

М.Л. Гальперин,
доктор юридических наук,
профессор департамента
международного права НИУ ВШЭ

О судебном толковании и «политических вопросах» в международном правосудии

Один из основоположников современного международного права и судья Международного Суда Герш Лаутерпахт (*Hersch Lauterpacht*) писал еще в 1933 году: «просто утверждать, что все международные споры политические, так же легко демонстрировать, что все международные споры, кроме того, юридические; пока действует верховенство права, споры могут быть разрешены юридическим способом, и их «политическая природа» не предполагает, что они не могут быть урегулированы правовыми средствами».¹

Практически любой международный процесс, который привлекает широкое внимание, связан с политикой. Известность получили международные инвестиционные арбитражи по искам компаний группы Philip Morris, основанных на ужесточении Уругваем и Австралией национального антитабачного регулирования,² и дела по межгосударственным жалобам Грузии и Украины против России в Европейском суде по правам человека, и дело ЮКОСа. Можно вспомнить и так называемые «приднестровские» споры в ЕСПЧ, в рамках которых международный суд расширил горизонты статьи 1 Европейской конвенции о

¹ H. Lauterpacht, *The Function of Law in the International Community*. Цит. по: Catharine Titi. *Are Investment Tribunals Adjudicating Political Disputes?: Some Reflections on the Repoliticization of Investment Disputes and (New) Forms of Diplomatic Protection* // *Journal of International Arbitration*, 2015, Volume 32, Issue 3. P. 266.

² См., напр.: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/421/philip-morris-v-australia>; <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/368/philip-morris-v-uruguay>.

защите прав человека и принял на себя бремя определения степени политического влияния одного государства на территорию другого³.

Буквально в последний год в портфель громких «политических» дел в Европейском Суде по правам человека добавились и межгосударственные жалобы Лихтенштейна против Чешской Республики (в связи с изъятием правительством Бенеша собственности немцев Чехословакии в 1945 году),⁴ а также Нидерландов против России (в связи с крушением малазийского Боинга на Украине в 2014 году)⁵. В таких делах, как правило, заявители подталкивают международные суды к тому, чтобы высказать свою позицию в отношении вопросов, которые обычно решаются на дипломатических переговорах, саммитах глав государств или в Совете Безопасности ООН, находятся в суверенной дискреции национальных правительств и парламентов.

Не секрет, что эти вопросы, как правило, напрямую связаны с пределами компетенции соответствующих международных судов и арбитражей не только в сугубо юридическом, процессуальном смысле, но и с точки зрения более общих вопросов национального суверенитета, разделения властей, демократии, народовластия, верховенства права.

Так, в мае 2020 года Федеральный конституционный суд ФРГ (КС ФРГ) громко заявил о себе, признав неконституционными меры Европейского Центрального Банка (ЕЦБ) направленные на стимулирование экономики еврозоны денежными вливаниями в противоречии с решением Европейского Суда Справедливости, ранее посчитавшего меры правомерными.⁶

В параграфе 101 постановления суд указывает, что Основной закон ФРГ не наделяет германские государственные органы правом передавать суверенные полномочия Европейскому Союзу таким образом, чтобы ЕС мог независимым

³ Позиция, изложенная в блестящем Особом мнении судьи А.И. Ковлера по делу «Илашку и другие (Ilasku and others) против Молдавии и Российской Федерации» (жалоба № 48787/99) продолжает оставаться «путеводной» звездой в противодействии попыткам явной политизации концепции прав человека в практике ЕСПЧ.

⁴ <https://www.ejiltalk.org/liechtenstein-v-czech-republic-before-the-european-court-of-human-rights/>

⁵ <https://www.government.nl/latest/news/2020/07/10/the-netherlands-brings-mh17-case-against-russia-before-european-court-of-human-rights>

⁶ BVerfG, Judgment of the Second Senate of 05 May 2020 - 2 BvR 859/15.

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.html

образом самостоятельно создавать новую компетенцию сам для себя. Механизм и пределы передачи суверенных полномочий должны удовлетворять демократическим принципам. Необходимо сохранить за Бундестагом существенную свободу усмотрения, особенно в форме его бюджетных полномочий.

Эффект от соответствующих экономических мер включает риск возникновения пузырей на рынке недвижимости и фондовом рынке, а также экономическое и социальное влияние на почти всех граждан, которые по крайней мере косвенно затрагиваются, в том числе как акционеры, арендаторы и владельцы недвижимости, вкладчики или держатели страховых полисов (параграф 173). Основываясь на их ответственности в отношении европейской интеграции, конституционные органы обязаны сделать активные шаги против таких мер, имея в виду, что программа представляет собой акт *ultra vires* (параграф 229). В результате, акт *ultra vires* не должен применяться в Германии, и не имеет обязательного эффекта в отношении германских конституционных органов, административных властей и судов. Эти органы, суды и власти не могут принимать участие в развитии, имплементации, исполнении или внедрении актов *ultra vires* (параграф 234).

Приведенные позиции свидетельствуют о том, что наднациональные органы должны учитывать систему разделения властей в соответствующих государствах, их полномочия по решению вопросов политического характера не только при исполнении международно-правовых обязательств, но и при выражении согласия на их принятие. В этой связи обратим внимание на статью 46 Венской Конвенции о праве международных договоров 1969 года, которая, с одной стороны, лишает государство права ссылаться на то обстоятельство, что его согласие на обязательность международного договора было выражено в нарушение положения его внутреннего права, с другой – прямо предоставляет такую возможность, если нарушение внутреннего права было явным и касалось нормы права *особо важного значения*. По нашему мнению, к таким нормам относятся положения, определяющие основы конституционного строя. При этом к *особо важным* можно

отнести не только «материально-правовые» нормы, предусматривающие конкретные виды субъективных прав (как, например, в деле «Анчугов и Гладков» в ЕСПЧ⁷ – избирательные права заключенных, а в деле «Маркина»⁸ – право мужчины-военнослужащего на отпуск по уходу за ребенком), но и «процедурные»: закрепляющие право на судебную защиту, реализующие принцип разделения властей (включая распределение компетенции между президентом, правительством и парламентом при реализации внешней политики), механизм контроля властей судебной и законодательной за властью исполнительной и т.д.

Приведенные выше тезисы ни в коем случае не могут поставить под сомнение безусловные обязательства государств по соблюдению и уважению международного права. Более того (на это обратил внимание и КС ФРГ), как раз ответственность за развитие международного права, реализацию целей международных договоров лежит и на национальных конституционных органах, включая высшие суды. Эти органы *обязаны реагировать* на нарушения основополагающих принципов и норм международного права, положений международных договоров, особенно, если такие нарушения приводят к актам *ultra vires*, произвольному применению и толкованию норм международных договоров не столько в противоречии с основами национальных правопорядков государств-участников договора, сколько в нарушение целей самого международного договора. В постановлении КС ФРГ неоднократно упоминает об ответственности Федерального правительства и Бундестага за «европейскую интеграцию», фактически в защиту этой интеграции, а не только национального суверенитета, выступает КС ФРГ, принимая решение, констатирующее выход международных структур за пределы своей компетенции.

В определенном смысле позиция КС ФРГ перекликается и с известным делом ЮКОСа. Напомним, что в соответствии с решением международного арбитража в 2014 году на Российскую Федерацию была возложена обязанность компенсации бывшим мажоритарным акционерам более 50 миллиардов долларов в связи с

⁷ Анчугов и Гладков (Anchugov and Gladkov) против Российской Федерации (жалоба № 11157/04, 15162/05).

⁸ Константин Маркин (Konstantin Markin) против Российской Федерации (жалоба № 30078/06).

принятием в отношении компании санкций за нарушения российского налогового законодательства в начале 2000-х годов (самый крупный размер присужденной компенсации в истории международного разрешения споров).⁹ При этом и инвестиционный арбитраж, а затем и нидерландский апелляционный суд, подтвердившие правомерность арбитражного решения, признали, что компетенция арбитража может основываться и на положениях *нератифицированного* международного договора.

Как раз в данном случае оказались затронутыми не «простые» нормы национального законодательства, а основы конституционного строя, включая право на судебную защиту и принцип разделения властей.

Временное применение (без ратификации) положений международного договора, предусматривающих уступку юрисдикции на рассмотрение споров с участием государства, было бы эквивалентно нарушению универсального правила о законном суде (которое находит отражение и в статье 47 Конституции РФ), то есть необходимости установления подсудности исключительно законом, принятым парламентом, а не распоряжением правительства. Право на законный суд достаточно широко понимается в практике ЕСПЧ, который в частности не раз подтверждал, что даже в арбитраже (третейском разбирательстве) в случае, если он является обязательным для сторон, такой арбитраж подпадает под универсальные требования части 1 статьи 6 Конвенции о защите прав человека, которая предусматривает реализацию права на справедливое судебное разбирательство судом, *созданным на основании закона*, и действующим независимо.¹⁰

Примечательно, что сами Нидерланды (Верховный Суд которых сейчас рассматривает вопрос об отмене арбитражного решения по делу «ЮКОСа») недавно стали ответчиком по иску, основанному на арбитражной оговорке, содержащейся в том же Договоре к Энергетической хартии, от германской энергетической компании, которая требует около 1 миллиардов евро компенсации

⁹ Подробно историю дела см., напр.: Рачков И.В. Бывшие акционеры «ЮКОСа» против России. Комментарий к арбитражному решению под эгидой Постоянной Палаты Третейского Суда в Гааге // Международное правосудие. 2014. № 3. С 18-34. Со всем объемом материалов по делу можно ознакомиться на сайте <http://yukoscase.com/>

¹⁰ См., напр.: п. 174 Постановления ЕСПЧ от 28 января 2020 г. по делу «Али Риза (Ali Riza) и другие против Турции» (жалоба № 30226/10 и 4 другие).

в связи ужесточением законодательных требований к использованию угля в рамках построения «зеленой экономики». Такие дела (аналогичные иски со ссылкой на Договор к Энергетической хартии были поданы и к Германии (на сумму 6,2 миллиарда евро) в связи с ограничениями для атомной энергетики, введенными после аварии на АЭС «Фукусима-1», и к Италии, и другим странам) побудили истеблишмент в странах Европы поставить под сомнение целесообразность существования международного договора, изначально предназначенного для обеспечения безопасности западных инвестиций в пост-советских странах, но затем превратившегося в «по-настоящему антидемократическое орудие (*truly anti-democratic tool*) в руках частных арбитров.

Что нас ждет дальше? Как найти баланс между политическим и юридическим в международном правосудии?

Для того, чтобы начать решать проблему, надо честно признаться в ее существовании. «Эволютивное» толкование норм международного права в противоречии с их буквальным смыслом, из которого исходили государства, их создавая, становится устойчивой тенденцией. Это влечет за собой естественную реакцию национальных правовых систем в лице высших судов, которые, с одной стороны, избегают прямой конфронтации, оставаясь в классической парадигме уважения к международному праву, с другой стороны очерчивают «красные линии», которые призваны ограничить подведомственность международных трибуналов. Такие «красные линии», как правило, проходят по наиболее важным политическим вопросам, решение которых не может быть обеспечено без использования конституционных механизмов, в том числе, предполагающих выражение в демократических процедурах воли народа или его избранных представителей.

При этом мирное разрешение конфликта юрисдикций невозможно без осознания проблемы именно в юридической плоскости, совместного определения того, какие дела являются *подведомственными* международному трибуналу, и какой вопрос должен считаться «политическим»?

Вопрос о политизации международных трибуналов нельзя считать маргинальным. В противном случае, он в итоге рискует разрушить международную систему разрешения споров и, как следствие, подорвет механизмы действия международного права.

Необходимо определиться, что мы понимаем под последним в *юридическом смысле*, по отношению к *международному правосудию*. Если не ограничиваться простым перечислением соответствующих категорий дел, а найти общий родовый признак, то под политическим вопросом можно понимать возникающий при рассмотрении международного спора вопрос, допускающий *формально правомерное* решение в пользу любой из сторон спора, и, как следствие, *позволяющий вынести по нему решение, исходя из интересов политической группы*, поддерживающей позицию одной из сторон и *имеющей наибольшее влияние на судей*. Описанную ситуацию следует отличать от *заведомо неправомерных* решений, основанных на сознательном искажении фактов и права, а также явного выхода трибунала за пределы установленной юрисдикции (акт *ultra vires*).

Трибунал, перед которым возник «политический вопрос», должен не только провести первичный тест (*primary test*), что перед ним ситуация, признаки которой обозначены выше, но и вторичный тест (*secondary test*), который должен помочь судьям ответить на вопрос о том, готовы ли и должны ли они этот вопрос принять к рассмотрению *по существу* (а не признать неприемлемым по процессуальным основаниям).

Такой *secondary test* может включать в себя в совокупности три аспекта.

Во-первых, аспект репутационный. Необходимо определить, каков будет уровень легитимности будущего решения? Будет ли оно восприниматься как правосудное и справедливое, укрепит ли в долгосрочном плане репутацию суда? Есть ли уверенность в том, что решение будет действительно исполнено?

Во-вторых, аспект аксиологический (ценностный). Обеспечит ли решение суда по этому вопросу фактическое достижение целей, ради которых норма, на котором оно основано, была создана? Поможет ли решение достижению международного мира и безопасности, повышению уровня взаимопонимания

между субъектами международного права, конструктивному решению «политического» вопроса?

В-третьих, аспект институциональный. Пригодны ли процедуры конкретного трибунала для наиболее полного и объективного исследования поставленного вопроса? Обладают ли судьи знаниями и квалификацией в этих вопросах? Уверен ли суд, что решение будет основано на проверенных и надежных фактах? Нет ли более подходящего (*convenient*) судебного или *внесудебного* форума для решения этого вопроса?

Позвольте выразить уверенность, что тесное сотрудничество национальных властей, интеграционных объединений, постоянно действующих международных судов позволит в конструктивном диалоге решить все эти вопросы, таким образом, заложить прочную основу для экономической интеграции, повышения уровня защиты фундаментальных прав, развития и укрепления международного права.

Спасибо!