

ЭВОЛЮЦИЯ И ПУТИ РАЗВИТИЯ СОВРЕМЕННОГО МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВОСУДИЯ

Аннотация. Идущий уже более 25 лет процесс распространения международных судов привел к появлению весьма обширных эмпирических данных, которые позволяют не только оценить корректность тех или иных теорий и концепций, пытающихся объяснить это явление, но и подвести некоторые итоги деятельности международных судов, выявить их общую специфику, а также обосновать появление некоторых новых тенденций в международном правосудии. Автор исходит из того, что хаотичный характер процесса появления международных судов является следствием объективных реалий современного международного права, вызванных отсутствием единого мирового законодателя и наличием вместо него суверенных государств со своими динамично меняющимися приоритетами и интересами. Сегодня представляются более чем утопичными любые предложения выстроить централизованную систему международных судов, аналогичную национальной судебной системе, либо хотя бы некое подобие судебной иерархии среди международных судов во главе с Международным Судом ООН. На практике конкретный международный суд создается только тогда, когда для создающих его государств баланс тех выгод и преимуществ, которые они получают от его создания, перевешивает (как им кажется) те минусы и ограничения, которые появляются после создания этого суда. При этом процесс создания судов не поддается формализации, и в каждом конкретном случае государства действуют путем проб и ошибок, используя для контроля судов уже апробированный на практике набор мер. Среди государств меняется отношение к конкуренции юрисдикций международных судов и приходит понимание, что эту конкуренцию нужно поощрять. Конкуренция международных судов является частью механизма сдержек и противовесов, который стихийно складывается сейчас на международном уровне. В этой конкуренции каждый суд действует сам за себя, а ожидаемое многими глобальное сообщество судей так и не появилось. Концептуально и фактически неверно называть цитирование одними судами решений других судов диалогом, так как на самом деле в абсолютном большинстве случаев это одностороннее цитирование региональными, малоизвестными или только что созданными судами решений наиболее известных и авторитетных судов, и не в целях обмена мнениями, а преимущественно для усиления легитимности своих решений в глазах их адресатов.

Ключевые слова: международные суды, распространение (пролиферация), обязательная юрисдикция, сообщество судов, делегирование функций, агентское соглашение, взаимное цитирование, апелляционная инстанция.

DOI: 10.17803/1729-5920.2017.131.10.058-087

© Исполинов А. С., 2017

* Исполинов Алексей Станиславович, заведующий кафедрой международного права юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук, доцент
ispolinov@inbox.ru
119991, Россия, ГСП-1, г. Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 13 (4-й учебный корпус)

Активное создание государствами самых разнообразных международных судов начиная с 1990-х гг., причины и итоги этого процесса активно освещаются не только в зарубежной¹, но и в отечественной литературе². Интерес российских исследователей к вопросам международного правосудия заметно вырос на фоне активного взаимодействия России с Европейским судом по правам человека (далее — ЕСПЧ), Органом по разрешению споров ВТО (далее — ОРС ВТО), а также в связи с созданием при непосредственном участии Российской Федерации Суда Евразийского экономического сообщества (2012—2015 гг.), а затем и Суда Евразийского экономического союза (далее — Суд ЕАЭС).

Несмотря на некую терминологическую неопределенность в научной литературе, когда ряд авторов использует термины «суды» и «трибуналы» как взаимозаменяемые³, другие авторы говорят о международных судебных

учреждениях⁴ или об органах международного правосудия⁵, в настоящей статье будет рассматриваться эволюция именно международных судов, которые для этого будут выделены в отдельную группу, отличную от арбитражей и многочисленных квазисудебных учреждений, таких как, например, Комитеты по правам человека, созданные в рамках Пактов по правам человека 1966 г.

В академическом сообществе уже сложился определенный консенсус в отношении классифицирующих признаков, общих для международных судов, позволяющих выделить их в особую группу:

- а) это постоянно действующие судебные органы, созданные до появления рассматриваемого ими спора;
- б) они созданы на основании международных договоров или иных международно-правовых документов⁶;

¹ Среди наиболее примечательных работ зарубежных авторов можно отметить: *Romano C. P. R. The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle // New York University Journal of International Law. 1999. Vol. 31. № 4. P. 709—751*; *Alter K. J. The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights. Princeton University Press, 2014. 480 p.*; *Romano C., Alter K., Shany Y. (eds.). The Oxford University Press Handbook of International Adjudication. Oxford University Press, 2014. 1072 p.*; *Martinez J. Towards an International Judicial System // Stanford Law Review. 2003. Vol. 56. № 2. P. 429—529*; *Helfer L., Slaughter A.-M. Why States Create International Tribunals: A Response to Professors Posner and Yoo // California Law Review. 2005. Vol. 93. P. 1—58*; *Mackenzie R., Sands P. International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge // Harvard International Law Journal. 2003. Vol. 44. № 1. P. 271—285*; *Ginsburg T., McAdams R. H. Adjudicating in Anarchy: An Expressive Theory of International Dispute Resolution. William and Mary Law Review. 2004. Vol. 45. № 4. P. 1229—1339*; *Buergenthal T. Proliferation of International Courts and Tribunals: Is It Good or Bad? // Leiden Journal of International Law. 2001. Vol. 14. P. 267—275*; *Kingsbury B. Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Problem? // New York University Journal of International Law and Politics. 1999. Vol. 31. P. 679—696*; *Abi-Saab G. Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks // New York University Journal of International Law and Politics. 1999. Vol. 31. № 4. P. 919—933*; *Charney J. The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals // New York Journal of International Law and Politics. 1999. Vol. 31. P. 697—708.*

² Среди работ отечественных авторов в первую очередь нужно упомянуть: *Толстых В. Л. Международные суды и их практика. М. : Международные отношения, 2015. 504 с.*; *Шинкаревич Г. Г. Тенденции развития судебных средств мирного разрешения международных споров. М. : Nota Bene, 2009. 250 с.*; *Смбатян А. С. Решения органов международного правосудия в системе международного публичного права. М. : Статут, 2012. 270 с.*

³ Так, например, в одной из самых первых и самых известных работ на тему международного правосудия Л. Хелфер и А.-М. Слотер постоянно используют термин «трибунал (tribunal)», анализируя деятельность Суда ЕС и ЕСПЧ (см.: *Helfer L., Slaughter A.-M. Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication // The Yale Law Journal. 1997. Vol. 107. P. 273—391*).

⁴ *Энтин М. Л. Международные судебные учреждения. Роль международных арбитражных и судебных органов в разрешении межгосударственных споров. М. : Международные отношения, 1984. 176 с.*

⁵ *Смбатян А. С. Указ. соч.*

⁶ Так, Ч. Романо справедливо отмечает, что Суд первой инстанции ЕС (сейчас Суд общей юрисдикции) был создан решением Совета министров ЕС (Council Decision of 24 October 1988 establishing a Court of First Instance of the European Communities OJ L 319, 25.11.1988. P. 1—8). В свою очередь, международные уго-

- в) действуют на основании утвержденных заранее правил процедуры;
- г) дела в них разрешаются специально назначенными на длительный срок независимыми и профессиональными судьями;
- д) эти суды применяют при рассмотрении дел нормы международного права (права своего межгосударственного объединения), а не нормы национального права;
- е) их решения обязательны для сторон спора, как минимум одной из которых должно быть государство или международная организация⁷.

Следуя призыву и примеру Ч. Романо гибко использовать эти критерии⁸, помимо Международного Суда ООН (далее — МС ООН), ЕСПЧ, Межамериканского суда по правам человека (далее — МАСПЧ), Африканского суда по правам человека и народов, Международного уголовного суда (далее — МУС), Международного трибунала по морскому праву, Суда ЕС и других судов региональной интеграции, в том числе и Суда ЕАЭС, в эту группу с некоторыми оговорками можно включить ОРС ВТО, а также Международные трибуналы по Югославии и Руанде, в пользу которых говорит сам факт их длительного (более 20 лет) существования.

Именно эти качества международных судов делают их привлекательными для государств и в то же время несут в себе значительные для них риски, что вызывает заметную непредсказуемость общей динамики развития международных судов. В рамках данной статьи будут обобщены и рассмотрены итоги развития международных судов за последнюю четверть века, благо для этого имеется весьма богатый эмпирический материал, а также выявлены некоторые тенденции развития, общие для международных судов. С учетом того, что деятельность любого международного суда по-своему уникальна, любое обобщение практики международных судов будет основано на некоем

упрощении и на основе критериев, выбранных автором, и потому субъективных и уязвимых для критики. Тем не менее есть веское основание предположить, что наличие общих признаков само по себе уже предполагает некие проверяемые эмпирически общие закономерности и причинно-следственные связи развития международных судов.

1. РАСПРОСТРАНЕНИЕ (ПРОЛИФЕРАЦИЯ) МЕЖДУНАРОДНЫХ СУДОВ

Стало общепризнанным фактом стремительное распространение международных судов начиная с начала 1990-х гг. (ряд отечественных авторов использует не совсем благозвучный англоязычный термин «пролиферация» (от англ. proliferation⁹). Если до 1990 г. в мире существовало только 6 постоянных судов (МС ООН, ЕСПЧ, МАСПЧ, Суд Бенилюкса, Трибунал Андского сообщества и Суд ЕС), то к 2016 г. их число уже перевалило за 30. Этот рост произошел за счет появления судов «новой волны», которые предусматривали обязательную юрисдикцию (т.е. согласие государства на рассмотрение конкретного спора больше не требовалось) и прямой доступ частных лиц к этим судам. В области международных экономических отношений появились ОРС ВТО, а также многочисленные суды региональных интеграционных объединений, созданных по модели Суда ЕС. Суды новой формации потеснили суды классические как результатами своей активности, так и с точки зрения авторитета. Так, МС ООН в силу своей ограниченной юрисдикции (рассмотрение споров только между государствами и только при наличии их согласия) оказался не в состоянии конкурировать с новыми судами. На сегодня тройка самых активных международных судов (если судить по количеству вынесенных реше-

ловные трибуналы по бывшей Югославии и по Уганде были созданы на основании резолюций Совета Безопасности ООН (S.C. Res. 827 U.N. Doc. S/RES/827 (May 25, 1993) и S.C. Res. 955, U.N. Doc. S/RES/955 (Nov 8, 1994) соответственно). См.: *Romano C. The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle* // *New York University Journal of International Law*. 1999. Vol. 31. № 4. P. 714.

⁷ *Alter K. J. The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights*. Princeton University Press, 2014. P. 718.

⁸ *Romano C. The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle* // *New York University Journal of International Law*. 1999. Vol. 31. № 4. P. 718.

⁹ *Толстых В. Л. Некоторые аспекты пролиферации международных судов* // *Российское правосудие*. 2010. № 9. С. 34—42.

ний) выглядит следующим образом (в порядке убывания): Суд ЕС, далее ЕСПЧ и Трибунал Андского сообщества. При этом суды отнюдь не стесняются выносить решения против государств — в 90 % всех решений ОРС ВТО была установлена ответственность государств за как минимум одно нарушение соглашений ВТО, Суд ЕС вынес решения против государств в 80 % дел, инициированных против них, а у ЕСПЧ этот показатель равен 84 %¹⁰. Не менее интересная деталь этого процесса заключается в том, что большинство решений международных судов исполняются государствами, несмотря на то, что в международном праве не существует аппарата принуждения, аналогичного национальному, для того чтобы заставить государства исполнить решения этих судов.

Это неизбежно порождает вопросы, которые все чаще и чаще задают себе исследователи проблем международного правосудия. Почему все же государства решили пойти на такое очевидное самоограничение своего суверенитета, хотя еще некоторое время назад этому противились? В чем состояла привлекательность одних судов, которая привела к тому, что эти суды (в первую очередь ЕСПЧ и Суд ЕС) стали использоваться как модели при создании других судов? Почему даже после вынесенных против них решений государства продолжают не только оставаться в юрисдикции уже существующих судов, но и создавать новые суды? Наконец, в чем секрет успешности одних судов и маргинальности других?

Для ответа на эти вопросы необходимо проследить эволюцию, которую проделало международное правосудие за последние 100 лет. До Первой мировой войны для разрешения споров государства использовали создаваемые для разрешения конкретного спора *ad hoc* арбитражи, тем не менее прибегая к ним настолько редко, что такое обращение к арбитражу для разрешения спора можно было считать скорее исключением, нежели правилом. Им на смену пришли первые постоянно действующие международные суды. Исторически первым

таким судом стал Центральноамериканский суд (Central American Court of Justice), созданный в 1907 г. группой из пяти стран и действовавший до 1918 г.¹¹. Однако гораздо большую известность получила Постоянная палата международного правосудия, созданная при Лиге Наций (1922—1946), которая стала первым международным судом с универсальной юрисдикцией. Правда, предложение наделить Палату обязательной юрисдикцией было отвергнуто на стадии подготовки Статута Палаты. Затем в 1945 г. по модели Палаты был создан МС ООН, юрисдикция которого рассматривать межгосударственные споры также целиком зависела от согласия обеих сторон спора. Как и в случае с Палатой, государства (в первую очередь США и СССР) не приняли идею об обязательной юрисдикции создаваемого суда, ограничившись формулировкой, что вопрос об обязательной юрисдикции суда может решаться каждым государством в отдельности.

И наконец, в 1990-х гг. наступил черед судов с обязательной юрисдикцией, причем документы о создании ряда таких судов (в первую очередь региональных судов экономической интеграции) в той или иной форме предоставляли частным лицам доступ в суд. Для международного права такой переход от арбитражей *ad hoc* к постоянно действующим судам, от факультативной юрисдикции к обязательной, от тотального отсутствия у частных лиц каких-либо прав до предоставления им в ряде случаев и при некоторых условиях доступа в международные суды означал фундаментальный сдвиг в парадигме разрешения международных споров, еще до конца не объясненный доктриной. Как отмечает Ч. Романо, с учетом того, что согласие на передачу спора в суд или арбитраж всегда воспринималось одновременно как выражение и как уступка суверенитета, настоящая революция состоит не в росте числа международных судов и трибуналов, а в том, что подавляющее большинство этих судов имеют обязательную юрисдикцию и производство по делу зачастую инициируется только одной стороной спора¹².

¹⁰ Carrubba C. J., Gabel M. J. Courts, Compliance, and the Quest for Legitimacy in International Law // Theoretical Inquiries in Law. 2013. Vol. 14. No 2. P. 506.

¹¹ Об истории создания этого суда и значении этого события для того времени см.: Editorial Comment. The First Case Before the Central American Court of Justice // The American Journal of International Law. 1908. Vol. 2. No 4. P. 835—841.

¹² Romano C. From the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent // New York University Journal of International Law and Politics. 2007. Vol 39. P. 794.

Такую смену парадигмы можно объяснить следующим образом: государства увидели и осознали, что постоянно действующие международные суды с обязательной юрисдикцией имеют свои преимущества перед арбитражами *ad hoc* и такими судами, как Постоянная палата международного правосудия (ППМП) и МС ООН, и могут оказаться очень полезными для государств. Таким судам можно делегировать не только традиционную функцию по разрешению споров, где сам постоянный характер деятельности суда с избранными на длительный срок судьями обеспечивал целостность и предсказуемость практики рассмотрения споров, создавая столь необходимую правовую определенность. Влиятельная на сегодня концепция, пришедшая в международное право из теории международных отношений, исходит из того, что государства, создавая суды, выступают в качестве доверителей (*principals*), делегируя судам (агентам) некоторые функции, которые эффективнее реализуются именно судами, а не группой государств¹³. Помимо функции разрешения споров государства делегируют судам право контроля за исполнением государствами своих обязательств по договору (установление фактов нарушения), право контроля актов и решений институтов международных организаций, а также в определенной степени право нормотворчества для устранения пробелов и прояснения нечетко сформулированных положений в международных договорах.

2. НОВЫЕ ФУНКЦИИ МЕЖДУНАРОДНЫХ СУДОВ

Опыт ЕСПЧ, Суда ЕС и ВТО показывает, что международные договоры, которые предусматривают создание судебных органов для

целей толкования и применения договора, например соглашения ВТО, договоры региональных интеграционных объединений находятся в заведомо выигрышном положении именно в силу наличия постоянно действующего суда с обязательной юрисдикцией, которым государства делегировали ряд новых функций.

Во-первых, международные суды могут своими решениями заполнять пробелы и устранять неясности, а также подправлять неудачные положения международного договора. Ни один нормативный акт в любой национальной системе права не может предусмотреть все многообразие жизненных ситуаций, которые могут подпадать под его действие. В случае с международными договорами ситуация еще больше усложняется из-за отсутствия единого законодателя, на месте которого мы имеем все многообразное сообщество государств с их различными интересами, в том числе сиюминутными. Это приводит к тому, что зачастую желание представителей государств достичь компромисса в отношении формулировок какой-либо статьи договора достигается за счет четкости текста, который становится сознательно двусмысленным, чтобы примирить мнения всех сторон. Сами же международные договоры все чаще рассматриваются в качестве намеренно незавершенных соглашений (*Deliberately Incomplete Contracts*)¹⁴, когда дипломаты и эксперты договаривающихся государств сознательно используют расплывчатые формулировки, чтобы прийти к компромиссу. Для описания действий государств в ситуации, когда в сжатые сроки необходимо согласовать текст договора и при этом представить результат своим парламентам и избирателям как победу, в современном международном праве используется весьма красноречивый

¹³ *Alter K.* Agents or Trustees? International Courts in Their Political Context // *European Journal of International Relations*. 2008. Vol. 14. No 1. P. 33—63 ; *Alter K. J.* Delegating to International Courts: Self-Binding vs. Other-Binding Delegation // *Law and Contemporary Problems*. 2008. Vol. 71. No 1. P. 37—76.

¹⁴ *Ben-Shahar O.* Agreeing to Disagree : Filling Gaps in Deliberately Incomplete Contracts // *Wisconsin Law Review*. 2004. No 2. P. 389—428.

¹⁵ Об использовании этого термина применительно к различным международным соглашениям см.: *Bell Ch., Cavanaugh K.* Constructive Ambiguity» or Internal Self-Determination? Self-Determination, Group Accommodation, and the Belfast Agreement // *Fordham International Law Journal*. 1998. Vol. 22. No 4. P. 1345—1371. О соглашениях ВТО как о незавершенных контрактах в результате конструктивной двусмысленности см.: *Shany Y.* Assessing the effectiveness of international courts. Oxford, OUP, 2014. P. 195 ; *Trachman J.* The Domain of WTO Dispute Resolution // *Harvard International Law Journal*. 1999. Vol. 40. No 2. P. 346—350.

термин «конструктивная двусмысленность» (*constructive ambiguity*¹⁵). Кроме того, с помощью международных судов государства могут модернизировать нормы договора, даже если для этого потребуются отойти от первоначального текста договора. Как показывает практика многих международных судов, такая ситуация вполне устраивает государства, которые понимают все издержки, связанные с внесением официальных поправок в договор (особенно в случае договоров с большим количеством участвующих стран, например, Устав ООН) и предпочитают передоверить миссию по модификации договора созданным ими судам. В этом случае грань между толкованием нормы международного права и ее изменением оказывается чрезвычайно зыбкой. Колоритным примером в этом отношении является Европейская конвенция о защите прав и основных свобод человека. Она была принята в 1950 г., т.е. более 65 лет назад, и понятно, что за это время условия жизни современного общества, да и само общество коренным образом изменились. Пытаться применять или толковать положения конвенции исходя из намерений государств на момент ее принятия или жестко следуя тексту, принятому в далеком 1950 г., было бы как минимум контрпродуктивно. При этом процесс внесения поправок в Европейскую конвенцию очень затруднителен и требует ратификации всеми 47 государствами — членами Совета Европы. Сейчас уже можно сказать, что Европейскую конвенцию от устаревания спас именно ЕСПЧ. Взятая им на вооружение доктрина толкования конвенции как живого инструмента позволила сохранить за Конвенцией статус одного из наиболее эффективных соглашений в сфере защиты прав человека.

Во-вторых, в качестве примера можно привести ВТО, где благодаря решениям ОРС ВТО и их де-факто прецедентному характеру происходит изменение существующих или появление новых норм, которые начинают применяться не только к сторонам спора, но и к поведению всех государств — членов ВТО. Более того, поведение основных пользователей этой системы — ЕС и США — позволяет пред-

положить, что они молчаливо исходят именно из де-факто прецедентной силы решений ОРС ВТО, инициируя иной раз малозначительные иски, но поднимающих важные для этих игроков вопросы¹⁶. Сочетание де-факто прецедента и егра *omnes* эффекта решений ОРС ВТО приводит к тому, что на практике немалая часть нормотворческой повестки ВТО реализуется не через предусмотренные Соглашением ВТО процедуры, а через подачу в ОРС ВТО новых исков и последующих решений Апелляционного органа (процесс, получивший название «судебной либерализации международной торговли»¹⁷). Особую актуальность этому процессу придает продолжающаяся стагнация Дохийского раунда переговоров о дальнейшей либерализации международной торговли.

Во-третьих, государства поняли, что с помощью судов они могут гораздо лучше контролировать адекватность и полноту исполнения другими государствами обязательств по международным договорам. Особенно это касается соглашений с большим количеством участников, так как в двусторонних договорах осуществлять такой контроль гораздо проще. Привлечение независимой и беспристрастной третьей стороны (в данном случае суда), которая сможет оценить все фактические обстоятельства и вопросы права, и чье решение будет обязательным, смотрится гораздо более эффективным решением, чем разногласия двух государств между собой в отношении фактов и степени нарушения договорных обязательств. В первую очередь это касалось таких чувствительных для любого государства вопросов, как обязательства по многосторонним торговым соглашениям (в случае с ВТО) и договорам о защите прав человека (в случае с ЕСПЧ и другими судами по правам человека). По этой же причине постоянно действующие суды оказались удобным инструментом для контроля за обязательными решениями, принимаемыми органами международных организаций, в первую очередь в сфере региональной экономической интеграции.

Однако для успешного выполнения этих новых функций международным судам нуж-

¹⁶ Goldstein J., Steinberg R. Negotiate or Litigate? Effects of WTO Judicial Delegation on U.S. Trade Politics // *Law & Contemporary Problems*. 2008. Vol. 7. № 1. P. 257.

¹⁷ Goldstein J., Steinberg R. Regulatory Shift : The Rise of Judicial Liberalization at the WTO // *The Politics of Global Regulation* / W. Mattli, N. Woods (eds.). Princeton, 2009. P. 211—241.

на была обязательная юрисдикция по передаваемым им государствами спорам, и, как показывает практика, суды ее получают. Одновременно стало понятно, что сами государства стараются не обращаться в суд с жалобой на другое государство, имея иной раз совершенно иные приоритеты и принимая во внимание массу самых разнообразных факторов. Оказалось, что эту проблему контроля можно решить, если допустить в международные суды частных лиц, которые гораздо более активны в защите своих прав и менее склонны обращать внимание на большую политику. Именно этим можно объяснить то, что международные суды, помимо обязательной юрисдикции, начали получать полномочия по рассмотрению жалоб частных лиц на действия государств. В качестве убедительного примера можно привести трансформацию юрисдикции ЕСПЧ, который первоначально виделся и создавался именно как суд для рассмотрения межгосударственных исков о невыполнении обязательств по Европейской конвенции (причем даже на рассмотрение таких жалоб в ЕСПЧ требовалось отдельное согласие государств). Таких исков оказалось считанные единицы, что резко контрастировало с растущим числом жалоб частных лиц на государства (что также обуславливалось отдельным согласием государств). Поэтому прошедшая в 1998 г. реформа юрисдикции ЕСПЧ, в рамках которой он получил обязательную юрисдикцию, в том числе и по жалобам частных лиц, представляет собой вполне объяснимое желание государств — членов Совета Европы повысить эффективность контрольного механизма Конвенции за счет более активного вовлечения Суда и новой категории заявителей.

3. НЕКОТОРЫЕ ИТОГИ ПРОЦЕССА РАСПРОСТРАНЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ СУДОВ

Резкий рост числа, влияния и авторитета международных судов вызвал бурный прилив энтузиазма и явно завышенные ожидания у исследователей. Достаточно привести следующее утверждение одного из ведущих исследователей в области международного правосудия: «Когда будущие исследователи международного права будут смотреть на международное право и международные организации конца XX века, возможно, они будут упоминать о резкой экспансии и трансформации международной юстиции как о самой важной тенденции развития после окончания холодной войны»¹⁸. Авторитетные ученые заговорили об «угасании государства»¹⁹ (Ch. Schreuer), о том, что в современных условиях «суверенитет государств в международных отношениях является ошибкой, незаконным отпрыском»²⁰. Судья МС ООН Р. Дженнингс еще в 1992 г. утверждал, что «с учетом сложностей, возникающих в процессе кодификации международного права, возможно, что международные суды в будущем будут незаметно, но эффективно выполнять задачу по развитию международного права»²¹. Ряд авторов начал говорить о появлении некоего могущественного «глобального сообщества судов» («global community of courts») ²², куда входят международные и национальные суды, и которое является неотъемлемой частью нового международного правопорядка²³.

Не менее красноречивы и активны были скептики, среди которых оказалось сразу два председателя Международного суда ООН — С. Швебель и Г. Гийом, слова которых о распространении судов как угрозе целостности и непротиворечивости международного права

¹⁸ Romano C. The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle // New York University Journal of International Law. 1999. Vol. 31. № 4. P. 709—751.

¹⁹ Schreuer C. The Waning of the Sovereign State: Towards a New Paradigm for International Law? // European Journal of International Law. 1993. Vol. 4. № 1. P. 447—471.

²⁰ Henkin L. That «S» Word : Sovereignty, and Globalization, and Human Rights, et cetera // Fordham Law Review. 1999. Vol. 68. № 1. P. 1—14.

²¹ Jennings R. The Role of the International Court of Justice in the Development of International Environment Protection Law // Review of European Community & International Environmental Law. 1992. Vol. 1. № 3. P. 240—244.

²² Martinez J. Towards an International Judicial System // Stanford Law Review. 2003. Vol. 56. № 2. P. 429—529 ; Slaughter A.-M. A Global Community of Courts // Harvard International Law Journal. 2003. Vol. 44. № 1. P. 191—219.

²³ Slaughter A.-M. A New World Order. Princeton University Press, 2009. P. 368.

цитируются чуть ли не в каждой работе о проблемах международного правосудия²⁴. Скептики указывали на то, что процесс создания судов является крайне произвольным и нескоординированным, что в отсутствие универсальных правил подведомственности и подсудности резко увеличивает все возможные риски²⁵. Чаще всего упоминался риск конфликта юрисдикций, что может выливаться в поиск наиболее удобного суда (*forum shopping*), а также в появление противоречащих друг другу решений и опасность фрагментации международного права, когда суды будут по-разному толковать одни и те же (или аналогичные) положения международных договоров. Эти вполне понятные риски дали основание одному из авторов красочно сравнить такое состояние с «танцами на краю хаоса»²⁶.

Опираясь на уже имеющиеся обширные данные, накопившиеся за прошедшее 25 лет, можно подвести некоторые итоги эволюции международных судов, а также отметить новые тенденции.

Во-первых, главный итог состоит в том, что почти все сделанные в 1990-х — начале 2000-х гг. прогнозы не оправдались. Общая картина далека от идиллии, и ни о каком глобальном сообществе судов, равно как и об угасании роли государств и их суверенитета говорить не приходится. Однако хаоса также не наступило, суды и государства показывают видимую сдержанность и стараются не допускать очевидного злоупотребления и столкновения судебных амбиций и решений. Случаи конфликтов судов носят единичный характер. Наиболее известный из них — это смутившее многих расхождение позиции МС ООН в решении по делу *Nicaragua v. USA* 1986 г. и Апелляционной палаты Трибунала по бывшей Югославии в решении по делу «*Tadic*» 1999 г. по вопросу о присвоении ответственности за действия

антиправительственных вооруженных групп поддерживающему их государству²⁸. Трибунал не согласился с мнением МС ООН, указав, что оно не является убедительным и «не отвечает логике права международной ответственности». Международный суд ООН ответил на это в 2007 г. в своем решении по делу «*Genocide Convention (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*», указав, что он не только не согласен с выводом Трибунала, но считает, что Трибунал занялся не своим делом, решая вопрос об ответственности государств в случае, когда он не был на то уполномочен и когда это явно не было необходимо для установления вины конкретного лица²⁹.

В качестве другого примера можно привести ставший уже хрестоматийным спор, возникший в 2001 г. между Великобританией и Ирландией, которая требовала раскрытия информации об уровне и причинах радиоактивного загрязнения в районе действия завода «*MOX*» на английском побережье Ирландского моря («*MOX Plantcase*»). После отказа Великобритании предоставить запрашиваемую информацию Ирландия инициировала сразу два арбитражных разбирательства — в арбитраже *ad hoc* в рамках Конвенции 1992 г. по защите морской окружающей среды в Северо-Восточной Атлантике (Конвенция OSPAR) и в арбитраже в рамках Постоянной палаты Третейского суда (ППТС) на основании Конвенции ООН по морскому праву 1982 г. Комиссия ЕС обратилась в Суд ЕС с иском против Ирландии, усмотрев в ее действиях нарушение ст. 292 Договора о ЕС (сейчас ст. 344 Договора о функционировании Европейского Союза). Суд ЕС в своем решении установил, что только он имеет исключительную юрисдикцию по вопросам применения и толкования права ЕС, включая те нормы международного права, которые стали частью правопорядка ЕС (как на-

²⁴ Judge Stephen M. Schwebel, Address to the Plenary Session of the General Assembly of the United Nations (Nov. 6, 1999) ; *Guillame G.* The Proliferation of International Judicial Bodies: The Outlook for the International Legal Order // Speech to the Sixth Committee of the General Assembly of the United Nations (Oct. 27, 2000).

²⁵ *Han S. W. D.* Decentralized Proliferation of International Judicial Bodies // *Journal of transnational law and Policy*. 2006. Vol. 16. № 1. P. 101—122.

²⁶ *Martinez J.* Op. cit. P. 443—444.

²⁷ ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (*Nicaragua v. United States of America*), Judgment of 27 June 1986 // I. C. J. Reports. 1986. P. 62—63, para. 110.

²⁸ ICTY Appeals Chamber, *Tadic* judgment. 15 July 1999, paras. 115 and 116.

²⁹ ICJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (*Bosnia Herzegovina v Serbia and Montenegro*) ICJ judgment of 26 February 2007 // I. C. J. Reports. 2007. P. 403.

пример, Конвенция 1982 г. по морскому праву)³⁰. Арбитраж в рамках Конвенции OSPAR не усмотрел в действиях Великобритании нарушения норм Конвенции, а арбитраж в рамках ППТС прекратил производство по делу после того, как Ирландия отозвала свой иск, имея на руках решение Суда ЕС по этому делу³¹.

Во-вторых, именно рассмотрение жалоб частных лиц является на сегодняшний день основным видом деятельности подавляющего большинства международных судов, в то время как споры между государствами составляют незначительную (и постоянно уменьшающуюся) часть дел, рассматриваемых сегодня международными судами. Так, Суд ЕС за свою историю рассмотрел только три таких спора³². Однако это совершенно не означает, что ключом к успеху любого международного суда является обеспечение в той или иной форме доступа в этот суд частных лиц. Этот тезис опровергается успешным примером ОРС ВТО, который является площадкой для рассмотрения только межгосударственных споров и, пожалуй, еще долгое время такой и останется. Поэтому корректней будет звучать утверждение, что рассмотрение споров частных лиц является преобладающим направлением деятельности для тех судов, которые наделены компетенцией рассматривать такие жалобы.

В-третьих, как отмечается уже многими исследователями, активность международных судов по-прежнему остается в значительной степени европейским феноменом, так как 96 % всех решений международных судов по жалобам частных лиц было вынесено европейскими судами³³. В Азии международных судов нет вообще (если не брать в расчет так и не созданный Апелляционный орган механизма

по разрешению споров в АСЕАН), что можно объяснить лишь особенностями культуры, так как предпочтение отдается именно посредничеству и медиации, ведь в этом случае итоговое решение будет компромиссом, устраивающим обе стороны, и никто не потеряет лицо от проигрыша в суде. Более того, само обращение в суд может быть расценено как неумение договариваться³⁴. Сходная ситуация и с участием азиатских стран в универсальных механизмах по разрешению споров. Как пишет один из исследователей, азиатские страны показывают самый низкий уровень признания обязательной юрисдикции МС ООН, участия в Римском статуте, учреждающем МУС, а также в Вашингтонской конвенции 1965 г. о разрешении инвестиционных споров³⁵.

В-четвертых, новым явлением для международного права стали появление апелляционной инстанции во многих международных судах и отход от правила о финальности решений международных судов и арбитражей, несмотря на то, что это привело к удлинению сроков рассмотрения споров и увеличению сопутствующих затрат. Как пишет Н. Гал-Ор, на сегодня принцип *res judicata* в международном праве уже не является абсолютным, и решение международного суда может быть отменено, пересмотрено или признано не подлежащим исполнению³⁶. Исторически первым таким судом стал Суд ЕС, получивший право рассматривать апелляционные жалобы на решения созданного в 1988 году Суда первой инстанции ЕС. Затем апелляционное рассмотрение вынесенных решений было предусмотрено в созданных в начале 1990-х гг. Международных трибуналах по бывшей Югославии и по Руанде (в отличие от Нюрнбергского и Токийского три-

³⁰ MOX Plant ECJ Case C-459/03 [2006] ECR I-4635.

³¹ Более подробно см.: *Lavranos N.* The Epilogue in the MOX Plant Dispute: An End Without Findings // *European Energy and Environmental Law Review*. 2009. Vol. 18. № 3. P. 180—184.

³² *Petersmann E.-U.* Constitutional Theories of International Economic Adjudication and Investor-State Arbitration // *Dupuy P.-M., Francioni F., Petersmann E.-U.* Human Rights in International Investment Law and Arbitration. Oxford : Oxford University Press, 2009. P. 164.

³³ *Alter K. J.* Private Litigants and the New International Courts // *Comparative Political Studies*. 2006. Vol. 39. № 1. P. 43.

³⁴ *Koh T.* International Law and the Peaceful Resolution of Disputes: Asian Perspectives, Contributions, and Challenges // *Asian Journal of International Law*. 2011. Vol. 1. № 1. P. 58.

³⁵ *Chesterman S.* Asia's Ambivalence about International Law & Institutions: Past, Present, and Futures // *The European Journal of International Law*. 2016. Vol. 27. № 4. P. 946.

³⁶ *Gal-Or N.* The Concept of Appeal in International Dispute Settlement // *The European Journal of International Law*. 2008. Vol. 19. № 1. P. 52.

буналов, где такого не было)³⁷. Римский статут также предусматривал создание в составе МУС Апелляционной палаты. Затем апелляционная инстанция появилась в 1995 году в ВТО, где был создан Апелляционный орган. В 1998 году после вступления в силу Протокола № 11 возможность апелляционного обжалования решений палат в Большую палату ЕСПЧ появилась в Европейской конвенции о правах человека. В механизм разрешения споров в рамках МЕРКОСУР также были внесены изменения за счет появления в 2004 году постоянно действующего апелляционного органа Постоянного ревизионного трибунала (Permanent Review Tribunal), созданного по подобию Апелляционного органа ВТО. Апелляционные палаты были созданы в Суде Восточноафриканского сообщества (EAC) и в суде COMESA — Общего рынка для Восточной и Южной Африки. Предложения о создании апелляционной инстанции в рамках Международного центра по урегулированию инвестиционных споров вылились даже в проект о внесении изменений в правила процедуры Центра, который, однако, так и не был принят государствами из-за отказа США его поддержать³⁸. Однако это не остановило идущую дискуссию о необходимости создания такого органа в системе инвестиционного арбитража³⁹. Проект ЕС о реформе инвестиционного арбитража, инициированный Комиссией ЕС в 2015 г., предусматривает вместо ad hoc арбитражей создание постоянно действующей Системы инвестиционного суда (Investment Court System). Эта система будет включать в себя Трибунал первой инстанции и Апелляционный трибунал⁴⁰.

Причины, по которым государства стали отдавать предпочтение созданию апелляцион-

ных инстанций в международных судах, также вполне объяснимы. Распространение международных судов и рост числа выносимых ими решений резко повысили как вероятность ошибок со стороны судей по вопросам факта или права при разрешении спора, так и риски появления неприемлемого для государств волюнтаризма со стороны судей по вопросам своей юрисдикции и по вопросам толкования и применения норм материального права. Опыт появления обязательной юрисдикции в ОРС ВТО и ЕСПЧ показывает, что государства прекрасно отдавали себе отчет, что, соглашаясь на обязательную юрисдикцию, они не только в какой-то степени теряют контроль над судом, но и уступают часть своего суверенитета. Поэтому государства предпринимали этот шаг, но при условии неких гарантий, страхующих от ошибок или своеволия судей, и одну из таких гарантий они видели в апелляционном обжаловании вынесенных судом решений. Особенно необходимость в этом стала очевидна в тех случаях, когда механизм разрешения споров сохранял те или иные черты арбитража (ad hoc третейские группы в ОРС ВТО) или предусматривал разрешение споров не полным составом суда, а палатами (как в ЕСПЧ, который по факту представляет собой 7 мини-судов, так как все судьи разделены на 7 палат). Помимо минимизации ошибок и недопущения своеволия судей наличие вышестоящей апелляционной инстанции позволяло возложить на нее функцию по созданию целостной и предсказуемой практики рассмотрения споров в том или ином суде. В целом можно сказать, что данное новшество успешно себя зарекомендовало. Хотя возможность апелляционного обжалования решений международного суда еще не стало общепри-

³⁷ Fleming M. Appellate Review in the International Criminal Tribunals // Texas International Law Journal. 2002. Vol. 37. P. 111—155.

³⁸ CSID Discussion Paper, 22 Oct. 2004, and Amendments to the ICSID Rules and regulations. ICSID News Release, 5 Apr. 2006 // URL: www.worldbank.org/icsid/highlights/03-04-06.htm.

Предусмотренная Вашингтонской конвенцией процедура аннулирования арбитражного решения в любом случае не является эквивалентом полноценному апелляционному рассмотрению. Кроме того, принимая во внимание, что просьбу об аннулировании рассматривает специально создаваемый для этого ad hoc комитет, это в любом случае не позволяет выстроить единообразную практику аннулирования и вносит лишь дополнительную сумятицу.

³⁹ Ten Cate I. International Arbitration and the Ends of Appellate Review // New York University Journal of International Law and Politics. 2012. Vol. 44. No 4. P. 1109.

⁴⁰ Commission Concept paper «Investment in TTIP and beyond — the path for reform. Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court» // URL: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.

знанным правилом международного правосудия, но явно находится на пути к признанию таковым.

В-пятых, все действующие международные суды оказались перед необходимостью перейти к де-факто прецедентной силе своих решений. Однако, оберегая свою легитимность, они стремятся не использовать в решениях сам термин «прецедент», чтобы избежать обвинений со стороны государств в нормотворчестве и выходе за пределы своей компетенции. Такая ситуация полностью в интересах государств, которые молчаливо признают и роль прецедента, и нормотворчество международных судов, но не желают заявлять об этом официально. Признание в международном праве прецедента де-юре повлекло бы отказ от принципа согласия государств на обязательность для них правовой нормы. При этом отсутствие официального признания роли прецедента позволяет тем же государствам оставить последнее слово за собой, при необходимости отказывая в легитимности любому решению международного суда. Судя по всему, международные суды понимают и принимают эти правила игры.

В-шестых, оправдались прогнозы тех скептиков⁴¹, которые выражали сомнения в успехе переноса моделей успешных европейских судов (ЕСПЧ и особенно Суда ЕС) в другие регионы мира, которые отличаются от Европы не только по уровню экономического развития, но и по степени зрелости политической системы, по традициям уважения к суду и к верховенству права. К числу таких судов интеграционных объединений, которые были созданы по модели Суда ЕС, можно отнести Суд Бенилюкса (1974), Трибунал Андского сообщества (1984), Суд Европейской ассоциации свободной торговли (ЕАСТ) (1994), Суд Восточноафриканского экономического и валютного союза (УЕМОА) (1995), Суд Общего рынка восточноафриканских стран (COMESA) (1998), Суд Восточноафри-

канского сообщества (ЕАС) (2001), Суд Экономического сообщества восточноафриканских стран (ECOWAS) (2002), Трибунал Южноафриканского сообщества развития (SADC) (1992), Суд ЕАЭС (2015) — всего 11 судов. Некоторые из них, например Трибунал Андского сообщества, является полным аналогом Суда ЕС, что неудивительно, так как при его создании активную роль играли советники из ЕС, в число которых входили бывшие судьи и генеральные адвокаты Суда ЕС. Очевидный на сегодня парадокс состоит в том, что даже полное заимствование структуры и компетенции Суда ЕС не означает автоматического успеха суда того или иного интеграционного объединения. Значительная часть таких судов не играет заметной роли в региональной интеграции, например, суды в Африке занимаются в большей степени вопросами прав человека и спорами служащих и, по сути, оттеснены на обочину⁴².

Несмотря на то, что практически все суды интеграционных объединений уполномочены рассматривать преюдициальные запросы национальных судов (ряд авторов именно в преюдициальных запросах видит особую привлекательность модели Суда ЕС для других интеграционных объединений⁴³), на практике нигде, кроме ЕС и Андского сообщества (лишь в заметно усеченном варианте и в большинстве случаев по вопросам интеллектуальной собственности), активного диалога между региональными и национальными судами не существует. Главной причиной полного отсутствия какого-либо диалога между национальными и региональными судами является игнорирование нормативных актов интеграционных объединений странами-членами, в первую очередь их национальными судами. Как отмечает один из исследователей, «ограниченная политическая и судебная поддержка привела к тому, что копии Суда ЕС на практике больше напоминают Суд ЕС в 1950-е — 1960-е гг., нежели Суд ЕС в наши дни»⁴⁴.

⁴¹ *Alvarez J.* The New Dispute Settlers : (Half) Truths and Consequences // *Texas International Law Journal*. 2003. Vol. 38. P. 405—444 ; *Alter K. J.* The Global Spread of European Style International Courts // *West European Politics*. 2012. Vol. 35. № 1. P. 135—154.

⁴² *Osiemo O.* Lost in Translation : The Role of African Regional Courts in Regional Integration in Africa // *Legal Issues of Economic Integration*. 2014. Vol. 41. № 1. P. 100.

⁴³ *Baudenbacher C.* Judicialization : Can the European Model Be Exported to Other Parts of the World // *Texas International Law Journal*. 2004. Vol. 39. P. 381—399.

⁴⁴ *Alter K. J.* The Global Spread of European Style International Courts // *West European Politics*. 2012. Vol. 35. № 1. P. 151.

В-седьмых, оказались во многом иллюзорными надежды на позитивную и системообразующую силу диалога между международными судами в виде взаимного цитирования (cross-referencing) и взаимного обогащения (cross-fertilization) через заимствования правовых концепций и доктрин на основе общих нормативных ценностей (верховенство права, демократия, права человека), разделяемых глобальным сообществом судов⁴⁵. Скептики давно указывали, что, во-первых, этот диалог идет почти исключительно на английском языке и что судьи международных судов могут принять во внимание решения других судов только тогда, когда они могут их прочитать. Во-вторых, международное судебное сообщество далеко неравноправно в этом отношении, «некоторые суды предпочитают лишь говорить или, что еще хуже, читать лекции, и уровень восприятия судебного решения зависит от того, каким судом было оно вынесено»⁴⁶. Другие авторы отмечали, что появление сообщества судов не обязательно подразумевает внимание к решениям других судов, но вполне способно вызвать более серьезные конфликты, и что в целом практическое значение концепции сообщества судов применительно к решению проблем конфликта юрисдикций остается неясным и размытым⁴⁷.

Парадоксально, но сегодняшние эмпирические исследования процесса цитирования международными судами решений других международных судов убедительно показывают, что эти опасения были вполне обоснованными. Цифры и факты говорят о том, что глобальное сообщество судей так и не появилось (если только этот термин не применять

к простой совокупности всех международных судов и их судей)⁴⁸. С позиции сегодняшнего дня концептуально и фактически неверно называть цитирование одними судами решений других судов не то что диалогом, а даже сложившейся традицией⁴⁹, так как на самом деле в абсолютном большинстве случаев это одностороннее цитирование региональными, малоизвестными или только что созданными судами решений наиболее известных и авторитетных судов, и не в целях обмена мнениями, а преимущественно для усиления легитимности своих решений в глазах их адресатов⁵⁰. Так, Трибунал Андского сообщества в своих решениях провозгласил доктрину приоритета права Сообщества, открыто ссылаясь и широко цитируя решения Суда ЕС по делам «Costa/Enel и Simmenthal II». В то же время нет ни одного решения Суда ЕС, в котором тот ссылается, хотя бы коротко, на решения Андского трибунала. Аналогичная ситуация наблюдается в случае с ЕСПЧ и МАСПЧ. По подсчетам Э. Войтена, МАСПЧ обширно процитировал и прокомментировал решения ЕСПЧ в 60 % своих решений, в то время как ЕСПЧ сослался на решения МАСПЧ только 5 решениях⁵¹. Такую асимметрию можно было бы объяснить возможной разницей в качестве решений и связанное с этим благотворное влияние более авторитетных и успешных судов по отношению к тем судам, которые только начинают свою деятельность. Однако еще один парадокс современного международного правосудия состоит в том, что дело не в качестве решений — успешные и авторитетные суды также стараются избегать какого-либо цитирования друг друга. Тот же ЕСПЧ лишь пять раз сослался на решения МС ООН и край-

⁴⁵ Terris D., Romano C., Swigart L. Toward a Community of International Judges // Loyola of Los Angeles International and Comparative Law. 2008. Vol. 38. P. 419—471.

⁴⁶ Romano C. The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent // New York University Journal of International Law and Politics. 2007. Vol. 39. P. 854—855.

⁴⁷ Hofstätter B. 'Can She Excuse my Wrongs?' The European Court Of Justice And International Courts And Tribunals // Croatian yearbook of European law and policy. 2007. Vol. 3. P. 412.

⁴⁸ Wiener A., Liste P. Lost Without Translation? Cross-Referencing and a New Global Community of Courts // Indiana Journal of Global Legal Studies. 2014. Vol. 21. No 1. P. 263—296.

⁴⁹ Толстых В. Л. Формирование системы международного правосудия и ее основные характеристики // Российский юридический журнал. 2011. No 1. С. 63.

⁵⁰ Law D., Chang W. The Limits of Global Judicial Dialogue // Washington Law Review. 2011. Vol. 86. P. 529—534.

⁵¹ Voeten E. Borrowing and Nonborrowing among International Courts // The Journal of Legal Studies. 2010. Vol. 39. No 2. P. 562—563.

не редко ссылается на решения Суда ЕС⁵². При этом в ВТО Апелляционный орган и третейские группы на более или менее постоянной основе ссылаются на решения МС ООН, в то время как ссылки на решения других судов и трибуналов встречаются гораздо реже, и никогда на решения своих прямых конкурентов — судов и арбитражей, созданных в рамках региональных торговых соглашений (за исключением Суда ЕС, который для них является больше внутренним судом, чем международным, так как ЕС является членом ВТО)⁵³. Не менее поразительно то, что ровно такую же позицию занимает и сам МС ООН, который, несмотря на призывы некоторых своих президентов к судебному диалогу⁵⁴, сам процитировал решения других международных судов и трибуналов (причем малоизвестных), лишь в трех своих решениях⁵⁵. Все это заставило исследователей заявить о том, что судьи МС ООН сами не верят в теорию взаимного обогащения судов через цитирование решений других судов и заимствование их правовых позиций⁵⁶.

Иногда остается без ответа даже открытое, если не провокационное, приглашение к диалогу, как, например, уникальный по своей активности и смелости подход МАСПЧ к обсуждению концепции императивных норм международного права. Судьи МАСПЧ открыто гордятся тем, что в своих решениях суд, без какой-либо оглядки на согласие государств —

участников Межамериканской конвенции о правах человека, признал нормами *jus cogens* запрет рабства, физические и психологические пытки, насильственные исчезновения людей, внесудебные наказания, бесчеловечное обращение (включая телесные наказания), дискриминацию, преступления против человечности, право на доступ к правосудию⁵⁷. Казалось бы, с учетом того, что императивные нормы (если исходить из смысла Венской конвенции 1969 г. о праве международных договоров) являются общепризнанными универсальными, а не региональными нормами, которые можно к тому же отменить только новой нормой такого же характера, такое расширительное толкование МАСПЧ доктрины императивных норм должно напрямую затрагивать интересы как государств, так и других международных судов. Ответная реакция все же последовала, но не в форме диалога, даже заочного. Государства — члены Межамериканской конвенции о правах человека реагируют на это неисполнением решений МАСПЧ, у которого, пожалуй, худшие показатели по этому критерию среди международных судов⁵⁸.

Судя по всеобщему молчанию других международных судов, они не только не разделяют энтузиазма МАСПЧ по поводу норм *jus cogens*, но и сознательно игнорируют его, превращая попытки диалога о роли императивных норм в международном праве в разговор слепого

⁵² Voeten E. Op. cit. P. 564.

⁵³ Marquet C. A Forbidden Fruit? The European Court of Justice's Case Law before the World Trade Organization // Geneva Jean Monnet Working Papers. № 21. 2016. P. 1—22.

⁵⁴ В этом отношении можно вспомнить слова Президента МС ООН Стивена Швебеля о том, что «судьи должны осознать опасность фрагментации права и даже конфликта решений судов как следствие распространения судов. В этом отношении диалог между судами является очень важным» (Address to the Plenary Session of the General Assembly of the United Nations by Judge Stephen M. Schwebel, President of the International Court of Justice, 26 October 1999).

⁵⁵ Международный Суд ООН дважды сослался на решения Центральноамериканского суда, один раз на решение англо-французского арбитража 1977 г. (Miller N. An International Jurisprudence? The Operation of «Precedent» across International Tribunals // Leiden Journal of International Law. 2002. Vol. 15. № 3. P. 489).

⁵⁶ Voeten E. Op. cit. P. 569.

⁵⁷ Neumann G. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights // The European Journal of International Law. 2008. Vol. 19. № 1. P. 118.

⁵⁸ По подсчетам исследователей, 83 % решений было исполнено частично, 11 % решений было полностью не исполнено, и лишь в 6 % решений исполнение было полным. В первую очередь, и то с опозданием, государства-ответчики выполняют финансовую часть решения (исполняется около 50 % таких обязательств), однако гораздо хуже дело обстоит с предписаниями изменить законодательство — исполняется всего порядка 5—10 % таких распоряжений МАСПЧ (Huneus A. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights // Cornell International Law Journal. 2011. Vol. 44. № 3. P. 507—508).

с глухим. Попытка Суда первой инстанции ЕС использовать концепцию *jus cogens* в своих рассуждениях по делу Kadi-1⁵⁹ была немедленно пресечена Судом ЕС на стадии апелляции⁶⁰. Суд ЕС вполне отдавал себе отчет в том, что любое признание не только роли норм *jus cogens*, но даже их наличия в праве ЕС фундаментальным образом изменит отношение к особому правопорядку ЕС и приоритету права ЕС над международным правом. С этого момента тема *jus cogens* стала своего рода табу как для судов Европейского Союза, так и для исследователей права ЕС. Осталась также незамеченной другими международными судами попытка обращения к нормам *jus cogens* Суда ЕвразЭС, который в решении Большой коллегии по делу Южного Кузбасса от 8 апреля 2013 г. сослался на императивный характер принципа *acta sunt servanda* («любой акт или действие, направленные на неисполнение или ненадлежащее исполнение судебного решения, юридически ничтожны»).

Это не означает, что примеры успешного заимствования доктрин и правовых позиций в принципе отсутствуют. Они имеются, хотя и в незначительном количестве. Так, ставшее уже знаменитым решение Суда ЕС по делу Kadi-1 было обширно процитировано и легло в основу решения Палаты ЕСПЧ по делу Al-Dulimi⁶¹. То же касается и принципа разумной предосторожности (*precautionary principle*), признанного Судом ЕС в качестве одного из общих принципов права ЕС. Этот принцип был первоначально сформулирован Судом Европейской ассоциации свободной торговли в решении по делу Kellogg⁶², и лишь затем рассуждения из этого

решения были практически дословно воспроизведены Судом ЕС⁶³. Суд ЕС при формировании своей практики по правам человека активно использовал в качестве «источника вдохновения» не только положения Европейской конвенции о правах человека, но и решения ЕСПЧ. Впервые сославшись на практику ЕСПЧ в решении по делу «Rutili» в 1975 г.⁶⁴, Суд ЕС сделал в дальнейшем такого рода ссылки своей рутинной практикой (однако при этом надо отметить, что Суд ЕС игнорирует существование неевропейских международных судов, лишь несколько раз сославшись только на решения МС ООН)⁶⁵.

Однако в подавляющем большинстве случаев цитирование международными судами решений других судов носит односторонний и хаотичный характер и не может служить объективным показателем для оценки качества и авторитетности решений того или иного суда. При этом данное обстоятельство вовсе не означает, что международные суды не обращают внимания на решения друг друга и что позиции других судов не принимаются во внимание и не влияют на аргументы того или иного суда. Также неверен будет и тезис, что отсутствие отсылок в судебном решении на решения других судов говорит о его низком качестве, либо о том, что вынесшие эти решения судьи не осведомлены об опыте других судов. В тех случаях, когда суды решают сослаться на опыт своих коллег из других судов, они это делают в первую очередь для повышения легитимности, авторитетности и исполнимости своего решения в глазах его основных адресатов, которыми являются создавшие этот суд государства.

⁵⁹ FI, Kadi v. Council and Commission. № T-315/01 // ECR II-3546. 2005.

Суд в этом решении указал, что в исключительных случаях он вправе осуществлять юрисдикционный контроль над резолюциями Совета Безопасности ООН, если они противоречат нормам *jus cogens*. Такой вывод кажется неубедительным из-за неоправданного расширения объема норм *jus cogens* и включения в них даже права на собственность, что традиционно не воспринималось в качестве императивной нормы.

⁶⁰ CJEU, Jasin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council of the European Union and the Commission of the European Communities. № C-402/05 and C-415/05 // ECR. 2008. I-0635.

⁶¹ ECHR, Al-Dulimi and Montana Management Inc v. Switzerland App no 5809/08 (ECtHR Judgment 26 November 2013).

⁶² The Court of the European Free Trade Association, Case E-3/00, EFTA Surveillance Authority v. Norway [2001—2002] // Rep. EFTA. Ct. 73.

⁶³ ECJ. Case C-192/01, Commission v. Denmark [2003] // ECR I-9693.

⁶⁴ ECJ, Case 36/75 Rutili [1975] ECR P. 1219.

⁶⁵ Kassoti E. Fragmentation and Inter-Judicial Dialogue : The CJEU and the ICJ at the Interface // European Journal of Legal Studies. 2015. Vol. 8. № 2. P. 21—49.

Таким образом, основным драйвером цитирования становятся причины инструментально-прагматичного характера, а не наличие неких общих ценностей и приверженности им судей. В этом отношении весьма показательна практика Суда ЕС и Суда ЕАЭС. Суд ЕС стал значительно реже обращать внимание и ссылаться на решения ЕСПЧ после того, как Хартия основных прав ЕС приобрела силу учредительных договоров в 2009 г., а сам Суд ЕС получил исключительное право толковать Хартию. Для Суда ЕС, таким образом, исчезла сама необходимость использовать ссылки на Европейскую Конвенцию и решения ЕСПЧ для повышения легитимности своих решений. Такая смена ориентации Суда ЕС подтверждается следующими цифрами. В 2009—2012 гг. Суд ЕС сослался или применил нормы Хартии в 122 своих решениях, в 27 из них проделав анализ различных положений Хартии. Из этих 27 решений практика ЕСПЧ была использована Судом ЕС только в 10. Во всех остальных 95 решениях Суд ЕС, если и делал ссылку на практику ЕСПЧ, то крайне формально и буквально «мимоходом»⁶⁶.

Не менее интересно складывается модель цитирования решений других международных судов у Суда ЕАЭС. Анализ 13 дел, рассмотренных Судом ЕАЭС с начала своей деятельности, показывает, что ссылки на практику Суда ЕС встречаются в 4 случаях (в двух решениях палат, в одном решении апелляционной палаты и в одном заключении). Ссылка на практику ЕСПЧ содержится только в одном консультативном заключении. Несколько богаче в этом отношении особые мнения судей суда (что полностью согласуется с практикой тех судов, где разрешены особые мнения). Решения Суда ЕС цитируются в пяти особых мнениях, ЕСПЧ — в трех, МС ООН — также в трех. Судя по всему, сам Суд ЕАЭС не ожидает какой-либо ответной реакции от обоих европейских судов, используя ссылки на решения Суда ЕС и ЕСПЧ крайне избирательно и сугубо утилитарно, для повышения убедительности и легитимности своих выводов. Избирательность проявляется в том, что иногда ссылки осуществляются на решения,

которые имеют лишь отдаленное отношение к рассматриваемому Судом вопросу. Так, в решении по делу Тарасик Суд ЕАЭС сослался в подтверждение своих слов на решение Суда ЕС по делу «Parliament v. Council»⁶⁷, однако, у специалистов по праву ЕС это сразу вызвало вопросы в отношении как уместности ссылки на данное решение Суда ЕС, так и общей оценки практики Суда ЕС (вывод, сформулированный Судом ЕАЭС на основе этого решения Суда ЕС, кардинально расходится с реальной практикой Суда ЕС). В консультативном Заключении по запросу сотрудников Европейской экономической комиссии (ЕЭК) Суд ЕАЭС, не желая обострять свои отношения с ЕЭК, сослался на решение ЕСПЧ по делу «Pellegrin v. France»⁶⁸, в котором ЕСПЧ исключил из сферы применения ст. 6 Конвенции трудовые споры между властями и государственными служащими. Судя по всему, именно эта ссылка показала суду ЕАЭС подходящей для своей позиции, несмотря на то, что сам ЕСПЧ еще в 2007 г. в решении по делу Vilho Eskelinen⁶⁹ поменял свою позицию. Если применить к этим ситуациям концепцию глобального сообщества судов с ее тезисом, что заимствование и цитирование должны идти на пользу и обогащать как цитирующий, так и цитируемый суд, в этом случае Суд ЕС и ЕСПЧ вряд ли оценят такое цитирование их решений Судом ЕАЭС (хотя скорее всего они его просто не заметят).

Приведенные выше примеры показывают, что магия взаимного цитирования была и остается мифом. В абсолютном большинстве случаев речь идет об одностороннем, сугубо утилитарном и избирательном цитировании решений наиболее известных судов судами региональными или же недавно созданными для большей убедительности, значимости и легитимности своих решений в глазах создавших этот суд государств. Иногда это обстоятельство вынуждает искать наиболее удобное решение, которое на самом деле может и не отражать актуальную позицию цитируемого суда либо ведет к присвоению по различным причинам цитируемому решению значения или смысла, расходящегося с позицией цитируемого суда.

⁶⁶ Lehtinen E. The European Court of Justice and European Court of Human Rights : A Complex Interaction and Coexistence between the Two Courts // Workshop on the ECtHR Tampere 2015. URL: <https://blogs.uta.fi/ecthrworkshop/2016/03/07/lehtinen/>.

⁶⁷ ECJ Case 302/87 European Parliament v. Council [1988] ECR 5615.

⁶⁸ ECHR, Pellegrin v. France (Application no. 28541/95), Judgment of 8 December 1999 ECHR 1999-VIII.

⁶⁹ ECHR, Vilho Eskelinen and others v. Finland (Application no. 63235/00), Judgment of 19 April 2007. ECHR 2007-IV.

В этом случае такое заимствование не ведет ни к какому-либо обогащению (даже одностороннему) доктринами или концепциями, смысл которых при таком развитии событий безвозвратно теряется при их переносе на другую почву.

Однако на пути глобального судебного диалога есть и объективные препятствия. Давно прошли те времена, когда единственной новостью международного правосудия за год было решение МС ООН, каждая строчка которого потом исследовалась в течение нескольких последующих лет. Сейчас количество решений, ежегодно выносимых всеми международными судами, составляет несколько сотен, и отследить и проанализировать их все представляет проблему даже для развитых государств с их мощным аналитическим аппаратом. Судьи международных судов с их заметно более скромными ресурсами сталкиваются с проблемой времени, которое они готовы потратить на изучение опыта своих коллег из других судов, иногда (или зачастую) передоверяя этот процесс сотрудникам аппарата суда. Конечный выбор в этом случае определяется комбинацией случайных факторов, таких как квалификация и опыт судей и сотрудников суда, простое любопытство и даже элементарная человеческая лень.

В-осьмых, деятельность почти всех международных судов самым радикальным образом отличается от намерений и ожиданий государств на момент их создания. Тот же МС ООН так и не стал главным международным судебным органом и сейчас расценивается исследователями как «важный, но не доминирующий игрок в сфере международного разрешения споров»⁷⁰. Несмотря на то, что

количество дел, находящихся на его рассмотрении, достигло рекордного уровня (в 2017 г. на рассмотрении МС ООН находилось 17 споров), по степени влияния на международное право и политику его оттесняют более успешные международные суды. Уровень признания государствами обязательной юрисдикции МС ООН относительно общего числа членов ООН ниже, чем у его предшественника — Постоянной палаты международного правосудия, при этом почти все сделанные декларации о признании юрисдикции МС ООН содержат многочисленные оговорки и изъятия⁷¹. Суд ЕС первоначально создавался как административный суд с юрисдикцией по ограниченному кругу экономических вопросов, но с течением времени превратился в «самый могущественный и авторитетный наднациональный суд в мировой истории»⁷², в «один из наиболее влиятельных политических институтов в Европе»⁷³. ЕСПЧ на сегодняшний день по праву считается одним из наиболее успешных и авторитетных международных судов, хотя первоначально планировался лишь как суд для рассмотрения межгосударственных споров, а не жалоб частных лиц, да и то при условии отдельного признания государствами его юрисдикции. Сейчас в это трудно поверить, но количество дел, рассмотренных ЕСПЧ в первые 10 лет, оказалось настолько незначительным⁷⁴, а толкование им Европейской конвенции настолько узким и дружественным по отношению к государствам-членам, что юристы-практики и правозащитные организации просто его игнорировали⁷⁵, и в середине 1960-х гг. даже раздавались предложения о закрытии суда⁷⁶.

⁷⁰ Murphy S. The International Court of Justice // The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals / Giorgetti C. (ed.). Martinus Nijhoff Publishers. 2012. Vol. 4. P. 15.

⁷¹ Из 52 государств — участниц Статута Палаты 32 (61 %) признали ее обязательную юрисдикцию, в то время как из 193 государств — членов ООН заявления о признании обязательной юрисдикции МС ООН были сделаны лишь 72 странами (37 % от общего количества).

⁷² Stone Sweet A. Governing with Judges : Constitutional Politics in Europe. Oxford : Oxford University Press, 2000. P. 153.

⁷³ Alter K. J. Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration // The European Courts and National Courts. Doctrine and jurisprudence / Slaughter A., Stone Sweet A., Weiler J. (eds.). Oxford University Press, 2000. P. 227—252.

⁷⁴ За первые 10 лет своего существования ЕСПЧ вынес всего 7 решений, а за последующие 14 лет еще 30 (Alter K. J. The Evolution of International Law and Courts // Oxford Handbook of Historical Institutionalism / Fioretos O., Falletti T., Sheingate A. (eds.). Oxford University Press, 2016. P. 600).

⁷⁵ Madsen M. The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash // Law and Contemporary Problems. 2016. Vol. 79. № 1. P. 143.

⁷⁶ Rolin H. Has the European Court of Human Rights a Future? // Howard Law Journal. 1965. Vol. 11. P. 442.

Дизайн ОРС ВТО исходил из практики Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ) и оказался не готов ни к тому количеству споров, которые рассматриваются в рамках ВТО сегодня, ни к количеству апелляций на решения третейских групп. Мало кто в 1995 г. ожидал, какой ошеломительный успех ожидает ОРС ВТО, в котором на сегодняшний день зарегистрировано уже более 500 межгосударственных споров (что намного больше, чем за всю 47-летнюю историю ГАТТ). Еще лет 10 назад существовали опасения (и они отражены в многочисленных публикациях)⁷⁷, что региональные механизмы рассмотрения споров составят конкуренцию ОРС ВТО и такой конфликт юрисдикций приведет к появлению противоречащих друг другу решений. На практике оказалось, что региональные арбитражные механизмы практически не используются, а государства предпочитают ОРС ВТО в силу высокого авторитета, наличия апелляционной инстанции и накопленной понятной практики⁷⁸. В качестве другого примера расхождения ожиданий государств при создании международного суда и последующей реальности можно привести предусмотренную Договоренностью о правилах и процедурах разрешения споров в ВТО возможность для спорящих государств прибегнуть к ad hoc арбитражу для ускорения рассмотрения спора. Однако за всю историю ВТО такой вариант ни разу не был использован, что красноречиво свидетельствует о том, что государства вполне прагматично отдают предпочтение устоявшейся практике, а также факту наличия апелляционной инстанции.

В этом отношении весьма показательна судьба СНГ и созданного в его рамках Экономического суда СНГ. С точки зрения экономического сотрудничества СНГ осталось зо-

ной свободной торговли, поэтому созданный в 1992 г. Экономический суд СНГ, обладающий к тому же факультативной юрисдикцией, оказался явно невостребованным, возможно, даже лишним элементом данной структуры. Поэтому неудивительно, что в последние годы государства — члены СНГ рассматривали различные варианты будущего для этого Суда, включая его закрытие. Судя по решению Совета министров иностранных дел СНГ от 7 апреля 2017 г., пока возобладала промежуточная точка зрения, состоящая в том, чтобы Суд СНГ сохранить, но перевести его в режим ad hoc, т.е. в суд, собирающийся только при появлении какого-либо обращения. При этом постоянно в Минске будут находиться только Председатель Суда и три сотрудника секретариата⁷⁹.

Совершенно особая ситуация сложилась с международными уголовными судами и трибуналами, которые быстро превратились в плохо управляемые, медлительные и высокочрезвычайно бюрократические структуры. Трибуналы по Уганде и по бывшей Югославии оказалось проще создать, чем закрыть, и они оставили после себя очень противоречивые впечатления и результаты⁸⁰. Международный уголовный суд, чье создание в 2002 г. вызвало немалую волну энтузиазма среди исследователей, вынужден сегодня доказывать свою необходимость и легитимность, чего совершенно нельзя было представить еще некоторое время назад. Как утверждает один из исследователей этого Суда, «отсутствие четко определенных целей и приоритетов представляет серьезный вызов для легитимности МУС. Если МУС хочет преуспеть, то он должен выстроить свою легитимность в глазах своей аудитории — государств, неправительственных организаций, национальных групп и мирового сообщества»⁸¹.

⁷⁷ Hillman J. Conflicts between Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements and the WTO — What Should WTO Do // Cornell International Law Journal. 2009. Vol. 42. No 2. P. 193—208.

⁷⁸ Davey W. Dispute settlement in the WTO and RTAs: A comment // Regional Trade Agreements and the WTO Legal System / Bartels L., Ortino F. (eds.). Oxford University Press, 2006. P. 354—355.

⁷⁹ Проект Протокола о внесении изменений в Соглашение о статусе Экономического суда Содружества Независимых Государств от 6 июля 1992 г. одобрен на заседании Совета министров иностранных дел СНГ (г. Ташкент, 7 апреля 2017 г.).

⁸⁰ Р. Заклин, помощник Генерального секретаря ООН по правовым вопросам, лично принимавший самое активное участие в их создании, в сердцах признавал, что оба трибунала представляют собой нежизнеспособный ни финансово, ни политически путь развития международной уголовной юстиции (см.: Zacklin R. The Failings of Ad Hoc International Tribunals // Journal of International Criminal Justice. 2004. Vol. 2. No 2. P. 545).

⁸¹ De Guzman M. Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Courts // Michigan Journal of international law. 2012. Vol. 33. No 2. P. 267.

Кроме того, общая картина несоответствия ожиданий государств и динамики смены их приоритетов и предпочтений при создании международных судов будет явно неполной без внушительного списка из более чем 20 судов, которые по разным причинам так и не начали свою работу⁸². Среди них можно назвать такие, как Межамериканский международный суд (Inter-American International Court of Justice), Арабский международный суд (Arab Court of Justice), Суд Африканского союза (African Court of Justice), Международный исламский суд (International Islamic Court of Justice). Из более близких нам примеров можно упомянуть Суд Союзного государства РФ и Республики Беларусь, создание которого было предусмотрено в Договоре о создании Союзного государства 1999 г.

4. РЕШЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ СУДОВ И ОТВЕТНАЯ РЕАКЦИЯ ГОСУДАРСТВ

Не менее важным итогом процесса расширения международных судов стала смена приоритетов государств при оценке рисков, связанных с судами. Высокая креативность ряда международных судов по расширительному толкованию договоров, выстраивание судами системы своих собственных прецедентов, так же, как и нежелание некоторых судов принимать во внимание намерения государств на момент заключения договора, вызвали настороженность и ответную реакцию государств. На смену энтузиазму пришло понимание, что не фрагментация международного права, а потенциальная возможность выхода суда за отведенные ему рамки в виде ошибочных, непредсказуемых или крайне спорных решений вместе с потерей контроля государств над судом являются на сегодня для государств основным риском, ассоциируемым с любым международным судом. Такие досто-

инства международных судов, как постоянный характер работы, избрание судей на длительный срок, независимость суда, столь необходимые для выполнения делегированных суду функций, могут привести к появлению у суда и его судей собственных взглядов и собственной политики, которая может разительно отличаться от позиции государств. В этом случае велик риск появления того, что Дж. Аби-Сааб назвал «правовым Франкенштейном»⁸³. Не менее хлестко в свое время высказался один из наиболее известных специалистов по теории международного правосудия Ч. Романо, заявив, что «с точки зрения легитимности узкопрофессиональные сообщества международных судей начинают зловеще походить на тайные общества, в которых взаимодействие идет за занавесом по непонятным и изломанным траекториям, и что более важно, возможно вразрез с волей государств — основным источником международной легитимности»⁸⁴.

Полученный государствами урок состоит в том, что их возможности повлиять на любой международный суд максимальны при создании ими суда, а также в самом начале его деятельности, и постепенно убывают с ростом числа государств-участников и авторитета самого суда. При этом полагаться лишь на внутренние самоограничения судей суда государства считают явно недостаточным (если не наивным) способом минимизации возможных рисков. Как отмечает Дж. Коган, «сочетание слабого внешнего контроля и недостаточного самоконтроля дает международным судам возможность расширить свои полномочия. Хотя вероятность этого варьируется от суда к суду (и даже от решения к решению), нет никаких сомнений, что международные судьи имеют не только возможности и средства, но и желание это сделать»⁸⁵.

Принимая все это во внимание, государства за прошедшие два десятилетия выработали ряд средств по минимизации рисков, связан-

⁸² Romano C. Trial and Error in International Judicialization // Romano C., Alter K., Shany Y. (eds.). The Oxford University Press Handbook of International Adjudication. Oxford University Press, 2014. P. 113—114.

⁸³ Ahi-Saab G. Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks // New York University Journal of International Law and Politics. 1999. Vol. 31. No 4. P. 926.

⁸⁴ Romano C. The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication: Elements for a Theory of Consent // New York University Journal of International Law and Politics. 2007. Vol. 39. P. 854—856.

⁸⁵ Cogan J. Competition and Control in International Adjudication // Virginia Journal of International Law. 2008. Vol. 48. No 2. P. 438—439.

ных с созданными ими судами. Используя упомянутую выше концепцию principal-agent применительно к международным судам, можно отметить, что государства, принимая решение о создании суда, стремятся в той или иной степени проработать как основные положения своего рода агентского соглашения с судом (в виде юрисдикции, структуры и порядка формирования), так и механизм его возможного пересмотра или даже расторжения в виде прекращения деятельности суда или выхода государства из юрисдикции суда. Современная история уже знает примеры, когда государства в лице исполнительной власти крайне жестко реагировали на попытки созданных ими международных судов заявлять о своих амбициях. Используя свое исключительное положение «творцов договоров» («masters of the treaties») в международном праве, государства применяют по отношению к созданным ими международным судам целый арсенал методов, который просто невозможно себе представить в национальном правовом порядке с его разделением властей и системой сдержек и противовесов.

а) Отказ от признания юрисдикции суда или выход из договора. Среди указанных мер в первую очередь следует упомянуть отказ от признания юрисдикции суда или выход из договора, предусматривающий обязательную юрисдикцию суда. Именно так поступили США и Франция после проигранных дел в МС ООН. После того, как МС ООН отверг возражения США об отсутствии у него юрисдикции в деле «Nicaragua v. USA»⁸⁶, США приняли решение отозвать декларацию 1946 г. о признании обязательной юрисдикции МС ООН. Затем после проигрыша ряда дел в МС ООН они вышли из факультативного Протокола к Консульской конвенции 1963 г., предусматривающего обязательную юрисдикцию этого суда по всем спорам, вытекающим из этой Конвенции. Франция также была одной из первых стран, признавших обязательную юрисдикцию МС ООН еще в 1947 г., однако отозвала свою декларацию,

оказавшись ответчиком в спорах о запрете ядерных испытаний, инициированных Австралией⁸⁷ и Новой Зеландией⁸⁸.

б) Внесение изменений в нормативные акты, толкуемые и применяемые судом, либо принятие совместного толкования этих актов. Наиболее известные случаи действия государств в этом направлении связаны с решениями Суда ЕС. Так, именно это произошло после решения Суда ЕС по делу Barber⁸⁹, в котором Суд потребовал устранить в национальном законодательстве стран — членов ЕС нормы о разном возрасте выхода на пенсию для мужчин и женщин, усмотрев в этом нарушение принципа недискриминации. Государства — члены ЕС, для которых это решение означало колоссальные финансовые расходы, приняли по этому поводу Дополнительный протокол к Маастрихтскому договору (Протокол Барбера), перекрыв толкование, данное Судом ЕС⁹⁰. В другом случае Суд ЕС признал в 1990 г. не соответствующим праву ЕС отказ Франции сохранять социальные выплаты пенсионеру, переехавшему в Италию⁹¹. Франция отказалась исполнять это, по ее мнению, несправедливое решение, и конфликт был разрешен лишь после того, как Франции удалось убедить остальные страны ЕС принять необходимые ей изменения в Регламент, регулирующий такого рода выплаты. После этого исполнение решения Суда потеряло смысл⁹².

Более близкий нам пример связан с решениями Суда ЕврАзЭС. В известном постановлении Большой коллегии Суда ЕврАзЭС от 8 апреля 2013 г. Суд выразил свое понимание правовых последствий своих решений по делам об оспаривании актов ЕЭК. Столкнувшись с саботажем национальными судами своего решения по делу ОАО «Южный Кузбасс», Суд ЕврАзЭС заявил, что признание Судом оспариваемого акта не соответствующим договорам об образовании Сообщества влечет за собой его ничтожность (недействительность) с даты его принятия, если иное не установлено самим Судом).

⁸⁶ ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984. P. 392.

⁸⁷ ICJ, Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974. P. 253.

⁸⁸ ICJ, Nuclear Tests (New Zealand v. France), Judgment, I.C.J. Reports 1974. P. 457.

⁸⁹ ECJ, Case 262/88, Barber v. Guardian Royal Exchange [1990] ECR I-1889.

⁹⁰ Treaty on European Union, Protocol No. 2 on Article 119.

⁹¹ ECJ, Commission v. France, C-236/88, European Court reports (ECR) 1990 Page I-03163.

⁹² Council Regulation (EEC) No. 1247/92, 19-5-1992, OJ No. L136. P. 1.

Это явно расходилось с положениями п. 2 ст. 11 Договора об обращении хозяйствующих субъектов, в соответствии с которым успешно оспоренные решения ЕЭК должны быть лишь приостановлены с даты вступления в силу решения Суда и до приведения Комиссией этого пункта в соответствие с положениями договоров Сообщества. В новом Статуте Суда ЕАЭС государства дали свой ответ, снова заявив в п. 111 Статута Суда ЕАЭС, что действие решения ЕЭК, признанного Судом несоответствующим Договору, продолжается и после вступления в силу соответствующего решения Суда до исполнения Комиссией данного решения Суда. Действие оспоренного решения ЕЭК может лишь приостанавливаться по решению Суда.

Следует отметить, что в обоих рассматриваемых нами примерах задача для государств заметно упрощалась тем, что параллельно уже шло обсуждение новой редакции учредительных договоров (Маастрихтского договора в случае Суда ЕС, Договора о ЕАЭС в случае Суда ЕврАзЭС), поэтому достичь согласия всех государств оказалось значительно легче.

в) Сужение юрисдикции суда или прекращение деятельности суда. Как и в случае внесения изменений в нормы, применяемые международным судом, сужение компетенции суда требует активного участия государств — участников данного договора. В небольших по численности региональных экономических объединениях государства вполне способны найти между собой компромисс в этих вопросах, особенно оказавшись перед лицом чрез-

мерно агрессивного толкования норм международных соглашений международными судами и трибуналами.

Так, в Статуте Суда ЕАЭС полностью исключена функция вынесения преюдициальных заключений по запросам национальных судов, которая была у Суда ЕврАзЭС, хотя и в довольно скромном варианте. Нет никаких сомнений, что решение государств лишить Суд ЕАЭС преюдициальной юрисдикции стало своеобразным ответом (на мой взгляд, непропорционально резким) на первое и единственное преюдициальное заключение Суда ЕврАзЭС⁹³, в котором Суд ЕврАзЭС предпринял попытку сделать из своего ответа на запрос белорусского суда норму права⁹⁴.

В числе других примеров можно привести попытки проигравших стран убедить остальные государства ограничить юрисдикцию Суда ECOWAS после решения против Нигерии⁹⁵ и Суда ЕАС после решения против Кении⁹⁶, которые, однако, не получили поддержки со стороны других стран — участниц этих интеграционных объединений⁹⁷. Неоднократные попытки Франции и Великобритании ограничить компетенцию Суда ЕС не принесли результата, каждый раз наталкиваясь на сопротивление в первую очередь малых стран⁹⁸. Как отмечают исследователи, в настоящее время, когда в ЕС входят уже 28 стран, Суд ЕС находится в исключительно благоприятном для него институциональном положении, так как шансы на достижение согласия всех 28 государств для урезания полномочий Суда ничтожно малы, если только сам Суд не допустит катастрофической для него ошибки⁹⁹.

⁹³ Решение Большой коллегии Суда ЕврАзЭС от 10 июля 2013 г.

⁹⁴ Суд ЕврАзЭС, в частности, постановил, что преюдициальное заключение Суда (в решении Суд называет его решением) является обязательным, обжалованию не подлежит, вступает в силу после его провозглашения и действует непосредственно на территории государств — членов Таможенного союза. Суд также заявил, что суды государств — членов Таможенного союза должны учитывать правовые позиции, изложенные в решении Суда.

⁹⁵ ECOWAS Court, SERAP v. Federal Republic of Nigeria, ECW/CCJ/JUD/18/12, 14 Dec. 2012.

⁹⁶ В этом решении Суд ЕАС установил, что порядок проведения правительством Кении выборов в законодательную Ассамблею Восточноафриканского Сообщества нарушает учредительные договоры Сообществ. EACJ, Prof. Peter Anyang «Nyong»o and Others vs the Attorney General of Kenya and Others, Reference No. 1 of 2006 // URL: www.eacj.org/docs/judgements/EACJ_Reference_No_1_2006.pdf.

⁹⁷ Подробнее об этом см.: Alter K., Gathii J., Helfer L. Backlash against International Courts in West, East and Southern Africa: Causes and Consequences // The European Journal of International Law. 2016. Vol. 27. No 2. P. 293—328.

⁹⁸ Alter K. J. The European Court's Political Power: Selected Essays. Oxford : Oxford University Press, 2009. P. 124—128.

⁹⁹ Kelemen D. The Court of Justice of the European Union in the Twenty-First Century // Law and Contemporary Problems. 2016. Vol. 79. No 1. P. 117—140.

Однако недавний опыт Совета Европы показывает, что такого компромисса могут достигнуть даже 47 совершенно различных стран, если действия и практика такого весьма авторитетного суда, как ЕСПЧ начинают вызывать беспокойство большинства из них. Так, в тексте Брайтонской декларации о реформе ЕСПЧ¹⁰⁰ появилась фраза о том, что изменение устоявшейся практики ЕСПЧ не должно осуществляться палатами Суда, которые в этом случае должны передавать дело для разрешения в Большую палату. Процедурные вопросы такой уступки юрисдикции в пользу Большой палаты будут решены в Протоколе № 15, который сейчас проходит процедуру ратификации в странах — участницах Конвенции. Уникальность этого Протокола состоит в том, что за всю 60-летнюю историю Суда он станет первым изменением Конвенции, не расширяющим полномочия ЕСПЧ, а, наоборот, их сужающим¹⁰¹. Однако и в этом случае достижение согласия государств упрощалось тем обстоятельством, что ЕСПЧ, оказавшись в кризисе нерассмотренных дел, не сумел из него выйти самостоятельно без помощи государств. Для разрешения кризиса потребовалось внести изменения в Европейскую конвенцию, что могли сделать только государства, которые и воспользовались таким шансом для обсуждения различных вариантов ограничения полномочий суда.

Однако государства могут своим решением не только «расширить» или сузить эти границы, но и в целом изменить правила игры, закрыв суд, что совершенно невозможно себе представить в случае с национальными судами, причем в последнем случае попытка ограничить или закрыть суды может быть сразу же приравне-

на к установлению диктатуры. Именно с такими ответными действиями проигравших в суде государств столкнулись Трибунал SADC, чья деятельность была приостановлена в 2010 г. после решения Трибунала против правительства Зимбабве¹⁰², а сами государства — члены SADC приняли решение (до сих пор не реализованное) создать новый суд, который будет рассматривать только межгосударственные споры¹⁰³.

г) Отказ исполнять решение суда. Еще до начала процесса распространения международных судов были известны случаи отказа государств исполнять вынесенные против них решения МС ООН. В перечне стран, решившихся на открытый конфликт с МС ООН, оказались Иран (решение по спору о заложниках в американском посольстве¹⁰⁴), Исландия (оба решения по спорам о рыболовстве¹⁰⁵), США (решение по делу «Nicaragua v. USA»¹⁰⁶). Однако примечательной особенностью последних лет стала активная вовлеченность верховных и конституционных национальных судов в решение вопроса об исполнении решений международных судов. Высшие национальные суды, столкнувшись с амбициями международных судов при толковании и применении международных договоров, стали устанавливать своего рода ограничительные линии, которые не могут «пересекать» международные суды. Для этих целей высшие суды стали либо опираться на конституционные положения о статусе международных договоров в национальных правовых системах, либо самостоятельно решать данный вопрос в своих решениях.

Совсем недавно Конституционный суд Италии в своем решении 238/2014 признал неконституционность не только внутреннего закона,

¹⁰⁰ Brighton Declaration — High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. 2012.

¹⁰¹ Helfer L. The Burdens and Benefits of Brighton // ESIL Reflections. 2012. Vol. 1. № 1. P. 1—6 ; Lambrecht S. Reforms to Lessen the Influence of the European Court of Human Rights: A New Strategy // Working paper. World Congress of Constitutional Law 2014 «Constitutional Challenges: Global and Local». Workshop 9: Constitutional identity and constitutionalism beyond the nation state Oslo. 16—20 June 2014. P. 1—23.

¹⁰² SADC Tribunal, Mike Campbell (Pvt) Ltd and Others v. Republic of Zimbabwe.

¹⁰³ Подробнее об этом см.: De Wet E. The Rise and Fall of the Tribunal of the Southern African Development Community: Implications for Dispute Settlement in Southern Africa // ICSID Review. 2013. P. 1—19.

¹⁰⁴ ICJ, United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran) Judgment of 24 May 1980. ICJ Reports 1980. P. 3.

¹⁰⁵ ICJ, Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland) Judgment of 25 July 1974, I.C.J. Reports 1973. P. 3. Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland) Judgment of 2 February 1973.

¹⁰⁶ ICJ, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Judgment of 27 June 1986. I.C.J. Reports. 1986. P. 14.

принятого во исполнение решения МС ООН по делу об юрисдикционных иммунитетах¹⁰⁷, но и вытекающего из ст. 94 Устава ООН обязательства Италии исполнить это решение. Конституционный суд Чехии в решении по делу *Slovak Pensions*¹⁰⁸ заявил о том, что решение Суда ЕС по делу *Landtová*¹⁰⁹ является решением *ultra vires*, т.е. вынесенным с явным превышением полномочий, и поэтому не подлежащим исполнению. Совершенно незнакомым нашей доктрине является сопротивление высших латиноамериканских судов решениям МАСПЧ. Так, в декабре 2008 г. Верховный суд Венесуэлы установил, что решение МАСПЧ по делу *Arpitz* не может быть исполнено в силу противоречия нормам национальной конституции и превышения МАСПЧ своих полномочий. В августе 2006 г. президент Верховного суда Чили публично заявил, что решение МАСПЧ по делу «*Almonacid v. Chile*» не имеет обязательной силы. Верховный суд Аргентины, до этой бывший одним из самых надежных союзников МАСПЧ, отказался пересматривать по требованию МАСПЧ свое решение по делу *Bueno Alvez*,

в котором он пришел к другим выводам. Верховный суд Аргентины при этом заявил, что он не должен следовать толкованию МАСПЧ в том случае, если такое толкование нарушает нормы конституции¹¹⁰.

В этом же ряду находятся и недавние решения Конституционного Суда РФ, в которых он не только заявил о своем праве решать вопрос о действии решений ЕСПЧ в правовом порядке России¹¹¹, но и признал невозможным исполнение решения ЕСПЧ по делу «Анчугов и Гладков против России» на основании его противоречия положениям национальной конституции¹¹². Чуть позже к аналогичному выводу Конституционный Суд РФ пришел, решая вопрос об исполнении решения ЕСПЧ о выплате компенсации, присужденной по делу ЮКОСа¹¹³.

Бесспорно, у каждого случая неисполнения решения есть своя специфика, но объединяет их всех одно — неисполнение решения международного суда относится к ответным мерам, принимаемым государствами уже после создания суда. В этом случае исполнение или неисполнение решения суда следует рас-

¹⁰⁷ ICJ, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, 3 February 2012.

¹⁰⁸ Constitutional Court of Brno. *Slovak Pensions*. Case No. TZ 8/12. Judgment of 15 February 2012 // URL: http://www.usoud.cz/en/current-affairs/?tx_ttnews%5Btt_news%5D=147&cHash=a41487790296bfadbd85e535fac8945c. (дата обращения: 4 июля 2017 г.).

¹⁰⁹ ECJ. *Marie Landtová*, Case No.C-399/09. Judgment of 22 June 2011. ECRI-05573.

¹¹⁰ Об этих решениях латиноамериканских судов см.: *Huneeus A.* (2010). *Rejecting the Inter-American Court: Judicialization, National Courts, and Regional Human Rights* // *Cultures of Legality: Judicialization and Political Activism in Latin America* / Couso J., Huneeus A., Sieder R. (eds.). Cambridge : Cambridge University Press, 2010. P. 112—138.

¹¹¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации», частей 1 и 4 статьи 11, пункта 4 части 4 статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части 4 статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы» // СЗ РФ. 2015. № 30. Ст. 4658.

¹¹² Постановление Конституционного Суда РФ от 19 апреля 2016 г. № 12-П «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 4 июля 2013 года по делу «Анчугов и Гладков против России» в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации» // URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision230222.pdf>.

¹¹³ Постановление Конституционного Суда РФ от 19 января 2017 г. № 1-П/2017 «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского Суда по правам человека от 31 июля 2014 года по делу «ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС» против России» в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации» // URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision258613.pdf>.

смаатривать как непрекращающийся диалог между судом и государствами, создавшими его, по ряду вопросов, делегированных суду, включая вопросы толкования норм международного договора, а также как одну из форм контроля за таким делегированием, в том случае если решения международного суда не отвечают представлениям и ожиданиям государств.

д) Отказ создавать новые суды или признавать юрисдикцию уже действующих судов. Результатом переосмысления рисков, связанных с деятельностью международных судов, стало если не полное приостановление, то серьезное замедление процесса создания новых международных судов. Более того, можно с изрядной долей уверенности сказать, что тот же МУС, если бы он создавался в данный момент, вряд бы был создан. Можно привести список тех международных судов, проекты создания которых отложены в долгий ящик и на сегодняшний день выглядят утопично. Среди них можно назвать Всемирный суд по правам человека (World Human Rights Court), который, по замыслу инициаторов, должен был прийти на смену договорным органам по правам человека (комитетов в рамках Пактов о правах человека)¹¹⁴, и Международный конституционный суд (International Constitutional Court)¹¹⁵. К этому же списку можно отнести и Международный экологический суд (International Court of the Environment), по крайней мере в том варианте, который был предложен для обсуждения — с обязательной юрисдикцией, правом принимать жесткие и обязательные

обеспечительные меры, доступом международных организаций и частных лиц не только как заявителей, но и как ответчиков¹¹⁶. Кстати, мало кто знает, что в 1994 г. группой юристов-международников уже был создан частный Международный суд по экологическому арбитражу и примирению (International Court of Environmental Arbitration and Conciliation (ICEAC)). За все это время в этот суд не поступило ни одного спора, государства его проигнорировали¹¹⁷. Немного больше шансов имеется у Международного инвестиционного суда, так как именно создание этого суда декларируется Европейским Союзом в качестве основной цели упомянутой выше реформы инвестиционного арбитража¹¹⁸.

Рассуждая об отказе государств признавать юрисдикцию того или иного суда в результате переоценки своих рисков, можно упомянуть широко известные попытки США сначала не допустить создания Международного трибунала по морскому праву и МУС, а после того, как все эти усилия закончились неудачей, отказ США участвовать как в Конвенции ООН по международному морскому праву, так и в Римском статуте о создании МУС. Исследователи отмечают, что начиная с 1980-х гг. США последовательно отказываются признавать или инкорпорировать в текст международных договоров положения об обязательной передаче споров в МС ООН. В случаях, когда США принимали решение присоединиться к какой-либо конвенции, которая содержит это положение, юрисдикция МС ООН исключалась соответствующей оговоркой¹¹⁹.

¹¹⁴ Novak M. The Need for a World Court of Human Rights // Human Rights Law Review. 2007. Vol. 7. № 1. P. 251—259.

Критику этих предложений см.: Alston P. Against a World Court for Human Rights // Ethics & International Affairs. 2014. Vol. 28. № 2. P. 197—212.

¹¹⁵ International Constitutional Court Proposed to Protect Democracy, 4 May 2013 // URL: <http://www.idea.int/wana/international-constitutional-court-proposed-to-protect-democracy.cfm>.

¹¹⁶ Lehmen A. The Case for the Creation of an International Environmental Court : Non-State Actors and International Environmental Dispute Resolution // Colorado Natural Resources, Energy, & Environmental Law Review. 2015. Vol. 26. № 2. P. 179—217.

¹¹⁷ Pedersen O. An International Environmental Court and International Legalism // Journal of Environmental Law. 2012. Vol. 24. № 3. P. 552.

¹¹⁸ Commission Concept paper «Investment in TTIP and beyond — the path for reform. Enhancing the right to regulate and moving from current ad hoc arbitration towards an Investment Court» // URL: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF.

¹¹⁹ Murphy S. D. The United States and the International Court of Justice: Coping with Antinomies // The Sword and the Scales: The United States and International Courts and Tribunals / Romano C. (ed.). Cambridge University Press, 2009.

В этом же ряду следует упомянуть изданное 16 ноября 2016 г. распоряжение Президента РФ о направлении Генеральному секретарю ООН уведомления о своем намерении не ратифицировать Римский статут, отзывая тем самым свою подпись под Статутом (Статут был подписан Россией в 2000 г.)¹²⁰. В свое время подписание Россией Статута вызвало горячую дискуссию о необходимости ратификации Статута и о тех шагах, которые предстояло для этого сделать¹²¹. Теперь эта дискуссия закончена, так как стало очевидно, что окончательный выбор на ближайшую и среднесрочную перспективу уже сделан, и этот выбор был явно не в пользу МУС.

ВЫВОДЫ

Подводя некоторые итоги идущему уже более 20 лет процессу распространения международных судов, можно сказать следующее.

Во-первых, в отсутствие мировой законодательной и исполнительной власти мы всегда будем иметь дело с децентрализованным и неорганизованным международным правосудием, которое для любого специалиста по национальному праву будет всегда казаться хаосом. Однако пока международное право будет оставаться правом, которое создается государствами для самих себя, именно такое состояние еще очень долгое время будет являться естественным для международных судов. Бессистемный характер этого процесса — это не проблема, а объективные реалии современного международного правосудия, вызванные отсутствием единого мирового законодателя и наличием вместо него суверенных государств со своими динамично меняющимися приоритетами и интересами. На самом деле в современном международном праве возможен именно такой фрагментарный путь появления международных судов, мало предсказуемый как по времени создания и географическому списку участников, так и по объему юрисдикции.

Во-вторых, на сегодня представляются более чем иллюзорными любые предложения или инициативы выстроить централизованную систему международных судов, аналогичную национальной судебной системе, либо хотя бы некое подобие судебной иерархии среди международных судов во главе с МС ООН (наделив его правом выступать апелляционной инстанцией в отношении других международных судов, а также правом выдавать консультативные и преюдициальные заключения на их запросы). И дело не в том, что для этого требуется внести изменения не только в Устав ООН (что само по себе затруднительно), но и во все международные соглашения, которые предусматривают создание того или иного международного суда (в ту же Европейскую конвенцию по правам человека). Проблема также не в том, что трудно представить себе тот же ЕСПЧ или Суд ЕС, запрашивающими заключение МС ООН. Главное препятствие состоит в том, что на сегодня постоянным членам Совета Безопасности ООН не нужно никакое усиление МС ООН, ибо любое обсуждение этой темы влекло бы за собой вопрос о судебном контроле МС ООН за действиями СБ ООН.

В-третьих, государства осознали, что постоянно действующие международные суды с обязательной юрисдикцией имеют свои преимущества перед арбитражами *ad hoc* и такими судами, как ПМП и МС ООН, и могут оказаться очень полезными. Помимо функции разрешения споров, государства делегируют судам право контроля за исполнением государствами своих обязательств по договору (установление фактов нарушения), право контроля актов и решений институтов международных организаций, а также в определенной степени право нормотворчества для устранения пробелов и прояснения нечетко сформулированных положений в международных договорах.

В-четвертых, на практике конкретный международный суд создается только тогда, когда для создающих его государств баланс тех выгод и преимуществ, которые они получают от его создания, перевешивает (как им кажется)

¹²⁰ Распоряжение Президента РФ от 16 ноября 2016 г. № 361-рп «О намерении Российской Федерации не стать участником Римского статута Международного уголовного суда» // URL: <http://kremlin.ru/acts/bank/41387>.

¹²¹ Ведерникова О. Н. Римский статут Международного уголовного суда: критический анализ // Государство и право. 2009. № 5. С. 70—78 ; Богуш Г. И., Трикоз Е. Н. Россия и международный уголовный суд: проблемы, дискуссии, поиск решений // Российский ежегодник уголовного права. 2007. № 2. С. 620—654.

те минусы и ограничения, которые появляются после создания этого суда. На практике такое решение более достижимо на региональном уровне, чем на универсальном. Если решение о создании суда на универсальном уровне и принимается (последние примеры — это ОРС ВТО и МУС), то во многом это не результат реализации заранее намеченного и разбитого на этапы плана, а уникального для данного суда совпадения во времени субъективных и объективных факторов.

В-пятых, произвольный и нескоординированный характер процесса создания международных судов, неожиданная для государств эволюция созданных ими судов с течением времени, равно как и количество и география так и не начавших свою работу судов, показывают, что процесс создания судов не поддается формализации и в каждом конкретном случае государства действуют путем проб и ошибок, надеясь, что если попытка будет сочтена ими удачной, и суд докажет свою полезность, то структуру и юрисдикцию можно будет улучшить в дальнейшем. Если же попытка будет сочтена неудачной, то, используя свое исключительное положение «творцов договоров» (masters of the treaties) в международном праве, государства могут применить по отношению к созданным ими международным судам целый арсенал методов, который просто невозможно себе представить в национальном правовом порядке, начиная от неисполнения его решений, оспаривания легитимности суда и до сужения его юрисдикции и даже его закрытия. При этом государства опираются на свой собственный и всегда уникальный опыт общения с международными судами и на свои представления о международном правосудии в целом. Поэтому нет ничего удивительного в том, что выглядящие одинаково с точки зрения структуры и юрисдикции международные суды показывают различные результаты с точки зрения успешности и эффективности. Успешность суда зависит от различных факторов, среди которых в первую очередь нужно упомянуть

готовность конкретных государств и их национальных судов работать с международным судом, позицию самого суда, ее реалистичность, прагматичность, аргументированность, оценку последствий того или иного решения.

В-шестых, необходимо упомянуть о том, что среди государств и в научной литературе меняется отношение к конкуренции юрисдикций, и на смену настороженности приходит понимание, что эту конкуренцию можно и нужно поощрять¹²². Уже сейчас международные суды действуют в условиях очень жесткой конкуренции, и государства будут стремиться ее только поощрять. Достаточно сказать, что те же решения Евразийской экономической комиссии можно оспорить не только в Суд ЕАЭС, но и в ЕСПЧ, направляя жалобу на принятые во исполнение действия государства — члена ЕАЭС, которое одновременно участвует в Совете Европы (а это Россия и Армения). Решение ЕЭК можно обжаловать в ОРС ВТО, указывая в качестве ответчика государство, которое также одновременно находится в ЕАЭС и в ВТО (а это все страны — члены Союза, за исключением Белоруссии). Как показывает свежая практика ОРС ВТО, такая жалоба будет принята и рассмотрена. Кроме того, решение ЕЭК можно оспорить в инвестиционный арбитраж на основании двусторонних инвестиционных договоров¹²³. И это не говоря уже о том, что Конституционный Суд РФ уже выразил готовность проверять соответствие решений ЕЭК Конституции России, получая соответствующие обращения¹²⁴.

При таком подходе всем очевиден риск интерпретационной «какофонии». Однако, как показывает современная практика государств, они готовы не делать из этого трагедию. Наоборот, государства намерены извлечь из этого даже пользу для себя. В чем может заключаться положительный эффект от этого состояния международного правосудия? Конфликт юрисдикций означает конкуренцию судов, отличающихся по полномочиям, опыту, известности, успеху и авторитету. Даже простое осознание факта наличия такой конкуренции заставляет

¹²² Cogan J. Op. cit. P. 411.

¹²³ Кожеуров Я. С. Институты международного правосудия и право Евразийского экономического союза: смотр правовых сил // Российский юридический журнал. 2016. № 4. С. 4—16.

¹²⁴ Определение Конституционного Суда РФ от 3 марта 2015 г. № 417-О «По запросу Арбитражного суда Центрального округа о проверке конституционности пункта 4 Порядка применения освобождения от уплаты таможенных пошлин при ввозе отдельных категорий товаров на единую таможенную территорию Таможенного союза» // URL: <http://doc.ksrf.ru/decision/KSRFDecision190708.pdf>.

суды совсем по-другому относиться к тем решениям, которые они выносят. А это значит, что конкуренция судов является частью того самого механизма сдержек и противовесов, который стихийно складывается сейчас на международном уровне. Кроме того, конкуренция означает, что ни одному международному суду отнюдь не гарантировано комфортное

существование. То, что мы сейчас наблюдаем, это своего рода жесткий путь проб и ошибок, которым идут государства при создании судов и принятии решений об их дальнейшем существовании. В этом отношении даже в среднесрочной перспективе можно сказать: выживут сильнейшие, мудрейшие и самые терпеливые международные суды.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Кожеуров Я. С.* Институты международного правосудия и право Евразийского экономического союза: обзор правовых сил // Российский юридический журнал. — 2016. — № 4. — С. 4—16.
2. *Смбатян А. С.* Решения органов международного правосудия в системе международного публичного права. — М.: Статут, 2012. — 270 с.
3. *Толстых В. Л.* Некоторые аспекты пролиферации международных судов // Российское правосудие. — 2010. — № 9. — С. 34—42.
4. *Abi-Saab G.* Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks // New York University Journal of International Law and Politics. — 1999. — Vol. 31. — № 4. — P. 919—933.
5. *Alter K. J.* Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration // Slaughter A., Stone Sweet A., Weiler J. (eds.). The European Courts and National Courts. Doctrine and jurisprudence. — Oxford: Oxford University Press, 2000. — P. 227—252.
6. *Alter K. J.* Private Litigants and the New International Courts // Comparative Political Studies. — 2006. — Vol. 39. — № 1. — P. 22—49.
7. *Alter K. J.* The European Court's Political Power: Selected Essays. — Oxford: Oxford University Press, 2009. — 364 p.
8. *Alter K. J.* The Evolution of International Law and Courts // Fioretos O., Falletti T., Sheingate A. (eds.). Oxford Handbook of Historical Institutionalism. — Oxford: Oxford University Press, 2016. — P. 590—610.
9. *Alter K. J.* The Global Spread of European Style International Courts // West European Politics. — 2012. — Vol. 35. — № 1. — P. 135—154.
10. *Alter K. J.* The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights. — Princeton University Press, 2014. — 480 p.
11. *Carrubba C. J., Gabel M. J.* Courts, Compliance, and the Quest for Legitimacy in International Law // Theoretical Inquiries in Law. — 2013. — Vol. 14. — № 2. — P. 505—542.
12. *Chesterman S.* Asia's Ambivalence about International Law & Institutions: Past, Present, and Futures // The European Journal of International Law. — 2016. — Vol. 27. — № 4. — P. 945—978.
13. *Cogan J.* Competition and Control in International Adjudication // Virginia Journal of International Law. — 2008. — Vol. 48. — № 2. — P. 411—449.
14. *Davey W.* Dispute settlement in the WTO and RTAs: A comment // Bartels L., Ortino F. (eds.). Regional Trade Agreements and the WTO Legal System. — Oxford University Press, 2006. — P. 343—357.
15. *Guzman M. de.* Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Courts // Michigan Journal of international law. — 2012. — Vol. 33. — № 2. — P. 265—320.
16. *Gal-Or N.* The Concept of Appeal in International Dispute Settlement // The European Journal of International Law. — 2008. — Vol. 19. — № 1. — P. 43—65.
17. *Goldstein J., Steinberg R.* Negotiate or Litigate? Effects of WTO Judicial Delegation on U.S. Trade Politics // Law & Contemporary Problems. — 2008. — Vol. 7. — № 1. — P. 257—282.
18. *Goldstein J., Steinberg R.* Regulatory Shift: The Rise of Judicial Liberalization at the WTO // Mattli W., Woods N. (eds.). The Politics of Global Regulation. — Princeton, 2009. — P. 211—241.
19. *Guillaume G.* The Proliferation of International Judicial Bodies: The Outlook for the International Legal Order // Speech to the Sixth Committee of the General Assembly of the United Nations. — 2000. October 27th.

20. *Hillman J.* Conflicts between Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements and the WTO — What Should WTO Do // *Cornell International Law Journal*. — 2009. — Vol. 42. — № 2. — P. 193—208.
21. *Jennings R.* The Role of the International Court of Justice in the Development of International Environment Protection Law // *Review of European Community & International Environmental Law*. — 1992. — Vol. 1. — № 3. — P. 240—244.
22. *Koh T.* International Law and the Peaceful Resolution of Disputes: Asian Perspectives, Contributions, and Challenges // *Asian Journal of International Law*. — 2011. — Vol. 1. — № 1. — P. 57—60.
23. *Lehmen A.* The Case for the Creation of an International Environmental Court: Non-State Actors and International Environmental Dispute Resolution // *Colorado Natural Resources, Energy, & Environmental Law Review*. — 2015. — Vol. 26. — № 2. — P. 179—217.
24. *Lehtinen E.* The European Court of Justice and European Court of Human Rights: A Complex Interaction and Coexistence between the Two Courts // *Workshop on the ECtHR Tampere 2015*. URL: <https://blogs.uta.fi/ecthrworkshop/2016/03/07/lehtinen/>.
25. *Madsen M.* The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash // *Law and Contemporary Problems*. — 2016. — Vol. 79. — № 1. — P. 141—178.
26. *Martinez J.* Towards an International Judicial System // *Stanford Law Review*. — 2003. — Vol. 56. — №2. — P. 429—529.
27. *Miller N.* An International Jurisprudence? The Operation of “Precedent” across International Tribunals // *Leiden Journal of International Law*. — 2002. — Vol. 15. — № 3. — P. 483—526.
28. *Murphy S.* The International Court of Justice // *Giorgetti C. (ed.). The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*. — Martinus Nijhoff Publishers. — 2012. — Vol. 4. — P. 11—35.
29. *Murphy S. D.* The United States and the International Court of Justice: Coping with Antinomies // *The Sword and the Scales: The United States and International Courts and Tribunals / C. Romano (ed.)*. — Cambridge University Press, 2009. — 492 p.
30. *Neumann G.* Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights // *The European Journal of International Law*. — 2008. — Vol. 19. — № 1. — P. 101—123.
31. *Osiemo O.* Lost in Translation: The Role of African Regional Courts in Regional Integration in Africa // *Legal Issues of Economic Integration*. — 2014. — Vol. 41. — № 1. — P. 87—121.
32. *Pedersen O.* An International Environmental Court and International Legalism // *Journal of Environmental Law*. — 2012. — Vol. 24. — № 3. — P. 547—558.
33. *Petersmann E.-U.* Constitutional Theories of International Economic Adjudication and Investor-State Arbitration // *Dupuy P.-M., Francioni F., Petersmann E.-U. Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. — Oxford : Oxford University Press, 2009. — P. 137—194.
34. *Rolin H.* Has the European Court of Human Rights a Future? // *Howard Law Journal*. — 1965. — Vol. 11. — P. 442—451.
35. *Romano C.* The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication : Elements for a Theory of Consent // *New York University Journal of International Law and Politics*. — 2007. — Vol. 39. — P. 791—872.
36. *Romano C., Alter K., Shany Y. (eds.).* The Oxford University Press Handbook of International Adjudication. — Oxford University Press, 2014. — 1072 p.
37. *Romano C.* The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle // *New York University Journal of International Law*. — 1999. — Vol. 31. — № 4. — P. 709—751.
38. *Romano C.* The Shadow Zones of International Judicialization // *Romano C., Alter K., Shany Y. (eds.). The Oxford University Press Handbook of International Adjudication*. — Oxford University Press, 2014. — P. 90—110.
39. *Romano C.* Trial and Error in International Judicialization // *Romano C., Alter K., Shany Y. (eds.). The Oxford University Press Handbook of International Adjudication*. — Oxford University Press, 2014. — P. 111—134.
40. *Stone Sweet A.* Governing with Judges : Constitutional Politics in Europe. — Oxford : Oxford University Press, 2000. — 246 p.
41. *Ten Cate I.* International Arbitration and the Ends of Appellate Review // *New York University Journal of International Law and Politics*. — 2012. — Vol. 44. — № 4. — P. 1109—1204.
42. *Terris D., Romano C., Swigart L.* Toward a Community of International Judges // *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law*. — 2008. — Vol. 38. — P. 419—471.

43. Voeten E. Borrowing and Nonborrowing among International Courts // The Journal of Legal Studies. — 2010. — Vol. 39. — № 2. — P. 547—576.
44. Zacklin R. The Failings of Ad Hoc International Tribunals // Journal of International Criminal Justice. — 2004. — Vol. 2. — № 2. — P. 541—545.

Материал поступил в редакцию 3 августа 2017 г.

EVOLUTION AND WAYS OF DEVELOPMENT OF CONTEMPORARY INTERNATIONAL JUSTICE

ISPOLINOV Aleksey Stanislavovich — Head of the Department of International Law of the Law Faculty at the Lomonosov Moscow State University, PhD in Law

ispolinov@inbox.ru

119991, Russia, GSP-1, Moscow, Leninskiye Gory, 1, Stroenie 13 (4 Uchebnyi Korpus)

Abstract. *The process of expansion of international courts that has been going on for more than twenty-five years so far has produced very extensive empirical evidence that not only assesses the correctness of theories and concepts that attempt to explain this phenomenon, but also draws conclusions concerning activities of international courts, determines their common characteristics and substantiates the emergence of some new trends in international justice. The author proceeds from the fact that the chaotic nature of the process of international courts appearance is a consequence of objective realities of contemporary international law caused by the absence of a single world law-maker and the existence of sovereign States with their dynamically changing priorities and interests instead of such a single law-maker. Today, proposals to form a centralized system of international courts similar to the national judicial system, or, at least, some kind of a judicial hierarchy among international courts presided over by the ICJ seem to be more than utopian. In practice, a particular international court is established only when the balance of benefits and preferences that are acquired by a founding state outweigh (as it seems to be) disadvantages and limitations that appear after the formation of the court. However, the process of establishing the courts cannot be formalized and, in each particular case, Nations operate through trial and error, using the set of measures already tested in practice to control ships. Among States, an attitude towards jurisdictional competition of international courts is changing, and it is understood that this competition should be encouraged. The competition of international courts is a part of the mechanism of checks and balances that is spontaneously developing now at the international level. In this competition, each court acts for itself, and an expected by many global community of judges has not appeared. It is conceptually and factually wrong to refer to the citation by one court of the decisions of other courts as a dialogue, because, in fact, in the absolute majority of cases, it is a unilateral citation of the decisions of well-known and authoritative courts made by regional, obscure or newly created courts, which is carried out not for the purpose of exchanging views, but primarily to enhance the legitimacy of their decisions in the eyes of their addressees.*

Keywords: *International courts, extension (proliferation), compulsory jurisdiction, community of courts, delegation of functions, agency agreement, mutual citation, appellate instance*

REFERENCES

1. Kozheurov, Ya. S. Institutions of International Justice and the Eurasian Economic Union Law: Legal Forces inspection // Russian Legal Journal. 2016. № 4. — P. 4—16.
2. Smbatyan, A. S. Decisions of International Justice Bodies in the System of Public International Law. M.: Statut, 2012. — 270 p.
3. Tolstykh, V. L. Some Aspects of Proliferation of International Courts // Russian Jurisprudence. 2010. № 9. — P. 34—42.
4. Abi-Saab G. Fragmentation or Unification: Some Concluding Remarks // New York University Journal of International Law and Politics. 1999. Vol. 31. No. 4. — P. 919—933.
5. Alter K. J. Explaining National Court Acceptance of the European Court Jurisprudence: A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration. In: Slaughter A., Stone Sweet A., Weiler J. (eds). The European Courts and National Courts. Doctrine and jurisprudence. Oxford University Press, 2000. — P. 227—252.
6. Alter K. J. Private Litigants and the New International Courts // Comparative Political Studies. 2006. Vol. 39. № 1. — P. 22—49.

7. *Alter K. J.* The European Court's Political Power: Selected Essays. Oxford: Oxford University Press, 2009. — 364 p.
8. *Alter K. J.* The Evolution of International Law and Courts. In: Fioretos O., Falleti T., Sheingate A. (eds). Oxford Handbook of Historical Institutionalism. Oxford University Press, 2016. — P. 590—610.
9. *Alter K. J.* The Global Spread of European Style International Courts // *West European Politics*. 2012. Vol. 35. № 1. — P. 135—154.
10. *Alter K. J.* The New Terrain of International Law: Courts, Politics, Rights. Princeton University Press, 2014. — 480 p.
11. *Carrubba C. J., Gabel M. J.* Courtes, Compliance, and the Quest for Legitimacy in International Law // *Theoretical Inquiries in Law*. 2013. Vol. 14. № 2. — P. 505—542.
12. *Chesterman S.* Asia's Ambivalence about International Law & Institutions: Past, Present, and Futures // *The European Journal of International law*. 2016. Vol. 27. № 4. — P. 945—978.
13. *Cogan J.* Competition and Control in International Adjudication // *Virginia Journal of International law*. 2008. Vol. 48. № 2. — P. 411-449.
14. *Davey W.* Dispute settlement in the WTO and RTAs: A comment. In: Bartels L., Ortino F. (eds). *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System*. Oxford University Press, 2006. -P. 343-357.
15. *Guzman M. de.* Choosing to Prosecute: Expressive Selection at the International Criminal Courts // *Michigan Journal of international law*. — 2012. — Vol. 33. — № 2. — P. 265—320.
16. *Gal-Or N.* The Concept of Appeal in International Dispute Settlement // *The European Journal of International Law*. — 2008. — Vol. 19. — № 1. — P. 43—65.
17. *Goldstein J., Steinberg R.* Negotiate or Litigate? Effects of WTO Judicial Delegation on U.S. Trade Politics // *Law & Contemporary Problems*. — 2008. — Vol. 7. — № 1. — P. 257—282.
18. *Goldstein J., Steinberg R.* Regulatory Shift: The Rise of Judicial Liberalization at the WTO // *Mattli W., Woods N. (eds.). The Politics of Global Regulation*. — Princeton, 2009. — P. 211—241.
19. *Guillaume G.* The Proliferation of International Judicial Bodies: The Outlook for the International Legal Order // *Speech to the Sixth Committee of the General Assembly of the United Nations*. — 2000. October 27th.
20. *Hillman J.* Conflicts between Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements and the WTO — What Should WTO Do // *Cornell International Law Journal*. — 2009. — Vol. 42. — № 2. — P. 193—208.
21. *Jennings R.* The Role of the International Court of Justice in the Development of International Environment Protection Law // *Review of European Community & International Environmental Law*. — 1992. — Vol. 1. — № 3. — P. 240—244.
22. *Koh T.* International Law and the Peaceful Resolution of Disputes: Asian Perspectives, Contributions, and Challenges // *Asian Journal of International Law*. — 2011. — Vol. 1. — № 1. — P. 57—60.
23. *Lehmen A.* The Case for the Creation of an International Environmental Court: Non-State Actors and International Environmental Dispute Resolution // *Colorado Natural Resources, Energy, & Environmental Law Review*. — 2015. — Vol. 26. — № 2. — P. 179—217.
24. *Lehtinen E.* The European Court of Justice and European Court of Human Rights: A Complex Interaction and Coexistence between the Two Courts // *Workshop on the ECtHR Tampere 2015*. URL: <https://blogs.uta.fi/ecthrworkshop/2016/03/07/lehtinen/>
25. *Madsen M.* The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash // *Law and Contemporary Problems*. — 2016. — Vol. 79. — № 1. — P. 141—178.
26. *Martinez J.* Towards an International Judicial System // *Stanford Law Review*. — 2003. — Vol. 56. №2. — P. 429—529.
27. *Miller N.* An International Jurisprudence? The Operation of “Precedent” across International Tribunals // *Leiden Journal of International Law*. — 2002. — Vol. 15. — № 3. — P. 483—526.
28. *Murphy S.* The International Court of Justice. In: Giorgetti C. (ed.). *The Rules, Practice, and Jurisprudence of International Courts and Tribunals*. — Martinus Nijhoff Publishers. — 2012. — Vol. 4. — P. 11—35.
29. *Murphy S. D.* The United States and the International Court of Justice: Coping with Antinomies // *The Sword and the Scales: The United States and International Courts and Tribunals*. / C. Romano (ed.). — Cambridge University Press? 2009. — 492 p.
30. *Neumann G.* Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights // *The European Journal of International Law*. — 2008. — Vol. 19. — № 1. — P. 101—123.

31. *Osiemo O.* Lost in Translation: The Role of African Regional Courts in Regional Integration in Africa // Legal Issues of Economic Integration. — 2014. — Vol. 41. — № 1. — P. 87—121.
32. *Pedersen O.* An International Environmental Court and International Legalism // Journal of Environmental Law. — 2012. — Vol. 24. — № 3. — P. 547—558.
33. *Petersmann E.-U.* Constitutional Theories of International Economic Adjudication and Investor-State Arbitration // *Dupuy P.-M., Francioni F., Petersmann E.-U.* Human Rights in International Investment Law and Arbitration. — Oxford : Oxford University Press, 2009. — P. 137—194.
34. *Rolin H.* Has the European Court of Human Rights a Future? // Howard Law Journal. — 1965. — Vol. 11. — P. 442—451.
35. *Romano C.* The Shift from the Consensual to the Compulsory Paradigm in International Adjudication : Elements for a Theory of Consent // New York University Journal of International Law and Politics. — 2007. — Vol. 39. — P. 791—872.
36. *Romano C., Alter K., Shany Y.* (eds.). The Oxford University Press Handbook of International Adjudication. — Oxford University Press, 2014. — 1072 p.
37. *Romano C.* The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle // New York University Journal of International Law. — 1999. — Vol. 31. — № 4. — P. 709—751.
38. *Romano C.* The Shadow Zones of International Judicialization // *Romano C., Alter K., Shany Y.* (eds.). The Oxford University Press Handbook of International Adjudication. — Oxford University Press, 2014. — P. 90—110.
39. *Romano C.* Trial and Error in International Judicialization // *Romano C., Alter K., Shany Y.* (eds.). The Oxford University Press Handbook of International Adjudication. — Oxford University Press, 2014. — P. 111—134.
40. *Stone Sweet A.* Governing with Judges : Constitutional Politics in Europe. — Oxford : Oxford University Press, 2000. — 246 p.
41. *Ten Cate I.* International Arbitration and the Ends of Appellate Review // New York University Journal of International Law and Politics. — 2012. — Vol. 44. — № 4. — P. 1109—1204.
42. *Terris D., Romano C., Swigart L.* Toward a Community of International Judges // Loyola of Los Angeles International and Comparative Law. — 2008. — Vol. 38. — P. 419—471.
43. *Voeten E.* Borrowing and Nonborrowing among International Courts // The Journal of Legal Studies. — 2010. — Vol. 39. — № 2. — P. 547—576.
44. *Zacklin R.* The Failings of Ad Hoc International Tribunals // Journal of International Criminal Justice. — 2004. — Vol. 2. — № 2. — P. 541—545.