr.gov/current/title-15/subtitle-B/chapter-VII/subchapter-C/part-734/section-734.9> (accessed: 16.01.2023). The scope of the FDPR is practically immeasurable. For example, the FDPR gives the producers freedom to decide which of their equipment is essential: see *Bureau of Industry and Security of the US Department of Commerce. Foreign-Produced Direct Product (FDP) Rule as it Relates to the Entity List § 736.2(b)(3)(vi) and footnote 1 to Supplement No. 4 to part 744. P. 2*. URL: <https://bis.doc.gov/index.php/documents/about-bis/2681-2020-fdpd2-faq-120820-ea/file> (accessed: 10.05.2022). However, a rational producer would likely be hard pressed to find any component that is ‘inessential’ to the production process it is used in.

⁵² Bown C. P. *How the United States Marched the Semiconductor Industry into its Trade War with China*. East Asian Economic Review. 2020. Vol. 24. № 4. P. 379.

⁵³ Terry P. C. R. *Op. cit.* P. 3–5.

⁵⁴ See *US Code of Federal Regulations (CFR), Title 15, Part 746 — Embargoes and Other Special Controls, § 746.8(b)*. URL: [https://www.ecfr.gov/current/title-15/subtitle-B/chapter-VII/subchapter-C/part-746#p-746.8\(b\)](https://www.ecfr.gov/current/title-15/subtitle-B/chapter-VII/subchapter-C/part-746#p-746.8(b)) (accessed: 16.01.2023).

⁵⁵ Klaess W. *Op. cit.*

⁵⁶ Breen E. *Op. cit.* P. 264.

⁵⁷ For the list of sanctioned entities see *US Code of Federal Regulations (CFR), Title 15, Part 744, Supplement No. 4*. URL: <https://www.ecfr.gov/current/title15/subtitleB/chapterVII/subchapterC/part744/appendixSupplement%20No.%204%20to%20Part%20744> (accessed: 16.01.2023).

⁵⁸ *Russian Carmaker Avtovaz may Suspend Some Assembly Lines on Monday due to Components Shortage // Reuters*. 25 February 2022. URL: <https://www.reuters.com/business/autos-transportation/russian-carmaker-avtovaz-may-suspend-some-assembly-lines-monday-due-components-2022-02-25/> (accessed: 17.01.2023); *Sanctions for Ukraine and our Truck Production // TopWar*. 21 March 2022. URL: <https://en.topwar.ru/193696-sankcii-za-ukrainu-i-nashe-proizvodstvo-gruzovikov.html> (accessed: 17.01.2023).

⁵⁹ *Overview of the Russian Electronics Industry // ExpoElectronica*. 30 January 2020. URL: <https://expoelectronica.ru/en/news/2020/january/30/overview-market> (accessed: 17.01.2023)

Russia and third-party exporters that dealt with Russia. Even some major Chinese manufacturers were reported to be starting to withdraw.⁶⁰ Although the US presents its restrictions as not concerning consumer electronics, this is clearly not the case in practice.

All the above, again, seems to have backfired on the JCPOA. Russia is a crucial party to the nuclear deal, responsible for much of the key work with Iran's nuclear facilities. During the recent talks to revive the accord, Russian Foreign Minister Sergey Lavrov demanded formal guarantees that US sanctions “[do] not in any way damage [Russia's] right to free and full trade, economic and investment cooperation and military-technical cooperation” with the Islamic Republic of Iran. Western sources allege that Russia thus seeks to use Iran as a ‘relief’ trade channel.⁶¹ In response, the US refused to negotiate any exemptions to its sanctions and threatened that it would seek a deal that excludes Russia if it did not back off.⁶² Uncertainty regarding Russia's participation as a ‘guarantor’ for Iran could have significantly affected the latter's readiness to step into a new agreement. After months of back-and-forth negotiations, the new deal seems to have hit a dead end. The negotiations were undercut by a sudden conflict between Iran, IAEA and the European JCPOA parties, further complicated by a new wave of secondary sanctions on trade with Iran.⁶³

3. Legal dimension: a balancing act

Nuclear export controls are an exercise in managing the tension between trade (sufficient access to goods and technologies) and security (concerns over their possible diversion).⁶⁴ They should provide a measured response to foreign threats, yet their procedure must be transparent and predictable enough so as not to hinder trade in a manner incompatible with international law. If the balance is tipped, it is crucial that targeted States have avenues to challenge this abuse. The primary source of the relevant rules is the General Agreement on Tariffs and Trade (hereinafter — ‘GATT’).

3.1. GATT Articles I and XI

The GATT is the core agreement of the WTO. It sets out the basic rules for trade in goods, including the fundamental most-favoured-nation rule of Article I.1. It prohibits discrimination among like products originating in or destined for different countries, including as regards “all rules and formalities in connection with importation and exportation [of goods].” Any preferential treatment must be extended to all WTO Members. Article XI.1 reinforces this basic principle: it provides for the general elimination of quantitative restrictions including those “made effective through <...> export licences”. Not all such restrictions are ruled out: some do not produce an independent “limiting or restrictive effect” by their design or operation.⁶⁵ In our case, however, this limiting or restrictive effect is fundamentally apparent and may verge on a virtual trade ban. Here, the licensing mechanism itself is the means of administering trade, meaning a direct and purposeful restrictive effect. In such cases as were discussed above, the restrictions may also offer a licensing opportunity as a thin exception rather than an actual possibility subject to a defined and transparent procedure. Licensing systems that give the licensing authorities discretion to grant or deny

⁶⁰ *Russian Sanctions Prompt Tech to Stop Sales, Curb Services* // TechTarget. 4 March 2022. URL: <https://www.techtarget.com/searchcio/news/252514218/Russian-sanctions-prompt-tech-to-stop-sales-curb-services> (accessed: 17.01.2023); Strumpf D. *Chinese Tech Giants Quietly Retreat from Doing Business with Russia* // The Wall Street Journal. 6 May 2022. URL: <https://www.wsj.com/articles/chinese-tech-giants-quietly-stop-doing-business-with-russia-11651845795> (accessed: 10.05.2022); Klaess W *Op. cit.*

⁶¹ Norman L. *JCPOA Threatened by Russian Demands over Ukraine Sanctions* // The Wall Street Journal. 6 March 2022. URL: https://web.archive.org/web/20220313045711/https://www.wsj.com/articles/iran-nuclear-deal-threatened-by-russian-demands-over-ukraine-sanctions-11646487044?mod=article_inline (accessed: 10.05.2022); Karnitschnig M. *Russia Eyes Iran as Sanctions-Busting Backdoor for Oil Sales* // Politico. 23 August 2022. URL: <https://www.politico.eu/article/russia-eyes-iran-as-sanctions-busting-backdoor-for-oil-sales/> (accessed: 17.01.2023).

⁶² Norman L. *U.S. Won't Negotiate Ukraine-Related Sanctions with Russia to Save Iran Nuclear Deal* // The Wall Street Journal. 13 March 2022. URL: https://web.archive.org/web/20220313105316/https://www.wsj.com/articles/u-s-wont-negotiate-ukraine-related-sanctions-with-russia-to-save-iran-nuclear-deal-11647167692?mod=hp_lead_pos1 (accessed: 10.05.2022).

⁶³ Irish J., Murphy F. *Europeans Doubt Iran's Intentions in Nuclear Talks* // Reuters. 10 September 2022. URL: <https://www.reuters.com/world/france-britain-germany-say-irans-stance-iaea-probe-jeopardises-nuclear-talks-2022-09-10/> (accessed: 17.01.2023); *US Imposes New Sanctions over Iran Sanctions Evasion, Targets Chinese Firms* // Arab News. 17 November 2022. URL: <https://www.arabnews.com/node/2201636/middle-east> (accessed: 17.01.2023).

⁶⁴ Berndorfer T. *Op. cit.* P. 84–85; Joyner D. H. *Op. cit.* P. 126.

⁶⁵ Such as automatic licensing procedures that operate for purely statistical or monitoring purposes, or those setting certain prerequisites for applicants (e.g. provide proof of eligibility for a legitimate quota). See Panel Reports, *China — Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS394/R, Add.1 and Corr.1 / WT/DS395/R, Add.1 and Corr.1 / WT/DS398/R, Add.1 and Corr.1, adopted 22 February 2012, as modified by Appellate Body Reports WT/DS394/AB/R/WT/DS395/AB/R/WT/DS398/AB/R, DSR 2012:VII, p. 3501 (hereinafter — PR, *China — Raw Materials*), § 7.915, 7.918.

licences based on some unspecified criteria ('discretionary licensing mechanisms') have been consistently found to produce a restrictive or limiting effect by their very nature.⁶⁶ As Professor Joyner put it, national export control regimes "entail political judgments at every turn and *requir[e] the exercise of a very broad and largely unrestricted unilateral discretion* (emphasis added)." Hence, they are inherently adverse to GATT Article XI⁶⁷ and may only be admissible if consistent with the specifically provided exceptions.

3.2. The 'national security exception' of GATT Article XXI

To allow States some 'breathing room' to adequately protect their sovereign interests, the GATT drafters introduced several 'escape clauses', including the 'national security exception' of Article XXI. The article reads as follows:

"Nothing in this Agreement shall be construed

(a) to require any contracting party to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or

(b) to prevent any contracting party from taking *any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests*

(i) *relating to fissionable materials* or the materials from which they are derived;

(ii) *relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment;*

(iii) *taken in time of war or other emergency* in international relations; or

(c) to prevent any contracting party from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security" (emphasis added).

Paragraph (c) of the article relates to UN sanctions and thus falls outside of this work. Each other element of Article XXI may present a separate opportunity to vindicate or justify unilateral restrictive measures.

3.2.1. Article XXI(a): acceptability of non-disclosure

It would not be unreasonable to assume that a dispute under Article XXI would require the respondent to disclose information it may consider sensitive to its 'essential security interests'. The respondent may be tempted to invoke Article XXI(a) to deny the panel access to any required information and thus stall further proceedings. Though in the existing practice respondents have rather opted to deny the jurisdiction of the panel altogether, the 1949 dispute between Czechoslovakia and the US (hereinafter — *US — Export Restrictions (Czechoslovakia)*) offers a close case.⁶⁸ The US denied licences on certain goods of "strategic significance" destined for Czechoslovakia, including electrodes, x-ray tubes, tungsten wire, and mining drills.⁶⁹ While the US agreed to provide Czechoslovakia some information on how it administered its export controls, it refused to elaborate which commodities it considered "strategic".⁷⁰ Regrettably, the case was resolved through a vote⁷¹ and offers no further insight on the acceptable limits of Article XXI(a). Still, in our opinion, a virtual denial to cooperate would violate the object and purpose of the GATT and the WTO Dispute Settlement Understanding (hereinafter — 'DSU'), as well as the principle of good faith. Thus, the panel is unlikely to accept such invocation of Article XXI(a), especially considering the pro-judicial stance of the panels discussed below.

⁶⁶ PR, *China — Raw Materials*, § 7.921, 7.957; Panel Report, *India — Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*, WT/DS90/R, adopted 22 September 1999, upheld by Appellate Body Report WT/DS90/AB/R, DSR 1999:V, p. 1799, § 5.130; Panel Report, *Turkey — Measures Affecting the Importation of Rice*, WT/DS334/R, adopted 22 October 2007, DSR 2007:VI, p. 2151, § 7.128, 7.134.

⁶⁷ Joyner D. H. *Op. cit.* P. 130–131.

⁶⁸ *Ibid.* P. 132.

⁶⁹ *GATT Contracting Parties, Third Session, Reply by the Vice-chairman of the United States Delegation, Mr. John W. Evans, to the Speech by the Head of the Czechoslovak Delegation under Item 14 on the Agenda. GATT/CP.3/38. 2 June 1949. P. 10.* URL: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/GATTCP3/38.PDF>.

⁷⁰ *Ibid.* P. 9.

⁷¹ Before the DSU's entry into force in 1995 as part of the WTO's 'single undertaking' package, disputes were usually resolved by a GATT panel, the decision of which was adopted if it reached a positive consensus, i.e. if all contracting parties voted in favour. However, this particular dispute had to be resolved by a vote (which Czechoslovakia overwhelmingly lost). Decisionmaking by vote was atypical for GATT, which itself speaks volumes about the dispute's politicisation and the high stakes involved. See McKenzie F. *GATT and the Cold War: Accession Debates, Institutional Development, and the Western Alliance II 1947–1959*. Journal of Cold War Studies. 2008. Vol. 10. № 3. P. 90–91.

3.2.2. Article XXI(b): substance and the necessity to review the underlying conditions

Article XXI(b) presents an exhaustive list of circumstances where the WTO Member could take legitimate “actions” that it “considers necessary” to protect its “essential security interests”⁷². The panel in *Russia — Traffic in Transit* was the first to substantially interpret the provision. The panel’s reasoning is quite convoluted; fortunately, the further panels have digested it in a far more structured manner. The subparagraphs of Article XXI(b) exhaustively enunciate the meaningful threats (“traffic” or “emergency”) that give rise to, or relate to, the essential security interests of the Members.⁷³ As such, these threats could attract legitimate ‘actions’ to protect said interests. This triad provides the foundation for the analytical framework of Article XXI(b).

The vague wording of Article XXI(b) has been used to argue both for and against the jurisdiction of the WTO panels, and thus the applicant’s ability to make a case.⁷⁴ After years of debates, the panel in *Russia — Traffic in Transit* finally settled that Article XXI(b) shall be subject to independent judicial review with objectively identifiable standards, as demonstrated by the provision’s object and purpose, logical structure and the *travaux préparatoires*. Otherwise, the article would have offered an unfettered possibility to ‘launder’ WTO-incompliant measures.⁷⁵ Consequently, the words “which it considers” qualify the word “necessary” (meaning that the WTO Member is free to decide on the measure’s necessity), but not the criteria in subparagraphs (i)-(iii), which the panel must separately and objectively assess.⁷⁶ Other WTO panels further affirmed this reading in two more recent cases.⁷⁷

To make a proper assessment of Article XXI(b), the panel will first have to find if there is, indeed, an ‘action’ under the relevant subparagraph. Only then could the panel contrast this action with the requirements of the article’s chapeau.

3.2.3. ‘Action’ under Articles XXI(b)(i) and XXI(b)(ii)

The terms “relating to [the relevant materials or traffic]” used in Articles XXI(b)(i) and XXI(b)(ii) will require the respondent to demonstrate a “close and genuine relationship of ends and means” between said measure and its “objective”.⁷⁸

Article XXI(b)(i) (“[measures] relating to fissionable materials or the materials from which they are derived”) should give a basis to legitimise at least some national nuclear-related export control measures. Namely, export control measures covering single-use nuclear materials would fall squarely under Article XXI(b)(i).

The US invoked Article XXI(b)(i) in *US — Export Restrictions (Czechoslovakia)*, where it suggested that Czechoslovakia could use the drills it requested to mine uranium ore instead of coal. The US representative

⁷² Panel Report, *United States — Certain Measures on Steel and Aluminium Products*, WT/DS552/R, 9 December 2022. (hereinafter — PR, *US — Steel and Aluminium Products (Norway)*), § 7.101.

⁷³ PR, *US — Steel and Aluminium Products (Norway)*, § 7.100: “The terms “relating to” indicate a connection to the “materials” and “traffic” in subparagraphs (i) and (ii), respectively, while the terms “taken in time of” indicate a temporal relationship to the circumstances in subparagraph (iii). The Panel understands these opening terms in each subparagraph to qualify and describe the “action” referred to in Article XXI(b)”; Panel Report, *Russia — Measures Concerning Traffic in Transit*, WT/DS512/R and Add.1, adopted 26 April 2019, DSR 2019:VIII, p. 4301 (hereinafter — PR, *Russia — Traffic in Transit*), § 7.74: “While the enumerated subparagraphs of Article XXI(b) establish alternative requirements, the matters addressed by those subparagraphs give rise to similar or convergent concerns... Those interests... are all defence and military interests, as well as maintenance of law and public order interests.”

⁷⁴ See PR, *Russia — Traffic in Transit*, § 7.63: “The text of the chapeau of Article XXI(b) [allows for] more than one interpretation of the adjectival clause “which it considers”. The adjectival clause can be read to qualify only the word “necessary”, i.e. the necessity of the measures for the protection of “its essential security interests”; or to qualify also the determination of these “essential security interests”; or finally and maximally, to qualify the determination of the matters described in the three subparagraphs of Article XXI(b) as well.”. The US, for instance, has argued that the grammar of Article XXI(b) forms a “single relative clause” where all parts are attached to the WTO Member’s consideration; thus, the Members alone decide if their measures are admissible (i.e. the security exceptions are “self-judging” and “non-justiciable”). See PR, *Russia — Traffic in Transit*, § 6.15, 6.19.

⁷⁵ See *Ibid.* § 7.65, 7.89–7.93, 7.100. In fact, the US itself advocated for this view initially as the provision’s original drafter: see E/PC/T/A/PV/33 (24 July 1947). P. 19–21. URL: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/APV-33.PDF>.

⁷⁶ PR, *Russia — Traffic in Transit*, § 7.82, 7.83: “[F]or action to fall within the scope of Article XXI(b), it must objectively be found to meet the requirements in one of the enumerated subparagraphs of that provision. [This follows from] textual and contextual interpretation of [Article XXI], in the light of the object and purpose of the GATT 1994 and WTO Agreement and confirmed by the negotiating history of Article XXI.” See also § 7.100, 7.103: “[the Panel’s interpretation] rejects the United States’ argument that Russia’s invocation of Article XXI(b)(iii) is “nonjusticiable”.

⁷⁷ Panel Report, *Saudi Arabia — Measures Concerning the Protection of Intellectual Property Rights*, WT/DS567/R and Add.1, circulated to WTO Members on 16 June 2020, dispute terminated while appeal pending (hereinafter — ‘PR, *Saudi Arabia — IPRs*) and, most recently, in *US — Steel and Aluminium Products (Norway)*.

⁷⁸ This comes from the other panels’ interpretation of the terms “relating to” in Article XX(g). See PR, *Russia — Traffic in Transit*, § 7.69.

appealed to US media reports on the alleged discovery of a uranium mine in Czechoslovakia, as well as to expert analysis of the intended use of the discussed drills.⁷⁹ The Czechoslovak representative jested that the US factories had to be so polluted that the drills themselves had become “fissionable material”.⁸⁰ To be fair, this remark was well-placed. One can note that subparagraph (i) (“relating to fissionable [or precursor] materials”) lacks the words “the traffic in” that expand, for example, the reach of subparagraph (ii) to any related trade (if it supplies the military sector). A good faith textual interpretation would suggest that the drafters envisioned subparagraph (i) to only cover *actual fissionable or precursor material*, like uranium ore itself.⁸¹ It is puzzling that the US chose to substantially rely on subparagraph (i) rather than subparagraph (ii), which would have probably been more appropriate. One thing is clear: the respondent’s ‘action’ would have to target fissionable or precursor material directly to fall under subparagraph (i).

Article XXI(b)(ii) (“[measures] relating to [(i)] the traffic in arms, ammunition and implements of war and [(ii)] to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment”) would also be expected to cover at least some dual-use items and technologies. Meanwhile, as has been established, such items constitute a significant percentage of normal, legitimate, and sometimes crucial (food, medical goods) trade. The US example shows that States could use the possibility of *some* items being diverted as a pretext for setting *comprehensive* export bans.

In *US — Export Restrictions (Czechoslovakia)*, the UK and the US stressed that it was an undeniable prerogative of any State to restrict exports that in their view “could be of direct use in increasing military potential” of another State.⁸² The Czechoslovak representative rightfully responded that the GATT did not refer anywhere to any ‘military potential’, which notion is so broad and elastic that it could encapsulate practically anything — even the birth of a child could be presented as the appearance of a future conscript.⁸³ Furthermore, traffic that “[is] carried on [to supply] a military establishment” is much different from traffic that “could be of direct [military] use.” This interpretative aspect, however, is not quite clear-cut. The negotiation materials show that the intention of the drafters was to create an exception for the measures that they deemed crucial in the run-up to World War II — in particular, limiting exports of metal that a Member believed would be used to produce enemy armaments.⁸⁴ This sets quite a low argumentative standard, which the dire conditions of that particular time probably did require. It would have been difficult, for example, to trace the end use of metal ore beyond its melting, while there was no doubt that the military industry would have been preferentially saturated with such materials by the warring powers. In the modern times, however, the end use of the restricted goods would be far more ambiguous.

In our opinion, to make a *bona fide* case under Article XXI(b)(ii), the respondent must be expected to demonstrate that the precluded exports constitute “arms, ammunition and implements of war”, or, if the goods are dual-use, that they are destined for military end users (and thus have the purpose of supplying a military establishment). When deciding on the argumentative standard, the panels should take into account the foreign policy environment (akin to subparagraph (iii), which is discussed further) and the nature of the restricted goods. For instance, where some prolonged traffic is involved, there is no reason not to expect the respondent to present results of some trade investigation or inquiry. Moreover, to rule out politically ambiguous and overly broad restrictions, the respondent must be expected to demonstrate that ceasing trade destined for a military establishment indeed constitutes the primary purpose of its ‘action’. As an option, the panel could turn to the language and structuring of the relevant measure: for example, insertion of non-proliferatory restrictions in the ‘foreign policy’ sections of export regulations would strongly indicate their inconsistency with Article XXI(b)(iii), since it is clear that national security is not their primary orientation.⁸⁵

⁷⁹ GATT/CP.3/38. P. 3, 11–12.

⁸⁰ GATT Contracting Parties, *Third Session, Reply of the Head of the Czechoslovak Delegation, Mr. Zdenek AUGENTHALER, to the speech of the Vice-Chairman of the USA Delegation, Mr. John W. Evans, under Item 14 of the Agenda.* GATT/CP.3/39. 8 June 1949. P. 2. URL: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90320198.pdf.

⁸¹ Joyner D. H. *Op. cit.* P. 133.

⁸² GATT Contracting Parties, *Third Session, Summary Record of the Twentieth Meeting.* GATT/CP.3/SR.20. 14 June 1949. P. 3–5. URL: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/GATTCP3/SR20.PDF>; GATT Contracting Parties, *Third Session, Statement by the Head of the Czechoslovak Delegation Mr. Zdenek AUGENTHALER to Item. 14 of Agenda (CP.3/2/Rev.2).* GATT/CP.3/33. 30 May 1949. P. 4–5. URL: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/GG/GATTCP3/33.PDF>.

⁸³ GATT/CP.3/33. P. 5–6, 8.

⁸⁴ GATT, *Second Session of the Preparatory Committee of the United Nations Conference on Trade and Employment. Verbatim Report. Thirty-Sixth Meeting of Commission “A” Held on Tuesday, August 12, 1947, at 10.50 a.m. at the Palais des Nations, Geneva. E/PC/T/A/PV/36. 12 August 1947. P. 17–19.* URL: <https://docs.wto.org/gattdocs/q/UN/EPCT/APV-36.PDF>.

⁸⁵ Joyner D. H. *Op. cit.* P. 137–138.

3.2.4. 'Action' under Article XXI(b)(iii)

Finally, export restrictions may prove legitimate if they were taken to protect essential security interests “taken in time of war or other emergency in international relations.” Article XXI(b)(iii) does not limit the scope of actions a Member can take, but rather addresses their context. Thus, this particular option calls for special scrutiny.

To make use of this option, the respondent must be expected to demonstrate separately that the relevant measure (i) was taken in time of (temporal requirement) (ii) war or other emergency in international relations (substantive requirement).⁸⁶ However, it is not fully clear to what extent the respondent must be affected by this situation, or what kinds of situations would constitute “other emergency” in the sense of the article.

In *Sweden — Import Restrictions on Certain Footwear*, Sweden tried to justify a global import quota for certain footwear. It suggested that the surged competition from (*virtually any*) foreign shoemakers could undermine Sweden’s minimum domestic capacity to supply troops with *special* footwear, which is “essential <...> in case of war or other emergency in international relations”.⁸⁷ The denial of epoxy resin to Iran immediately comes to mind. Though Sweden alluded to the wording used in subparagraph (iii), it did not attempt to actually show that there was any “emergency in international relations” to begin with. Instead of building a concrete argument grounded in WTO law, Sweden appealed to the “spirit” of Article XXI.⁸⁸

In *Russia — Traffic in Transit*, the panel clarified: “emergency in international relations <...> appear[s] to refer generally to a situation of armed conflict, or of latent armed conflict, or of heightened tension or crisis, or of general instability engulfing or surrounding a state.” The existence of an emergency in international relations “is an objective state of affairs <...> subject to objective determination.” The panel accorded a fairly high standard of tension to such emergencies. The panel’s reading accounts for the references to “war”, the pressing security interests expected to arise from war and the subject matter of other subparagraphs and *excludes political or economic conflicts* that would be deemed more ordinary.⁸⁹ While such could sometimes be considered urgent or pressing, they would not constitute ‘emergencies’ under Article XXI(b)(iii) unless they give rise to the same kind of security interests. The panel in *US — Steel and Aluminium Products (Norway)* further clarified that the emergency under Article XXI(b)(iii) “must be, if not equally grave or severe, at least comparable in its gravity or severity to a “war” in terms of its impact on international relations.”⁹⁰ This well attests to the historical approach noted by the panel in *Russia — Traffic in Transit*:

A significant majority of occasions on which Article XXI(b)(iii) was invoked concerned [(i)] *situations of armed conflict* and [(ii)] *acute international crisis*, where heightened tensions *could lead to armed conflict*, rather than protectionism under the guise of a security issue (emphasis added)⁹¹.

Though the panel did not attach any legal effect to this particular observation, in our opinion, it demonstrates the overall understanding shared by the majority of the Members regarding the applicable standard. The existing practice of WTO panels so far appears to conform to this trend, though it does not yet provide any guiding “lowest standard” for such emergencies. Of particular note is the decision of the panel in *US — Origin Marking (Hong Kong, China)*, which further clarified that the relevant term “refers to a state of affairs, of the utmost gravity, in effect a situation *representing a breakdown or near-breakdown in the relations* between states or other participants in international relations” (emphasis added).⁹² Thus, the panel will focus on the gravity of the impact of the claimed state of affairs rather than on its circumstances.⁹³ The practice so far appears consistent in demanding that there is at least a severance of international relations between the parties (e.g. in diplomacy, trade, and other crucial policy areas), or, again, a situation close or amounting to an armed conflict.⁹⁴

⁸⁶ See the analytical framework laid down in PR, *Saudi Arabia — IPRs*, § 7.242.

⁸⁷ GATT, *Sweden — Import Restrictions on Certain Footwear*. L/4250. 17 November 1975. § 4. URL: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/90920073.pdf.

⁸⁸ GATT Council of Representatives, *Draft Report on Work since the Thirtieth Session. Addendum. C/W/264/Add.1*. 7 November 1975. P. 3–4. URL: https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/92170660.pdf.

⁸⁹ PR, *Russia — Traffic in Transit*, § 7.75–7.77.

⁹⁰ Meanwhile, “[t]he term ‘grave’... may be understood as referring to international tensions that are of a critical or serious nature in terms of their impact on the conduct of international relations.” See PR, *US — Steel and Aluminium Products (Norway)*, § 7.127.

⁹¹ PR, *Russia — Traffic in Transit*, § 7.81.

⁹² Panel Report, *United States — Origin Marking Requirement*, WT/DS597/R and Add.1, circulated to WTO Members 21 December 2022, appealed 26 January 2023 (hereinafter — PR, *US — Origin Marking (Hong Kong, China)*). § 7.306–7.315.

⁹³ *Ibid.* § 7.308.

⁹⁴ In *Russia — Traffic in Transit*, the panel recognised an emergency in international relations between Russia and Ukraine, citing (i) the concern of the international community; (ii) the recognition of the situation by the UN General Assembly as “involving armed conflict”; and (iii) the imposition of sanctions in response to this situation. In *Saudi Arabia — IPRs*, the panel recognised as such

In spite of the above panel's acknowledgement that an 'emergency' can exist between just the parties to the dispute as well as among a wider group of WTO Members, it based its decision on considering the former,⁹⁵ which was also the focus of the other relevant panels. It can thus be concluded that an argued emergency in international relations is only relevant to the dispute as long as it at least concerns the relations between the applicant and the respondent, not some third parties, which represents the only possible good faith catalyst for a measure under Article XXI(b)(iii). Thus, in a hypothetical dispute between Russia and the US, the latter may appeal to giving the Pentagon the so-called "wartime procurement powers" to expedite military aid to Ukraine.⁹⁶ However, the panel must not be satisfied merely with this statement, but make a thorough and objective assessment of whether there is an actual "breakdown or near breakdown" in the normal bilateral relations between Russia and the US, in particular in their ability to cooperate on most substantive policy issues.

3.2.5. The chapeau of Article XXI(b): the requirement of good faith invocation

Returning to the issue of interpretation, the panels did not pronounce as clearly whether the words "which it considers" imply that the Members could elevate any concern (e.g. the "US strategic technology leadership") to an essential security interest. As the panel in *Russia — Traffic in Transit* established, the Members may personally regard any security interests as 'essential'; however, these will only be treated as such within the meaning of Article XXI if the Member invokes the Article XXI exceptions in good faith. This demands that the Members should not use subparagraphs (i)-(iii) as the means to circumvent their trade commitments (e.g. by arbitrarily "re-labelling" trade interests protected under the GATT as the untouchable 'essential security interests').⁹⁷

For the panel to verify the good faith invocation of Article XXI, the respondent will first have to sufficiently articulate its pleaded essential security interests. There is yet no concrete standard of articulation or analytical algorithm for subparagraphs (i)-(ii) in this respect. Here, the panels will likely have given more bearing to the approximate definition of essential security interests laid down in *Russia — Traffic in Transit*. Such "may generally be understood [as] *interests relating to the quintessential functions of the state*, namely, the protection of its territory and its population from external threats, and the maintenance of law and public order internally (emphasis added).⁹⁸" In contrast, subparagraph (iii) will require a more complex assessment. The level of required articulation here will vary depending on the seriousness of the invoked emergency in international relations: the farther this situation is removed from an armed conflict, the more clearly the respondent will have to enunciate its essential security interests.⁹⁹

The above step will enable the panel to assess whether there is any link between the relevant actions and the protection of the respondent's essential security interests (their "veracity").¹⁰⁰ To establish the "minimum requirement of plausibility" with regard to subparagraph (iii), the panel will have to examine "whether the measures are so remote from, or unrelated to, the <...> emergency that it is implausible that [the respondent] implemented the measures for the protection of its essential security interests arising out of the emergency".¹⁰¹ This assessment will likely apply to subparagraphs (i)-(ii), though most of this requirement

Saudi Arabia's severance of all (e.g. diplomatic, consular, economic) relations with Qatar since (i) it represents an "exceptional and serious crisis" due to its cardinal nature, and (ii) directly concerned the security interests of the parties, as was apparent from the repeated mutual allegations of supporting terrorism and extremism. The panel agreed that such severance represents "the ultimate State expression of the existence of an emergency in international relations." In *US — Steel and Aluminium Products (Norway)*, the Panel "[was] not persuaded that the situation [of global excess capacity in steel and aluminium production] rises to the gravity or severity of tensions on the international plane so as to constitute an 'emergency in international relations'..." The panel in *US — Origin Marking (Hong Kong, China)* did not find an emergency in international relations between Hong Kong, China and the US since most of their international relations, including trade and diplomatic relations, continued as usual. See PR, *Russia — Traffic in Transit*, § 7.122; PR, *Saudi Arabia — IPRs*, § 7.257–7.263; PR, *US — Steel and Aluminium Products (Norway)*, § 7.134–7.136; PR, *US — Origin Marking (Hong Kong, China)*, § 7.353–7.359.

⁹⁵ *Ibid.* § 7.306–7.359.

⁹⁶ Gledhill J. *Beware Arms Makers Exploiting Ukraine War to Profit, Avoid Oversight // Responsible Statecraft*. 19 December 2022. URL: <https://responsiblestatecraft.org/2022/12/19/how-arms-makers-are-exploiting-the-ukraine-war-to-weaken-oversight/> (accessed: 16.01.2023).

⁹⁷ PR, *Russia — Traffic in Transit*, § 7.132–7.133.

⁹⁸ *Ibid.*, § 7.130–7.134.

⁹⁹ *Ibid.*, § 7.135: "What qualifies as a sufficient level of articulation will depend on the emergency in international relations at issue. <...> The less characteristic is the "emergency in international relations" invoked by the Member, i.e. the further it is removed from armed conflict, or a situation of breakdown of law and public order (whether in the invoking Member or in its immediate surroundings), the less obvious are the defence or military interests, or maintenance of law and public order interests, that can be generally expected to arise. In such cases, a Member would need to articulate its essential security interests with greater specificity..."

¹⁰⁰ See *Ibid.*, § 7.134; PR, *Saudi Arabia — IPRs*, § 7.281.

¹⁰¹ PR, *Russia — Traffic in Transit*, § 7.138–7.139.

appears “sewn into” the above-discussed assessment of the ‘action’ through the terms “related to”. Thus, the task of the panel will be to establish that the respondent’s pleaded connection between (i) the measure and its object (‘action’) and (ii) the relevant essential security interest is comprehensive and convincing.

In summary, to justify the measures it presents under Article XXI(b), the respondent (e.g. the US) would have to demonstrate (i) the existence of an ‘action’ under one of the three conditions in Article XXI(b) that (ii) bears a genuine connection with the stated security interest born from the subject matter of the pleaded subparagraph. If a claim is brought against restrictions such as those discussed in the above sections, the respondent must be expected to establish these elements, lest its measures must be deemed WTO non-compliant and subject to correction or removal under DSU Article 19. The panel will almost certainly accept security from nuclear threats (or other connected interests) as a valid essential security interest. It seems likely that the panel will find restrictions on fissionable materials or dual-use items corresponding to this interest. However, this will not be the case if the measure is distant or broad enough to resemble a disguised restriction. It should also not be the case if the respondent fails to establish that the impeded traffic is destined for a military end user, or if the pleaded emergency is too distant and not personally acute or pressing to the respondent.

3.3. Non-WTO States: is there any opportunity for redress?

The above sections discussed the relevant substantive provisions of WTO law that the respondent can use to argue for its restrictive measures, and the argumentative standards that will be applicable and could screen out excessive or abusive measures. This will be useful for States that are Members to the WTO and thus entitled to benefit from its dispute settlement system. For instance, Russia could file a complaint under Article XXIII:1(a) to assert that the broad US trade restrictions violate GATT Articles I and XI. If the panel finds a *prima facie* violation, the US would have to justify its measures under Article XXI. However, many other States fall prey to wide export restrictions, but are not WTO Members: e.g. Iran, Libya, Syria, Iraq, and North Korea. The case of Iran particularly demonstrates that the ability to defend against excessive restrictive measures could be a valuable balancing mechanism to keep a sanctioned State within the nuclear non-proliferation regime.

Indeed, Iran cannot formally take advantage of the WTO dispute settlement system, but this does not mean that it cannot at all make use of this system. DSU Article 3:8 elaborates on GATT Article XXIII:1:

In cases where there is an infringement of the obligations assumed under a covered agreement, the action is considered *prima facie* to constitute a case of nullification or impairment. *This means that there is normally a presumption that a breach of the rules has an adverse impact on other Members* (emphasis added).

In other words, any contracting party may raise a violation complaint (GATT Article XXIII:1(a) if it finds that any other contracting party has infringed a covered agreement, even if the actual interested entity is not a WTO Member. *Australia — Tobacco Plain Packaging* presents one similar case, where Ukraine (later withdrew), Honduras, the Dominican Republic, Cuba and Indonesia effectively represented the interests of Philip Morris, a major tobacco producer, which allegedly financed the endeavour.¹⁰²

Though the possibility of this ever manifesting is very slim, a non-WTO Member (e.g. Iran) could make use of this loophole by persuading some benevolent WTO Member State (e.g. Russia) to file a complaint on its behalf. However, they will have to establish some related violation of a covered agreement as regards an actual WTO Member State, or at least some minimal basis that could be argued as such. For instance, the applicant could argue that there is an obstruction of the transit of goods through a WTO Member’s territory, or even violation of the ‘spirit’ or purpose of the WTO (similar to Sweden’s defence in the above-discussed footwear case). Though theoretically possible, it should be acknowledged that the absence (at least at first glance) of a clear violation of a WTO agreement leaves very thin chances of success.

Although it is outside the scope of this paper, let us note an option outside the WTO: it is also possible to turn to the International Court of Justice. This venue, in particular, appears highly relevant for Iran. NPT Article II compels the NNWS “not to manufacture or otherwise acquire nuclear weapons or other nuclear explosive devices”. It is possible to argue that the obligation “not to manufacture” would require the State not only to produce or acquire a sufficient quantity of fissionable material, but to actually produce a

¹⁰² Martin A. *Philip Morris Leads Plain Packs Battle in Global Trade Arena* // Bloomberg. 22 August 2013. URL: <https://web.archive.org/web/20170309024318/https://www.bloomberg.com/news/articles/2013-08-22/philip-morris-leads-plain-packs-battle-in-global-trade-arena> (accessed: 24.05.2022).

nuclear explosive device. The basis of US trade restrictions would thus appear dubious.¹⁰³ Still, this avenue warrants its separate discussion. Meanwhile, it will also be pertinent in the near future to watch the development of the ICJ dispute opened by Iran regarding the alleged violations of the 1955 Treaty of Amity, which also deals with the effects of US-imposed sanctions, including on bilateral trade between the parties.¹⁰⁴

Conclusion: fairness and fairness only

Although the global nuclear non-proliferation regime involves a variety of multilateral mechanisms to ensure compliance, States themselves play a significant role in sustaining the regime through domestic export control regulation. However, this could also have a contrary effect if their approach is not restrained, as is the case with the failure of the JCPOA. Unrestrained or abusive application of export controls usually entails significant negative collateral consequences for the population and industry of the targeted State, opening the question of possible human rights violations. States tend to adapt to economic damage and may in fact react by adopting a negative compliance stance, or consider withdrawing from the relevant non-proliferation regime altogether (e.g. Iran, Iraq).

The above situation is unique, but by no means exceptional. These days it is quite evident that a State's allegiance has much bearing on the ability of other States to influence its behaviour and decisions, which might explain why some States have frequently resorted to economic measures as a 'blunt instrument' to promote political change abroad. Expectedly, this cannot facilitate any genuine drive towards negotiations, and, as voiced by the Russian Ministry of Foreign Affairs and outlined in the recent Russian Foreign Policy Concept,¹⁰⁵ does not bode well for the principles of sovereignty and non-intervention. This can be seen as a symptom of the larger, fundamental conflict between the said principle and various other international values, perceptions and legal commitments (human rights, democracy, etc.). The modern UN architecture has so far proved unable to agree on how to cut this Gordian knot. In this sense, the WTO system unexpectedly reveals itself as a potent alternative mechanism for upholding peace and security through trade, including by way of dispute settlement.

Of course, a reasoned appeal can be made to *forum conveniens*. It is true that the WTO system was never meant to address issues of national security, and thus to complement or compete with the UN Security Council, the International Court of Justice, or any other competent international organs. It is also only natural for WTO panels to adhere closely to their specialised jurisdiction, not to mention tie themselves by judicial economy considerations. It is quite simply not for the multilateral trading system to bear that cross. But this system is indeed a relevant forum for debating trade policies that may have bearing on international security and may in fact well offer a robust balancing mechanism by allowing aggrieved States to challenge abusive export control measures.

Met with a complaint, the respondent will have to resort to the security exception of GATT Article XXI. A diligent reading of the article suggests significant argumentative standards for the invoking party. The respondent will have to prove that its export restrictions directly serve the essential security interest of ensuring nuclear security (or other legitimate essential security interest) through one of the three available exceptions. Though WTO dispute settlement is generally accessible only to WTO Members, other States that are often the target of broad export restrictions could sometimes also make use of this system. However, this possibility yet is more theory than practice.

High standards for the allowable derogations from the WTO law and the uncertain prospects of defence may generally act to dissuade States from using trade pressure to promote their foreign policy interests. Furthermore, a reasoned refusal of the WTO panel to accept such derogation may act to level the positions of the parties and put them back on the negotiating track. The now-expected (and frankly unexclusive) caveat is that the respondent States may consciously tolerate the consequences of a negative panel decision, or abuse the currently paralysed WTO Appellate Body, as may be the case with *US — Steel and Aluminium Products (Norway)* and *US — Origin Marking (Hong Kong, China)*.¹⁰⁶ Meanwhile, *Saudi Arabia —*

¹⁰³ Joyner D. H. *Op. cit.* P. 13–19.

¹⁰⁴ See *Website of the International Court of Justice. Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. URL: <https://www.icj-cij.org/case/164> (accessed: 28.02.2023).

¹⁰⁵ *Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, Comment by the Russian Ministry of Foreign Affairs regarding the United States' sanctions against Russia. 17 July 2014*. URL: https://www.mid.ru/foreign_policy/news/1624621/?lang=en (accessed: 21.04.2023); *Permanent Mission of the Russian Federation to the European Union, The Concept of the Foreign Policy of the Russian Federation, approved by Decree of the President of the Russian Federation No. 229, March 31, 2023 (unofficial translation)*. § 8, 23, 26. URL: <https://russiaeu.ru/en/news/concept-foreign-policy-russian-federation> (accessed: 21.04.2023).

¹⁰⁶ The US has filed for appeals in both cases on 26 January 2023. Hence, pursuant to Article 16(4) of the DSU, the respective panel reports could not be adopted unless the appeal is completed.

IPRs, which parties eventually settled their differences outside of the proceedings, may already offer a valuable positive example, even if the actual underpinnings behind this outcome may go far beyond that single dispute.¹⁰⁷ The real significance of the WTO system on the front of non-proliferation and international security may yet be unclear, but the potential is certainly there.

МЕЖДУ ПРАВОМ И ПОЛИТИКОЙ: НЕРАСПРОСТРАНЕНИЕ ЯДЕРНОГО ОРУЖИЯ И СОБЛЮДЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПОД ВЛИЯНИЕМ ДРУГОГО ГОСУДАРСТВА В КОНТЕКСТЕ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ

КОНДРАШОВ О. Р.

Кондрашов Олег Романович¹⁰⁸ — аспирант кафедры международного права Московского государственного юридического университета им. О. Е. Кутафина, Москва, Россия (kondrashov.2bl@gmail.com).

Аннотация

Экономические санкции США против Ирана и России, включая широкомасштабные экспортные ограничения, изначально преподносились как обслуживающие цели, связанные с нераспространением вооружений. Однако складывается впечатление, что именно санкции подорвали переговоры по возобновлению Совместного всеобъемлющего плана действий — соглашения, призванного удержать Иран от приобретения ядерного статуса. В настоящей статье эта ситуация рассматривается в качестве наглядного примера того, как неограниченный экспортный контроль может вступать в противоречие с интересами международной безопасности, в частности в рамках международного режима нераспространения ядерного оружия. Опираясь на этот показательный случай, автор статьи ставит перед собой задачу сформулировать общие выводы о возможных побочных эффектах обширных экспортных ограничений, их необходимых границах в рамках права ВТО и значимости системы ВТО для ядерного нераспространения. В статье определено место мер экспортного контроля в контексте данного режима и рассмотрены причинно-следственные связи, характерные для описанной выше ситуации. По мнению автора, здесь присутствует влияние внешнеполитического элемента, в конечном счете противоречащее заявленным целям ядерного нераспространения. Далее представлен анализ содержания статьи XXI Генерального соглашения по тарифам и торговле, которую государство-санкционер с наибольшей вероятностью задействует, чтобы оправдать торговые ограничения в рамках рассмотрения спора в ВТО. Автор приходит к выводу: добросовестная интерпретация статьи и сложившаяся практика указывают на то, что предлагаемые в статье XXI исключения ограничены определенными стандартами и должны толковаться таким образом, чтобы максимально отсеять меры, негласно преследующие иные, например внешнеполитические, интересы. Между тем государства, не являющиеся членами ВТО, могут попытаться возбудить спор через дружественных им членов ВТО, если удастся установить нарушение права ВТО в отношении ее участников, хотя шансы такого исхода, разумеется, невелики. В качестве итогового вывода в статье констатируется ценная роль системы ВТО в обеспечении и поддержании международной безопасности и ядерного нераспространения.

Ключевые слова

режим нераспространения ядерного оружия; Договор о нераспространении ядерного оружия; Совместный всеобъемлющий план действий; меры экспортного контроля; всеобъемлющие санкции; статья XXI ГАТТ

Для цитирования: Кондрашов О. Р. Между правом и политикой: нераспространение ядерного оружия и соблюдение международно-правовых обязательств под влиянием другого государства в контексте международной торговли // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 1. С. 53–70.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.17447>

References / Список источников

Beaucillon C. (ed.) (2021) *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.

Berndorfer T. (2009) *Nuclear Commerce: Its Control Regime and the Non-Proliferation Treaty*, Hamburg: Diplomica Verlag.

Black-Branch J. L., Fleck D. (2016) *Nuclear Non-Proliferation in International Law. Volume II, Verification and Compliance*, Hague: Asser Press.

¹⁰⁷ Siddell I, Dackiv B, Safar-Aly, S. *Lifting of Restrictions with Qatar — What You Need to Know* // Baker McKenzie. 18 January 2021. URL: <https://me-insights.bakermckenzie.com/2021/01/18/lifting-of-restrictions-with-qatar-what-you-need-to-know/> (accessed: 17.04.2023).

¹⁰⁸ Мнения, представленные в данной статье, выражают сугубо личную позицию автора и никоим образом не отражают позицию любого другого лица или организации.

- Bown C. P. (2020) How the United States Marched the Semiconductor Industry into its Trade War with China. *East Asian Economic Review*, vol. 24, no. 4, pp. 349–388.
- Cirincione J. (2000) *Repairing the Regime: Stopping the Spread of Weapons of Mass Destruction*, New York: Routledge.
- Dodge T. (2010) The Failure of Sanctions and the Evolution of International Policy Towards Iraq, 1990–2003. *Contemporary Arab Affairs*, vol. 3, no. 1, pp. 83–91.
- Jiangyu W., Hewett D. (2021) U.S.–China Trade Relations in the Biden Era: Trade War, Industrial Policy, and Rule-Based International Order. *Proceedings of the ASIL Annual Meeting*, vol. 115, pp. 315–320.
- Joyner D. H. (2009) *International Law and the Proliferation of Weapons of Mass Destruction*, Oxford: Oxford University Press.
- McKenzie F. (2008) GATT and the Cold War: Accession Debates, Institutional Development, and the Western Alliance. 1947–1959. *Journal of Cold War Studies*, vol. 10, no. 3, pp. 78–109.
- Menkes M. J. (2019) The Legality of US Investment Sanctions against Iran before the ICJ: A Watershed Moment for the Essential Security and Necessity Exceptions. *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire canadien de droit international*, vol. 56, pp. 328–364.
- Reinsch W. A. (2022) China as Best Customer and Biggest Threat — Trade Policy in the Biden Era. *Schwerpunkt Außenwirtschaft 2021/2022*, pp. 179–185.
- Sidel V., Levy, B. (2007) Proliferation of Nuclear Weapons: Opportunities for Control and Abolition. *American Journal of Public Health*, vol. 97, no. 9, pp. 1589–1594.
- Terry P. C. R. (2020) Enforcing US Foreign Policy by Imposing Unilateral Secondary Sanctions: Is Might Right in Public International Law? *Washington International Law Journal*, vol. 30, no. 1, pp. 1–27.
- Whang C. (2021) Trade and Emerging Technologies: A Comparative Analysis of the United States and the European Union Dual-Use Export Control Regulations. *Security and Human Rights*, vol. 31, no. 1/4, pp. 1–24.

EU CARBON BORDER ADJUSTMENT MECHANISM: LEGAL CHALLENGES AND RELEVANCE IN LIGHT OF THE CURRENT SANCTIONS REGIME

PETROVA T.

Tatiana Petrova — Doctoral Student, Department of Private International and Civil Law, Moscow State Institute of International Relations (MGIMO University); Junior Associate, «Rybalkin, Gortsunyan, Dyakin and Partners Advocates», Moscow, Russia (Petrova_T_P@my.mgimo.ru).

Abstract

Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM) is one of the European Union's Green Deal initiatives aimed at creating a “climate neutral” economy. The specific feature of this mechanism is the creation of additional costs when importing goods from non-EU countries, the production of which is associated with emissions of large amounts of greenhouse gases. The measure implies the reporting of carbon emissions amount and the sale of CBAM certificates depending on the amount of carbon emissions resulting from the production of imported goods. The author of the article analyses the dynamics of CBAM legal framework development as well as challenges that CBAM may face following its entry into force given the current trade restrictions introduced within the sanctions regime against Russia. The article also addresses challenges to CBAM in terms of its consistency with WTO law. The conclusion is made that new obligations for EU importers imposed by CBAM together with import bans and trade restrictions against the former major exporter of CBAM-covered goods to the EU would be very burdensome for EU importers. Furthermore, the compatibility of CBAM in its current form with WTO law non-discrimination standards is questionable; CBAM has been subject to criticism by the WTO members that are likely to be affected by the measure. This explains the recent shift of CBAM entry into force from January to October 2023 and could be a ground for further adjustment of CBAM rules.

Key words

carbon border adjustment mechanism, climate change, climate neutrality, sanctions

Citation: Petrova T. EU Carbon Border Adjustment Mechanism: Legal Challenges and Relevance in Light of the Current Sanctions Regime // *Zhurnal VSHÉ po Mezhdunarodnomu Pravu* (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. No. 1. P. 71–80.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.17450>

Introduction

Carbon Border Adjustment Mechanism (hereinafter — CBAM) is one of the European Union's Green Deal initiatives aimed at creating an efficient economy with minimal environmental impact, or a so-called “climate neutral” economy.

One of CBAM goals is to prevent the risks of carbon leakage, that is the allocation of carbon-intensive production facilities outside the EU, in countries with less stringent climate policy. CBAM is expected to serve as an incentive for EU trade partners to lower their carbon emissions and contribute thereby to the prevention of climate change. As a result, the goal of emission reduction would concern not only EU producers, but also foreign enterprises exporting their goods to the European market. CBAM is also supposed to prevent companies from relocating their industrial sites to countries with less stringent carbon emission regulation.¹

CBAM targets the importers of carbon-intensive goods, obliging them to report the carbon emissions amount and to sell a certain number of CBAM certificates depending on the amount of carbon emissions resulting from the production of imported goods.

CBAM was announced as part of the EU Green Deal in December 2019, before two major challenges to the EU economy, namely Covid-19 pandemics and the disruption of well-established trade relations with the Russian Federation during the year 2022. But despite this, EU authorities do not seem to give up pursuing the climate neutrality goals. Under the Provisional Agreement on CBAM the measure will start to operate from October 2023 onwards.

In this article the author is going to address the dynamics of CBAM legal framework development as well as challenges that CBAM may face following its entry into force given the current trade restrictions introduced within the sanctions regime against Russia.

¹ Martinus M., Laopirun K. *The EU's Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM): Implications for ASEAN-EU Relations*, Singapore: ISEAS Publishing, 2023. P. 2. URL: <https://doi.org/10.1355/9789815104028> (accessed: 04.06.2023).

1. Legal framework of CBAM

The legal framework of CBAM was initially set out in the Proposal for a Regulation establishing Carbon Border Adjustment Mechanism, which was published on 14 July 2021 (hereinafter — CBAM Proposal).² On 13 December 2022 the Council of the EU issued a press release which stated that negotiators of the Council and the European Parliament reached an agreement of a provisional and conditional nature on the CBAM (hereinafter — Provisional Agreement).³ The text of the Provisional Agreement was published on 8 February 2023.⁴ On 18 April 2023 the European Parliament adopted the text of the Provisional Agreement.⁵ On 25 April 2023 it was also adopted by the Council.⁶ Under the Provisional Agreement, CBAM will begin to operate on 1 October 2023, and it will be phased in gradually.

The Provisional Agreement represents an amended version of CBAM Proposal. The norms of CBAM Proposal and Provisional Agreement will be further referred to as 'CBAM Regulation'. One of the remarkable differences of the Provisional Agreement from CBAM Proposal is the extension of the scope of goods and emissions covered by CBAM. The scope of the CBAM Proposal defined in Article 2 initially covered five groups of goods (the particularised list of goods is presented in Annex I of the Proposal): a) cement, b) electricity, c) fertilisers, d) iron and steel, e) aluminium. In addition to five categories of goods listed in CBAM Proposal the Provisional Agreement includes hydrogen.

Moreover, under the Provisional Agreement CBAM shall apply not only to direct emissions released during the production of goods but also to indirect emissions, i.e. emissions from the production of electricity consumed during the production process of CBAM-covered goods, regardless of the location of the production of the consumed electricity. CBAM Regulation shall be applicable if the covered goods or goods processed from them:

- originate in a third country;
- are imported into the EU customs territory, as well as to the continental shelf or the exclusive economic zone of EU Member States.

The main obligation introduced by the CBAM Regulation is the obligation for importers of the goods concerned to lodge a customs declaration for release for free circulation. The customs declaration can be lodged by an importer in its own name or by another person on behalf of an importer in accordance with the Union Customs Code. The person who lodges a declaration is referred to as "declarant".

A person who is going to import the covered goods to the EU shall apply for the authorization to the competent authority designated by a Member State (hereinafter — CBAM authority). The persons authorised by CBAM authority are called 'authorised declarants'. They are given an Economic Operators Registration and Identification number (EORI number) and an account number in the CBAM Registry. CBAM authority shall authorise a declarant if it meets criteria stipulated in Article 17 (1) of the CBAM Regulation, in particular:

- absence of any serious infringement or repeated infringements of customs legislation and taxation rules during the five years preceding the application, including no record of serious criminal offences relating to the declarant's economic activity;
- financial solvency, which enables a declarant to fulfil its obligations under the CBAM Regulation;
- establishment in an EU member state.

In order to get authorised, a declarant should supply a guarantee, if it was not established as a legal entity throughout the two financial years preceding the year when the application is submitted. The sum of the guarantee is defined by a CBAM authority on the basis of the maximum value of CBAM certificates that a declarant will have to surrender for a calendar year.

² Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a carbon border adjustment mechanism, COM/2021/564 final. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52021PC0564> (accessed: 11.05.2023).

³ Council of the EU Press Release "EU climate action: provisional agreement reached on Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM)". URL: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/13/eu-climate-action-provisional-agreement-reached-on-carbon-border-adjustment-mechanism-cbam/> (accessed: 11.05.2023).

⁴ Provisional Agreement Resulting from Interinstitutional Negotiations, European Parliament Committee on the Environment, Public Health and Food Safety, 8 February 2023. URL: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/envi/inag/2023/02-08/ENVI_AG\(2023\)742452_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/envi/inag/2023/02-08/ENVI_AG(2023)742452_EN.pdf) (accessed: 11.05.2023).

⁵ European Parliament legislative resolution of 18 April 2023 on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a carbon border adjustment mechanism. URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0100_EN.pdf (accessed: 11.05.2023).

⁶ 'Fit for 55': Council adopts key pieces of legislation delivering on 2030 climate targets, press release. URL: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/04/25/fit-for-55-council-adopts-key-pieces-of-legislation-delivering-on-2030-climate-targets/> (accessed: 11.05.2023).

Under Article 6 of CBAM Regulation the reporting obligation for authorised declarants consists in submitting a special CBAM declaration annually by 31 May for the preceding calendar year, which should contain:

- the total quantity of imported goods in tonnes (for electricity — in megawatt hours);
- the total amount of carbon emissions;
- the total number of CBAM certificates to be surrendered corresponding to the embedded emissions;
- a copy of the verification report issued by the accredited verifier.

Article 18 of the CBAM Regulation stipulates that the declared amount of embedded emissions shall be verified by an accredited verifier. Pursuant to Article 18 of the CBAM Proposal the verification can be conducted by the verifiers accredited in accordance with the Implementing Regulation 2018/2067 on the verification.⁷ CBAM Regulation provides an opportunity to claim a reduction in the number of CBAM certificates to be surrendered, if a declarant paid for carbon emissions in the country of origin. As follows from Article 2 (12) in conjunction with Article 9 of the CBAM Regulation this can be done in accordance with agreements with respective third countries.

Chapter IV of the CBAM Regulation is dedicated to the procedure of CBAM certificates acquisition, surrender and re-purchase. It is suggested that a CBAM Authority of a Member State would sell CBAM certificates to authorised declarants. The price for CBAM certificates shall be uniform within the EU. The price would be calculated for each calendar week as an average price of the closing prices of EU Emission Trading System (hereinafter — EU ETS) allowances on the common auction platform. By 31 May of each year authorised declarants would have to surrender a number of CBAM certificates which corresponds to the amount of declared carbon emissions. In case of the excess of remaining CBAM certificates on a declarant's account after the surrender, a declarant may request CBAM Authority to re-purchase them. It is crucial that the request of the kind should be submitted before 30 June. Otherwise, the remaining CBAM certificates are cancelled.

Chapter VI is dedicated to the responsibility for the incompliance with the CBAM Regulation. Article 26 envisages two types of wrongdoers:

- authorised declarants could be liable for the failure to surrender a number of CBAM certificates corresponding to the embedded carbon emissions by 31 May of each year;
- any person other than an authorised declarant bringing goods into the EU customs territory — for the failure to surrender CBAM certificates pursuant to CBAM Regulation.

In both cases the liability would be imposed in the form of a penalty. Notably, payment of the penalty shall not release a wrongdoer from the obligation to surrender the required number of CBAM certificates to the CBAM Authority.

Moreover, Article 27 obliges the EU Commission to monitor and prevent the practices of circumvention of CBAM Regulation. In other words, it is in contemplation that CBAM Regulation and other relating rules would be consistently amended, if any patterns of trade would be revealed geared to the avoidance of obligations envisaged by CBAM legal framework.

Under the CBAM Proposal the measure was initially planned to enter into force on 1 January 2023. The period from 1 January 2023 to 1 January 2026 was scheduled as a transitional period, during which a simplified system of a CBAM scheme would be applicable to ensure a gradual adjustment to the new rules and obligations.

However, the shift of focus of EU politicians to other issues and the debatable nature of CBAM itself led to the change of CBAM timeline. According to the Provisional Agreement adopted by the European Parliament and the Council in April 2023, CBAM will begin to operate starting from 1 October 2023, and it would be phased in gradually. During the transitional period from 1 October 2023 until 31 December 2025 the obligations of importers shall be limited to the reporting obligations, i.e. without obligation to pay for CBAM certificates.

2. Legal challenges for CBAM

After the publication of CBAM Proposal, during the years 2021–2023 CBAM has been subject to open debate, as well as numerous suggestions for amendments to it.

⁷ Commission Implementing Regulation (EU) 2018/2067 of 19 December 2018 on the verification of data and on the accreditation of verifiers pursuant to Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=uriserv:OJ.L_.2018.334.01.0094.01.ENG (accessed: 11.05.2023).

2.1. WTO Compatibility of CBAM

After the publication of CBAM Proposal in July 2021, a number of scholars and practitioners as well as the delegates of particular WTO member states questioned the compatibility of CBAM in its proposed form with WTO law. The document published by the Council of the EU on 3 October 2022 illustrates the amendments to CBAM Proposal introduced by the Council and the European Parliament.⁸ Mainly, the amendments tried to address the risks of potential inconsistencies of CBAM with WTO law.

2.1.1. Compliance with non-discrimination principles of WTO law

The issue of CBAM compliance with Article I GATT (most-favoured-nation standard) arises, should the EU decide to adopt a different legal regime for the imported goods depending on the carbon pricing schemes in their countries of origin. In this case any distinction of the kind would potentially violate the most-favoured-nation principle.⁹ So, the compatibility with Article I GATT can be ensured by the equal carbon border adjustment for all imported goods regardless of their origin.

The first point which could potentially breach Article I GATT is the establishment of different regimes for the goods imported from different countries by bilateral agreements.

CBAM Regulation contains a provision (Article 9) on carbon price paid in the country of origin. It provides that an importer being a CBAM declarant may claim a reduction in the number of corresponding CBAM certificates to be surrendered for the goods originating from third countries. The reduction claim shall be accompanied by the documentation proving that:

- the declared amount of emissions was subject to carbon pricing in the country of origin;
- the carbon price was actually paid, i.e. was not subject to an export rebate or any other form of export compensation.

Article 9 also contains a reference to implementing acts on the methodology on calculation of the reduction for the carbon price paid in the third country. These implementing acts could be adopted by the European Commission prospectively. This methodology is based on two factors:

- the conversion of the carbon price paid in third country in euro;
- qualifications of an independent person certifying the information on the declared emissions as well as the proof of the actual payment of the carbon price in a third country.

It is not clear yet whether the prospective methodology itself would discriminate between the goods originating from different third countries depending on their carbon pricing schemes. Most likely, the discriminatory treatment of goods could become explicit not out of the text of the calculation methodology, rather from the practice of its application.

The concerns of the potential differential treatment were raised by WTO members at the meeting of the Council for Trade in Goods. For example, the delegation of the Russian Federation noted that the EU seems to favour only the emission trading systems similar to its own for the purposes of the reduction for the carbon price paid in a third country.¹⁰ Similarly, United States delegates pointed out that it should not be necessary for all WTO members to adopt the same domestic policy approach to addressing climate change.¹¹

Russian WTO delegates also drew the attention to the verification provisions of CBAM Proposal. Namely, emissions declared by the importers can be verified only by a person accredited in accordance with Commission Implementing Regulation (EU) No. 2018/2067. The verification of embedded emissions only by an EU accredited verifier could potentially impede the mutual recognition of verification between the EU and its trading partners,¹² or lead to unfair preferential practices. Moreover, Article 2 (12) of the CBAM Proposal allows to conclude agreements with third parties in order to take account of their carbon pricing

⁸ CBAM: Commission proposal / Council general approach / Position of the EP, Interinstitutional file 2021/0214(COD). 3 October 2022. URL: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13063-2022-INIT/en/pdf> (accessed: 11.05.2023).

⁹ Dias A., Nosowicz A., Seeuws S. *EU Border Carbon Adjustment and the WTO: Hand in Hand Towards Tackling Climate Change // Global Trade and Customs Journal*. 2020. Vol. 15. № 1. Bacchus J. *Legal Issues with the European Carbon Border Adjustment Mechanism*. Briefing paper №125. 9 August 2021. URL: <https://www.cato.org/briefing-paper/legal-issues-european-carbon-border-adjustment-mechanism#background> (accessed: 11.05.2023).

¹⁰ *Minutes of the Meeting of the Council for Trade in Goods 7 and 8 July 2022*, 6 October 2022, G/C/M/143. Para. 16.11. URL: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=q:/G/C/M/143.pdf> (accessed: 11.05.2023).

¹¹ *Ibid.* Para. 16.35.

¹² *Ibid.* Para. 16.12.

schemes in the application of Article 9.

Bilateral agreements between the EU and third parties envisaged by Article 2 (12) of the CBAM Proposal stand a chance for becoming a rich soil for the creation of different treatment for the imported “like” goods originating from different WTO members. The regime of the bilateral agreement may potentially replace the rules of Article 9 of CBAM Proposal, which could establish more favourable conditions for some of the EU trade partners in violation of Article I GATT.

In this regard, the European Parliament package of amendments (which is specifically aimed at the achievement of WTO compatibility) suggested complementing Article 2 (12) of the CBAM Proposal with the provision that “*Such agreements shall not lead to undue preferential treatment of imports from the third countries...*”.¹³ This amendment was not, however, reflected in the Provisional Agreement.

Meanwhile, the prospect of establishing a favourable regime in terms of climate preservation measure is currently considered by the EU and the USA. The provisions of the Inflation Reduction Act adopted in the USA on 16 August 2022 negatively affects the EU exporters impliedly favouring domestic producers of clean vehicles, sustainable aviation fuels.¹⁴ In light of this US-EU interaction in terms of climate policy efforts intensified. For example, at the end of October 2022 US-EU Task Force on the Inflation reduction Act was launched.¹⁵ In light of this, creating mutual preferences in environmental measure involving EU CBAM might be established. As some experts note this could lead to the establishment of climate clubs, where states with similar carbon pricing approaches enjoy mutual trade benefits.¹⁶

The second point concerns the scope of goods and emissions covered by CBAM Proposal. As previously said, CBAM Proposal initially covered five groups of products: cement; electricity; fertilisers; iron and steel; aluminium. The Provisional Agreement added hydrogen to the list of covered products. Furthermore, it extended the coverage of CBAM to indirect emissions, i.e. emissions from the generation of electricity used to produce CBAM-covered goods.

The mere fact of CBAM product and emission coverage expansion caused concerns among some WTO members delegates during the meeting of the Council for Trade in Goods. For instance, Indonesia requested the EU to provide clear and reasonable justification for that.¹⁷ The delegates of India also noted that while the EU seeks to include indirect emissions in the calculation towards carbon emissions, the proposed rules do not have any offset for a national carbon price inherent in the cost of carbon-based input commodities.¹⁸ In addition, experts note that the set of sectors covered by CBAM is designed in a way which affects exports from certain countries to a larger extent.¹⁹

According to the ResourceTrade.Earth research published in August 2021, exports to the EU in CBAM sectors have been concentrated among just a few trading partners. At the time when CBAM was initially designed the biggest share of the EU’s imports of CBAM-covered products was from the Russian Federation — 16,7 %. The second biggest share was accounted for China — 10,1 %. And almost half of CBAM-covered imports came from just five countries: Russia, China, United Kingdom (8,5%), Norway (7,3 %), Turkey (6,8 %).²⁰ It should be noted, however, that imports from Norway as well as from the other EFTA states are not covered by CBAM Regulation as follows from Annex II to it.

Evidently, the export structure of the covered goods has drastically changed in the wake of sanctions restrictions on Russian goods during the year 2022. Still, the burden of bearing additional costs for exporting carbon-intensive goods could be still distributed among just a few states, most likely, China, Turkey and the Persian Gulf countries. This economic and statistical setup of CBAM may have a discriminatory character. In the framework of a potential dispute the most affected countries may claim that CBAM was designed in a way which specifically targets their exports. In response, the EU would have to

¹³ CBAM: Commission proposal / Council general approach / Position of the EP, Interinstitutional file 2021/0214(COD). Article 2 (12). P. 45–46.

¹⁴ Boehm L., Scalamantrè C. *EU-US climate and energy relations in light of the Inflation Reduction Act* (Briefing), European Parliamentary Research Service, January 2023. URL: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI\(2023\)739300](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_BRI(2023)739300) (accessed: 11.05.2023).

¹⁵ *Launch of the US-EU Task Force on the Inflation Reduction Act* (Statement). 26 October 2022. URL: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_22_6402 (accessed: 11.05.2023).

¹⁶ Leal-Arcas R. *International Trade and Sustainability Perspectives from Developing and Developed Countries*. Springer International Publishing, 2022. P. 207.

¹⁷ *Minutes of the Meeting of the Council for Trade in Goods 7 and 8 July 2022*. Para. 16.45.

¹⁸ *Ibid.* Para. 41.46.

¹⁹ Boytsova A., Talanov V. *Carbon worth its weight in gold* // Kommersant. 16 September 2021. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/4985821> (accessed: 11.05.2023).

²⁰ Kardish C., Mäder M., Hellmich M., Hall M. *Which countries are most exposed to the EU's proposed carbon tariffs?* ResourceTrade.Earth, 20 August 2021. URL: <https://resourcetrade.earth/publications/which-countries...proposed...tariffs> (accessed: 11.05.2023).

scientifically substantiate the choice of CBAM-covered sectors as the most carbon-intensive ones.

Interestingly, the European researchers insist that a more conservative WTO-compliant approach for the design of CBAM minimizes the risk of retaliation by trading partners but has a smaller environmental impact.²¹ Thereby an attempt is being made to justify the potential incoherence of the measure with WTO law.

2.1.2. The applicability of exceptions under Article XX GATT

Even if there is no way to design CBAM in a non-discriminatory manner, the EU may still legitimise this measure, if it falls under general exceptions. Article XX GATT can be invoked, in case the measure is inconsistent with some other GATT provision, since it is able to justify it.²² In the context of CBAM purposes, the most relevant justifications could be paragraphs (b) and (g) of Article XX.

Paragraph (b) justifies measures necessary to protect human, animal or plant life or health. The three-tier test of Article XX (b) GATT used by the Panel in *US–Gasoline* case requires that:

- the policy in respect of the measures falls within the range of policies aiming at protection of the human, animal or plant life or health;
- the inconsistent measures are necessary for the fulfilment of the policy objective;
- the requirements of Article XX chapeau are met.²³

Seemingly, it is hard to contest that CBAM as part of the EU Green deal is not aimed at the protection of humans, animals and plants from the consequences of climate change.

The necessity of the measure is, however, a less evident point. In *Brazil – Tyres*, the Appellate Body elaborated on the necessity test within the meaning of Article XX(b). It provided that a measure should be indispensable to be considered necessary. Nonetheless, it should contribute to the achievement of the objective. At the same time the contribution has to be weighed with the trade restrictiveness. And in any event, Respondent is expected to demonstrate that there are no other available measures which could be less trade restrictive.²⁴ Moreover, as follows from the *EC–Asbestos* case, “the more vital or important the common interests or values pursued, the easier it would be to accept as ‘necessary’ measures designed to achieve those ends”.²⁵ As long as climate change is a global problem, and the most WTO members are also parties to the Paris Agreement, the fulfilment of the ‘necessity’ criterion may take place.²⁶

In this respect the EU could try to submit that CBAM is not the first step in the EU environmental agenda. The ETS having fundamentally the same purpose was launched in 2005, and 16 years later it became obvious that intra-community measures alone are not sufficient to reach the global objective. The EU CBAM proponents also substantiate the necessity of the measure by the urgency of climate change prevention.²⁷

On the other hand, as pointed out by the opposing WTO members delegates, current provisions of international climate agreements have not yet been fully exhausted.²⁸ Nonetheless, the EU, in its turn, decided to introduce a unilateral measure which considerably affects international trade before discussing and fully addressing all the controversial issues of the measure with concerned WTO members.²⁹

Article XX (g) GATT refers to 1) measures relating to the conservation of exhaustible natural resources, 2) if they are made in conjunction with restrictions on domestic production or consumption.

In this context it has to be established whether the climate on Earth could qualify as an exhaustible natural resource. Given that the Panel recognized that clean air is an exhaustible resource in 1996,³⁰ EU

²¹ Bellora C., Fontagné L. *EU in Search of a WTO-Compatible Carbon Border Adjustment Mechanism*. SSRN. 2022. URL: <https://ssrn.com/abstract=4168049> (accessed: 04.06.2023).

²² Bossche P. van den, Zdouc W. *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*. 3rd ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2013. P. 546.

²³ *United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US — Gasoline)*, WT/DS2/R (Panel Report). 26 January 1996. Para. 6.20.

²⁴ *Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres (Brazil — Retreaded Tyres)*, WT/DS332/AB/R (Appellate Body Report). 3 December 2007. Paras. 210–211.

²⁵ Appellate Body Report, *European Communities — Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, WT/DS135/AB/R. 12 March 2001. Para. 172.

²⁶ Boklan D. *Combating Climate Change under the WTO: Exploring the Relevance of Process and Production Methods // Rethinking, Repackaging and Rescuing World Trade Law in the Post-Pandemic Era /* ed. by D. Boklan, A. Bahri, Z. Weihuan. Oxford : Hart Publishing, 2021. Ch. 8. P. 139.

²⁷ Smulders B. *WTO Law's Balance Between Trade and Global Climate and Environmental Interests: The Case of the European Union and Some Aspects of Its Green Deal // The EU and the WTO: Ever the Twain Shall Meet. Marco Broncker's Liber Amicorum I* ed. by F. Baetens, S. van den Bogaert. Wolters Kluwer, 2023. Ch. 10.

²⁸ Minutes of the Meeting of the Council for Trade in Goods. 7–8 July 2022. Para. 16.9.

²⁹ *Ibid.* Para. 16.6.

³⁰ *US — Gasoline* (Panel Report). Para. 6.37.

may claim that the climate may also be recognized as an exhaustible natural resource in the 2020s. In *US — Gasoline* the Panel identified the following features of an exhaustible natural resource: it should have value, be natural and could be depleted. The applicability of these criteria to the climate as a meteorological phenomenon is not fully evident. The value of the climate may potentially be demonstrated by the fact that the stability of climate conditions ensures economic stability as well. Further, the ability to be depleted could be proved by the contents of the Paris Agreement which proceeds from the notion that excessive emissions of greenhouse gases by human industrial activities contribute to climate change.

The second part of the paragraph (g) seems to be easier to prove for CBAM apologists. The concept of CBAM implies that the mechanism is applicable both to domestic and imported goods, whereas the aim of potentially differential treatment is the same for both types of products — creating an economic incentive for carbon emissions reduction and eventually climate preservation.

Importantly, any exception under Article XX has to comply with its chapeau. Any justification under Article XX is valid only if the measure would not constitute an arbitrary or unjustifiable discrimination, or a disguised restriction on international trade. As follows from WTO jurisprudence discrimination within the meaning of the chapeau focuses on the cause of discrimination and rationale behind the differentiation recognized as such in the substantive provisions of the GATT.³¹ In other words, discrimination in the sense of the chapeau means that the measure's declared objectives have nothing to do with the measure's true hidden purposes.

For CBAM the chapeau test appears to be the trickiest keyhole, which it is bound to pass to comply with WTO law. Most likely the potential complainants would stress that CBAM is a disguised restriction with protectionist roots. That is why the authors of CBAM would probably need to underline in advance the primary environmental purpose of CBAM.

One of the possible means to do it is to make clear on what projects the revenue generated by CBAM will be redirected. For instance, these assets could be spent on further development of green initiatives. The step of the kind could strengthen the EU's position that CBAM is not designed to implicitly increase industry competitiveness of the Union, but actually to slow down climate change.³²

No wonder that the European Parliament proposed to amend the CBAM Regulation with Article 24a, which would regulate the use of revenues generated by CBAM. The idea is to channel them to “*support climate mitigation and adaptation in least developed countries*”.³³ The justification of this amendment clearly states that this would strengthen CBAM as a measure falling under the exceptions of Article XX GATT.³⁴

However, this amendment was not reflected in the Provisional Agreement. The adopted text of the Provisional Agreement does not clearly define how exactly revenues generated by the sale of CBAM certificates would be managed. It merely states in recital 55 that the EU should continue supporting low and middle-income countries, especially Least Developed Countries, to ensure their adaptation to the new obligations and to support climate mitigation and adaptation in these countries. Despite the existence of the declarative goal to support low and middle-income countries, the experts note that CBAM is likely to negatively affect many lower-income countries dependent on exports of carbon-intensive products to the EU, such as Mozambique, Zimbabwe, Algeria and Egypt.³⁵

Thus, the compliance of CBAM with non-discrimination WTO standards and the applicability of GATT general exceptions to it are questionable. The context of the measure and its proposed effect could help to prove its life and health protection and/or exhaustible natural resources conservation purposes. However, WTO members that are likely to be affected by the measure have already questioned its necessity. Instead of deepening the cooperation in the framework of the existing international climate agreements, the EU introduces a unilateral measure which is declared to stimulate the reduction of carbon emissions by third countries exporting certain carbon-intensive goods to the EU.

The burden of proof that the measure complies with the chapeau criteria appears is also rather challenging. Given that the examples of justification of a measure under Article XX GATT are rather rare in

³¹ United States — Measures concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products, Recourse to Art. 21.5 of the DSU by Mexico (*US — Tuna II (Mexico)*), WT/DS381/AB/RW (Appellate Body Report). 20 November 2015. Para. 7. 316.

³² Dias A., Nosowicz A., Seeuws S. *Op. cit.* P. 22.

³³ CBAM: Commission proposal / Council general approach / Position of the EP, Interinstitutional file 2021/0214(COD). Article 2 (12). P. 45–46.

³⁴ Opinion of the Committee on Development for the Committee on the Environment, Public Health and Food Safety on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing a carbon border adjustment mechanism. 28 March 2022. URL: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/DEVE-AD-704681_EN.pdf (accessed: 11.05.2023).

³⁵ Kiseleva A., Kolesnikov Y. *Novelties of Tax Regulation of Decarbonization in the Russian Federation. // Current Problems of the Global Environmental Economy Under the Conditions of Climate Change and the Perspectives of Sustainable Development. Advances in Global Change Research / ed. by E. Popkova, B. Sergi. Springer Cham., 2023. P. 349. URL: https://doi.org/10.1007/978-3-031-19979-0_37 (accessed: 04.06.2023)*

WTO jurisprudence,³⁶ the justification could be feasible only upon the proper measure design, transparency of its funds, target character of the generated revenue and consideration of the other WTO members interests and concerns. Even though CBAM may not fully comply with WTO law, the perspectives of challenging CBAM within the WTO dispute settlement system are rather vague because of the current lack of a functioning Appellate Body.

2.2. Relevance of CBAM in light of the current sanctions regime

One of the biggest challenges for the EU Green Deal and for CBAM in particular is the dramatic change of economic and geopolitical reality in 2022. Building a green, climate neutral economy needs large financial support both on the Union and national level. In light of that, one of the experts of the European Council of Foreign Relations expressed doubt whether the European Green Deal survives the Russia-Ukraine conflict. At the same time, it is noted that further commitment to Green Deal goals would help the EU to regain some credibility as a leader by example on climate.³⁷

As stated above, Russia used to be the largest exporter of CBAM-covered goods to the EU.³⁸ However, import and export bans imposed by the sanctions regime against Russia affected almost all categories of goods covered by CBAM Proposal. As of May 2023, the following CBAM-covered goods are prohibited for the importation from Russia to the EU:

- certain types of cement (portland cement, cement clinkers);³⁹
- certain types of mineral or chemical fertilizers;⁴⁰
- many types of iron and steel (metallic coated sheets, non alloy wire, seamless tubes);⁴¹
- some types of aluminium goods (aluminium plates, sheets and strip, of a thickness exceeding 0,2 mm, aluminium foil, aluminium containers).⁴²

Thus, almost all categories of goods mentioned in the CBAM Proposal (except for the electricity) are subject to the import ban. The hydrogen added to the scope of CBAM in the Provisional Agreement on CBAM is currently not a subject to the import ban from Russia to the EU (only a subject to export ban from the EU to Russia⁴³).

At the same time EU Regulation No. 833/2014 provides derogations from the import ban for iron and steel originating or imported from Russia. Article 3g (4) and (5) establishes import volume quotas for some types of Russian iron and steel goods for the time periods from October 2022 to September 2024, within which the import of the Russian iron and steel to the EU is allowed.

Moreover, the competent authorities of EU Member States may at their own discretion authorise the import of the Russian iron and steel, if they find it necessary for civil nuclear purposes (such as the maintenance of civil nuclear capabilities and civil nuclear facilities, the production of medical radioisotopes and similar medical applications, or critical technology for environmental radiation monitoring), as well as for civil nuclear cooperation, in particular in the field of research and development.

Certain types of aluminium and fertilisers as potential CBAM-covered goods are also under the import ban. However, the import of allowed types of aluminium and fertilisers serves as a ground for derogations for some types of services or transactions, which stresses the importance of these goods for the EU economy.

For example, the competent authorities of EU Member States may authorise a vessel under the Russian flag to access a port or lock,⁴⁴ a Russian road transport undertaking for the transportation of goods by road,⁴⁵ if it is necessary for the import of aluminium or fertilisers. Furthermore, the prohibition to engage in transactions with Russian entities listed in Annex XIX to the EU Regulation No. 833/2014 does not apply, if the transaction is necessary for the import of non-listed types of aluminium or fertilisers.⁴⁶

³⁶ *Ministry of Economy, Trade and Industry of the Government of Japan 2019 Report on Compliance by Major Trading Partners with Trade Agreements — WTO, EPA/FTA and IIA*. Chapter 4: Justifiable Reasons. P. 222. URL: https://www.meti.go.jp/english/report/data/2019WTO/pdf/02_04.pdf (accessed: 11.05.2023).

³⁷ Dennison S. *Own coal: Why Europe could lose its green transition*. European Council on Foreign Relations. 1 July 2022. URL: <https://ecfr.eu/article/own-coal-why-europe-could-lose-its-green-transition/> (accessed: 11.05.2023).

³⁸ Kardish C., Mäder M., Hellmich M., Hall M. *Op. cit.*

³⁹ Council Regulation (EU) No. 833/2014 of 31 July 2014 concerning restrictive measures in view of Russia's actions destabilising the situation in Ukraine, Annex XXI.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.* Article 3g and Annex XVII.

⁴² *Ibid.* Annex XXI.

⁴³ *Ibid.* Article 3k and Annex XXIII.

⁴⁴ *Ibid.* Article 3ea (5)(a), Article 3ea (5)(b).

⁴⁵ *Ibid.* Article 3l (4)(a), Article 3l (4)(b).

⁴⁶ *Ibid.* Article 5aa (3)(a), Article 5aa (3)(f).

It appears that CBAM Regulation could create additional burden for EU importers responsible for the supply of carbon-intensive goods which are still important for the EU economy. Given the current sanctions regime against Russia which significantly affected the EU-Russia trade in CBAM-covered goods, EU importers have to search for alternative exporters of carbon-intensive goods and strictly follow the sanctions restrictions on the imports from Russia or the goods of the Russian origin.

Thereby EU importers currently concerned about sanctions compliance, building new commercial relations and supply chains would also need to report the embedded carbon emissions. The entry into force of the reporting obligation as a first phase of CBAM is currently scheduled for October 2023. This obligation alone, however, would arguably cause additional costs for legal and/or customs broker services, as well as for the services of an accredited verifier whose verification of the accuracy of the declared amount of embedded emissions is mandatory under CBAM Regulation.

Conclusion

CBAM is designed to create additional costs when importing carbon-intensive products from non-EU countries. The measure which was determined to enter into force on 1 January 2023 is shifted to October 2023. Seemingly, the reasons for this shift are challenges to the operation of CBAM.

One of them is the necessity to design the measure in compliance with WTO law. Since the initial Proposal for CBAM Regulation has been heavily criticised mainly for the potential violation of WTO non-discrimination standards, the European Parliament started working to address the points of such criticism making the legal framework of CBAM more likely to be justified under GATT general exceptions. Nonetheless, the Provisional Agreement on CBAM adopted in April 2023 does not seem to reflect all the amendments aimed at addressing the WTO-compatibility concerns. In addition, due to the current lack of the functioning Appellate Body within the WTO dispute settlement system, the perspectives of challenging the measure by the affected WTO members seem to be quite vague.

Another serious challenge to CBAM was caused by the recent political events and strengthening of EU sanctions against Russia. Sanctions-related import bans and restrictions affected the CBAM-covered goods. CBAM could make it difficult for EU importers to struggle simultaneously with adaptation for new economic circumstances and comply with new obligations imposed on them by CBAM. At the same time the recent intensification of US-EU cooperation aiming to align their environmental measures discovers the potential for reciprocal adjustments with EU strategic partners in this sphere which is also questionable from the WTO law perspective.

In light of that, it appears that the EU would not give up its climate neutrality strategy, but it is still possible that CBAM legal framework could be further changed in order to address the concerns regarding the WTO-compatibility of the measure or to adjust the measure to the features of economic and political relationship with particular third states.

ПОГРАНИЧНЫЙ КОРРЕКТИРУЮЩИЙ УГЛЕРОДНЫЙ МЕХАНИЗМ В ЕС: ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ И АКТУАЛЬНОСТЬ В СВЕТЕ ДЕЙСТВУЮЩЕГО САНКЦИОННОГО РЕЖИМА

Петрова Т. П.

Татьяна Петровна Петрова — аспирант кафедры международного частного и гражданского права им. С.Н. Лебедева МГИМО МИД России, младший юрист адвокатского бюро «Рыбалкин, Горцуян, Дякин и партнеры», Москва, Россия (Petrova_T_P@my.mgimo.ru).

Аннотация

Пограничный корректирующий углеродный механизм (англ.: *Carbon Border Adjustment Mechanism, CBAM*) представляет собой одну из инициатив Европейского союза в рамках «Зеленого курса» (англ.: *Green Deal*), направленную на создание «климатически нейтральной» экономики. Особенностью данного механизма является создание дополнительных расходов при импорте товаров из стран, не входящих в ЕС, производство которых связано с выбросами большого количества парниковых газов. Данная мера предполагает предоставление отчетности о количестве углеродных выбросов и приобретение особых сертификатов в зависимости от количества выбросов, выпущенных в атмосферу в результате производства импортируемых товаров. Автор статьи анализирует динамику развития законодательной базы пограничного корректирующего углеродного механизма, а также правовые проблемы, которые могут возникнуть после вступления в силу соответствующего регулирования,

учитывая текущие торговые ограничения, действующие в рамках режима санкций против России. В статье также рассматривается проблема соответствия пограничного корректирующего углеродного механизма праву ВТО. Автор приходит к выводу, что новые обязательства, налагаемые нормами о пограничном корректирующем углеродном механизме, наряду с торговыми ограничениями против бывшего крупного экспортера подпадающих под действие механизма товаров в ЕС, будут очень обременительными для импортеров. Кроме того, спорным является вопрос о соответствии регулирования пограничного корректирующего углеродного механизма в его текущей редакции стандартам недискриминации права ВТО. Пограничный корректирующий углеродный механизм подвергнулся активной критике со стороны стран — членов ВТО, которые могут быть затронуты этой мерой. Это, вероятно, объясняет перенос сроков вступления в силу Регламента ЕС о пограничном корректирующем углеродном механизме с января на октябрь 2023 года и может стать причиной дальнейших изменений в регулировании механизма.

Ключевые слова

пограничный корректирующий углеродный механизм, изменение климата, климатическая нейтральность, санкции

Для цитирования: Петрова Т. П. Пограничный корректирующий углеродный механизм в ЕС: правовые проблемы и актуальность в свете действующего санкционного режима // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 1. С. 71–80.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.17450>

References / Список источников

- Vacchus J. (2021) Legal Issues with the European Carbon Border Adjustment Mechanism (Briefing paper No. 125).
- Bellora C., Fontagné L. (2022) EU in Search of a WTO-Compatible Carbon Border Adjustment Mechanism, SSRN. Available at: <https://ssrn.com/abstract=4168049> (accessed: 04.06.2023).
- Boehm L., Scalamandrè C. (2023) EU-US climate and energy relations in light of the Inflation Reduction Act (Briefing, European Parliamentary Research Service).
- Boklan D. (2021) Combating Climate Change under the WTO: Exploring the Relevance of Process and Production Methods. In: Boklan D., Bahri A., Weihuan Z. (eds.) Rethinking, Repackaging, and Rescuing World Trade Law in the Post-Pandemic Era, Oxford: Hart Publishing.
- Bossche P. van den, Zdouc W. (2013) The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials. 3rd ed., Cambridge: Cambridge University Press.
- Dennison S. (2022) Own coal: Why Europe could lose its green transition, European Council on Foreign Relations. Available at: <https://ecfr.eu/article/own-coal-why-europe-could-lose-its-green-transition/> (accessed: 11.05.2023).
- Dias A., Nosowicz A., Seeuws S. (2020) EU Border Carbon Adjustment and the WTO: Hand in Hand Towards Tackling Climate Change. *Global Trade and Customs Journal*, vol. 15, no. 1, pp. 15–23.
- Kardish C., Mäder M., Hellmich M., Hall M. (2021) Which countries are most exposed to the EU's proposed carbon tariffs? Available at: <https://resourcetrade.earth/publications/which-countries...proposed...-tarifs> (accessed: 11.05.2023).
- Kiseleva A., Kolesnikov Y. (2023). Novelities of Tax Regulation of Decarbonization in the Russian Federation. In: Popkova E., Sergi B. (eds.) Current Problems of the Global Environmental Economy Under the Conditions of Climate Change and the Perspectives of Sustainable Development. *Advances in Global Change Research*, Springer Cham. Available at: https://doi.org/10.1007/978-3-031-19979-0_37 (accessed: 04.06.2023).
- Leal-Arcas R. (2022). *International Trade and Sustainability Perspectives from Developing and Developed Countries*, Springer International Publishing, 2022.
- Martinus M., Laopirun K. (2023) The EU's Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM): Implications for ASEAN-EU Relations, Singapore: ISEAS Publishing. Available at: <https://doi.org/10.1355/9789815104028> (accessed: 04.06.2023).
- Smulders B. (2023). WTO Law's Balance Between Trade and Global Climate and Environmental Interests: The Case of the European Union and Some Aspects of Its Green Deal. In: F. Baetens, S. van den Bogaent (eds.) *The EU and the WTO: Ever the Twain Shall Meet*. Marco Bronckers Liber Amicorum, Wolters Kluwer, 2023.

ЛИЧНОСТЬ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРЕСТУПНИКА (ПО МАТЕРИАЛАМ НЮРНБЕРГСКОГО И ИНЫХ СУДЕБНЫХ РАЗБИРАТЕЛЬСТВ)¹

ЕВСЕЕВ А. П.

Александр Петрович Евсеев — кандидат юридических наук, доцент факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (apevseyev@gmail.com).
ORCID: 0000-0003-0697-0086.

Аннотация

В статье рассматривается личность международного преступника как комплексная категория. Отталкиваясь от современных достижений юридической науки, автор отмечает, что данный феномен должен быть изучен не только с позиций собственно международного права, но также смежных юридических дисциплин: криминологии, юридической психологии, социологии права и других. Кроме того, рассмотрение исследуемой проблемы представляется невозможным без обращения к другому комплексному явлению — системной преступности, под которой традиционно понимаются практики совершения массовых беззаконий в рамках политики, поддерживаемой или непосредственно осуществляемой государством. Сутью такого режима является необходимость подчинения приказам, идущим вразрез с современным цивилизованным регулированием. Констатируется, что при совершении массовых беззаконий имеет место специфическая комбинация личности преступника и криминальной ситуации, связанной, как правило, с вооруженным конфликтом, иллюстрируемая тезисом об «обычных людях в необычных обстоятельствах». Как следствие, это рождает ситуацию морального выбора, в которой оказываются потенциальные нарушители норм международного сообщества. Выделяются следующие типы международных преступников: политик-манипулятор, «жертва обстоятельств», бюрократ, «человек долга», садист, извлекатель прибыли. В статье приводятся некоторые личностные характеристики международных преступников, в частности социально-демографические, профессиональные и иные. Автор приходит к выводу: несмотря на то, что учет личности преступника при назначении наказания является нормативным требованием, закрепленным в уставах органов международного уголовного правосудия, научные разработки этого феномена еще не достигли уровня, адекватного его значению. В целом полученные данные позволяют утверждать, что чаще всего международные преступления, особенно на среднем и низовом уровнях, совершаются людьми с определенными дефектами нравственного и правового сознания, главным из которых является конформизм. Причем в случае совершения массовых преступлений он приобретает особый характер, становясь своеобразной психологической предпосылкой готовности индивида к участию или попустительству массовым беззакониям. Констатируется, что современный уровень информатизации общества делает несостоятельной ссылку на неосведомленность субъекта касательно совершения международных преступлений той стороной конфликта, с которой он себя отождествляет. В работе делается итоговый вывод о необходимости формирования специальной области знаний, находящейся на стыке международного права и криминологии — международной криминологии.

Ключевые слова

личность преступника, международное уголовное правосудие, Нюрнбергский процесс 1945–1946 годов, международные уголовные трибуналы *ad hoc*, системная преступность, типология международных преступников

Для цитирования: Евсеев А. П. Личность международного преступника (по материалам Нюрнбергского и иных судебных разбирательств) // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 1. С. 81–96.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.17449>

Введение

Целью статьи является обращение к феномену личности международного преступника с тем, чтобы раскрыть основные социально-демографические и психологические характеристики последнего, составить классификацию преступных типов и, наконец, выработать рекомендации по более корректному привлечению современных «слуг зла» к уголовной ответственности по международному праву. Исследование проведено с использованием общенаучных методов познания, в частности анализа и синтеза, а также сравнительно-правового, историко-правового и формально-догматического методов.

В западной литературе продолжает сохраняться, не без влияния фрейдизма, взгляд на лиц, совершивших преступления по международному праву (акт агрессии, геноцид, военные преступления и преступления против человечности), либо как на прирожденных садистов с ярко выраженными

¹ Посвящается У. Б.

сексуальными перверсиями (таковой действительно была «бухенвальдская ведьма» И. Кох), либо как на «кабинетных палачей», олицетворяющих собой «банальность зла» — термин, существованию которого мы обязаны Х. Арендт, освещавшей процесс над А. Эйхманом². Однако практика органов международного уголовного правосудия свидетельствует о том, что такой подход неоправданно упрощает реальное положение вещей. В самом деле, нельзя ставить на одну доску «наци № 2» Г. Геринга и рядового эсэсовца, генерала Р. Младича, спланировавшего геноцид боснийских мусульман в Сребренице, и молодого солдата Д. Эрдемовича, имевшего боснийские корни и оказавшегося заложником данной ситуации, маршала Петэна и тысячи безликих бюрократов, присягнувших республике Виши (а впоследствии продолживших службу в государственном аппарате Четвертой республики)³. Все они отличаются друг от друга происхождением, характером и, самое главное, местом в преступной иерархии. И если на заре международного уголовного права, как говорилось в Уставе Международного военного трибунала (далее — МВТ) в Нюрнберге, «руководители, организаторы, подстрекатели и пособники... несут ответственность за все действия, совершенные любыми лицами с целью осуществления преступного плана» (статья 6)⁴, то ныне и при квалификации преступных деяний, и при назначении наказания необходимо учитывать и четко разграничивать формы индивидуальной и командной ответственности, не говоря уже о других элементах преступлений (субъективной стороне, *actus reus* и т. д.).

Исследование роли личности в механизме международного преступления осложняется еще и тем, что на практике существует немало людей, причастных к данной разновидности преступлений, однако прямо не обвиненных в их совершении. Хорошо сказала об этом А. Ассман, крупный немецкий философ и признанный авторитет в области исследований памяти (англ.: *memory studies*): «Вся правда о концентрационных лагерях и всех убийствах, массовых казнях, допросах и пытках, совершавшихся людьми в немецкой форме, есть нечто гораздо большее, нежели сумма всех воспоминаний не только тех, кто подвергся казням, пыткам, депортациям или угрозам, но, разумеется, и их охранников, а также чиновников, организовывавших репрессии, железнодорожников, осуществлявших перевозки в концлагерь, очевидцев и тех, кто предпочитал делать вид, будто ничего не замечает, словом, опыт целого поколения»⁵. Таким образом, можно предположить, что существует некая когорта, занимающая как бы промежуточное положение между собственно исполнителями международных преступлений и лицами, ничем не запятнавшими себя. Возникает вопрос: как быть с ними? Есть ли резон проводить углубленный анализ личностей, составляющих промежуточную когорту, даже если против них никогда не выдвигались обвинения и до конца своих дней они считались ни в чем не виноватыми?

Кроме того, не стоит сбрасывать со счетов еще один нюанс. Калигула, Наполеон, Гитлер — все они были незаурядными личностями, к анализу которых можно подойти с различных позиций. Не случайно о фигуре, скажем, И. В. Сталина вот уже несколько десятилетий не утихают жаркие споры. Однако все они, без преувеличения, представляли собой своеобразный микрокосм, в котором уживалось случайное и предопределенное, стихийное и сознательно выработанное. Парадоксально, но эти личности столь же многогранны, как многогранен каждый из нас. Разница лишь в том, что названные исторические персонажи стояли на вершине пирамиды власти и от решений, принимаемых ими, зависели судьбы миллионов людей во всем мире. А значит, не совсем понятно, как подходить к уголовно-правовой оценке их деятельности, особенно в ситуации, когда многие из их указаний носили устный характер и озвучивались сугубо в узком кругу приближенных.

Так, на процессах в Международном трибунале по бывшей Югославии (далее — МТБЮ) обвинение столкнулось с рядом проблем, ставших классическими при международных расследованиях. В их числе необходимость сотрудничать с национальными властями, нередко замешанными в кровавых злодеяниях своих предшественников, осязаемая национальная специфика взаимоотношений внутри государственного аппарата, не всегда очевидная для представителей фазы обвинения (по преимуществу англосаксонских юристов), сжатые сроки проведения следственных

² См.: Арендт Х. *Банальность зла: Эйхман в Иерусалиме*. М.: Скрипториум, 2021.

³ Как утверждается в новейшей исторической литературе, ирония истории на процессе по делу Петэна в 1945 году состояла в том, что и председательствующий, и обвинитель были до освобождения Франции ярыми вишистами, а из всех французских магистратов, работавших в судах на момент начала немецко-фашистской оккупации в 1940 году, только один — П. Бушардон — отказался принять присягу на верность оккупационной администрации. См.: Бурлаков А. Н. *Петэн. Последний великий француз*. СПб.: Владимир Даль, 2022. С. 334.

⁴ Нюрнбергский процесс: Сб. материалов в 8 т. Т. 1 / отв. ред., автор предисл. А. М. Рекунов. М.: Юрид. лит., 1987. С. 148.

⁵ Ассман А. *Длинная тень прошлого* / пер. с нем. Б. Хлебникова. М.: Новое литературное обозрение, 2014. С. 259.

действий, неготовность к сотрудничеству со стороны местного населения, пострадавшего от международных преступлений, и т. д.⁶ Все это существенным образом запутывает обстоятельства дела и препятствует установлению истины.

Таким образом, правовое сознание лиц, совершивших международные преступления, изучено явно недостаточно. Однако некоторые имеющиеся данные, в том числе фундаментальное исследование, проведенное нидерландскими криминологами⁷, позволяют все же установить определенные корреляции между характером совершенных злодеяний и дефектами правового сознания, отличающими преступников этого рода от лиц, совершивших общеуголовные деликты. Остановимся на них подробнее.

1. Роль личности в механизме «системной преступности»

Международные преступления, как правило, характеризуются массовостью, вовлеченностью в их совершение значительного числа людей, определенным контекстом, сопутствующим их совершению — широкомасштабным или систематическим нападением на гражданских лиц в случае преступлений против человечности или наличием плана или политики или крупномасштабным совершением при преступлениях военных. Вот почему в криминологических исследованиях в отношении военных преступлений все чаще используется термин «системная преступность» или «макропреступность». Речь идет о том, что, как писал немецкий ученый Г. Егер, «преступление индивида обусловлено конфликтом, в который вовлечено все общество. Следовательно, оно укладывается в определенные изменения и события, происходящие на макроуровне. С этой точки зрения это не девиантное, а конформное поведение»⁸.

Российский ученый-международник Г. И. Богуш выделяет следующие черты системной преступности: 1) международные преступления всегда носят коллективный характер (так, в геноцид 1994 года в Руанде по самым скромным подсчетам были вовлечены более миллиона человек); 2) для нее характерно существенное «разделение труда» как по вертикали (начальник-подчиненный), так и по горизонтали (военный, пропагандист, хозяйственный руководитель и т. д.); 3) исполнители, то есть лица, находящиеся на нижнем уровне «системы», являются заменяемыми, но при этом необходимыми частями общего механизма; 4) наличествует связь преступлений с коллективными образованиями (крупными корпорациями, правящими партиями, государством в целом); 5) вовлеченность в совершение преступлений может выражаться в активной или пассивной форме⁹; 6) особый «нормативный климат» внутри коллективного образования, при котором криминальные акты не направлены против действующих норм, а напротив, отвечают сложившейся патологической нормативной системе, и, наконец, 7) взаимная деперсонализация преступников и жертв системного насилия¹⁰.

Очевидно, что подобного рода система «контролируемого беззакония» (англ.: *controlled lawlessness*) ставит общество перед выбором: дистанцироваться или принять участие в происходящем, попытавшись к тому же стать его бенефициаром? Люди отвечают на этот вопрос по-разному. Одни предпочитают скрыться, уехать из страны или сконцентрироваться на своей частной жизни.

Но последнее удается в условиях несвободы далеко не всегда. Как заметил в «Истории одного немца» С. Хафнер, «частный человек все время в обороне. Он ничего не хочет, кроме как сберечь то, что он считает своей личностью, своей собственной личной жизнью и своей личной честью. Все это постоянно подвергается невообразимо brutальным, хотя и довольно неуклюжим атакам со стороны государства... Жесточайшими угрозами государство добивается от частного человека, чтобы он предал своих друзей, покинул свою любимую, отказался от своих убеждений и принял бы другие,

⁶ Подробнее см.: Антонов А. Н. *Требования проведения «эффективного расследования» преступлений и некоторые аспекты их реализации в связи с вооруженными конфликтами* // Международное правосудие. 2015. № 2 (14). С. 99–113.

⁷ См.: *Perpetrators of International Crimes* / ed. by A. Smeulers, M. Weerdestein, B. Hola. Oxford : Oxford University Press, 2019.

⁸ Цит. по: Harrendorf S. *How Can Criminology Contribute to an Explanation of International Crimes?* // Journal of International Criminal Justice. 2014. Vol. 12. № 2. P. 233.

⁹ Здесь представляется вполне уместным обратиться к концепции прославленного профессора Университета имени Гумбольдта, автора романа «Чтец» Б. Шлинка. Он выделяет так называемые «первую вину» и «вторую вину». Первая заключается в совершении активных действий, направленных на нанесение непоправимого урона дискриминируемым группам, вторая — в умалчивании и замалчивании произошедшего, а также в нерешительном уголовном преследовании преступников. См.: Шлинка Б. *Роль права в преодолении прошлого* // Память о войне 60 лет спустя: Россия, Германия, Европа. М. : Новое литературное обозрение, 2005. С. 331, 332.

¹⁰ Богуш Г. И. *Концепция системной преступности в международном уголовном праве* // Міжнародна кримінологія: стан і перспективи: зб. О. : Фенікс, 2010. С. 251–254.

предписанные сверху... посвящал бы свой досуг занятиям, которые ему отвратительны; позволял бы использовать себя, свою личность в авантюрах, которые он не приемлет... и при всем этом выказывал бы неумный восторг и бесконечную благодарность»¹¹. Поэтому дилемма, которая стоит перед стремящимся сохранить себя человеком, поистине трагична: «внутренняя эмиграция» (которая, как мы убедились, тоже не всегда возможна) либо отъезд за границу.

Но еще более страшна участь тех, кто решает остаться и пойти в услужение неправовой государственной системе. Вот здесь и открывается поле для научного поиска: какой мотивацией движимы такие люди? Чем они руководствуются: корыстолюбием или идеализмом? Насколько далеко они могут зайти в своем стремлении поймать «жар-птицу» успеха за счет несчастья других? И можно ли верить их раскаянию, когда на длинной исторической дистанции неправовая государственно-правовая система в конечном итоге терпит крах?

Отвечая на последний вопрос, обратимся к приговору, постановленному по результатам малого (последующего) Нюрнбергского процесса № 9. В нем сказано: «Тот, кто делает выбор в пользу участия в предприятии, которое может окончиться провалом, должен выбирать между тем, чтобы отказаться от этого предприятия, если оно ему не нравится, и тем, чтобы в нем участвовать — и выиграть или проиграть в зависимости от исхода... Другие — те, кто храбрее, имели более высокие моральные принципы и были более привержены старым германским идеалам, — восстали и вышли из жестокой клики... У этих людей хватило характера, чтобы отринуть большое зло, и то, что это было связано для них с риском и жертвами, не помешало им сделать выбор в пользу достоинства, справедливости и чести. У обвиняемого (Отто Олендорфа. — А. Е.) тоже была возможность встать в ряды тех, кто отказался участвовать в строительстве здания зла под руководством несправедливого вождя, но он ею не воспользовался, а раскаяние, которое он демонстрирует, пришло слишком поздно...»¹².

В последние годы на Западе стало формироваться особое направление научных исследований, находящееся на стыке криминологии и международного права — международная криминология. В этой связи можно отметить работы К. Амбоса, А. Смейлерс, Б. Холы, А. Ноллкемпера, некоторых других авторов. Все они пытаются, хотя и каждый по-своему, уяснить место международных преступников в криминологической классификации. Ведь сколь ни велика вина государства и коллективных образований в создании обстановки «системной безнаказанности», последнее слово остается за человеком, делающим тот или иной выбор. Как подчеркивалось в приговоре МВТ в Нюрнберге, «преступления против международного права совершаются людьми, а не абстрактными категориями, и только путем наказания отдельных лиц, совершающих такие преступления, могут быть соблюдены установления международного права»¹³.

На сегодняшний день логика рассуждений криминологов выглядит следующим образом. Человек сам по себе не плох и не хорош. Он, несмотря на внутренний стержень, имеющийся у каждого, во многом таков, каким его формируют внешние обстоятельства (о степени их влияния, имплицитном или эксплицитном характере, фатальности для человеческой судьбы и т. д. можно дискутировать). В любом случае, никто не рождается садистом или геноцидарием. Следовательно, есть основания говорить о феномене «обычных людей в необычных обстоятельствах»¹⁴. К числу последних, как мы уже упоминали, относится режим «контролируемого беззакония», сложившийся в том или ином государстве в определенный исторический период (в Германии в 1933–1945 гг., СССР — 1917–1986 гг.¹⁵, Югославии — 1989–2000 гг. и т. д.). В свою очередь, этот режим обязывает индивида повиноваться своим распоряжениям, нередко весьма далеким не только от правовых принципов, но и элементарных соображений морали (феномен «правонарушающего законодательства»). Путем отдачи прямых приказов или подстрекательства к совершению преступлений такой режим стремится достичь поставленных целей, втягивая в свою орбиту как можно больше людей, которые, не будь этого режима, никогда бы не вступили на путь массовых беззаконий,

¹¹ Хафнер С. *История одного немца* / пер. с нем. Н. Елисеева. СПб. : Изд-во И. Лимбаха, 2022. С. 7, 8.

¹² Цит. по: Давид Э. *Принципы права вооруженных конфликтов*. М. : МККК, 2011. С. 951, 952.

¹³ Нюрнбергский процесс: Сб. материалов в 8 т. Т. 8. / сост., автор предисл., отв. ред. Н.С. Лебедева. М. : Юрид. лит., 1999. С. 609.

¹⁴ Smeulers A. *Perpetrators of International Crimes: Towards a Typology II Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes* / ed. by A. Smeulers, R. Haveman. Intersentia, 2008. P. 234.

¹⁵ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 30 ноября 1992 года № 9-П «По делу о проверке конституционности Указов Президента РФ от 23 августа 1991 года № 79 «О приостановлении деятельности Коммунистической партии РСФСР» от 25 августа 1991 года № 90 «Об имуществе КПСС и Коммунистической партии РСФСР» от 6 ноября 1991 года № 169 «О деятельности КПСС и КП РСФСР», а также о проверке конституционности КПСС и КП РСФСР».

а остались бы в роли уважаемых отцов семейств, прилежных налогоплательщиков и владельцев недвижимости¹⁶.

Естественно, не стоит впадать в другую крайность и рассматривать международных преступников как пассивных жертв ситуации, достойных скорее сочувствия, а не осуждения. Повторимся: окончательный выбор всегда остается за человеком (кроме, разумеется, случаев прямого принуждения к совершению военных преступлений по формуле «или-или», что имело место в случае упоминавшегося ранее Д. Эрдемовича). В противном случае, придется прийти к неутешительному выводу, что почти все мы — потенциальные международные преступники. И если, как писала Х. Арендт, некто в зале суда заявит, что он был всего лишь винтиком в системе, ему немедленно зададут следующий вопрос: «А почему, с вашего позволения, вы стали этим винтиком или продолжили им быть при таких обстоятельствах?»¹⁷

Как бы то ни было, сложившиеся реалии входят во взаимодействие с тремя наиболее распространенными социальными типами: 1) законопослушными гражданами, которые быстро адаптируются к изменяющимся условиям, относительно успешны и считались законопослушными еще до наступления эры безнаказанности; 2) неким «пограничным» типом, то есть людьми, которые менее успешны, чем принадлежащие к первой категории, менее удовлетворены занимаемым в обществе положением, а потому видят в тяжелой обстановке не столько новые риски, сколько возможности «социального лифта» для себя и членов своей семьи, и, наконец, 3) закоренелыми преступниками, которые всегда были не в ладах с законом и в силу этого поставили свои преступные наклонности на службу недемократическому режиму, используя риторику правящего режима как формальное обоснование своих действий¹⁸.

Каким же образом неблагоприятные условия, созданные атмосферой беззакония, влияют на обозначенные типы? Способствуют ли они возникновению новых психотипов или корректируют в определенном направлении уже имеющиеся? Что может сообщить нам об этом судебная практика, формирующаяся органами международной уголовной юстиции? Обратимся к анализу эмпирических данных.

2. Социально-демографическая характеристика международных преступников

Прежде чем перейти непосредственно к социально-демографическим показателям, уместно проанализировать расследования, ведущиеся органами международного уголовного правосудия, с точки зрения того, преступники какого уровня чаще всего попадают в их орбиту. В этой связи характерно полное наименование МВТ в Нюрнберге — Международный военный трибунал для судебного преследования и наказания главных военных преступников европейских стран «оси». При этом под «главными военными преступниками» имелись в виду те, чьи преступления, как было сказано в Московской декларации 1943 года об ответственности гитлеровцев за совершенные зверства, «не связаны с определенным географическим местом и которые будут наказаны совместным решением правительств-союзников»¹⁹. В результате на скамье подсудимых в Нюрнберге оказались высшие руководители рейха (Геринг, Гесс, фон Риббентроп и другие).

Однако модель Нюрнберга не типична, поскольку судебному процессу предшествовала победа союзников во Второй мировой войне и установление полного контроля над поверженной Германией. Деятельность последующих международных уголовных судов и трибуналов протекала уже в менее комфортных условиях: зачастую они сталкивались с откровенным саботажем со стороны местных элит. Так, бывший Прокурор МТБЮ и Международного трибунала по Руанде (далее — МТР) К. дель Понте в мемуарах без обиняков призналась, что разделение занимаемой ею должности на две, произошедшее в 2003 году, и назначение на ее место в МТР более покладистого Х. Яллоу было связано с давлением официального Кигали, усилившимся после попытки привлечь к ответственности президента Руанды П. Кагаме²⁰.

¹⁶ Статистические данные подтверждают сказанное. Так, 72% всех судимых за военные преступления в 1945 году были женатыми людьми, почти всегда, в недалеком прошлом, государственными служащими, верующими (хотя протестантами чаще, чем католиками) и происходили из бывших немецких территорий или пограничных земель. См.: Манн М. *Темная сторона демократии*. СПб.: Питер, 2023. С. 368.

¹⁷ Арендт Х. *Ответственность и суждение* / пер. с англ. Д. Аронсона, С. Бардиной, Р. Гуляева. М.: Изд. Института Гайдара, 2014. С. 63.

¹⁸ Smeulers A. *Op.cit.* P. 237.

¹⁹ Нюрнбергский процесс: Сб. материалов. В 8 т. Т. 1. С. 106.

²⁰ Понте К. дель, Судетич Ч. *Охота. Я и военные преступники*. М.: Эксмо, 2008. С. 368–397.

Поэтому чаще органы международного уголовного правосудия вынуждены «довольствоваться» руководителями среднего звена и даже рядовыми исполнителями, выдачи которых гораздо легче добиться от национальных властей, нежели бывших министров и глав государств. На юридическом сленге такой контингент иронично именуется «мелкой рыбешкой». Ярчайшим примером здесь может служить практика Международного уголовного суда (далее — МУС), который за более чем двадцатилетнюю деятельность, признал виновными лишь пять человек, относившихся скорее к преступникам средней руки (конголезцы Лубанга, Катанга, Нтаганда, аль-Махди из Республики Мали и Огвен из Уганды)²¹. Справедливости ради отметим, что «крупная рыба» в лице бывших президентов Кении У. Кениаты или Кот-д'Ивуара А. Гбагбо также преследовалась МУС, однако они были оправданы по результатам проведенных судебных разбирательств.

Впрочем, не будем писать панораму международного уголовного правосудия исключительно черными чернилами. Достаточно привести в пример МТБЮ, который начинался с расследования преступлений бывшего инструктора по карате в провинциальном Козараце Д. Тадича, а завершился процессами в отношении С. Милошевича, А. Готовины, Р. Младича, Р. Караджича, Р. Харадиная и иных руководителей высшего уровня. Не зря первый Прокурор МТБЮ Р. Голдстоун любил повторять: «Мы здесь не для того, чтобы судить тадичей»²².

Итак, если брать за точку отсчета 1945 год, то 94,7 % осужденных по приговору Нюрнбергского трибунала были руководителями высшего звена (исключение составляет пропагандист Ю. Штрейхер). Для Токийского трибунала, МТБЮ и МТР этот показатель составил 100, 11 и 27,8 % (включая бывшего премьер-министра Ж. Камбанду) соответственно²³. Любопытно, что в МТР из двадцати членов руандийского правительства, против которых были выдвинуты обвинения, двенадцать были признаны виновными, шесть оправданы, в отношении одного человека обвинения были отозваны и еще один скрывается от правосудия²⁴. Высок процент осужденных руководителей в Специальном суде по Сьерра-Леоне (далее — Спецсуд) — 88,9 %; среди них был и бывший президент страны Ч. Тейлор. И это не случайно, поскольку в Уставе Спецсуда сказано, что он полномочен осуществлять судебное преследование лиц, которые несут наибольшую ответственность, включая лидеров, которые при совершении преступлений ставили под угрозу установление и осуществление мирного процесса в Сьерра-Леоне (статья 1). В Чрезвычайных судебных палатах по Камбодже двое из трех осужденных были бывшими премьер-министрами. Наконец, в Специальных судебных палатах по Косово сейчас слушаются обвинения против экс-президента непризнанной республики Х. Тачи и экс-спикера парламента К. Весели.

Среди руководителей среднего звена (начальников структурных подразделений министерств, руководителей СМИ, командиров тактического уровня) на Нюрнбергском процессе были осуждены 5,3 %, на Токийском — ни одного, в МТБЮ — 28,4 %, в МТР — больше половины, а в Спецсуде — 11%²⁵. В Чрезвычайных судебных палатах по Камбодже доля осужденных руководителей среднего уровня составила 33 %. Несмотря на столь высокий процент, по факту речь идет всего лишь об одном из трех осужденных — начальнике тюрьмы S-21 Канг Кек Иеу.

Наконец, рядовые исполнители международных преступлений в Нюрнберге, Токио, МУС, Спецсуде и палатах по Камбодже вовсе не привлекались к ответственности, а в МТБЮ, МТР и гибридном суде по Восточному Тимору их доля составила 45,7, 18 и 35 % соответственно²⁶. Это объясняется тем, что Нюрнбергский и Токийский трибуналы изначально задумывались как суды над высшими руководителями, ввергнувшими человечество в пучину Второй мировой войны. МУС действует, исходя из принципа комплементарности, согласно которому он дополняет национальные системы уголовного правосудия (статья 1 Римского статута), а потому рядовые исполнители, как правило, попадают в сети национальной Фемиды. Кстати сказать, первого обвиняемого в МУС — Т. Лубангу — должны были судить в Конго, однако он был передан в Гаагу под давлением харизматичного Л.-М. Окампо, бывшего тогда Прокурором МУС и заинтересованного в том, чтобы Суд наконец начал рассматривать дела по

²¹ Подробнее см.: Ferdinandusse W., Whiting A. *Prosecute Little Fish at the ICC* // *Journal of International Criminal Justice*. 2021. Vol. 19. № 4. P. 759–781.

²² Hazan P. *Justice in a Time of War*. Texas : Texas A & M University Press, 2004. P. 57.

²³ Smeulers A., Hola B., van den Berg T. *Sixty-Five Years of International Criminal Justice: The Facts and Figures* // *International Criminal Law Review*. 2013. Vol. 13. P. 26.

²⁴ *Idem*. *Perpetrators of International Crimes*. P. 58.

²⁵ *Ibid*. P. 26.

²⁶ *Ibid*.

существо²⁷. Что касается Чрезвычайных судебных палат по Камбодже, то те, истратив 330 миллионов долларов США и осудив всего лишь троих человек, показали себя неэффективным трибуналом. Несколько по-иному был организован гибридный суд по Восточному Тимору, активно привлекавший к ответственности рядовых исполнителей, но потерпевший неудачу, когда речь шла о «крупной рыбе», например, о генерале Виранто, которого Индонезия отказалась выдать суду²⁸.

Перейдем теперь к половозрастным и иным характеристикам. Так, 99 % всех осужденных органами международного уголовного правосудия были мужчинами. Известное исключение составляют лишь вице-президент Республики Сербской Б. Плавшич — первая женщина на скамье подсудимых в Гааге, и министр по делам семьи и молодежи Руанды П. Нирамасухуко, приговоренная к пожизненному заключению и ставшая первой женщиной, которой были предъявлены обвинения в геноциде. Средний возраст преступника, попавшего в орбиту международного правосудия, на момент совершения преступлений составляет 40 лет. Эта цифра совпадает, в частности, со средним возрастом обвиняемых в международных уголовных трибуналах *ad hoc* (МТБЮ и МТР). Лица более старшего возраста, относившиеся к политической элите, предстали перед Нюрнбергским и Токийским трибуналами, где средний возраст был 48 и 57 лет соответственно. В целом в международном уголовном правосудии действует корреляция, согласно которой чем более высокого уровня «клиента» того или иного трибунала, тем старше средний возраст обвиняемых. Напротив, самым молодым был 17-летний обвиняемый в гибридном суде по Восточному Тимору, которому в момент совершения преступлений исполнилось лишь 14 лет. В результате он был приговорен к одному году лишения свободы за убийство.

В этом аспекте со значительными трудностями столкнулся Спецсуд, имевший дело с множеством детей-солдат в возрасте от 15 до 18 лет. Генеральный секретарь и Совет Безопасности ООН даже были вынуждены выступить с совместным заявлением, в соответствии с которым, по их мнению, таких преступников целесообразно не привлекать к уголовной ответственности в процедурах Спецсуда, а «пропускать» через несудебную Комиссию правды и примирения, функционирующую по принципу «правда в обмен на правосудие»²⁹. В соответствии с ним лицо освобождается от уголовной ответственности или приговаривается к незначительному сроку, если согласится свидетельствовать перед общественной комиссией, состоящей из авторитетов нации и призванной составить объективную картину произошедшего.

Вместе с тем это не снимает полностью проблему детей-солдат. Она по-прежнему актуальна для международного правосудия, в частности МУС, в котором последний по времени обвинительный приговор был вынесен в 2021 году в отношении боевика угандийской «Господней армии сопротивления» Д. Огвена. Как известно, он еще в 9-летнем возрасте был похищен представителями названной вооруженной группировки и поставлен под ружье³⁰. Поэтому нет ничего удивительного в том, что в ходе судебного разбирательства адвокаты Огвена пытались апеллировать к милосердию судей, предлагая назначить ему наказание по отбытому под стражей (Огвен находился в тюрьме с 2015 года), подвергнув его впоследствии традиционному для его родины ритуалу *Mato Oput* и предоставив возможность продолжить реабилитацию с семьей на ферме³¹.

В таких случаях перед органами международного уголовного правосудия встает дилемма: либо действительно передавать подобные дела комиссиям правды и примирения, либо уступать свою юрисдикцию национальным судам, где затем они будут рассматриваться по правилам ювенальной юстиции, либо самостоятельно разрешать эти дела по достижению обвиняемыми возраста уголовной ответственности (в МУС — с 18 лет по статье 26 Римского статута) при условии, что совершение ими преступлений продолжалось и после наступления 18-летнего возраста³².

Говоря об уровне образования, отметим, что здесь амплитуда крайне широка: от доктора Г. Франка, президента Германской академии права, приговоренного на Нюрнбергском процессе к смертной казни через повешение, до безграмотных крестьян, чьи дела разбирал гибридный суд по Восточному Тимору. Значительный процент не владеющих грамотой наблюдался и среди

²⁷ Шабас У. «Порог серьезности» в Римском статуте МУС // Международное уголовное правосудие: современные проблемы / под ред. Г. И. Богуша, Е. Н. Трикоз. М.: ИПИПП, 2009. С. 295, 296.

²⁸ Smeulers A., Hola B., Berg T. van den. *Op.cit.* P. 28.

²⁹ *Ibid.* P. 32.

³⁰ Branch A. *Dominic Ongwen on Trial: the ICC's African Dilemmas* // International Journal of Transitional Justice. 2017. Vol. 11. № 1. P. 38.

³¹ ICC. Situation in Uganda in the Case of the Prosecutor v. Dominic Ongwen. Sentence. 6 May 2021. §18. URL: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2021_04230.PDF (дата обращения: 12.04.2023).

³² Stahn C. *A Critical Introduction to International Criminal Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. P. 316, 317.

участников геноцида в Руанде, однако их дела, как правило, рассматривались на местном уровне судами гачача.

3. Типология международных преступников

Вопрос о личностных типах международных преступников относится к числу наиболее сложных, поскольку находится на стыке собственно права и психологической науки. Ряд авторов, прежде всего Д. В. Ольшанский, подходят к его решению с привычной исследовательской оптикой, увязывая типы личности с типами темперамента (холерик, меланхолик и т. д.)³³. Однако такая классификация, вполне уместная в психологической литературе, мало что может дать юристу. В то же время механическое разделение на преступников высшего, среднего и низшего звена тоже во многом носит условный характер и не учитывает тех неповторимых черт личности, которые дают нам возможность утверждать о существовании особого типа преступников, по своему поведению и направленности личности резко отличающихся от остальных представителей криминального мира. Вопрос вопросов: имеем ли мы дело с неким уникальным типажом, встречающимся относительно редко, например, только в переломные эпохи, или же любой человек, как утверждалось выше, может стать международным преступником?

Мало кто знает, что еще в 1946 году, после поражения Германии во Второй мировой войне, в американской зоне оккупации был принят специальный закон «Об освобождении от национал-социализма и милитаризма» (далее — закон №104). На его основании в каждой федеральной земле были созданы «министерства политического освобождения», а в каждом городе и округе — судебные трибуналы и апелляционные трибуналы для пересмотра решений. По новым правилам каждый немец, достигший 18-летнего возраста, должен был зарегистрироваться, заполнить подробную биографическую анкету и пройти процедуру проверки. Судебные трибуналы как раз и принимали решения о причислении зарегистрировавшихся к одной из пяти категорий, с каждой из которых были связаны определенные обременения: 1) главные виновные; 2) виновные (активисты, милитаристы, извлекатели прибыли); 3) незначительно виновные; 4) попутчики и 5) невинные. Регистрация была одним из условий выдачи продуктовых карточек, что не преминуло сказаться на ее массовости — из 17 млн человек, проживавших в американской зоне оккупации, к маю 1948 года зарегистрировались около 13,2–13,4 млн немцев³⁴. Это первая из известных нам попыток каким-то образом упорядочить общую массу лиц, потенциально замешанных в совершении международных преступлений. В итоге решениями судов по денацификации признаны: «главными виновными» — 1,6 тыс. человек, «виновными» и «незначительно виновными» — 128 тыс., «попутчиками» — 482,7 тыс., «невиновными» — 18,3 тыс., еще более 300 тыс. человек были амнистированы (прекращены судебные процессы и проч.)³⁵.

Доктринальные подходы к обозначенной проблеме гораздо шире. Так, французский ученый Ф. Блох-Ленэ выделял пятнадцать различных типов вишистов. При этом лейтмотивом его исследования явилось то, что французские чиновники, большинство которых закончило легендарную Политехническую школу (фр.: *Ecole Polytechnique*), были озабочены в большей мере не моральными терзаниями, а тем, как лучше сделать свою работу в новых необычных условиях. В теории переходного правосудия такое состояние именуется синдромом «моста через реку Квай», к чему мы еще вернемся³⁶. Ю. Эльстер выделяет три основных типа международных преступников: фанатики (искренне верующие, что занимаются праведным делом); оппортунисты (расчетливые профессионалы, стремящиеся, несмотря ни на что, сделать карьеру) и конформисты (слабые, безвольные люди, руководствующиеся мотивом типа «все так поступают — и я тоже»)³⁷. По мнению Г. Леви, среди немцев, участвовавших в массовых расстрелах евреев, число фанатиков не превышало половины³⁸, а по мнению другого исследователя, М. Манна, таковых было не более

³³ Ольшанский Д. В. *Психология террора*. М.: Академ. Проект, 2002. С. 206–213.

³⁴ Лезина Е. *XX век: проработка прошлого*. М.: Новое литературное обозрение, 2021. С. 41, 42.

³⁵ Вислов С. И., Кульбакин В. Д. *Союзники и «германский вопрос» (1945–1949 гг.)*. М.: Наука, 1990. С. 233.

³⁶ Подробнее о дилеммах, стоявших перед французскими чиновниками в эпоху Виши, отголоском которых в судебной плоскости стало «дело Папона», см. цикл публикаций А.Н. Бурлакова в: *Clio-Science: Проблемы истории и междисциплинарного синтеза* // Сб. науч. тр. Вып. VII-IX. М.: МПГУ, 2016–2017.

³⁷ Elster J. *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. P. 137.

³⁸ Леви Г. *Преступники. Мир убийц времен Холокоста* / пер. с англ. Н. Бородавкиной. М.: АСТ: ОГИЗ, 2019. С. 101.

20 %; остальные же действовали по старому немецкому принципу «приказ есть приказ» (нем.: *Befehl ist Befehl*)³⁹.

Становится очевидным, что несмотря на существенные различия, всех этих людей объединяет нечто общее, а именно — стойкость и глубина искажения нравственного и правового сознания, позволяющая им совершать тяжчайшие преступления по международному праву. Как сказано в приговоре Нюрнбергского трибунала, «один Гитлер не мог вести агрессивной войны. Он нуждался в сотрудничестве со стороны государственных деятелей, военных лидеров, дипломатов и дельцов. И когда они, зная о его целях, начали сотрудничать с ним, они сделали себя участниками того плана, который он создал»⁴⁰. Однако степень ответственности этих людей, разумеется, различна. Это видно даже по карательной политике самого МВТ, в котором диапазон вынесенных приговоров колебался от смертной казни до оправдания. Следовательно, даже среди руководителей высшего уровня возможна различная степень участия в подготовке и совершении международных преступлений, детерминированная, помимо прочего, не только занимаемым положением виновного, но и его личными психофизиологическими качествами.

В рамках настоящего исследования предлагается выделять следующие наиболее часто встречаемые типы международных преступников: политик-манипулятор, «жертва обстоятельств», бюрократ, «человек долга», садист, извлекатель прибыли. История знает ярких представителей каждого из них и в принципе названные типы можно обнаружить в любом сколько-нибудь значимом вооруженном конфликте. При этом к достоинствам предлагаемой классификации можно отнести то, что каждый из типов содержит в себе относительно законченный образ преступника. Поэтому взаимные пересечения и дублирование между ними весьма ограничены, в то время как провести грань между преступником-оппортунистом и преступником-конформистом (в терминах Ю. Эльстера) на практике не представляется возможным. Впрочем, это отнюдь не означает, что приведенная классификация является исчерпывающей. Каждый тип включает в себя более или менее широкий спектр подтипов, описание которых выходит за рамки настоящего исследования.

Политик-манипулятор. К хрестоматийным образцам данного типа можно отнести А. Гитлера и его приспешников, в целом представителей политической элиты, стоявшей у истоков любого режима, при котором стали возможны массовые беззакония. В литературе представителей этого типа еще называют «преступными вдохновителями» (англ.: *criminal mastermind*)⁴¹. Как правило, это главы государств или люди, занимающие высокое должностное положение в государственном аппарате. Вот как, например, оценил Нюрнбергский трибунал роль Г. Геринга: «После его собственных признаний перед Трибуналом, при учете положения, которое он занимал, характера совещаний, на которых он участвовал, публичных речей, которые он произносил, не может оставаться никакого сомнения в том, что Геринг был движущей силой агрессивной войны, уступая в этом только Гитлеру»⁴².

Психологический портрет таких личностей характеризуется жаждой славы, упоением властью над людьми и со временем — любовью к красивой жизни. Характерным примером здесь опять-таки может служить рейхсмаршал Геринг с его страстью к наградам, расшитым золотом мундирам, роскошным поместьем «Каринхалле», названным так в честь первой жены, и т. д. Впрочем, привычки сибарита могут и не проявиться — достаточно вспомнить Гитлера с его весьма аскетичным образом жизни. Поэтому эти качества являются относительно распространенными, но отнюдь не обязательными. Главное другое — жажда власти, манипулятивный склад личности (по выражению А. П. Чехова, «деспоты всегда были иллюзионистами»), особого рода харизма, — отталкивающая и привлекающая одновременно.

Сравнивая две яркие личности эпохи Веймарской республики — А. Гитлера и министра иностранных дел В. Ратенау (убитого в 1922 году), С. Хафнер пишет: «Заурядность в паре с добросовестным отношением к делу могут принести политику популярность; но последняя любовь и последняя ненависть, обожествление и демонизация достаются только незаурядной личности; тому, кто недостижим для массы, а выше он или ниже среднего уровня — не так важно... Ратенау и Гитлер как раз и были аномальными явлениями, которые до крайности возбудили фантазию немецкой народной массы: один — своей необъятной культурой, другой — своей необъятной пошлостью»⁴³.

³⁹ Манн М. Там же. С. 330.

⁴⁰ Нюрнбергский процесс: Сб. материалов. В 8 т. Т. 8. С. 612.

⁴¹ Smeulers A. *Op.cit.* P. 244.

⁴² Нюрнбергский процесс: Сб. материалов. В 8 т. Т. 8. С. 662.

⁴³ Хафнер С. Там же. С. 56.

Любопытно, что в западной литературе этот тип подразделяется на несколько подтипов: жесткий авторитарист (А. Пиночет), безжалостный диктатор (С. Хусейн), харизматичный, но глубоко деструктивный лидер (А. Гитлер)⁴⁴. Примечательно, что зачастую такие люди весьма утилитарно относятся к политической идеологии. У того же Гитлера были только две по-настоящему важные для него идеи: расширение «жизненного пространства» для немецкого народа путем захвата новых земель и дискриминация евреев, переросшая затем в их уничтожение. Во всем остальном он был весьма прагматичен.

«Жертва обстоятельств». Как известно, одним из обстоятельств, исключающих индивидуальную уголовную ответственность по международному праву, выступает принуждение (англ.: *duress*). В соответствии со статьей 31(1)(d) Римского статута деяние, которое предположительно представляет собой преступление, подпадающее под юрисдикцию МУС, является вынужденной ответной реакцией на угрозу неминуемой смерти либо неминуемого причинения тяжких телесных повреждений или продолжения причинения таких повреждений для него самого или для другого лица, и это лицо принимает необходимые и разумные меры для устранения этой угрозы, при условии, что это лицо не намерено причинить больший вред, чем тот, который оно стремилось предотвратить. Такая угроза может: i) либо исходить от других лиц; ii) либо быть создана другими обстоятельствами, не зависящими от этого лица.

По-видимому, это основание предстает одним из наиболее дискуссионных в юридической науке и практике. Так, не совсем понятно, считать ли его полностью исключающим уголовную ответственность или все же смягчающим вину обстоятельством. Особенно остро этот вопрос встал в ходе рассмотрения в МТБЮ дела Д. Эрдемовича, история которого даже спустя десятилетия поражает своим трагизмом. Родившийся в смешанной сербско-хорватской семье, проживавший на территории Боснии Д. Эрдемович был в начале войны 1991–1995 годов мобилизован в боснийскую армию, затем перешел на сторону «Хорватского войска», а закончил ее в рядах армии Республики Сербской. Таких «полукровок» боснийские сербы посылали служить в 10-й штурмовой взвод, поручая им самую неблагоприятную работу. В частности, 16 июля 1995 года взвод практически без передышки расстреливал у села Пилица пленных мусульман из Сребреницы. За день было уничтожено примерно 1200 человек⁴⁵.

На суде Д. Эрдемович полностью признал свою вину, заключил сделку с обвинением, помогал идентифицировать трупы из захоронений. Свои действия он объяснял тем, что вначале, когда он отказался от выполнения приказа, ему дали понять, что в случае неповиновения он ляжет в могилу вместе с жертвами. «Меня заставили принять участие в расстреле. Мне пришлось выбирать между собственной жизнью и жизнями этих несчастных. Если бы я тогда потерял свою жизнь, судьба этих людей не стала бы иной. Их судьбу решал кто-то, занимающий куда более высокий пост, чем я»⁴⁶.

Фатальность ситуации, не оставившей Д. Эрдемовичу выбора (точнее, оставившей лишь моральный), была доказана вне всякого сомнения. Поэтому при вынесении приговора мнения судей разделились. Большинство пришло к выводу, что подсудимый заслуживает снисхождения, но не освобождения от ответственности, поскольку «принуждение не является основанием, в полной мере освобождающим от ответственности солдата, обвиняемого в совершении преступления против человечности и/или военного преступления, связанного с убийством невинных людей»⁴⁷.

Оставшийся в меньшинстве судья А. Кассезе полагал, что рядовые солдаты или полицейские слишком слабы, чтобы не подчиняться приказам, неисполнение которых может поставить их жизни под угрозу. Люди, принадлежащие к силовым структурам, хотя и привыкли к большому риску, нежели обычные граждане, все равно не защищены настолько, чтобы обезопасить себя от всех видов незаконного поведения их начальников. Поэтому обстоятельства подобного рода должны учитываться в контексте каждого конкретного дела. С этой точки зрения, по мнению А. Кассезе, подлинными преступниками являются те, кто позволил произойти подобному в Сребренице, а не козлы отпущения, как Д. Эрдемович. Если бы даже он повел себя как герой и отказался стрелять, несколькими минутами позже он бы лег в землю рядом со своими жертвами⁴⁸.

⁴⁴ Smeulers A. *Op.cit.* P. 244.

⁴⁵ Шарый А. *Трибунал. Хроника незаконченной войны*. М. : Права человека, 2003. С. 182–184.

⁴⁶ ICTY. *Prosecutor v. Drazen Erdemovic. Sentencing Judgement. 5 March 1998. §14*. URL: <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/tjug/en/erd-tsj980305e.pdf> (дата обращения: 15.01.2023).

⁴⁷ Верле Г. *Принципы международного уголовного права: учебник*. О. : Феникс; М. : ТрансЛит, 2011. С. 283.

⁴⁸ Weigend T. *Kill or Be Killed. Another Look at Erdemovic* // *Journal of international criminal justice*. 2012. Vol. 10. № 1. P. 1219–1237.

Бюрократ. Когда говорят о таком типе международного преступника, традиционно вспоминают А. Эйхмана, начальника отдела гестапо, ответственного за логистическое, как сказали бы сейчас, сопровождение «окончательного решения еврейского вопроса». Скромный, невзрачный, заикающийся человек. Как и всякий преступник, не очень счастливый. Х. Арендт писала, насколько болезненным для него было то, что в СС он дослужился лишь до оберштурмбанфюрера (ранг, соответствующий подполковнику)⁴⁹. И даже поражение Германии он воспринял как личную трагедию не потому, что страна, гражданином которой он был, во второй раз в XX веке проиграла мировую войну, а потому что система, которой он так ревностно служил, перестала существовать. Вот что он заявил на процессе в Иерусалиме в 1961 году: «Я чувствовал, что мне предстоит трудная жизнь, жизнь индивидуума, у которого нет вождя, мне больше не от кого будет получать указания, больше мне не будут отдаваться приказы и команды, и больше не будет четких предписаний, с которыми я мог бы сверяться, — короче, передо мной лежала совершенно неизвестная и непонятная мне жизнь»⁵⁰.

В общественном мнении сильно заблуждение, что такие служаки, как правило, бескорыстны. Однако в новейшей исторической литературе утверждается обратное. Так, следственный судья Суда СС К. Морген в 1944 году добивался уголовного преследования Эйхмана на том основании, что тот присвоил материальные ценности, принадлежавшие депортированным по его приказу евреям (так называемое дело о мешочке с бриллиантами). И только личное заступничество начальника РСХА Э. Кальтенбруннера, чей отец — любопытный факт — был дружен с отцом Эйхмана, спасло последнего от неизбежного падения⁵¹. Аналогичные злоупотребления, только в еще большем масштабе, допускались администрацией концлагерей, в частности супругами Кох в Бухенвальде, А. Гетцем (знакомым нам по фильму «Список Шиндлера») в Плашове и многими другими. Это обстоятельство — тщательно скрываемая, но все равно очевидная заинтересованность в личном обогащении — не дает нам возможности выделить отдельный тип преступника — «фанатика», к которому, казалось бы, следует отнести этих людей. По нашему мнению, демонстративная преданность идее (например, А. Гетц умер на польском эшафоте со словами «Хайль Гитлер!») всегда уживалась с неустанной заботой о собственной выгоде. Как тут не вспомнить тонкое наблюдение литературного критика А. К. Дживелегова, относящееся еще к Первой мировой войне, о пугающей двойственности немецкого народа, в котором перемешались Вертер, «люди голубого цветка», романтики не от мира сего и вакханалия трезвого мещанства⁵².

«Человек долга». Этот тип еще именуется в литературе «преданным воином» (англ.: *devoted warrior*). К преступникам такого склада принадлежали приговоренные на Нюрнбергском процессе к различным наказаниям фельдмаршал В. Кейтель, генерал А. Йодль, гроссадмиралы Э. Редер и К. Дениц. Как правило, такие люди, будучи выдающимися профессионалами в своей сфере, искренне полагают, что служа даже самому бесчеловечному из всех режимов, когда-либо существовавших на земле, они тем самым служат Родине. В основном они свободны от «эксцессов», которые нередко присущи личности бюрократа (латентной коррупции и прочего неблагоприятного поведения). Как правило, свободны они и от какой-либо материальной заинтересованности в результатах своего труда, а потому социальный престиж и общественное признание значат для них гораздо больше, чем для рядового обывателя. Они искренне полагают, что их работа и состоит в том, чтобы служить своей стране, лидеру или командиру, какими бы те ни были.

Кстати сказать, этот тип был весьма распространен в Германии на рубеже XIX–XX веков и среди гражданских служащих. Ярчайший пример — министр вооружений Третьего рейха А. Шпеер, действительно, выдающийся специалист своего дела. Впрочем, в случае со Шпеером, по всей видимости, не обошлось без удовлетворения личных амбиций. Отвечая в 1979 году на вопрос журналиста, как человек его знаний и интеллекта мог пойти в услужение нацистам, Шпеер ответил: «Я просто хотел быть знаменитым»⁵³.

Но все-таки такими людьми движет не жажда славы, а стремление к самореализации — независимо от того, в каких условиях оно будет осуществляться. Ранее мы упоминали о синдроме «моста через реку Квай». Что имеется в виду?

⁴⁹ Арендт Х. *Банальность зла*. С. 33.

⁵⁰ Там же. С. 31, 32.

⁵¹ Пауэр-Штудер Г., Веллеман Д. *Конрад Морген: совесть нацистского судьи*. М.: Альпина нон-фикшн, 2023. С. 179–181.

⁵² Дживелегов А. К. *Немецкая культура и война*. М.: Изд. Т-ва Кушнерев и Ко, 1915. С. 1.

⁵³ Karstedt S. "I Would Prefer to Be Famous": Comparative Perspectives on the Reentry of War Criminals Sentenced at Nuremberg and the Hague // *International Criminal Justice Review*. 2018. Vol. 28. P. 372.

Читателям старшего поколения наверняка знаком одноименный фильм с А. Гиннесом в главной роли (за которую тот был удостоен премии «Оскар»). В нем повествуется об английском полковнике Никольсоне, попавшем в годы Второй мировой войны в плен к японцам. По воле японского командования военнопленных направляют на строительство моста через реку Квай, где Никольсон требует соблюдения норм обращения с военнопленными, в целом достойного обхождения с собой и своими подчиненными. пытки и издевательства не в состоянии сломить его. Советский кинокритик В. Утилов писал в своем очерке о герое А. Гиннеса: «...полковник Никольсон фанатически предан делу своей жизни — службе в армии, воинскому долгу, дисциплине. Его преданность перерастает в подвижничество: он не способен вообще думать о себе, он не знает ни страха, ни колебаний»⁵⁴.

В итоге японцы уступают Никольсону: пленник диктует свои условия тюремщикам... И вот здесь начинается главное. Герой Гиннеса всерьез берется за постройку моста, имеющего для его противника важное стратегическое значение. Никто не может понять, почему полковник вдруг начинает строить мост с той же не знающей границ решимостью, с какой прежде отказывался работать на врага. А для него строительство моста — дело того же принципа. Мост превращается для него в символ собственного профессионализма и всемогущества. Ради торжества этого принципа он забывает, что фактически начинает работать на пользу своих угнетателей. Обнаружив, что мост заминирован американскими разведчиками, Никольсон сообщает об этом японцам, поставив под угрозу саму операцию и жизни трех подрывников. Осознавая в последний момент необходимость завершить им же сорванную операцию, полковник бросается к взрывателю и падает на него, сраженный японской пулей. В последний момент в его глазах застывает вопрос: почему же патриотизм и самоотречение чуть было не привели его к предательству?

По нашему мнению, сложно представить более удачную метафору для типажа «человека долга». Родись Йодль, Шпеер и другие на полвека позже, они бы стали преуспевающими людьми в новой демократической ФРГ. Однако все они родились в конце XIX века и прожили «длинный XX век» как смогли. Впрочем, в 1933 году перед ними тоже стоял выбор...

Очевидно одно: все они имели ярко выраженное чувство долга и, скорее всего, никогда бы не преступили закон в «хорошей Германии». Однако национал-социалистический режим, помноженный на определенные личные амбиции, превратил их из «хороших» в «плохих парней». Беседы, которые вел тюремный психиатр Г. Гилберт с подсудимыми на Нюрнбергском процессе (с тем же Йодлем) свидетельствуют о том, что, будучи осведомлены о зверствах гитлеровцев, эти люди закрывали глаза на происходящее и продолжали, как они считали, честно выполнять свой долг перед «фатерландом»⁵⁵. Иными словами, «преданные воины» суть достойные люди, служащие недостойной идее⁵⁶.

Садист. Это наименее патетический и наиболее распространенный из всех типов международных преступников. Фактически именно к этому типу относится подавляющая часть рядовых исполнителей массовых беззаконий. Для него характерно непосредственное применение насилия, в том числе вооруженного, по отношению к своим жертвам, широкое использование пыточных технологий, непосредственная вовлеченность в боевые действия. Однако в каждом вооруженном конфликте этот тип имеет свои особенности. Ведь истребление евреев в Третьем рейхе имело одну подоплеку, а, скажем, геноцид в Руанде — совершенно другую. В последнем случае, насколько можно судить, затаенная горечь и злость хуту, вызванная их менее привилегированным положением, невозможностью проникнуть в истеблишмент, традиционно контролируемый тутси, стимулировали деятельность, направленную на разрушение «перегородок», а затем, после длительных и бесплодных попыток добиться успеха, эти чувства породили ненависть уже к самим тутси, превратившись в мощный стимул осуществления геноцида. Один из осужденных хуту позднее признавался: «В сухой сезон каждый маленький слышит от взрослых, что тутси заграбастали слишком много земли и что нужно от них избавиться, чтобы победить бедность. Потом, если урожай хорош, эти слова забываются, но подспудно у ребенка запечатлевается это недовольство»⁵⁷.

Таким образом, садист — это типичный международный преступник низшего уровня; радикал, нередко отчаявшийся и озлобленный, а потому теряющий человеческий облик по мере совершения преступлений. Для представителей этого типа характерны различные психические девиации,

⁵⁴ Утилов В. *Алек Гиннес // Актеры зарубежного кино* : сб. М. : Искусство, 1966. С. 66.

⁵⁵ Гилберт Г. *Нюрнбергский дневник* / пер. с англ. А. Уткина. М. : Вече, 2012. С. 216, 217.

⁵⁶ Smeulers A. *Op.cit.* P. 253.

⁵⁷ Цит. по: Давид Э. *Указ. соч.* С. 966.

связанные с непосредственным применением насилия, в том числе сексуального. Как правило, такие люди обладают весьма эклектичным политическим сознанием, в котором уживаются противоположные ценностные ориентации. Кроме того, преступники такого типа всегда стараются персонифицировать свою ненависть — будь то евреи, тутси и т. д., к чему-то наиболее доступному для верификации на базе собственного опыта и вместе с тем воплощающему в концентрированном виде основные недостатки окружающей действительности.

Подчеркнем, что рядовые исполнители, в отличие от других типов международных преступников, — чаще всего неудачники. Выдающийся французский писатель Ж. Геено, автор «Дневника темных лет», так описывает участников «патриотической акции», организованной представителями администрации Виши: «Местный фармацевт, который за последние два года пытается взять реванш за то, что ранее никогда не имел какой бы то ни было власти, школьный учитель, боящийся потерять работу, престарелый член Радикальной партии, смертельно обидевшийся на власти Третьей республики за то, что те не удостоили его ордена Почетного легиона...»⁵⁸.

Поразительно, но в отношении рядовых исполнителей судебная практика всегда характеризовалась неоднородностью, обусловленной многочисленностью преступников данного типа и ограниченными возможностями пенитенциарной системы. Например, в американской зоне оккупации все, кто вступал в НСДАП после 1 мая 1937 года, автоматически переводились в разряд «виновных» по закону № 104. В британской зоне оккупации необходимость покинуть государственную службу распространялась на всех, кто вступил в НСДАП, СА или СД до 1 апреля 1933 года (так называемые старые бойцы). Во французской зоне оккупации подобные критерии вовсе отсутствовали. В Норвегии сотрудничество с квислинговцами влекло более тяжкое наказание, если осуществлялось на более позднем этапе оккупации. Аналогичным образом во Франции сотрудничество с режимом Виши могло не влечь ответственности, если имело место до ноября 1942 года, однако это не распространялось на эпизоды сотрудничества, имевшие место позже⁵⁹.

Извлекатель прибыли. Проблемы генезиса и уголовной ответственности этого типа международного преступника, к которому относятся представители деловых кругов, были проанализированы нами в отдельном исследовании⁶⁰.

Заключение

Изложенное позволяет прийти к следующим выводам:

1. Несмотря на необходимость при определении меры наказания принимать во внимание личность осужденного, исследование последней еще не получило должного освещения в отечественной юридической науке. Помимо прочего, это связано с отсутствием в арсенале нашей доктрины самого понятия «международная криминология» как особого направления научных исследований, находящегося на стыке криминологии и международного права, в фокусе которого были бы проблемы международной преступности, личности виновных и т. д.

2. При расследовании международных преступлений необходимо учитывать, что они существуют не сами по себе, изолированно, как единичные преступные акты, а почти всегда вписываются и проистекают из определенного социального контекста — вооруженного конфликта, гражданской войны, «этнических чисток» и т. п., формирующего в обществе атмосферу «системной безнаказанности». Как следствие, в совершение таких преступлений вовлекаются огромные массы людей. В свою очередь, достигнутый уровень развития международного уголовного права требует при оценке виновных действий подсудимого разграничения различных форм индивидуальной и командной ответственности, которое опять-таки немислимо без анализа того, какова была его планируемая и реальная роль в осуществлении преступного замысла, какими мотивами он руководствовался и т. д.

3. В работе предлагается выделять шесть типов международных преступников: политик-манипулятор; «жертва обстоятельств»; бюрократ; «человек долга»; садист; извлекатель

⁵⁸ Elster J. *Op.cit.* P. 142.

⁵⁹ *Ibid.* P. 157. В этой связи отметим, что в ноябре 1942 года по приказу премьер-министра П. Лаваля в Париже с целью депортации было задержано 13 тыс. евреев (из них 4 тыс. — дети). Большую часть арестованных разместили на зимнем велодроме (фр.: *Vel d'Hiv*), куда парижане обычно приезжали ради отличного катка. Все они погибли. Впоследствии об этой трагедии был снят художественный фильм «Месье Кляйн» с А. Делоном в главной роли.

⁶⁰ См.: Евсеев А. П. *Бизнес и международное уголовное правосудие: эволюция взаимоотношений* // Международное правосудие. 2022. № 3 (43). С. 96–116.

прибыли. Помимо этого, в практике международных уголовных судов и трибуналов распространена градация преступников на относящихся к высшему, среднему или низшему звену.

4. По всей видимости, чаще всего международные преступления, особенно на среднем и низшем уровне, совершаются людьми с определенными дефектами нравственного и правового сознания, главным из которых является конформизм. Последний традиционно определяется как механическое присоединение к позиции авторитета или большинства в отсутствие личной убежденности в правильности таковой. Проблема осложняется еще и тем, что определенная степень конформности присуща всем людям; более того, конформизм не исчезает полностью, даже если он осознается, и если с ним борются. Однако в случае массового совершения международных преступлений он приобретает особый характер, становясь своеобразной психологической предпосылкой готовности индивида к участию или, по крайней мере, к попустительству массовым беззакониям.

5. Вместе с тем активность личности проявляет себя не только в нейтральной, но и в противодействующей ситуации, ставящей индивида в драматическое состояние выбора. Тем не менее практика органов международного уголовного правосудия свидетельствует о том, что подавляющая часть подсудимых обладала достаточно высокой информированностью о возможных вредных последствиях своих действий, имея весьма широкую свободу усмотрения. И только в редких случаях подсудимый находился под влиянием принуждения, следствием которого стало совершение им военных преступлений. Это опровергает широко распространенную точку зрения о международных преступниках, в частности низшего звена, как о людях, которые не были в достаточной мере осведомлены о подоплеке собственных действий или находились в плену массовых стереотипов, навязанных государственной пропагандой. Правильнее говорить о том, что в современных реалиях информационного общества лицо в состоянии найти достоверную информацию о происходящем в мире, а потому ссылка на неосведомленность уже не может рассматриваться в качестве обстоятельства, смягчающего вину.

THE PERSONALITY OF AN INTERNATIONAL CRIMINAL (ON MATERIALS OF NUREMBERG AND OTHER JUDICIAL PROCEEDINGS)

EVSEEV A. P.

Alexander Evseev — Candidate of Sciences in Law, Associate Professor, Faculty of Law, HSE University, Moscow, Russia (apevseyev@gmail.com).
ORCID: 0000-0003-0697-0086.

Abstract

The article considers the personality of an international criminal as a complex category. Based on modern achievements in legal science, the author comes to the conclusion that this phenomenon should be studied not only from the standpoint of international law itself, but also from related legal disciplines: criminology, legal psychology, sociology of law, and others. Consideration of the problem under study is also impossible without referring to another complex phenomenon — system criminality, which is traditionally understood as the practice of committing mass lawlessness as part of a policy supported or directly implemented by the state. The essence of such a regime is the need to obey orders that run counter to modern civilized regulation. It is stated that when committing mass lawlessness, there is a specific combination of the personality of the offender and the criminal situation associated, as a rule, with an armed conflict, illustrated by the thesis of "ordinary people within extraordinary circumstances". As a consequence, this gives rise to a situation of moral choice in which potential violators of the norms of the international community find themselves. The following types of international criminals are distinguished: a manipulative politician, a "victim of circumstances", a bureaucrat, a "man of duty", a sadist, a profiteer. The article presents some personal characteristics of persons who have committed crimes under international law, in particular, socio-demographic, professional and others. The author comes to the conclusion that despite the fact that taking into account the identity of the offender when sentencing is a normative requirement enshrined in the statutes of organs of the international criminal justice, the scientific development of this phenomenon has not yet reached a level adequate to its significance. In general, the data obtained allow us to state that most often international crimes, especially at the middle and grassroots levels, are committed by people with certain defects in moral and legal consciousness, the main of which is conformism. Moreover, in the case of mass crimes, it acquires a special character, becoming a kind of psychological prerequisite for the individual's readiness to participate or condone mass lawlessness. It is stated that the current level of informatization of society renders untenable the reference to the ignorance of the subject regarding the commission of international crimes by the side of the conflict with which he identifies himself. The paper makes a final conclusion about the need to form a special field of knowledge located at the intersection of international law and criminology — supranational criminology.

Keywords

personality of criminal, international criminal justice, Nuremberg trial 1945–1946, international criminal tribunals *ad hoc*, system criminality, typology of international criminals

Citation: Evseev A. Lichnost' mezhdunarodnogo prestupnika (po materialam Nurnbergskogo i inykh sudebnykh razbiratel'stv) [The Personality of an International Criminal (on Materials of Nuremberg and Other Judicial Proceedings)] // Zhurnal VSHÉ po Mezhdunarodnomu Pravu (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. No. 1. P. 81–96. (In Russian).

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.17449>

References / Список источников

- Antonov A. (2015) Trebovaniya provedeniya «effektivnogo rassledovaniya» prestupleniy i nekotorye aspekty ikh realizatsii v svyazi s vooruzhennymi konfliktami [The requirement of 'effective investigation' of crimes and some aspects of its implementation in the context of armed conflict]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 14, no. 2, pp. 99–113. (In Russian).
- Arendt H. (2021) *Banal'nost' zla* [The banal of evil], Moscow: Skriptorium. (In Russian).
- Arendt H. (2014) *Otvetstvennost' i suzhdenie* [Responsibility and judgment], Moscow: Izdatel'stvo Instituta Gaydara. (In Russian).
- Assman A. (2014) *Dlinnaya ten' proshlogo* [The long shadow of the past], Moscow: Novoe literaturnoe obozrenie. (In Russian).
- Bogush G. I. (2010) Kontseptsiya sistemnoy prestupnosti v mezhdunarodnom ugolovnom prave [The concept of system criminality in the international criminal law]. In: *Mizhnarodna kriminologiya: stan i perspektivi: zb.* Odesa: Feniks. P. 249–258. (In Russian).
- Branch A. (2017) Dominic Ongwen on Trial: the ICC's African Dilemmas. *International Journal of Transitional Justice*, vol. 11, no. 1, pp. 30–49.
- de Brouwer A.-M., Smeulers A. (eds.) *Elgar Companion to the ICTR*, Chetltenham: Elgar Publ., 2016.
- Burlakov A. N. (2022) *Petèn* [Petain], Saint-Petersburg: Vladimir Dal'. (In Russian).
- Gilbert G. (2012) *Nyurnbergskiy dnevnik* [Nuremberg diary], Moscow: Veche. (In Russian).
- David E. (2011) *Printsipy prava vooruzhennykh konfliktov* [Principles of law of armed forces], Moscow: MKKK. (In Russian).
- Dzhivelegov A. K. (1915) *Nemetskaya kul'tura i voyna* [German culture and the war], Moscow: Izd. T-va Kushnerev i Ko. (In Russian).
- Elster J. (2004) *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Evseev A. (2022) *Biznes i mezhdunarodnoe ugolovnoe pravosudie: èvol'yutsiya vzaimootnosheniy* [Business and the international criminal justice: the evolution of their relationship]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 43, no. 3, pp. 96–116. (In Russian).
- Ferdinandusse W., Whiting A. (2021) Prosecute Little Fish at the ICC. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 19, no. 4, pp. 759–781.
- Hafner S. (2022) *Istoriya odnogo nemtsa* [The story of ordinary german], Saint-Petersburg.: Izdatel'stvo I. Limbakha. (In Russian).
- Harrendorf S. (2014) How Can Criminology Contribute to an Explanation of International Crimes? *Journal of International Criminal Justice*, vol. 12, no. 2, pp. 231–252.
- Hazan P. (2004) *Justice in a Time of War*, Texas: Texas A & M University Press.
- Karstedt S. (2018) "I Would Prefer to be Famous": Comparative Perspectives on the Reentry of war Criminals Sentenced at Nuremberg and the Hague. *International Criminal Justice Review*, vol. 28, pp. 372–390.
- Levi G. (2019) *Prestupniki* [The criminals], Moscow: AST: OGIZ. (In Russian).
- Lezina E. (2021) *XX vek: prorabotka proshlogo* [XX century: dealing with the past], Moscow: Novoe literaturnoe obozrenie. (In Russian).

- Mann M. (2023) *Temnaya storona demokratii* [The dark shadow of democracy], Saint-Petersburg: Piter. (In Russian).
- Nyurnbergskiy process: Sb. materialov, v 8 tomakh, tom 1 [The Nuremberg trial. Collection of texts. In 8 vols. Vol. 1], Moscow: Yurid. lit., 1987. (In Russian).
- Nyurnbergskiy process: Sb. materialov, v 8 tomakh, tom 8 [The Nuremberg trial Collection of texts. In 8 vols. Vol. 8], Moscow: Yurid. lit., 1999. (In Russian).
- Ol'shanskij D. V. (2002) *Psikhologiya terrora* [The psychology of terror], Moscow: Akadem. Proekt. (In Russian).
- Pauer-Shtuder G., Velleman D. (2023) *Konrad Morgen: sovest' natsistskogo sud'i* [Konrad Morgen: the conscience of a nazi judge], Moscow: Al'pina non-fikshn. (In Russian).
- Ponte K. del, Sudetich C. (2008) *Okhota. Ya i voennye prestupniki* [The hunting. I and the war criminals], Moscow: Eksmo. (In Russian).
- Schabas W. (2009) «Porog ser'eznosti» v Rimskom statute MUS [The gravity threshold in the Rome statute of the ICC]. In: Bogush G. I., Trikoz E. N. (eds.) *Mezhdunarodnoe ugovnoe pravosudie: sovremennye problemy* [International criminal justice: the current trends], Moscow: IPIPP (In Russian).
- Sharyy A. (2003) *Tribunal* [The tribunal], Moscow: Prava cheloveka. (In Russian).
- Shlink B. (2005) *Rol' prava v preodolenii proshlogo* [The role of law in dealing with the past]. In: *Pamyat' o voyne 60 let spustya: Rossiya, Germaniya, Evropa* [The memory on war: 60 years after: Russia, Germany, Europe], Moscow: Novoe literaturnoe obozrenie. (In Russian).
- Smeulers A. (2008) *Perpetrators of International Crimes: Towards a Typology*. In: Smeulers A., Haveman R. (eds.) *Supranational Criminology: Towards a Criminology of International Crimes*, Antwerpen: Intersentia.
- Smeulers A., Hola B., van den Berg T. (2013) *Sixty-Five Years of International Criminal Justice: the Facts and Figures*. *International Criminal Law Review*, vol. 13, pp. 7–41.
- Smeulers A., Weerdesteijn M., Hola B. (eds.) (2019) *Perpetrators of International Crimes*, Oxford: Oxford University Press.
- Stahn C. (2019) *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Utilov V. (1966) *Alek Ginnes* [Alec Guinness]. In: *Aktyory zarubezhnogo kino* [The actors of foreign cinema], Moscow: Iskusstvo. (In Russian).
- Vislov S. I., Kul'bakin V. D. (1990) *Soyuzniki i «germanskii vopros» (1945–1949 gg.)* [Allies and 'german issue' (1945–1949)], Moscow: Nauka. (In Russian).
- Weigend T. (2012) *Kill or Be Killed. Another Look at Erdemovic*. *Journal of International Criminal Justice*, vol. 10, no. 1, pp. 1219–1237.
- Werle G. (2011) *Printsipy mezhdunarodnogo ugovnogo prava* [Principles of international criminal law]: uchebnyk, Odesa: Feniks; Moscow: TransLit. (In Russian).

УКРАИНА ПРОТИВ РОССИИ: КОММЕНТАРИЙ К ОПРЕДЕЛЕНИЮ МЕЖДУНАРОДНОГО СУДА ОБ ОБЕСПЕЧИТЕЛЬНЫХ МЕРАХ ОТ 16 МАРТА 2022 ГОДА

ПИМЕНОВА С. Д.

Пименова Софья Дмитриевна — кандидат юридических наук, ассистент кафедры международного права юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова, Москва, Россия (sofia.pimenova@inbox.ru).

Аннотация

Последние два десятилетия практически все споры, передаваемые государствами в Международный Суд, сопровождаются ходатайствами о принятии обеспечительных мер. Это позволяет заявителям уже на начальной стадии рассмотрения спора предварительно оценить отношение Суда к выдвинутым аргументам в пользу признания юрисдикции по спору и к заявленным требованиям по существу. Стороны используют такие разработанные Международным Судом критерии для принятия обеспечительных мер, как установление *prima facie* юрисдикции и правдоподобного наличия прав, о нарушении которых идет речь в споре. В этом отношении не стал исключением и спор между Украиной и Россией, в рамках которого Суд столкнулся с необходимостью оценить «креативные» юридические аргументы, выдвинутые Украиной для инициирования судебного разбирательства. В статье рассматривается подход Суда к исследованию критериев для применения обеспечительных мер по ходатайству Украины и отмечаются моменты, которые вызвали споры внутри Суда и привели к появлению особых мнений ряда судей. Речь в первую очередь идет о критерии правдоподобного наличия прав (англ.: *plausibility test*), который активно критикуется в научной литературе и в особых мнениях судей Международного Суда за двусмысленность и неопределенность. Однако, как показано в статье, именно неопределенность позволила большинству судей Суда в итоге признать выполнение этого критерия в данном деле: судьи определили, что вытекающее из текста Конвенции о предупреждении геноцида и наказании за него право Украины не становится объектом военных действий со стороны третьего государства с целью предотвращения или наказания за совершение геноцида является правдоподобным. Ход рассуждений Суда позволяет предположить, что вопросы толкования этой Конвенции в совокупности с нормами Устава ООН и обычного международного права, регулирующими вопросы применения силы, будут обстоятельно рассмотрены в решении Суда по существу спора. Кроме того, в статье отмечается, что доводы, приведенные Украиной в целях обеспечить юрисдикцию Суда в данном деле и обосновать необходимость принятия обеспечительных мер, вызвали в академическом сообществе дискуссию о допустимости аргументов, балансирующих на грани злоупотребления заявителем своими процессуальными правами.

Ключевые слова

Международный Суд, международное правосудие, обеспечительные меры, Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него, применение силы

Для цитирования: Пименова С. Д. Украина против России: комментарий к определению Международного Суда об обеспечительных мерах от 16 марта 2022 года // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2023. Т. 1. № 1. С. 97–103.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.17451>

16 марта 2022 года Международный Суд¹ (далее — Суд) большинством голосов вынес определение о принятии обеспечительных мер в деле *Украина против России*², а шестеро судей выразили в декларациях полное или частичное несогласие с аргументами и выводами Суда. Определение вызвало оживленную дискуссию в академическом сообществе: так, исследователи отмечали, что данное решение поистине исключительно во многих отношениях, но особенно — в отношении «креативных» юридических аргументов, выдвинутых Украиной для инициирования судебного разбирательства³. Несмотря на то что с момента вынесения определения прошло уже больше года, оно по-прежнему сохраняет свою актуальность, поскольку отражает суть и масштаб проблем, с которыми столкнется Суд при вынесении в будущем решений по юрисдикции в данном споре и по существу требований, заявленных Украиной.

¹ Международный Суд — International Court of Justice (ICJ).

² ICJ. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*). Order of 16 March 2022. P. 2. Para. 4. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 19.01.2023).

³ Wuschka S., Hoffberger-Pippan E. *Of Legal Creativity and Plausibility of Rights: The ICJ's Order on Provisional Measures in Ukraine v. Russia* // *Völkerrechtsblog*, 04.04.2022. URL: <https://voelkerrechtsblog.org/the-icjs-order-on-provisional-measures-in-ukraine-v-russia/> (дата обращения: 22.01.2023).

Определение было принято в рамках спора, инициированного в Международном Суде Украиной против Российской Федерации 26 февраля 2022 года, касающегося толкования, применения и выполнения Конвенции 1948 года о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (далее — Конвенция о геноциде). В заявлении Украина просила Суд, помимо всего прочего, признать, что с ее стороны на территориях Донецкой и Луганской областей не было совершено актов геноцида⁴ и что Россия не вправе в качестве оправдания проводимой ею специальной военной операции ссылаться на статью I Конвенции о геноциде, которая предусматривает обязанность государств — участников Конвенции предотвращать геноцид⁵. За вторым пунктом скрывается более общая проблема доктринального толка, а именно: подразумевает ли статья I Конвенции о геноциде право государств на использование военной силы для того, чтобы предотвратить геноцид в другом государстве. Иными словами, речь шла о возможности применения силы за пределами Устава ООН, который разрешает ее использование только по решению Совета Безопасности или в порядке самообороны.

В ходатайстве об обеспечительных мерах Украина просила Суд предписать в отношении России следующие меры: (i) немедленно приостановить военные действия, начатые Российской Федерацией 24 февраля 2022 года и имеющие заявленной целью предотвращение или наказание Украины за совершение геноцида; (ii) обеспечить, чтобы любые военные или нерегулярные вооруженные подразделения, которыми Россия может руководить или поддерживать, прекратили военные действия; (iii) предписать России воздерживаться от любых действий, которые могут усугубить или продлить спор, а также (iiii) представить отчет об исполнении обеспечительных мер.

Согласно статье 41 Статута Международного Суда «Суд имеет право указать, если, по его мнению, это требуется обстоятельствами, любые временные меры, которые должны быть приняты для обеспечения прав каждой из сторон». В одном из первых определений о применении обеспечительных мер Международный Суд сформулировал цель их применения следующим образом: «...право Суда применять обеспечительные меры, предусмотренное статьей 41 Статута, направлено на сохранение соответствующих прав сторон в ходе судебного разбирательства до вынесения Судом решения по спору, и предполагает, что правам, которые являются предметом спора, не будет нанесен невосполнимый ущерб, а также что решение Суда по спору не должно быть предрешено путем вынесения решения в отношении запрошенных обеспечительных мер»⁶.

Формулировка, изложенная в Статуте Международного Суда, имела общий характер, предоставляя Суду свободу в решении вопроса о том, при каких именно обстоятельствах и какие обеспечительные меры стоит применить. Ответы на эти вопросы были сформулированы самим Международным Судом в целом ряде определений, а также в Регламенте Суда, в который на протяжении истории существования Суда неоднократно вносились изменения.

Начиная с самого первого решения о применении обеспечительных мер в *деле об Англо-иранской нефтяной компании*⁷ Международный Суд постепенно сформулировал первоначальные критерии необходимости применения обеспечительных мер. Так, решение о применении обеспечительных мер в рамках статьи 41 Статута может быть принято при наличии следующих условий: i) *prima facie* юрисдикция Суда в отношении существа спора; ii) риск непоправимого ущерба правам государства-заявителя (в том числе невозможность эффективно исполнить окончательное решение Суда по спору); iii) срочность; iv) связь между запрашиваемыми обеспечительными мерами и нарушенными правами, о защите которых просит заявитель⁸.

Обращает на себя внимание, что Суд никогда не рассматривал вопрос об обеспечительных мерах в отрыве от основного иска, считая производство по обеспечительным мерам вспомогательным по отношению к рассмотрению основного иска и устанавливая для этого при рассмотрении вопроса обеспечительных мер свою *prima facie* юрисдикцию по основному спору. Кроме того, в последних

⁴ ICJ. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*). Application instituting proceedings of 27 February 2022. P. 16. Para. 30. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220227-APP-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 22.01.2023).

⁵ Согласно ст. I Конвенции о геноциде «договаривающиеся стороны подтверждают, что геноцид независимо от того, совершается ли он в мирное или военное время, является преступлением, которое нарушает нормы международного права и против которого они обязуются принимать меры предупреждения и карать за его совершение».

⁶ ICJ. Fisheries Jurisdiction (*Federal Republic of Germany v. Iceland*). Provisional Measures. Order of 17 August 1972 // I.C.J. Reports 1972. P. 34. Para. 22.

⁷ ICJ. *Anglo-Iranian Oil Co. (United Kingdom v. Iran)*. Provisional Measures. Order of 5 July 1951 // I.C.J. Reports 1951. P. 89.

⁸ См., например, определение по делу: ICJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*The Gambia v. Myanmar*). Provisional Measures. Order of 23 January 2020 // I.C.J. Reports 2020. P. 3.

определениях об обеспечительных мерах Суд отмечает, что на этапе принятия обеспечительных мер ему также необходимо решить, существует ли разумная вероятность того, что права, о нарушении которых утверждает сторона, просящая Суд принять обеспечительные меры (будь то истец в рамках основного требования или ответчик в случае встречного иска), существуют на самом деле и будут проанализированы Судом на стадии рассмотрения дела по существу. В этом заключается пятый критерий — так называемый критерий правдоподобного наличия прав, о нарушении которых идет речь в споре (англ.: *plausibility test*⁹), впервые использованный Международным Судом в 2009 году в деле *Бельгия против Сенегала*¹⁰. Этот новый критерий активно критикуется в научной литературе и в особых мнениях судей Международного Суда за двусмысленность и неопределенность. Так, убежденным и последовательным оппонентом применения этого критерия выступал судья А. Кансаду Триндаде. Неоднократно в особых мнениях он отстаивал позицию, согласно которой определения об обеспечительных мерах в межгосударственных спорах такого рода направлены на защиту не прав государства-заявителя, но основных прав человека (точнее прав людей, находящихся в ситуации крайней уязвимости)¹¹. В одном из особых мнений судья указал, что «ссылка на “правдоподобие” в качестве нового “предварительного условия”, создающего неоправданные трудности для применения обеспечительных мер... вводит в заблуждение, оказывает медвежью услугу отправлению правосудия»¹². Е. Ритер отмечает, что строгое следование этому критерию подрывает легитимность Международного Суда, поскольку фактически предвосхищает окончательное решение спора, а также лишает сам Суд гибкости в применении обеспечительных мер не только для сохранения прав сторон спора, но и в других целях, таких как недопущение усугубления спора или сохранение человеческих жизней, культурного наследия или природной среды, например в пограничных спорах¹³.

По утверждению Российской Федерации, предпосылкой к началу специальной военной операции стал геноцид, совершенный Украиной в Донецкой и Луганской областях. Украина в свою очередь настаивает, что Конвенция о геноциде подразумевает как ее право «не подвергаться ложным заявлениям о геноциде», так и право «не подвергаться военным действиям со стороны другого государства на своей территории» на основании злоупотребления статьей I Конвенции о геноциде со стороны применившего силу государства¹⁴.

По существу заявленных требований Украина в своем иске добивается декларативного решения Международного Суда о том, что она не совершала геноцида и что Россия в любом случае не может обосновывать применение силы на территории Украины, ссылаясь на предотвращение предполагаемого геноцида¹⁵. В определении же об обеспечительных мерах заявитель стремился получить вывод Суда по вопросу о правомерности применения силы в данном конфликте, что, строго говоря, выходит за рамки основного иска. В связи с этим комментаторы обоснованно задумываются, не запрещено ли инициировать разбирательство, основной целью которого является получение решения об обеспечительных мерах, выходящего за рамки того, что Суд мог бы предписать по существу дела, и не является ли это злоупотреблением процессуальными правами¹⁶.

Украина утверждает, что в данном споре Суд обладает юрисдикцией на основании пункта 1 статьи 36 Статута Суда и статьи IX Конвенции о геноциде. В этой статье Статута указано, что «к ведению Суда относятся все дела, которые будут переданы ему сторонами, и все вопросы, специально предусмотренные Уставом Объединенных Наций или действующими договорами и конвенциями». Согласно статье IX Конвенции о геноциде «споры между договаривающимися сторонами по вопросам толкования, применения или выполнения настоящей Конвенции, включая споры относительно ответственности того или другого государства за совершение геноцида или

⁹ Термин “plausibility” имеет много значений. В данном контексте наиболее близкими по смыслу к английскому оригиналу представляются такие варианты перевода, как «вероятность» или «правдоподобность». См.: Rieter E. *Autonomy of Provisional Measures // Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals* / ed. by F. M. Palombino, R. Virzo, G. Zarra. The Hague : T.M.C. Asser Press, 2021. P. 71.

¹⁰ ICJ. Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (*Belgium v. Senegal*). Provisional Measures. Order of 28 May 2009 // I.C.J. Reports 2009. P. 152. Para. 60.

¹¹ ICJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*The Gambia v. Myanmar*). Provisional Measures. Order of 23 January 2020. Separate Opinion of Judge Cançado Trindade // I.C.J. Reports 2020. P. 62. Para. 88.

¹² ICJ. Application of the U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Qatar v. United Arab Emirates*). Provisional Measures. Order of 23 July 2018. Separate Opinion of Judge Cançado Trindade // I.C.J. Reports 2018. P. 456. Para. 59.

¹³ Rieter E. *Op. cit.* P. 71.

¹⁴ ICJ. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*). Order of 16 March 2022. P. 12. Para. 52.

¹⁵ Kulick A. *Provisional Measures after Ukraine v Russia* // Journal of International Dispute Settlement. 2022. Vol. 13. P. 335.

¹⁶ *Ibid.*

одного из других перечисленных в статье III деяний, передаются на рассмотрение Международного Суда по требованию любой из сторон в споре» (курсив мой. — С. П.). Несмотря на то что и Россия, и Украина являются участницами Конвенции без оговорок¹⁷, Российская Федерация в своих возражениях заявила, что иск Украины и ее ходатайство об обеспечительных мерах «явно выходят за рамки Конвенции и, следовательно, юрисдикции Суда»¹⁸. Свое категорическое несогласие с юрисдикцией Суда в этом споре высказал и его вице-председатель К. Геворгян¹⁹, заявив, что спор очевидным образом находится вне сферы действия Конвенции. Как следствие, по его мнению, Суд не обладает ни юрисдикцией *ratione materiae* в данном споре, ни правом принимать решение об обеспечительных мерах. Тем не менее Суд установил, что он обладает *prima facie* юрисдикцией в споре, приняв во внимание активное использование ссылок на Конвенцию о геноциде с обеих сторон²⁰.

Стоит отметить, что наиболее проблемным в этом деле оказался именно вопрос о применении Судом критерия правдоподобного наличия прав, о нарушении которых идет речь в споре (англ.: *plausibility test*), особенно с учетом того, что условия соблюдения данного критерия в практике Суда остаются расплывчатыми. Хотя Суд воздержался от прямого признания наличия в международном праве права не подвергаться ложным заявлениям, он все же пришел к выводу, что вытекающее из Конвенции о геноциде право Украины не становится объектом военных действий со стороны третьего государства с целью предотвращения или наказания за совершение геноцида является правдоподобным²¹. Именно на слабость позиции Суда в этом вопросе обратила внимание судья Х. Сюэ, которая в своей декларации также остановилась на критерии правдоподобного наличия прав. По ее словам, заявление Украины напрямую не связано с правами, закрепленными в Конвенции о геноциде, а обеспечительные меры, испрашиваемые Украиной, вряд ли внесут вклад в разрешение конфликта²². Судья также указала, что единственной целью использования Украиной Конвенции о геноциде, по-видимому, было обеспечение доступа в Международный Суд, чтобы вынести на его рассмотрение вопросы о правомерности признания ДНР и ЛНР, а также использования Россией военной силы в этом конфликте²³.

Со своей стороны судья М. Беннуна, голосовавший за принятие обеспечительных мер ввиду «трагичности ситуации»²⁴, подчеркнул в декларации, что Суду не удалось обосновать правдоподобное наличие права Украины по Конвенции о геноциде, которое, как утверждает, нарушила Российская Федерация²⁵. Такой подход, по его мнению, свидетельствует о том, что гуманитарные соображения, по-видимому, перевесили довольно поверхностное отношение Суда к этому аспекту решения²⁶.

Тем не менее большинство судей сошлись во мнении, что права заявителя, о нарушении которых он сообщает, по крайней мере правдоподобны. По оценкам исследователей, именно отмеченная выше двусмысленность и неопределенность практики Суда в части критерия правдоподобного наличия прав позволила Суду в итоге принять в данном деле обеспечительные меры²⁷. Поэтому авторы единодушно соглашаются с тем, что данный критерий нуждается в дальнейшем уточнении²⁸.

¹⁷ Уместно напомнить, что при ратификации Конвенции о геноциде в 1954 году Украина заявила оговорку к статье IX, однако сняла ее в 1989 году. Российская Федерация является участником Конвенции о геноциде как государство-продолжатель СССР, который также заявил оговорку к статье IX при ратификации Конвенции в 1954 году, сняв ее в 1989 году.

¹⁸ ICJ. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*). Document (with annexes) from the Russian Federation setting out its position regarding the alleged “lack of jurisdiction” of the Court in the case of 7 March 2022. P. 6. Para. 23. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220307-OTH-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 22.01.2023).

¹⁹ ICJ. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*). Declaration of Vice-President Gevorgian. Para. 1. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-01-EN.pdf> (дата обращения: 31.01.2023).

²⁰ ICJ. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*). Order of 16 March 2022. P. 13. Para. 48.

²¹ *Ibid.* P. 15. Para. 60.

²² ICJ. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*). Order of 16 March 2022. Declaration of Judge Xue. Para. 1. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-03-EN.pdf> (дата обращения: 22.01.2023).

²³ *Ibid.* Para. 2.

²⁴ ICJ. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*). Order of 16 March 2022. Declaration of Judge Bennouna. Para. 1. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-02-EN.pdf> (дата обращения: 22.01.2023).

²⁵ *Ibid.* Para. 6.

²⁶ Wuschka S., Hoffberger-Pippin E. *Op. cit.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

Несмотря на категоричность утверждений ряда западных комментаторов о «фальшивости» приведенных Россией аргументов о геноциде на Украине в качестве оправдания правомерности проведения специальной военной операции²⁹, Суд в определении старался использовать более взвешенные и осторожные выражения. Так, он заявил, что «не располагает доказательствами обоснованности утверждения Российской Федерации о том, что на территории Украины был совершен геноцид»³⁰ и лишь посчитал сомнительным, что «Конвенция, в свете ее объекта и цели, разрешает одностороннее применение силы ее участниками на территории другого государства с целью предотвращения предполагаемого геноцида или наказания за него»³¹. Говоря о применении Россией ссылки на статью 1 Конвенции о геноциде, Суд подчеркнул, что «государство вправе принимать меры для предотвращения геноцида другими государствами только в пределах, разрешенных международным правом»³². Суд коротко дал понять, что Конвенция о геноциде должна толковаться не сама по себе, а в совокупности с нормами Устава ООН и обычного международного права, которые регулируют вопросы применения силы³³. Судя по всему, этот вопрос будет рассмотрен подробнее в решении Суда по существу спора.

После анализа всех критериев, необходимых для применения обеспечительных мер (а исследование критериев срочности и непоправимости ущерба не вызвало у Суда затруднений), Международный Суд частично удовлетворил требования Украины по ходатайству об обеспечительных мерах, предписав России немедленно приостановить военные действия. Кроме того, Суд обязал оба государства воздерживаться от любых действий, которые могли бы усугубить или продлить спор, что стало предметом резкой критики со стороны судей И. Доде³⁴ и П. Робинсона³⁵. Однако эта мера оказалась единственной, в отношении которой решение о применении было принято единогласно всеми судьями. Суд также отказался предписать запрошенную Украиной меру, в соответствии с которой Российская Федерация должна была бы предоставлять отчеты об исполнении обеспечительных мер³⁶.

Определение Международного Суда об обеспечительных мерах в данном деле в очередной раз высветило проблему, с которой Суд уже неоднократно сталкивался в последние годы. Речь идет об искусственной подгонке заявителем фактов дела под имеющуюся юрисдикционную оговорку в том или ином международном соглашении с целью обеспечить юрисдикцию Международного Суда по спору или как минимум апеллируя к элементу срочности, убедить Суд, что тот обладает *prima facie* юрисдикцией для принятия обеспечительных мер. Так, в деле *Грузия против России* Суд на стадии применения обеспечительных мер признал, что обладает *prima facie* юрисдикцией в соответствии с Международной конвенцией о ликвидации всех форм расовой дискриминации 1965 года, но впоследствии решил, что сторонами не были соблюдены досудебные процедуры в качестве предварительного условия установления юрисдикции³⁷. Некоторые исследователи посчитали, что такое решение послужило сигналом о том, что Суд негативно относится к ситуациям, при которых государства стремятся втиснуть явно не относящиеся или мало связанные с применимой конвенцией споры в юрисдикционные оговорки, чтобы привлечь международное внимание к своим требованиям³⁸. Аналогичные опасения были отражены в декларациях некоторых судей к определению об обеспечительных мерах по иску Украины. Так, судья М. Беннуна предупредил стороны, что «искусственная привязка спора о противоправном применении силы к Конвенции о геноциде никак не

²⁹ См., например: Ohlin J. D. #Genocide: Atrocity as Pretext and Disinformation // Virginia Journal of International Law, Forthcoming, 2022. P. 1. URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4218005 (дата обращения: 31.01.2022).

³⁰ ICJ. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*). Order of 16 March 2022. P. 13. Para. 59.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.* Para. 57.

³³ Sanger A. *Op. cit.* P. 218.

³⁴ ICJ. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*). Order of 16 March 2022. Declaration of Judge ad hoc Daudet. Para. 1. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-06-EN.pdf> (дата обращения: 22.01.2023).

³⁵ ICJ. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*). Order of 16 March 2022. *Separate opinion of Judge Robinson*. Para. 33. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/182/182-20220316-ORD-01-04-EN.pdf> (дата обращения: 22.01.2023).

³⁶ ICJ. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*). Order of 16 March 2022. P. 18. Para. 83.

³⁷ ICJ. Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Georgia v. Russian Federation*). Judgment of 1 April 2011 // I.C.J. Reports 2011. P. 140. Para. 187.

³⁸ Sanger A. *Op. cit.* P. 220.

способствует укреплению этого документа»³⁹, а судья Х. Сюэ посчитала, что соответствующие действия «не подпадают под сферу действия Конвенции о геноциде»⁴⁰.

Как отмечают некоторые комментаторы, направляя подобные иски, государства не столько стремятся разрешить конфликт, сколько используют Суд, чтобы набрать политические очки внутри своей страны. По мнению Ф. Фонтанелли, такая стратегия вполне правомерна, но тем не менее она подрывает доверие к Суду как к посреднику в урегулировании споров и может способствовать тому, что государства перестанут включать юрисдикционные оговорки в новые договоры⁴¹. В качестве примера он приводит недавние определения об обеспечительных мерах в спорах между Арменией и Азербайджаном⁴² как образец ситуации, в которой стороны выдвигают широкомасштабные обвинения, используя юрисдикцию Суда, чтобы нанести репутационный ущерб друг другу и одержать промежуточные победы в затяжном конфликте; а по сути — продолжить войну, но уже другими средствами⁴³. В этом контексте Т. Тревес приводит пример Катара, который инициировал судебные разбирательства против Бахрейна, Египта, Саудовской Аравии и ОАЭ на различных площадках, оспаривая введенные против него односторонние санкции⁴⁴, и многочисленные иски против России со стороны Украины, поданные с 2014 года. Он отмечает, что случаи отказа государств-ответчиков участвовать в слушаниях, проводимых Международным Судом, далеко не единичны. Эта симптоматичная тенденция сигнализирует об отсутствии у государств доверия к Суду и об их неудовлетворенности тем, как Международный Суд реализует обязательную юрисдикцию⁴⁵.

По мнению ряда авторов, аргументы, приведенные Украиной в целях доказать наличие у Суда юрисдикции в данном споре и обосновать необходимость принятия обеспечительных мер, находятся на грани злоупотребления процессуальными правами⁴⁶. Но тут же делается оговорка, что факт такого злоупотребления в международном судебном разбирательстве установить крайне сложно⁴⁷. В частности, если сторона инициировала дело в Суде только для того, чтобы добиться принятия обеспечительных мер, выходящих за рамки юрисдикции Суда по существу, доказать это практически невозможно. Поэтому на данный момент, по мнению исследователей, ходатайство Украины об обеспечительных мерах в части использованных аргументов — не более чем искусная процессуальная уловка, которую однако не следует рассматривать в качестве злоупотребления⁴⁸.

UKRAINE V. RUSSIA: A COMMENTARY ON THE ORDER OF 16 MARCH 2022 ON THE REQUEST FOR THE INDICATION OF PROVISIONAL MEASURES

Pimenova S. D.

Sofia Pimenova — Candidate of Sciences in Law, Assistant of International Law Department, Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University, Moscow, Russia (sofia.pimenova@inbox.ru).

Abstract

In the last two decades almost all disputes submitted by the States to the International Court of Justice are accompanied by the requests for the indication of provisional measures. This allows the applicants to learn the Court's attitude to the arguments put forward

³⁹ ICJ. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*). Order of 16 March 2022. Declaration of Judge Bennouna. Para. 11.

⁴⁰ ICJ. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation*). Order of 16 March 2022. Declaration of Judge Xue. Para. 2.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² ICJ. Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Armenia v. Azerbaijan*). Order of 7 December 2021. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/180/180-20211207-ORD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 23.01.2023); ICJ. Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Azerbaijan v. Armenia*). Order of 7 December 2021. URL: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/181/181-20211207-ORD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 23.01.2023).

⁴³ Fontanelli F. *The Disputes Between Armenia and Azerbaijan: The CERD Compromissory Clause as a One-way Ticket to Hague!* URL: <https://www.ejiltalk.org/the-disputes-between-armenia-and-azerbaijan-the-cerd-compromissory-clause-as-a-one-way-ticket-to-hague/> (дата обращения: 28. 05. 2023).

⁴⁴ Treves T. *Litigating global crises. Setting the scene: Legal and political hurdles for State-to-State disputes* // Questions of International Law. Zoom-out 85. 2021. P. 10; Подробнее о судебной стратегии Катара см.: Кадышева О. *Неизвестная «санкционная война» и возможности международного правосудия* // Международное правосудие. 2022. № 4 (44). С. 91–107.

⁴⁵ Treves T. *Op. cit.* P. 9.

⁴⁶ Kulick A. *Op. cit.* P. 336.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

in favor of the Court's jurisdiction over the dispute and its attitude to the claims on the merits of the dispute. For this the parties use the criteria for the application of provisional measures developed by the ICJ such as prima facie jurisdiction and plausibility test. In this regard, the dispute between Ukraine and Russia was no exception. The ICJ has faced the necessity to evaluate creative, so to speak, legal arguments presented by Ukraine to institute the proceedings. The article examines the Court's approach to the analysis of the criteria for the indication of provisional measures and highlights those moments that have caused the debate within the Court and led to the dissenting opinions of some of the judges. First of all, the plausibility test is actively criticized by the scholars and by the judges of the ICJ itself for ambiguity and uncertainty. However, as shown in the article, it was the uncertainty of this criterion that allowed the majority of the ICJ judges to recognize the fulfilment of this criterion in the present case, stating that the right of Ukraine arising from the text of the Genocide Convention not to become the object of military actions by a third state in order to prevent or punish the commission of genocide is plausible. The Court's reasoning suggests that the issues of interpretation of the Genocide Convention in conjunction with the norms of the UN Charter and customary international law governing the use of force will be thoroughly examined in the Court's judgment on the merits. In addition, it is noted that the arguments put forward by Ukraine in favor of the Court's jurisdiction in this dispute and its justification of the necessity of application of provisional measures have caused a discussion in the academic community about the admissibility of such arguments that are on the verge of abuse of procedural rights by the applicant.

Key words

International Court of Justice, international justice, interim measures, provisional measures, Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, use of force

Citation: Pimenova S. Ukraina protiv Rossii: Kommentariy k opredeleniyu Mezhdunarodnogo Suda ob obespechitel'nykh merakh ot 16 marta 2022 goda [Ukraine v. Russia: A Commentary on the Order of 16 March 2022 on the Request for the Indication of Provisional Measures] // Zhurnal VSHÉ po Mezhdunarodnomu Pravu (HSE University Journal of International Law). 2023. Vol. 1. No. 1. P. 97–103.

<https://doi.org/10.17323/jil.2023.17451>

References / Список источников

- Fontanelli F. (2021) *Once Burned, Twice Shy. The Use of Compromissory Clauses before the International Court of Justice and Their Declining Popularity in New Treaties*. *Rivista di diritto internazionale*, vol. 104, no. 1, pp. 7–39.
- Kadysheva O. (2022) *Neizvestnaya "sanktsionnaya voyna" i vozmozhnosti mezhdunarodnogo pravosudiya* [Unknown "sanctions war" and the possibilities of international justice]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 12, no. 4, pp. 91–107. (In Russian).
- Kulick A. (2022) *Provisional Measures after Ukraine v Russia*. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 13, pp. 323–340.
- Ohlin J. D. (2022) *#Genocide: Atrocity as Pretext and Disinformation*. *Virginia Journal of International Law*, Forthcoming.
- Rieter E. (2021) *Autonomy of Provisional Measures*. In: *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals*. In: Palombino F. M., Virzo R., Zarra G. (eds.) *Provisional Measures Issued by International Courts and Tribunals*. The Hague: T.M.C. Asser Press, pp. 55–76.
- Sanger A. (2022) *False Claims of Genocide Have Real Effects: ICJ Indicates Provisional Measures in Ukraine's Proceedings Against Russia*. *The Cambridge Law Journal*, vol. 81, part 2, pp. 217–221.
- Treves T. (2021) *Litigating global crises. Setting the scene: Legal and political hurdles for State-to-State disputes*. *Questions of International Law. Zoom-out* 85, pp. 5–15.