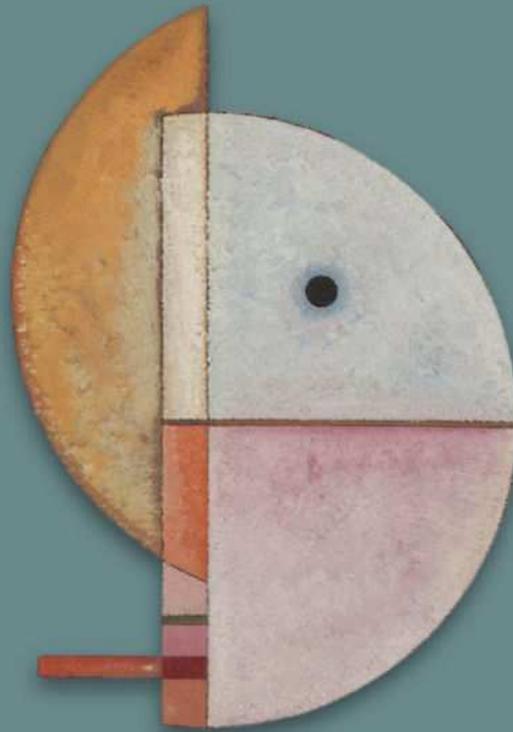


ISSN 2949-5717



ЖУРНАЛ ВШЭ ПО МЕЖДУНАРОДНОМУ ПРАВУ
HSE UNIVERSITY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

2024 | 3



Журнал ВШЭ по международному праву HSE University Journal of International Law

Учредитель: Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики».
Электронный научный журнал. Издается с 2023 года. Периодичность: 4 раза в год. ISSN: 2949-5717.

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

Редакционная коллегия

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

БЕЛЛИ Лука,
Правовая школа Фонда Жетулиу Варгаса, Бразилия

БОКЛАН Дарья Сергеевна,
НИУ ВШЭ, Россия

ГОРСКИЙ Йенджер,
Городской университет Гонконга

ЕВСЕЕВ Александр Петрович,
РГУП, Россия

ИВАНОВ Эдуард Александрович,
НИУ ВШЭ, Россия

КРАСИКОВ Дмитрий Владимирович,
Саратовская государственная юридическая академия, Россия

КРСТИЦ Ивана,
Университет Белграда, Сербия

ЛИФШИЦ Илья Михайлович,
Всероссийская академия внешней торговли, Россия

РОМАШЕВ Юрий Сергеевич,
НИУ ВШЭ, Россия

РУСИНОВА Вера Николаевна,
НИУ ВШЭ, Россия

СОЛНЦЕВ Александр Михайлович,
Российский университет дружбы народов, Россия

СТАРЖЕНЕЦКИЙ Владислав Валерьевич,
НИУ ВШЭ, Россия

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

ШЕСТАКОВА Ксения Дмитриевна,
СПбГУ, Россия

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

Редакционный совет

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

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

БОКЛАН Дарья Сергеевна,
НИУ ВШЭ, Россия

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

ЕРПЫЛЁВА Наталия Юрьевна,
НИУ ВШЭ, Россия

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

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

КОЛОС Денис Георгиевич,
судья Суда Евразийского экономического союза, Беларусь

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

МАРОЧКИН Сергей Юрьевич,
Тюменский государственный университет, Россия

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

МЕЗЯЕВ Александр Борисович,
Университет управления «ТИСБИ», Россия

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

РУСИНОВА Вера Николаевна,
НИУ ВШЭ, Россия

САФАРОВ Низами Абдулла оглу,
депутат Национального Собрания Азербайджанской Республики, Азербайджан

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

ТОЛСТЫХ Владислав Леонидович,
МГИМО (У) МИД России, Институт востоковедения РАН, Россия

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

Адрес редакции: 109028 Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, кабинет 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, 2024

Журнал ВШЭ по международному праву HSE University Journal of International Law

Founder: National Research University Higher School of Economics.
Electronic scientific journal. Published since 2023. Frequency: 4 times a year. ISSN: 2949-5717.

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

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,
Russian State University of Justice, 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

Alexandr SOLNTSEV,
RUDN University

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,
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

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,
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,
Member of Milli Majlis of the
Republic of Azerbaijan

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

Vladislav TOSTYKH,
Moscow State Institute of
International Relations (University) of
the Ministry of Foreign Affairs of
Russia; Institute of Oriental Studies,
Russian Academy of Science,
Russia

Natalia YERPYLEVA,
HSE University, Russia

Editorial address: 109028 Moscow, B. 3, Trekhsvyatitelsky Lane, 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, 2024

Содержание / Contents

ФИЛОСОФИЯ / PHILOSOPHY

- Carty J. A., Tolstykh V. L. / Карти Дж. Э., Толстых В. Л.**
Reflection on the Philosophical-Historical Roots of the Crisis in Western International Law Thinking / Размышления о философских и исторических причинах кризиса западной доктрины международного права ENG..... 4

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ / TOPICAL ISSUES

- Солнцев А. М. / Solntsev A.**
Компенсация за ущерб природным ресурсам *versus* компенсация за экологический ущерб (на примере разрешения спора между Демократической Республикой Конго и Угандой) / Compensation for Damage to Natural Resources *versus* Compensation for Environmental Damage (On the Example of Resolving the Dispute Between the Democratic Republic of Congo and Uganda) РУС 14

- Silkin D. / Силкин Д. В.**
Exploring International Courts' Exercise of Incidental Jurisdiction: Towards Coherent Approaches Through *Res Judicata* / Осуществление международными судами вспомогательной юрисдикции: согласование подходов через концепцию *res judicata* ENG 25

ПРАКТИКА / PRAXIS

- Киселева О. А. / Kiseleva O.**
Практика самоотводов и отводов судей Международного Суда / The Practice of Self-Recusal and Recusal of Judges of the International Court of Justice РУС..... 42

КОММЕНТАРИЙ / COMMENTARY

- Мартынова Е. А., Сушков С. П., Евсеев А. П., Штодина Д. Д. / Martynova E., Sushkov S., Evseev A., Shtodina D.**
Комментарий к Рамочной конвенции Совета Европы об искусственном интеллекте, правах человека, демократии и верховенстве права / Commentary on the Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law РУС..... 52

РЕЦЕНЗИЯ / BOOK REVIEW

- Лихачев М. А. / Likhachev M.**
Международное право за пределами ренессансного гуманизма (рецензия на коллективную монографию «Международное право и постгуманистская теория» под ред. М. Арвидсон, Э. Джоунз) / The Review of «International Law and Posthuman Theory» edited by M. Arvidsson, E. Jones) РУС..... 64

REFLECTION ON THE PHILOSOPHICAL-HISTORICAL ROOTS OF THE CRISIS IN WESTERN INTERNATIONAL LAW THINKING

CARTY J. A., TOLSTYKH V.

John Anthony Carty — PhD, Professor, Institute for Humanities and Social Sciences, Peking University, Beijing, People's Republic of China (anthonycarty1947@gmail.com). ORCID: 0000-0002-8698-6418.

Vladislav Tolstykh — Doctor of Sciences in Law, Leading Researcher, Institute of Oriental Studies, Russian Academy of Sciences, Moscow, Russia (vlt73@mail.ru). ORCID: 0000-0001-5103-5324.

Abstract

International Law appears to have lost both its possible civilizational foundations — the Greco-Roman/Christian doctrine of natural law and the contract theory, based on the “Humanist” confidence in the creative potential of individual will. In practice International Law — as it continues to exist — consists of either contractual arrangements among two or more States, or unilateral assertions of will by individual States, usually contested by other States. In this sense, International Law has become privatised, a matter of duelling individual perspectives, with no ontologically objective environment within which “warring” individuals can be embedded. This is the context in which the so-called Lauterpacht approach to International Law arises. It claims that the application of private law analogies should be suitable for international legal decision-making. Legal analysis and judgement then becomes a matter of weighing up the force of two or more competing wills. Another problem is that the social contract theory prioritises the striving for security as the central human characteristic. The legal discourse closes itself off from alternatives capable of questioning this idea. For one possibility, the idea that world society is a natural family of Nations is excluded. The new goal of the social contract, after the Great Depression and World War II, was to establish a liberal order wherein human opportunities would be significantly expanded and universal prosperity would be guaranteed. The basic tenet of liberalism is the dismantlement of the State, which is supposed to be the form through which individuals participate in their own governance. As this State retreats, private economic interests, regulated only by private law, if at all, take precedence. So, the long pathway from the 17th century confidence in the humanist construction of the State through the social contract of free and equal individuals ends up at present in a critical breakdown of order, where an antinomian spirit prevails at all levels of society, domestic, transnational and international. This diagnostic exercise offers no solution, although it does indicate obstacles which could, conceivably, be overcome.

Key words

International Law, philosophy of law, social contract, liberalism, doctrine, international courts

Citation: Carty J. A., Tolstykh V. *Reflection on the Philosophical-Historical Roots of the Crisis in Western International Law Thinking* // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2024. Vol. 2. No. 3. P. 4–13.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.23983>

The West — of which its International Law is a part — being in a state of Nihilist Collapse. The construction of the Western philosophy of governance — including International Law — is around two consecutive stages of civilization: the Greco-Roman/Christian and the Renaissance Humanist, which gradually replaced the former.

The former grounded a doctrine of natural law, that the nations and peoples of the world formed part of a common humanity, created by a rational God and having a duty to reflect God's nature by observing his law of reason which he designed for their existence. This permeates the thinking of the late scholastic “international lawyers” F. Vitoria and F. Suarez and indeed even H. Grotius, despite his disclaimer that the law of nature and nations could exist without God. This natural law doctrine was never an empirical exercise. It was a metaphysical insight into the rationality of “man”, corresponding to the rationality of God, which created and governed the universe. Obeying Law meant corresponding one's own conduct to this cosmic order. It is now forgotten why the idea of observing Law (with a capital L) has meant so much in the Western civilization.¹ Despite the expanding place of “humanism” from the 17th century, some form of ontological natural law continued into the 19th century, in the form of the natural, individual rights of nations, which made up their so-called fundamental rights of States.² With the disappearance of an ontological dimension to International Law, its writers have no foundation for a construction of “the public” dimension of international order — in the sense of the place of the nations as a whole in relation to one another — because they have

¹ Carty A. *Philosophy of International Law*. 2nd ed. Edinburgh University Press, 2017. P. 3–6, 25–29.

² Idem. *International Law as a Science, The Place of Doctrine in the History of its Sources* // Indian Yearbook of World Affairs. Part II. 1980. P. 128–160.

no idea of a “world” in which States or Nations find themselves. The way is being prepared for the subjectivisation and privatisation of the whole idea of Law that comes with the second, Humanist phase of the Western civilization, a decayed form of which now predominates among the intellectual “tools” of international lawyers.

The “Humanist” message here means the confidence of individual men to construct out of nothing (i.e. without any vision of a “world, either historical or metaphysical”) a contractual foundation for governance, the entire content of which has been supplied by the contracting parties.³ With Th. Hobbes, J. Locke, J.-J. Rousseau, and I. Kant, at a minimum, it is felt possible to construct sovereign States. However, there is a fateful development here. E. Vattel’s “Law of Nations” (1758) adopts the contract theory of the State and follows, above all, the philosophy of J. Locke. The language used to construct the State is to leave behind a state of nature and to enter civil society. However, Vattel is adamant (rejecting C. Wolff) that there is no international social contract and that nations still exist in a state of nature, but, in his view, nevertheless supported by a much weakened ontology of Nations, which gives primacy to subjectivity, so that even treaties concluded are always subject to unilateral interpretation. Yet, at the same time, Vattel believes in an ontology whereby Nations are “naturally” inclined to look to their own inner development and to leave other Nations undisturbed.⁴

This confidence in Law as a product of the Will of the State is itself now deconstructed sociologically by the Scandinavian Realists (above all, A. Haegerstroem) who recognise that the “Will of the State” is a fiction, that political society is infinitely more amorphous and unstable. Adherence to Law rests upon many factors accidentally present in large societies. Indeed, a sociological approach will reveal that large numbers of so-called Nation States at present are anything but coherent collective bodies and that large areas of international society have become unstable, leaving the world landscape more and more to resemble the chaotic transition from mediaeval to modern Europe. Despite a formal acceptance — actually fictional — that there is a general customary law of States (though the methods of locating it remain elusive), in practice International Law — as it continues to exist — consists of either contractual arrangements among two or more States, or unilateral assertions of will by individual States, usually contested by other States if the content of the former has implications for them. In this sense, International Law has become privatised, a matter of duelling individual perspectives, with no ontologically objective environment within which “warring” individuals can be embedded.⁵

Legal analysis and judgement then becomes a matter of weighing up the force of two or more competing wills. That is to say one engages in a search for the real or true intentions of the parties, ending up in a speculative judgement of what was really intended — by means of logical and grammatical analysis. Such vagueness — reflecting the disappearance of a strongly defined will — has provoked the whole field of so-called critical legal theory (D. Kennedy and M. Koskeniemi) to decry the competitiveness of endless disputes where arguments collide with one another in a mesmerising dance. These written and oral arguments are separated from any historical, cultural and political context. The “crits” have an easy time disclosing the contextual conditionality of legal concepts, while expanding argumentative possibilities endlessly. The reason is simple enough. Completely free subjects, unrestrained by any authority or objective world environment, may say and do say as suits their subjective view of their interests.

Even more seriously, the dominating legal institutions, judicial, do not rely upon a sovereign will when declaring law, but introduce general principles, soft law and other judicial decisions, following a quest for effectiveness, short term, but lacking an ontological basis and a rigorous methodology. That brings judgements into disapproval. The most extreme case is the *Nuclear Weapons Case* (1996), which gave priority to the right of States to use these weapons in self-defence (read: subjectively assessed security) over the continued existence of the human race.

This is how International Law has come to acquire a formalised, procedural, dualised system of law, where arguments can only be resolved when a final adjudicative authority is present, itself resting upon authority and not reason. There is, of course, no such general adjudicative authority. Its existence would contradict the fact that States have not set up an international civil society, i.e. a world State. However, they work on the basis that real or supposed combined wills of States do in fact constitute a complete international legal order. The fundamental problem inherent in liberal philosophy is that it has no ontological concept of reality, no objective world into which individuals can be integrated. It is A. McIntyre who demonstrates that

³ Carty A. *Philosophy...* P. 71–72, 162–168.

⁴ *Ibid.* P. 149–151.

⁵ d’Aspremont J. *International Law as a Belief System*. Cambridge University Press, 2017.

this is why liberalism is condemned to focus exclusively on procedures of argumentation — arguments condemned to be foundationless and inconclusive.⁶

This is the context in which the so-called Lauterpacht approach to International Law arises. It claims that the application of private law analogies should be suitable for international legal decision-making. Treaties are equated with contracts and territory is equated with private property. State responsibility is a replica of the law of torts or obligations. This is the message of “Private Law Sources and Analogies of International Law” (1927) by H. Lauterpacht. Hereafter analysis of international relations has become the task for social philosophers and the jurist has merely a linguistic task of identifying “intentions of a legal character”. Yet Lauterpacht believed that this task was adequate to justify placing hope in the judiciary to “fill the gaps” in International Law and ensure a world ruled by law.⁷

Apart from the issue of the absence of widespread acceptance of judicial settlement, the judge’s perspective would be to qualify the acts of individual States, identify who was liable to pay compensation, and not to identify the general problems which create these situations, nor generate measures to eliminate these problems. This is a point usually made by “Great Powers” in resisting the UN General Assembly requesting advisory opinions of the International Court of Justice (hereinafter — ICJ, the Court), such as in the *Nuclear Weapons Case*. While the argument is always rejected by the Court, nonetheless it proceeds to ignore the wider context anyway.

Underlying the sterility of international arbitrations is precisely the absence of any intellectual substance (of ethical, cultural, or whatever) and character among academics — reduced to writing analytically critical commentaries upon judicial decisions or producing commentaries on “law-making treaties” as if they were codified municipal laws. It is not surprising that lawyers with State service background are most often appointed to the International Law Commission (hereinafter — ILC) or to the ICJ. The academics have no separate body of knowledge apart from analysis of “legal” materials produced by what is called the frame provided by the State.⁸ That is to say, “legal knowledge” is what is produced by the “Will of the State”, which includes the Executive, the Legislature, and especially the Judiciary and any international body created by inter-State will. All an academic can boast is a more general and systematic knowledge of what “spouts out of” this frame provided by the State. Ontologically, nothing else can have “Being”.

When it comes to attempts by the ILC to define the fundamental rights of States, this was a topic which the ILC, not surprisingly, abandoned since it was a leftover of a defunct natural law metaphysics.⁹ Equally it could make nothing of the inherently ontological nature of the concept of *jus cogens* — that there must be conduct of such essential importance that its disregard has to be beyond the so-called Will of States. So, the ILC merely repeated the terms of the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969), that *jus cogens* is itself a creation of the Will of States. In this context the ILC makes vacuous remarks about the self-determination rights of peoples, not treating its relation to the territorial integrity of States, an “essentially” ontological question. Finally, it fails to elucidate the meaning of general customary law, inevitably, since the latter is a product of a romantic notion of nationalism hanging over from the early 19th century. An ostensibly unconscious community way to make law is no longer possible in a post-metaphysical age.¹⁰

In any case, it would be difficult to imagine today an international lawyer giving advice that would be listened to by senior officials as in the second half of the 19th century was done by R. Phillimore in the UK or by F. Martens in Russia. Indeed, it was Lord A. McNair, who commented on how the 19th century textbook was merely descriptive rather than analytical work, a history of international relations.¹¹ What McNair missed completely was the moral sense which Phillimore as a Christian, educated in the classics, was undertaking. For Phillimore there was the spirit of a God-given moral law governing the universe. Moral truth demonstrates that independent communities are free moral agents. So, writing in the 1870s, he noted that the failure of European States to object to the violent seizure of Danish territory in 1864 and the equal failure to resist further violent territorial changes led to the prevailing notion that “a state must seek territorial aggrandisement as a condition of her welfare and security.”¹²

⁶ Carty A. *Recent Trends in the Theory of International Law* // European Journal of International Law. 1991. № 2. P. 16.

⁷ Lauterpacht H. *The Function of Law in the International Community*. Oxford University Press, 1936.

⁸ Carty A. *The Decay of International Law*. Manchester University Press, 2019. P. 38.

⁹ Idem. *The Need for Interdisciplinarity in the Work of the International Law Commission* // ed. by A. Qureshi. *Law Reforms around the World*. Routledge, 2023.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Carty A. *The Philosophy...* P. 13. He was also the person who directed Lauterpacht to write his work on private law analogies.

¹² Ibid. P. 12.

A mark of how deeply set in stone are the conditions created by McNair and Lauterpacht is that when Carty first raised these arguments in 1990, they provoked no debate. However, in 2004, J. Crawford, the leading academic international lawyer in the UK, thought that a reply was overdue. He published a chapter in a book denouncing A. Carty, specifically pointing to the Admiralty Court practice of Phillimore and describing Carty's argument about the narrowing of the profession's activities as absurd, given Phillimore's Admiralty Court practice.¹³ The comments by McNair and Crawford show that they do not just disagree with the argument presented here. They simply do not understand it.

One may ask how serious it is that International Law appears to have lost both its possible civilizational foundations. If the international situation is relatively stable, then one might remain, as mainstream international lawyers prefer, agnostic about foundations. However, many institutions of International Law that have depended upon the so-called principle of effectiveness, such as recognition, succession, the right to self-determination, *uti possidetis juris*, have become redundant, leaving huge gaps in the international order. In his work "The Paralysis of International Institutions and the Remedies", the Hungarian intellectual I. Bibo points out that the so-called principle has no normative character, and the international society is increasingly marked by actors not willing to accept as an accomplished fact what appears to be backed by overwhelming force.¹⁴ Palestine is one example where Israel is recognised, but so is the "idea" of a Palestinian State. The difficulty is also that the reduction of the concept of the State to the idea of sovereignty (ignoring historical, social, economic and other factors) means that so-called international lawyers have no intellectual tools to grasp the internal and external forces which work for or against the cohesion or the disintegration of States. At present, that is to ignore the power of the national, while also neglecting the intercontinental flow of migration. All conflicts in the former USSR and Yugoslavia, following the principle of *uti possidetis juris*, were due to the attempt to accept previous administrative boundaries. There was never any "Will of the International Community" to apply, but it was assumed by the so-called European Commission on the former Yugoslavia, set up to oversee the dissolution of Yugoslavia. The rule resulted in a significant part of populations becoming minorities. Once in power, the new States pursued a policy of national unification, depriving minorities of rights. This is now a significant issue in Ukraine. Other States, having no clearly agreed principle to follow, have taken different sides, as happens now with Ukraine. The situation is even more exacerbated by the fact that the West is especially overrun at present by intercontinental migration, which the social contract theory of the State cannot resolve, given its purely formal character.

There is an even more serious defect of the social contract theory of law as one attempts to apply it to international relations. It is not simply that the absence of any real global consensus leads to the drafting of international conventions which leave gaping cracks in normativity (such as Articles 74 and 83 of the 1982 Law of the Sea Convention, and Article 6 of the 1997 Convention on the Law of Non-navigational Uses of International Watercourses). The social contract theory prioritises the striving for security as the central human characteristic. The legal discourse closes itself off from alternatives capable of questioning this idea. For one possibility, the idea that world society is a natural family of Nations is excluded. Here one is at the transition stage between the two civilizational blocks of the West and that transition is a rupture rather than a bridge. D. Campbell's "Writing Security: United States Foreign Policy and the Politics of Identity" argues for a vacuum at the heart of the "modernist" State:

This has to be filled through a negative construction of 'the other', which returns to give it material content. This process is a deeper level of the process of secularization represented by Westphalia. Modern secularization, the core of which is self-assertion or self-determination, in rejecting medieval or universal Christendom, presented the problem of securing identity 'in terms of how to handle contingency and difference in a world without God' Absent the metaphysical guarantee of the world by God, man is faced with danger, ambiguity and uncertainty... (T)he transfer of sovereignty from God to the State meant also the transfer of the category of unconditional friend/enemy relation onto conflicts between the national States that were in the process of integrating themselves.¹⁵

At present this "philosophy of the Will" has led to epidemics of violence. Violation of the prohibition on the use of force cannot be considered on par with other violations. Unlike the latter, it makes the very existence of International Law impossible.

¹³ Crawford J. *Public International Law in Twentieth Century England* // ed. by J. Beaton, R. Zimmerman. Jurists Uprooted, German-speaking Émigré Lawyers in Twentieth Century Britain. 2004. P. 681.

¹⁴ Discussed in Carty A. *The Decay...* Chapter 4 on the law of territory.

¹⁵ Carty A. *Philosophy...* P. 159–160.

First, it destroys other assumptions on which International Law is premised: social contract, basic norm, peaceful coexistence, and so on. Moreover, the prohibition on the use of force is the central point of the liberal conception of law; its violation makes it impossible to implement all the other points: protection of property, free trade, human rights, representative democracy, and others.

Second, it terminates existing treaties (except those regulating hostilities) and makes it impossible to conclude new ones (except for peace treaties). In other words, war means the end of International Law between belligerents. Modern doctrine takes a more differentiated position, which, however, cannot always be implemented.¹⁶

Third, the specific feature of modern warfare is its discriminatory character: the adversary is defined not as an equal opponent (*justus hostis*), but as an enemy of the human race (*hostis humani generis*); the purpose of the war is its destruction (rather than the defence of right); the confrontation is total. The main stake in such a war is the very existence of a legal entity; a victorious war destroys the international community as it narrows the circle of States.

Fourth, a war within the community of civilised nations is something more than a dual confrontation; unlike colonial wars, it forms a matrix projected onto the universal order.¹⁷ This can be explained both by the fact that the European order is a convincing example for countries external to it, and by the fact that it is the guarantor of the universal order (its core).¹⁸

At the beginning of the 21st century, it has become obvious: the prohibition on the use of force is not provided with the necessary guarantees: to ensure it requires a radical reorganisation of the existing order and working out of new political theories.¹⁹

The particular pseudo-formal legal arguments used now to disregard the provisions of Article 2(4) and Article 51 of the UN Charter are the following:

First, some States and part of the International Law doctrine defend the right to preventive self-defence, referring to the danger of terrorist attacks and use of weapons of mass destruction, inadequacy of reaction *post factum*, and duty of the State towards its people.²⁰ The concept of preventive self-defence is used in public rhetoric by the US, the UK, Israel and, after 2022, Russia.

Second, in the late 1990s, the right to unilateral humanitarian intervention was transferred from the realm of morality to the realm of positive law. Proponents of this right invoke moral considerations, the concept of *jus cogens* and humanistic trends in law.²¹ This novelty was not supported by most specialists, but may well be rehabilitated as the consensus of the permanent members of the UN Security Council erodes, and new conflicts break out.

Third, after the attacks of September 11, the right to self-defence has come to encompass actions taken to combat terrorists. The concept of terrorism, however, is not clear: some States apply this label to rebels fighting for secession; others — to unfriendly autocratic States (rogue States) such as Iran and North Korea.

The Exhaustion of the Philosophy of the Will and the Possibility of a Return to the Classical Greek-Roman/Christian Foundations. This diagnostic exercise does not aim to reconstitute foundations for international order, but merely to emphasise the depth of the problem, i.e. to analyse the forms of the present collapse of both pillars of a Western-based world normative system. Obviously no claim is made that this order either does or should have global validity in the absence of interchange with other “non-Western” perspectives. The first step will be to argue that the grounds in political sociology and economy that are needed to give legitimacy to the humanist confidence of a social contract/private law analogy approach to

¹⁶ “To introduce the principle of moderation into the theory of war itself would always lead to logical absurdity” (Clausewitz C. von. *On War*. First published 1832. Tr. by P. Paret. Princeton University Press, 1989. P. 76).

¹⁷ “From the 16th to the 20th century, European international law considered Christian nations to be the creators and representatives of an order applicable to the whole earth. The term “European” meant the normal status that set the standard for the non-European part of the earth. Civilization was synonymous with European civilization. In this sense, Europe was still the center of the earth” (Schmitt C. *The Nomos of the Earth*. Tr. by G. L. Ulmen. Telos Press Publishing, 2006. P. 86).

¹⁸ See Tolstykh V.L. *Krizis mezhdunarodnogo prava: diaгноз* [A Crisis of International Law: A Diagnosis] // *Zakon*. 2022. № 12. P. 123–124. (In Russian).

¹⁹ *Ibid.* P. 124.

²⁰ Higgins R. *Problems and Process. International law and How We Use It*. Clarendon Press, 2006. P. 242; Sofaer A.D. *On the Necessity of Pre-emption* // *European Journal of International Law*. 2003. Vol. 14. № 2. P. 209–226; Gazzini T. *The Changing Rules on the Use of Force in International Law*. Manchester University Press, 2005. P. 199.

²¹ Tesón F.R. *The Liberal Case for Humanitarian Intervention* // ed. by J. L. Holzgrefe, R. O. Keohane R. O. *Humanitarian Intervention: Ethical, Legal and Political Dilemmas*. Cambridge University Press, 2003. P. 93, 128–129; Abiew F. K. *The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention*. Martinus Nijhoff Publishers, 1999.

International Law are no longer present in the West. In summary, the governance of Western States is in the hands of a minority of “rich globalists” leading to a profound withdrawal of moderate and dialogic opinion from politics and opening the way to largely so-called right-wing movements, which will be discussed in the second section of this part — around the possibilities of a return to classical ideas of governance.

The collapse of the legitimacy of social contract-based governance

International Law borrows the basic ideas of national law, using them as a criterion of recognition and as a basis for the international order (the so-called domestic analogy). The modern international order has emerged relatively recently. Its symbolic beginning is considered to be the Peace of Westphalia, concluded at the end of the Thirty Years' War, in 1648. Its core political idea is the concept of social contract formulated by Hobbes. The purpose of the social contract was the security of its participants and overcoming the threat of private warfare emanating from feudal institutions.²²

However, the individualism of the social contract supposes a relative equality of opportunity among the individuals making up the separate democratically organised communities. The new goal of the social contract, after the Great Depression and World War II, was to establish a liberal order wherein human opportunities would be significantly expanded and universal prosperity would be guaranteed. This promise was unfulfilled: only narrow segments of society profited from the market economy; for everyone else, this has meant progressive economic, political and cultural alienation. The concept of the Welfare State, with its resources, allowed the West to defeat the USSR in the Cold War, but today it is squandered: even developed countries face shortages of funds, unemployment, unfair distribution and corruption.²³

Even more seriously, as already noted above, the conflict proneness of the Western States has brought into question their basic capacity to guarantee the security of their own citizens. Article 2(4) of the UN Charter has not ensured “perpetual peace”: States are unwilling to renounce the use of force and use human rights and the fight against totalitarianism as a new and unconditional *justa causa*.²⁴ The Western model of democracy is difficult to inculcate in the non-Western world; its forcible introduction can lead to disorganisation and a decline in living standards. Th. Franck's hypothesis of the emergence of a right to democratic rule overcoming the principle of non-interference has turned out to be an utopia.²⁵ In recent years, Western countries have themselves faced a crisis of democratic procedures. There is a change in the methods of governance: under the pretext of a common threat, the State intervenes in the sphere of private life (surveillance, checks, restrictions); the *modus vivendi* of citizens implies constant fear, readiness to endure violence and rejection of unauthorised activity.

At the same time the global order was characterised by a high degree of inequality, and the recipes of international institutions only exacerbated it.²⁶ The rhetoric of common welfare has almost completely disappeared from international legal discourse; the fight against COVID-19 has almost completely ignored socio-economic aspects. Furthermore, *the turn to expertise* as a new basis of legitimacy, accentuated by COVID-19, implies the rejection of democratic procedures, anonymisation of political power, and redistribution of powers in favour of the private international economy (banks and corporations), removing governance from public control. In other words, neoliberalism is incompatible with the social contract theory of governance, also as it is applied to international relations. Its basic tenet is the dismantlement of the State, which is supposed to be the form through which individuals participate in their own governance. As this State retreats, private economic interests, regulated only by private law, if at all, take precedence. Hence, it is not surprising the hold which the Lauterpacht method of International Law enjoys.

A bridge between this and the next section may be provided by some socio-psychological aspects of the critique of late or postindustrial capitalist society, where the very idea of independent will has become illusory. In his study “A Cultural History of International Relations” R. N. Lebow offers a cultural representation of

²² Tolstykh V. L. *Op. cit.* P. 125.

²³ *Ibid.* P. 126.

²⁴ As A. Ispolinov writes, “modern state practice, as well as newly appeared international treaties, directly authorising armed intervention without the consent of the state, do not confirm the thesis about the peremptory nature of the prohibition of the use of force”; and “doctrine has found itself in a situation of deep disagreement on key legal issues” (Ispolinov A. *Normy mezhdunarodnogo prava o primeneni sily i spetsial'naya voennaya operatsiya Rossii* [International Law on the Use of Force and Russia's Special Military Operation] // *Zakon*. 2022. № 8. P. 40. (In Russian).

²⁵ Franck Th. M. *The Emerging Right to Democratic Governance* // *American Journal of International Law*. 1992. № 86. P. 46.

²⁶ “International law is playing a crucial role in helping legitimize and sustain the unequal structures and processes that manifest themselves in the growing north-south divide. Indeed, international law is the principal language in which domination is coming to be expressed in the era of globalization” (Chimni B. S. *Third World Approaches to International Law: A Manifesto* // *International Community Law Review*. 2006. № 8. P. 3).

liberal democracy as the political theory for appetite.²⁷ Liberalism views the human drive of appetite positively, imagining peaceful, productive worlds in which material well-being is a dominant value, with proponents of globalisation predicting a worldwide triumph of liberal-democratic trading nations. It leaves out another main human motivation, the striving for esteem, both self-esteem and esteem that one has won from others, according to agreed rules. Yet Lebow remarks how liberalism offers no ballast to resist the tendency to fear that the precariousness of an international society without any overriding authority repeatedly engenders through the competition which is the main form of contact among States. This is because liberalism does not acknowledge that appetite, like spirit (esteem-driven) societies, have their roots in human motivation, ultimately individual even if inherently socially contagious. Of human motivation, Lebow says:

Spirit and appetite-based worlds are inherently unstable. They are intensely competitive, which encourages actors to violate the rules by which honor and wealth is attained. When enough actors do this, those who continue to obey the rules are likely to be seriously handicapped... The difficulty of appeasing the spirit or appetite, or of effectively discriminating among competing appetites, sooner or later propels both kinds of people and regimes down the road to tyranny. Tyranny is initially attractive because the tyrant is unconstrained by laws. In reality, the tyrant is a true slave because he is ruled by his passions and is not in any way his own master.

So, the long pathway from the 17th century confidence in the humanist construction of the State through the social contract of free and equal individuals — with the mirage sometimes believed to be realised, of a global social contract among Nation/States — ends up at present in a critical breakdown of order, wherein an antinomian spirit prevails at all levels of society, domestic, transnational and international.

A diagnostic exercise offers no solution, although it does indicate obstacles which could, conceivably, be overcome. The primary pillar of a normative order in the West has been the Christian/Greek-Roman. In his work “The Defeat of the West” (in French, 2024) E. Todd²⁸ offers a contemporary history of the West, focused centrally on the United States and Great Britain, as a leading centre of the NATO alliance. It is in terms of the significance of the complete loss of Protestant Christian belief in the two countries. Of course, the relative importance of the US means a primary focus on the significance of norms for the decision-making of the Washington DC Foreign Affairs community, centred around the White House.

The argument follows M. Weber that the reason for the original preeminence of the Anglo-American (also “white” Commonwealth) predominance has been the Protestant belief in predestination as God’s Chosen People, driven by a passion for education and betterment, starting with the Bible, nurtured by a strict and authoritarian family culture, which ensured both national achievement and a profoundly competitive conviction that they had to excel over other nations. The one other deeply Protestant nation, Germany, ran foul of the Anglo-Americans and was knocked into a subordinate place. This Anglo-American political culture accepted restraints on its goals and gave the world the League Covenant, the Kellogg-Briand Pact, the UN Charter and, above all the Atlantic Charter of 1941 (the agreement of Churchill and Roosevelt).²⁹

However, more of a demographer than a political theorist or historian of ideas, Todd uses certain statistical indicators to trace the disappearance of this Christian heritage, which had of course absorbed the Greek heritage of Plato and Aristotle through Aquinas and Augustine. Between 1870 and 1930, full Protestantism gave way to a “zombie” secularised Protestantism, demonstrable primarily through church registration and attendance. That became reduced to attendance at births, marriages and death. During this time adherence to basic tenets of Christian conduct continued, especially the family structure, education of children and service to the community (including patriotism). Of course, the fading out was gradual, and the shock of World War II provided an “Indian summer” for Christian belief. However, from the 1950s to the 2000s the final transition to Zero culture was reached. Again, statistical and other physical indicators of the death of Christianity, are the prevalence of cremation, the collapse of Western family structures — contrasting with a hugely increased role for children of Asian families — the introduction of same-sex marriage and the exclusion of Christian symbolism from public life. At this stage the ethics or morality of Christianity will have vanished completely. Crucial importance attaches to the disintegration of the family and

²⁷ Lebow R. N. *A Cultural Theory of International Relations*. Cambridge, UK and New York : Cambridge University Press, 2008. P. 61–93.

²⁸ Todd E. *La Défaite de l'Occident*. Paris : Seuil, 2024.

²⁹ *Ibid.* P. 140–144.

the loss of any attachment to community ideals, or ideals of public order. The Western societies have become completely atomised.³⁰

From the 1980s, throughout the West, the loss of even secularised Christian ethics expressed itself in the economic world with the abandonment of the Welfare State and the adherence to a philosophy of the withdrawal of the State from ensuring public well-being. Drawing on a radical reading of J. Rawls, “Theory of Justice”, Todd explains how the philosophy that inequality favoured productive competition quickly led to permanent large disparities of wealth. An elitist higher education system created a dominant university educated political class of the 10 % who opposed wealth redistribution or balancing and, especially, favoured the opening of boundaries and resistance to majority demands for immigration control. They ostensibly opposed supposedly right-wing racist policies of the majority, who felt no longer represented by the elites. These themselves had a purely predatory attitude toward capitalism and the primary focus of companies became asset-stripping mergers and acquisitions — which have left the West significantly reduced in industrial capacity in relation to Russia, China and India. The “left behinds”, the majority of Western populations, with no hope of economic redistribution or social mobility, are reduced to consumers in an increasingly competitive, atomised, and because increasingly unproductive, also debt-ridden society. Beyond the top 10 % professional class are the 400 families in the US, who own the capital, administered by the 10 %, who, together with their counterparts in other Western countries, control international trade and finance, so far as still under Western influence — including the Middle East, Australasia, and Northeast Asia (excluding only North Korea).³¹

This picture certainly explains why the so-called profession of international lawyers, whether academic or practitioner, is happy with the “Lauterpacht Paradigm” of International Law. They are part of the 10 % professional class. The interests the legal order has to satisfy are primarily private and economic. Any “violence” can be treated as a threat to the private order and therefore criminal. There is no call to distinguish “terrorism” from national liberation movements. Human rights, the one consolation prize, can be regarded as a concession to the insecurities of the individual. Indeed, non-discrimination “law” can be a very useful tool in demonising any resistance to uncontrolled immigration, as racist populism.

The worst is to come. Enormous military power in the world is concentrated in what Todd called “The Washington Band”. This is more part of the 10 % elite than the top 400 families. However, very much as Lebow has described the individual in the appetite society, they have no Freudian superego to discipline and civilise them. There is nothing beyond the individual desire to acquire wealth and esteem, which translates to maximising the importance of their role as shapers of the US foreign policy. There are no transcendent ideals beyond the ego, whether Christian or humanist. Liberal democratic rhetoric, even of the importance of the US, does not count, as much as the internal dynamics of what Todd calls the mimetic interdependence of this Washington village. There are of course the Central Intelligence Agency and the Pentagon, and behind them, the Military-Industrial Complex. However, Todd is arguing here not for the deep State, but instead for what he calls “the shallow State”. These feckless people are directing a policy which, given the nihilist absence of values, is predominantly militaristic.³²

Todd explains the genocide in Gaza and the absence of any Western reaction, outside some marginal States, as proof of the death of any human values in the leading Western countries.³³ All over Western Europe and North America, freedom of speech and assembly are being openly and brutally suppressed where protests are made against this genocide. Moral confusion reigns supreme, and International Law is not all that has to suffer and be reborn again.

Conclusion

Therefore, International Law and its doctrine are in crisis. This is not a political problem, a defect of a certain institution, a temporary ineffectiveness, gaps that can be filled, etc., but a real crisis, i.e. the situation when International Law has reached a critical (final) stage of its development, which, in turn, makes its total transformation inevitable. In fact, the norms of International Law created at the previous stage cannot be used to respond to new challenges, while the basic ideas that were the starting point for the development of new norms have completely exhausted their creative potential.³⁴ This crisis is comprehensive, i.e. it affects all

³⁰ Todd E. *Op. cit.* P. 151–156.

³¹ *Ibid.* P. 248–268.

³² *Ibid.* P. 287–303.

³³ *Ibid.* P. 367–368.

³⁴ Tolstykh V. L. *Op. cit.* P. 126.

levels of International Law: ideological, theoretical, discursive, legislative, implementational and institutional. It is not accidental and spontaneous, but represents a natural outcome of the historical process — the next, but perhaps the last stage in the development of Western International Law.

The professional community of scholars, diplomats, counsels and judges of international courts is not inclined to recognise the crisis: its symptoms are defined as temporary difficulties, the result of hostile factors or misinterpretations; they are, of course, surmountable, and their overcoming will open the way to a new, happier future. At the same time, the corporation itself is interested in a modicum of criticism that attests to its health — hence, the simulation of criticism and the abandonment of a real resistance. This position results from being embedded in the existing order: most people are either unable to see beyond the familiar picture, or are disposed to use existing structures in order to survive. The end of the existing order in this respect may be the end of the professional community. Just as theologians were expelled from international politics at the end of the 16th century, so international lawyers may be expelled from it at the beginning of the 21st century — «*Silete Advocati in munere alieno!*».³⁵

РАЗМЫШЛЕНИЯ О ФИЛОСОФСКИХ И ИСТОРИЧЕСКИХ ПРИЧИНАХ КРИЗИСА ЗАПАДНОЙ ДОКТРИНЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

КАРТИ Д. Э., ТОЛСТЫХ В. Л.

Карти Джон Энтони — доктор юридических наук, профессор, Институт гуманитарных и социальных наук, Пекинский университет, Пекин, Китайская народная республика (anthonycarty1947@gmail.com).
ORCID: 0000-0002-8698-6418.

Толстых Владислав Леонидович — доктор юридических наук, доцент, ведущий научный сотрудник Института востоковедения РАН, Москва, Россия (vlt73@mail.ru). ORCID: 0000-0001-5103-5324.

Аннотация

Международное право, похоже, утратило обе свои возможные цивилизационные основы — греко-римско-христианскую доктрину естественного права и договорную теорию, основанную на «гуманистической» уверенности в творческом потенциале индивидуальной воли. На практике международное право — в том виде, в котором оно продолжает существовать, — состоит либо из договорных соглашений между двумя или более государствами, либо из односторонних волеизъявлений отдельных государств, обычно оспариваемых другими государствами. В этом смысле международное право было приватизировано, превратилось в дуэль индивидуальных перспектив без онтологически объективной среды, в которую могут быть встроены «враждующие» индивиды. Именно в таком контексте возникает так называемый лаутерпахтовский подход к международному праву. Лаутерпахт утверждает, что аналогии частного права подходят для принятия международно-правовых решений. Таким образом, юридический анализ и суждение концентрируются на взвешивании двух или более конкурирующих волей. Другая проблема заключается в том, что теория общественного договора отдает приоритет стремлению к безопасности как центральной характеристике человека. Правовой дискурс закрывает себя от альтернатив, способных поставить под сомнение эту идею. Например, исключается идея о том, что мировое общество — это естественная семья наций. Новой целью общественного договора после Великой депрессии и Второй мировой войны стало установление либерального порядка, при котором были бы значительно расширены возможности человека и гарантировано всеобщее процветание. Либерализм, однако, предполагает демонтаж государства, то есть формы, с помощью которой индивиды организуют собственное управление. По мере того как государство отступает, на первый план выходят частные экономические интересы, регулируемые только частным правом. Таким образом, долгая дорога от веры XVII века в гуманистическое построение государства через общественный договор свободных и равных индивидов заканчивается в настоящее время критическим разрушением порядка, где антиномичный дух преобладает на всех уровнях общества, внутреннем, транснациональном и международном. Данный диагноз не предлагает решения, хотя и указывает на препятствия, которые, по-видимому, могут быть преодолены.

Keywords

международное право, философия права, общественный договор, либерализм, доктрина, международные суды

Для цитирования: Карти Д. Э., Толстых В. Л. *Размышления о философских и исторических причинах кризиса западной доктрины международного права* // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 3. С. 4–13.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.23983>

References / Список источников

Abiew F. K. (1999) *The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention*, Martinus Nijhoff Publishers.

³⁵ Ibid. P. 123.

- Carty A. (1980) *International Law as a Science, The Place of Doctrine in the History of its Sources*. *Indian Yearbook of World Affairs*, part II, pp. 128–160.
- Carty A. (1991) *Recent Trends in the Theory of International Law*. *European Journal of International Law*, vol. 2, pp. 66–96.
- Carty A. (2017) *Philosophy of International Law*, 2nd edition, Edinburgh University Press.
- Carty A. (2019) *The Decay of International Law*, Manchester University Press.
- Carty A. (2023) *The Need for Interdisciplinarity in the Work of the International Law Commission*. In: Asif Qureshi (ed.) *Law Reforms around the World*, Routledge.
- Chimni B. S. (2006) *Third World Approaches to International Law: A Manifesto*. *International Community Law Review*, vol. 8, pp. 3–27.
- Clausewitz C. von (1989) *On war*, Princeton University Press.
- Crawford J. (2004) *Public International Law in Twentieth Century England*. In: Beaton J., Zimmerman R. (eds.) *Jurists Uprooted, German-s-speaking Émigré Lawyers in Twentieth Century Britain*, Oxford University Press.
- D'Aspremont J. (2017) *International Law as a Belief System*, Cambridge University Press.
- Franck Th. M. (1992) *The Emerging Right to Democratic Governance*. *American Journal of International Law*, vol. 86, pp. 46–91.
- Gazzini T. (2005) *The Changing Rules on the Use of Force in International Law*, Manchester University Press.
- Higgins R. (2006) *Problems and Process. International law and How We Use It*, Clarendon Press.
- Ispolinov A. (2022) *Normy mezhdunarodnogo prava o primenenii sily i spetsial'naya voennaya operatsiya Rossii [International Law on the Use of Force and Russia's Special Military Operation]*. *Zakon*, no. 8, pp. 30–41. (In Russian).
- Lauterpacht H. (1936) *The Function of Law in the International Community*, Oxford University Press.
- Lebow R. N. (2008) *A Cultural Theory of International Relations*. Cambridge, UK and New York, Cambridge University Press.
- Schmitt C. (2006) *The Nomos of the Earth*, Telos Press Publishing.
- Sofaer A. D. (2003) *On the Necessity of Pre-emption*. *European Journal of International Law*, vol. 14, no. 2, pp. 209–226.
- Tesón F. R. (2003) *The liberal case for humanitarian intervention*. In: Holzgrefe J.L., Keohane R.O. (eds.) *Humanitarian intervention: ethical, legal and political dilemmas*, Cambridge University Press.
- Todd E. (2024) *La Défaite de l'Occident [The Defeat of the West]*, Paris: Seuil. (In French).
- Tolstykh V. L. (2022) *Krizis mezhdunarodnogo prava: diagnoz [A Crisis of International Law: A Diagnosis]*. *Zakon*. no. 12, pp. 122–133. (In Russian).

КОМПЕНСАЦИЯ ЗА УЩЕРБ ПРИРОДНЫМ РЕСУРСАМ *VERSUS* КОМПЕНСАЦИЯ ЗА ЭКОЛОГИЧЕСКИЙ УЩЕРБ (НА ПРИМЕРЕ РАЗРЕШЕНИЯ СПОРА МЕЖДУ ДЕМОКРАТИЧЕСКОЙ РЕСПУБЛИКОЙ КОНГО И УГАНДОЙ)

СОЛНЦЕВ А. М.

Солнцев Александр Михайлович — кандидат юридических наук, доцент, заместитель заведующего кафедрой международного права, Российский университет дружбы народов, Москва, Россия (solntsev-am@rudn.ru). ORCID: 0000-0002-9804-8912.

Аннотация

В деле, возбужденном против Уганды в 1999 году, Демократическая Республика Конго (далее — ДРК) просила Международный Суд (далее также — Суд) обязать Уганду выплатить 11 млрд долл. США в качестве компенсации за смерти, грабежи, ущерб природным ресурсам и общий экономический ущерб, вызванный военной оккупацией Угандой регионов ДРК. После продолжительных разбирательств Международный Суд в 2005 году постановил, что Уганда нарушила международное право, оккупировав территории восточного региона ДРК и поддержав вооруженные группы, участвовавшие в конфликте. При этом Суд указал определить сумму компенсации путем переговоров сторон. В мае 2015 года ДРК обратилась в Суд с просьбой возобновить разбирательство для решения вопроса о возмещении ущерба в связи с провалом переговоров. В феврале 2022 года судьи Международного Суда окончательно постановили, что Уганда должна выплатить 325 млн долл. пятью ежегодными платежами по 65 млн долл. начиная с сентября 2022 года. Суд распределил сумму компенсации между разными категориями убытков, в том числе оценил в 60 млн долл. ущерб, нанесенный природным ресурсам путем разграбления золота, алмазов, древесины и др. угандийскими силами или повстанцами, которых они поддерживали. В рамках статьи критически проанализирован подход Суда к определению порядка расчета компенсации ущерба, нанесенного исключительно природным ресурсам (в отличие от экологического ущерба за уничтожение флоры и фауны), проведено сравнение с другими подобными случаями в международной практике. В заключение делается вывод, что подход, использованный Судом при разрешении спора между Угандой и ДРК, не способствует утверждению единого алгоритма оценки ущерба, нанесенного в период вооруженного конфликта, а также выдвигается рекомендация о выработке в рамках Программы ООН по окружающей среде документа о методике расчета экологического ущерба, нанесенного в ходе вооруженных конфликтов.

Ключевые слова

Международный Суд, ущерб природным ресурсам, экологический ущерб, компенсация в международном праве, ДРК против Уганды

Для цитирования: Солнцев А. М. *Компенсация за ущерб природным ресурсам versus компенсация за экологический ущерб (на примере разрешения спора между Демократической Республикой Конго и Угандой)* // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 3. С. 14–24.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.23984>

Введение

На рубеже XX–XXI веков тропический регион Африки погрузился в затяжной конфликт, известный как Вторая конголезская война или Великая африканская война, который справедливо сравнивают с африканской мировой войной. В эпицентре конфликта находилась Демократическая Республика Конго, где и разыгралась трагедия, масштабы которой не имели себе равных с момента крушения колониальной системы. К локальным этническим, политическим и социальным противоречиям в ДРК добавились противоречия, привнесенные соседними государствами, вмешательство которых в итоге привело к международному вооруженному конфликту и дестабилизации всей Центральной Африки¹. Согласно официальным данным в этом конфликте погибли более 3,6 млн человек². Девять соседних стран, в том числе Уганда, были вовлечены в гражданскую войну в ДРК, тем самым получив возможность разграбить природные ресурсы этой страны. Вооруженные силы Уганды оккупировали конголезскую провинцию Итури, богатую древесиной, золотом и алмазами. Средства, вырученные от продажи этих природных ресурсов, впоследствии активно использовались для финансирования вооруженного конфликта. К сожалению, подобные практики — распространенное явление. По оценкам Программы ООН по окружающей среде (далее — ЮНЕП), начиная с 1990 года по

¹ Сидорова Г. М. *Военные конфликты в демократической Республике Конго на рубеже XX–XXI веков и их особенности* // Вестник Волгоградского государственного университета. Сер. 4, Ист. 2011. Т. 20. № 2. С. 81.

² *Declaration de politique generale du gouvernement de la RDC aux participants au dialogue intercongolais de 8 mars 2002* // Bulletin Quotidien de l'Agence Congolaise Presse. 2002. № 46. P. 20–23.

меньшей мере 35 вооруженных конфликтов частично финансировались за счет эксплуатации природных ресурсов. Более того, в 40 % всех немеждународных вооруженных конфликтов, имевших место в последние 65 лет³, присутствовал значимый аспект, связанный с природными ресурсами.

Ввиду вмешательства соседних государств ДРК еще в 1999 году обратилась в Международный Суд с иском против Уганды. В частности, ДРК обвиняла угандийские власти в нарушении своего государственного суверенитета и массовых нарушениях прав человека, включая убийства и пытки мирных жителей. Международный Суд 19 декабря 2005 года признал Уганду виновной во вторжении на территорию ДРК и ответственной за имевшие место там нарушения прав человека⁴. Суд рассмотрел утверждения о том, что Уганда прибегала к практике разграбления природных ресурсов оккупированной территории и других частей ДРК, где действовали ее силы. Суд не нашел достаточных доказательств, чтобы сделать вывод о том, что произошедшее было результатом политики, проводимой правительством Уганды, но постановил, что имело место широкомасштабное разграбление, в том числе природных ресурсов, в котором участвовали угандийские офицеры и солдаты⁵. Уганда была признана ответственной за действия военнослужащих своих вооруженных сил, независимо от того, действовали ли они в соответствии с приказами или вопреки им. Суд обязал Уганду выплатить пострадавшей стороне компенсацию. Уганда как оккупирующая держава была «обязана принимать надлежащие меры для предотвращения разграбления и добычи природных ресурсов на оккупированной территории... частными лицами в округе Итури»⁶. Суд установил, что Уганда нарушила свои обязательства по ст. 43 Гаагского положения о законах и обычаях сухопутной войны 1907 года (далее — Гаагское положение) в качестве оккупирующей державы в Итури в отношении всех актов разграбления и добычи природных ресурсов на оккупированной территории⁷. Это повлекло наступление международной ответственности⁸. Суд указал на наличие веских доказательств в подтверждение заявления ДРК о том, что Уганда нарушила обязанность проявлять бдительность, не приняв адекватных мер по предотвращению мародерства, разграбления и эксплуатации природных ресурсов ДРК угандийскими вооруженными силами⁹.

Интересно отметить, что в ст. 43 Гаагского положения напрямую не говорится о природных ресурсах, и этот вывод является расширительным толкованием нормы со стороны Суда, в то время как сама статья звучит следующим образом: «С фактическим переходом власти из рук законного Правительства к занявшему территорию неприятелю последний обязан принять все зависящие от него меры к тому, чтобы, насколько возможно, восстановить и обеспечить общественный порядок и общественную жизнь, уважая существующие в стране законы, буде к тому не встретится неодолимого препятствия»¹⁰.

После вынесения решения Международным Судом у сторон была возможность согласовать сумму репараций. Однако после десяти лет переговоров ДРК и Уганда так и не смогли достичь консенсуса относительно суммы. В мае 2015 года ДРК обратилась в Суд с просьбой возобновить разбирательство для решения вопроса о возмещении ущерба.

1. Компенсация в международном праве

Критерии и методика расчета компенсации в международном праве детально не урегулированы. Лишь в 2024 году Комиссия международного права ООН (далее — КМП) постановила включить в свою

³ UNEP. *UN Environment launches online course on environmental security and sustaining peace* (6 November 2017). URL: <https://www.unep.org/news-and-stories/story/un-environment-launches-online-course-environmental-security-and-sustaining> (дата обращения: 20.07.2024).

⁴ ICJ. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Judgment (Merits) of 19 December 2005. ICJ Reports 2005. P. 168.

⁵ Ibid, para. 237–250.

⁶ Ibid, para. 248.

⁷ Ibid, para. 250.

⁸ Ibid, para. 345.

⁹ Ibid, para. 246. Здесь представляется важным подчеркнуть, что Суд в связи с этим отметил: Уганда не нарушила принцип суверенитета ДРК в отношении ее природных ресурсов, он неприменим к конкретной ситуации мародерства, разграбления и эксплуатации определенных природных ресурсов членами армии государства, которое совершило военное вторжение на территорию другого государства (para. 244).

¹⁰ Гаагское положение о законах и обычаях сухопутной войны 1907 года. URL: <https://www.icrc.org/ru/doc/resources/documents/misc/hague-convention-iv-181007.htm> (дата обращения: 20.07.2024).

долгосрочную программу работы тему «Компенсация за ущерб, причиненный международно-противоправными деяниями»¹¹.

В Статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния¹² (далее — Статьи) этому посвящена ст. 36: «1) Государство, ответственное за международно-противоправное деяние, обязано компенсировать ущерб, причиненный таким деянием, насколько такой ущерб не возмещается реституцией; 2) Компенсация охватывает любой исчисляемый в финансовом выражении ущерб, включая упущенную выгоду, насколько она установлена». Данная норма является обычной, что еще раз было подтверждено Судом в анализируемом решении 2022 года¹³.

КМП в комментарии к проектам Статей отметила: «Из различных форм возмещения компенсация, возможно, является наиболее распространенной в международной практике. В деле *о проекте Габчиково-Надьмарош* Суд заявил: “[с]уществует вполне устоявшаяся норма международного права, согласно которой потерпевшее государство имеет право на получение компенсации от государства, совершившего международно-противоправное деяние, за причиненный им ущерб”¹⁴»¹⁵.

Столь широкое определение компенсации приводит к тому, что различные международные суды по-разному подходят к трактовке этого понятия. Большинство исходит из необходимости полной компенсации, объем которой определяется с учетом общего признания в проектах Статей того, что «компенсация должна покрывать любой поддающийся финансовой оценке ущерб, включая упущенную выгоду»¹⁶. Однако эти принципы оставляют значительное пространство для интерпретации, в котором сосуществует множество различных подходов судов к методам оценки компенсации, определению видов ущерба, подлежащих разумной компенсации, и определению размера возмещения. Хотя дискреционный характер компенсации в каждом контексте или даже в каждом отдельно взятом случае означает неизбежные вариации, ограниченное объяснение (если оно имеется) того, как именно суд пришел к назначению определенной суммы, вызывает вопросы о справедливости компенсации. По этой причине К. Грей охарактеризовала присуждение компенсации за ущерб как нечто едва ли не «импрессионистское»¹⁷. Вариативность такого рода также создает постоянные проблемы с управлением ожиданиями при оценке компенсации в будущих делах или, что более важно, с пониманием того, что может привести к финансовым последствиям, чтобы соответствующим образом формировать поведение субъектов международного права.

Более детально вопросы компенсации рассмотрены в международном праве прав человека и международном гуманитарном праве¹⁸, в том числе в специальном акте, носящем рекомендательный характер, — *Основных принципах и руководящих положениях, касающихся права на правовую защиту и возмещение ущерба для жертв грубых нарушений международных норм в области прав человека и серьезных нарушений международного гуманитарного права* (приняты резолюцией 60/147 Генеральной Ассамблеи ООН от 16 декабря 2005 года). Однако еще раз отметим, что практика международных судов и трибуналов в части назначения сумм компенсаций различна¹⁹ (например, Межамериканского Суда по правам человека и Европейского Суда по правам человека²⁰).

Компенсация в практике Международного Суда вообще крайне редкое явление, поэтому в анализируемом деле Суд часто ссылался на практику двух международных квазисудебных комиссий,

¹¹ Док. ООН A/79/10 «Доклад Комиссии международного права. Семьдесят пятая сессия (29 апреля–31 мая и 1 июля–2 августа 2024 года)», п. 46.

¹² Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 56/83 от 12 декабря 2001 года «Ответственность государств за международно-противоправные деяния».

¹³ ICJ. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Judgment (Reparations) of 9 February 2022 (далее — *DRC v. Uganda (Reparations)*), para. 70.

¹⁴ *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997. P. 81. Para. 152. См. также решение Постоянной палаты международного правосудия по делу *о фабрике в Хожуве*, в котором она указала, что «существует принцип международного права, согласно которому возмещение за противоправное деяние может состоять из компенсации» (*Factory at Chorzów, Jurisdiction*, Judgment № 8, 1927, P.C.I.J., Series A, № 9. P. 27).

¹⁵ Доклад Комиссии международного права о работе ее пятьдесят третьей сессии, 2001 (далее — Комментарий КМП к проектам Статей), комм. к ст. 36, п. 2. С. 248.

¹⁶ См. комм. к ст. 36: Crawford J. *The ILC's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge : Cambridge University Press, 2002.

¹⁷ Gray C. *Remedies // The Oxford Handbook of International Adjudication I* ed. by C. P. Romano et al. Oxford : Oxford University Press, 2014. P. 882.

¹⁸ «Воюющая Сторона, которая нарушит постановления сказанного Положения, должна будет возместить убытки, если к тому есть основание. Она будет ответственна за все действия, совершенные лицами, входящими в состав ее военных сил» (Статья 3 Гагской Конвенции о законах и обычаях сухопутной войны, 18 октября 1907 года. URL: <https://www.icrc.org/ru/doc/resources/documents/misc/hague-convention-iv-181007.htm> (дата обращения: 20.07.2024)).

¹⁹ Кебурия К. О., Солнцев А. М. *Значение Основных принципов и руководящих положений ООН о праве на защиту и возмещение ущерба 2005 г.* // Московский журнал международного права. 2021. № 2. С. 78–98.

²⁰ Shelton D. *Remedies in International Human Rights Law*. Oxford University Press, 2015. P. 214–279.

которая весьма репрезентативна в этом вопросе: Компенсационной комиссии ООН, созданной после вторжения Ирака в Кувейт²¹, и Эритрейско-Эфиопской комиссией²². В соответствии со ст. 36(2) Статута Международного Суда компетенция Суда касается следующих вопросов: а) толкование договора; б) любой вопрос международного права; в) наличие факта, который, если он будет установлен, представит собой нарушение международного обязательства; г) характер и размер возмещения, причитающегося за нарушение международного обязательства. Компетенция Суда согласно ст. 36(2d) Статута реализуется крайне редко. Следует подчеркнуть, что анализируемый спор — это четвертое по счету решение за 79 лет, в котором Суд зафиксировал конкретную сумму компенсации ущерба²³. Как раз в предпоследнем из этих решений, в деле *Коста-Рика против Никарагуа* 2018 года, Суд впервые в истории своей деятельности постановил возместить именно экологический ущерб. Учитывая волну критики в адрес этого решения, вызванную новым методом расчета суммы возмещения экологического вреда и отказом задействовать внешнюю экспертизу²⁴, важно проанализировать, изменилось ли отношение Суда к этому вопросу к 2022 году, когда Суд рассчитал компенсацию в деле *ДРК против Уганды*. Справедливости ради стоит отметить, что методика оценки размера компенсации всегда вызывала вопросы. Даже в деле *о проливе Корфу* не содержится практически никаких указаний относительно судебной методологии его определения: «Суду достаточно убедить себя методами, которые он сочтет подходящими, что представленные доводы [Соединенного Королевства] хорошо обоснованы... Суд считает, что цифры, представленные правительством Соединенного Королевства, разумны и что его претензии хорошо обоснованы»²⁵.

2. Компенсация за экологический ущерб и природные ресурсы

В Комментарий КМП к проектам Статей отмечается следующее: «Вместе с тем экологический ущерб нередко может превышать размеры ущерба, легко определяемого с точки зрения расходов по очистке территории или обесценения имущества. Фактический ущерб, нанесенный таким ценностям экологического порядка (биологическому разнообразию, красоте природного ландшафта и т. д., иногда именуемым “ценности, не имеющие утилитарного значения”), является не менее реальным и подлежащим компенсации, чем ущерб имуществу, хотя его, возможно, и сложнее определить в количественном отношении»²⁶. Компенсация за ущерб окружающей среде — не самое распространенное явление в международном праве, и международная правоприменительная практика в этом отношении не столь репрезентативна²⁷.

Экологический ущерб — широкое понятие, включающее в себя ущерб природным ресурсам и ряд иных элементов²⁸. Ущерб природным ресурсам носит чисто экономический характер, тогда как экологический ущерб, помимо денежной составляющей, предполагает возмещение в натуре

²¹ *Gulf War Reparations and the UN Compensation Commission: Environmental Liability* / ed. by C. Payne C., P. Sand. New York, 2011; *War Reparations and the UN Compensation Commission: Designing Compensation After Conflict* / ed. by T. J. Feighery, C. S. Gibson, T. M. Rajah. Oxford University Press, 2015; Houtte H., Das H., Delmartino B. *The United Nations Compensation Commission // The Handbook of Reparations* / ed. by P. de Greif. Oxford, 2006; Солнцев А. М. *Деятельность Компенсационной комиссии ООН по возмещению экологического ущерба после вооруженного конфликта между Ираком и Кувейтом // Ближний Восток и международное право: монография* / под ред. А. Х. Абашидзе. М.: РУДН, 2019. С. 203–214.

²² Murphy Sean D., Kidane W., Snider T. *Litigating War: Mass Civil Injury and the Eritrea–Ethiopia Claims Commission*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

²³ Это было в первом решении Суда по делу *о проливе Корфу* 1949 года (*Corfu Channel (U.K. v. Alb.)*, Judgment, ICJ Rep. 4 (9 April 1949)); затем в 2012 году в деле *о компенсации Ахмаду Садио Диалла* (*Ahmadou Sadio Diallo (Guinea v. Dem. Rep. Congo)*, Compensation, Judgment, 2012 ICJ Rep. 324 (19 June)); и в 2018 году в деле *Коста-Рика против Никарагуа* (*ICJ Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) Compensation Owed by the Republic of Nicaragua to the Republic of Costa Rica*, Judgment of 2 February 2018).

²⁴ Rudall J. *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) // American Journal of International Law*. 2018. Vol. 112. № 2. P. 288–294; Солнцев А. М. *Оценка экологического ущерба Международным судом ООН в деле об определенных видах деятельности, осуществленных Никарагуа в пограничном районе (Коста-Рика против Никарагуа) // Международное право: практико-ориентированный курс. Учебно-методическое пособие* / под ред. А. Х. Абашидзе. Москва, 2020. С. 68–77.

²⁵ ICJ. *Corfu Channel Case*, Judgment (Compensation) of 15 December 1949, ICJ Reports 1949. P. 248–249. (“It is sufficient for the Court to convince itself by such methods as it considers suitable that the submissions [of the United Kingdom] are well founded”) P. 248; (“The Court considers that the figures submitted by the United Kingdom Government are reasonable and that its claim is well founded”) P. 249.

²⁶ Комментарий КМП к проектам Статей, комм. к ст. 36, п. 15. С. 256.

²⁷ Reis T. H. *Compensation for Environmental Damage under International Law: the Role of the International Judge*. Wolters Kluwer, 2011; Rudall J. *Compensation for Environmental Damage Under International Law*. Routledge, 2020.

²⁸ *Правовое регулирование возмещения экологического вреда: науч.-практич. пособие* / С. А. Боголюбов, Е. С. Болтанова, М. М. Бринчук [и др.]; отв. ред. Н. В. Кичигин. М.: ИНФРА-М: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 2017.

(в данном случае, например, это соразмерная высадка уничтоженного леса), возмещение ценностей экологического порядка, названных выше.

Ввиду сложностей, возникающих на практике при расчете экологического вреда, автор предлагает разработать в рамках ЮНЕП универсальную методику оценки экологического ущерба, поскольку в будущем количество судебных дел, где такая оценка востребована, будет расти. Отметим, что на национальном уровне подобного рода документы приняты в большинстве государств²⁹. Принятие данного документа рекомендательного характера способствовало бы унификации практики и усилило бы положительные ожидания от решений международных судов. Более того, поскольку речь идет об ущербе в период вооруженного конфликта, к созданию данного документа следовало бы привлечь Международный Комитет Красного Креста (далее — МККК). В данном деле Суд мог бы сослаться на имеющиеся последние документы КМП и МККК, однако он обошел их вниманием. Подробнее об этом будет сказано ниже.

3. Анализ решения о компенсации 2022 года в части ущерба природным ресурсам

В феврале 2022 года судьи Международного Суда постановили, что Уганда должна выплатить ДРК 325 млн долл. пятью ежегодными платежами по 65 млн долл. начиная с сентября 2022 года³⁰. ДРК требовала в общей сложности более 11 млрд долл., так что итоговая сумма, назначенная Судом, составила менее 3% от заявленной изначально. Суд распределил компенсацию между разными категориями убытков. Он назначил 225 млн долл. за «гибель людей и другой ущерб людям», включая изнасилования, вербовку детей-солдат и принудительное перемещение до 500 тысяч человек. Еще в 40 млн долл. Суд оценил ущерб имуществу, и в 60 млн долл. — ущерб, нанесенный природным ресурсам в результате разграбления золота, алмазов, древесины и других ресурсов угандийскими силами или повстанцами, которых они поддерживали. Согласно решению Суда от 1 сентября 2022 года Уганда перевела 65 млн долл. в качестве первого платежа³¹. Краткие обзоры этого решения уже публиковались в иностранных академических журналах³². Важно понять, насколько соразмерна сумма в 60 млн долл. в качестве компенсации за экологический ущерб (п. 259–366 решения), особенно с учетом того, что ДРК изначально требовала более одного миллиарда долларов за ущерб, нанесенный природным ресурсам³³.

Чтобы определить окончательную сумму экологического ущерба, Суд должен был классифицировать различные виды ущерба и в отношении каждого принять решение о назначении конкретной суммы, основанной на достоверных научных доказательствах. Это создало методологические и доказательные проблемы для Суда, в частности потому, что по прошествии более 17 лет с момента нанесения ущерба сложно, а порой и невозможно установить или документально подтвердить некоторые факты. В сложившейся ситуации Суд принял решение назначить эксперта. Таким образом, Суд при оценке ущерба природным ресурсам решил не опираться на экосистемную методику, предложенную ДРК, а вместо этого в значительной степени опирался на методологию своего эксперта г-на М. Нэста³⁴. Факт назначения эксперта показывает и то, что Суд учел

²⁹ Например, в России: Постановление Правительства РФ от 29 декабря 2018 года № 1730 (ред. от 18 декабря 2020 года) «Об утверждении особенностей возмещения вреда, причиненного лесам и находящимся в них природным объектам вследствие нарушения лесного законодательства»; Приказ Минприроды России от 8 августа 2010 года № 238 (ред. от 18 ноября 2021 года) «Об утверждении Методики исчисления размера вреда, причиненного почвам как объекту охраны окружающей среды»; Приказ Минприроды России от 28 января 2021 года № 59 «Об утверждении Методики исчисления размера вреда, причиненного атмосферному воздуху как компоненту природной среды»; Приказ Минсельхоза России от 31 марта 2020 года № 167 «Об утверждении Методики исчисления размера вреда, причиненного водным биологическим ресурсам»; Приказ Минприроды России от 13 апреля 2009 года № 87 (ред. от 26 августа 2015 года) «Об утверждении Методики исчисления размера вреда, причиненного водным объектам вследствие нарушения водного законодательства»; Приказ Госкомэкологии РФ от 11 февраля 1998 года № 81 «Об утверждении Методики исчисления размера ущерба от загрязнения подземных вод».

³⁰ *DRC v. Uganda (Reparations)*.

³¹ Uganda pays first installment of \$325m war reparations to DRC. URL: <https://www.aljazeera.com/news/2022/9/12/uganda-pays-first-installment-of-325m-war-reparations-to-drc> (дата обращения: 20.07.2024).

³² Sidhu B. *International Court of Justice (ICJ) // Yearbook of International Environmental Law*. 2022. Vol. 33. № 1. P. 225–229; Harrison J. *Significant International Environmental Law Developments: 2021–22 // Journal of Environmental Law*. 2022. Vol. 34. № 3. P. 499–515; Greenwood C. *The International Court of Justice and the Development of International Humanitarian Law // International Review of the Red Cross*. 2022. Vol. 104. № 920–921. P. 1840–1855.

³³ *DRC v. Uganda (Reparations)*, para. 260.

³⁴ Ibid, para. 268. Г-н Майкл Нэст, гражданин Австралии, советник по вопросам управления окружающей средой в рамках Программы Европейского союза по подотчетности, верховенству закона и борьбе с коррупцией в Гане и бывший аналитик по «конфликтным минералам» в проектах Агентства США по международному развитию и Немецкого общества по международному сотрудничеству в районе Великих озер в Африке. URL: <https://michaelnest.com> (дата обращения: 20.07.2024).

прозвучавшую в доктринальных источниках критику, адресованную ему в связи с делом *Коста-Рика против Никарагуа*, при рассмотрении которого эксперт не привлекался и Суд самостоятельно выбрал методику расчета экологического вреда. В решении по делу ДРК и Уганды Суд подчеркнул, что «методологический подход, использованный в экспертном заключении, в целом убедителен»³⁵. При этом Суд не назвал критерии убедительности, но лишь отметил прозрачность избранной методологии в отношении ограничений и дифференциацию в зависимости от ресурса и надежности данных, оцениваемых экспертом. Суд подчеркнул, что «подход, использованный в заключении эксперта, основан на оценках, полученных на основании надежных экономических данных, научных публикаций и материалов дела, и дает более убедительную оценку ситуации и ущерба»³⁶. Контрпроверок не было, поскольку стороны не предприняли шагов по их проведению. Стоит согласиться с мнением профессора Д. Десиерто, что Суд также ничего не сказал о том, было ли необходимо опираться на ряд экспертных заключений или проводить контрпроверку данных и привлекать других независимых экспертов для выверки научной строгости и общего качества экспертного заключения М. Нэста³⁷.

Суд также обошел вниманием вопрос об общей оценке экологического ущерба, проанализировав лишь оценку ущерба отдельным объектам природных ресурсов: полезные ископаемые (золото, алмазы, колтан, олово и вольфрам), флора (кофе и древесина) и фауна³⁸. Таким образом, Суд счел, что экспертный отчет М. Нэста и связанные с ним отчеты ООН «предлагают наилучшую возможную оценку масштабов эксплуатации природных ресурсов при данных обстоятельствах»³⁹. Суд указал, что может «присудить компенсацию в виде общей суммы в пределах возможностей, указанных в доказательствах, и с учетом соображений справедливости»⁴⁰, и установил общую сумму за разграбление и эксплуатацию природных ресурсов в размере 60 млн долл. США.

В вопросе о возмещении ущерба природным ресурсам ДРК выступала за пониженный стандарт доказывания (в сравнении с делами, где наличествовала достаточная база научных доказательств и со времени нанесения ущерба прошло не столь много времени). И здесь Суд в итоге встал на сторону ДРК, сославшись на дело *о проливе Корфу* («государству, которое не в состоянии предоставить прямые доказательства определенных фактов, должно быть разрешено более либеральное обращение к выводам о фактах и косвенным доказательствам»⁴¹) и отметив, что «конкретная связь между правонарушениями и отдельными элементами ресурсов необязательна»⁴². Поскольку размер компенсации за разные виды ущерба природным ресурсам не мог быть точно установлен, Суд создал категорию общих сумм (англ.: *global sums*) для возмещения вреда, факт причинения которого не оспаривается, хотя не имеет при этом под собой достаточных доказательств. Состав этой категории неоднороден и охватывает все виды вреда, за который Суд не смог установить конкретную сумму. Возможно, в данном случае для Суда лучше было назначить общую сумму, чем вообще не назначать выплату компенсации. К сожалению, Суд не пояснил, какова методология исчисления окончательной общей суммы, тем самым затруднив понимание того, что было учтено, а что нет в назначенной сумме компенсации. В частности, это просматривается в случае с ущербом флоре и фауне. Отметив, что, хотя имеющихся доказательств недостаточно для определения приблизительного количества смертей животных, за которые Уганда должна возместить ущерб, Суд тем не менее пришел к выводу, что Уганда несет ответственность за значительный ущерб фауне в заповеднике дикой природы Окапи и в северной части национального парка Вирунга, которые расположены в Итури. На этом основании Суд

³⁵ *DRC v. Uganda (Reparations)*, para. 277.

³⁶ *Ibid*, para. 277.

³⁷ Desierto D. *The International Court of Justice's 2022 Reparations Judgment in DRC v. Uganda: 'Global Sums' as the New Device for Human Rights-Based Inter-State Disputes* (EJIL Talks, 14 February 2022). URL: <https://www.ejiltalk.org/the-international-court-of-justices-2022-reparations-judgment-in-drc-v-uganda-a-new-methodology-for-human-rights-in-inter-state-disputes> (дата обращения: 20.07.2024).

³⁸ *Ibid*.

³⁹ *DRC v. Uganda (Reparations)*, para. 364.

⁴⁰ *Ibid*, para. 365.

⁴¹ ICJ. *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*, Judgment (Merits) of 9 April 1949. ICJ Reports 1949. P. 18. Отметим, что здесь же Суд сослался на практику Эритрейско-Эфиопской комиссии по рассмотрению претензий: «ЕЕСС признала трудности, связанные с вопросами доказывания при рассмотрении исков о возмещении ущерба за нарушения обязательств по *jus in bello* и *jus ad bellum*, совершенные в контексте международного вооруженного конфликта. Хотя для установления факта нанесения ущерба требовались «ясные и убедительные доказательства», ЕЕСС отметила, что если бы для количественной оценки ущерба требовались такие же высокие стандарты, это бы помешало любому возмещению» (*DRC v. Uganda (Reparations)*, para. 123).

⁴² *DRC v. Uganda (Reparations)*, para. 363.

назначил компенсацию за этот вид ущерба как часть общей суммы за ущерб, нанесенный природным ресурсам⁴³.

Если в отношении некоторых объектов непонятна методология расчета ущерба, то другие категории, например, обезлесение (англ.: *deforestation*), судьи и вовсе обошли вниманием. В решении 2022 года вырубка лесов не расценивалась как ущерб, требующий компенсации, несмотря на тот факт, что боевые действия велись на территории, покрытой тропическим лесом, значимым для всей Африки, ведь именно в ДРК находится «второй по величине массив тропических лесов в мире... и примерно половина тропических лесов континента»⁴⁴. Около 87 % территории Итури по состоянию на 2000 год занимали леса, в связи с чем этот регион признавался одним из самых важных районов дикой природы, оставшихся на Земле⁴⁵. К сожалению, Суд вместо оценки обезлесения сосредоточился исключительно на коммерческой древесине (англ.: *commercial timber*), отметив: «Однако в данном деле ДРК не представила Суду основания для оценки ущерба, нанесенного окружающей среде, в частности биоразнообразию, в результате обезлесения. Суд, таким образом, не может определить размер ущерба, нанесенного ДРК, даже приблизительно и поэтому отклоняет иск о возмещении ущерба окружающей среде в результате обезлесения» (пар. 350). Иными словами, ДРК не представила доказательств, эксперт обошел вниманием, а Суд занял пассивную позицию. Это позволяет констатировать следующее: сосредоточенность сторон и Суда на разграблении или эксплуатации природных ресурсов при исключении более широкого понятия экологического вреда свидетельствует, что для их понимания окружающей среды характерен явный акцент на ее экономической ценности и потенциале эксплуатации человеком. При таком подходе окружающая среда как таковая не самоценна и не является конечной целью мер по ее охране и защите. Данный тезис крайне важен для понимания цели настоящего исследования. В результате Суд не принял во внимание и экологический ущерб биологическому разнообразию. Здесь можно констатировать губительный переход к антропоцентризму, хотя еще в 2018 году Суд отмечал: «...компенсация полагается за ущерб, причиненный окружающей среде, как таковой»⁴⁶.

Почему это произошло? Ж. Бендел⁴⁷ считает, что ДРК могла бы предъявить отдельное требование в отношении утраты биологического разнообразия в связи с обезлесением и представить больше доказательств вреда, причиненного вырубкой лесов, чтобы убедить Суд рассмотреть этот вид экологического ущерба отдельно. Отчасти это действительно так, и с мнением Бендел можно согласиться. Эксперт истолковал требование ДРК о возмещении ущерба в связи с вырубкой леса как относящееся исключительно к коммерческой древесине. При этом у Суда, как известно, активная роль в процессе (Суд оставляет за собой право задавать дополнительные вопросы экспертам, если считает нужным, или потребовать дополнительные доказательства у ДРК), но он этим не воспользовался.

Конечно, еще нельзя забывать, что Уганда является развивающимся государством и не в состоянии выплачивать большие суммы компенсации, поэтому ученые выражают беспокойство в связи с тем, что «крупные компенсации, даже если они оправданы при серьезных нарушениях, могут стать непосильным бременем для государства, потенциально превышая его ресурсы»⁴⁸. Как указывалось выше, первый транш был выплачен в 2022 году, но уже в отношении второго транша в 2023 году возникла заминка и, согласно открытым данным, рассматривалась возможность уплаты компенсации в форме инвестиций в инфраструктуру ДРК, в том числе в строительство дорог⁴⁹. Вместе с тем нет повода использовать одни стандарты в спорах с участием развивающихся государств, а другие — в спорах с развитыми. Можно было бы уплачивать сумму и в течение более длительного срока, или же указать Уганде восстановить лесной покров путем посадок деревьев, иначе остается неизвестным, на какие нужды ДРК направила эти средства. Представляется, что

⁴³ Ibid.

⁴⁴ *Forests in post-conflict Democratic Republic of Congo Analysis of a Priority Agenda* (2007). URL: https://www.cifor.org/publications/pdf_files/Books/BCIFOR0701.pdf (дата обращения: 20.07.2024).

⁴⁵ *Global Forest Watch*. URL: <https://clck.ru/33srRm> (дата обращения: 20.07.2024).

⁴⁶ ICJ. *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment (Compensation) of 2 February 2018, para. 41.

⁴⁷ Bendel J. *Conspicuous by Absence: Why Did the DRC Receive No Compensation for Deforestation at the ICJ?* URL: <https://opiniojuris.org/2022/04/14/conspicuous-by-absence-why-did-the-drc-receive-no-compensation-for-deforestation-at-the-icj> (дата обращения: 20.07.2024).

⁴⁸ См. например: Paparinskis M. *A Case Against Crippling Compensation in International Law of State Responsibility // Modern Law Review*. 2020. Vol. 83. № 6. P. 1246.

⁴⁹ *Congo and Uganda: Will new roads serve as war compensation?* (9 March 2023). URL: <https://timesofoman.com/article/135588-congo-and-uganda-will-new-roads-serve-as-war-compensation> (дата обращения: 20.07.2024).

следует маркировать эту сумму и в самом решении определять, что государство должно создать фонд для направления этой суммы на восстановление лесного покрова и парков. Экосистемный подход должен использоваться везде, даже если суммы выплат будут занижены исходя из возможностей государств.

С сожалением можно отметить, что Суд не сослался на новые специализированные международные документы, обобщающие правоприменительную практику по вопросу об определении компенсации: 1) Принципы, касающиеся защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами (разработаны КМП и одобрены Генеральной Ассамблеей ООН в 2022 году⁵⁰); 2) Руководство МККК по защите природной среды во время вооруженных конфликтов: нормы и рекомендации, касающиеся защиты природной среды в соответствии с международным гуманитарным правом 2020 года⁵¹. С одной стороны, итоговый проект принципов КМП был одобрен после вынесения решения, но, с другой стороны, были доступны иные предварительные материалы КМП, которая с 2013 года работала с этой темой⁵². В отношении рассматриваемого решения Суда представляют интерес принципы 9 «Ответственность государств», 16 «Запрещение разграбления» и 20 «Устойчивое использование природных ресурсов» этого документа. Тем более что принцип 9.1 гласит: «Государство обязано предоставить полное возмещение за такой ущерб, включая ущерб окружающей среде как таковой»⁵³. Как упоминалось выше, еще в 2018 году Суд в деле *Коста-Рика против Никарагуа* постановил: «С учетом принципов международного права, регулирующих последствия международно-правовых деяний, включая принцип полного возмещения ущерба, компенсация должна быть выплачена за ущерб, причиненный окружающей среде самой по себе»⁵⁴. Здесь имеется в виду ущерб, который не связан с материальным ущербом, но ведет к ухудшению или потере способности окружающей среды предоставлять экосистемные услуги (качество воздуха, биоразнообразия, связывание углерода из атмосферы). В отношении Руководства МККК 2020 года применимыми в данном деле являются нормы 13 «Запрет на уничтожение природной среды, не оправданное настоятельной военной необходимостью», 14 «Запрет на разграбление» и 15(С) «Нормы, касающиеся частной и общественной собственности, в том числе природной среды, в случае оккупации». Указанные документы опираются на свежую правоприменительную практику и могут служить прочной основой для полного возмещения экологического вреда, причиненного в период вооруженного конфликта.

Заключение

В 2018 году Международный Суд впервые в своей истории произвел расчет межгосударственного экологического ущерба в деле *Коста-Рика против Никарагуа*. В решении 2022 года Суд присудил компенсацию ДРК за ущерб природным ресурсам, нанесенный во время вооруженного конфликта с Угандой. С рассмотрением спора между ДРК и Угандой были связаны определенные надежды на выработку единых стандартов оценки экологического ущерба в судебной практике, но, к сожалению, этого не произошло. Если в отношении полезных ископаемых (золото, алмазы, колтан, олово и вольфрам) представляется допустимым оценивать чисто экономический ущерб, опуская вопросы компенсации за экологический вред, сопряженный с их добычей, то в отношении ущерба флоре и фауне следует производить более широкую оценку именно экологического вреда, а не чисто экономический расчет ущерба природным ресурсам.

⁵⁰ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 77/104 от 7 декабря 2022 года «Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами». Также см. материалы на сайте КМП. URL: https://legal.un.org/ilc/guide/8_7.shtml (дата обращения: 20.07.2024).

⁵¹ МККК. *Руководство по защите природной среды во время вооруженных конфликтов. Нормы и рекомендации, касающиеся защиты природной среды в соответствии с международным гуманитарным правом*. URL: <https://shop.icrc.org/guidelines-on-the-protection-of-the-natural-environment-in-armed-conflict-pdf-pr-1.html> (дата обращения: 20.07.2024).

⁵² Отметим, что в консультативном заключении «*Правовые последствия, вытекающие из политики и практики Израиля на оккупированной палестинской территории, включая Восточный Иерусалим*» от 19 июля 2024 года Международный Суд впервые сослался на «Принципы защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами». См.: ICJ. *Legal consequences arising from the policies and practices of Israel in the occupied Palestinian territory, including East Jerusalem*. Advisory Opinion of 19 July 2024, para. 124. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-00-en.pdf> (дата обращения: 20.07.2024).

⁵³ Остроухов Н.В., Солнцев А.М. *Некоторые новации в сфере защиты окружающей среды до, в период и после вооруженных конфликтов* // Международный правовой курьер. 2022. № 5. С. 46–49.

⁵⁴ ICJ. *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*. Judgment (Compensation) of 2 February 2018, para. 348.

В отличие от дела *Коста-Рика против Никарагуа*, в деле 2022 года Суд привлек внешнего эксперта, что можно рассматривать как положительный момент, но использованная методология в итоге не стала прозрачнее и обоснованнее. Суд, хотя и проанализировал все виды ущерба, в итоге назначил общую сумму компенсации за весь экологический ущерб, что не позволяет сделать объективный вывод о наличии определенной методологии расчета в отношении каждого вида ущерба. Более того, сосредоточенность внимания сторон и Суда на разграблении и эксплуатации природных ресурсов и исключение из обсуждения широкого понимания экологического вреда свидетельствуют о сильном акценте на экономической ценности и потенциале эксплуатации человеком, а не на ценности окружающей среды как таковой. В результате Суд не принял во внимание, например, экологический ущерб биоразнообразию: вместо биоразнообразия — флора и фауна, а вместо оценки обезлесения — коммерческая древесина.

При рассмотрении этого дела Суд столкнулся с практическими и теоретическими проблемами. Действительно, основание для возмещения вреда окружающей среде в данном случае было непростым. Монетизация экологического ущерба — сложная задача, особенно если ущерб нанесен задолго до того, как доказательства были оценены Судом. Однако в данном случае судьи располагали средствами для более глубокого изучения вопроса. К сожалению, несмотря на то, что решение о компенсации по делу *Коста-Рика против Никарагуа* представило теоретические основания для возмещения экологического вреда, в деле ДРК против Уганды Суд решил их не задействовать, тем самым упустив возможность признать и оценить негативное воздействие вооруженного конфликта на природную среду.

Автор предлагает разработать в рамках ЮНЕП универсальную методику оценки экологического ущерба, поскольку в будущем количество дел, где такая методика может быть востребована, будет расти. Недавно Международный Суд вынес консультативное заключение «Правовые последствия, вытекающие из политики и практики Израиля на оккупированной палестинской территории, включая Восточный Иерусалим» (19 июля 2024 года), в котором также признал необходимость возмещения вреда природным ресурсам за время оккупации. Соответственно, скоро вновь может встать вопрос о расчете компенсации за такой ущерб.

Решение о компенсации ДРК в сумме 60 млн долл. за экологический ущерб в период вооруженного конфликта представляется несоразмерным в том числе из-за отсутствия универсальной методики расчета компенсации экологического вреда в международном праве, а также небогатой и противоречивой практики международных судов и трибуналов. Это создает постоянные проблемы с управлением ожиданиями при оценке компенсации в будущих делах или, что более важно, с пониманием того, что может привести к финансовым последствиям, чтобы соответствующим образом формировать поведение субъектов международного права.

COMPENSATION FOR DAMAGE TO NATURAL RESOURCES VERSUS COMPENSATION FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE (ON THE EXAMPLE OF DISPUTE SETTLEMENT BETWEEN THE DEMOCRATIC REPUBLIC OF CONGO AND UGANDA)

SOLNTSEV A.

Alexander Solntsev — Candidate of Sciences in Law, Associate Professor, Deputy Head of International Law Department, Peoples' Friendship University of Russia, Moscow, Russia (solntsev-am@rudn.ru).
ORCID: 0000-0002-9804-8912.

Abstract

In a case brought against Uganda in 1999, the Democratic Republic of Congo (hereinafter — DRC) asked the International Court of Justice (hereinafter — ICJ, the Court) to order Uganda to pay it \$11 billion in compensation for deaths, looting, damage to natural resources and general economic damage caused by Uganda's military occupation of DRC regions. After lengthy proceedings, the ICJ ruled in 2005 that Uganda had violated international law by occupying parts of the eastern DRC region and supporting other armed groups during the conflict. In doing so, the Court directed the parties to reach a negotiated amount of compensation. In May 2015, DRC asked the Court to reopen the proceedings to address the issue of reparations for the failure of negotiations with Uganda. In February 2022, the ICJ judges finally ordered Uganda to pay \$325 million in five annual instalments of \$65 million beginning in September 2022. The Court divided the compensation into different categories of damages, including an estimate of \$60 million for natural resource damages, including the looting of gold, diamonds, timber, and other resources by Ugandan forces or the rebels they supported. The article critically analyses the Court's approach to determining the calculation of compensation purely for natural resource damage rather

than for environmental damage for the destruction of flora and fauna, comparing it with other similar cases in international practice. The conclusion is made that the approach used by the Court does not contribute to the development of uniformity in the assessment of damage in the period of armed conflict and a recommendation is made to develop a document on the methodology of calculation of environmental damage in the period of armed conflicts within the framework of United Nations Environment Programme.

Keywords

International Court of Justice, damage to natural resources, environmental damage, compensation in international law, DRC v. Uganda

Citation: Solntsev A. Kompensatsiya za usherb prirodnym resursam *versus* kompensatsiya za ékologicheskiy usherb (na primere razresheniya spora mezhdu Demokraticheskoy Respublikoy Kongo i Ugandoy) [Compensation for Damage to Natural Resources *versus* Compensation for Environmental Damage (On the Example of Resolving the Dispute Between the Democratic Republic of Congo and Uganda)] // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2024. Vol. 2. No. 3. P. 14–24. (In Russian).

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.23984>

References / Список источников

Bendel J. (2022) Conspicuous by Absence: Why Did the DRC Receive No Compensation for Deforestation at the ICJ? Available at: <https://opiniojuris.org/2022/04/14/conspicuous-by-absence-why-did-the-drc-receive-no-compensation-for-deforestation-at-the-icj> (accessed: 20.07.2024).

Crawford J. (2022) *The ILC's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*. Cambridge: Cambridge University Press.

Desierto D. (2022) The International Court of Justice's 2022 Reparations Judgment in DRC v. Uganda: 'Global Sums' as the New Device for Human Rights-Based Inter-State Disputes. Available at: <https://www.ejiltalk.org/the-international-court-of-justices-2022-reparations-judgment-in-drc-v-uganda-a-new-methodology-for-human-rights-in-inter-state-disputes> (accessed: 20.07.2024).

Feighery T. J., Gibson C. S., Rajah T. M. (eds.) (2015) *War Reparations and the UN Compensation Commission: Designing Compensation After Conflict*, Oxford University Press.

Gray C. (2014) Remedies. In: Romano C. et al. (eds.) *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford: Oxford University Press.

Greenwood C. (2022) The International Court of Justice and the development of international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, vol. 104, nos. 920–921, pp. 1840–1855.

Harrison J. (2022) Significant International Environmental Law Developments: 2021–22. *Journal of Environmental Law*, vol. 34, no. 3, pp. 499–515.

Houtte H., Das H., Delmartino B. (2006) *The United Nations Compensation Commission*. In: Grief P. de (ed.) *The Handbook of Reparations*, Oxford University Press.

Keburiya K. O., Solntsev A. M. (2021) Znachenie Osnovnykh printsipov i rukovodyashchikh polozheniy OON o prave na zashchitu i vozmeshchenie ushcherba 2005 g. [The Significance of the 2005 UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation]. *Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava*, vol. 2, pp. 78–98 (In Russian).

Ostrouhov N.V., Solntsev A.M. (2022) Nekotorye novatsii v sfere zashchity okruzhayushchey sredy do, v period i posle vooruzhennykh konfliktov [Some innovations in the field of environmental protection before, during and after armed conflicts]. *Mezhdunarodnyy pravovoy kur'er*, no. 5. pp. 46–49. Available at: <https://inter-legal.ru/nekotorye-novatsii-v-sfere-zashchity-okruzhayushhej-sredy-do-v-period-i-posle-vooruzhen-nyh-konfliktov> (accessed: 20.07.2024). (In Russian)

Paparinskis M. (2020) A Case Against Crippling Compensation in International Law of State Responsibility. *Modern Law Review*, vol. 83, no. 6, pp. 1246–1286.

Payne C., Sand P. (eds.) (2011) *Gulf War Reparations and the UN Compensation Commission: Environmental Liability*, New York: Oxford University Press.

Reis T. H. (2011) *Compensation for Environmental Damage under International Law: the Role of the International Judge*. Wolters Kluwer.

Rudall J. (2018) Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua). *American Journal of International Law*, vol. 112, no. 2, pp. 288–294.

- Rudall J. (2020) *Compensation for Environmental Damage Under International Law*, Routledge.
- Sean M. D., Kidane W., Snider T. (2013) *Litigating War: Mass Civil Injury and the Eritrea–Ethiopia Claims Commission*, Oxford University Press.
- Shelton D. (2015) *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford University Press.
- Sidorova G.M. (2011) Voennye konflikty v demokraticheskoy Respublike Kongo na rubezhe XX–XXI vekov i ih osobennosti [Military conflicts in the Democratic Republic of the Congo at the turn of the XX–XXI centuries and their features]. *Vestnik Volgogradskogo gosudarstvennogo universiteta*, vol. 20, no. 2, pp. 81–89. Available at: <https://cyberleninka.ru/article/n/voennye-konflikty-v-demokraticheskoy-respublike-kongo-na-rubezhe-xx-xxi-vekov-i-ih-osobennosti> (accessed: 20.07.2024) (In Russian).
- Sidhu B. (2022) International Court of Justice (ICJ). *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 33, no. 1, pp. 225–229.
- Solntsev A .M. (2019) Deyatel'nost' Kompensatsionnoy komissii OON po vozmeshcheniyu ekologicheskogo ushcherba posle vooruzhennogo konflikta mezhdu Irakom i Kuveytom [Activities of the UN Compensation Commission for Compensation for Environmental Damage after the Armed Conflict between Iraq and Kuwait]. In: Abashidze A. (ed.) *Blizhniy Vostok i mezhdunarodnoe pravo: monografiya* [Middle East and International Law], Moscow: RUDN, pp. 203–214.
- Solntsev A. M. (2022) Otsenka èkologicheskogo ushcherba Mezhdunarodnym sudom OON v dele ob opredelennykh vidakh deyatelnosti, osushchestvlenykh Nikaragua v pogranichnom rayone (Kosta-Rika protiv Nikaragua) [Assessment of Environmental Damage by the International Court of Justice in the Case of Certain Types of Activities Carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)]. In: Abashidze A. (ed.) *Mezhdunarodnoe pravo: praktiko-orientirovanny kurs* [International Law: a Practice-Oriented Course], Moskva: RUDN, pp. 68–77 (In Russian).

EXPLORING INTERNATIONAL COURTS' EXERCISE OF INCIDENTAL JURISDICTION: TOWARDS COHERENT APPROACHES THROUGH *RES JUDICATA*

SILKIN D.

Dmitriy Silkin — Expert in International Law, Master of Laws (HSE University), Moscow, Russia (dmitr.silkin2013@yandex.ru).
ORCID: 0009-0001-7380-0645.

Abstract

This article is devoted to the study of the exercise of incidental jurisdiction by international courts and tribunals. It may be concluded from the existing case law where international courts and tribunals have exercised incidental jurisdiction that there are no consistent and coherent approaches to the exercise of incidental jurisdiction now. The article also analyses alternative techniques that may be used to avoid the necessity to exercise incidental jurisdiction. It is noted that international courts and tribunals may “escape” the exercise of incidental jurisdiction due to legitimacy concerns since making determinations on incidental issues may lead to the violation of the parties’ consent to the dispute settlement procedure. The article concludes that the existence of different approaches to the issue of the exercise of incidental jurisdiction could itself result in judicial fragmentation, which, in turn, reduces the legitimacy of international courts and tribunals. In this regard, it is concluded that it is necessary to develop a coherent approach to the exercise of incidental jurisdiction by international courts and tribunals. The author concludes that a consistent approach can be developed by applying the concept of *res judicata*, whereby the decision of an international court or tribunal is not binding except on the parties to a case within the framework of a particular dispute. It is also concluded that decisions on incidental issues lack the force of *res judicata*. Therefore, it is also resumed that international courts and tribunals can exercise incidental jurisdiction without overstepping states’ consent to dispute settlement. However, *res judicata* may not serve as a sufficient ground for the exercise of incidental jurisdiction on its own since the role of *res judicata* is limited in that regard.

Key words

incidental jurisdiction, *res judicata*, international dispute settlement, international courts and tribunals, legitimacy of international courts and tribunals

Citation: Silkin D. *Exploring International Courts’ Exercise of Incidental Jurisdiction: Towards Coherent Approaches Through Res Judicata* // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2024. Vol. 2. No. 3. P. 25–41.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.23985>

Introduction

According to the classic positivistic view, international law is a consent-based system of rules governing international relations, which is the result of the coordinated wills of sovereigns. In this view, the concept of consent is key in understanding international law in general.¹ However, there is much more to the understanding of international law than legal positivism. For instance, the proponents of global constitutionalism argue that sovereignty cannot be a “first principle” of international law, and that the role of states’ consent in international law-making should be diminished.² Notwithstanding this view, even the representatives of this school of thought agree that “consent to be bound” is a starting point in international law-making.³

Therefore, despite a difference of opinion on what international law is and how it should be perceived, one can hardly deny that international law is to a great extent shaped by states’ consent. The same is true for international dispute settlement. Consent is necessary not only to establish any dispute settlement mechanisms, including international courts and tribunals (hereinafter — ICTs), but also to submit a particular dispute to a dispute settlement procedure. Therefore, disputes involving sovereign states can be settled by pacific means only subject to their consent thereto.⁴

The problem that ensues is that it is not always possible to answer a legal question submitted to an ICT without considering an incidental issue. In such a scenario the determination of the former hinges upon the determination of the latter, which is outside this ICT’s jurisdiction. In particular, this may well be the case with so-called “mixed” disputes under the United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter —

¹ Orakhelashvili A. *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*. Oxford Monographs in International Law. Oxford : Oxford University Press, 2008. P. 53.

² Peters A. *The Merits of Global Constitutionalism* // Indiana Journal of Global Legal Studies. 2009. Vol. 16. № 2. P. 398–399.

³ Klabbbers J., Peters A., Ulfstein G. *The Constitutionalization of International Law*. Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009. P. 39.

⁴ PCIJ. *Status of Eastern Carelia*. Advisory Opinion of 23 July 1923. P. 27.

UNCLOS) involving both maritime and land boundary issues, the latter falling outside the scope of the UNCLOS, but being indispensable for the resolution of a dispute.⁵

ICTs' power to consider incidental issues is known as "incidental jurisdiction".⁶ However, the exercise of incidental jurisdiction may be treated by states as overstepping their consent to dispute settlement, which may in turn result in decrease in these ICTs' legitimacy. In order to avoid such legitimacy concerns, ICTs develop their own approaches to incidental jurisdiction. So far, ICTs have failed to create a single approach to whether they have incidental jurisdiction, and, if the answer is in the affirmative, where its limits lie. Moreover, some ICTs have avoided the consideration of incidental issues at all. Such incoherence of the approaches to incidental jurisdiction is a consequence of the "proliferation" of ICTs, which results in the phenomenon discussed in legal scholarship and commonly referred to as the fragmentation of international law.

This article therefore attempts to find a common ground for the coherent execution of incidental jurisdiction by ICTs. To that end, it explores the effects of judgements and arbitral awards and puts forward the hypothesis that since incidental determinations do not have binding and preclusive force for future cases, the doctrine of *res judicata* may serve as an argument in favour of exercising incidental jurisdiction. The goal of this article is not to suggest the correct approach in terms of specific criteria to be applied in dealing with incidental issues. Rather, it attempts to identify a potential justification that may be used to address incidental issues where they seemingly arise.

Given these observations, this article scrutinises existing theoretical achievements and case law where ICTs have exercised incidental jurisdiction. It then examines cases where ICTs failed to exercise incidental jurisdiction. Lastly, it makes an outline of *res judicata* doctrine as it is used in international dispute settlement and discusses the application of the doctrine to the problem of incidental jurisdiction.

While the article's title mentions only international courts, it appears desirable for the quality of the analysis to assess international arbitral tribunals as well. Thus, ICTs include the dispute settlement mechanisms established and deciding contentious inter-state cases as well as disputes between states, on the one hand, and private parties, on the other. The latter category of disputes includes primarily investor-state dispute settlement and human rights litigation (European Court of Human Rights, in particular). International criminal tribunals are thus beyond the scope of this paper.

1. Incidental jurisdiction in theory and case law

1.1. Theoretical framework

Generally, when the term "jurisdiction" is used in relation to an ICT, it refers to the legal authority of an ICT to adjudicate a dispute brought before it.⁷ As the Permanent Court of International Justice (hereinafter — PCIJ) puts it, a dispute is "a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons".⁸ Thus, an ICT's power to adjudicate a dispute submitted to it is ICT's jurisdiction.

Four elements (dimensions) of jurisdiction are traditionally distinguished: material (jurisdiction *ratione materiae*), personal (jurisdiction *ratione personae*), temporal (jurisdiction *ratione temporis*), and territorial (jurisdiction *ratione loci*).⁹ Together, they constitute four dimensions of "primary" jurisdiction of an ICT.¹⁰ In effect, these four elements are limitations on ICTs' adjudicatory power: if one of these elements is outside their competence, they have no power to adjudicate on the dispute.¹¹

Importantly, the four jurisdictional elements of an ICT stem directly from states' consent that such an ICT should adjudicate on a dispute.¹² Therefore, with regard to *ratione materiae*, it is the matters submitted to an

⁵ Herdt S. W. de. *Mixed Disputes* // The International Journal of Marine and Coastal Law. 2022. Vol. 37. № 2. P. 359.

⁶ In the context of ICTs, the term "incidental jurisdiction" is used in two meanings. See Tzeng P. *Incidental Jurisdiction* // Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law. URL: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e1631.013.1631/law-mpeipro-e1631> (accessed: 17.07.2024): one meaning implies the jurisdiction of an ICT to conduct incidental proceedings, such as on interim measures and preliminary objections, while the other one — the jurisdiction *ratione materiae* of an ICT to adjudicate an incidental issue ordinarily outside of the ICT's jurisdiction but brought within it because the issue is incidental to another issue within the ICT's jurisdiction. This article employs the term in the latter meaning.

⁷ Shany Y. *Jurisdiction and Admissibility* // *The Oxford Handbook of International Adjudication* / ed. by C. P. R. Romano, K. J. Alter, Y. Shany. Oxford : Oxford University Press, 2014. P. 782.

⁸ PCIJ. *Mavrommatis Palestine Concessions*. Judgment of 30 August 1924. P. 11.

⁹ Salles L. E. *Jurisdiction* // *Research Handbook on International Courts and Tribunals* / ed. by W. A. Schabas, S. Murphy. Cheltenham ; Northampton : Edward Elgar Publishing, 2017. P. 256.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Gulati R. *Judicial Independence at International Courts and Tribunals* // *International Procedure in Interstate Litigation and Arbitration: A Comparative Approach* / ed. by E. de Brabandere. Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2021. P. 61.

¹² Shany Y. *Op. cit.* P. 794.

ICT specifically by the parties that it has jurisdiction to adjudicate on. Thus, for instance, Article 36(1) of the Statute of the International Court of Justice (hereinafter — ICJ or Court) reflects the consensual basis of the ICJ jurisdiction which “comprises all cases which the parties refer to it and all matters specially provided for in the Charter of the United Nations or in treaties and conventions in force”.¹³

As noted by the ICJ with respect to its Statute, “one of the fundamental principles of [the Court's] Statute is that it cannot decide a dispute between States without the consent of those States to its jurisdiction”.¹⁴ Indeed, an ICT's jurisdiction rests on states' consent to a specific dispute settlement procedure with regard to a particular dispute or category of disputes.¹⁵ Therefore, if a dispute falls outside the ICT's jurisdiction *ratione materiae*, which is “a legal nexus between the Parties such that each had consented to the jurisdiction of the Court to settle its dispute with the other”,¹⁶ the ICT cannot consider such a dispute.

States' consent, which may be expressed in a variety of forms,¹⁷ is frequently limited to a particular dispute or type of dispute. If, for example, the ICT's jurisdiction is based on a compromissory clause contained in a treaty, such a clause would typically grant the ICT the jurisdiction to hear “disputes' concerning the ‘interpretation or application’ of the treaty containing the clause”.¹⁸ In this case, it may be problematic to determine the limits of the “interpretation or application” of treaty provisions.

One might argue, however, that even if some issue does not directly concern interpretation or application of a particular treaty, it may still be within the competence of an ICT as an “ancillary” matter, which is “necessary” to decide in order to adjudicate the issue that is within the principal *ratione materiae* jurisdiction of an ICT.¹⁹ In other words, that an ICT has incidental jurisdiction to consider such an issue.

The problem of incidental jurisdiction forms part of a broader implicated issue problem. As P. Tzeng summarised it, “the implicated issue problem arises when an international court or tribunal has jurisdiction *ratione materiae* over an issue (i.e., the ‘inside issue’), but the exercise of such jurisdiction would implicate the exercise of jurisdiction over an issue outside the court or tribunal's jurisdiction *ratione materiae* (i.e. the ‘outside issue’).”²⁰ It is necessary to stress that the word “implicate” in the context of the implicated issue problem denotes “to involve as a consequence, corollary, or natural inference”.²¹ Therefore, the essence of the implicated issue problem is whether an ICT may consider an “inside” issue where the “outside” issue, which falls outside this ICT's jurisdictional boundaries set by states' consent, is implicated by the exercise of jurisdiction over the “inside” issue, to which states agreed. In other words, the crux of the matter is whether the exercise of jurisdiction over an “inside” issue hinges upon the exercise of jurisdiction over an “outside” issue.

The implication of “outside” issues may well be the consequence of the limited scope of jurisdiction *ratione materiae*, as illustrated above in case of disputes under compromissory clauses. In such cases, whether “inside” and “outside” issues can be adjudicated on or not depends on whether the consideration of an “outside” issue is necessary to adjudicate on an “inside” issue.²² Therefore, where the exercise of jurisdiction over an “inside” issue depends on the exercise of jurisdiction over an “outside” issue, the latter issue is termed “indispensable issue”.²³ On the other hand, where it is not necessary to consider the “outside” issue to adjudicate upon the “inside” issue, the former is termed “incidental issue”.²⁴

For instance, an apparent “outside” issue before the tribunal may arise in mixed disputes before the UNCLOS tribunals. In such disputes, the determination of maritime entitlements (“inside” issue) can only be made after the determination on land entitlements (“outside” issue). The disputes over land entitlements are “outside” the UNCLOS tribunals' jurisdiction under Article 288 of the UNCLOS, and therefore they may not

¹³ Shaw M. N. *The Expression of Consent // Rosenne's Law and Practice of the International Court: 1920–2015*. URL: <https://reference.works.brillonline.com/browse/Rosenne-s-law-and-practice-of-the-international-court-1920-2015> (accessed: 17.07.2024).

¹⁴ ICJ. *Case Concerning East Timor* (Portugal v. Australia). Judgment of 30 June 1995. § 26.

¹⁵ ICJ. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croatia v. Serbia). Judgment of 18 November 2008. § 77, 120.

¹⁶ *Ibid.*, § 77.

¹⁷ Although consent is usually expressed in a written instrument, it may also stem from the conduct of the parties to a dispute: see ICJ. *Haya de la Torre Case* (Colombia v. Peru). Judgment of 13 June 1951. P. 78. See also Quintana J. J. *Litigation at the International Court of Justice: Practice and Procedure*. Leiden ; Boston : Brill Nijhoff, 2015. P. 111–113.

¹⁸ Harris C. *Incidental Determinations in Proceedings under Compromissory Clauses // International and Comparative Law Quarterly*. 2021. Vol. 70. № 2. P. 417.

¹⁹ An arbitral tribunal constituted under Annex VII of the UNCLOS. *Chagos Marine Protected Area Arbitration* (Mauritius v. United Kingdom). Award of 18 March 2015. § 220.

²⁰ Tzeng P. *The Implicated Issue Problem: Indispensable Issues and Incidental Jurisdiction // New York University Journal of International Law and Politics*. 2018. Vol. 50. № 2. P. 490–491.

²¹ Merriam-Webster, “implicate”, meaning (2). URL: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/implicated> (accessed: 17.07.2024).

²² See, e.g. Tzeng P. *Incidental Jurisdiction...* § 9.

²³ *Ibid.*, § 8.

²⁴ *Ibid.*

rule on them.²⁵ However, without a respective ruling it is impossible to rule on maritime entitlements. Therefore, the implicated issue problem arises.²⁶

Bearing in mind the distinction between “incidental issue” and “indispensable issue”, the conclusion can be drawn that the implicated issue problem arises when an ICT decides “whether an outside issue is ‘incidental’, ‘indispensable’, or neither”.²⁷ The problem is thus twofold. Overall, the implicated issue question asks “whether an international court or tribunal may exercise jurisdiction over a dispute if doing so implicates an outside issue over which the court or tribunal does not have jurisdiction *ratione materiae*”.²⁸ An ICT may exercise jurisdiction over incidental issues, not indispensable ones.

1.2. How ICTs approach incidental jurisdiction

The problem of incidental issues is known to have been expressly highlighted for the first time in the *Certain German Interests* case. The background to this dispute was as follows: Poland expropriated certain assets held by German nationals in the Polish territory. Germany availed itself of the compromissory clause of the German–Polish Convention regarding Upper Silesia of 1922 (referred to as “Geneva Convention” *in casu*), which vested the PCIJ with the competence to interpret and apply the Geneva Convention.²⁹ Poland relied in its defence on Article 256 of the Peace Treaty of Versailles and other instruments outside PCIJ’s jurisdiction. The PCIJ took the following stance on Poland’s argument:

It is true that the application of the Geneva Convention is *hardly possible without giving an interpretation of Article 256 of the Treaty of Versailles* and the other international stipulations cited by Poland. But these matters then constitute merely questions preliminary or *incidental to the application of the Geneva Convention*. Now the interpretation of other international agreements is indisputably within the competence of the Court if such interpretation must be regarded as *incidental* to a decision on a point in regard to which it has jurisdiction (italics added).³⁰

Some arbitral tribunals established under Annex VII to the UNCLOS (hereinafter — Annex VII tribunals) have subsequently treated this pronouncement as a guidance on incidental issues.³¹ However, close reading of the passage quoted reveals that the PCIJ only interpreted the provision of a treaty that was within its jurisdiction by taking account of pertinent rules of international law. Indeed, the PCIJ itself held that the application of the Geneva Convention was hardly possible without giving an interpretation of Article 256 of the Treaty of Versailles.³² In fact, the PCIJ only interpreted the Treaty of Versailles to apply the Geneva Convention. Moreover, the PCIJ could have regard to Article 256 of the Treaty of Versailles by way of *renvoi* to this Article contained in Article 4 of the Geneva Convention.³³ Thus, the Court interpreted Article 4 taking into account Article 256 of the Treaty of Versailles in order to apply Article 6 of the Geneva Convention. If so, the PCIJ did not exercise incidental jurisdiction.

The next case to address the problem of incidental issues was Annex VII *Chagos MPA* arbitration. In this case Mauritius challenged the legality of the marine protected area (hereinafter — MPA) established by the United Kingdom. Mauritius claimed sovereignty over the Chagos Archipelago, and the long-standing dispute between the two states over the archipelago was the underlying issue *in casu*.

Mauritius claimed that the United Kingdom was not the coastal state under the UNCLOS.³⁴ The tribunal had to decide whether the claim of Mauritius fell within the ambit of interpretation or application of the UNCLOS, as is required under its Article 288.³⁵ To answer this question, the tribunal had to characterise the

²⁵ Herdt S. W. de. *Op. cit.* P. 360.

²⁶ See Tzeng P. *Incidental Jurisdiction...* § 10.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Tzeng P. *The Doctrine of Indispensable Issues: Mauritius v. United Kingdom, Philippines v. China, Ukraine v. Russia, and Beyond II* EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law. URL: <https://www.ejiltalk.org/the-doctrine-of-indispensable-issues-mauritius-v-united-kingdom-philippines-v-china-ukraine-v-russia-and-beyond/> (accessed: 17.07.2024).

²⁹ PCIJ. *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. Judgment of 25 August 1925. P. 13.

³⁰ *Ibid.* P. 18.

³¹ See, e.g. Tzeng P. *Incidental Jurisdiction...*; An arbitral tribunal constituted under Annex VII to the 1982 UNCLOS. *The “Enrica Lexie” Incident* (Italy v. India). Award of 21 May 2020. § 808, fn. 1454.

³² PCIJ. *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. Judgment of 25 August 1925. P. 18.

³³ PCIJ. *Certain German Interests...* Judgment of 25 August 1925 P. 29–30; Harris C. *Incidental Determinations...* P. 434.

³⁴ *Chagos Marine Protected Area Arbitration*. § 163, 203.

³⁵ *Ibid.*, § 206.

dispute³⁶ by determining “where the relative weight of the dispute lies”.³⁷ In the end, the tribunal held that the claim at hand was “properly characterized as relating to land sovereignty over the Chagos Archipelago”.³⁸

The tribunal proceeded to analyse whether the sovereignty issue could still fall within its jurisdiction.³⁹ Relying on the above-mentioned reasoning in the *Certain German Interests* case, the tribunal held that its jurisdiction “extends to making such findings of fact or *ancillary determinations of law as are necessary to resolve the dispute presented to it*” (italics added).⁴⁰ However, the tribunal then added that if the “object of the claim” does not relate to the application or interpretation of the UNCLOS, “an incidental connection” between the claim and the UNCLOS does not suffice for an Annex VII tribunal to have jurisdiction.⁴¹ *Obiter*, the tribunal also noted that it “does not categorically exclude that in some instances a *minor issue* of territorial sovereignty *could indeed be ancillary* to a dispute concerning the interpretation or application of the Convention” (italics added),⁴² but that was not the case.

At first glance, it may appear that the tribunal endorsed the PCIJ’s reasoning that if the consideration of an “inside” issue is impossible without an “outside” issue, the latter is within the ICT’s jurisdiction. However, in effect, the tribunal’s reasoning was rather that if the consideration of an “outside” issue is *necessary* (as a prerequisite or precondition) to exercise jurisdiction over the “inside” issue, then the issue is indispensable and cannot be adjudicated upon. This reasoning was prompted by the fact that the determination as to which state was the coastal state was impossible without the determination of sovereignty. Since the determination as to which state was sovereign was *necessary* (indispensable) for the determination on which state was the coastal one, the latter fell outside the Annex VII tribunal’s competence.

The third case, the *Coastal State Rights*, is being considered by the Annex VII tribunal as well. In 2020, the tribunal rendered its award on preliminary objections. The case concerns the alleged violations of Ukraine’s coastal state rights committed by Russia. Specifically, the alleged violations concern the territorial sea and exclusive economic zone adjacent to the Crimean peninsula. Russia therefore raised an objection that “the dispute in this case concern[ed] Ukraine’s claim to sovereignty over Crimea”.⁴³ Ukraine, on the other hand, contended that the dispute fell within the scope of Article 288(1) of the UNCLOS and concerned interpretation or application of the UNCLOS.⁴⁴

As in the *Chagos MPA*, the tribunal began with the characterisation of the dispute. In doing so, it stated that Ukraine’s claim could not be considered “*without first examining and, if necessary, rendering a decision on the question of sovereignty over Crimea*” (italics added).⁴⁵ The tribunal reasoned that it “would not be able to decide the claims of Ukraine insofar as they are premised on the settled status of Crimea as part of Ukraine *without first addressing the question of sovereignty over Crimea*” (italics added).⁴⁶ The tribunal concluded that “the question as to which State is sovereign over Crimea, and thus the ‘coastal State’ <...> is a *prerequisite to the decision* of the Arbitral Tribunal on a significant part of the claims of Ukraine” (italics added).⁴⁷

Thus, the tribunal held that sovereignty disputes do not concern the interpretation or application of the UNCLOS “except for a situation where a sovereignty issue is ‘ancillary’ to a dispute concerning the interpretation or application of the Convention”.⁴⁸ However, in the words of the tribunal, sovereignty was “not a minor issue ancillary to the dispute”, which was supposed to be over the interpretation or application of the UNCLOS.⁴⁹ The tribunal also seems to have correctly articulated that if it is necessary to address the sovereignty issue, this issue is then indispensable, not incidental, hence outside the tribunal’s jurisdiction.

The latest case that recognised the problem of incidental issues is the *Enrica Lexie* case. The dispute revolved around the enforcement actions taken by India with respect to the “Enrica Lexie” oil tanker flying the Italian flag. The two Italian marines were alleged to have killed two fishermen on the Indian vessel

³⁶ Harris C. *Claims with an Ulterior Purpose: Characterising Disputes Concerning the “Interpretation or Application” of a Treaty* // *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*. 2020. Vol. 18. № 3. P. 283–285.

³⁷ *Chagos Marine Protected Area Arbitration*. § 211.

³⁸ *Ibid.*, § 230.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*, § 220.

⁴¹ *Ibid.*, § 221.

⁴² *Ibid.*

⁴³ An arbitral tribunal constituted under Annex VII to the UNCLOS. *Dispute Concerning Coastal State Rights in the Black Sea, Sea of Azov, and Kerch Strait* (Ukraine v. the Russian Federation). Award of 21 February 2020. § 43.

⁴⁴ *Ibid.*, § 44.

⁴⁵ *Ibid.*, § 152.

⁴⁶ *Ibid.*, § 154.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, § 157.

⁴⁹ *Ibid.*, § 195.

“St. Antony”. As the situation occurred off the Indian coast, India exercised criminal jurisdiction over these marines. Italy claimed that India had not been entitled to exercise jurisdiction over them since they were entitled to immunities. On this account, Italy invoked Articles 2(3), 56(2), 58(2) of the UNCLOS as the basis for marines’ immunities. Although these articles do not deal with immunities directly, Italy contended that they “import immunity by *renvoi*”.⁵⁰

The tribunal began its analysis by stating that Articles 2(3), 56(2), 58(2) of the UNCLOS were not pertinent to the case at hand since the enforcement actions had taken place in Indian internal waters — the situation envisioned neither in these Articles, nor in the UNCLOS as a whole. Nevertheless, the tribunal stated that the issue of the marines’ immunity was supposed to be considered, as an incidental matter, before addressing the issue of jurisdiction.⁵¹ Quoting the PCIJ, it proceeded analysing on the assumption that immunity was an incidental issue.⁵² The tribunal held that its “competence extends to the determination of the issue of immunity of the Marines *that necessarily arises as an incidental question* in the application of the Convention”⁵³ (italics added). The tribunal ruled that “examining the issue of the immunity of the Marines *is an incidental question that necessarily presents itself in the application of the Convention* in respect of the dispute before it”⁵⁴ (italics added).

The tribunal seems to have approached the incidental issue analysis primarily from the “necessity” standpoint. Indeed, it several times underscored that the issue of the marines’ immunity necessarily arose prior to the consideration of the question of India’s jurisdiction. It found, contrary to the *Chagos MPA*, that it was necessary to examine the issue of immunities in order to make determinations as to India’s exercise of jurisdiction.

The incidental issue analysis cannot be commenced without identifying an “inside” issue, which should lie within the terms of the instrument at hand. As Judge Robinson stressed in his dissenting opinion, the main shortcoming of the tribunal majority’s conclusion was that it failed to properly characterise the issue of immunities as “the real issue in dispute”.⁵⁵ Moreover, not only did the tribunal miss the first step of analysis, but it also ruled in *dispositif* that the Marines were entitled to immunity.⁵⁶ It is worth noting that the tribunal itself found that it was the dispute over the exercise of jurisdiction, not immunities, that concerned the interpretation or application of the UNCLOS.

Therefore, the issue of immunities did not fall within its jurisdiction, neither as incidental, nor as a primary issue, and the tribunal could not exercise jurisdiction over it. Taking into account the fact that ruling on the matter in *dispositif* is an indication of the exercise of the ICT’s jurisdiction,⁵⁷ the Annex VII tribunal in *Enrica Lexie* clearly exceeded its competence.

As has been demonstrated above, there is no uniform approach to the exercise of incidental jurisdiction. For the lack of a well-founded approach to incidental jurisdiction, some ICTs have occasionally opted for leaving the problem untouched. Rather, they have employed strategies that allow an “inside” issue to be considered without deciding if it is possible to consider an “outside” issue. Such strategies are considered below.

2. Strategies to avoid exercising incidental jurisdiction⁵⁸

2.1. Treaty interpretation

One of the possible ways for an ICT to exercise jurisdiction over an “inside” issue without touching upon an “outside” issue is treaty interpretation. More precisely, ICTs may consider an “outside” issue as part of

⁵⁰ *The “Enrica Lexie” Incident*. § 734.

⁵¹ *Ibid.*, § 808.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, § 809.

⁵⁴ *Ibid.*, § 811.

⁵⁵ An arbitral tribunal constituted under Annex VII to the UNCLOS. *The “Enrica Lexie” Incident* (Italy v. India). Dissenting Opinion of Judge Patrick Robinson. § 47.

⁵⁶ *The “Enrica Lexie” Incident*. § 1094(B)(2).

⁵⁷ d’Argent P. *The Monetary Gold Principle: A Matter of Submissions* // American Journal of International Law Unbound. 2021. Vol. 115. P. 152.

⁵⁸ There may be other techniques used in case law of the ICTs, the list is not intended to be exhaustive. On the discussion of various “escape mechanisms” and respective case law, see Tzeng P. *Investments on Disputed Territory: Indispensable Parties and Indispensable Issues* // Revista de Direito Internacional. 2017. Vol. 14. № 2. P. 132–134; Tzeng P. *Incidental Jurisdiction...* § 28–30; Tzeng P. *The Implicated Issue Problem...* P. 490–491; Raible L. *Incidental Jurisdiction in Human Rights Litigation: Surprising Absence and Rival Techniques* // American Journal of International Law Unbound. 2022. Vol. 116. P. 178–180; Radović R. *Incidental Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration and the Question of Party Consent* // American Journal of International Law Unbound. 2022. Vol. 116. P. 181–183.

systemic integration under Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter — VCLT).⁵⁹ Where an implicated issue arises, an ICT does not address it from the jurisdictional standpoint, but rather makes determinations as part of the treaty interpretation process taking into account “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”. In this vein, instead of addressing an issue as an implicated one, ICTs have drawn the decision in by means of treaty interpretation.

An appropriate example of this technique is the *Oil Platforms* case. The case concerned the destruction of four Iranian oil platforms in retaliation for the attack on two U.S.-flag vessels.⁶⁰ Invoking the compromissory “interpretation or application” clause referring to the ICJ in Article XXI of the Treaty of Amity, Economic Relations and Consular Rights between the U.S. and Iran of 1955 (hereinafter — Treaty of Amity), Iran filed an Application against the U.S. Iran claimed that the U.S. violated Article X(1) of the Treaty of Amity, which established that there shall be freedom of commerce and navigation between the territories of Iran and the U.S.⁶¹ The U.S. put forward the defence offered by Article XX(1)(d) of the Treaty of Amity, which allowed the application of measures necessary to protect a party’s essential security interest.⁶² The U.S. claimed that the attacks against the oil platforms constituted self-defence and a measure whose enforcement was necessary to protect the U.S.’ essential security interests.⁶³

The Court reasoned that this matter was “one of interpretation of the Treaty, and in particular of Article XX, paragraph 1(d)”.⁶⁴ It concluded that “the interpretation and application of that Article will necessarily entail an assessment of the conditions of legitimate self-defence under international law”.⁶⁵ The Court held that Article XX could not operate in such a way as to condone the unlawful use of force. Therefore, the law on the use of force, as the Court stated, “form[ed] an integral part of the task of interpretation”.⁶⁶ In the end, it determined that the attacks on the oil platforms were contrary to *jus ad bellum* and constituted an unlawful use of force. Consequently, they could not qualify as a measure necessary to protect essential security interests.⁶⁷

The Court’s approach attracted criticism. Indeed, the Court’s jurisdiction was limited to the interpretation or application of the Treaty of Amity. It therefore could not legitimately apply the law on the use of force unless the Treaty of Amity contained a reference to such rules, *quod non*. The issue of the legality of the use of force by the U.S. was, in fact, an “outside” issue, while the defence under Article XX(1)(d) formed an “inside” issue. As E. Cannizzaro and B. Bonafé pointed out, “the Court seems to have considered interpretation as a means by which to escape the narrow limits of its jurisdictional bounds”.⁶⁸ Indeed, while stating that the analysis of the use of force was part of interpretation of Article XX(1)(d), the Court did not even resort to the interpretation of the text of that paragraph in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms in their context and in the light of its object and purpose, as required under the VCLT. The Court failed to establish the plain meaning of the clause, although, as F. Berman remarked, “[t]he clause had a clearly discoverable meaning on its face, and that should have sufficed”.⁶⁹ The only instance the Court resorted to the plain text of the clause to interpret it was analysis of the word “necessary”.⁷⁰ However, even in that instance, the Court did so rather for the sake of self-defence analysis. Overall, it can thus be concluded, as Judge Higgins pointed out in her separate opinion, that the Court “has rather invoked the concept of treaty interpretation to displace the applicable law”,⁷¹ and acknowledged that

[i]t cannot <...> be ‘desirable’ or indeed appropriate to deal with a claim that the Court itself has categorized as a claim relating to freedom of commerce and navigation by making the centre of its analysis the international law on the use of force.⁷²

⁵⁹ International Law Commission. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law* (Report of the Study Group of the International Law Commission, finalised by Mr. M. Koskenniemi). Document A/CN.4/L.682 and Add. 1. URL: https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_l682.pdf (accessed: 17.07.2024). P. 84–86.

⁶⁰ ICJ. *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America). Judgment of 6 November 2003. § 23–26.

⁶¹ *Ibid.*, § 22.

⁶² *Ibid.*, § 32.

⁶³ *Ibid.*, § 49.

⁶⁴ *Ibid.*, § 40.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ *Ibid.*, § 41.

⁶⁷ *Ibid.*, § 78.

⁶⁸ Cannizzaro E., Bonafé B. *Fragmenting International Law through Compromissory Clauses? Some Remarks on the Decision of the ICJ in the Oil Platforms Case* // *European Journal of International Law*. 2005. Vol. 16. № 3. P. 492.

⁶⁹ Berman F. *Treaty “Interpretation” in a Judicial Context* // *Yale Journal of International Law*. 2004. Vol. 29. № 2. P. 321.

⁷⁰ Kammerhofer J. *Oil’s Well That Ends Well? Critical Comments on the Merits Judgement in the Oil Platforms Case* // *Leiden Journal of International Law*. 2004. Vol. 17. № 4. P. 703.

⁷¹ *Oil Platforms*. Separate Opinion of Judge Higgins. § 49.

⁷² *Ibid.*

Even if the Court considered that the rules on the use of force were “relevant”, they could have been taken into account only in order to establish the meaning of the provision at hand.⁷³

Indeed, the Court could not allow the U.S. to justify the alleged breach of an obligation by its unlawful actions. Therefore, the Court found it necessary to assess whether the use of force by the U.S. was legal in order to determine whether that use of force was a measure necessary to protect the U.S.’ essential security interest. Otherwise, the Court would have been able to resolve the “inside” issue without undertaking the analysis of the “outside” issue. This “outside” issue would have not been implicated at all then, which was not the case. In order to reconcile the interest of justice with the jurisdictional limits, the Court could delimit the “margins” of its incidental jurisdiction that would comprise the issue of the use of force. The Court could make a determination that appeared to fall within the category of incidental determinations.

Quite a similar problem appears in the jurisprudence of the European Court of Human Rights (hereinafter — ECtHR). Notably, the ECtHR has used Article 31(3)(c) of the VCLT with respect to the interplay between international human rights law and international humanitarian law (hereinafter — IHL). The ECtHR began to elaborate its approach to the problem in the *Hassan v. the United Kingdom* case, where the applicant, an Iraqi national, was detained by the United Kingdom forces during the military operation in Iraq. He claimed that the United Kingdom had violated Article 5 of the European Convention on Human Rights by detaining him. The United Kingdom argued that Article 5 was inapplicable because IHL was *lex specialis* and had primacy over the human rights norms.⁷⁴ The applicant argued that such an approach was incorrect and that “at most, the provisions of [IHL] might influence the interpretation of the provisions of the Convention”.⁷⁵

The ECtHR opined on the role of IHL and held that “the Convention must be interpreted in harmony with other rules of international law of which it forms part” and that “[t]his applies no less to [IHL]”.⁷⁶ It held that “the safeguards under the Convention continue to apply, albeit interpreted against the background of the provisions of [IHL]”.⁷⁷ In the end, the ECtHR ruled that the detention of the applicant was not contrary to the Third and Fourth Geneva Conventions and was not arbitrary.⁷⁸

Under the European Convention on Human Rights, the jurisdiction of the ECtHR extends to the interpretation and application of the Convention itself. The provision governing ECtHR’s jurisdiction is thus a typical compromissory clause.⁷⁹ The ECtHR should therefore be mindful of the fact that its jurisdiction is limited to the interpretation and application of the European Convention on Human Rights. There is no provision on the applicable law in this treaty, so the Convention itself is the applicable law, apart from secondary rules of international law on state responsibility and treaty interpretation.⁸⁰

Therefore, the ECtHR might find it necessary to address this “outside” issue, although it will not be an indispensable issue, for the ECtHR may find the violation of the Convention without having recourse to *jus in bello*. In this case, it may be argued that if the ECtHR finds it necessary to test a set of facts against the norms of IHL, then it could do so by treating the issue of IHL as an incidental issue.⁸¹ In fact, the similar methodology was used by the ICJ in the *Genocide* (Croatia v. Serbia) case: the Court observed that although its jurisdiction was limited to the disputes on the interpretation, application, and fulfilment of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, it did not prevent the Court from considering, “in its reasoning”, if a violation of [IHL] occurred to the extent that this was relevant for the analysis of the issues pertaining to the Genocide Convention.⁸² Taking into account the similarity in jurisdictional limits and the *remits* of applicable law, this approach might be informative for the ECtHR.

2.2. Issues unnecessary to consider

An ICT may encounter a situation where the determination on a particular point is not necessary in order to address a particular claim. In such a case, it is possible to “escape” respective considerations and rule on an

⁷³ Berman F. *Treaty “Interpretation”*... P. 320.

⁷⁴ ECtHR. *Hassan v. The United Kingdom*. Application no.29750/09. Judgment of 16 September 2014. § 87.

⁷⁵ *Ibid.*, § 83.

⁷⁶ *Ibid.*, §102.

⁷⁷ *Ibid.*, §104.

⁷⁸ *Ibid.*, §110.

⁷⁹ Harris C. *Incidental Determinations*... P. 417.

⁸⁰ ICJ. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croatia v. Serbia). Judgment of 3 February 2015. § 124–125.

⁸¹ Raible L. *Op. cit.* P. 180.

⁸² ICJ. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croatia v. Serbia). Judgment of 3 February 2015. § 85.

“inside” issue without ruling on an “outside” issue.⁸³ It may be the case that although an “outside” issue apparently arises, an ICT does not have to consider it to decide an “inside” issue. In *Guyana v. Suriname* Guyana asked the Annex VII tribunal to delimit its maritime boundary with Suriname in the territorial sea, continental shelf, and exclusive economic zone. Suriname raised an objection that the delimitation of the territorial sea was impossible absent the settled land boundary between the two states,⁸⁴ which was outside the scope of the UNCLOS.

The tribunal referred to the factual matrix of the case before it. It was established that both parties to the dispute conceded that they were, in fact, in agreement over the first three nautical miles of the delimitation line. These three nautical miles were laid on the line at an azimuth of N10°E from the reference point determined by the Mixed Boundary Commission in 1936. This N10°E line was agreed by the colonial predecessors of the parties to the dispute. Therefore, the only thing the Annex VII tribunal was supposed to do was to determine the starting point of the N10°E line. It reasoned that the starting point should be the intersection of the low water line of the west bank of the Corentyne River and N10°E line.⁸⁵

In this case, the issue of maritime delimitation was the “inside” issue, while the issue of an undefined land boundary terminus was the “outside” issue. The tribunal thus “escaped” the consideration of the issue of land territory, which would have been outside its jurisdiction *ratione materiae*. It can thus be said that the issue of the land boundary terminus was a prerequisite for the Annex VII tribunal’s determination on the territorial sea delimitation. However, it is necessary to stress that this “outside” issue was, at first glance, implicated by the “inside” issue, which is why the implicated issue problem could have potentially been addressed. In this particular case, the tribunal could state that the issue was, in effect, not implicated since it was not necessary to determine the land boundary terminus in order to delimit the maritime boundary.

Another line of cases where it has not been necessary for ICTs to draw a conclusion on an “outside” issue is the delimitation of the continental shelf beyond 200 nautical miles (the outer continental shelf). In this type of cases an ICT is requested to delimit the outer continental shelf while the Commission on the Limits of the Continental Shelf (hereinafter — CLSC) has not made a recommendation as to its limits yet, as required by Article 76(8) of the UNCLOS. The question that ensues is whether it is possible to delimit the outer continental shelf if it is not clear where its limits lie.

There have been dissimilar decisions of ICTs on this matter. In the *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal* (Bangladesh v. Myanmar), the International Tribunal for the Law of the Sea (hereinafter — ITLOS) ruled that it had jurisdiction to delimit the outer continental shelf. The ITLOS pointed out the difference between delimitation of the outer continental shelf and delineation of its limit, hence the specific competence of the CLSC with respect to outer limits only.⁸⁶

The tribunal in the *Bay of Bengal* case (Bangladesh v. India) supported this conclusion and added that the competence of the UNCLOS tribunals and the CLSC does not overlap.⁸⁷ This was upheld by the ITLOS Special Chamber in the *Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Ghana and Côte d'Ivoire in the Atlantic Ocean* (Ghana v. Côte d'Ivoire).⁸⁸ It also pointed out that the fact that the CLSC had not yet made a recommendation with regard to Côte d'Ivoire, and it did not affect the request for the delimitation of the outer continental shelf by Côte d'Ivoire.⁸⁹

Another approach was adopted later by the ICJ in the *Territorial and Maritime Dispute*, where the Court observed that Nicaragua had not proven that it had an area of its continental shelf that overlapped with Colombia’s continental shelf.⁹⁰ Therefore, it was not necessary to consider the issue of the outer limit at all.

In the given disputes, delineation of the outer limits of continental shelves was an “outside” issue, while their delimitation was an “inside” issue. Thus, delineation could be said to be implicated by the latter because it appears to be impossible to delimit the continental shelf without knowing where its limits lie. Although the ICTs, for different reasons, found that it was not necessary, it would nevertheless be more precise to evaluate this issue from the standpoint of incidental jurisdiction.

⁸³ Tzeng P. *Incidental Jurisdiction...* § 28.

⁸⁴ Arbitral tribunal constituted pursuant to Article 287, and in accordance with Annex VII of the UNCLOS. *Guyana v. Suriname*. Award of the Arbitral Tribunal of 17 September 2007. § 174–176.

⁸⁵ *Ibid.*, § 325.

⁸⁶ ITLOS. *Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal* (Bangladesh v. Myanmar). Judgment of 14 March 2012. § 376.

⁸⁷ PCA. *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration* (Bangladesh v. India). Award of 7 July 2014. § 80.

⁸⁸ ITLOS. *Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean* (Ghana v. Côte d'Ivoire). Judgment of 23 September 2017. § 517.

⁸⁹ *Ibid.*, § 519.

⁹⁰ ICJ. *Territorial and Maritime Dispute* (Nicaragua v. Colombia). Judgment of 19 November 2012. § 129.

2.3. Obtaining parties' consent and conditional decisions

International judicial and arbitral practice has given rise to the separate legal basis of ICTs' jurisdiction, whereby a party consents to dispute settlement in the course of proceedings. This legal basis, known as *forum prorogatum*,⁹¹ has been entertained in the ICJ case law.⁹² While the ICJ's possibility to found its jurisdiction on the *forum prorogatum* basis is established by the broad wording of Article 36(1) of the ICJ Statute, a similar provision is contained in Article 21 of the ITLOS Statute. Although there is no like provision for Annex VII arbitration settings, Article 288(1) of the UNCLOS itself broadly grants Annex VII tribunals jurisdiction over disputes as to the interpretation or application of the UNCLOS.

In the *Bay of Bengal* arbitration (Bangladesh v. India), the dispute concerned the delimitation of maritime boundaries. For this was a mixed dispute with an undetermined land boundary terminus, the tribunal apparently could not rule on the issue of territorial sovereignty, which clearly was an "outside" issue, while the maritime delimitation was an "inside" issue. However, the tribunal indicated that the parties agreed in the course of proceedings that "the land boundary terminus is to be used as the starting point of the maritime boundary between them".⁹³ Therefore, "[t]he Parties further agree[d] that the land boundary terminus is to be established on the basis of the Radcliffe Award, and that the Tribunal has jurisdiction to identify it on that basis".⁹⁴

The parties thus themselves vested the tribunal with the jurisdiction to determine the land boundary terminus after the arbitration had been commenced.⁹⁵ Despite the land terminus being the "outside" issue, the tribunal was nevertheless competent to adjudicate on the matter since the parties to the dispute agreed to it. Therefore, in contrast with the *Guyana v. Suriname* case, the tribunal did not need to "escape" the consideration of the "outside" matter in order to address an "inside" issue. Nevertheless, the present technique is still worth being counted as a way to avoid the implicated issue problem, as P. Tzeng suggests.⁹⁶ Indeed, by obtaining parties' consent the tribunal indeed did not need to deal with incidental jurisdiction since the parties' consent was properly obtained and no jurisdictional problem therefore was present. Otherwise, this would have resulted in a conclusion that the tribunal simply could not exercise jurisdiction over the principal dispute.

Another technique could be used if there is no perspective of obtaining parties' consent. In such a scenario, an ICT may render a conditional decision that would not determine the matter exclusively, but would rather leave the question open subject to a further determination.⁹⁷

This strategy was applied by the ICJ in the *Pedra Branca* (Malaysia v. Singapore) case. The dispute concerned the sovereignty over an island and two maritime features in the Singapore Strait. Whereas the Court was able to determine the sovereignty over the island and one of the maritime features, the sovereignty over the other feature (an "inside" issue) was not possible absent the determination as to maritime boundaries, which was "outside" of the Court's jurisdiction under the Special Agreement.

The Court decided not to rule on the "outside" issue and reasoned simply that sovereignty over the disputed maritime feature had the state, in whose territorial waters it was located.⁹⁸ In this manner, the Court in fact "escaped" the necessity to rule on the issue of maritime delimitation, which clearly was not within its competence.⁹⁹

Therefore, the ICJ developed quite a unique technique that allows it to avoid the consideration of "outside" issues in order to fulfil the mandate established by the Special Agreement. According to P. Tzeng, this approach could well be used in mixed disputes, such as *Coastal State Rights*.¹⁰⁰ However, the Annex VII tribunal in that case rightly decided to address the implicated issue problem and render the decision based

⁹¹ Quintana J. J. *Op. cit.* P. 109, 232.

⁹² ICJ. *Corfu Channel* case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania). Judgment of 25 March 1948. P. 27–28; ICJ. *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France). Judgment of 4 June 2008. § 61.

⁹³ *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration*. § 58.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*, § 509(2).

⁹⁶ Tzeng P. *Incidental Jurisdiction...* § 29.

⁹⁷ Such a decision may be called a "Solomonic" one to some extent. For the discussion of this phenomenon in greater detail, see, e.g. Grossman N. *Solomonic Judgments and the Legitimacy of the International Court of Justice // Legitimacy and International Courts* / ed. by N. Grossman, H. G. Cohen, A. Follesdal, G. Ulfstein. Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2018. P. 43–61.

⁹⁸ ICJ. *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge* (Malaysia v. Singapore). Judgment of 23 May 2008. § 299.

⁹⁹ *Ibid.*, § 298.

¹⁰⁰ Tzeng P. *Conditional Decisions: A Solution for Ukraine v. Russia and Other Similar Cases?* // EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law. URL: <https://www.ejiltalk.org/conditional-decisions-a-solution-for-ukraine-v-russia-and-other-similar-cases/> (accessed: 17.07.2024).

on the criteria established beforehand in case law. Otherwise, it would be another award adding to the problem of incoherence if the Annex VII tribunal had decided to “escape” the consideration of the implicated issue problem in that case.

Thus, as has been demonstrated, there is no consistent approach among ICTs on incidental jurisdiction. On the one hand, ICTs exercise or refuse to exercise incidental jurisdiction addressing it in express terms. In each case, ICTs use their own methodology to approach incidental issues. On the other hand, other ICTs tend to refrain from addressing incidental jurisdiction at all and use other techniques in order to exercise jurisdiction over “inside” issues and not exceed their competence simultaneously. Apparently, such a situation results in judicial fragmentation among ICTs on the issue of law, namely on incidental jurisdiction, as well as in decrease in ICTs’ legitimacy. Therefore, the next section of this paper explores a possible way to achieve coherence, namely by use of the *res judicata* principle.

3. *Res judicata* as a means to achieve coherence

3.1. Do incidental determinations have *res judicata* force?

The doctrine according to which “a final adjudication by a court or arbitral tribunal is conclusive” is known as *res judicata*.¹⁰¹ This doctrine is most commonly regarded as a general principle of law within the meaning of Article 38(1)(c) of the ICJ Statute.¹⁰² The doctrine is therefore applied by the ICTs and has a long history in that regard.

The ICJ summarised the test for the application of the doctrine in the following terms: “[T]he principle of *res judicata* requires an identity between the parties (*personae*), the object (*petitum*) and the legal ground (*causa petendi*)”.¹⁰³ Although it has been suggested that ICTs’ decisions have the force of *res judicata* when the dispute involves the same parties and the same subject matter,¹⁰⁴ Judge Anzilotti in his dissenting opinion in the *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów)* case summarised that for *res judicata* to apply, there must be “the three traditional elements for identification, *persona*, *petitum*, *causa petendi*”.¹⁰⁵ Generally, this “formula” is accepted by the ICTs in dealing with the doctrine.¹⁰⁶

The PCIJ in the *Société Commerciale de Belgique* case characterised the *res judicata* effect of an inter-state arbitral award as “nothing else than recognition of the fact that the terms of that award are definitive and obligatory”.¹⁰⁷ Similarly, the ICJ in the *Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)* case pointed out that *res judicata* implies that the Court’s decisions are not only binding on the parties, but also final, i.e. the issues that are determined cannot be relitigated.¹⁰⁸

As has been pointed out by the ICJ, the *res judicata* force of its decisions follows from Article 59 of the Statute, which says that “[t]he decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case”, and Article 60 of the Statute, which reads that “[t]he judgment is final and without appeal”.¹⁰⁹ The doctrine thus entails that an ICT’s decision is binding on the parties to the case, which is known to be a “positive effect” of *res judicata*, as well as definitive, which means that the matter cannot be decided again and is known as a “negative effect” of *res judicata*.¹¹⁰

¹⁰¹ Dodge W. S. *Res judicata* // Max Planck Encyclopedias of International Law. URL: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1670?prd=MPIL> (accessed: 17.07.2024). § 1.

¹⁰² ICJ. *Effect of Awards of Compensation Made by the U.N. Administrative Tribunal*. Advisory Opinion of 13 July 1954. P. 53. With regard to similarly worded Article 38(3) of the Statute of the Permanent Court of International Justice, see PCIJ. *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów)*. Judgment of 16 December 1927. Dissenting Opinion by M. Anzilotti. P. 27.

¹⁰³ ICJ. *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*. Judgment of 17 March 2016. § 55.

¹⁰⁴ PCA. *The Pious Fund of the Californias (The United States of America v. The United Mexican States)*. Award of the Tribunal of 14 October 1902. P. 3; Reinisch A. *The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes* // *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*. 2004. Vol. 3. № 1. P. 50–51.

¹⁰⁵ PCIJ. *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów)*. Judgment of 16 December 1927. Dissenting Opinion by M. Anzilotti. P. 23.

¹⁰⁶ ICSID. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*. Decision on Jurisdiction of 14 November 2005. § 72.

¹⁰⁷ PCIJ. *Société Commerciale de Belgique (Belgium v. Greece)*. Judgment of 15 June 1939. P. 175, 178.

¹⁰⁸ ICJ. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Judgment of 26 February 2007. § 115.

¹⁰⁹ ICJ. *Corfu Channel case (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*. Judgment of 15 December 1949. P. 248; ICJ. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Judgment of 26 February 2007. § 138.

¹¹⁰ Schaffstein S. *The Doctrine of Res Judicata Before International Arbitral Tribunals*: PHD Thesis. Centre for Commercial Law Studies Queen Mary and Westfield College, University of London and at the Faculty of Law of the University of Geneva. 2012. § 268; Dodge, William S. *Op. cit.* § 1.

It is worth noting that the effects of *res judicata* are limited to the parties to the dispute. Article 59, which is “formulated in negative terms”, is designed to prevent the judgements of the ICJ from being of precedential nature.¹¹¹ As the PCIJ stated in the *Certain German Interests*, “[t]he object of this article is simply to prevent legal principles accepted by the Court in a particular case from being binding upon other States or in other disputes”.¹¹²

Thus, in international law, the concept of *res judicata* itself precludes the effect of *stare decisis* of the ICTs' decisions.¹¹³ Their decisions in particular cases are binding on the parties to such cases only. Then the logical question arises: what can be considered as determined by an ICT with binding force for it and the parties and thus be preclusive in light of *res judicata*? In order to ascertain which determinations have *res judicata* force in a judgement or an award, the distinction should be made between *dispositif* and the reasons leading to the determinations in *dispositif* — *motifs*. The interplay between them is key to understanding which parts of ICTs' decisions should be treated as being *res judicata*. The PCIJ and the ICJ have approached the interpretation of their judgements with the premise that *dispositif* should be read together with *motifs*.¹¹⁴ Therefore, in determining the meaning of *dispositif*, it is necessary to have regard to the reasons given by an ICT in coming to the decision reflected in *dispositif*.

However, should *motifs* have the same preclusive force as *dispositif*? Some light was shed on this issue by the PCIJ in the *Polish Postal Service in Danzig* advisory opinion, where the Court stated that “it is certain that the reasons contained in a decision, at least in so far as they go beyond the scope of the operative part, have no binding force as between the Parties concerned”.¹¹⁵ However, as was determined by the Court in *Delimitation Beyond 200 Nautical Miles (Nicaragua v. Colombia)*, the meaning of *dispositif*, which is *res judicata*, is to be derived from the reasoning in the judgement.¹¹⁶

Incidental determinations may fall within the category of *motifs* since they are usually reasons that lead an ICT to determine whether it has jurisdiction or not, or, if on merits, whether the party's contention should be upheld or rejected. However, incidental determinations cannot be equated to the determinations on the issues over which an ICT has primary jurisdiction. The problem was highlighted in the early jurisprudence of the PCIJ in the *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów)* case. The PCIJ there determined that the alienation of German nationals' property by Polish courts was illegal.¹¹⁷ As the PCIJ itself stated, the latter finding “indisputably acquired the force of *res judicata*”.¹¹⁸ Indeed, it appears in *dispositif* of the judgement on merits. However, the Court stated that the finding of illegality “constitute[d] a condition essential to the Court's decision” and was, furthermore, “consequently included amongst the points decided by the Court in Judgment No. 7, and possessing binding force in accordance with the terms of Article 59 of the Statute”.¹¹⁹

Thus, the PCIJ stated that the incidental determination was to be treated as *res judicata*. As noted by B. Cheng, this finding of the PCIJ should be read together with the dissenting opinion by Judge M. Anzilotti, who stated that incidental determinations made exclusively for the purposes of a specific case are not binding in another case.¹²⁰

Indeed, as was noted earlier, *res judicata* force of ICTs' decisions extends only to the parties to a particular case and binds them only in the context of that case. Moreover, in his dissenting opinion to the *Factory at Chorzów (Merits)* case Judge M. Ehrlich stated: “It is generally admitted that the principles of litispendency and *res judicata* do not apply to questions decided as incidental and preliminary points”.¹²¹ This supports the understanding that incidental determinations' *res judicata* force is circumscribed only to the reasoning of an ICT in a particular case.

¹¹¹ Quintana J. J. *Op. cit.* P. 591.

¹¹² PCIJ. *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. Judgment of 25 May 1926. P. 19.

¹¹³ It is worth stressing for greater clarity that the effects of *res judicata* in international law might well differ from the effects stemming from courts' judgements in domestic legal systems. For a comparative analysis of the preclusionary effects of national courts' decisions, see Chase O., Hershkoff H., Silberman L., Sorabji J., Stürmer R., Taniguchi Y., Varano V. *Civil Litigation in Comparative Context*. St. Paul, MN : West Academic Publishing, 2017. P. 566–594.

¹¹⁴ PCIJ. *Polish Postal Service in Danzig*. Advisory Opinion of 16 May 1925. P. 30; ICJ. *Request for Interpretation of the Judgment of 15 June 1962 in the Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*. Judgment of 11 November 2013. § 68.

¹¹⁵ *Polish Postal Service in Danzig*. P. 29.

¹¹⁶ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast*. § 61.

¹¹⁷ PCIJ. *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*. Judgment of 25 May 1926. P. 20.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ PCIJ. *Interpretation of Judgments Nos. 7 and 8 (Factory at Chorzów)*. Judgment of 16 December 1927. P. 20.

¹²⁰ *Ibid.* Dissenting Opinion by M. Anzilotti. P. 26.

¹²¹ PCIJ. *Factory at Chorzów (Jurisdiction)*. Judgment of 26 July 1927. Dissenting Opinion by M. Ehrlich. P. 76.

Therefore, the early jurisprudence of the PCIJ suggested the methodology that can be employed in dealing with incidental issues. Indeed, incidental determinations are rather *motifs* that lead an ICT to the principal determinations in a case. Although *motifs*, in principle, can be treated as *res judicata*,¹²² it is incidental determinations that lack the *res judicata* force in general. Even if they are treated as *res judicata*, this does not still prevent other ICTs from reconsidering the matter in subsequent proceedings since the force of *res judicata* of such incidental determinations extends only to the framework of a particular case.

3.2. How could the doctrine of *res judicata* be used by ICTs to exercise incidental jurisdiction?

As has been demonstrated, ICTs have not yet developed a consistent approach to incidental jurisdiction. When the case at issue involves some “outside” issues, an ICT would address them either from the standpoint of incidental jurisdiction or by employing alternative techniques that allow to exercise primary jurisdiction without addressing incidental jurisdiction.

Such a state of affairs can be seen as posing the risk of so-called judicial fragmentation. As P. Webb explains the phenomenon, judicial fragmentation is “a significant divergence in the reasoning on the same/similar legal issue or in relation to the same/similar factual scenario”.¹²³ Judicial fragmentation can be viewed as a sub-category of institutional fragmentations, which refer to the divergence of views among the international institutions, in the present study — ICTs.¹²⁴ Scholars have argued that judicial fragmentation is seen as resulting in detriment to the predictability of international dispute settlement.¹²⁵ If ICTs render contradictory decisions on the same legal issue, states have less trust in these ICTs for the lack of predictability as to the outcome of litigation. Overall, the consequence is that the legitimacy of these ICTs will decay.¹²⁶

According to R. Wolfrum, legitimacy can be defined as “the justification of authority”.¹²⁷ The ICTs’ legitimacy is primarily derived from states’ consent.¹²⁸ Viewed from the standpoint of consent, legitimacy is referred to as “normative legitimacy”, in contrast with “sociological legitimacy”, which is primarily concerned with the degree of support by relevant constituencies, in the present study — states.¹²⁹ When ICTs’ legitimacy is considered based on consent, the consent is said to be a “source-oriented factor” in scholarly studies of ICTs’ legitimacy.¹³⁰

That being stated, it appears that consent plays the key role in assessing the ICTs’ legitimacy, whether normative or sociological. Indeed, it is difficult to imagine the situation where an ICT exercises its jurisdiction beyond the parties’ consent and the source-based legitimacy of such an ICT decreases, while this ICT still remains legitimate in states’ views.¹³¹

It can thus be argued that where ICTs “trespass” the boundaries of the authority delegated by states, the decrease in legitimacy ensues.¹³² In the present situation, exercising incidental jurisdiction on undefined or unauthoritative grounds may be equal to overstepping states’ consent to dispute settlement. The same effect follows from the unjustified exercise of jurisdiction over, or mere consideration of, an issue that falls outside an ICT’s competence. It may be seen as illegitimate that ICTs make determinations on the matters not falling strictly within their competence. Since international dispute settlement is a consent-based system, states’ consent is crucial to the functioning of an ICT, hence to its legitimacy too.

In order to remedy the situation and prevent it from becoming worse in the future, ICTs may consider adopting a more reasoned and balanced approach. Furthermore, when dealing with incidental jurisdiction,

¹²² Marotti L. *Between Consent and Effectiveness: Incidental Determinations and the Expansion of the Jurisdiction of UNCLOS Tribunals // Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals I* ed. by A. del Vecchio, R. Virzo. Cham : Springer International Publishing, 2019. P. 400.

¹²³ Webb P. *International Judicial Integration and Fragmentation*. International Courts and Tribunals Series. Oxford : Oxford University Press, 2013. P. 6.

¹²⁴ Peters A. *The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization // International Journal of Constitutional Law*. 2017. Vol. 15. № 3. P. 675.

¹²⁵ *Ibid.* P. 679; Webb P. *Op. cit.* P. 6.

¹²⁶ Webb P. *Op. cit.* P. 6–7.

¹²⁷ Wolfrum R. *Legitimacy in International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations // Legitimacy in International Law I* ed. by R. Wolfrum, R. Volker. Berlin ; Heidelberg : Springer Berlin Heidelberg, 2008. P. 6.

¹²⁸ Klabbbers J., Peters A., Ulfstein G. *The Constitutionalization of International Law*. Oxford ; New York : Oxford University Press, 2009. P. 38, 42.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ The others being process- and result-oriented factors. See Wolfrum R. *Op. cit.* P. 6; Grossman N., Cohen H.G., Follesdal A., Ulfstein G. *Legitimacy and International Courts — A Framework // Legitimacy and International Courts I* ed. by N. Grossman, H. G. Cohen, A. Follesdal, G. Ulfstein ; Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2018. P. 5.

¹³¹ This stance can be exemplified by Solomonic decisions. See Grossman N. *Solomonic Judgments...* P. 55–60.

¹³² Grossman N., Cohen H.G., Follesdal A., Ulfstein G. *Op. cit.* P. 5.

ICTs could enunciate the reasoning in more express terms and adopt a particular methodology to be used in each particular case.¹³³ The legitimacy of the ICTs can be reinstated, *inter alia*, through the coherent application of law,¹³⁴ by which judicial integration may be achieved.¹³⁵

As was discussed above, the existing approaches to incidental jurisdiction are incoherent. Therefore, it is desirable that the ICTs take a consistent stance on incidental jurisdiction. However, the ICTs might feel to some extent constrained by the existing case law and the reasoning elaborated on in previous cases. It appears that this might have been the very reason for the Annex VII tribunals in *Chagos MPA*, *Coastal State Rights*, and *Enrica Lexie* to adopt the reasoning of the PCIJ in *Certain German Interests* as persuasive. Indeed, the *Certain German Interests* seemed to be authoritative enough to follow suit.

It is submitted, however, that the ICTs should not adhere to the approaches that are incorrect or not suitable for another reason. As was discussed with regard to *res judicata*, the ICTs are not bound by the reasoning developed in previous cases. The determinations that are made in a decision in one case cannot be binding in future cases. For there is no *stare decisis* force of previous judgements or awards, the ICTs are free to make deliberations as to how to approach incidental issues arising in cases. If it is argued, on the other hand, that previous ICTs' decisions have persuasive force, case law demonstrates that the ICTs still can abandon the approaches that were developed there and coin their own, more correct ones. The fact that previous decisions are erroneous or at least imperfect suffices as a reason to adopt a new one with correct determinations of law. Similarly to where the ICTs have exercised incidental jurisdiction, the ICTs should approach "outside" issues only from the standpoint of incidental jurisdiction and not resort to strategies that allow to bypass the respective discussion.

Taking into account that the reasoning of the ICTs as to whether incidental jurisdiction may be exercised varies, the ICTs should be cautious not to adopt some criteria and elaborate more on others, or abandon them as well and invent their own approach. Moreover, they may address incidental jurisdiction in express terms. It is submitted that they could legitimately do so. In that event, they should be inspired by the *res judicata* doctrine, which prevents the previous decisions from having binding force in future cases.

Even though the effects of *res judicata* with regard to incidental determinations are clear, one could argue that *res judicata* cannot be an ultimate solution to the lack of coherence. Indeed, it appears that *res judicata* doctrine has its primary focus on the effects of ICTs' decisions. These effects are prospective, namely they take place only after the decision has been taken. Therefore, the doctrine provides only partial justification for the exercise of incidental jurisdiction.

It also does not explain why ICTs may exercise incidental jurisdiction from the standpoint of their powers. To that end, an argument could be made in this respect that ICTs have inherent power to make incidental determinations.¹³⁶ One of such inherent powers of ICTs, for example, is the power to rule on their jurisdiction, which is known as the *compétence de la compétence* (*Kompetenz-Kompetenz*) principle.¹³⁷ Although international courts are vested with such a power expressly, it can be said that they have an inherent power to decide the true scope of a claim.¹³⁸

Moreover, from the standpoint of the characteristics of a judgement or an award, if an ICT renders a decision on the issue outside its competence, such a decision is null.¹³⁹ Therefore, the exercise of incidental jurisdiction may be seen as exceeding ICT's competence. In that regard, *res judicata* does not buttress the ICTs' power to exercise incidental jurisdiction since the sole fact, that the decision will not have binding and preclusive effect except for the parties to a certain case, does not cancel the fact that such a decision may still be null. On the other hand, it is safe to argue that absent the agreement of both parties to the dispute, it is impossible to submit an ICT's decision to another tribunal for review.¹⁴⁰ Thus, except for the International Centre for Settlement of Investment Disputes framework,¹⁴¹ the annulment of a judgement or an award is in practice rarely possible, even if it was rendered in excess of ICT's competence.

¹³³ Grossman N. *Solomonic Judgments*... P. 60.

¹³⁴ McDermott Y., Wedad E. *Legitimacy* // Research Handbook on International Courts and Tribunals / ed. by W. A. Schabas, S. Murphy. Cheltenham ; Northampton : Edward Elgar Publishing, 2017. P. 245.

¹³⁵ Webb P. *Op. cit.* P. 6–7.

¹³⁶ Harris C. *Incidental determinations*... P. 435–436.

¹³⁷ Competence-competence (French, German). For more thorough discussion, see Cheng B. *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. Cambridge ; New York : Cambridge University Press, 2006. P. 275–278.

¹³⁸ Kolb R. *The International Court of Justice*. Oxford : Hart Publishing, 2013. P. 188–190.

¹³⁹ Cheng B. *Op. cit.* P. 261.

¹⁴⁰ Oellers-Frahm K. *Judicial and Arbitral Decisions, Validity and Nullity* // Max Planck Encyclopedia of Public International Law. URL: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e53?rskey=YYswy3&result=1&prd=MPIL> (accessed: 17.07.2024). § 16–20.

¹⁴¹ *Ibid.*, § 21.

Conclusion

Existing case law in which ICTs have exercised incidental jurisdiction does not demonstrate coherence of approaches. While some ICTs exercise incidental jurisdiction and address the implicated issue problem, other ICTs rather avoid addressing incidental jurisdiction in order to still exercise jurisdiction over an “inside” issue that falls within these ICTs’ primary jurisdiction. The lack of coherence among ICTs on incidental jurisdiction leads to the decrease in ICTs’ legitimacy. The lack of coherent justification for the exercise of incidental jurisdiction may be treated as overstepping the boundaries of states’ consent to dispute settlement, which leads to legitimacy concerns. Moreover, the diversity of approaches to the same legal problem, namely incidental jurisdiction, leads to judicial fragmentation, which, in turn, can be the cause of the decay of ICTs’ legitimacy.

The *res judicata* doctrine may to some extent justify ICT’s exercising incidental jurisdiction. It appears that ICTs may refuse to take into account previous decisions of ICTs that have exercised incidental jurisdiction if such decisions are incorrect since the reasoning of an ICT on incidental issues cannot be considered to have *res judicata* force. Moreover, it is possible for ICTs to rely on *res judicata* in order to exercise incidental jurisdiction. However, it is necessary to acknowledge that *res judicata* cannot provide a comprehensive justification for ICTs’ exercising incidental jurisdiction.

ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНЫМИ СУДАМИ ВСПОМОГАТЕЛЬНОЙ ЮРИСДИКЦИИ: СОГЛАСОВАНИЕ ПОДХОДОВ ЧЕРЕЗ КОНЦЕПЦИЮ *RES JUDICATA*

СИЛКИН Д. В.

Силкин Дмитрий Владимирович — эксперт в области международного права, магистр права (НИУ ВШЭ), Москва, Россия (dmitr.silkin2013@yandex.ru). ORCID: 0009-0001-7380-0645.

Аннотация

Проведенный автором анализ позволяет утверждать, что международные суды и трибуналы могут осуществлять вспомогательную юрисдикцию, однако их практика свидетельствует о том, что на настоящий момент отсутствуют последовательные и единообразные подходы к ее осуществлению. В работе также проводится анализ механизмов обхода необходимости осуществления вспомогательной юрисдикции. Отмечается, что международные суды и трибуналы могут «избегать» осуществления вспомогательной юрисдикции из соображений сохранения легитимности, поскольку рассмотрение вспомогательных вопросов может вести к преступлению согласия сторон на процедуру разрешения спора. Ввиду этого автор исследует возможности осуществления вспомогательной юрисдикции в ситуациях, когда международные суды и трибуналы предпочли ее «избегать». В статье обосновывается, что сам факт наличия разных подходов к вопросу осуществления вспомогательной юрисдикции может вести к судебской фрагментации и ослаблению легитимности международных судов и трибуналов. В этой связи автор обосновывает необходимость утверждения последовательного подхода к осуществлению вспомогательной юрисдикции может вести к судебской фрагментации и ослаблению легитимности международных судов и трибуналов. В этой связи автор обосновывает необходимость утверждения последовательного подхода к осуществлению вспомогательной юрисдикции может вести к судебской фрагментации и ослаблению легитимности международных судов и трибуналов. В этой связи автор обосновывает необходимость утверждения последовательного подхода к осуществлению вспомогательной юрисдикции может вести к судебской фрагментации и ослаблению легитимности международных судов и трибуналов. В этой связи автор обосновывает необходимость утверждения последовательного подхода к осуществлению вспомогательной юрисдикции может вести к судебской фрагментации и ослаблению легитимности международных судов и трибуналов.

Ключевые слова

вспомогательная юрисдикция, *res judicata*, разрешение международных споров, международные суды и трибуналы, легитимность международных судов и трибуналов

Для цитирования: Силкин Д. В. Осуществление международными судами вспомогательной юрисдикции: согласование подходов через концепцию *res judicata* // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 3. С. 25–41.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.23985>

References / Список источников

Berman F. (2004) Treaty “Interpretation” in a Judicial Context. *Yale Journal of International Law*, vol. 29, no. 2, pp. 315–322.

- Cannizzaro E., Bonafé B. (2005) Fragmenting International Law through Compromissory Clauses? Some Remarks on the Decision of the ICJ in the Oil Platforms Case. *European Journal of International Law*, vol. 16, no. 3, pp. 481–497.
- Chase O., Hershkoff H., Silberman L., Sorabji J., Stürner R., Taniguchi Y., Varano V. (2017) *Civil Litigation in Comparative Context*, St. Paul, MN: West Academic Publishing.
- Cheng B. (2006) *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Cambridge; New York: Cambridge University Press.
- d'Argent P. (2021) The Monetary Gold Principle: A Matter of Submissions. *American Journal of International Law Unbound*, vol. 115, pp. 149–153.
- Dodge W. S. (2006) *Res iudicata*. *Max Planck Encyclopedias of International Law*. Available at: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1670?prd=MPIL> (accessed: 17.07.2024).
- Gulati R. (2021) Judicial Independence at International Courts and Tribunals. In: Brabandere E. de (ed.) *International Procedure in Interstate Litigation and Arbitration: A Comparative Approach*, Cambridge; New York: Cambridge University Press.
- Grossman N., Cohen H.G., Follesdal A., Ulfstein G. (2018) Legitimacy and International Courts — A Framework. In: Grossman N., Cohen H. G., Follesdal A., Ulfstein G. (eds.) *Legitimacy and International Courts*, Cambridge; New York: Cambridge University Press, pp. 1–40.
- Grossman N. (2018) Solomonic Judgments and the Legitimacy of the International Court of Justice. In: Grossman N., Cohen H. G., Follesdal A., Ulfstein G. (eds.) *Legitimacy and International Courts*, Cambridge; New York: Cambridge University Press, pp. 43–61.
- Harris C. (2020) Claims with an Ulterior Purpose: Characterising Disputes Concerning the “Interpretation or Application” of a Treaty. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 18, no. 3, pp. 279–299.
- Harris C. (2021) Incidental determinations in proceedings under compromissory clauses. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 70, no. 2, pp. 417–447.
- Herdt S. W. de. (2022) Mixed Disputes. *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 37, no. 2, pp. 358–367.
- Kammerhofer J. (2004) Oil's Well That Ends Well? Critical Comments on the Merits Judgement in the Oil Platforms Case. *Leiden Journal of International Law*, vol. 17, no. 4, pp. 695–718
- Klabbers J., Peters A., Ulfstein G. (2009) *The Constitutionalization of International Law*, Oxford; New York: Oxford University Press.
- Kolb R. (2013) *The International Court of Justice*, Oxford: Hart Publishing.
- Marotti L. (2019) Between Consent and Effectiveness: Incidental Determinations and the Expansion of the Jurisdiction of UNCLOS Tribunals. In: Del Vecchio A., Virzo R. (eds.) *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals*, Cham: Springer International Publishing, pp. 383–406.
- McDermott Y., Wedad E. (2017) Legitimacy. In: Schabas W. A., Murphy S. (eds.) *Research Handbook on International Courts and Tribunals*, Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, pp. 229–245.
- Oellers-Frahm K. (2019) Judicial and Arbitral Decisions, Validity and Nullity. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*.
- Orakhelashvili A. (2008) *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Peters A. (2009) The Merits of Global Constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16, no. 2, pp. 397–411.
- Peters A. (2017) The Refinement of International Law: From Fragmentation to Regime Interaction and Politicization. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, no. 3, pp. 671–704.
- Quintana J. J. (2015) *Litigation at the International Court of Justice: Practice and Procedure*, Leiden; Boston: Brill Nijhoff.

- Radović R. (2022) Incidental Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration and the Question of Party Consent. *American Journal of International Law Unbound*, vol. 116, pp. 181–185.
- Raible L. (2022) Incidental Jurisdiction in Human Rights Litigation: Surprising Absence and Rival Techniques. *American Journal of International Law Unbound*, vol. 116, pp. 176–180.
- Salles L.E. (2017) Jurisdiction. In: Schabas W. A., Murphy S. (eds.) *Research Handbook on International Courts and Tribunals*, Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, pp. 246–272.
- Schaffstein S. (2012) *The doctrine of res judicata before international arbitral tribunals: PHD Thesis*. Centre for Commercial Law Studies Queen Mary and Westfield College, University of London and at the Faculty of Law of the University of Geneva.
- Shany Y. (2014) Jurisdiction and Admissibility. In: Romano C. P. R., Alter K. J., Shany Y. (eds.) *The Oxford Handbook of International Adjudication*, Oxford: Oxford University Press.
- Shaw M. N. (2017) The Expression of Consent. *Rosenne's Law and Practice of the International Court: 1920–2015*. Available at: <https://referenceworks.brillonline.com/browse/Rosenne-s-law-and-practice-of-the-international-court-1920-2015> (accessed: 17.07.2024).
- Tzeng P. (2016) The Doctrine of Indispensable Issues: *Mauritius v. United Kingdom, Philippines v. China, Ukraine v. Russia, and Beyond*. *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*. Available at: <https://www.ejiltalk.org/the-doctrine-of-indispensable-issues-mauritius-v-united-kingdom-philippines-v-china-ukraine-v-russia-and-beyond/> (accessed: 17.07.2024).
- Tzeng P. (2017) Investments on Disputed Territory: Indispensable Parties and Indispensable Issues. *Revista de Direito Internacional*, vol. 14, no. 2, pp. 121–138.
- Tzeng P. (2018) The Implicated Issue Problem: Indispensable Issues and Incidental Jurisdiction. *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 50, no. 2, pp. 447–507.
- Tzeng P. (2020) Conditional Decisions: A Solution for *Ukraine v. Russia* and Other Similar Cases? *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*. Available at: <https://www.ejiltalk.org/conditional-decisions-a-solution-for-ukraine-v-russia-and-other-similar-cases/> (accessed: 17.07.2024).
- Tzeng P. (2022) Incidental Jurisdiction. *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*. Available at: <https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e1631.013.1631/law-mpeipro-e1631> (accessed: 17.07.2024).
- Webb P. (2013) *International Judicial Integration and Fragmentation*, Oxford: Oxford University Press.
- Wolfrum R. (2008) Legitimacy in International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations. In: Wolfrum R., Volker R. (eds.) *Legitimacy in International Law*, Berlin; Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, pp. 1–24.

ПРАКТИКА САМООТВОДОВ И ОТВОДОВ СУДЕЙ МЕЖДУНАРОДНОГО СУДА¹

КИСЕЛЕВА О. А.

Киселева Ольга Анатольевна — кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург, Россия (olga.kiseleva@spbu.ru). ORCID: 0000-0003-0448-8253.

Аннотация

Опираясь на анализ практики Международного Суда в области самоотводов и отводов судей, автор статьи предпринимает попытку доктринального осмысления этого института. Отвод судьи, а также тесно связанные с ним категории беспристрастности и независимости, обретают все большую актуальность в современных международных судебных баталиях. Это сложные и многоаспектные понятия, которые в контексте изучения международного правосудия не получили должного освещения в российской науке международного права. Коллизии правового статуса судьи могут быть условно разделены на два вида: коллизии постоянного несоответствия и коллизии временного несоответствия, что отражено в Статуте Международного Суда и его практике. Едва ли не в каждом суде, включая Международный Суд, существуют механизмы устранения возникающего у судей конфликта интересов, который порождает или может порождать пристрастность, создает или может создавать сомнение в независимости. Однако практика именно этого Суда представляет особый интерес в силу его очевидного авторитета и накопленного за многие годы опыта в решении подобных вопросов.

Ключевые слова

Международный Суд, отвод, самоотвод, судья, беспристрастность, независимость, предвзятость

Для цитирования: Киселева О. А. *Практика самоотводов и отводов судей Международного Суда* // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 3. С. 42–51.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.23987>

Введение

Проблематика отводов и самоотводов судей международных судов почти не изучена в отечественной доктрине, хотя в последнее время отводы нередко используются сторонами спора как важная часть судебной стратегии при рассмотрении дела в международных судах и трибуналах. В этом отношении показательна практика Международного Суда (далее также — Суд), и ссылки на нее активно приводятся в заявлениях об отводах судей и арбитров в самых разных международных судебных инстанциях.

Россия впервые столкнулась с проблемой отводов и самоотводов судей Суда в деле *Украина против Российской Федерации (Применение Конвенции о борьбе с финансированием терроризма и Конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации)*. Из п. 7 решения Суда от 31 января 2024 года следует, что с самого начала судебного разбирательства судья Суда от России К. Г. Геворгян проинформировал Председателя Суда о намерении не участвовать в рассмотрении дела (иными словами, взял самоотвод)². П. 3 ст. 31 Статута Суда устанавливает, что если в составе судебного присутствия нет ни одного судьи, состоящего в гражданстве сторон, то каждая из этих сторон может избрать судью *ad hoc*. В свою очередь, назначенный вместо К. Геворгяна судья *ad hoc* Л. А. Скотников (судья Международного Суда в 2006–2015 гг.) 27 февраля 2022 года также ушел в отставку (причина в решении не указана). Вместо него судьей *ad hoc* от России в этом споре стал известный российский юрист-международник Б. Р. Тузмухамедов, в прошлом — судья Международного уголовного трибунала по Руанде (2009–2015 гг.) и судья Апелляционной палаты Международных трибуналов по Руанде и по бывшей Югославии (2012–2015 гг.).

¹ В данной статье частично воспроизводится текст, ранее публиковавшийся в блоге автора на портале Закон.ру: https://zakon.ru/blog/2024/3/18/otvody_i_samoотводы_sudej_v_praktike_ms_oon (дата обращения: 20.10.2024).

² ICJ. Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Ukraine v. Russian Federation*). Judgment, 31 January 2024. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/166/166-20240131-jud-01-00-en.pdf> (дата обращения: 18.03.2024).

1. Принципы независимости и беспристрастности как фундаментальная основа возможных отводов и самоотводов судей

Независимость и беспристрастность судьи являются ключевыми элементами любого судопроизводства. Спорящие стороны вправе ожидать, что судья, рассматривающий их спор, обладает определенными характеристиками, включая необходимый уровень компетенции, а также независимостью от внешнего влияния и беспристрастностью³. Пристрастность судьи ставит под сомнение правомерность и легитимность вынесенного им (с его участием в составе коллегии) решения. В доктрине считается, что пристрастность судей в конкретном деле является нарушением права стороны спора на справедливое судебное разбирательство⁴. Беспристрастность как таковая не выступала предметом самостоятельного научного исследования и попадала в поле зрения ученых лишь случайно, когда фокус их внимания был обращен на иные вопросы. Как следствие, современные теоретические представления о беспристрастности несколько размыты и бессистемны⁵.

При этом недавние исследования поведения судей показывают, что, несмотря на возводимую в абсолют и декларированную самими судьями беспристрастность, на практике личные качества судьи неизбежно оказывают влияние на оценку фактических и правовых обстоятельств, на ход и результаты обсуждения дела с другими судьями и в конечном счете на принимаемое судом решение⁶. К такого рода неотъемлемым личным качествам относятся расовая и гендерная принадлежность судей, их самоидентификация в вопросах религии, политические взгляды и иные воззрения. Кроме того, в ряду этих качеств следует упомянуть профессиональный опыт, полученный до избрания на должность судьи. Учитывая коллегиальное рассмотрение дел в большинстве международных судов, немалую роль играют особенности характера и умение судьи выстраивать продуктивные рабочие отношения с членами коллегии.

Как пишет Г. Эрнандес, национальность и место происхождения оказывают решающее влияние на международных судей, в связи с чем предвзятость с их стороны кажется неизбежной⁷. В то же время Э. Войтет, исследовавший вопросы беспристрастности на примере судей Европейского Суда по правам человека (далее — ЕСПЧ), утверждает, что отсутствуют статистические доказательства того, что правовая культура и геополитика выступают важными факторами предвзятости судей. Тем не менее он констатирует существование достаточного объема данных, подтверждающих, что судьи ЕСПЧ являются политическими акторами, то есть обладают политическими предпочтениями, которые влияют на формирование их решений⁸.

В отношении рисков возможной предвзятости со стороны международных судей и вариантов их минимизации в международных судах применяются различные инструменты. Как отмечает М. Алларс, в различных международных судах и трибуналах соответствующие механизмы неодинаковы. Одни могут автоматически лишать судью права рассматривать дело, стороной в котором является государство гражданства судьи⁹. Как предусмотрено п. 3 ст. 8 Приложения 2 «Договоренности о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров» к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации 1994 года, в состав третьей группы не должны входить граждане государств-членов, правительства которых являются сторонами спора или третьими сторонами¹⁰. Другие разрешают судье участвовать в заседании, но

³ Bassett D., Perschbacher R. *Perceptions of Justice: an International Perspective on Judges and Appearances* // *Fordham International Law Journal*. 2013. Vol. 36. № 1. P. 137.

⁴ Cassesse A. *International Criminal Law*. Oxford; New York : Oxford University Press, 2003. P. 393–394; *The Challenge and Recusal of Judges of the International Court of Justice* / ed. by C. Giorgetti. Brill : Leiden, Boston, 2015. P. 183, 393.

⁵ Geyh C. *The Dimensions of Judicial Impartiality* // *Florida Law Review*. 2014. Vol. 65. № 2. P. 493.

⁶ Мауџес Г., Дофан С. *The Effects of International Judges' Personal Characteristics on Their Judging* // *Leiden Journal of International Law*, 2022. № 35. P. 888.

⁷ Hernández G. *Impartiality and Bias at the International Court of Justice* // *Cambridge International Law Journal*. 2012. Vol. 1. № 3. P. 184.

⁸ Voeten E. *The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Right* // *American Political Science Review*. 2008. Vol. 102. № 4. P. 418.

⁹ Allars M. *Disqualification for Bias and International Tribunals: Room for a Common Test* // *Missouri Law Review*. 2013. Vol. 78. P. 383.

¹⁰ Проблемы, возникающие в том числе по данной причине при формировании третейских групп в Органе по разрешению споров Всемирной торговой организации, были изложены в работе А. С. Исполинова: *Исполинов А. С. К 20-летию ВТО*:

стремятся сбалансировать интересы спорящих сторон. Например, в Международном Суде Председатель и Вице-председатель Суда не могут председательствовать в деле, где одной из сторон выступает государство их гражданства¹¹.

Статут Суда не только устанавливает в ст. 2, что Суд состоит «из коллегии независимых судей, избранных, вне зависимости от их гражданства, из числа лиц высоких моральных качеств», но и содержит вполне конкретное формальное требование к кандидату на должность судьи: такое лицо должно удовлетворять требованиям, предъявляемым в его стране для назначения на высшие судебные должности, или являться юристом с признанным авторитетом в области международного права. В данном случае происходит смешение национальных и международных элементов при замещении судебных должностей¹², что, с одной стороны, соответствует определенным целям отправления международного правосудия, а с другой — создает дихотомию правового статуса и риски для независимости судей применительно к отдельным спорам. Риски эти, конечно, в большей степени свойственны судам интеграционных объединений, где физические и юридические лица могут становиться участниками спора. То есть одни и те же критерии, отсылающие к месту происхождения и гражданству судьи (как проявлению устойчивой юридической связи человека с государством), нормативно положены в основу формирования самого судебного присутствия, а также в основу построения логики для выявления наличия или отсутствия беспристрастности судьи.

Очевидно, что разработчики Статута и Регламента Суда исходили из того, что гражданство судьи не может влиять на его беспристрастность и не должно становиться основанием для отвода, поскольку гражданству противопоставлена статусность, репутация самого судьи и Суда в целом, то есть осознание конкретным судьей себя как части единого целого — судебного присутствия.

Изложенное суждение верно как для судей Суда, так и для судей *ad hoc*, назначаемых в случае отсутствия в составе Суда постоянного судьи, состоящего в гражданстве сторон(ы) спора (ст. 31 Статута Суда). Однако практика выявляет несовершенства этой «модели равновесия». Как показывает статистика Суда, судьи *ad hoc*, как правило, голосуют в поддержку назначившего их государства¹³. В отношении судей *ad hoc* высказываются сомнения в их независимости от назначившего государства¹⁴. Аналогичные аргументы о зависимости постоянных судей от государств, которые выдвигали их на должность, встречаются в литературе. Речь может идти как о глубоко политизированном процессе назначения судей международных судов («поскольку судьи назначаются государствами, они заботятся о том, чтобы судьи были не слишком независимыми, выбирая из числа должностных лиц, которые продемонстрировали надежность и соответствующее ожиданиям отношение»¹⁵), так и о том, насколько действующий судья планирует в дальнейшем связывать свою судьбу и карьеру с назначившим его государством¹⁶.

Нельзя однозначно утверждать, что гражданство умаляет независимость судей международных судов. Дело в том, что абсолютизации негативного влияния гражданства противопоставлены не только правила процедуры назначения судей в международных судах, но и фактически складывающиеся обстоятельства, свидетельствующие о том, что судьи не всегда становятся «заложниками» своего гражданства или иной правовой связи с назначившим государством при голосовании по существу конкретного спора в международном суде. Можно привести пример судьи Д. Анцилотти, который, будучи итальянским юристом и судьей Постоянной палаты международного правосудия, в деле *С.С. Уимблдон (Великобритания и др. против Германии)* 1923 года голосовал против иска, поданного правительством его родной страны¹⁷.

критический взгляд на практику Органа по разрешению споров // Торговая политика. Trade policy. 2015. № 1/1. С. 12–15.

¹¹ Allars M. *Op. cit.* P. 383.

¹² *Международное право (Volkerrecht)* / под ред. Витцума В., Боте М., Дольцера Р. М. : Инфотропик Медиа, 2011. С. 992.

¹³ Ma X., Guo S. *An Empirical Study of the Voting Pattern of Judges of the International Court of Justice (2005–2016)* // *Erasmus Law Review*. 2017. Vol. 3. № 10. P. 174; M. Kuijer. *Voting Behaviour and National Bias in the European Court of Human Rights and the International Court of Justice* // *Leiden Journal of International Law*, 1997. P. 49–67; Suh. I.R. *Voting Behavior of National Judges in International Courts* // *American Journal of International Law*. 2017. P. 163–174.

¹⁴ Ogbodo S.G. *An Overview of the Challenges Facing the International Court of Justice in the 21st Century* // *Annual Survey of International & Comparative Law*. 2012. Vol. 18. № 1. Art. 7. P. 108.

¹⁵ Posner E., Figueiredo M. de. *Is the International Court of Justice Biased?* // John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper № 234. 2004. P. 11–12.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ ICJ. *S.S. Wimbledon (U.K. v. Japan)*, 1923 P.C.I.J. (ser. A) № 1 (Aug. 17) // *Publications of the Permanent Court of International Justice, Series A, № 1.*

Безусловно, существуют другие примеры. Если обратиться к решению Суда по юрисдикции от 2 февраля 2024 года (*Украина против Российской Федерации*)¹⁸, то можно увидеть, что судья *ad hoc* от Украины француз И. Доде (Y. Daudet) по всем вопросам, вынесенным на голосование, присоединился к большинству судей. Среди прочего он поддержал решение о том, что вопросы правомерности специальной военной операции и признания Донецкой и Луганской Народных Республик не входят в юрисдикцию Суда в рамках данного спора, что резко сузило шансы Украины на общий успех в этом деле, тем самым сохранив общий положительный эффект для России от решения в целом¹⁹. Стоит, конечно, отметить, что формулировки особого мнения судьи *ad hoc* И. Доде²⁰ не могут быть однозначно квалифицированы как полностью беспристрастные. Например, о наличии сформировавшейся точки зрения еще до оценки фактически представленных в деле доказательств и доводов сторон (ведь это не стадия рассмотрения дела по существу) могут свидетельствовать такие фразы, как «нет сомнений в том, что поведение России нарушает международное право» (пар. 3), а также «нет сомнений в том, что Россия неправомерно использовала Конвенцию о геноциде для оправдания своей “специальной операции”» и «поведение России, несомненно, представляет собой нарушение других норм общего международного права» (пар. 24). Однако в итоге судья *ad hoc* И. Доде формулирует вывод о том, что, «разумеется, решение Суда о его юрисдикции никоим образом не предрешает вопрос о том, противоречит ли поведение России международному праву» (пар. 25). Такой вывод — некое отступление от ранее изложенных им формулировок, которое в совокупности с фразой, использованной в самом начале пар. 24 («мне действительно было трудно следовать за Украиной в этом аспекте спора и определить положение Конвенции, которое Россия нарушила»), дает почву для размышлений на тему независимости, а не беспристрастности. Особое мнение в данном случае может быть оценено как де-факто попытка защитить интересы назначившего судью государства. В литературе уже отмечалась проблематичность особых мнений судей *ad hoc*, назначаемых государствами в том случае, если при рассмотрении споров в Международном Суде с их участием в составе Суда нет судьи из этого государства.

Все это подтверждает мнение о том, что беспристрастность — сложная концепция, для понимания природы которой необходимо ответить на вопрос: беспристрастность по отношению к чему?²¹

На наш взгляд, спорным предстает утверждение о том, что для Суда беспристрастность, как правило, требуется в смысле судебной независимости, что означает возможность действовать независимо от любого внешнего влияния или вмешательства при осуществлении судебной функции, возложенной на него исключительно в соответствии с Уставом ООН и Статутом Суда²². Такая трактовка независимости нивелирует оценку личностных характеристик судей и их влияния на процесс принятия судебных решений.

Изложенные примеры порождают еще один закономерный вопрос. Можно ли быть пристрастным по отношению к стороне в споре и сохранять процессуальную беспристрастность к спору в целом или отдельным его процессуальным вопросам? Очевидно, что нет. В данной связи лишь отметим, что, например, весьма пристрастные заявления относительно одной из сторон спора, сделанные двумя арбитрами не в личном качестве, а в качестве членов международной неправительственной организации (Всемирной ассоциации международного права, ILA), стали основанием для их дисквалификации при рассмотрении спора Украины против Российской

¹⁸ ICJ. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation: 32 states intervening*). Judgment, 2 February 2024. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20240202-jud-01-00-en.pdf> (дата обращения: 05.03.2024).

¹⁹ Пименова С. Д. Спор Украины против России в рамках Конвенции о геноциде как один из ключевых этапов юридической войны // Международное правосудие. 2024. № 2. С. 92–93.

²⁰ ICJ. Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Ukraine v. Russian Federation: 32 states intervening*). Opinion Individuelle De M. Le Juge Ad Hoc Daudet. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20240202-jud-01-10-fr.pdf> (дата обращения: 05.03.2024).

²¹ Hernández G. *Op. cit.* P. 188.

²² Ibid; T. Meron. *Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals* // American Journal of International Law. 2005. Vol. 99. № 2. P. 359–369.

Федерации в Арбитражном трибунале *ad hoc* в связи с задержанием украинских военных судов и их экипажей²³.

2. Практика Международного Суда

Статут Суда предусматривает разрешение двух видов возникающих коллизий. В первом случае речь идет о ситуации, делающей невозможным дальнейшее пребывание конкретного судьи в должности по причине возникновения постоянного конфликта с требованиями, предъявляемыми к судьям, то есть о ситуации постоянного несоответствия. В ситуациях коллизий второго вида речь идет об относительном (временном) несоответствии в части беспристрастности конкретного судьи только при рассмотрении определенного дела. Статут Суда предусматривает различные механизмы разрешения этих коллизий.

2.1. Коллизия постоянного несоответствия

Статья 16 Статута Суда устанавливает общий запрет для судей исполнять какие-либо политические или административные обязанности, а также посвящать себя другим занятиям профессионального характера. При этом любые возникающие сомнения по настоящему вопросу разрешаются определением Суда, принимаемым всеми судьями. Если такие сомнения все же возникают, то запускается процедура, предусмотренная ст. 18 Статута, согласно которой судья Международного Суда может быть отрешен от должности в тех случаях, когда, по единогласному мнению других судей Суда, он перестает удовлетворять предъявляемым требованиям.

Более подробно процедуру раскрывает Регламент Суда, где в ст. 6 указано, что в этом случае Председатель Суда должен уведомить затрагиваемого члена Суда письменным сообщением, в котором указываются основания для этого шага и любые относящиеся к нему доказательства. Судье должна быть предоставлена возможность в специально созываемом по данному поводу закрытом заседании Суда сделать заявление, представить любые сведения или объяснения, которые он пожелает дать, и устно или письменно ответить на любые поставленные ему вопросы. Затем проводится другое закрытое заседание, уже без судьи, в отношении которого возникли сомнения. На этом заседании происходит обсуждение ситуации, причем каждый член Суда должен высказать свое мнение, а при поступлении соответствующего требования проводится голосование.

За почти 80-летнюю историю Суда описанная выше процедура ни разу не была использована. Однако это не означает, что сомнения в соответствии судей предъявляемым требованиям не возникали. Дело в том, что, во-первых, сами судьи Международного Суда при возникновении такого рода коллизий принимали решение досрочно уйти в отставку (как, например, в случае с уходом в отставку судьи М. Беджауи (M. Bedjaoui) в 2001 году после того, как он был назначен председателем Конституционного совета Алжира)²⁴. Во-вторых, по-видимому, судьи Суда сами для себя установили достаточно высокий порог запуска этой процедуры и больше полагаются на самоконтроль со стороны заинтересованных судей. При этом какие-либо четкие критерии признания факта наступившего постоянного несоответствия так и не были внятно сформулированы. Так, судьи Дж. Кроуфорд и Б. Симма после их избрания в Международный Суд ушли со всех академических постов в различных университетах, в то время как судья из Уганды Д. Себутинде, недавно переизбранная на второй срок в Суд, по-прежнему остается ректором государственного университета в Уганде, то есть занимается административной работой. На практике, как правило, вновь избранные судьи Международного Суда уходят в отставку со всех должностей, занимаемых ими на профессиональной основе, включая академические должности профессоров, юрисконсультов, должности гражданской службы, в том числе в ООН. Однако научная и преподавательская деятельность судей не создает препятствия для осуществления ими судейской функции.

Кроме того, длительное время судьям Международного Суда не запрещалось эпизодически заниматься оплачиваемой работой вне Суда. Работа такого рода включала выполнение функций

²³ Киселева О. *Двоих надо убрать: еще одна победа России в международных судебных войнах*. URL: https://zakon.ru/blog/2024/04/03/dvoih_nado_ubrat_esche_odna_pobeda_rossii_v_mezhdunarodnyh_sudebnyh_vojnah (дата обращения: 28.10.2024).

²⁴ Giorgetti C. *Op. cit.* P. 16.

арбитров в межгосударственных и частных международных арбитражах, службу в административных судах или квазисудебных органах специализированных учреждений, а также чтение лекций. Однако растущее внимание к деятельности Суда и волна критики в адрес инвестиционного арбитража вынудили Председателя Суда в 2018 году принять решение об ограничении участия действующих судей Международного Суда в рассмотрении дел в инвестиционном арбитраже и международном коммерческом арбитраже²⁵. В порядке исключения может быть одобрено обращение государств к судьям для участия только в межгосударственных арбитражах. Однако судьи Суда должны отказаться от предложения выступить в качестве арбитров, если оно поступило от государства, являющегося стороной в деле, находящемся на рассмотрении Международного Суда, даже если существенная связь между этим делом и делом, переданным в арбитраж, отсутствует.

2.2. Коллизия относительного (временного) несоответствия

В данном случае ключевую роль играет ст. 17 Статута Суда, согласно которой «никто из членов Суда не может участвовать в разрешении какого-либо дела, в котором он ранее участвовал в качестве представителя, поверенного или адвоката одной из сторон, или члена национального или международного суда, следственной комиссии или в каком-либо ином качестве», при этом все сомнения по настоящему вопросу должны решаться отдельным определением Суда.

Кроме того, можно упомянуть также две практические директивы Суда, принятые 7 февраля 2002 года (VII и VIII)²⁶. Эти «зеркальные» директивы квалифицируют как не соответствующие функции должного отправления правосудия ситуации совпадения в одном лице судей (в том числе судей *ad hoc*) и представителя, поверенного или адвоката по другому делу. Примечательно также, что не допускается совмещение функций представителя, поверенного или адвоката по другому делу лиц, не только замещавших в недавнем времени должности судей Суда, но и должности Секретаря, заместителя Секретаря или одного из высших должностных лиц Суда (главный секретарь по правовым вопросам, первый секретарь или секретарь). То есть такое совмещение бросает тень пристрастности на все судебное присутствие, несмотря на то что данные лица, по сути, не облечены властью. Судя по всему, Суд в своей современной практике исходит из того, что это положение должно толковаться достаточно широко, чтобы применяться ко всем ситуациям, когда возникают разумные сомнения в отношении беспристрастности конкретного судьи при рассмотрении конкретного дела.

Используемый для разрешения возникающих коллизий механизм может быть охарактеризован следующим образом. *Во-первых*, судье предлагается оценить формат своего участия в рассматриваемом Судом деле. Так, согласно п. 1 ст. 24 Статута, «если по какой-либо особой причине член Суда считает, что он не должен участвовать в разрешении определенного дела, он сообщает об этом Председателю». Речь в данном случае идет о механизме самоконтроля возможной или реальной пристрастности, то есть о самоотводе. При этом причины решения о самоотводе не раскрываются. Так, в случае с самоотводом судьи К. Г. Геворгияна можно лишь предположить, что в его основе лежала многолетняя служба Геворгияна в должности директора Правового Департамента МИД России, что, вероятно, могло каким-либо образом поставить его беспристрастность под сомнение.

Интересно отметить, что в самом начале своей деятельности Суд и сами судьи весьма либерально относились к требованиям, предусмотренным ст. 17 Статута. Так, в 1951 году судья из Норвегии Х. Клястад, а вслед за ним Председатель Суда и стороны спора в деле *о Норвежском рыболовстве (Норвегия против Великобритании)* не увидели никаких проблем в том, что этот же судья, будучи судьей Верховного суда Норвегии, участвовал в принятии решения, которое имело прямое отношение к рассматриваемому вопросу.

Даже в начале 2000-х годов ст. 17 Статута толковалась самим Судом достаточно узко. Например, при вынесении *Консультативного заключения относительно правовых последствий*

²⁵ Musto C. *New Restrictions on Arbitral Appointments for Sitting ICJ Judges*. URL: <https://www.ejiltalk.org/new-restrictions-on-arbitral-appointments-for-sitting-icj-judges/> (дата обращения: 18.03.2024).

²⁶ Официальный сайт ООН. Практические директивы Суда. URL: https://www.un.org/ru/icj/practice_directions.shtml (дата обращения: 05.03.2024).

строительства стены на оккупированной палестинской территории Международный Суд, рассматривая возражения Израиля о пристрастности судьи эль-Араби (Elaraby), истолковал ограничительно п. 2 ст. 17 Статута, что позволило отклонить возражения, основанные на резко антиизраильских высказываниях судьи²⁷. Судья Бюргенталь в особом мнении констатировал, что формалистский узкий смысл п. 2 ст. 17 Статута не был нарушен при рассмотрении доводов заявителя о высказываниях эль-Араби, имевших место, когда он представлял правительство своей страны на дипломатической службе, то есть за много лет до того, как перед Судом встал вопрос о правомерности строительства стены на оккупированных палестинских территориях²⁸. Тем не менее судья Бюргенталь все же пришел к выводу, что основания для сомнений относительно объективности, которые, по его мнению, заложены в указанной норме, все же существовали, так как высказывания, ставившие под сомнение беспристрастность эль-Араби, прозвучали в «интервью, которое судья эль-Араби дал в августе 2001 года, за два месяца до своего избрания в Суд, когда он уже не был официальным представителем своего правительства и, следовательно, выступал в личном качестве»²⁹.

Однако в последние десятилетия сами судьи Международного Суда стали жестче относиться к проблеме беспристрастности, что выразилось в росте числа самоотводов. Так, с 1952 года (первый случай самоотвода) и до 2000-х годов 15 судей заявили самоотвод. В отдельных случаях отсутствует информация о причинах, по которым судьи фактически отказывались от участия в процессах (например, отсутствует информация о причинах, по которым судья Джессоп не принимал участия в рассмотрении дела о Храме Преа Вихеар (*Preah Vihear*) (Камбоджа против Таиланда, май 1961 года, июнь 1962 года). Но чаще всего судьи заранее уведомляли Председателя Суда о существующем конфликте интересов, ввиду того, что консультировали сторон спора до их обращения в Суд, либо выступали арбитрами в споре между сторонами, либо формировали практику административного трибунала, которая являлась предметом исследования для вынесения консультативного заключения, либо ранее при выполнении служебных обязанностей на иных должностях занимались вопросами, которые могут иметь существенное значение для рассмотрения спора. Начиная с 2005 года уже 22 судьи Международного Суда заявили о самоотводе по различным основаниям³⁰.

Во-вторых, отвод судьи по инициативе Председателя. Как устанавливает п. 2 ст. 24 Статута, в том случае, «если Председатель Суда считает, что какой-либо из членов Суда не должен по какой-либо особой причине участвовать в заседании по определенному делу, он предупреждает его об этом». В подобной ситуации возможны два варианта развития событий. Первый: данный судья соглашается с мнением Председателя и берет самоотвод, при этом мотивы действия Председателя Суда и самого судьи остаются конфиденциальными. При втором варианте, когда возникают разногласия между членом Суда и Председателем в отношении поднятого Председателем Суда вопроса, они разрешаются определением (англ.: *order*) Суда (п. 3 ст. 24 Статута), то есть итоговое решение принимается всем составом Суда. В случае поддержки со стороны судей позиции Председателя процедура заканчивается отводом судьи, что не исключает оглашения в определении Суда сути возникших разногласий.

Эта процедура пока ни разу не была задействована. Историю 1966 года с отказом судьи Зафрулла Хана участвовать в рассмотрении по существу дела о статусе Юго-Западной Африки вследствие давления на него со стороны Председателя Суда Спендера нельзя, строго говоря, считать примером реализации этой процедуры, так как формального обращения со стороны Председателя Суда в адрес судьи в порядке п. 2 ст. 24 Статута не было³¹.

В-третьих, отвод судьи по инициативе стороны спора. Такой механизм контроля рисков относительной несовместимости предусмотрен Регламентом Суда, в котором закреплено право стороны спора заявить об отводе судьи.

²⁷ ICJ. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Order of 30 January 2004. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/131/131-20040130-ORD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 18.03.2024).

²⁸ ICJ. Dissenting opinion of Judge Buergenthal on matters of the Order of 30 January 2004. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/131/131-20040130-ORD-01-01-EN.pdf> (дата обращения: 18.03.2024). § 6.

²⁹ Ibid, § 7.

³⁰ Giorgetti C. *Op. cit.* P. 18–25.

³¹ Исполинов А. С. О беспристрастности судей Международного Суда ООН при рассмотрении дела о Юго-Западной Африке // Российский юридический журнал. 2023. Т. 152. № 5. С. 27–38.

В соответствии с п. 2 ст. 34 Регламента Суда, в случае если сторона спора желает привлечь внимание Суда к фактам, которые она считает относящимися к применению п. 2 ст. 17 и ст. 24 Статута (уже упомянутых выше), и которые, по ее мнению, могут быть неизвестны Суду, она конфиденциально сообщает Председателю эти факты в письменном виде. Строго говоря, это не право стороны спора заявлять об отводе судьи, так как, в отличие от права отвода в национальном законодательстве, здесь принятие во внимание сообщенной стороной информации остается на усмотрение Председателя Суда, который может на ее основе начать описанную выше процедуру, предусмотренную п. 2 ст. 24 Статута, а может посчитать ее несущественной. В этом случае обращает на себя внимание высокий уровень ответственности Председателя Суда в отношении квалификации событий как свидетельствующих о предвзятости конкретного судьи (причем в отношении как абсолютной, так и относительной пристрастности), несмотря на фактическое равенство судей Суда.

Первой попыткой стороны спора использовать эту процедуру стало заявление, сделанное в 1965 году ЮАР в деле о статусе Юго-Западной Африки³². На сегодняшний день за всю историю Суда насчитывается всего лишь три попытки государств инициировать процедуру отвода судей (во всех трех случаях речь шла о предыдущей дипломатической деятельности конкретных судей), и все они закончились неудачей. Речь идет о делах о Юго-Западной Африке (*Эфиопия против Южной Африки* и *Либерия против Южной Африки*), о правовых последствиях для государств продолжающегося присутствия Южной Африки в Намибии (Юго-Западная Африка), несмотря на резолюцию Совета Безопасности 276 (1970)³³, а также о правовых последствиях строительства стены на оккупированной палестинской территории³⁴.

Выводы

Таким образом, анализ процедурно-процессуальных положений и практики позволил сформулировать различия коллизий правового статуса судей Международного Суда — коллизий постоянного и временного (относительного) несоответствия, а также дифференцировать процедуры реализации механизма, призванного исключить порок судебного акта в форме нарушения принципа независимости и беспристрастности.

Сбалансированный подход Суда к основаниям и процедурам отводов и самоотводов судей дает основания полагать, что фокусирование исследовательской позиции исключительно на вопросах гражданства судьи для отыскания критерия пристрастности и зависимости не может отразить весь спектр вариативности таких оснований и процедур.

Наметившаяся тенденция увеличения количества самоотводов в практике Суда может свидетельствовать о повышении уровня ответственности судей за налагаемые данной должностью обязанности и ограничения. Избрание судьей или арбитром для разрешения международного спора требует в том числе разумной сдержанности и осмотрительности в проявлении своей позиции.

Беспристрастность и независимость судей международных судов перестают быть теоретическими категориями и переходят в разряд практически используемых механизмов обеспечения справедливого отправления международного правосудия, а практика заявления сторонами спора отводов судьям или арбитрам становится частью стратегии и тактики участия государств в международном судебном или арбитражном разбирательстве. Институт отводов и самоотводов судей международных судов может стать отправной точкой для формирования рационального подхода к вопросам состава судебного присутствия и обеспечения укрепления судебного способа разрешения споров, несмотря на те или иные неотъемлемые личные качества судей (их гражданство, страну происхождения, политические и иные взгляды).

³² ICJ. South West Africa Cases (*Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa*). Order of 18 March 1965. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/47/047-19650318-ORD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 18.03.2024).

³³ ICJ. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). Order (№ 3 of 26 January 1971). URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/53/053-19710126-ORD-03-00-EN.pdf> (дата обращения: 18.03.2024).

³⁴ ICJ. Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory. Order of 30 January 2004. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/131/131-20040130-ORD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 18.03.2024).

В условиях того, что Российская Федерация не только выступает ответчиком в Суде, но и заявила о намерениях инициировать рассмотрение различных споров, практика и связанные с ней аспекты отводов и самоотводов судей Международного Суда могут становиться своеобразным дополнительным аргументом в правовой позиции нашего государства.

THE PRACTICE OF SELF-RECUSAL AND RECUSAL OF JUDGES OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

KISELEVA O.

Olga Kiseleva — Candidate of Sciences in Law, Associate Professor, Department of International Law, Saint-Petersburg State University, St. Petersburg, Russia (olga.kiseleva@spbu.ru).
ORCID: 0000-0003-0448-8253.

Abstract

The article proposes to analyse the practice of the International Court of Justice, which is developing in the area of recusal and self-recusal of judges. Based on the proposed analysis, the author attempts to doctrinally understand not only the actual institution of the recusal of a judge, which is becoming increasingly relevant in modern international lawfare, but also the closely related categories of impartiality and independence. These are complex and multidimensional concepts which, in the context of the study of international justice, have not been adequately addressed in Russian international law scholarship. Collisions of the legal status of a judge can be conditionally divided into two types: conflicts of permanent and conflicts of temporary incompatibility, which is reflected in the ICJ Statute and the practice of this Court. Almost every court, including the International Court of Justice, has mechanisms to deal with conflicts of interest among judges that create or are likely to create bias, or create or are likely to create doubts about independence. However, the jurisprudence of the ICJ in this regard is of particular interest because of the certain authority of the Court and long experience in dealing with such issues.

Keywords

International Court of Justice, recusal, self-recusal, judge, impartiality, independence, bias

Citation: Kiseleva O. *Praktika samootvodov i otvodov sudey Mezhdunarodnogo Suda* [The Practice of Self-Recusal and Recusal of Judges of the International Court of Justice] // *Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu* (HSE University Journal of International Law). 2024. Vol. 2. No. 3. P. 42–51. (In Russian).

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.23987>

References / Список источников

- Allars M. (2013) Disqualification for Bias and International Tribunals: Room for a Common Test. *Missouri Law Review*, vol. 78, pp. 379–411.
- Bassett D., Perschbacher R. (2013) Perceptions of justice: an international perspective on judges and appearances. *Fordham International Law Journal*, vol. 36, no. 1, pp. 136–162.
- Cassese A. (2003) *International Criminal Law*, Oxford; New York: Oxford University Press.
- Geyh C. (2014) The Dimensions of Judicial Impartiality. *Florida Law Review*, vol. 65, no. 2, pp. 493–551.
- Giorgetti C. (2015) *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*. Leiden, Boston: Brill.
- Hernández G. (2012) Impartiality and Bias at the International Court of Justice. *Cambridge International Law Journal*, vol. 1, no. 3, pp. 183–207.
- Ispolinov A. S. (2015) 20th anniversary of the WTO: critical overview of the practice of the Dispute Settlement Body [K 20-letiyu VTO: kriticheskiy vzglyad na praktiku Organa po razresheniyu sporov]. *Torgovaya politika*, vol. 1, no. 1, pp. 10–30.
- Ispolinov A. S. (2023) O bespristrastnosti sudey Mezhdunarodnogo Suda OON pri rassmotrenii dela o Yugo-Zapadnoy Afrike [Impartiality of judges of the International Court of Justice when Considering the South-West Africa case]. *Rossiyskiy yuridicheskiy zhurnal*, vol. 152, no. 5, pp. 27–38.
- O. Kiseleva. Dvoikh nado ubrat': eshchy odna pobeda Rossii v mezhdunarodnykh sudebnykh voynakh [Two must be taken out: another Russian victory in international Lawfare]. Available at: URL: https://zakon.ru/blog/2024/04/03/dvoih_nado_ubrat_eshe_odna_pobeda_rossii_v_mezhdunarodnyh_sudebnykh_vojnah (accessed: 28.10.2024).
- M. Kuijer. (1997) Voting Behaviour and National Bias in the European Court of Human Rights and the International Court of Justice. *Leiden Journal of International Law*, vol. 10, no. 1, pp. 49–67.

- Ma X., Guo S. (2017) An Empirical Study of the Voting Pattern of Judges of the International Court of Justice (2005–2016). *Erasmus Law Review*, vol. 3, no. 10, pp. 163–174.
- Meron T. (2005) Judicial Independence and Impartiality in International Criminal Tribunals. *The American Journal of International Law*, vol. 99, no. 2, pp. 359–369.
- Ogbodo S. (2012) An Overview of the Challenges Facing the International Court of Justice in the 21st Century. *Annual Survey of International & Comparative Law*, vol. 18, no. 1, art. 7, pp. 93–113.
- Maučec G., Dothan S. (2022) The effects of international judges' personal characteristics on their judging. *Leiden Journal of International Law*, no. 35, pp. 887–895.
- Pimenova S. (2024) Spor Ukrainy protiv Rossii v ramkakh Konventsii o genotside kak odin iz klyuchevykh etapov yuridicheskoy voyny [The dispute between Ukraine and the Russian Federation under the Genocide Convention as the high point of lawfare]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 14, no. 2, pp. 77–94.
- Posner E., Figueiredo M. de. (2004) Is the International Court of Justice Biased?. John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper, no. 234, pp. 1–43.
- Suh I. (2017) Voting Behavior of National Judges in International Courts. *American Journal of International Law*, no. 3, pp. 163–174.
- Vittstum V., M. Bote, R. Dol'tser R. (eds.) (2011) *Mezhdunarodnoe pravo (Volkerrecht)*. M.: Infotopik Media.
- Voeten E. (2008) The Impartiality of International Judges: Evidence from the European Court of Human Right. *American Political Science Review*, vol. 102, no. 4, pp. 417–433.

КОММЕНТАРИЙ К РАМОЧНОЙ КОНВЕНЦИИ СОВЕТА ЕВРОПЫ ОБ ИСКУССТВЕННОМ ИНТЕЛЛЕКТЕ, ПРАВАХ ЧЕЛОВЕКА, ДЕМОКРАТИИ И ВЕРХОВЕНСТВЕ ПРАВА

МАРТЫНОВА Е. А., СУШКОВ С. П., ЕВСЕЕВ А. П., ШТОДИНА Д. Д.

Мартынова Екатерина Александровна — преподаватель департамента международного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (eamartynova@hse.ru). ORCID: 0000-0002-8995-4462.

Сушков Сергей Павлович — аспирант Аспирантской школы по праву Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (sushkov.mels@gmail.com). ORCID: 0000-0002-5366-4113.

Евсеев Артем Павлович — аспирант Аспирантской школы по праву Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», руководитель практики интеллектуальной собственности, IT и защиты информации Savina Legal, Москва, Россия (apevseev@hse.ru). ORCID: 0009-0006-8222-8077.

Штодина Дарья Дмитриевна — кандидат юридических наук, научный сотрудник департамента международного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (dashashtodina96@gmail.com). ORCID: 0000-0003-4730-9614.

Аннотация

Эта статья — одна из первых попыток дать научный комментарий к Рамочной конвенции Совета Европы об искусственном интеллекте, правах человека, демократии и верховенстве права 2024 года (далее — Конвенция). Авторы анализируют как общие характеристики Конвенции — ее юридическую природу, объект и цель — так и специальные вопросы, касающиеся реализации закрепленных в этом международном договоре принципов демократии и верховенства права, порядка использования средств правовой защиты, круга участников, а также механизмов имплементации Конвенции на национальном уровне. В статье также проводится сравнительно-правовой анализ этого договора и Акта Европейского союза об искусственном интеллекте, который до принятия Конвенции являлся единственным в своем роде документом, подробно регулирующим использование этой технологии. Авторы делают вывод о том, что Конвенция, хотя и воплощает «мягкую» модель международно-правового регулирования сферы искусственного интеллекта, тем не менее способна стимулировать развитие внутреннего законодательства государств-участников. Кроме того, некоторые из использованных в этом договоре подходов могут быть рассмотрены для целей разработки посвященных искусственному интеллекту международных правовых инструментов в рамках БРИКС, ШОС и/или ЕАЭС.

Ключевые слова

искусственный интеллект, рамочная конвенция, Совет Европы, права человека, верховенство права, риск-ориентированный подход

Для цитирования: Мартынова Е. А., Сушков С. П., Евсеев А. П., Штодина Д. Д. *Комментарий к Рамочной конвенции Совета Европы об искусственном интеллекте, правах человека, демократии и верховенстве права* // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 3. С. 52–63.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.23990>

Введение

Генеральный секретарь Совета Европы М. Пейчинович-Бурич сформулировала роль Рамочной конвенции об искусственном интеллекте, правах человека, демократии и верховенстве права (далее — Конвенция) следующим образом: «[Э]то первый в своем роде глобальный договор, который обеспечит соблюдение прав человека в области искусственного интеллекта. Это ответ на потребность в международном правовом стандарте, поддерживаемом государствами на разных континентах, которые разделяют одни и те же ценности, чтобы использовать преимущества искусственного интеллекта, одновременно снижая риски. С помощью этого нового договора мы стремимся обеспечить ответственное использование искусственного интеллекта, которое уважает права человека, верховенство права и демократию»¹. Х. Кольфсхутен и К. Скачар выделяют три основные

¹ Совет Европы принимает первый международный договор, касающийся искусственного интеллекта. URL: <https://www.coe.int/ru/web/portal/-/council-of-europe-adopts-first-international-treaty-on-artificial-intelligence#:~:text=Генеральн>

задачи, на решение которых направлена эта Конвенция: во-первых, устранение проблем в толковании прав человека в контексте применения искусственного интеллекта (далее — ИИ); во-вторых, необходимость правового закрепления основных прав человека применительно к ИИ; и, в-третьих, установление международных норм прав человека в области применения ИИ для развития международной торговли². Однако есть ли основания однозначно утверждать, что положения Конвенции представляют собой эффективный правовой инструмент решения этих задач? Действительно ли этот договор стоит в авангарде международно-правовых подходов к регулированию ИИ? Наконец, каково значение принятия Конвенции для Российской Федерации?

В статье сформулированы ответы на эти вопросы: в первой части дается комментарий к тексту Конвенции, во второй приводится сравнительный анализ этого международного договора и Акта об искусственном интеллекте Европейского союза 2024 года, и в третьей обсуждаются возможные последствия и значение принятия Конвенции для Российской Федерации.

1. Основные положения Конвенции и их имплементация на национальном уровне

1.1. Юридическая природа Конвенции, ее объект и цель

Конвенция представляет собой международный договор, целью которого выступает обеспечение соблюдения прав человека, верховенства права и правовых стандартов демократии на всех этапах проектирования, разработки и применения систем ИИ³. Развитие этих технологий приветствуется и поощряется государствами в связи с широкими возможностями, которые ИИ предоставляет для совершенствования иных технологий, роста промышленности и темпов торговли. Однако как на национальном, так и на международном уровне политическое, социальное и экономическое воздействие ИИ на различные общественные отношения охватывает проблемы, выходящие за рамки правового режима регулирования ИИ исключительно как технологии⁴. Принятие данной Конвенции как раз призвано ввести рамочное нормативно-правовое регулирование, отвечающее новым вызовам, встающим перед международным сообществом и отдельными государствами в связи с развитием ИИ, в частности, в сфере функционирования институтов демократии⁵, защиты прав и свобод⁶, преодоления социального неравенства и дискриминации, порождаемых использованием соответствующих компьютерных программ⁷.

Конвенция раскрывает термин «система ИИ»: это «машинная система, которая по явным или неявным целям определяет на основе полученных входных данных, как генерировать выходные данные, включая прогнозы, контент, рекомендации или решения, которые могут влиять на физическую или виртуальную среду», при этом корректно отмечается, что «системы искусственного интеллекта различаются по уровню автономности и адаптивности после развертывания»⁸ (здесь и далее перевод наш. — Авторы). Иными словами, в Конвенции воспроизведен так называемый «широкий» подход к определению системы ИИ, основанный на способности систем к самообучению и генерированию контента (в отличие от «узкого» подхода, основанного на способности системы ИИ решать конкретную прикладную задачу)⁹.

ый%20секретарь%20Совета%20Европы%20Мария, основан%20на%20уважении%20прав%20человека (дата обращения: 15.08.2024).

² Kolschooten H. v., Shachar C. *The Council of Europe's AI Convention (2023–2024): Promises and Pitfalls for Health Protection // Health Policy*. 2023. Vol. 138. P. 1–5.

³ См. ст. 1(1) Конвенции.

⁴ Crawford K. *The Atlas of AI: Power, Politics, and the Planetary Costs of Artificial Intelligence*. New Heaven : Yale University Press, 2021. P. 185–186.

⁵ Nemitz P. *Constitutional Democracy and Technology in the Age of Artificial Intelligence // Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*. 2018. Vol. 376. № 2133. URL: <https://doi.org/10.1098/rsta.2018.0089> (дата обращения: 08.09.2024).

⁶ Donahoe E., Metzger M. M. *Artificial Intelligence and Human Rights // Journal of Democracy*. 2019. Vol. 30. № 2. P. 115–126.

⁷ Eubanks V. *Automating Inequality. How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*. New York : St. Martin's Press, 2018. URL: https://openlibrary.org/books/OL26681102M/Automating_Inequality (дата обращения: 25.10.2024).

⁸ См. ст. 2 Конвенции.

⁹ Несмотря на повсеместный характер дискуссий об ИИ в последнее время, не существует единого «официального» определения ИИ. В некоторых случаях технические описания, предлагаемые специалистами в области компьютерных наук, не подходят для юридического анализа, например, когда ИИ определяется как алгоритм, что, в свою очередь, требует отдельного определения юридического содержания соответствующих терминов. Подробнее о широком и узком подходах к определению систем ИИ см., например: Lee J. *Artificial Intelligence and International Law*. Springer, 2022. P. 6–7.

Приведенное в Конвенции определение не содержит указания на возможное двойное назначение (военное и гражданское) систем ИИ. Вместе с тем важно отметить, что из сферы действия Конвенции исключена деятельность, связанная с национальной обороной¹⁰. Таким образом, обязательства участников Конвенции по обеспечению прозрачности, подотчетности и ответственности за возможные неблагоприятные последствия не распространяются на действия, связанные с разработкой и применением этой технологии в военных целях. Однако применение ИИ в оборонной сфере в качестве автономного летального оружия способно серьезно повлиять на геополитический баланс между государствами, создавая новые международные асимметрии¹¹.

С точки зрения объема и сфер применения Конвенции предполагается, что государства-участники примут законодательные, административные и/или иные меры, необходимые для соблюдения ее положений как государственными органами, так и частными субъектами, действующими от их имени¹². Для регулирования деятельности частных лиц, действующих не от имени государства, Конвенцией предусмотрена альтернатива: стороны могут распространить принципы и обязательства, изложенные в Конвенции, на частный сектор (уравнять его в регулировании с государственным) или принять другие меры для управления рисками применения систем ИИ частными лицами таким образом, чтобы это соответствовало объекту и цели данного международного договора¹³. О выбранном способе исполнения обязательства по регулированию деятельности частного сектора необходимо сообщить при подписании или при сдаче на хранение документа о ратификации, при принятии, утверждении Конвенции или присоединении к ней (избранный способ можно в дальнейшем изменить). При этом не допускается отступление или ограничение применения стороной своих международных обязательств в отношении прав человека, демократии и верховенства права¹⁴. Такая «развилка» в методах регулирования деятельности частного сектора представляется не вполне удачной, так как создает существенную асимметрию в объеме обязательств государств — участников Конвенции в зависимости от выбранного варианта.

1.2. Демократия и верховенство права

В то время как Конвенция посвящена взаимодействию «искусственного интеллекта, прав человека, демократии и верховенства права», только статья 5 этого договора прямо регулирует потенциальное воздействие систем ИИ на демократические процессы и принцип верховенства права. Во-первых, согласно статье 5, государства обязаны принимать и поддерживать меры, направленные на недопущение использования ИИ с целью нарушения целостности, независимости и эффективности демократических институтов и процессов. Конвенцией предусмотрена защита ряда основополагающих демократических принципов, в частности разделения властей, независимости судебной власти и доступа к правосудию. Во-вторых, государства обязаны принимать и поддерживать меры, направленные на защиту демократических процессов при разработке систем ИИ, в том числе таких аспектов демократического процесса, как возможность граждан на равных началах участвовать в публичной дискуссии, а также свободно формировать собственное мнение.

В Конвенции не проведено четкого различия между правилами, ориентированными на защиту демократических процессов и институтов, и правилами, ориентированными на защиту верховенства права. Напротив, в статье 5 договора эти две категории рассматриваются в их взаимной связи. В качестве одного из проявлений защиты демократических институтов указывается обеспечение независимости судебной власти, а также еще одно проявление принципа верховенства права: доступ к правосудию. Поскольку верховенство права представляет один из признаков демократического режима, любая мера по защите верховенства права также будет способствовать защите демократических институтов. Следовательно, исходя из текста статьи 5 Конвенции, предмет регулирования Конвенции стоит рассматривать, с одной стороны, как регулирование систем ИИ в свете прав человека, а с другой — как регулирование соотношения ИИ с принципом верховенства права и демократическими процессами и институтами.

¹⁰ См. ст. 3(4) Конвенции.

¹¹ Johnson J. *Artificial Intelligence and Future Warfare: Implications for International Security* // *Defense & Security Analysis*. 2019. Vol. 35. № 2. P. 147–169.

¹² См. ст. 1(2) и 3(1)(a) Конвенции.

¹³ См. ст. 3(1)(b) Конвенции.

¹⁴ См. там же.

В пояснительной записке к Конвенции, которая не является официальным источником ее толкования, но позволяет лучше уяснить идеи, стоящие за положениями этого договора¹⁵, перечислены возможные способы негативного воздействия систем ИИ на демократию и верховенство права. Среди них — возможность использования для распространения информации, не соответствующей действительности, в том числе контента, сформированного системой ИИ (так называемые дипфейки) или для установления незаконной или произвольной слежки за гражданами¹⁶. Данные способы использования ИИ могут нанести ущерб избирательному процессу, ограничить свободу слова и собраний, подорвать доверие между гражданами и государством, привести к дискриминационным практикам, а также повлиять на независимость и беспристрастность судей и эффективность судебной системы в целом.

Стоит отметить, что в Конвенции не конкретизирована территориальная сфера действия обязательств, предусмотренных статьей 5. Правом международных договоров не предусмотрена ни презумпция того, что международный договор может устанавливать экстерриториальные обязательства государства, ни презумпция обратного¹⁷. Возможность экстерриториального применения обязательств, вытекающих из международного договора, можно установить только исходя из текста, объекта и цели каждого конкретного договора¹⁸. Например, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 года¹⁹, Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин 1979 года²⁰ и Конвенция о правах инвалидов 2006 года²¹, как и данная Конвенция, не устанавливают территориального предела действия обязательств государств-участников. Это позволяет утверждать, что государства должны соблюдать обязательства по данным международным договорам, даже действуя за пределами собственной территории²². Международный Суд отмечал, что положения Конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации, также не содержащие ограничений *ratione loci*, применяются экстерриториально, «как и другие положения документов такого рода»²³ (курсив наш. — Авторы), то есть международных договоров в области защиты прав человека. Поскольку Конвенция декларирует широкую цель обеспечения соблюдения прав человека, верховенства права и правовых стандартов демократии на всех этапах проектирования, разработки и применения систем ИИ²⁴, веские доводы против распространения действия Конвенции за пределы территории государств-участников, на первый взгляд, отсутствуют.

Следовательно, допустимо толкование, согласно которому государства-участники должны регулировать не только возможное влияние систем ИИ на демократические институты, процессы и верховенство права в пределах своей юрисдикции, но и на потенциальное воздействие ИИ на демократические институты, процессы и верховенство права в других государствах. Соответственно, поскольку использование данной технологии может оказать существенное влияние на избирательный процесс, ограничение воздействия ИИ на демократические институты и процессы должно способствовать укреплению принципа невмешательства во внутренние дела государства²⁵.

¹⁵ *Explanatory Report to the Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, CETS 225, 5.IX.2024 (далее — Explanatory Report), Preamble, Part II.

¹⁶ Explanatory Report, § 43.

¹⁷ Milanovic M. *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*. Oxford University Press, 2011. P. 10.

¹⁸ Ibid. P. 11.

¹⁹ Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах от 16 декабря 1966 года // Ведомости Верховного Совета СССР. 1976. № 17(1831).

²⁰ Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин от 18 декабря 1979 года // Ведомости Верховного Совета СССР. 1982. № 25 Ст. 464.

²¹ Конвенция о правах инвалидов от 13 декабря 2006 года // Собрание законодательства РФ. 11 февраля 2013. № 6. Ст. 468.

²² Janig P. *Extraterritorial Application of Human Rights* // *Elgar Encyclopedia of Human Rights*. Vol 2 / ed. by C. Binder, M. Nowak, J. Hofbauer. P. Jang. Edward Elgar Publishing, 2022. P. 182–183; Milanovic M. *Op.cit.* P. 17.

²³ Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (*Georgia v. Russian Federation*), Provisional Measures. Order of 15 October 2008. I.C.J. Reports, 2008. P. 353, § 109.

²⁴ См. Ст. 1(1) Конвенции.

²⁵ Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, принята резолюцией 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи ООН от 24 октября 1970 года.

1.3. Основные обязательства государств — участников Конвенции

Несмотря на перечисление в Конвенции обязательств государств-участников, использование ряда «защитных оговорок» (англ.: *saving clauses*) предопределяет ее рамочный характер. Так, в качестве общего принципа регулирования предусмотрено, что участники исполняют свои обязательства по Конвенции таким образом, который будет соответствовать их национальной правовой системе (англ.: *in a manner appropriate to its domestic legal system*)²⁶. По тексту Конвенции обязательства государств сформулированы скорее как «мягкие» цели и обязательства поведения (англ.: *obligation of conduct*), нежели обязательства результата (англ.: *obligation of result*): «должны принимать или сохранять меры, направленные на...», «должны принять меры, когда это будет уместно, для...», «должны стремиться обеспечить, чтобы в той мере, в которой это уместно в конкретных обстоятельствах», «призываются к созданию условий в той мере, в какой это уместно, для...», «в той мере, в какой средства правовой защиты требуются в соответствии с международными обязательствами и в соответствии с внутренней правовой системой, должны принимать или сохранять меры для обеспечения», «должны оценить необходимость» и т. п.

Такой подход, с одной стороны, обеспечивает гибкость применения Конвенции и, вероятно, будет способствовать расширению круга ее участников, а с другой — «размывает» содержание обязательств участников и резервирует обширное пространство для их толкования. При этом возможное смещение баланса между нормативностью и определенностью, о котором писал М. Коскенниemi²⁷, в сторону нормативности неизбежно приведет к непоследовательности практики и, в свою очередь, к «политизации» соответствующего регулирования. В частности, предусмотренное Конвенцией обязательство сторон принять меры, направленные на защиту демократических процессов в рамках жизненного цикла систем ИИ, включая обеспечение возможности для граждан свободно формировать свое мнение²⁸, может быть диаметрально противоположно реализовано в государствах, в том числе в зависимости от выбранного подхода к регулированию деятельности социальных сетей.

Конвенция устанавливает обязательство участников внедрить адекватные требования прозрачности и надзора (англ.: *adequate transparency and oversight requirements*) в отношении деятельности в рамках жизненного цикла систем ИИ, охватывающего и вопросы идентификации создаваемого такими системами контента, с учетом конкретных условий и рисков²⁹. С этим обязательством связано требование обеспечить подотчетность и ответственность за возможные неблагоприятные последствия использования систем ИИ для прав человека, демократии и верховенства права³⁰.

Государства — участники Конвенции должны также принять меры к тому, чтобы в системах ИИ уважалось равенство, включая гендерное равенство, соблюдался запрет дискриминации и не нарушалось право на неприкосновенность частной жизни³¹. При этом в соответствующих статьях данного международного договора предусмотрены положения о том, что такие обязательства реализуются государствами с учетом норм международного и национального права. Представляется, что реальное «наполнение» данных обязательств в государствах различных правовых систем может значительно отличаться, в частности, в отношении обеспечения гендерного равенства и подходов к основаниям допустимого ограничения права на уважение частной жизни. В целом, можно предположить, что выбор и «калибровка» инструментов, заложенных в Конвенции, и их имплементация в национальном регулировании ИИ будут предопределяться особенностями политического режима государства — участника Конвенции: в частности, степенью вовлеченности заинтересованных сторон (стейкхолдеров) в процесс формирования нормативного регулирования, эффективностью институтов, определяющих правила поведения участников жизненного цикла систем ИИ, а также ролью гражданского общества и организаций по защите прав и свобод человека³².

²⁶ См. ст. 6 Конвенции.

²⁷ Koskenniemi M. *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge : Cambridge University Press, 2006.

²⁸ См. ст. 5(2) Конвенции.

²⁹ См. ст. 8 Конвенции.

³⁰ См. ст. 9 Конвенции.

³¹ См. ст. 10 и 11 Конвенции.

³² Обзор режимов национальной политики в области ИИ и их типологии в зависимости от политического режима см.: Filgueiras F. *Artificial Intelligence Policy Regimes: Comparing Politics and Policy to National Strategies for Artificial Intelligence // Global Perspectives*. 2022. Vol. 3. № 1. P. 323–362. URL: <https://doi.org/10.1525/gp.2022.32362> (дата обращения: 08.09.2024).

1.4. Средства правовой защиты

Участники Конвенции обязаны обеспечить доступность средств правовой защиты лицам, чьи права человека были нарушены в связи с использованием систем ИИ (опять же, с оговоркой, что такие меры принимаются в той степени, в которой они соответствуют требованиям национальной правовой системы)³³. В качестве базовых процессуальных гарантий защиты прав человека при взаимодействии с системами ИИ Конвенцией предусмотрены: уведомление любых лиц о вступлении их во взаимодействие с системами ИИ, документирование информации об использовании систем ИИ, потенциально нарушающих права человека, и возможность для заинтересованных лиц получить доступ к такой информации и подать жалобу в компетентный государственный орган³⁴. Однако какой именно подход будет применяться, чтобы определить, были ли нарушены права заявителей, остается за рамками этого международного договора, что оставляет пространство для применения самых разных моделей. Таким образом, Конвенция лишь задает общий процессуальный вектор, гарантируя наличие некоего средства правовой защиты.

1.5. Исключения в целях обеспечения национальной безопасности и научных исследований

Стороны Конвенции освобождаются от соблюдения принятых на себя обязательств при осуществлении деятельности, связанной с защитой интересов национальной безопасности, при условии соблюдения норм международного права, в том числе международных обязательств в области прав человека, и при уважении демократических институтов и процессов³⁵. Мотивы введения такого исключения понятны, однако опасность состоит в том, что государства могут применять его расширительно, не предоставляя пояснений о причинах применения данного исключения и оправдывая это тем, что само пояснение причин создает угрозу для национальной безопасности. Конвенция также не ограничивает участников в проведении научно-исследовательских работ в области ИИ при условии, что тестирование систем ИИ или иные работы не связаны с рисками в отношении прав человека, демократии и верховенства права³⁶.

1.6. Круг участников Конвенции

Конвенция открыта для подписания государствами — членами Совета Европы, Европейского союза, а также государствами, участвовавшими в ее разработке. Вероятно, имеются в виду государства, представители которых принимали участие в работе Комитета по искусственному интеллекту: Аргентина, Австралия, Канада, Коста-Рика, Ватикан, Израиль, Япония, Мексика, Перу, США и Уругвай. Подписание прошло в Вильнюсе (Литва) 5 сентября 2024 года в ходе конференции министров юстиции. Конвенцию подписали Андорра, Грузия, Исландия, Норвегия, Республика Молдова, Сан-Марино, Соединенное Королевство, Израиль, США, а также Европейский союз³⁷. После вступления Конвенции в силу (в первый день месяца, следующего за истечением трехмесячного срока после даты ратификации Конвенции пятью подписавшими сторонами, включая не менее трех государств — членом Совета Европы) присоединиться к ней смогут государства, не участвовавшие в ее разработке, при условии, что такое присоединение будет одобрено решением, принятым большинством в соответствии со статьей 20(d) Устава Совета Европы, и единогласным голосованием представителей сторон Конвенции, имеющих право заседать в Комитете Министров этой международной организации. Строгий порядок присоединения к Конвенции не уникален для договоров Совета Европы: большинство из них, включая так называемые «открытые» договоры, то есть допускающие присоединение государств, не входящих в Совет Европы, требуют единогласного согласия сторон³⁸.

³³ См. ст. 14(1) Конвенции.

³⁴ См. ст. 14(2) Конвенции.

³⁵ См. ст. 3(2) Конвенции.

³⁶ См. ст. 3(3) Конвенции.

³⁷ Council of Europe. *Council of Europe opens first ever global treaty on AI for signature*. URL: <https://www.coe.int/en/web/portal/-/council-of-europe-opens-first-ever-global-treaty-on-ai-for-signature> (дата обращения: 08.09.2024).

³⁸ Council of Europe. *Participation of Non-member States*. URL: <https://www.coe.int/ru/web/conventions/participation-of-non-member-states> (дата обращения: 13.10.2024).

1.7. Имплементация положений Конвенции

Как было отмечено выше, рамочный характер Конвенции оказал влияние на формулировки обязательств, принимаемых на себя государствами. В тексте не установлено жестких требований по принятию конкретных мер. Отсюда положения этого международного договора являются по большей части несоизмеримыми, а характер обязательств, установленных Конвенцией, оставляет за государствами широкие дискреционные полномочия по ее имплементации. Помимо этого, широкая свобода усмотрения в имплементации выражается в праве государств-участников самим определять, в каком объеме этот договор будет распространяться на разработку и использование систем ИИ в частном секторе³⁹.

Конвенцией предусмотрены два механизма содействия государствам в исполнении взятых на себя обязательств. Во-первых, статьей 23 учреждается Конференция государств-участников, которая не является постоянным органом и созывается по мере необходимости Генеральным Секретарем Совета Европы, или если большинство государств-членов или Комитет Министров Совета Европы потребуют созыва Конференции. Как отмечено в пояснительной записке к Конвенции, отсутствие правила о постоянной работе Конференции отражает «гибкость механизма последующего контроля, установленного данной Рамочной Конвенцией»⁴⁰.

Во-вторых, статьей 24 установлена обязанность предоставлять Конференции государств-участников отчет о действиях по имплементации Конвенции. Данный отчет должен быть предоставлен в течение первых двух лет после того, как государство стало стороной Конвенции, а затем отчеты предоставляются периодически. Формат и процедура подготовки отчетов будут установлены Конференцией государств-участников.

Кроме того, статьей 26 Конвенции предусмотрено обязательство создать эффективные внутренние механизмы для надзора за соблюдением обязательств, предусмотренных настоящей Конвенцией. В пояснительной записке к Конвенции указано, что данное обязательство может быть реализовано или посредством учреждения отдельного государственного органа, или посредством передачи уже существующему государственному органу полномочий по контролю за исполнением Конвенции⁴¹. При этом, как следует из п. 2 статьи 26, данные органы должны действовать «независимо и беспристрастно», им должны быть предоставлены необходимые полномочия и ресурсы для эффективности исполнения их функций по контролю за соблюдением Конвенции.

2. Конвенция и Акт Европейского союза об искусственном интеллекте: сравнительный анализ

В отличие от Конвенции, Акт Европейского союза (далее — ЕС) об искусственном интеллекте⁴² (далее — Акт) предусматривает более детальное регулирование ИИ. Принятие Акта к тому же явилось логичным продолжением правовой политики ЕС: в 2016 году был принят Общий регламент защиты данных (англ.: *General Data Protection Regulation*)⁴³, вступивший в силу в мае 2018 года. Данный регламент установил единые правила сбора и последующего оборота персональных данных в масштабах всего ЕС. В свою очередь, Акт преследует достижение такой же цели, но применительно к информации, обрабатываемой ИИ-системами. В начале сравнительного анализа Акта и Конвенции необходимо отметить, что Акт является актом прямого действия, создающим конкретные права и обязанности для участников рынка на территории всего ЕС, в то время как Конвенция направлена на стимулирование развития национального регулирования государств-участников, а потому выстраивает лишь общие регуляторные контуры и принципы.

Акт принят в форме регламента и, соответственно, действует непосредственно на территории всех государств — членов ЕС. Цели Акта шире, чем цели Конвенции, и включают не только защиту

³⁹ См. Ст. 3(1)(b) Конвенции. См. более подробно об этом в разделе 1.1 выше.

⁴⁰ Explanatory Report, § 131.

⁴¹ Explanatory Report, § 141–142.

⁴² Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending Regulations (EC) No 300/2008, (EU) No 167/2013, (EU) No 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 and (EU) 2019/2144 and Directives 2014/90/EU, (EU) 2016/797 and (EU) 2020/1828. PE/24/2024/REV/1 // OJ L, 2024/1689, 12.7.2024.

⁴³ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC. PE 17 2016 INIT OJ : JOL_2016_119_R_0001.

демократии, прав человека и принципа верховенства права, но и сохранение единого рынка ЕС на фоне распространения товаров и услуг, использующих ИИ. Конечная цель Акта — создать человеко-ориентированный ИИ с учетом необходимости защиты здоровья, безопасности и основных прав человека, а также предотвращения негативных последствий от использования ИИ-технологий при сохранении инновационного развития.

Данные цели логичным образом вытекают из пояснительного меморандума Еврокомиссии, подготовленного к первоначальному проекту Акта: ЕС должен придерживаться сбалансированного подхода при выстраивании нормативного регулирования ИИ-систем⁴⁴. С одной стороны, использование ИИ-технологий улучшает прогнозирование, оптимизирует операции и распределение ресурсов, а также персонализирует предоставление услуг, иным образом позволяет достигать положительных результатов для общества, компаний и экономики. Однако, с другой стороны, те же элементы и методы, которые являются преимуществами ИИ, могут обернуться новыми рисками или негативными последствиями для отдельных лиц или общества в целом. Поэтому задача нормативного регулирования состоит в том, чтобы граждане ЕС могли получать выгоду от новых технологий, при этом такие технологии должны быть разработаны и функционировать на основании ценностей ЕС, основных прав человека и гражданина.

Восприятие ИИ через призму прав человека выступает очередным свидетельством продолжающейся «конституционализации» права ЕС, которое превратилось в систему норм прямого действия, дающих осязаемые гарантии для всех граждан этой наднациональной организации⁴⁵. Именно поэтому, как отмечают ученые, несмотря на преследование целей поддержания верховенства права и демократии, Акт стоит на защите, прежде всего, прав человека, общественной безопасности и здравоохранения⁴⁶.

По сравнению с Конвенцией концептуальная проработка Акта ЕС началась гораздо раньше. Так, в 2019 году под эгидой Еврокомиссии были сформулированы семь постулатов, на основании которых должно строиться правовое регулирование ИИ-систем, а именно: (1) управление и контроль со стороны человека; (2) обеспечение технологического развития и сохранение безопасности; (3) защита частной жизни и персональных данных; (4) открытость; (5) плюрализм, запрет дискриминации и равенство; (6) благополучие общества и окружающей среды; а также (7) ответственность⁴⁷.

Кроме того, в отличие от Конвенции, Акт прямо определяет сферу своего действия, будучи распространен в соответствии со статьей 2(1) экстерриториально на лиц, которые разработали или владеют ИИ-системами и выводят их на рынок ЕС или вводят в эксплуатацию под своим именем, независимо от взимания платы; на пользователей ИИ-систем (кроме тех, кто использует их для личных нужд), находящихся в ЕС; на дистрибьюторов и импортеров ИИ-систем при их ввозе и дистрибуции в ЕС; на производителей ИИ-систем, вне зависимости от их местоположения; а также на любых лиц, находящихся в ЕС, на которых воздействует ИИ.

В отличие от Конвенции, которая содержит достаточно общие положения о необходимости соблюдения прав человека, статья 5 Акта ЕС прямо запрещает несколько «практик» использования ИИ. Среди них:

- (а) вывод на рынок, ввод в эксплуатацию или использование ИИ, который применяет подсознательные, манипулятивные или обманные методы;
- (б) использование ИИ, эксплуатирующего уязвимости людей, связанные с возрастом, инвалидностью или социально-экономической ситуацией;
- (с) применение ИИ для оценки или классификации людей на основе их социального поведения или личных характеристик;
- (d) использование ИИ для оценки риска совершения преступления на основе профиля или личных качеств человека, кроме случаев, когда ИИ поддерживает оценку, основанную на объективных фактах, установленных людьми;

⁴⁴ Explanatory Memorandum to Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence and amending certain union legislative acts. COM(2021) 206 final 2021/0106 (COD), URL: <https://artificialintelligenceact.eu/wp-content/uploads/2022/05/AIA-COM-Proposal-21-April-21.pdf> (дата обращения: 21.10.2024).

⁴⁵ Rittberger B., Schimmelfennig F. *The Constitutionalization of the European Union*. Routledge, 2007. P. 7.

⁴⁶ Ho C. W.-L., Caals K. *How the EU AI Act Seeks to Establish an Epistemic Environment of Trust // Asian Bioethics Review*. 2024. Vol. 16. P. 345–372, 346.

⁴⁷ High-Level Expert Group on Artificial Intelligence. *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*. 8 April 2019. P. 14–20; *Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence* (Commission Communication). COM(2019) 168 final. Brussels, 8 April 2019. P. 3–6.

(e) создание или расширение баз данных распознавания лиц через нецеленаправленное извлечение изображений из интернета или камер видеонаблюдения;

(f) использование ИИ для определения эмоций на рабочем месте или в учебной среде, за исключением медицины и безопасности;

(g) применение биометрических систем для категоризации людей по биометрическим данным с целью установления их расы, политических взглядов, религиозных убеждений, сексуальной ориентации и т.п., кроме случаев обеспечения безопасности;

(h) использование систем биометрической идентификации в реальном времени в общественных местах для целей правоприменения, кроме случаев предотвращения серьезных угроз, поиска пропавших лиц или преступников.

В отличие от Конвенции, Акт разделяет все виды ИИ-систем на три категории: высокорисковые ИИ-системы, общие языковые модели, а также все остальные системы ИИ. Акт приводит примерный перечень высокорисковых ИИ-систем, и этот перечень может обновляться Еврокомиссией. К таким системам относятся ИИ-системы, которые помогают в трудоустройстве, оценивают уровень знаний учащихся, анализируют эмоции человека, проводят биометрическую идентификацию и т.п. Владельцы таких ИИ-систем должны создать эффективный механизм управления рисками на всем жизненном цикле системы (от разработки до технической поддержки пользователей). Акт также требует, чтобы информация, на основании которой обучается ИИ-алгоритм, соответствовала стандартам качества (например, была репрезентативной). Кроме того, согласно Акту, работа высокорисковых ИИ-систем должна находиться под постоянным человеческим контролем, а информация об их работе (например, о точности результатов) должна быть доступна пользователям. В ряде случаев владельцам высокорисковых ИИ необходимо пройти техническую сертификацию. При выводе на рынок такой системы, ее владелец или его представитель должны подать заявление для включения в особый реестр. Для общих языковых моделей Акт устанавливает схожие правила, выделяя модели с системными рисками как отдельную категорию. Тем самым Акт вводит риск-ориентированное регулирование ИИ-систем в зависимости от их публичной значимости, той информации, которую они обрабатывают, степени тяжести последствий злоупотребления такими ИИ-системами и пр.⁴⁸

Акт также закрепляет институциональную модель регулирования и контроля за сферой ИИ в рамках ЕС. На основании решения Еврокомиссии создан отдельный орган — Управление по вопросам искусственного интеллекта (англ.: *AI Office*), которое будет заниматься стимулированием саморегулирования (например, созданием кодексов лучших практик)⁴⁹. Это управление является частью административной структуры Генерального директората по коммуникационным сетям, контенту и технологиям (статья 1 Акта). Статья 3(47) также закрепляет, что этот орган выполняет «функцию Еврокомиссии по содействию реализации, мониторингу и надзору за системами ИИ, моделями ИИ общего назначения и управлением ИИ». Таким образом, данное управление будет выступать, скорее всего, как одна из служб Еврокомиссии, а не в качестве независимого органа в рамках ЕС⁵⁰. В рамках своей компетенции *AI Office* обеспечивает исполнение и реализацию Акта, а также содействует в разработке политик в области ИИ в рамках ЕС и на международном уровне (статья 2 и статья 3(2) Акта).

Кроме того, будет создан Совет ЕС по вопросам ИИ, который займется выработкой общеевропейских подходов к регулированию ИИ, включая представителей всех государств — членов ЕС. Акт также устанавливает, что каждое государство — член ЕС должно создать свои национальные органы по сертификации высокорисковых ИИ-систем и контролю за их использованием.

Наряду с этим Акт, в отличие от Конвенции, закрепляет механизм юридической ответственности (см. статью 99 Акта). Так, согласно данной статье, государства-члены обязаны установить конкретные санкции за нарушения положений Акта, в том числе административные штрафы в пределах до 15 млн евро или до 3% размера общемировой выручки, а также предусмотреть основания для снижения сумм штрафов при наличии смягчающих обстоятельств. Как только компетентные национальные

⁴⁸ Novelli C., Casolari F., Rotolo A. et al. *AI Risk Assessment: A Scenario-Based, Proportional Methodology for the AI Act* // Digital Society. 2024. Vol. 3. Article № 13. P. 13–15.

⁴⁹ Commission Decision of 24.01.2024 establishing the European Artificial Intelligence Office. C(2024) 390 final.

⁵⁰ Lütz F. *The AI Act, Gender Equality and Non-Discrimination: What Role for the AI Office?* // ERA Forum. 2024. Vol. 25. P. 79–95. P. 87.

органы установят подобные санкции и механизм их наложения, государства-члены должны незамедлительно уведомить об этом Еврокомиссию.

На текущий момент именно Акт ЕС является одним из ярких примеров детального регулирования ИИ. Он направлен на сохранение общего рынка ЕС и защиту фундаментальных прав человека и гражданина. Основное внимание уделяется ИИ-системам, несущим наибольший риск для человека и общества. Введение процедуры сертификации ИИ-систем, регистрация их владельцев, создание институциональной модели регуляторов на уровне ЕС и национальном уровне, закрепление механизма юридической ответственности, а также создание экспертного представительства в виде Совета ЕС по вопросам ИИ формирует основу для гибкого развития нормативного регулирования ИИ в рамках ЕС.

Между тем использование основанной на правах человека модели как в Акте ЕС, так и в Конвенции, имеет один и тот же изъян: распространяя сферу своего применения в том числе и на частных акторов⁵¹, они не предусматривают конкретных материально-правовых норм, которые «трансформировали» бы содержание норм международного права прав человека, рассчитанных на государства как на адресатов соответствующих обязанностей. Существующие в этой области нормы базируются на соблюдении баланса между правами и свободами человека и легитимными целями, которые могут преследоваться государством, или же правами других людей, а также, как правило, содержат формулировки, допускающие значительное поле для свободы толкования самими государствами. Отсюда «язык», внутренняя структура и природа этих конструкций не позволяют без надлежащей трансформации и адаптации по аналогии применять их к частным акторам и, прежде всего — к коммерческим юридическим лицам⁵². Без необходимых изменений ссылка на применение или соблюдение прав человека будет оставаться не более чем декларацией⁵³.

3. Возможные последствия принятия Конвенции для Российской Федерации

Конвенция налагает обязательства только на государства, которые выразили согласие на ее обязательность, и не содержит каких-либо норм, распространяющихся на государства, не являющиеся ее участниками. Несмотря на то что Конвенция содержит декларативное положение о стремлении сторон способствовать тому, чтобы неприсоединившиеся государства действовали в соответствии с заложенными в ней принципами⁵⁴, это положение не создает каких-либо нормативных обязательств.

Вопрос о присоединении Российской Федерации к Конвенции едва ли будет стоять в ближайшее время, в том числе в связи с требующимся единогласным голосованием представителей сторон Конвенции, имеющих право заседать в Комитете министров, для присоединения государства, не являющегося членом Совета Европы. Вместе с тем двухлетний опыт работы Комитета по ИИ над текстом Конвенции и ее отдельные положения могут быть полезны при формировании российской позиции по вопросу нормативного регулирования деятельности с использованием систем ИИ. Важнейшими принципами деятельности государственных органов и частных лиц в рамках жизненного цикла систем ИИ представляются принципы прозрачности, надежности (англ.: *reliability*), анализа рисков, подотчетности и ответственности за негативные последствия. Гарантии в области информирования граждан, предусмотренные Конвенцией, также могут быть восприняты российской правовой системой. Например, в форме возможного маркирования контента, созданного системой ИИ, а также информирования о том, что осуществляется взаимодействие с системой ИИ (в частности, это возможно в случае, когда потребителю оказываются услуги посредством телефонного звонка). Наконец, через некоторое время анализ нового опыта государств — участников Конвенции в части обеспечения средств правовой защиты для граждан, чьи права нарушены при использовании систем ИИ, может быть полезен для совершенствования российского законодательства, особенно в областях, «чувствительных» с точки зрения защиты прав граждан, например, в сфере использования систем распознавания лиц.

⁵¹ Ст. 3 (1) (а) Конвенции; ст. 2 (1) Акта ЕС.

⁵² См.: Rusinova V., Korotkov S. *Mandatory Corporate Human Rights Due Diligence Models: Shooting Blanks?* // Russian Law Journal. 2021. Vol. 9. № 4. P. 43–45.

⁵³ Butler J. *The Corporate Keepers of International Law* // American Journal of International Law. 2020. Vol. 114. № 2. P. 189, 216–218.

⁵⁴ Ст. 25(1) Конвенции.

Заключение

В целом Конвенция воплощает «мягкую» модель международно-правового регулирования сферы искусственного интеллекта, оставляя за государствами существенные дискреционные полномочия и не предусматривая строгой системы контроля за ее исполнением. Это существенно отличает данный международный договор от принятого в ЕС Акта, который является примером первого детального урегулирования использования ИИ-систем на наднациональном уровне, а также имеет прямое действие, создавая конкретные права и обязанности для государства и участников рынка. При этом принятие правил, закрепленных в Конвенции, определенно будет являться положительным стимулом для развития внутреннего законодательства, регулирующего разработку и использование систем ИИ. В связи с этим представляется, что данная модель могла бы быть рассмотрена для целей разработки аналогичных международных правовых инструментов на площадках БРИКС, ШОС и/или ЕАЭС.

COMMENTARY ON THE COUNCIL OF EUROPE FRAMEWORK CONVENTION ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, HUMAN RIGHTS, DEMOCRACY AND THE RULE OF LAW

MARTYNOVA E., SUSHKOV S., EVSEEV A., SHTODINA D.

Ekaterina Martynova — Lecturer at the School of International Law, Faculty of Law, HSE University, Moscow, Russia (eamartynova@hse.ru).
ORCID: 0000-0002-8995-4462.

Sergey Sushkov — Doctoral Student, Doctoral School of Law, HSE University, Moscow, Russia (sushkov.mels@gmail.com).
ORCID: 0000-0002-5366-4113.

Artyom Evseev — Doctoral Student, Doctoral School of Law, HSE University; Head of Intellectual Property, IT and Information Protection Practice at Savina Legal, Moscow, Russia (apevseev@edu.hse.ru).
ORCID: 0009-0006-8222-8077.

Dariya Shtodina — Candidate of Sciences in Law, Research Associate, School of International Law, Faculty of Law, HSE University, Moscow, Russia (dashashtodina96@gmail.com).
ORCID: 0000-00034730-9614.

Abstract

The article is one of the first attempts to provide a scientific commentary on the Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law of 2024 (hereinafter — the Convention). The authors analyse both general characteristics of the Convention — its legal nature, object and purpose — and specific issues concerning the implementation of the principles of democracy and the rule of law enshrined in this international treaty, the procedure for the use of legal remedies, the scope of parties, as well as the mechanisms of implementing the Convention at the national level. Furthermore, the article contains a comparative legal analysis of this treaty with the European Union Act on Artificial Intelligence, which, prior to the adoption of the Convention, constituted a unique exemplar of the most comprehensive international legal document regulating the utilisation of this technology. The authors conclude that, despite embodying a “soft” model of international legal regulation in the sphere of artificial intelligence, the Convention is nevertheless capable of stimulating the development of domestic legislation in the States Parties. Furthermore, some of the approaches used in this treaty could be considered for the development of international legal instruments dedicated to artificial intelligence within the BRICS, SCO and/or EAEU.

Keywords

artificial intelligence, framework convention, human rights, Council of Europe, rule of law, risk-based approach

Citation: Martynova E., Sushkov S., Evseev A., Shtodina D. *Kommentariy k Ramochnoy konventsii Soveta Evropy ob iskusstvennom intellekte, pravakh cheloveka, demokratii i verkhovenstve prava* [Commentary on the Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law] // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2024. Vol. 2. No. 3. P. 52–63. (In Russian).

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.23990>

References / Список источников:

- Butler J. (2020) The Corporate Keepers of International Law. *American Journal of International Law*, vol. 114, no. 2, pp. 189–220.
- Crawford K. (2021) *The Atlas of AI: Power, Politics, and the Planetary Costs of Artificial Intelligence*, New Heaven: Yale University Press.
- Donahoe E., Metzger M. (2019) Artificial Intelligence and Human Rights. *Journal of Democracy*, vol. 30, no. 2, pp. 115–126.
- Eubanks V. (2018) *Automating Inequality. How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, New York: St. Martin's Press.
- Filgueiras F. (2022) Artificial Intelligence Policy Regimes: Comparing Politics and Policy to National Strategies for Artificial Intelligence. *Global Perspectives*, vol. 3, no. 1, pp. 323–362. Available at: <https://doi.org/10.1525/gp.2022.32362>.
- Ho C. W-L., Caals K. (2024) How the EU AI Act Seeks to Establish an Epistemic Environment of Trust. *Asian Bioethics Review*, no. 16, pp. 345–372.
- Janig P. (2022) Extraterritorial Application of Human Rights. In: Binder C., Nowak M., Hofbauer J., Jang P. (eds.) *Elgar Encyclopedia of Human Rights*, vol II, Edward Elgar Publishing.
- Johnson J. (2019) Artificial Intelligence and Future Warfare: Implications for International Security. *Defense & Security Analysis*, vol. 35, no. 2, pp. 147–169.
- Kolfschooten H. v., Shachar C. (2023) The Council of Europe's AI Convention (2023–2024): Promises and pitfalls for health protection. *Health Policy*, vol. 138, pp. 1–5.
- Koskeniemi M. (2006) *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Lee J. (2022) *Artificial Intelligence and International Law*, Springer.
- Lütz F. (2024) The AI Act, gender equality and non-discrimination: what role for the AI office?. *ERA Forum* 25, pp. 79–95.
- Milanovic M. (2011) *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press.
- Nemitz P. (2018) Constitutional Democracy and Technology in the Age of Artificial Intelligence. *Philosophical Transactions of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences*, vol. 376, № 2133. Available at: URL: <https://doi.org/10.1098/rsta.2018.0089> (accessed: 08.09.2024).
- Novelli C., Casolari F., Rotolo A. et al. (2024) AI Risk Assessment: A Scenario-Based, Proportional Methodology for the AI Act. *Digital Society*. vol. 3, no. 13, pp. 1–29.
- Rittberger B., Schimmelfennig F. (2007) *The Constitutionalization of the European Union*. Routledge.
- Rusinova V., Korotkov S. (2021) Mandatory Corporate Human Rights Due Diligence Models: Shooting Blanks? *Russian Law Journal*, vol. 9, № 4, pp. 33–71.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО ЗА ПРЕДЕЛАМИ РЕНЕССАНСНОГО ГУМАНИЗМА (РЕЦЕНЗИЯ НА КОЛЛЕКТИВНУЮ МОНОГРАФИЮ «МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО И ПОСТГУМАНИСТСКАЯ ТЕОРИЯ» ПОД РЕД. М. АРВИДСОН, Э. ДЖОУНЗ)

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.

Для цитирования: Лихачев М. А. Международное право за пределами ренессансного гуманизма (рецензия на коллективную монографию «Международное право и постгуманистская теория» под ред. М. Арвидсон, Э. Джоунз) // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 3. С. 64–75.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.23991>

Введение

«Обширное опустошение природной среды, вызванное изменением климата, растущее применение искусственного интеллекта международно-правовыми акторами и необходимость признать колониальное прошлое требуют изменения международного права...»¹ — так начинается аннотация к коллективной монографии под редакцией профессора Университета Гётеборга (Швеция) М. Арвидсон и исследовательницы из Университета Ньюкасла (Великобритания) Э. Джоунз «Международное право и постгуманистская теория», первое англоязычное издание которой вышло в издательстве «Рутледж» в январе 2024 года. 15 авторов из Австралии, Великобритании, Германии, Нидерландов, Новой Зеландии, США и Швеции представили результат амбициозного проекта, явившего не столько новое предметное поле для международно-правовых исследований, сколько новую методологию, новый язык, новую оптику осмысления классических вопросов и прежде незамечаемых проблем философии, теории и практики международного права.

Это очень современная и своевременная книга по международному праву. Книга, написанная на языке международного права и не только, приглашает к разговору о международном праве и не только. Сегодня изолированные и рафинированные правовым предметом высказывания о международном праве малополезны и далеко не всегда интересны. В случае рецензируемой коллективной монографии фокус авторского и зрительского (читательского) внимания смещается в пользу «и не только»: главы книги повествуют про жизнь сквозь линзу международного права, и в то же время последнее рассматривается как бы снаружи: с позиций плоских антологий и неоматериализма (глава II)², концептуального искусства (III)³ и исследований памяти (*memory studies*) (V)⁴, космологий аборигенов Западной Африки (VII)⁵, растительного мышления (X)⁶, философии вегетативной жизни (XII)⁷, а также этики вегетарианства (XI)⁸.

¹ *International Law and Posthuman Theory* / ed. by M. Arvidsson, E. Jones. New York : Routledge, 2024. Подробнее см.: URL: <https://www.taylorfrancis.com/books/edit/10.4324/9781032658032/international-law-posthuman-theory-matilda-arvidsson-emil-y-jones> (дата обращения: 22.07.2024).

² «Плоские онтологии и дифференциация: в защиту витального материализма Беннет и некоторые рассуждения относительно деколонизации нового материализма и международного права» — Grear A. *Flat Ontology and Differentiation: In Defense of Bennett's Vital Materialism, and Some Thoughts Toward Decolonial New Materialisms for International Law* // Ibid. P. 60–82.

³ «Эстетика, новый материализм и правовая материя: “искусство” англо-американского колониализма» — Mitchell D. *Aesthetics, New Materialism and Legal Matter: The «Art» of Anglo-American Colonialism* // Ibid. P. 83–104.

⁴ «Памятник Уэйкфилду: диалог нового и исторического материализма и постгуманистское международное право» — Hohmann J., Schwöbel-Patel C. *A Monument to E.G. Wakefield: New and Historical Materialist Dialogues for a Posthuman International Law* // Ibid. P. 139–160.

⁵ «После *homo narrans*: ботаника, международное право и Сенегамбия в эпоху становления мира раннего расового капитализма» — Hamzić V. *After Homo Narrans: Botany, International Law and Senegambia in Early Racial Capitalist Worldmaking* // Ibid. P. 180–200.

⁶ «Борьба против наркотиков как борьба против не-людей» — Koram K., Guardiola-Rivera O. *The War on Drugs as the War on the Nonhuman* // Ibid. P. 244–257.

⁷ «Спасут ли права человека антропос от Антропоцена? Правозащитные стратегии защиты природной среды и постгуманистская теория» — Leeuwenkamp J. *Will Human Rights Save the Anthropos from the Anthropocene? Rights-Based Environmental Protection Strategies and Posthuman Theory* // Ibid. P. 279–304.

⁸ «Искореняя режимы антропоцентричной правомерности: допускает ли *Rule of Law* интенсивное животноводство?» — Deckha M. *Supplanting Anthropocentric Legalities: Can the Rule of Law Tolerate Intensive Animal Agriculture?* // Ibid. P. 258–278.

Авторы принимают вызов методологического «и не только»: эпоха «X-дисциплинарности», сменившая прежде популярную междисциплинарность⁹, диктует важность и даже обязательность применения изыскательного инструментария не только из смежных и иных дисциплин, но и из разных областей когнитивного вообще (изобразительного искусства, литературы, музыки, театра). В таком случае метод как критерий «научности» и «объективности» уступает место «подходу» или «стилю», описывающим без гносеологических установок и предубеждений, «как они/мы достигли исследовательского результата»¹⁰. Открывает книгу глава М. Арвидсон, вкрадчиво вслед за ее совместным с Э. Джоунз введением разъясняющая тот самый *стиль* постгуманистского осмысления, описания и изложения материала¹¹.

Стержневой проблемой, предметом анализа и гносеологической осью исследовательского проекта является язык: работа показывает, как можно и нужно продуктивно говорить о международном праве не на его языке, но задействуя набор знаков и смыслов, неведомых международно-правовому дискурсу и даже прежде чуждых ему или при первом рассмотрении непригодных для таких целей¹². Многие ли тем, кто верен юспозитивистской эпистеме, могут сказать о международном праве космологические идеи аборигенов Сенегамбии (с. 190–192), или карта морских вод Тупайя, изготовленная коренными жителями Океании до их колонизации (с. 209–211), или урбанистический анализ акций горожан в защиту появившейся случайным образом в Риме уже в XXI веке природной территории — *lago bullicante* (бурлящее озеро) (с. 224–228), или ландшафт и архитектура вокруг памятника английскому колонизатору Э. Уэйкфилду в австралийском городе Аделаида (с. 146–150), или произведение концептуального изобразительного искусства художника К. Роулэнда «*Depreciation*» («Обесценение») 2018 года (с. 87–94)? Авторы работы убедительны в том, что по описательной и объяснительной силе такие приемы в своей витальности и отзывчивости осязаемой жизни не только не уступают, но порой и превосходят классический вокабуляр юридических абстракций и фикций.

О (пост)структурализме

Книга проблематизирует язык современного международного права в духе традиции структурализма и постструктурализма. Острые структуралистской критики референции обращено против лингвистических и дискурсивных оснований международного права: его образы и знаки в авторских трактовках лишены всякой «естественности», «объективности» и предметного содержания. Следуя классическим приемам *произвольной природы знака* по Ф. де Соссюру и *остранения* по В. Шкловскому, исследователи обращаются к формальной стороне понятийного измерения международного права¹³: нет и не может быть ничего предзаданного, очевидного и необходимого в «праве», «государстве», «суверенитете», «индивиде», «субъекте», «объекте», ведь

⁹ Об «X-дисциплинарности», ее отличиях от би-, анти-, контр-, нон-, мульти-, плюри-, транс-, постдисциплинарности см.: Korhonen O. *From Interdisciplinary to X-Disciplinary Methodology of International Law* // *Research Methods in International Law. A Handbook* / ed. by R. Deplano, N. Tsagourias. Edward Elgar Publishing, 2021. P. 345–365.

¹⁰ Ibid. P. 362.

¹¹ Jones E., Arvidsson M. *Introduction // International Law and Posthuman Theory...* P. 1–28; Arvidsson M. *Posthuman Feminism as a Theoretical and Methodological Approach to International Law* // Ibid. P. 31–59.

¹² Термин «дискурс» не является вопросом настоящей рецензии, однако к нему мы обратимся еще не раз. Для простоты понимания здесь под дискурсом, следуя фукодианской традиции, подразумевается «отложившийся и закрепившийся в языке способ упорядочения действительности, способ видения мира, выражаемый в самых разнообразных, не только вербальных, практиках, а следовательно, не только отражающий мир, но и его проектирующий и сотворяющий» (Дмитриев М. «Русский народ» или «люди «Божи»? Об особенностях протонациональных дискурсов в культуре Московской Руси // *Polystoria. Бог, Рим, народ в средневековой Европе* / под ред. М. Бойцова, О. Воскобойникова. М.: Изд. дом ВШЭ, 2021. С. 256. В таком понимании международно-правовой дискурс охватывает способы и контексты осмысления и артикуляции проблем международного права (преимущественно международно-правовыми средствами). Дискурс современного позитивного международного права, как и его практики, пронизан этатизмом и юридическим позитивизмом: государству отводится главенствующая роль субъекта и правотворца, а его интересы заявляются драйверами динамики всей системы (см., например: Hernandez G. *Legal Positivism and the Individual in International Law* // *The Individual in International Law* / ed. by T. Sparks, A. Peters. Oxford: Oxford University Press, 2024. P. 167–169; Wood M. *International Law in Practice* // *Courses of the Summer School on Public International Law*. Vol. 11. Moscow, 2022. P. 14–16. URL: https://iclr.ru/storage/publication_pdf/SSPIL-2020_11_Sir-Michael-Wood_1649164344.pdf (дата обращения: 22.07.2024); Арановский К. В., Князев С. Д. *Правление права и правовое государство в соотношении знаков и значений*. М.: Проспект, 2016. С. 187).

¹³ О произвольной природе знака и приеме остранения см.: Фостер Х., Краусс Р., Бут И.-А., Бухло Б. Х. Д., Джослит Д. *Искусство с 1900 года: модернизм, антимодернизм, постмодернизм*. М.: Ад Маргинем Пресс: Музей современного искусства «Гараж», 2021. С. 37–38. Прием остранения ставит задачу лишить естественности наше восприятие, ставшее автоматическим, и реорганизовать материал (референт), придавая ему странность; проще говоря — взглянуть на привычное (устоявшееся, укорененное, претендующее на объективность и естественность) с непривычных для него ракурсов, встроив его в нехарактерные (чуждые и даже конфликтные) контексты. См. также пример применения остранения к конструкции государства: Волков В. *Государство, или Цена порядка*. СПб.: Изд-во Европейского университета в Санкт-Петербурге, 2022. С. 12–13.

международно-правовые образы и знаки (формы дискурса по Ж. д'Аспремону¹⁴) находятся в жесткой зависимости от их языковой формы и субстантивно являются лишь тем, чем не являются¹⁵. Отстраняясь, то есть выстраивая критическую дистанцию и используя различные ракурсы-контексты (прием так называемой *вырезки, сечения* — англ.: *cut*), М. Арвидсон, например, предлагает по-разному взглянуть на понятие «человек» в международном гуманитарном праве (в его сопоставлении с «человеком в петле» (*human in the loop*) или роботом) (с. 51–52). Таким же образом Э. Джоунз с соавторами подходит к конструкции всеобщего наследия человечества (*common heritage of mankind*) (с. 106–113), предлагая заменить последнее слово в термине на *kin-kind*, где вместо *man* (человек) используется *kin* (сородич).

По-постструктуралистски авторы книги формулируют решительный вызов контексту, предпринимая попытки вскрыть, изобличить и подрвать (от англ. *trouble* — подрыв) традиционные нарративы, стоящие у истоков и лежащие по-прежнему надежно и уверенно в основании современного международного права. Поскольку язык не ограничивается передачей информации, нейтральность которой невозможна по определению, а предполагает принятие институционального контекста (так называемых предпосылок по О. Дюкро, «обязывающих отвечать»), то и вербальный обмен, как указывал М. Фуко, всегда дискурсивен, то есть «нагружен властными отношениями и даже приложением силы» и «нацелен на сохранение “объективных” сведений»¹⁶. Контекст, институционализирующий и дисциплинирующий речевое событие, не может быть беспристрастным и только путем его (контекста) реконструкции можно бросить вызов скрытым в нем иерархиям и насильственным установкам.

В духе такой модели в нескольких случаях в работе применяются два близких метода: спекулятивной фабуляции (*speculative fabulation*) и фигурации (*figuration*). Смысл такого инструментария — сделать невозможное в настоящем ментально возможным в будущем и на этом основании реконструировать контекст устоявшейся конструкции. А. Грир со ссылкой на философов Д. Харауэй и Р. Брайдотти поясняет: «постгуманистская фигурация <...> — акт подрыва стратегии научной объективности, академических иерархий и губительных бинарных оппозиций» (глава I, с. 38)¹⁷. Проще говоря, фигурация позволяет сформулировать необходимое, как если бы отсутствующие сейчас условия (факторы) присутствовали. Таким же образом исследовательница обращается к анализу критериев «человека» как элемента субъектности комбатанта (с. 50–52).

Э. Джоунз с соавторами, реконструируя «всеобщее наследие человечества» (глава IV)¹⁸ и вновь ссылаясь на Д. Харауэй, объясняет назначение спекулятивной фабуляции: «рассеяние [*clearing away*] настоящего и прошлого для освобождения пути будущему», при этом «не упуская из виду [выявленные] проблемы [контекста]» (*staying with the trouble*)¹⁹. Такая фабуляция — «рассказ историй [*telling stories*] и воображение новых миров как будто бы они есть на самом деле»²⁰. Для этого в подобных исследованиях часто используется термин «*to reworld*» / «*reworlding*» (*переименование мира*), обозначающий метафорическое переустройство жизни в спекулятивных целях осмысления и объяснения необходимого и подрыва «очевидного», «объективного», «естественного».

Другой прием работы с контекстом в постструктуралистском ключе — дефамилиаризация (*defamiliarization*) как вариант упомянутой техники остранения. Этот прием состоит в выявлении контекста конструкции, его критике (подрыве) с последующим встраиванием такой конструкции в другой контекст. Так, Д. Митчелл в главе III об эстетике, новом материализме и правовой материи переосмысляет англо-американское колониальное наследие на примере опыта концептуализации К. Роулэнда в его произведении «Обесценение» 2018 года. Художник изображает колониальные паттерны, институционализованные в режиме права собственности, исконно подавляющем черное

¹⁴ d'Aspremont J. *After Meaning: the Sovereignty of Forms in International Law*. Cheltenham ; Northampton : Edward Elgar Publishing, 2021. P. 1.

¹⁵ Один из самых ярких в этом аспекте фрагментов работы — пассаж Д. Митчелл о механизме преобразования материи в материал (правовой) (*matter/material*) через «интерпретацию, основанную на нормативном притязании [*normative claim*], посредством которой отдельная совокупность материи получает правовое содержание» (с. 87–88). См. также о *deferral of meaning* (ускользание/переход содержания): d'Aspremont J. *Op.cit.* P. 14–21, 60–79.

¹⁶ Фостер Х., Краусс Р., Бут И.-А., Бухло Б. Х. Д., Джослит Д. *Указ.соч.* С. 43–44.

¹⁷ Применение этого приема к статусу человека в международном гуманитарном праве автор предваряет риторическим вопросом: «для чего МГП нужно так держаться за категоризации, которые ни отражают реального положения дел [*state-of-the-world*], ни обращены к наиболее важным проблемам мира вооруженных конфликтов?» (Grear A. *Op.cit.* P. 38).

¹⁸ «Всеобщее наследие сородичества» — Jones E., van Eijk C., Heathcote G. *The Common Heritage of Kin-Kind // International Law and Posthuman Theory...* P. 105–134.

¹⁹ *Ibid.* P. 113.

²⁰ *Ibid.* P. 114.

население и приоритизирующем белых мужчин: для этого он описывает эксперимент по выкупу ценного земельного участка с намерением исключить его из коммерческого оборота и оставить пустырем. Эта история представлена в галерее серией фотографий и копий транзакционных документов. Выведение конструкции за рамки ее исконного контекста (*to dis/locate objects/gestures from their original context*) позволяет, по мнению Д. Митчелл, выявить «исторически колониальные и расистские сегодня» свойства такого дискурса²¹.

О пользе для современных юристов

Это очень своевременная и нужная как для международников, так и для юристов в целом книга. Во-первых, каждая глава выполняет непосильную задачу преодоления консервативного (читай — косного) юридизированного взгляда на жизнь. Это — терапия, которая показана всем нам²². Рассуждая о юридическом знании, современный историк республиканизма К. А. Соловьев замечает, что расцвет правовой мысли пришелся на XV–XVI века, после чего «университетская традиция притихла... [и] [ю]ридические факультеты застыли в своем развитии»: «[р]ациональная философия плохо рифмовалась с юридическим стилем мышления... [что] отбрасывало законников на периферию интеллектуального процесса»²³. У науки права появился шанс восполнить такой укорененный дефицит адекватности.

Во-вторых, сегодня юристы, наконец, осознают: для того, чтобы постигнуть (международно-)правовое, необходимо приложить метаюридическое интеллектуальное усилие, и это еще не гарантирует успех. Очевидно, такое понимание не оставляет «гносеологических шансов» юридическому позитивизму, да и научному позитивизму вообще: полагаться на понимание права как социальной формы, доступной эмпирически, наивно²⁴. Правовое, подобно разноцветным квадратам Казимира Малевича и разлинованным прямоугольникам Пита Мондриана, более недоступно непосредственному восприятию, избалованному позитивистскими упрощениями²⁵. Примечательно, что в главах о концептуальном творчестве Роулэнда (III) и о памятнике Уэйкфилду в австралийском городе (V) именно теории искусства вдохновили исследователей на новое международно-правовое прочтение материала.

Как наверняка догадался читатель, представленная книга — не труд по позитивному международному праву: глава о международном гуманитарном праве мало что говорит о нормативном содержании Женевских конвенций (II), глава о всеобщем наследии человечества в меньшей степени касается правового режима эксплуатации ресурсов мирового океана (IV), а глава о налоговом суверенитете нечасто отсылает к установлениям конвенций в области налогообложения (VI)²⁶. В этих и остальных случаях авторы больше заинтересованы в апробации новых методологий и исследовательских *стилей*, позволяющих иначе взглянуть на привычное, натурализованное действующим международным правом. Предметные вопросы служат иллюстрацией для обозначения и осмысления проблем дискурсивного толка.

Об иронии, сомнениях и еще раз о языке

В книге речь не идет о новом международном праве, и цель работы не состоит в формулировании его новой концепции: авторам в общем чужд революционный пафос. В то же время исследователи не «упрощают» свое положение, прибегая к спекулятивной патетике кризиса системы. Хотя лейтмотив

²¹ Mitchell D. *Op.cit.* P. 91.

²² Не кажется ли читателю странным или по меньшей мере показательным, что в современную информационную эру, когда все у всех на виду и на слуху, среди лидеров общественного мнения и медийных инфлюенсеров крайне редко (едва ли) встретишь юристов, говорящих о праве на правовом языке?

²³ Соловьев К. А. *Введение // Res Publica: Русский республиканизм от Средневековья до конца XX века I* под ред. К. А. Соловьева. М.: Новое лит. обозрение, 2021. С. 11.

²⁴ О природе научного позитивизма и критике его объективизма, натурализма, сциентизма см., например: Шацкий Е. *История социологической мысли*. Т. II. М.: Новое лит. обозрение, 2018. С. 400–403 (о неопозитивизме); Там же. Т. I. С. 319–326 (об истоках научного позитивизма и учении О. Конта).

²⁵ Одним из последних примеров кардинального (конфронтационного) разрыва с позитивистской традицией может служить работа Жана д'Аспремонта, применившего технику нарративной феноменологии для описания *опыта* международных организаций — d'Aspremont J. *The Experiences of International Organizations. A Phenomenological Approach to International Institutional Law*. Edward Elgar Publishing, 2023; о сути метода см.: Ibid. P. 2–10. Справедливости ради отмечу, что сам д'Аспремонт не относит себя к противникам юспозитивизма — Idem. *The Idea of «Rules» in the Sources of International Law // Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*. № 2014-51; Amsterdam Center for International Law. № 2014-28. P. 1–33.

²⁶ «Ни национальное, ни международное: постгуманистское перепрочтение налогового суверенитета» — Lärka H. *Neither National nor International: A Posthumanist Retelling of Tax Sovereignty // International Law and Posthuman Theory...* P. 161–179.

работы — это ответ на три ключевых вызова: технологические инновации, глобальное неравенство, порожденное господствующим капитализмом неолиберального извода, и деградация природной среды, вызванная экологическим загрязнением и изменением климата (с. 3).

Скорее, работа пронизана каноническими постмодернистскими настроениями и соответствующими им типами мышления — иронией и сомнением²⁷. Последнее позволяет сформулировать вопрос в духе «как с нами случилось международное право?», предполагающем «подозрения о низких, сомнительных первоисточках и множественных подменах по пути к настоящему»²⁸. И даже *homo narrans* (человек повествующий) у В. Хамжича (глава VII) становится «hesitant» — сомневающимся²⁹.

В дополнение к сомнению ирония призвана демистифицировать и десакрализовать ментальные конструкции, отвергая аксиоматичные установки об их объективной необходимости и естественно-социальном происхождении. *Несерьезное* отношение позволяет принимать всерьез тех, кто оказывался в разные эпохи невидимым, неслышимым, закрытым. Методологические «ирония, иконоборчество и заигрывание» служат преодолению экзистенциальной скуки (от фр. *ennui*) и позволяют «отвергнуть тирады и властные игры, которые порождают и утверждают методы и дисциплинарности, фреймы и ориентации»³⁰.

Так, работа начинается с критики наивного нормативизма юристов-международников, полагающихся на силу юридических обязательств и расширение пределов правового регулирования:

...В то время как юристы-международники инстинктивно пытаются решить проблемы либо путем расширения области существующего международного права, либо путем расширения действия права через еще более детализированные и фрагментированные правовые установления, становится очевидно <...> что теперь, как впрочем, возможно, и прежде, просто больше прежнего — большего или “лучшего” — международного права недостаточно³¹.

Такому подходу противопоставлен *приземленный взгляд* на конструкции международного права — *ground thinking* — полагающийся на витальный опыт (*vitality*), пульсирующую материальную жизнь (*vibrant matter*)³², диктующую потребности настоящего времени (*needs of the present*), аффирмативное мышление (*affirmative thinking*), принимающее всерьез событийность и случайности реальной жизни (*take real-life events seriously*) (с. 12–13)³³, а не фетишизирующее экзотические образы, связь которых с настоящим необоснованна³⁴.

А потому предметом анализа в главе А. Грир (II) становится блэкаут в США и Канаде, коснувшийся 50 миллионов человек, и пищевые жирные кислоты как фактор проблемы ожирения населения и ее

²⁷ Рассуждая о проекте «провинциализации» Европы как способе преодоления модерности и связанных с этим схем насилия и подавления, Д. Чакрабартти настаивает, что такой проект должен быть нацелен на «осознание внутри себя своей невозможности», и призывает «поддерживать историю, которая самой структурой своих нарративных форм делает видимой собственные стратегии и практики подавления»: [И]дея состоит в том, чтобы «вписать в историю модерности двойственность, противоречие, насилие, трагедии и иронию» (Чакрабартти Д. *Провинциализируя Европу*. М.: Музей современного искусства «Гараж», 2021. С. 70, 74).

²⁸ Волков В. *Указ.соч.* С. 14. Здесь я перефразирую высказывание В. В. Волкова, объясняющего методологию своей книги об истоках государственности «Как с нами случилось государство?» (Там же. С. 58). В. В. Волков описывает прием критической генеалогии, восходящий к идеям Ф. Ницше и позже М. Фуко и основанный на критическом (постмодернистском) сомнении в отношении высокого происхождения сакрализуемых и мифологизируемых конструкций (Там же. С. 14–15).

²⁹ В. Хамжич пишет о *history hesitant method* (методе исторического сомнения/нерешительности), дающем «пространство, иную темпоральность», позволяющих нам «поработать об утраченных связях» без спешки и радикальных решений (Hamzić V. *Op.cit.* P. 193). Конструкция *homo narrans* отсылает к аналитической технике, противопоставленной классическому историцистскому, позитивистскому и дисциплинарному нарративу: вместо привилегированной и «удобной» большой *истории* (*his-story* с акцентом на *his*), открывается путь другому опыту живых отношений, описанному и рассказанному через *story* (отсюда и название техники — *story-telling*) — «без общности на основе гражданских ритуалов», «без кошмаров традиции» и «без воображаемого идеального прошлого» (Чакрабартти Д. *Указ.соч.* С. 70–74). К такой же критической нарративизации прибегают и К. Корам и О. Гардиола-Ривера в главе X об антинаркотических войнах — Koram K., Guardiola-Rivera O. *Op.cit.* P. 251.

³⁰ Korhonen O. *Op.cit.* P. 362–363 (о сопротивлении методологии).

³¹ Jones E., Arvidsson M. *Op.cit.* P. 1–2.

³² Понятие, заимствованное из лексикона Дж. Беннет, — Bennette J. *Vibrant Matter. A Political Ecology of Things*. Durham and London: Duke University Press, 2010.

³³ Другой пример «витального» подхода, предполагающего *серьезное* отношение к тому, что реально есть, — когда субъектен в международном праве тот, кто заслуживает быть принятым всерьез (*to be taken seriously*) (Klabbers J. *Inter-legality, cities and the changing nature of authority II Research Handbook on International Law and Cities I* ed. by H. P. Aust, J. E. Nijman, M. Marcenko. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar Publishing, 2021. P. 422).

³⁴ О такой фетишизации конструкции субъектности в международном праве рассуждает К. Барбара: «...огромная проблема международно-правовой системы заключается в том, что определяющая роль отведена правовой фикции — 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» (Barbara C. *International Legal Personality: Panacea or Pandemonium? Theorizing About the Individual and the State in the Era of Globalization II Austrian Review of International and European Law*. 2007. Vol. 12. № 17. P. 45).

капиталистического освоения — с целью выявления агентной (действующей) силы не-человеческих сущностей (*agentic force of non-human things*) и применения таких аналитических приемов к международно-правовому материалу³⁵. К. Корам и О. Гардиола-Ривера в главе об антинаркотических войнах (X) обращают внимание на другую сторону необходимых мер по борьбе с распространением наркотиков: как запрет на распространение влияет на культовые практики народности Коджи (*Kogi people*) Карибского побережья Колумбии и как мероприятия по уничтожению посевов психотропных растений сказываются на биологическом разнообразии. М. Дэка в своей главе (XI) рассказывает, как буколическая мистификация потворствует агрессивному животноводству и как связанные с этим пищевые привычки и гастрономические вкусы капиталистического общества препятствуют эффективной борьбе с экологической деградацией и адекватной реакции на изменение климата.

Задача не столько в том, чтобы любой ценой отказаться от устоявшихся (модернистских) международно-правовых конструкций (субъектности, государства, суверенитета, прав человека): порой уже достаточно выраженного сомнения в нейтральности таких категоризаций (с. 12). В случае их сохранения важна по меньшей мере проблематизация их «объективности», «истинности», «необходимости», «научности», «социальности» и «естественности»: мишенью критики является международное право как «объективно обусловленный [*truth-driven*], научно определенный правопорядок, который регулирует отношения между формально равными государствами»³⁶.

Поскольку не бывает «незаинтересованных» дискурсивных форм, перед авторами книги, как и всякими исследователями, работающими в постмодернистской парадигме, встает вызов изобретения нового, собственного языка — вербальных форм, не увязанных с модернистскими семантическими паттернами и интеллектуально-политическими контекстами³⁷. Вырваться из модернистской эпистемы невозможно, применяя классический международно-правовой вокабуляр, замкнутый на этатизме и юспозитивизме. Потому в книге вы не найдете привязку субъектности к правам и обязанностям (вместо этого — витальность, агентное понимание материи [*agential understanding of matter*], принятие всерьез [*to be taken seriously*] и видимость), не встретите определения права через систему правовых норм, создаваемых сувереном-нормотворцем (зато — механизм перехода материи в правовой материал [*matter/material*], внимание права [*law's attention*]), не найдете рассуждений об объективной необходимости и естественной предзаданности социальных явлений (взамен — переименование мира [*reworlding*] или мир-в-становлении [*becoming-world*], совместное становление в субъектности [*becoming-with*] и принцип «мы-все-тут-вместе-однако-мы-не-одно-целое-и-не-одно-и-то-же» [*we-are-all-in-this-together-but-we-are-not-one-and-the-same*]).

О постгуманизме

Главная идея-принцип, вокруг которой организовано исследование в проекте, — постгуманизм или, как чаще пишут сами авторы, постгуманистская теория (*posthuman theory*). Во введении редакторы замечают, что постгуманистские исследования (*posthumanities*) сегодня охватывают множество направлений, работающих в разных мыслительных плоскостях (*strands of thinking*): «от критической постгуманистской теории до новых материализмов, трансгуманизма, акторно-сетевой теории и многого другого»³⁸. Потому здесь постгуманизм как зонтичная категория применяется для обозначения исследовательской оптики и академического *стиля*, полагающихся на два начала — постантропоцентричное и постгуманистское *stricto sensu* (с. 4).

³⁵ В числе первых работ по международному праву, вдохновленных плоскими онтологиями, — *International Law's Objects* / ed. by J. Hohmann, D. Joyce. Oxford : Oxford University Press, 2018.

³⁶ Jones E., Arvidsson M. *Op.cit.* P. 2. См. также: *Ibid.* P. 5.

³⁷ Складывающаяся пост- и метамодернистская традиция не только ставит под сомнение возможность объективного и истинного знания, но и пытается переизобрести язык интеллектуальных практик, придав ему более поэтические формы, большую метафоричность и фигуративность, граничащие с художественным вымыслом (сюда же относится и упоминаемая техника *story-telling*). О трех задачах современной науки по К. Эшуну и Х. Шульцу см. лекцию филолога и исследователя звука А. Логутова: Андрей Логутов: пространство звука, пространство тишины // «Что изучают гуманитарии» / подкаст проекта *nlo.media* издательства «Новое литературное обозрение». 6 декабря 2023 года. URL: <https://podcasts.apple.com/ru/podcast/что-изучают-гуманитарии/id1667328641?i=1000637664216> (дата обращения: 22.07.2024), особенно интервал 32:00–33:30. См. также: Eshun K. *More Brilliant Than the Sun: Adventures in Sonic Fiction*. Quartet Books, 1999.

³⁸ Jones E., Arvidsson M. *Op.cit.* P. 6. Работа в разных форматах отсылает к следующим интеллектуальным направлениям: критическая расовая теория, деколонизальное учение, философии (космологии) коренных народностей (*indigenous philosophies*), природоохранный активизм, социальный (пост)конструктивизм, неоматериализм, новый материализм, марксизм, исторический подход, подходы Глобального Юга (*TWAIL*), трансгуманизм, антигуманизм, акторно-сетевая теория, плоские онтологии, объектно-ориентированная онтология, междисциплинарный постгуманизм (*intersectional posthumanism*), урбанизм.

Первое предполагает построения, критические к классическому антропоцентризму, отстаивающему верховенство человека как высшего разумного существа в мироздании, природе. Самым ярким проявлением такого понимания являются иерархические конструкции субъектности, где субъектен лишь человек и все сформулированные по его подобию сущности (например, государство и юридическое лицо), а ценность всех остальных, отнесенных к объектам, определяется близостью к человеческой натуре (потенциальным антропоморфизмом) и практической ценностью в служении человеку. В такой схеме природный мир, обозначаемый окружающей (человека) средой, и инструментализированные флора и фауна в лучшем случае могут претендовать на незавидную роль объекта попечения (правовой защиты)³⁹. Издержкам такого протекционизма посвящена завершающая глава (XII), в которой Ж. Лекуэнкамп поясняет высокие риски антропоморфизации природы через наделение ее правами человека (*human rights*)⁴⁰ или же применения для борьбы с изменением климата основанной на правах человека стратегии (*human-rights-based strategies*) через классические международные институты по правам человека.

Если в случае постантропоцентризма мишенью критики является эксепционалистский антропос, то в случае с постгуманизмом в узком смысле — универсалистский человек (*homo universalis, universalistic Man*). Гуманистический идеал эпохи Просвещения наглядно представлен витрувианским человеком Леонардо да Винчи: это белый европеец, непременно мужчина, физически полноценный, а с учетом современных капиталистических «улучшений» — крепкого материального достатка гражданин условного «западного мира» (с. XIII). Такое представление о человеке выстраивает в разные эпохи разные иерархии, исключаяющие разных *других*, то есть тех, кто по меркам своего времени уступал просвещенческому (гуманистическому) идеалу: рабы, женщины, рабочие, не-белые, не-европейцы, не-люди. Такие *другие* являются результатом сексуализирующего (женщины), расиализирующего (*racialized*), натурализирующего (маргинализирующего «не-/противоестественное») дискурсов. В этом аспекте самые яркие фрагменты книги в главе VII, начинающейся с критики системы Карла Линнея за его «сексуализированные ботанические бинарности» и классификацию человеческих типов (*homo variat*), в числе которых и *Americanus rubescens*, и *Asiaticus fuscus*, и *Africanus niger* (с. 182–185); а также в главе X о «наркотических войнах», проблематизирующей доступ к психотропным растениям коренных народностей для отправления традиционных ритуалов и церемоний (с. 249–252).

О субъектности, времени, технологии, материи и пространстве

Каждая глава книги посвящена отдельной предметной области международного права — от морского права до права прав человека, от межгосударственных систем налогообложения до борьбы с наркоторговлей. Однако тематически разнообразный коллективный труд объединяет несколько сквозных сюжетов.

Субъектность. Материя. Не будет преувеличением оценка этой книги как базовой работы по проблемам субъектности в международном праве. Избранная авторами постгуманистская перспектива предопределяет обращенность всего материала к проблеме определения того, кто существует в международном праве и в каком качестве. Примененный прием теоретической фигурации позволяет проблематизировать вопросы: «Робот ли я?» (иначе — «Чем/кем “я” предстаю?»), «Выживу ли я?» («Как мне организовать отношения с внешним миром — технологией и природой?») и «Могу ли я себе это позволить?» («Как “мои” права защищены?»)⁴¹.

Авторы не столько отвергают, сколько игнорируют как несостоятельные модернистские представления о правосубъектности, связанной с юридическими правами и обязанностями. Следуя

³⁹ См. подробное описание идеи с обширной библиографией: Ibid. Р. 3. См. также обзорный материал по проблеме в лекции профессора О. Хархордина: Хархордин О. *Философия климата: понятие законов природы и договор с природой* // URL: https://www.youtube.com/live/vBz-KwTCAqU?si=fyKjoVKI3T78A6_2 (дата обращения: 22.07.2024). Об этических аспектах инструментализации животных и сценарии новой «морали животных» см., например: Груэн Л. *Этика и животные: Введение*. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2024.

⁴⁰ О различении прав человека (*human rights*) как прав естественных и универсальных и прав, принадлежащих (предоставляемых) человеку как прав индивидуальных (*individual rights*) см., например: Мойн С. *Человечество до появления прав человека* // Неприкосновенный запас. 2013. Т. 149. № 3. С. 3–38, особенно 5–6; Хант Л. *Изобретение прав человека: история*. М.: Новое лит. обозрение, 2023. С. 17–25; Peters A. *Beyond Human Rights: The Legal Status of the Individual in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. P. 436–448, 456, 467–468.

⁴¹ Именно так редакторы и формулируют *problématique* проекта в целом (с. 7).

философии акторно-сетевой теории⁴² или объектно-ориентированных онтологий⁴³, исследователи, скорее, отказываются от категории «субъект», предпочитая альтернативные формы фиксации международно-правового *присутствия*⁴⁴. А потому, прибегая к привычным модернистским терминам, можно сказать, что в книге вы встретите оценку сценариев «субъектности» роботов и технологий (глава I), пищевых жирных кислот и блэкаута (II), правовых форм и режимов (III), мирового океана (IV), исторического памятника (V), океана (VIII)⁴⁵, города и городского сообщества, сил природы (IX)⁴⁶, растений (X). Обращаясь к разным вариантам нового (нео)материализма, авторы настаивают на «субъектности» материи, формирующей природное, социальное, политическое и человеческое.

Такая «мятежная» (*insurgent*)⁴⁷ и «освобожденная [от позитивистских фобий] субъектность» (*unmoored subjectivity*) (с. 217–218) используется не для выстраивания разделительных линий, иерархий подчинения и категоризирующей дисциплины, а для объяснения того, кто *есть* в международном праве, *присутствует*, *осязаем*, *слышим* и *видим*, *действует* и *влияет* или, как сказали бы прогрессивные модернисты, кто располагает агентной силой (*agential force*) (с. 14)⁴⁸.

Время. В постмодернистском ключе авторы формулируют вызов гегелевской темпоральности: в книге время предстает дискретным и нелинейным. Как отмечает Р. Брайдотти в предисловии к работе, «методы и оценки правового дискурса [должны стать] важным инструментом навигации [во времени и пространстве] между “уже нет” и “еще нет”»⁴⁹: проникновение в эту темпоральную складку, когда *линейное прошлое* реорганизуется, а *линейное будущее* переформулируется, и конструкция оказывается как бы зависшей по меркам гегелевского времени. Это дает возможность исправить ошибки прошлого (например, колониального), реинтерпретировать настоящее (выявить в нем колониалистские паттерны) и построить «более обнадеживающее будущее» (*more hopeful future*) (с. 12–13, 20).

Постмодернистские игры со временем можно встретить в тексте Д. Митчелл (глава III), исследующей результаты такой исторической контекстуальной делокации (*dislocation*) на примере художественного концептуализма К. Роулэнда: художник применяет колониалистские паттерны режима собственности к ценному земельному участку, насильно обесценивая его на либеральном рынке. Такую же темпоральную авантюру реализуют Дж. Хоманн и К. Швобель-Патель (глава V), перемещая во времени персону английского колонизатора австралийских земель Э. Уэйкфилда с его заслугами, мистифицированными в прошлом, и памятным извятием, транслирующим свой колониальный дискурс в настоящее.

Авторы бросают вызов международно-правовому историцизму, критикуя международное право за его имманентную обращенность к прошлому и заикленность на причинности как единственно возможной форме детерминизма⁵⁰. Безнадежная историчность международно-правового дискурса построена на временном понимании государства, где оно суверенно в темпоральном плане, распоряжаясь международно-правовым временем и пребывая парадоксально в вечности, внеисторичности. Такое международное право легитимирует в настоящем сомнительные, нередко преступные иерархические алгоритмы и практики угнетения из прошлого (с. 146): например, современные торговые пути как продолжение каналов работоторговли (с. 148, 214), или режим беженцев или коренных народов (*indigenous people*) как следствие прежних практик отчуждения тех, кто «не совсем человек» (*less-than-human*) (с. 248–249).

⁴² См.: Латур Б. *Пересборка социального: введение в акторно-сетевую теорию*. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2020.

⁴³ См.: Харман Г. *Объектно-ориентированная онтология: новая «теория всего»*. М.: Ад Маргинем Пресс, 2024.

⁴⁴ См. о природе «присутствия» в международном праве, например: Лихачев М. А. *Субъект в международном праве: генеалогия отсутствия* // Российский юридический журнал. 2023. № 6. С. 7–35, особенно с. 19–23.

⁴⁵ «Терракватические теории и международное морское право» — Heathcote G. *Terraqueous Feminisms and the International Law of the Sea // International Law and Posthuman Theory...* P. 203–221.

⁴⁶ «Становление совместности — экологическое сопротивление, неприятие, репарация» — Petersmann M. *Becoming Common — Ecological Resistance, Refusal, Reparation // Ibid.* P. 222–243.

⁴⁷ В главе IX речь идет о мятежном озере (*insurgent lake*), появившемся случайно в результате подготовки под фундамент торгового комплекса площадки прекратившего работу промышленного завода (течь подводных вод) и ставшем символом борьбы местных активистов за вновь возникший природный парк (с. 224–228).

⁴⁸ Хотя само понятие агентности, связанной с осознанием и формулированием своего интереса «субъектом» и его волевым осуществлением, скомпрометировано скрытыми рационалистическими и просвещенческими (гуманистскими) коннотациями.

⁴⁹ *International Law and Posthuman Theory...* P. XVIII.

⁵⁰ Э. Джоунз и М. Арвидсон апеллируют к статье 38 Статута Международного Суда, где договор закрепляет уже достигнутую договоренность, общие принципы права обращены к национальным или международным правилам, уже сформировавшимся в правопорядке, а обычай и вовсе позволяет применить лишь нормы, состоявшиеся в прошлом (чаще всего далеко) (с. 4).

В. Хамжич (глава VII) предлагает «сомневающуюся/колеблющуюся историю» (*history hesitant*), порывающую с модернистской темпоральностью и исторической причинностью. Автор конструирует «субъектного» *homo narrans* по образу сказителей племен Сенегамбии, называемых «*jeliw*», овладевших искусством ритуализированной наррации — *kilisi*:

...наделенный даром познания (*ḥa*) сказитель *jeliw* «не просто историк социального, но также и прямой — пусть и мистический — канал связи с прошлым... его устные истории социально сконструированы и представлены как история сегодня и история завтра. При этом тело такого рассказчика-историка опосредует любые возможные темпоральные и мистические границы между ними⁵¹.

Такая *hesitant history* не о прожитом и проживаемом, но порой даже о невероятном (*unbelievable*), и дает пространство и иную темпоральность для осмысления «связей, которые могли бы быть, если бы не были утрачены, а потому все еще не восстановились»⁵². В. Хамжич приглашает читателя присоединиться к непростому занятию по «переосмыслению темпоральности», чтобы «рассказать [*recount*] по-новому (пористо, фрагментарно), — а не восстановить доподлинно — во всей полноте [*recover*] “мятежные истории” [*insurrectionary times*]»⁵³.

Да и сама субъектность здесь выведена за рамки привычной темпоральности. Она недискретна и перформативна: разворачивание идентичности в праве представлено как продолжающийся, непрерывный, без определенного начала и без конечного пункта флюидный процесс становления реляционных связей (так называемая экософия идентичностей / самостей)⁵⁴. Так, в предисловии к книге Р. Брайдотти, учение которой, наряду с трудами Д. Харауэй, как неоднократно указывают авторы явилось источником идейного вдохновения и платформой внедрения постгуманистских идей в международно-правовой дискурс⁵⁵, отмечает:

...мир определен сосуществованием разнообразных органических видов, технологических артефактов и сетей в их попутном взаимодействии... экософически связанных [*eco-sophically connected*]. Для меня принятие такого [состояния] значит признание континуума жизни [*living continuum*], проявляющегося в мире-в-становлении [*becoming-world*] в рамках постгуманистской теории⁵⁶.

По мнению философа, все авторы книги единомысленны в том, что нам необходима «расширенная, распределенная [*distributed*] и трансверсальная [*transversal*] теория субъекта», отражающая «реляционный потенциал и этические требования»⁵⁷. Представленный в книге тематический вокабуляр, касающийся проблем субъектности, включает термины, отражающие динамику, особую темпоральность, реляционность (созависимость) и незавершаемость (флюидность) процесса — становление (*becoming-with*) (с. 75, 264), ризома (*rhizoma*) (с. 20, 32, 194), интрадействие (*intra-action*) (с. 87–90), бытование-в-мире (*being-in-the-world*) (с. 181, 190–192)⁵⁸.

Обозначаемая семиотически в терминах через окончание *-ing*⁵⁹ субъектность перформативна, что исключает предзаданность форматов международно-правового присутствия ее носителя. Ее/его

⁵¹ Hamzić V. *Op.cit.* P. 191.

⁵² Ibid. P. 192–193.

⁵³ Ibid. P. 195.

⁵⁴ Про самость (*selfness*) как основание субъектности и идентичности см., например: Кон Э. *Как мыслят леса: к антропологии по ту сторону человека*. М.: Ад Маргинем Пресс, 2018. С. 79, 133, 141, 320.

⁵⁵ Речь, в первую очередь, о фундаментальных работах двух исследовательниц — Braidotti R. *The Posthuman*. Polity, 2013 и Haraway D. *Simians, Cyborgs, and Women: The Reinvention of Nature*. New York: Routledge, 1991.

⁵⁶ *International Law and Posthuman Theory*... P. XV–XVI.

⁵⁷ Ibid. P. XVI. Пример применения трансверсальной субъектности, предполагающей не только верховенство прав и интересов ее носителя, но и их интегральный для системы характер см. в постановлении Конституционного Суда Эквадора 2008 года, толкующего положения национальной конституции в части правового статуса природы — Пачамамы. Суд отметил, что «природа как живое существо рассматривается как... субъект, независимый и обладающий конкретными или собственными правами»; причем «все действия государства, а также отдельных лиц должны осуществляться в соответствии с правами природы и в соответствии с ними» (Constitutional Court of Ecuador, Republic of Ecuador. 0507-12-EP, C. Judgment of 20 May 2015. No. 166-15-SEP-CC. URL: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec:8494/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=166-15-SEP-CC> (дата обращения: 22.07.2024)).

⁵⁸ Напомню читателю особенность постгуманистских учений: формирование собственного языка и непримиримый отказ от применения модернистского словаря для объяснения мира.

⁵⁹ Речь об уже упомянутых и иных терминах, характеризующих международно-правовое присутствие существа/сущности: *becoming-with*, *being-in-the-world*, *becoming-world*, *earthling*, *worldling*.

идентичность разворачивается непредсказуемо-произвольным образом, когда каждый акт проявления себя одновременно конструирует и репрезентует такую идентичность⁶⁰.

Пространство. Флюидным, неочерченным, недискретным и перформативным оказывается и пространство. Делокация мышления имеет решающее значение для выявления скрытых в понятиях и конструкциях контекстов: изобличение последних необходимо для разрушения заложенных в их основание иерархических коннотаций пространственного измерения. Так, постколониальный эксперимент К. Роулэнда (глава III) стал возможным благодаря обесценению земельного участка путем его намеренного выведения из эксплуатации и запустения.

Проблема пространства занимает центральное место в главе VIII, посвященной *терракватической* теории (*terraqueous*, земноводный). Мишенью критики автора главы Дж. Хэткоут стал *территориализм* в международном праве (*territorialism*), приоритизирующий сушу над морем в формулировании правовых режимов пространств и отводящий воде положение «пустого пространства» (*empty space*), производного от земли — материального базиса государственного суверенитета, — и подчиненного ей (с. 207). Для преодоления таких репрессивных (*oppressive*) контекстов исследовательница обращается к альтернативным картам островных племен Океании, отмеряющих пространство от воды (а не от суши) и рассматривающих море как бы изнутри, а сушу — извне (с. 208–209)⁶¹. Такое терракватическое понимание пространства, полагающееся на субъектность океана, имеет и практические последствия:

...управление [*governance*] океаном не управленческая [*managerial*] или техническая проблема, разрешаемая путем обретения большего или лучшего знания или через расширение существующих правовых режимов... необходимо де- и антицентрализовать наши правительственные системы и наши способы регулирования... признание флюидности суши и моря требует пересмотра существующих институтов, временных форматов и категорий, через которые мы выстраиваем отношения с океаном и которые проясняют нашу ответственность в отношении этих пространств и того и тех, кто находится и живет внутри них⁶².

Технологии. Наряду с капиталистическим укладом и экологической деградацией технологическое развитие заявляется в числе основных вызовов традиционному пониманию «человека» (с. 3). Вдохновленные «человеком-киборгом» Д. Харауэй авторы книги испытывают пределы «человеческого» как конститутивного качества традиционной субъектности⁶³. Наряду с «человеческим» (*human*), соответствующим просвещенческому идеалу, есть более-чем-человеческое (*more-than-human*), требующее особой заботы со стороны (скорее, от) человека (например, океан, упомянутый в главе VIII). Есть и те, кто не просто выведен за рамки «человеческого», но кому отведен низший статус (*less-than-human*) (с. 33).

В свою очередь трансгуманизм подрывает представления о границах телесного, прежде однозначно материализовавшего человека. Современные технологии, применяемые в области вооруженных конфликтов, не просто размывают такие границы, а порой решительно их стирают. Международное гуманитарное право не дает единственного ответа на вопрос о субъектности комбатанта в случае применения дронов, а конструкция «человека в петле» (*human in the loop*) сливает физическое тело и технологическую сущность по меньшей мере в гуманитарно-правовом измерении. Чтобы продемонстрировать это, М. Арвидсон использует фото вооруженного военного в камуфляже, все органические части тела которого скрыты в тени (с. 50–52). Похожим образом рассматривает «субъектность» технологий и их слиянность с человеком и его историей Дж. Хэткоут, обращающая внимание на современное использование акватических роботов в открытом море в

⁶⁰ Это свойство, сформулированное в семиотике применительно к речевому акту, предполагает, что «высказывания — это динамичные процессы, смысл которых активно создается и реинтерпретируется в процессе речи, практики и ритуалов» (Fabian J. *Anthropology with an Attitude: Critical Essays*. Stanford, 2001. P. 24; Haraway D. *Op.cit.* P. 190–197; Юрчак А. *Это было навсегда, пока не кончилось. Последнее советское поколение*. М.: Новое литературное обозрение, 2022. С. 62–67). «Перформативное выражения некоего я — не единичный акт или событие, а именно ритуализированное воспроизводство, повторение, идущее внутри ограничивающих [«я»] рамок и одновременно посредством этих рамок, под давлением запрещающей и табуирующей силы и одновременно посредством этой силы... которая навязывает субъекту определенную форму, но которая при этом... не способна навязать субъекту эту форму до конца» (Butler J. *Bodies That Matter: On the Discursive Limits of Sex*. New York: Routledge, 1993. P. 63).

⁶¹ В такой замене «маркированного» (воды) и «немаркированного» (океана), по Ж. Деррида, и состоит прием деконструкции — см.: Фостер Х., Краусс Р., Бут И.-А., Бухло Б. Х. Д., Джослит Д. *Указ.соч.* С. 47.

⁶² Heathcote G. *Op.cit.* P. 211. В приведенной цитате автор ссылается на работу о голубых (по цвету воды) правовых режимах — Braverman I., Johnson E. R. *Blue Legalities: The Life and Laws of the Sea*. Durham: Duke University Press, 2019.

⁶³ Haraway D. *Op.cit.*

исследовательских и военных целях, а также на устройство кораблей в разные эпохи, несущее печать прежних колониальных практик (с. 211–217).

12 глав книги о постгуманизме — это 12 самостоятельных историй становления новых «субъектов» в международном праве, осмысление присутствия которых невозможно в традиционной системе координат научного позитивизма. Авторы книги предприняли авантюрную попытку сколько-нибудь внятного объяснения разворачивающейся на глазах витальности живого и материального через постгуманистские приемы.

Глава I — о новой методологии в международном праве: как постгуманизм работает на гносеологическом уровне. Глава II обращает читателя к плоским онтологиям, где материя и события действуют субъектно наряду с человеком, а иногда и вместо него: по крайней мере очевидно, что довольствоваться низким статусом принадлежности они не должны. Глава III показывает, как много о колониальных основаниях права нам может сказать концептуальное искусство, претендующее на терапевтическую роль в деформированном классическими иерархиями обществе. Глава IV критикует режим всеобщего наследия человечества, инструментализирующий живую природу; предложенный выход — попытаться поставить ее на одну планку с человечеством, переучредив с ней отношения на началах родства (*kinship*).

Глава V объясняет, почему памятники не безобидные безмолвные изваяния, а субъекты, формирующие современную жизнь. Глава VI вскрывает неравенство формально равных суверенных государств на примере международных налоговых режимов. Глава VII пытается найти решение историцистским дисбалансам, формирующим международное право и им же укореняемых, в космологиях и ритуальных практиках аборигенов.

Глава VIII переустраивает международно-правовую географию, меняя местами привилегированную сушу и подчиненное море. Глава IX рассказывает историю удивительного озера в Риме, ставшего участником городской жизни. Глава X оценивает с позиций субъектности конфликт интересов государства, борющегося с наркоторговлей, с одной стороны, и сопротивляющихся природы и коренных народов, практикующих соответствующие ритуалы — с другой. Глава XI — о буколическом жанре и о том, как фетишизация животноводства усугубляет экологическую деградацию. Глава XII включает проект оценкой перспектив основанной на защите прав человека риторики в деле противодействия изменению климата.

Постгуманистская теория, несколько вариантов которой предложены в прочитанной книге, не претендует на то, чтобы дать ответы на ключевые вопросы: каковы пределы влияния технологического «прогресса» на человека и человечность, какие альтернативы капиталистическому потреблению исправят социально-экономические недуги и на каких началах нам нужно переустраивать свои отношения с природой. Зато эта теория, дополнив обозначенные вызовы, позволяет уточнить старые вопросы и поставить новые. Сомнения и рефлексия полезны для самонадеянно уверенного в своей правоте общества, как либерального, так и авторитарного. И еще: постгуманизм в очередной раз напоминает человечеству, пережившему как минимум две глобальные катастрофы в первой половине XX века, что модернистские конструкции с укорененной в них мистификацией суверенного государства и формализованного правопорядка далеки от совершенства и едва ли отражают зримое и осязаемое каждым, кто способен к критике. Книга пытается «пере-рассказать в критическом ключе истории о сопричастности международного права к миро-разрушающим и миро-творческим проектам... борясь с искушением предаваться иллюзорным ожиданиям, что международное право выступит той самой спасительной силой»⁶⁴.

⁶⁴ Jones E., Arvidsson M. *Op.cit.* P. 17.

**INTERNATIONAL LAW BEYOND THE HUMANISM OF RENAISSANCE (THE REVIEW
OF «INTERNATIONAL LAW AND POSTHUMAN THEORY»
EDITED BY M. ARVIDSSON, E. JONES)**

LIKHACHEV M.

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.

Citation: Likhachev M. Mezhdunarodnoe pravo za predelami renessansnogo gumanizma (retsenziya na kolektivnuyu monografiyu «Mezhdunarodnoe pravo i postgumanisticheskaya teoriya» pod red. M. Arvidsson, É. Dzhounz) [International Law beyond the Humanism of Renaissance (the Review of «International Law and Posthuman Theory» edited by M. Arvidsson, E. Jones)] // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2024. Vol. 2. No. 3. P. 64–75. (In Russian).

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.23991>
