

Некоторые размышления о взаимоотношениях международных договоров и мягкого права

Алан Бойл*

1. Введение

Отправной точкой для анализа взаимоотношений между международными договорами и мягким правом выступает наблюдение, что нюансы процессов создания современного международного права, более нельзя адекватно ограничивать отсылкой к ортодоксальным категориям обычая и международного договора. Роль мягкого права как элемента международного правотворчества сегодня является общепризнанной, а его влияние на все аспекты международного права – очевидным. Взаимоотношения между международным договором и обычаем, между мягким правом и обычаем в рамках [международного] правотворческого процесса также хорошо известны. Взаимоотношения между международными договорами и мягким правом исследуются намного реже, но являются не менее важными и имеют большое практическое значение для работы международных организаций.

2. Что такое мягкое право?

Мягкое право характеризуется широким диапазоном возможных критериев,¹ но три из них непосредственно относятся к настоящему исследованию:

(1) Мягкое право не является обязательным

В этом контексте мягкое право может быть противопоставлено жесткому праву, которое является обязательным. Международные договоры, по определению, всегда относятся к жесткому праву, поскольку они всегда обязательны. Для данного критерия мягкого права решающей является правовая форма: если такая форма – международный договор, то он не может быть мягким правом. Если формой выступает необязательное соглашение,

* © А. Бойл, профессор международного публичного права Эдинбургского университета, 1999;
© А.В. Демин (перевод с англ.), 2013; Перевод выполнен изданию: *Alan E. Boyle. Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law // International and Comparative Law Quarterly*, 1999, vol. 48, № 4, pp. 901-913.

¹ См. главным образом: *Baxter*, *International Law in Her Infinite Variety* (1980) 29 *I.C.L.Q.* 549; *Chinkin*, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law* (1989) 38 *I.C.L.Q.* 850; *Dupuy*, *Soft Law and the International Law of the Environment* (1991) 12 *Michigan J.I.L.* 420; *Sztucki*, *Reflections on International Soft Law*, in *de Lege* (1992), 365; *Elias and Lim*, *General Principles of Law, Soft Law and the Identification of International Law* (1997) 28 *Neths. Ybk. /L* 3.

подобное Хельсинкским Соглашениям,² то именно по этой причине оно не будет признано международным договором, и мы получим то, что по сути своей является «мягким» соглашением. Конечно, на вопрос о том, является ли соглашение обязывающим договором (*binding treaty*), не всегда легко ответить, как можно убедиться на примере дела о делимитации морских пространств между Катаром и Бахрейном (*Qatar-Bahrain Maritime Delimitation Case*).³ Причем, соглашение с участием государств может быть обязывающим, даже если оно не является международным договором,⁴ и поэтому различие между жесткими и мягкими соглашениями не является простым синонимом различия между международными договорами и не-договорами (*non-treaties*). Более того, когда мягкое право начинает взаимодействовать с обязательными международными договорами, его необязательный характер может быть утрачен или трансформирован.

(2) Мягкое право состоит из общих норм и принципов, но не правил

Альтернативный подход к мягкому праву акцентирует внимание на контрасте между «правилами» (*rules*), предусматривающими четкие и разумно конкретизированные обязательства, которые в этом контексте признаются жестким правом, и «общепризнанными нормами» (*norms*) или «принципами» (*principles*), которые, обладая более открытой текстурой или более абстрактным содержанием и формой изложения, могут рассматриваться как мягкие. С этой точки зрения международные договоры могут быть либо жесткими, либо мягкими, либо и теми и другими одновременно, как мы увидим далее в отношении Конвенции об изменении климата (*Convention on Climate Change*). В контексте данного критерия, решающим фактором в признании договора жестким или мягким выступает содержание договорного положения, а не его форма.

(3) Мягкое право суть право, которое нельзя принудительно осуществить через обязывающие процедуры разрешения споров

Здесь контраст заключается между договором, предусматривающим обязательное судебное разбирательство в случае споров, подобно Конвенции ООН по морскому праву 1982 года,⁵ и договором или иным документом, в рамках которого споры могут быть переданы одной из сторон на рассмотрение лишь в рамках необязательных процедур примирения (*non-binding conciliation*) или проверки соблюдения (*compliance procedure*), подобно Монреальскому Протоколу к Конвенции об охране озонового слоя.⁶ Эти примеры

² См.: *Schachter*, *The Twilight Existence of Non-Binding International Agreements* (1997) 71 *AJ.I.L.* 296.

³ (1994) *I.C.J. Rep.* 112.

⁴ К примеру, соглашение между государством и транснациональной компанией. См. дело об англо-иранской нефти (*Anglo-Iranian Oil Case*) (1952) *I.C.J. Rep.* 93.

⁵ *Infra*, n.36

⁶ *Infra*, n.40.

представляют собой лишь некоторые варианты из целого спектра возможностей, которые, в конечном итоге, позволяют избежать споров, но в контексте данного критерия именно характер процесса разрешения споров (*dispute resolution process*) определяет, имеем ли мы дело с жестким или мягким правом.

Наше исследование показывает, что различия между международным договором и мягким правом не являются четкими: международный договор может быть как жестким, так и мягким, а иногда – и тем, и другим одновременно. Само по себе это не создает ни противоречия, ни проблемы при условии ясного понимания того, о чем идет речь при использовании терминов «жесткое право» и «мягкое право». С учетом этой оговорки, мы можем перейти к более подробному анализу взаимоотношений между международными договорами и мягким правом.

3. Мягкое право как необязательное право

Использование мягкого права как составной части [международного] правотворческого процесса принимает множество разнообразных форм, включая декларации межправительственных конференций, подобных Рио-де-Жанейрской Декларации по окружающей среде и развитию (*Rio Declaration on Environment and Development*); резолюции Генеральной Ассамблеи ООН, подобно тем, что имеют дело с космосом, глубоководными районами морского дна, деколонизацией или неотъемлемым суверенитетом над природными ресурсами; а также кодексы поведения, руководящие принципы и рекомендации международных организаций, таких как МАГАТЭ, Международная морская организация (ИМО), ЮНЭП (UNEP) или Продовольственная и сельскохозяйственная организация ООН (FAO). Хотя правовые последствия этих разномастных мягко-правовых документов не обязательно совпадают, общим для них является то, что они сопровождаются скрупулезными переговорами и часто дают на выходе тщательно разработанные формулировки (*carefully drafted statements*), которые в некоторых случаях предназначены иметь некоторое нормативное значение (*normative significance*), несмотря на свою необязательную, недоговорную форму. По крайней мере, здесь присутствует элемент обязательства добросовестности (*good faith commitment*), а во многих случаях – желание влиять на государственную практику, элемент законодательного намерения и прогрессивного развития. В этом смысле необязательные документы мягкого права существенно не отличаются от многосторонних международных договоров, служащих достижению практически тех же самых правотворческих целей. В этом отношении они могут быть как альтернативой, так и составной частью процесса создания многостороннего международного договора.

(1) Мягкое право как альтернатива правотворчеству посредством международного договора

По ряду причин документы мягкого права могут выступать привлекательной альтернативой правотворчеству посредством международного договора. Во-первых, если не облекать соглашение в обязывающую форму, можно облегчить его заключение. Использование мягко-правовых документов позволяет государствам согласовывать более подробные и точные [договорные] положения в силу того, что их юридические обязательства являются менее жесткими, а последствия любого несоблюдения – более ограниченными. Во-вторых, некоторые государства выбирают необязательные документы, чтобы избежать процесса ратификации международного договора, публичного обсуждения в процессе ратификации и подотчетности в отношении политики, о которой они договорились. Разумеется, осуществление такой политики может быть затруднено, если она требует финансирования, законодательства и общественной поддержки. В-третьих, мягко-правовые документы обычно легче изменить или заменить, чем международные договоры, особенно тогда, когда все, что для этого требуется – принятие новой резолюции международным учреждением. Международные договоры отнимают много времени для своей замены или изменения, и попытка сделать это может в конечном итоге привести к громоздкой комбинации дублирующих друг друга старых и новых обязательств между различными группами участников. Одним из лучших примеров путаницы, к которой это может привести, является Варшавская Конвенция 1929 года, касающаяся международных воздушных перевозок (*Warsaw Convention Relating to International Carriage by Air*).⁷ И, наконец, мягко-правовые документы могут обеспечить более очевидное свидетельство (*immediate evidence*) международной поддержки и согласия, чем международный договор, действие которого существенно ограничивается оговорками, и, кроме того, требуется ожидать его ратификации и вступления в силу.

Учитывая относительные преимущества мягкого права над международными договорами, пожалуй, неудивительно, что многосторонний договор до сих пор не признан Комиссией по международному праву (*International Law Commission*) предпочтительным инструментом для кодификации международного права.⁸ Хотя договорная основа может быть востребована при создании новых международных организаций или учреждений, или для положений об урегулировании споров, мягко-правовые документы представляются столь же полезным средством кодификации международного права, как и международные договоры. Поскольку проект статей Комиссии по международному праву в части права ответственности государства (*law of state responsibility*) не содержит обязывающих положений об урегулировании споров, его можно было бы с тем же успехом кодифицировать с использованием либо резолюции Генеральной Ассамблеи ООН, либо

⁷ См.: *Gardiner*, *Revising the Law of Carriage by Air Mechanisms in Treaties and Contract* (1998) 47 I.C.L.Q. 278.

⁸ Статьи 17 и 23 Устава Комиссии прямо указывают на заключение конвенций, но и другие возможности остаются открытыми.

межправительственной декларации.⁹ Действительно, последнее может быть более эффективным, чем использование международного договора, который, подобно Венской конвенции о праве международных договоров, рискует оказаться ратифицированным лишь относительно небольшим числом участников. Работа Комиссии в отношении [права] международных договоров является одной из самых успешных и авторитетных кодификаций, но трудно предположить, что этому она во многом обязана именно своему статусу международного договора или числу государств-участников.

Доводы в пользу использования международного договора, а не мягко-правового документа, звучат сильнее в случае создания [новой] нормы права, как, например, в случае пересмотра морского права или разработки институтов в области прав человека, хотя во многих подобных случаях создавались учреждения с широкими полномочиями, и тем самым международный договор в любом случае был [изначально] желателен. Но даже для новой нормы права необязательные документы могут быть полезны, если они могут помочь сгенерировать повсеместную и последовательную практику государств и/или предоставить *opinio juris* в поддержку нормы обычного права. В деле Никарагуа (*Nicaragua Case*),¹⁰ в консультативном заключении Международного Суда по ядерному оружию (*Nuclear Weapons Advisory Opinion*)¹¹ и в деле Габчиково-Надьмарош (*Gabcikovo-Nagymaros Dam Case*)¹² есть хорошие примеры подобных эффектов, вызванных резолюциями Генеральной Ассамблеи ООН и межправительственными декларациями.

Все это говорит о том, что необязательная форма документа имеет относительно небольшое значение в контексте международного обычного правотворчества (*customary international law-making*). Международные договоры генерируют или кодифицируют обычное право не из-за своей обязывающей формы, но либо вследствие того, что они влияют на государственную практику и предоставляют свидетельство *opinio juris* для новых или формирующихся правил, либо вследствие того, что они являются хорошим подтверждением реального существования [обычного] права. Во многих случаях это ничем не отличается от возможных последствий действия необязательных документов мягкого права. Как международные договоры, так и мягко-правовые документы могут быть средством для достижения консенсуса в отношении правил и принципов, а также для мобилизации последовательной, общей реакции со стороны государств. В зависимости от предмета регулирования, международные договоры могут быть более эффективны для достижения этой цели, чем мягко-правовые документы, поскольку они указывают на более прочную приверженность принципам, о

⁹ Комиссия рассмотрела возможную форму проекта статей на 50-й Сессии в 1998 году, но отложила принятие решения о том, следует ли ей предложить Конвенцию или декларацию. Было отмечено, что положения об урегулировании споров в третьей части проекта не могут быть включены в декларацию. См.: Rept. of the I.L.C (1998), Ch.7, para.224.

¹⁰ (1986) I.C.J. Rep. 14.

¹¹ (1996) I.C.J. Rep. 241.

¹² (1997) LCJ. Rep. 7.

которых идет речь, и в этом смысле имеют бóльший вес, чем мягко-правовой инструмент, но предположение о том, что они с неизбежностью более авторитетны, вряд ли уместно. Рассмотрим лишь один пример: ясно, что Рио-де-Жанейрская Декларация по окружающей среде и развитию 1992 года не только закрепляет уже действующие нормы международного права, но и пытается сформировать некоторые новые нормы права.¹³ Вовсе не очевидно, что международный договор с аналогичными положениями будет иметь бóльший вес или достигнет своих целей более успешно. Напротив, вполне возможно, что такой договор и годы спустя будет все еще далек от всеобщего участия (*universal participation*), в то время как Декларация обеспечила немедленное достижение консенсуса в части тех полномочий, которые в ней предусматриваются. В то же время очевидно, что такие соглашения, как соглашения об изменении климата и биологическом разнообразии, могут иметь форму исключительно международного договора из-за сочетания в них новых правовых норм, более подробных условий и институциональных положений. Это хорошие примеры ситуаций, когда само содержание соглашения обуславливает, что именно международный договор является правильным выбором и лучше выражает суть обязательства, чем мягко-правовой документ.

(2) Мягкое право как составная часть многостороннего договорного процесса

Некоторые необязательные мягко-правовые документы имеют значимость лишь постольку, поскольку выступают первым шагом в процессе, приводящем, в конечном итоге, к заключению многостороннего договора. Примеры тому многочисленны и включают в себя Руководящие принципы МАГАТЭ (*IAEA Guidelines*),¹⁴ сформировавшие основу для оперативного принятия Конвенции 1986 года об оперативном оповещении о ядерной аварии после аварии на Чернобыльской АЭС; Руководящие принципы ЮНЭП об оценке воздействия на окружающую среду (*UNEP Guidelines on Environmental Impact Assessment*),¹⁵ впоследствии включенные в Конвенцию ЭСПО 1991 года об оценке воздействия на окружающую среду в трансграничном контексте; Руководящие принципы ЮНЭП, касающиеся наземных источников загрязнения морской среды,¹⁶ которые послужили моделью для региональных международных договоров, подобных Кувейтскому Протоколу.¹⁷

Другие мягко-правовые документы используются как механизмы авторитетного толкования или дополнения условий международного договора.

¹³ См.: A. E. Boyle and D. Freestone (eds), *International Law and Sustainable Development: Past Achievements and Future Prospects* (Oxford, 1999), Ch.1; Sands (ed.), *Greening International Law* (London, 1993), Chs.1 and 3.

¹⁴ IAEA/INFCIRC/321 (1985)

¹⁵ UNEP/GC14/25 (1987)

¹⁶ UNEP/WG.120/3 (1985)

¹⁷ Кувейтский Протокол 1990 года о защите морской среды от загрязнения из наземных источников (*Kuwait Protocol for the Protection of the Marine Environment Against Marine Pollution from Land-Based Sources*).

Такова подчас роль резолюций Генеральной Ассамблеи в отношении статей Устава ООН, подобных тем, что имеют дело с деколонизацией или применением силы.¹⁸ Такую же задачу еще чаще выполняют резолюции, рекомендации и решения других международных организаций и конференции участников международных договоров. Такова Резолюция участников Монреальского Протокола по Конвенции об охране озонового слоя (*Montreal Protocol to the Ozone Convention*), которая изначально определила условия несоблюдения процедуры, предусмотренной в Протоколе.¹⁹ Эта процедура была впоследствии пересмотрена и включена поправками в приложение к Протоколу,²⁰ что еще раз демонстрирует, как необязательное мягкое право зачастую можно легко трансформировать в обязывающую форму. Аналогичным образом, Каирские Руководящие принципы ЮНЭП по перевозке опасных отходов (*Cairo Guidelines on the Transport of Hazardous Wastes*)²¹ можно рассматривать как расширение обязательства по «экологически рациональному управлению» (*environmentally sound management*), предусмотренного в Базельской Конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением.²²

Другая важная роль мягко-правовых документов заключается в выработке подробных правил и технических стандартов, необходимых для осуществления каких-то международных договоров. Именно по этой причине такое важное значение придается [международному] экологическому мягкому праву, устанавливающему стандарты передовой практики (*best practice*) или должной осмотрительности (*due diligence*), которые стороны должны реализовать при исполнении своих обязательств. Такие «экостандарты» (*ecostandards*) необходимы для формирования жесткого содержания чрезмерно общих и имеющих открытую структуру условий рамочных договоров об охране окружающей среды (*framework environmental treaties*).²³ Преимущества именно такого регулирования экологических рисков заключаются в том, что подробные правила могут быть легко изменены или дополнены с развитием научного знания или с изменением политических приоритетов. Разумеется, такие стандарты можно было бы облечь и в обязывающие формы, используя легко редактируемые приложения, обеспечивающие гибкость, но это не всегда именно то, что желают стороны. В отдельных случаях МАГАТЭ использует формально необязательные экостандарты в кодексах о ядерной безопасности и в руководящих принципах. Они отражают авторитетный технический и политический консенсус, утвержденный Советом Управляющих или Генеральной Конференцией МАГАТЭ. Несмотря на мягко-правовой статус, довольно легко разглядеть в них как минимум международно-одобренные

¹⁸ См.: *Western Sahara Advisory Opinion* (1975) I.C.J. Rep. 12; *Nicaragua Case* (1986) I.C.J. Rep. 14.

¹⁹ Decision II/5, UNEP/OzL.Pro/WG.3/2/2, Annex III (1990).

²⁰ *Supra*, n.6.

²¹ UNEP/WG.122/3.

²² *Articled*.

²³ См.: *P. Contini and P. H. Sand, Methods to Expedite Environmental Protection: International Ecostandards*, (1972) 66 AJ.I.L. 37.

стандарты поведения, а при их нарушении – презюмируемую неспособность выполнять обычно-правовые обязательства и несоблюдение должной осмотрительности в области регулирования и контроля за ядерной деятельностью.²⁴ Однако, из-за неопределенности, связанной с таким очень мягким подходом к ядерной безопасности, основные элементы основополагающих стандартов МАГАТЭ по безопасности ядерных установок, обращения с радиоактивными отходами и радиационной защиты и большая часть свода практических правил о трансграничных перевозках радиоактивных отходов (*Code of Practice on the Transboundary Movement of Radioactive Waste*) сегодня инкорпорированы в обязывающие статьи международных договоров – Конвенцию о ядерной безопасности и Объединенную Конвенцию о безопасности обращения с отработавшим топливом и радиоактивными отходами.²⁵ Оставшиеся стандарты МАГАТЭ, имеющие мягко-правовой статус,²⁶ актуальны для определения того, каким образом должны осуществляться основные обязательства государств-участников этих соглашений. Более того, Объединенная Конвенция помимо прочего предусматривает обязательство государств-участников привести свое национальное законодательство в соответствие со стандартами МАГАТЭ. Разнообразные соглашения такого рода значительно укрепили правовую силу стандартов МАГАТЭ и, в сочетании с юридически необязательными мягко-правовыми стандартами безопасности, создали более убедительную правовую основу для международного регулирования ядерных рисков. Они дают нам еще один пример того, как мягкое право и международные договоры могут взаимодействовать в сложной нормативно-правовой базе.

Некоторые международные договоры придают обязывающую силу мягко-правовым документам, инкорпорируя их в условия договора путем косвенных ссылок (*implied reference*). Конвенция ООН по морскому праву 1982 года широко использует эту технику, косвенно инкорпорируя рекомендации и резолюции Международной Морской Организации (ИМО); аналогично поступают и международные договоры, подобные Международной конвенции о предотвращении загрязнения с судов 1973 года, положения которой различным образом требуют или разрешают государствам применять «общепринятые нормы и стандарты, установленные через компетентную международную организацию или общую дипломатическую конференцию».²⁷ Таким образом, хотя Международная Морская Организация в соответствии со своим Уставом не уполномочена принимать формально обязательные

²⁴ Преамбула к Конвенции по ядерной безопасности признает, что сформулированные на международном уровне руководящие принципы безопасности «могут служить руководством в отношении современных средств достижения высокого уровня безопасности».

²⁵ IAEA Safety Series No.110: *The Safety of Nuclear Installations* (Vienna, 1993); IAEA Safety Series No.III-F: *The Principles of Radioactive Waste Management* (Vienna, 1995); IAEA Safety Series No.120: *Radiation Protection and the Safety of Radiation Sources* (Vienna, 1996); IAEA GC (XXXIVJ)/939: *Code of Practice on the Transboundary Movement of Nuclear Waste* (1990).

²⁶ E.g. the NUSS codes, IAEA GC (XXXII)/489 (1988).

²⁷ Статьи 207-212 Конвенции ООН по морскому праву 1982 года.

решения, Конвенция ООН по морскому праву может косвенно придать некоторым из этих решений характер обязательства.

И, наконец, мягко-правовые документы могут работать в связке с международным договором, свидетельствуя о наличии *opinio juris* для возможного появления нормы обычного международного права. Прецедентное право Европейского Суда, включая дело Никарагуа (*Nicaragua Case*), показывает, каким образом взаимодействие Устава ООН и резолюций Генеральной Ассамблеи может вызвать такие последствия.

Все эти примеры приводят к выводу, что необязательная сила мягкого права может быть пересмотрена. Во многих из приведенных выше примеров государства вряд ли осмелятся абсолютно свободно игнорировать применение мягко-правовых документов: даже если последние непосредственно не включены в международный договор, они могут представлять собой согласованное понимание его условий. Таким образом, хотя сами по себе эти документы могут не иметь юридически обязательный характер, их взаимодействие с соответствующими международными договорами может трансформировать их правовой статус в нечто большее.

4. Мягкое право как общие нормы или принципы

Много лет назад покойный судья Бакстер высказал мнение, что некоторые международные договоры являются мягкими в том смысле, что они не налагают на стороны реальных обязательств.²⁸ Несмотря на официально обязательный характер [таких международных договоров], их неясность, неопределенность или общий характер договорных условий могут в некотором смысле лишить эти договоры значения «жесткого права». С ним следует согласиться. Хорошим примером является Рамочная Конвенция об изменении климата (*Framework Convention on Climate Change*). Этот международный договор, принятый на Конференции в Рио-де-Жанейро в 1992 году, действительно налагает на стороны некоторые обязательства, но основные статьи, касающиеся политических действий и мер, направленных против выбросов парниковых газов, сформулированы так осторожно, туманно и столь слабо [в части механизма обеспечения], что остается неясным, созданы ли какие-либо реальные обязательства.²⁹ Кроме того, какие бы обязательства ни брали на себя развивающиеся государства, они увязаны с исполнением вытекающих из идеи солидарности обязательств по обеспечению финансирования и передаче технологий со стороны развитых государств-участников.³⁰ Такие договорные положения почти невозможно нарушить, и в

²⁸ (1980) 29 I.C.L.Q. 549.

²⁹ Особенно – статьи 4(1) и 4(2). США интерпретируют их таким образом, что «нет ничего ни на одном языке, что представляет собой обязательство для любого конкретного уровня выбросов в любое время...». Стороны на своей первой встрече в 1995 году определили, что обязательства несовершенно и договорились начать переговоры о более конкретных обязательствах, которые в настоящее время установлены в Киотском протоколе 1997 года.

³⁰ Статья 4(7).

этом узком значении судья Бакстер обоснованно называет их мягко-правовыми. Будучи в бóльшей степени политической, чем юридической договоренностью, они представляют собой «мягкие» обязательства очень слабого типа. Они не нормативны и не могут быть описаны как создающие «правила» в каком-либо значащем смысле. Это представляется верным для очень многих, если не для большинства международных договоров – позиция, принятая Международным Судом ООН в деле о континентальном шельфе Северного моря (*North Sea Continental Shelf*), где Суд указал, что одно из предварительных условий, которое должно выполняться для признания международного договора нормообразующим, заключается в том, что договор должен быть изначально спроектирован как «потенциально нормативный» по своему характеру.³¹

Однако есть второй и более существенный аспект, в котором международный договор может быть потенциально нормативным, но все еще «мягким» по своему характеру вследствие того, что он очевидным образом формулирует «принципы», но не «правила». Такие принципы действительно имеют юридическое значение, примерно такое же, в каком Р. Дворкин использует идею конституционных принципов.³² Они могут устанавливать критерии, касающиеся способов разрешения дел судами³³ или же способов осуществления дискреционных полномочий тем или иным международным учреждением. Они могут устанавливать ограничения, формулировать основные начала или определять, каким образом должны разрешаться коллизии между другими правилами или принципами. Они могут не достигать четкой границы «правила» или «обязательства», но они конечно же не являются юридически иррелевантными (*legally irrelevant*). Как таковые они составляют очень важную форму права, которая может быть «мягкой», но которую не следует путать с «необязательным» правом.

Рамочная Конвенция ООН об изменении климата 1992 года дает наглядные примеры такого рода принципов, непосредственно включенных в основной договор. Действительно, учитывая слабость остальной части этого международного договора, принципы, закрепленные в статье 3 Конвенции являются, возможно, наиболее важным «правом» во всем соглашении, поскольку они устанавливают, какой режим для регулирования изменения климата должен быть разработан сторонами. Здесь стоит процитировать основные положения статьи 3:

«Статья 3: Принципы

В своей деятельности по достижению цели Конвенции и осуществлению ее положений Стороны руководствуются, в частности, следующим:

³¹ (1969) I.C.J. Rep. 3.

³² R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Oxford, 1977). Этот аргумент развивается Сэндсом в следующем издании: W. Lang (ed.) *Sustainable Development and International Law* (London, 1995), Ch.5.

³³ См., например, ссылку Международного Суда ООН на принцип устойчивого развития в деле Габчиково-Надьмарош (*Gabcikovo-Nagymaros Case*), о чем см.: A. E. Boyle and D. Freestone (eds) *International Law and Sustainable Development* (Oxford, 1999), Ch.2, и Boyle, *Gabcikovo-Nagymaros Case: New Wine in Old Bottles* (1997) 8 *Yearbook of International Environmental Law* 13.

1. Сторонам следует защищать климатическую систему на благо нынешнего и будущих поколений человечества на основе справедливости и в соответствии с их общей, но дифференцированной ответственностью и имеющимися у них возможностями. ...

3. Сторонам следует принимать предупредительные меры в целях прогнозирования, предотвращения или сведения к минимуму причин изменения климата и смягчения его отрицательных последствий. ...

4. Стороны имеют право на устойчивое развитие и должны ему содействовать. ...».

Эти положения статьи 3 непосредственно заимствованы из необязательной для исполнения Рио-де-Жанейрской Декларации по окружающей среде и развитию; они отражают принципы, которые являются не просто частью Конвенции об изменении климата, но которые также проявляются на уровне общего международного права (*general international law*), даже если пока преждевременно придавать им статус обычного международного права. Они не сформулированы как обязательства: их применение характеризуется глаголом «следует», несмотря на обязательную формулировку вводного предложения. Все эти принципы имеют открытую текстуру в том смысле, что существует значительная неопределенность в отношении их конкретного содержания, и они оставляют много возможностей для интерпретации и развития. Они не похожи на правила, требующие от государства проведения экологической экспертизы или предотвращения причинения вреда другим государствам.

Из-за своей роли основных начал и явно мягких формулировок, «принципы» в статье 3 Конвенции не являются безусловно обязательными правилами, которые должны соблюдаться или нарушение которых влечет привлечение к ответственности; но, несмотря на эти ограничения, они не являются юридически иррелевантными.³⁴ По крайней мере, статья 3 имеет отношение к толкованию и осуществлению Конвенции, а также к созданию ожиданий относительно вопросов, которые должны быть приняты во внимание с точки зрения добросовестности на переговорах о последующих документах.

Статья 3 требует новых подходов к охране окружающей среды, и в контексте режима динамичного и эволюционного регулирования, подобного Конвенции об изменении климата, она имеет важное достоинство, обеспечивая некоторую предсказуемость относительно параметров, к которым стороны должны стремиться для достижения цели Конвенции. В частности, стороны не окажутся перед совершенно чистым белым листом бумаги на последующих переговорах по обсуждению приложений к Конвенции или когда Конференция Сторон будет принимать решения на основании тех или иных статей, наделивших ее соответствующими полномочиями. Также важно отметить, что юридическая значимость статьи 3 подтверждена в мандате на переговоры по

³⁴ См. дискуссию между Сэндсом и Мэном: *W. Lang (ed.) Sustainable Development and International Law (London, 1995), 53-74.*

Киотскому Протоколу³⁵ и упоминается в преамбуле к Протоколу. Возникает интересный вопрос, насколько стороны коллективно имеют право не принимать во внимание принципы, изложенные в статье 3, или какими могут быть правовые последствия таких решений; но какими бы слабыми не казались эти принципы, заинтересованные стороны вправе настаивать на том, чтобы они были приняты во внимание. Устойчивое развитие, равенство между поколениями или принцип предосторожности в этом смысле выглядят все более убедительно: не как обладающие юридической силой обязательства, которые должны соблюдаться, но, как принципы, соображения или цели, которые необходимо принимать во внимание, они могут быть мягкими, но они по-прежнему – право.

5. Мягкое правоприменение

Другой способ разграничить жесткое и мягкое право – сосредоточиться не на вопросах формы или содержания, но на методах разрешения споров в случае несоблюдения (*non-compliance*). То, что можно назвать «жестким правоприменением» (*hard enforcement*), наиболее явно характеризуется императивно обязательным разрешением споров. Конвенция ООН по морскому праву 1982 года – один из самых известных примеров международного договора, который подлежит жесткому правоприменению через сложную процедуру обязательного урегулирования споров с участием как Международного Суда, так и Международного трибунала по морскому праву, а также – различных форм арбитража.³⁶ Кроме того, Конвенция предусматривает, что государства несут международно-правовую ответственность за выполнение своих экологических обязательств по Конвенции,³⁷ согласно которой в различных обстоятельствах для государств-участников предусмотрены либо правомочие, либо обязанность использовать национальное уголовное законодательство для принудительного обеспечения согласованных на международном уровне правил и стандартов.³⁸ Все эти элементы в совокупности составляют международный договор, который является жестким во всех смыслах этого слова.

Контрастная модель «мягкого правоприменения» или «избежания споров» (*dispute avoidance*) – модель, где проблемы разрешаются посредством

³⁵ Т. н. «берлинский мандат»: Decision 1/CP.1, in Report of the Conference of the Parties on its 1st Session, UN Doc.FCCC/CP/1995/7/Add.1.

³⁶ См. часть XV, о которой см.: *Boyle*, *Dispute Settlement and the Law of the Sea Convention: Problems of Fragmentation and Jurisdiction* (1997) 46 I.C.L.Q. 37; *R. Churchill*, *Dispute Settlement in the Law of the Sea and Alternatives to it*, in, *M. Evans* (ed.) *Remedies in International Law: The Institutional Dilemma* (Oxford, 1998), 85; *J. Merrills*, *International Dispute Settlement* (3rd ed. Cambridge, 1999), Ch.8; *R. Churchill and A. V. Lowe*, *The Law of the Sea* (3rd ed., Manchester, 1999), Ch.19; *L. Sohn*, *Settlement of Law of the Sea Disputes* (1995) 10 InL J. of Marine and Coastal Law 205; *A. Adede*, *The System for Settlement of Disputes Under the UNCLOS* (Dordrecht, 1987); *E. D. Brown*, *Dispute Settlement and the Law of the Sea; The UN Convention Regime* (1997) 21 Marine Policy 17.

³⁷ Статья 235(1).

³⁸ Статьи 216-18, 220.

добровольного примирения сторон с участием независимой третьей стороны (non-binding conciliation before an independent third party) или посредством иной процедуры, связанной с несоблюдением (non-compliance procedure), с участием других участников договора.³⁹ В обоих случаях есть попытка найти согласованное решение вместо того, чтобы прибегать к состязательному судебному разбирательству (adversarial litigation) или к искам о возмещении ущерба (claims for reparation). Чтобы обеспечить соблюдение договорных условий, мягкое правоприменение характерным образом обходит вопросы ответственности за нарушения и опирается на сочетание стимулов или же на возможность прекращения или приостановления правомочий по договору.

Мягкое правоприменение лучше всего иллюстрируется процедурой, связанной с несоблюдением, принятой сторонами Монреальского Протокола 1987 года к Конвенции по охране озонового слоя.⁴⁰ Эта процедура, принятая в 1990 году и пересмотренная в 1992 году, может быть инициирована любой стороной Протокола, либо секретариатом Протокола, либо самой стороной во всех случаях, когда возникают проблемы, связанные с соблюдением Протокола. Вопрос передается на расследование в Исполнительный Комитет, состоящий из 10 членов, избранных на основе справедливого географического представительства. Основной задачей Комитета является рассмотрение доводов, информации и замечаний, представленных ему с целью обеспечения дружественного урегулирования данного вопроса на основе соблюдения положений Протокола. Это напоминает положение для переговоров о дружественном урегулировании споров в рамках Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.⁴¹ Исполнительный Комитет может искать любую необходимую информацию через секретариат; для этого, в рамках расследования, он может посетить территорию Стороны, если ему будет предложено сделать это. Затем отчет представляется Советанию Сторон, которое принимает решение о том, какие шаги требуется предпринять в целях обеспечения полного соблюдения Протокола. Такие шаги могут включать положение о предоставлении соответствующей финансовой,

³⁹ См.: *Adede*, in *W. Lang*, (ed.) *Sustainable Development and International Law* (London, 1995), Ch.8; *Birnie*, *Legal Techniques of Settling Disputes: The Soft Settlement Approach*, in *W. E. Butler* (ed) *Perestroika and International Law* (Dordrecht, 1990), 177; *Gehring*, *International Environmental Regimes: Dynamic Sectoral Legal Systems* (1990) 1 *Yearbook of International Environmental Law*, 35; *Hand*, *Controlling Implementation of and Compliance with International Environmental Commitments: The Rocky Road From Rio*, (1994) 5 *Colorado JIELP* 327; *Kiss*, *Compliance with International and European Environmental Obligations* (1996) *Hague Yearbook of International Law* 45; *Lang*, *Compliance Control in International Environmental Law* (1996) 56 *ZaORV* 685.

⁴⁰ Статья 8 и Приложение IV, принятые в Копенгагене в 1992 году. Описание процесса см.: *UNEP*, *Report of the Implementation Committee for the Montreal Protocol, 20th Meeting*, *UNEP/OzL.Pro/Imp/Com/20/4*, paras.24-33, and *Yoshida*, *Soft Enforcement of Treaties: The Montreal Non-Compliance Procedure and the Functions of the Internal International Institutions* (1999) 10 *Colorado JIELP* 95.

⁴¹ Статья 28 Европейской конвенции о защите права человека и основных свобод 1950 года устанавливает, что Комиссия по правам человека «предоставляет себя в распоряжение заинтересованных сторон с целью обеспечения дружественного урегулирования дела на основе соблюдения прав человека, определенных в настоящей Конвенции».

технической или тренинговой помощи для того, чтобы помочь стороне в соблюдении Протокола. Если эти меры окажутся недостаточными, могут быть вынесены предупреждения (cautions) или, в крайнем случае, могут быть приостановлены права и привилегии по договору в соответствии с правом международных договоров (law of treaties). Сходная процедура принята в рамках Конвенции 1979 года о трансграничном загрязнении воздуха на большие расстояния (*Convention on Long Range Transboundary Air Pollution*).⁴²

Процедура, связанная с несоблюдением, несколько раз инициировалась Сторонами Монреальского протокола, испытывавшими затруднения из-за России и ряда других государств бывшего Советского Союза, где проблемы несоблюдения Протокола были самыми серьезными. Совещанием Сторон были рекомендованы различные меры, включая оказание помощи, финансирование из Глобального Экологического Фонда (GEF) и вынесение предупреждений.⁴³ Дальнейшее финансирование со стороны Глобального Экологического Фонда также было обусловлено Совещанием Сторон, признавшим удовлетворительным достигнутый прогресс. В результате соблюдение Протокола было обеспечено, хотя и ценой некоторых задержек в его осуществлении.

Существует также положение в статье 18 Киотского протокола к Рамочной Конвенции об изменении климата для переговорной процедуры, связанной с несоблюдением. Развитие процесса, который в состоянии соответствовать более сложным обязательствам, принятым в отношении изменения климата, не является простым, и к моменту написания нашей работы ничего еще не было согласовано.⁴⁴ Однако Конвенция об изменении климата создала еще одно новшество в «мягком урегулировании» путем предоставления «многостороннего консультативного процесса» (multilateral consultative process) для решения вопросов, касающихся осуществления Конвенции.⁴⁵ Этот процесс может быть продлен вплоть до Киотского протокола, если стороны примут такое решение. Он предназначен стать еще

⁴² См.: Decision 1997/2, in, UNECE, Report of the 15th Session of the Executive Body (1997), *Annex III and Szell*, The Development of Multilateral Mechanisms for Monitoring Compliance, in, W. Lang (ed.), Sustainable Development and International Law (London, 1995), 97.

⁴³ См.: UNEP, Report of the 7th Meeting of the Parties to the Montreal Protocol, Decisions VTI/15-19 (Poland, Bulgaria, Belarus, Russia, Ukraine) UNEP/OzLPro.7/12 (1995); idem. Report of the 8th Meeting, Decisions VI/22-25 (Latvia, Lithuania, Czech Republic, Russia) UNEP/OzL.Pro.8/12 (1996); idem. Report of the 9th Meeting, Decision GX/29-32 (Latvia, Lithuania, Russia, Czech Republic) UNEP/OzL.Pro.9/12 (1997). For the most recent position see Report of the Implementation Committee for the Montreal Protocol, 20th Meeting, UNEP/OzLPro/ImpCom/20/4 (1998). См. главным образом: *Werksman*, Compliance and Transition: Russia's Non-Compliance Tests the Ozone Regime (1996) 36 *ZaoRV* 750; *Victor*, The Early Operation and Effectiveness of the Montreal Protocol's Non-compliance Procedure (Vienna, 1996); *R. Benedick*, Ozone Diplomacy (London, 1998 edition), Ch.17; *O. Yoshida*, Soft Enforcement of Treaties: The Montreal Protocol's Noncompliance Procedures (1999) 10 *Colorado JIELP* 95.

⁴⁴ Обсуждение проблем см.: *Werksman*, Responding to Non-Compliance Under the Climate Change Regime (OECD, 1998) idem, in, *Cameron, Werksman, Roderick* (eds), Improving Compliance with International Environmental Law, 85ff.

⁴⁵ 1992 UNFCCC Article 13; 1997 Kyoto Protocol Article 16. For details of the process see 6th Report of the Ad Hoc Working Group on Article 13 (1998) UN Doc.FCCC/AG13n 998/2.

более мягкой формой предотвращения споров, чем *non-compliance procedure* в рамках Монреальского протокола; проводимый группой экспертов, а не другими государствами-членами, этот процесс является внесудебным по своей природе, неконфронтационным и скорее рекомендательным, чем надзорным. В его рамках не могут быть наложены санкции любого вида, включая приостановление прав и привилегий [по договору]; только полномочие в части рекомендации мер для содействия сотрудничеству, осуществления, уточнения вопросов и содействия пониманию Конвенции. Как и в рамках процедуры, связанной с несоблюдением, по Монреальскому протоколу стороны могут поставить вопросы, касающиеся осуществления с их стороны или со стороны других участников Многостороннего Консультативного Комитета; Конференция Сторон может действовать сходным образом.

Этот новый процесс представляет собой дальнейший отход от официального, обязательного, с участием независимой третьей стороны урегулирования споров в пользу процедур, которые содействуют соблюдению, но не могут к нему принудить. Подобно *non-compliance procedure* Монреальского протокола он пытается решить проблемы, различия и разногласия в рамках политических, а не судебных процессов, опираясь на переговоры и убеждение, а не на официальные решения о нарушении договора или привлечение к ответственности. «Мягкое правоприменение» такого рода не ограничивается экологическими соглашениями; вместе с тем оно подверглось критике со стороны Коскеними за подрыв обязательного характера соответствующих международных договоров и обособления их от «нормальных» договоров.⁴⁶ Это дает нам, как мы видели, еще одну категорию «мягких» договоров. Почему в отношении некоторых международных договоров государства используют подобного рода техники мягкого правоприменения? Для этого есть ряд оснований.

Во-первых, подобно необязательным документам, они содействуют соглашению о правилах или обязательствах, которые являются жесткими по своему содержанию. Такие правила или обязательства имеют обязательную силу международного договора со всем, что подразумевается с точки зрения обязательства, но последствия их несоблюдения являются не столь серьезными или потенциально не столь причиняющими беспокойство, каковые были бы в случае императивно обязательного судебного разбирательства по каждому спору или предполагаемому несоблюдению. Это может быть важным в таких областях, как изменение климата, где соблюдение договора не может быть одинаково легким для всех государств, поскольку их возможности различаются. Это дает некоторую свободу маневра сторонам, оказавшимся в затруднительном положении, в то время как акцент на сотрудничество согласуется с более широким понятием солидарности, лежащим в основе многих современных экологических соглашений. Во-вторых, мягкое правоприменение больше подходит для режима правового

⁴⁶ Koskenniemi, "Breach of Treaty or Non-Compliance?" (1992) 3 Yearbook of International Environmental Law 123.

регулирования (regulatory approach), который акцентирует внимание на профилактике проблем, а не возмещении вреда после события. В-третьих, там, где, как в случае изменения климата или истощения озонового слоя, несоблюдение одинаково затрагивает всех участников международного договора, есть серьезная потребность в разработке такой процедуры по обеспечению многостороннего соблюдения, которая позволила бы участвовать всем сторонам, а также неправительственным организациям, и гарантирующей, чтобы все интересы были адекватно представлены. Согласовать позиции многочисленных сторон и неправительственных организаций в ходе судебного разбирательства⁴⁷ достаточно сложно, и состязательное разбирательство (adversarial procedure) плохо подходит для разрешения проблем несоблюдения, которые могут возникнуть в условиях глобальных экологических договоров. Наконец, мягкое правоприменение, как правило, лучше судебного разбирательства способствует необходимому вкладу научных и технических знаний, необходимых для решения вопросов, касающихся соблюдения соглашений такого рода. В этом, возможно, и заключается основное достижение процессов разбирательства, разработанных в рамках Конвенций об изменении климата и охране озонового слоя.

Все это не приводит к отрицанию того, что жесткое урегулирование должно оставаться одним из вариантов для любого из таких международных договоров в случае, если спорящие стороны решат прибегнуть к нему. Опровержение упомянутого выше скептицизма Коскениеми может быть связано с *non-compliance procedure* в рамках Монреальского протокола. Можно ли вынести то же самое суждение применительно к намного более трудной и сложной проблеме изменения климата, еще неизвестно. Конечно, мудро избежать споров в части соблюдения международных договоров или более мягких документов, но также необходимо иметь некоторые гарантии того, что они могут быть разрешены, если не путем убеждения и переговоров, то в рамках какого-то другого властного процесса (authoritative process). С этой позиции, жесткое и мягкое правоприменение, возможно, лучше рассматривать не как альтернативы, но как дополнения друг друга.

6. Заключение

Таким образом, мягкое право представляет собой многогранную концепцию, взаимоотношение которой с международными договорами является одновременно и тонким, и разнообразным. При определенных обстоятельствах оно выступает альтернативой международным договорам, в

⁴⁷ См., к примеру, Консультативное заключение Международного Суда относительно ядерного оружия (*Nuclear Weapons Advisory Opinion*) 1996 года (I.C.J. Rep. 241), где около 40 государств сделали письменные или устные заявления суду. В спорных случаях, предполагающих толкование многосторонней Конвенции, все стороны Конвенции имеют право принять участие в разбирательстве, и результат толкования будет в равной степени обязателен для таких государств: Statute of the I.C.J., Article 66. Однако следует заметить, что признание факта несоблюдения не всегда является вопросом толкования.

других случаях оно их дополняет, а также обеспечивает различные способы понимания правовых последствий международных договоров того или иного вида. Те, кто утверждают, что мягкое право – просто не-право, возможно упускают из виду некоторые выводы, сделанные здесь; кроме того, те, кто полагают, что международный договор обязательно должен иметь бóльшую юридическую силу, чем мягкое право, скорее всего, не относят к достаточно жестким договорам все «бесконечное разнообразие» международных договоров, если процитировать Бакстера еще раз. Мягким правом в его различных формах, конечно, можно злоупотреблять, но это также верно и в отношении большинства правовых форм, и в целом оно более полезно, чем нежелательно для процесса международного правотворчества. Оно – лишь еще один инструмент в арсенале профессиональных юристов.