

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№ 4 (36) • 2020

**Признают ли международные суды
обязательность своих прецедентов?**

Космос и международное право: перезагрузка

**Социальные сети и международное правосудие:
пределы подотчётности**

Правосудие против войны: случай Колумбии

**Саморегулирование в спорте — новая
правовая реальность?**

Влияние санкций на арбитраж

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№4 (36) • 2020

Учредитель и издатель

Институт права и публичной политики
<https://www.ilpp.ru>

Редакционный совет

А. И. КОВЛЕР, председатель (Институт законодательства и сравнительного правоведения)
 Б. БАУРИНГ (Лондонский университет, Великобритания)
 Л. ГАРЛИЦКИЙ (Варшавский университет, Польша)
 А. Я. КАПУСТИН (Институт законодательства и сравнительного правоведения)
 Р. А. КОЛОДКИН (Международный трибунал по морскому праву, Германия)
 Т. Н. НЕШАТАЕВА (Суд Евразийского экономического союза, Беларусь)
 А. НУССБЕРГЕР (Кельнский университет, Германия)
 С. М. ПУНЖИН (Международный Суд ООН, Нидерланды)
 А. УШАЦКА (Международный уголовный суд (2006–2015), Латвия)
 М. Л. ЭНТИН (МГИМО МИД России)

Редакционная коллегия

Д. С. БОКЛАН (НИУ «Высшая школа экономики»)
 А. П. ЕВСЕЕВ (НИУ «Высшая школа экономики»)
 Д. В. КРАСИКОВ (Саратовская государственная юридическая академия)
 В. О. НЕШАТАЕВА (Российский государственный университет правосудия)
 И. В. РАЧКОВ (МГИМО МИД России)
 В. Н. РУСИНОВА (НИУ «Высшая школа экономики»)
 А. К. СОБОЛЕВА (НИУ «Высшая школа экономики»)
 В. В. СТАРЖЕНЕЦКИЙ (НИУ «Высшая школа экономики»)
 М. П. ТРУНК-ФЕДОРОВА (Санкт-Петербургский государственный университет)
 М. А. ФИЛАТОВА (НИУ «Высшая школа экономики»)
 К. В. ЭНТИН (Суд Евразийского экономического союза, Беларусь)

Выпускающий редактор

О. Б. СИДОРОВИЧ (Институт права и публичной политики)

Ответственный секретарь

А. В. КРЕЦУЛ

Редакторы
 М. СИДОРОВИЧ
 С. Ф. УСПЕНСКАЯ

Корректоры
 Л. И. ЕВСТИФЕЕВА
 М. СИДОРОВИЧ
 С. Ф. УСПЕНСКАЯ

Журнал издаётся при
 финансовой поддержке



Решением ВАК журнал включён в «Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертации на соискание ученой степени доктора и кандидата наук».

Журнал входит в базу журналов Russian Science Citation Index на платформе Web of Science, а также в базу данных периодических и продолжающихся изданий Ulrich's Periodicals Directory.

Свидетельство о регистрации ПИ №ФС77-62149 от 19 июня 2015 года
 выдано Федеральной службой по надзору в сфере связи,
 информационных технологий и массовых коммуникаций.

Тираж 500 экз. Периодичность — 4 номера в год.
 ISSN 2226-2059. Цена свободная.

Подписано в печать 24 декабря 2020 года.

Адрес редакции: 129090 Москва, ул. Щепкина, д. 8.

Для корреспонденции: 129090 Москва, а/я 140.

Тел.: +7 (495) 608-69-59; 608-66-35.

Отпечатано: 000 «Буки Веди»

117246, г. Москва, проезд Научный, д. 19, этаж 2, ком. 6Д, оф. 202.

Позиции авторов статей могут не совпадать с мнением редакции.

При цитировании материалов ссылка на журнал и правообладателя обязательна.

Перепечатка разрешена только с письменного согласия правообладателя.

© Институт права и публичной политики, 2020

TRIBUNA

**РЕШЕНИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ СУДОВ:
 СЛЕДОВАНИЕ ПРЕЦЕДЕНТУ ИЛИ ПОСЛЕДОВАТЕЛЬНАЯ ПРАКТИКА?** **3**
 Сергей Белов, Сергей Манжосов

SCRIPTORIUM

FORUM INCOGNITA **22**
**МЕЖДУНАРОДНОЕ КОСМИЧЕСКОЕ ПРАВО
 ЭПОХИ НАЧАЛА БИЗНЕС-КОЛОНИЗАЦИИ КОСМОСА**
 Алексей Исполинов

OPINION JURIS **45**
**ПОЛИТИЗАЦИЯ ПРАВА ИЛИ ЛЕГАЛИЗАЦИЯ ПОЛИТИКИ?
 О JUSTICIABILITY И ДОКТРИНЕ «ПОЛИТИЧЕСКОГО ВОПРОСА»
 НА ПРИМЕРЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВОСУДИЯ**
 Михаил Гальперин

JUS DIGITUM **59**
**УПРАВА НА FACEBOOK: СОЦИАЛЬНЫЕ СЕТИ
 В СВЕТЕ НАРУШЕНИЙ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА**
 Глеб Богуш, Ольга Кудинова

JUS POST BELLUM **77**
**ПЕРЕХОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ В КОЛУМБИИ:
 НЕРЕАЛИЗОВАННЫЙ ПОТЕНЦИАЛ**
 Александр Евсеев

JUS CRIMINALE **100**
**ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА СОЧЕТАНИЯ МОДЕЛЕЙ ПРОЦЕССА
 В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПАЛАТЫ ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО ПРОИЗВОДСТВА
 МЕЖДУНАРОДНОГО УГОЛОВНОГО СУДА**
 Денис Печегин

LEX MERCATORIA **112**
**МЕЖДУНАРОДНЫЙ ИНВЕСТИЦИОННЫЙ АРБИТРАЖ:
 РЕШЕНИЯ 2017–2018 ГОДОВ ПО СУЩЕСТВУ СПОРА**
 Илья Рачков, Елизавета Рачкова

JUS GENTIUM **144**
**ВЛИЯНИЕ САНКЦИЙ НА РАЗРЕШЕНИЕ
 ВНЕШНЕЭКОНОМИЧЕСКИХ СПОРОВ: СОХРАНЕНИЕ STATUS QUO
 ИЛИ ПОИСК АЛЬТЕРНАТИВНЫХ ЮРИСДИКЦИЙ?**
 Владислав Старженецкий, Саглар Очирова

LEX SPORTIVA **168**
**ФЕНОМЕН LEX SPORTIVA
 В МЕЖДУНАРОДНОМ СПОРТИВНОМ ПРАВЕ**
 Артём Бредихин

INTERNATIONAL JUSTICE

4 (36) • 2020

Founder and Publisher

Institute for Law and Public Policy
<https://www.ilpp.ru>

Scientific Advisory Board

A. KOVLER, Chairman (Institute of Legislation and Comparative Law)
 B. BOWRING (Birkbeck College of the University of London, UK)
 L. GARLICKI (University of Warsaw, Poland)
 A. KAPUSTIN (Institute of Legislation and Comparative Law)
 R. KOLODKIN (International Tribunal for the Law of the Sea, Germany)
 T. NESHATAEVA (Court of the Eurasian Economic Union, Belarus)
 A. NUSSEBERGER (University of Cologne, Germany)
 S. PUNZHIN (International Court of Justice, Netherlands)
 A. USACKA (International Criminal Court (2006–2015), Latvia)
 M. ENTIN (MGIMO University)

Board of Editors

D. BOKLAN (Higher School of Economics)
 K. ENTIN (Court of the Eurasian Economic Union, Belarus)
 A. EVSEEV (Higher School of Economics)
 M. FILATOVA (Higher School of Economics)
 D. KRASIKOV (Saratov State Law Academy)
 V. NESHATAEVA (Russian State University of Justice)
 I. RACHKOV (MGIMO University)
 V. RUSINOVA (Higher School of Economics)
 A. SOBOLEVA (Higher School of Economics)
 V. STARZHNETSKY (Higher School of Economics)
 M. TRUNK-FEDOROVA (Saint Petersburg State University)

Managing Editor

O. SIDOROVICH (Institute for Law and Public Policy)

Editorial Secretary

A. KRETSUL

Proofreaders

M. SIDOROVICH
 S. USPENSKAYA

Published under the sponsorship of the



ISSN 2226-2059; e-ISSN 2541-8548

Address: 8, Shchepkin Str., Moscow, 129090, Russian Federation
 Mailing Address: P. O. Box 140, Moscow, 129090, Russian Federation
 Phones: +7 (495) 608-69-59; 608-66-35
 E-mail: journal_mp@mail-ilpp.ru
<https://academia.ilpp.ru/en/international-justice/>

© Institute for Law and Public Policy, 2020

TRIBUNNA

DECISIONS OF INTERNATIONAL COURTS:
 FOLLOWING PRECEDENTS OR CONSISTENT JURISPRUDENCE? **3**
 Sergey Belov, Sergey Manzhosov

SCRIPTORIUM

FORUM INCOGNITA

INTERNATIONAL SPACE LAW OF THE ERA OF THE BEGINNING
 OF THE BUSINESS COLONIZATION OF SPACE **22**
 Alexey Ispolinov

OPINION JURIS

POLITICISING LAW OR LEGALISING POLITICS?
 JUSTICIABILITY AND THE “POLITICAL QUESTION”
 ON THE EXAMPLES FROM INTERNATIONAL JUSTICE **45**
 Mikhail Gal'perin

JUS DIGITUS

HANDLING FACEBOOK: SOCIAL MEDIA
 IN THE LIGHT OF HUMAN RIGHTS VIOLATIONS **59**
 Gleb Bogush, Olga Kudinova

JUS POST BELLUM

TRANSITIONAL JUSTICE IN COLOMBIA:
 UNREALIZED POTENTIAL **77**
 Aleksandr Evseev

JUS CRIMINALE

THEORY AND PRACTICE OF MIXING PROCEDURAL MODELS
 IN THE PRE-TRIAL CHAMBER OF THE INTERNATIONAL
 CRIMINAL COURT MECHANISM OF FUNCTIONING **100**
 Denis Pechegin

LEX MERCATORIA

INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION:
 DECISIONS 2017–2018 ON THE MERITS OF THE DISPUTE **112**
 Iliya Rachkov, Elizaveta Rachkova

JUS GENTIUM

THE IMPACT OF SANCTIONS ON THE RESOLUTION
 OF INTERNATIONAL BUSINESS DISPUTES: MAINTAINING
 THE *STATUS QUO* OR LOOKING FOR ALTERNATIVE JURISDICTIONS?
144
 Vladislav Starzhenetskiy, Saglar Ochirova

LEX SPORTIVA

THE LEGAL PHENOMENON OF *LEX SPORTIVA*
 IN INTERNATIONAL SPORTS LAW **168**
 Artem Bredikhin

Политизация права или легализация политики? О *justiciability* и доктрине «политического вопроса» на примере международного правосудия

Михаил Гальперин*

В данной работе автор ставит на обсуждение проблему влияния политического характера спора на компетенцию международных трибуналов. Для оценки такого влияния в статье используется давно известная правовым системам США и Великобритании концепция «*justiciability*», которая позволяет национальным судам для обеспечения стабильного государственного управления проявлять «сдержанность» в признании недействительными решений исполнительной власти, гарантирует действие принципа разделения властей, поддерживает легитимность «неизбираемой» судебной власти, одновременно позволяя ей участвовать в диалоге с другими ветвями власти и обществом по важным вопросам. Несмотря на то что сама концепция возникла в национальном праве, в сфере международного разрешения споров она также приобретает особое значение. На примере заметных дел из актуальной практики некоторых высших национальных и международных судов констатируется, что международные трибуналы всё активнее расширяют собственную компетенцию, включая в неё вопросы, которые традиционно отнесены к ведению национальных властей и/или решение которых находится исключительно в дипломатической плоскости. Вопрос о политизации международных трибуналов нельзя стыдливо замалчивать или считать маргинальным. В противном случае он рискует в итоге разрушить международную систему разрешения споров и, как следствие, подорвать механизмы действия международного права. При этом мирное разрешение конфликта юрисдикций возможно без осознания проблемы именно в юридической плоскости, совместного определения того, какие дела являются *justiciable* в международном процессе и какой вопрос должен считаться «политическим». С учётом указанного выше, автор предпринял попытку дать юридическое определение «политическому вопросу» в международном процессе и сформулировать перечень вопросов, ответы на которые должны помочь судьям и арбитрам международных трибуналов определить, готовы ли они принять к рассмотрению по существу (а не признать неприемлемым по процессуальным основаниям) спор, затрагивающий соответствующий «политический» вопрос, и должны ли они это делать.

DOI: 10.21128/2226-2059-2020-4-45-58

→ *Международное правосудие; подведомственность; независимость суда; разделение властей; судебное толкование*

1. Введение

В 2019 году на Петербургском международном юридическом форуме (далее — ПМЮФ, Форум) состоялась дискуссионная сессия под названием «*Justiciability* и концепция “по-

* Гальперин Михаил Львович — доктор юридических наук, профессор департамента международного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (e-mail: mgalperin@hse.ru).

литического вопроса” в национальном и международном правосудии»¹. Несмотря на то что само понятие «*justiciability*» непривычно для российского уха, оно охватывает давно известные российскому праву вопросы: насколько далеко простирается власть суда, где проходит грань между юридическим и политическим, насколько «сдержанной» должна быть судебная власть в оценке нормативных актов, принятых властью законодательной, и в оценке внешнеполитических шагов, предпринятых властью исполнительной?

Ни в российской, ни в зарубежной литературе нельзя обнаружить устоявшегося и общепризнанного *юридического* определения понятия «*justiciability*». Эта категория раскрывается скорее как идея, а не как конкретный правовой институт. Бывший председатель Верховного суда Израиля Арон Барак (англ.: *Aharon Barak*) предположил, что концепция «*institutional justiciability*»² отвечает на вопрос о том, является ли суд подходящим органом для разрешения определённого вопроса, или он должен быть решён другим институтом: законодательным или исполнительным органом?

Категория *justiciability* шире известного процессуальному праву понятия компетенции. С долей условности можно перевести *justiciability* на русский язык как подведомственность (термин, от которого, как известно, отказались в 2018 году Арбитражный процессуальный кодекс РФ и Гражданский процессуальный кодекс РФ, но который имеет долгую историю использования в доктрине). Как отмечает В. В. Ярков, понятие подведомственности (в отличие от подсудности) не принадлежит только процессуальному праву. В условиях действия принципа разделения властей она играет роль юридического механизма, позволяющего реализовать этот принцип в государственно-правовом строительстве и в правовой системе в целом³.

Спикеры сессии Форума, в состав которых, помимо автора настоящей статьи, входили бывшие председатели высших российского и нидерландского судов, английский барристер, бывший судья международного суда, юрист транснациональной корпорации и специалист в сфере международного права, пришли к выводу о том, что, во-первых, судьи и национальных судов, и международных трибуналов зачастую вовлечены в решение вопросов, имеющих отчётливое политическое звучание (защита экологии, охрана здоровья населения, оценка налоговых мер, действий вооружённых сил и так далее). Во-вторых, многие судьи с готовностью принимают к рассмотрению подобные дела, и их тяжело убедить этого не делать. В-третьих, в процессуальном праве есть инструменты, позволяющие судам избежать «неудобных» процессов (в российском гражданском

¹ См.: *Justiciability и концепция «политического вопроса» в национальном и международном правосудии*. URL: https://spblegalforum.ru/ru/news/20190517_justiciability (дата обращения: 05.12.2020). Видеозапись сессии см.: URL: https://spblegalforum.ru/ru/2019_Video (сессия 4.7).

² Арон Барак, помимо институционального аспекта *justiciability*, также выделил её нормативный (англ.: *normative*) аспект, который отвечает на общий вопрос о том, есть ли «юридический ответ на каждый юридический вопрос»? В настоящей статье мы рассматриваем *justiciability* в контексте судебной деятельности, то есть в её институциональном аспекте (по терминологии Барака). См.: *Bendor A.L. Are There Any Limits To Justiciability? The Jurisprudential and Constitutional Controversy in Light of the Israeli and American Experience* // *Indiana International and Comparative Law Review*. Vol. 7. 1997. No. 2. P. 311–377, 314–317.

³ См.: *Ярков В. В. Изменение правил разграничения предметов ведения между судами: новые слова и/или новые решения?* // *Закон*. 2019. № 4. С. 92–103. Как отмечал В. М. Жуйков, в советское время термин «подведомственность» возник в условиях многочисленных изъятий из права на судебную защиту в пользу других органов. Соответственно, сейчас, с учётом формально абсолютного права на судебную защиту прав, от него можно отказаться. См.: *Румак В. Так называемая «оптимизация» — это путь в никуда* [Интервью с В. М. Жуйковым] // *Закон*. 2018. № 1. С. 6–17. Позволим себе не согласиться с таким предложением. Принцип разделения властей во внутреннем праве и принцип субсидиарности (и его вариации) в международном праве неизбежно влекут за собой необходимость установления чётких пределов компетенции как национальных, так и международных судов (трибуналов).

процессе — институт отказа в принятии искового заявления), и, наконец, в-четвёртых, никакие политические соображения не должны ограничивать право на судебную защиту, лишая суды возможности отвечать на вызовы времени, вершить правосудие.

2. Категории *justiciability* и «политического вопроса» в американском праве

Категория *justiciability* ведёт свою историю из стран общего права. Так, в США она была использована в 1803 году в деле Верховного суда США *Marbury v. Madison*⁴, в котором Председатель Суда Маршалл (англ.: *Chief Justice Marshall*) разделил индивидуальные права, реализация которых зависит от *юридических обязанностей* исполнительной ветви власти, с одной стороны, и политические вопросы, оставленные на *усмотрение* Президента — с другой. Если первые вопросы подведомственны судам (англ.: *justiciable*), то вторые — нет. Он объяснил, что Конституция США доверила усмотрение в некоторых сферах исключительно исполнительной власти.

В американской судебной практике и доктрине концепции *justiciability* и политического вопроса воспринимаются как категории, позволяющие судам для обеспечения стабильного государственного управления проявлять «сдержанность» (англ.: *prudence*) в признании недействительными решений исполнительной власти, гарантируют действие принципа разделения властей, поддерживают легитимность «неизбираемой» судебной власти, одновременно позволяя ей участвовать в диалоге с другими ветвями власти и обществом по важным вопросам⁵. Как образно сказано в одной из статей в «Harvard Law Review», учитывая, что суды могут решать, вышли ли политические ветви власти за границы их конституционных ролей, они [суды] не должны путать недостаток мудрости с недостатком полномочий⁶.

Традиционно, проблема наличия «политического вопроса» (помимо дел, связанных с реализацией исполнительной властью внешней и оборонной политики) возникала при рассмотрении судами США споров, связанных с практикой перекраивания властями штатов границ избирательных округов для создания преимуществ для одной из политических партий (англ.: *partisan gerrymandering*). В недавнем деле *Rucho v. Common Cause*⁷ в 2019 году Верховный суд США признал такую практику несовместимой с демократическими принципами, однако констатировал, что эти вопросы находятся *вне компетенции* суда, поскольку представляют собой *неподведомственный им политический вопрос*. В американском праве есть и другая концепция (англ.: *police power*), изымающая из подведомственности федеральных судов вопросы оценки законов штатов, принятых в рамках их компетенции для защиты «здоровья, безопасности и моральных устоев»⁸.

⁴ Supreme Court of the United States. *Marbury v. Madison*. 5 U.S. 137 (1803). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/> (дата обращения: 05.12.2020).

⁵ См.: Cole J.P. The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers: CRS Report Prepared for Members and Committees of Congress. December 23, 2014. P. 19. URL: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R43834.pdf> (дата обращения: 05.12.2020).

⁶ См.: Political Questions, Public Rights, and Sovereign Immunity. 2016. 9 December. URL: <https://harvardlawreview.org/2016/12/political-questions-public-rights-and-sovereign-immunity/> (дата обращения: 05.12.2020).

⁷ Supreme Court of the United States. *Rucho et al. v. Common Cause et al.* No. 18-422. 588 U.S. (2019). URL: https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdi/18-422_9o11.pdf (дата обращения: 05.12.2020).

⁸ Применение указанной категории в деле *Plessy v. Ferguson* в 1896 году позволила Верховному суду США признать разумной и конституционной практикой социальной сегрегации по расовому признаку в южных

По мнению профессора Нью-Йоркского университета Рейчел Баркоу (англ.: *Rachel E. Barkow*), концепция «политического вопроса» в её классическом понимании необходима с двух точек зрения. Во-первых, она позволяет каждой ветви власти находиться на своём собственном конституционном «поле», во-вторых, предотвращает ситуацию, при которой высший суд сам определяет, где лежат границы его власти, и таким образом становится заинтересованным лицом в своём собственном деле. Концепция «политического вопроса» позволяет суду исходить из более «скромного», функционального взгляда на собственные полномочия и возможности. В противном случае «конституционный диалог между тремя равными ветвями власти превратится в монолог Верховного суда»⁹.

3. *Justiciability* и международное правосудие

Несмотря на то что сама концепция *justisiability* возникла в национальном праве, в сфере международного разрешения споров она приобретает особое значение. Один из основоположников современного международного права и судья Международного Суда ООН Герш Лаутерпахт (нем.: *Hersch Lauterpacht*) ещё в 1928 году писал: «*“Justiciable”* или *“Justiciability”* не являются терминами, с которыми знаком обычный юрист... он [юрист] скорее склонится к тому, чтобы считать *“judiciable”* тот спор, по которому компетентный суд имеет юрисдикцию, и скажет, что в цивилизованной стране все споры должны быть *“justiciable”*. Однако в отношениях между государствами доктрина *“non-judiciable”* споров подразумевает, что в силу самой природы международных разногласий определённые межгосударственные споры исключены из компетенции международных судов»¹⁰. Это утверждение справедливо не только для межгосударственных споров, но и для других дел, которые затрагивают государственный суверенитет.

Практически любой международный процесс, который привлекает широкое внимание, связан с политикой. На сессии ПМЮФ, о которой шла речь выше, вспоминали известные международные инвестиционные арбитражи по искам компаний группы Philip Morris, основанных на ужесточении со стороны Уругвая и Австралии национального антитабачного регулирования¹¹, дела по межгосударственным жалобам Грузии и Украины против России в Европейском Суде по правам человека (*далее* — ЕСПЧ), а также дело ЮКОСа. Можно вспомнить и так называемые приднестровские споры в ЕСПЧ, в рамках которых международный суд искусственно расширил горизонты статьи 1 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод и принял

штатах США. Supreme Court of the United States. *Plessy v. Ferguson*. No. 210. 163 U.S. 537 (1896). URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/> (дата обращения: 05.12.2020).

⁹ *Barcow R.* The Rise and Fall of the Political Question Doctrine // The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States / ed. by N. Mourtada-Sabbah, B. E. Caine. Lanham, MD : Lexington Books, 2007. P. 23–46, 44–45.

¹⁰ *Lauterpacht H.* The Doctrine of Non-Justiciable Disputes in International Law // *Economica*. 1928. No. 24. P. 277–317, 277.

¹¹ См., например: United Nations Commission on International Trade Law. *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia*. Case no. 2012-12. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/421/philip-morris-v-australia> (дата обращения: 05.12.2020); International Centre for Settlement of Investment Disputes. *Philip Morris Brands Sarl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*. Case no. ARB/10/7. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/368/philip-morris-v-uruguay> (дата обращения: 05.12.2020).

на себя бремя определения степени политического влияния одного государства на территорию другого¹².

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)¹³, а также Нидерландов против России (в связи с крушением малазийского Боинга на Украине в 2014 году)¹⁴. 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, а также находятся в суверенной дискреции национальных правительств и парламентов.

В мае 2020 года Федеральный конституционный суд Германии (*далее* — ФКС Германии) громко заявил о себе, признав неконституционными меры Европейского центрального банка (*далее* — ЕЦБ), которые были направлены на стимулирование экономики еврозоны денежными вливаниями (программа выкупа активов, PSPP), в противоречии с решением Европейского суда справедливости, ранее посчитавшего меры правомерными¹⁵. Это постановление ФКС Германии примечательно, поскольку в нём вопросы *justiciability* (хоть суд и не использует этот термин) рассматриваются как с точки зрения оценки судом принятых мер *в горизонтальном измерении* (оценка судом действий Бундесбанка по участию в рамках своей компетенции в выработке и реализации европейских монетарных мер), так и в соотношении с государственной и надгосударственной юрисдикцией, в том числе судебной (ФКС Германии, Федеральное правительство, Бундестаг и Бундесбанк, с одной стороны, и органы Евросоюза, Европейский центральный банк и Европейский суд справедливости — с другой), то есть в *измерении вертикальном*. ФКС Германии провёл не только юридический, но и обстоятельный экономический анализ соответствующих мер для определения компетенции органов ЕС, и попытался разграничить экономическую политику и политику монетарную (денежную). Позволим себе здесь процитировать несколько ключевых аргументов из постановления:

- «Основной закон ФРГ не наделяет германские государственные органы правом передавать суверенные полномочия Европейскому Союзу таким образом, чтобы ЕС мог независимым 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» (абзац 101).
- «В любом случае динамические положения [международного договора] должны ограничиваться необходимыми гарантиями, позволяющими конституционным орга-

¹² Позиция, изложенная в блестящем особом мнении судьи А. И. Ковлера по делу *Илашкы и другие против Молдавии и Российской Федерации* (жалоба № 48787/99), продолжает оставаться «путеводной» звездой в противодействии попыткам явной политизации концепции прав человека в практике ЕСПЧ.

¹³ См.: *Risini I., Ulfstein G. Liechtenstein v. Czech Republic before the European Court of Human Rights* // EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law. 2020. 7 September. URL: <https://www.ejiltalk.org/liechtenstein-v-czech-republic-before-the-european-court-of-human-rights/> (дата обращения: 05.12.2020).

¹⁴ См.: The Netherlands brings MH17 case against Russia before European Court of Human Rights. URL: <https://www.government.nl/latest/news/2020/07/10/the-netherlands-brings-mh17-case-against-russia-before-european-court-of-human-rights> (дата обращения: 05.12.2020).

¹⁵ См.: Bundesverfassungsgericht. 2 BvR 859/15. Judgment of the Second Senate of 5 May 2020. URL: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2020/05/rs20200505_2bvr085915en.html (дата обращения: 05.12.2020).

- нам ФРГ эффективно выполнять их обязанности в отношении европейской интеграции» (абзац 102).
- «Таким образом, передача суверенных полномочий [в пользу ЕЦБ как органа монетарной политики в еврозоне] нарушает принцип демократии, если вид и уровень государственных расходов в значительной мере определяется на наднациональном уровне, лишая Бундестаг его прерогатив на принятие решений» (абзац 104).
 - «Если любое государство — член ЕС будет с готовностью заявлять о праве определить с помощью собственных судов, действительны ли акты ЕС, это может подорвать приоритет их применения в соответствии с правом ЕС и поставить под угрозу его единообразное применение. Тем не менее, если бы государства-члены полностью воздерживались от проверки в той или иной степени наличия *ultra vires* [явного превышения органом полномочий], они предоставили бы органам ЕС исключительные полномочия в отношении договоров о создании ЕС даже в тех случаях, когда ЕС принимает толкование, которое по сути равносильно внесению поправки в договор или расширению его [ЕС] компетенции» (абзац 111).
 - «Если проверка на предмет *ultra vires* или аналогичная проверка поднимает вопросы, касающиеся действительности или толкования мер, принятых институтами, органами, офисами и агентствами Европейского Союза, Федеральный конституционный суд в принципе основывает свой анализ на понимании и оценке таких мер, которые сделаны Европейским судом справедливости. Однако это правило более не применяется, если толкование договоров о создании ЕС просто невразумительно (англ.: *is simply not comprehensible*) и, соответственно, объективно произвольно» (абзац 118).
 - «Эффект от соответствующих экономических мер в рамках PSSP 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» (абзац 173).
 - «Основываясь на их ответственности в отношении европейской интеграции, конституционные органы обязаны сделать активные шаги против PSSP, имея в виду, что она [программа] представляет собой акт *ultra vires*» (абзац 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 развitiии, имплементации, исполнении или внедрении актов *ultra vires*» (абзац 234).

4. Концепция разделения властей и международное право

Приведённые позиции свидетельствуют о том, что наднациональные органы не могут игнорировать 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 можно прогнозировать более активное применение в международной и национальной конституционной практике статьи 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 ка-

салось 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 ЕСПЧ в деле *Анчугов и Гладков против России*¹⁶ — избирательные права заключённых, а в деле *Константин Маркин против России*¹⁷ — право мужчины-военнослужащего на отпуск по уходу за ребёнком), но и «процедурные», то есть 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 так далее.

ФКС Германии в процитированном выше постановлении признал невозможным исполнение решений надгосударственных органов. Кроме того, приняв во внимание, что они приняты без учёта полномочий Бундестага как представительного и законодательного органа ФРГ, он отметил необходимость соблюдения демократических принципов при делегировании суверенных полномочий на международный уровень. Принятие политического решения требует от органа, который его принял, достаточного уровня легитимности. В том случае, если такое решение было оформлено не просто в виде закона, одобренного избранным парламентом, но посредством всенародного голосования, очевидно, что любые акты, прямо ему противоречащие (включая международные), не могут применяться на территории данного государства. Например, в российской правовой системе высший уровень легитимности требуется для принятия и изменения положений, закреплённых в главах 1 и 2 Конституции, которые в силу её статьи 125 не могут быть пересмотрены Федеральным Собранием, так как их можно изменить только посредством принятия новой конституции, одобренной на всенародном голосовании.

Приведённые 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 ФКС Германии), как раз ответственность за развитие международного права и реализацию целей международных договоров лежит 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 в противоречии как с основами национальных правовых порядков государств — участников договора, так и с целями самого международного договора. В постановлении ФКС Германии неоднократно упоминает об ответственности Федерального правительства и Бундестага за «европейскую интеграцию». Фактически в защиту этой интеграции, а не только национального суверенитета, ФКС Германии выступает, принимая решение, констатирующее выход международных структур за пределы своей компетенции.

5. Основания и пределы компетенции инвестиционного арбитража

В определённом смысле позиция ФКС Германии перекликается и с доводами Российской Федерации в известном деле ЮКОСа. Напомним, что в соответствии с арбитраж-

¹⁶ European Court of Human Rights (*далее* — ECtHR). *Anchugov and Gladkov v. Russia*. Applications nos. 11157/04, 15162/05. Judgment of 4 July 2013.

¹⁷ ECtHR. *Konstantin Markin v. Russia*. Application no. 30078/06. Judgment of 22 March 2012.

ным решением в 2014 году на Российскую Федерацию была возложена обязанность выплаты компенсации бывшим мажоритарным акционерам в размере более пятидесяти миллиардов долларов в связи с принятием в отношении компании санкций за нарушения российского налогового законодательства в начале 2000-х годов¹⁸. При этом и инвестиционный арбитраж, а затем и нидерландский апелляционный суд, подтвердив правомерность арбитражного решения, признали, что компетенция арбитража может основываться и на положениях *нератифицированного* международного договора (Договор к Энергетической хартии был подписан, но не ратифицирован, несмотря на внесение Правительством РФ проекта закона о ратификации в Государственную Думу; в итоге в 2009 году Российская Федерация официально заявила о намерении не становиться стороной этого договора¹⁹).

Отметим, что в данном случае оказались затронутыми как раз не «простые» нормы национального законодательства или «рядовые» нормы Конституции, а основы конституционного строя Российской Федерации, включая право на судебную защиту и принцип разделения властей. Следуя логике арбитража можно прийти к выводу о том, что орган исполнительной власти (в случае с делом ЮКОСа Правительство РФ в 1994 году) без одобрения парламента может свободно выразить согласие на исключение компетенции национальных судов (включая Конституционный Суд) в отношении правовой оценки своих действий по осуществлению экономической, инвестиционной и налоговой *политики* и передать эти полномочия частным лицам (арбитрам в международном арбитраже). В этом смысле 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 (англ.: *compulsory*) для сторон, такой арбитраж подпадает под универсальные требования части 1 статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, которая предусматривает реализацию права на справедливое судебное разбирательство судом, *созданным на основании закона* и действующим независимо²⁰.

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 одного миллиарда евро компенсации в связи с ужесточением законодательных требований к использованию угля в рамках построения «зелёной экономики». Такие дела (аналогичные иски со ссылкой на Договор к Энергетической хартии были поданы

¹⁸ Подробно историю дела см., например: *Рачков И.* Бывшие акционеры «ЮКОСа» против России: Комментарий к арбитражному решению под эгидой Постоянной Палаты Третейского Суда в Гааге // *Международное правосудие.* 2014. № 3 (11). С. 18–34. Со всем объёмом материалов по делу можно ознакомиться на сайте, посвящённом данному делу. См.: *The Yukos Case.* URL: <http://yukoscas.com/> (дата обращения: 05.12.2020).

¹⁹ См.: Распоряжение Правительства РФ от 30 июля 2009 года № 1055-п // *Собрание законодательства Российской Федерации.* 2009. № 32. Ст. 4053.

²⁰ См., например: ECtHR. *Ali Riza and Others v. Turkey.* Applications nos. 30226/10 and 4 others. Judgment of 28 January 2020. § 174.

и к Германии (на сумму 6,2 млрд евро) в связи с ограничениями для атомной энергетики, введёнными после аварии на АЭС «Фукусима-1», и к Италии, и к другим странам) побудили широкие слои общественности и истеблишмент в странах Европы поставить под сомнение целесообразность существования международного договора, который изначально был предназначен для обеспечения безопасности западных инвестиций в постсоветских странах, но затем превратился в «по-настоящему антидемократическое орудие (англ.: *truly anti-democratic tool*) в руках частных арбитров (представляющих таинственную параллельную систему правосудия — англ.: *secretive parallel justice system*) под угрозой огромных финансовых санкций, заставляющих государства менять свою политику, в том числе по защите прав людей на благоприятную окружающую среду»²¹.

Некоторые полагают, что ничто не мешает международному арбитражу оценить и конституционность национальных законов, применяемых в деле²². С таким тезисом (если воспринимать его как универсальный) невозможно согласиться, поскольку он не основан на нормах международного права. Косвенный (как и прямой) нормоконтроль²³ остаётся в юрисдикции национальных судов. Международные арбитражи должны применять национальное право в том самом толковании, которое им дано национальными конституционными и верховными судами. В случае, если допустить возможность автономного толкования норм национального права арбитрами, необходимо согласиться, что, например, российское, немецкое или польское право может иметь как вариант «для внутреннего употребления», так и «экспортный» вариант. При этом «экспортный» вариант может иметь множество вариаций, в зависимости от того, какой из международных трибуналов²⁴ его истолковал.

Последнее слово в развитии и интерпретации норм национального права всегда остаётся за государственными судами соответствующей страны. Как говорил в 2016 году Председатель Верховного Суда Англии и Уэльса: «Это [национальные] суды, а не арбитражи, развивают [национальное] право; это суды формулируют и объясняют права, в том числе выносят окончательные постановления относительно предмета и толкования положений контрактов, финансовых инструментов и так далее. Арбитраж этого не делает. Открытый судебный процесс позволяет людям смотреть, обсуждать, развивать, оспаривать и материализовывать реализацию как частных, так и публичных прав. Арбитраж этого не позволяет»²⁵.

²¹ *Hourticq B.* How the Little-Known Energy Charter Treaty Is Holding Environmental Policy // Equal Times. 2020. 7 September. URL: <https://www.equaltimes.org/how-the-little-known-energy?lang=en#.X2NoG0tuzb1> (дата обращения: 05.12.2020).

²² См., например: *Olas A.* May International Arbitral Tribunals Declare Laws Unconstitutional? An International and a Polish Perspective on the Issue of Dealing with Unlawful Laws // *Journal of International Arbitration*. Vol. 34. 2017. No. 2. P. 169–206. Статья основывается на позициях Яна Полсона (англ.: *Jan Paulsson*). Невсколькo неуместной выглядит в работе ссылка на Нью-Йоркскую конвенцию 1958 года как обоснование выдвинутого тезиса. Указанная конвенция ни по «духу», ни по «букве» не затрагивает соответствующие вопросы.

²³ Напомним, что в рамках косвенного нормоконтроля суд оценивает законность действий государственного органа при рассмотрении гражданских дел, в случае если такое действие (акт) представляют собой юридический факт, входящий в основание требования истца. В случае констатации незаконности акта (действия) суд при косвенном нормоконтроле (в отличие от прямого нормоконтроля в порядке административного судопроизводства) не признаёт сам акт недействующим (незаконным), но не применяет его в конкретном деле. См.: *Чечина Н. А.* Избранные труды по гражданскому процессу. СПб.: Издательский дом Санкт-Петербургского государственного университета, 2004. С. 641–644.

²⁴ Или иностранных судов при рассмотрении вопроса о признании и приведении арбитражного решения в исполнение или его отмене (англ.: *set aside*).

²⁵ Lord Chief Justice of England and Wales. The Right Hon. The Lord Thomas of Cwmgiedd, Lord Chief Justice of England and Wales Developing Commercial Law through the Courts: Rebalancing the Relationship between

Даже те авторы, которые видят в инвестиционном арбитраже признаки зарождающегося уникального и автономного от национальных правопорядков «глобального административного права» (англ.: *Global Administrative Law*)²⁶, «дисциплинирующего» (англ.: *disciplining*) государства, признают, что, во-первых, международные арбитры коммерчески заинтересованы в своих будущих назначениях на дела, несвободны от иной политической и профессиональной деятельности, несовместимой с их беспристрастностью, соответственно, склонны расширительно толковать компетенцию инвестиционных арбитражей²⁷. Во-вторых, в инвестиционном арбитраже разрешаются вопросы деятельности государства по осуществлению публичной власти (в отличие от международного коммерческого арбитража), регуляторных (англ.: *regulatory*) отношений между сувереном и индивидом, и в-третьих, что наиболее важно, согласие государства на передачу инвестиционному арбитражу, основанному на *международном договоре* о защите инвестиций, полномочий по разрешению споров, имеет принципиально иную природу, чем в арбитраже коммерческом или инвестиционном арбитраже, основанном на оговорке в *коммерческом контракте* между государством и конкретным инвестором.

В первом случае государство, соглашаясь на арбитраж, не действует как частное лицо в соответствии с принципом автономии воли, такое согласие носит общий характер, распространяется на неопределённое количество лиц (инвесторов), которые ещё не идентифицированы на момент уступки юрисдикции арбитражу от национальных судов государства, принимающего инвестиции. Такое общее согласие государства в международном инвестиционном арбитраже превращает его из подвида коммерческого арбитража, основанного на взаимоотношениях частных лиц, в юрисдикционный механизм *контроля* за реализацией публичной власти (англ.: *adjudicative mechanism to control the exercise of public authority*)²⁸, требуя таким образом одобрения национального представительного органа.

По мнению других учёных, ирония судьбы заключается в том, что инвестиционный арбитраж, изначально предназначенный для нейтрального вне-политического (англ.: *non-political*) разрешения споров, сейчас имеет явную тенденцию к ре-политизации (англ.: *trajectory of repoliticization*)²⁹.

6. Заключение

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

the Courts and Arbitration. Bailii Lecture 2016. URL: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/03/lcj-speech-bailli-lecture-20160309.pdf> (дата обращения: 05.12.2020).

²⁶ См., например: *Van Harten G., Loughlin M.* Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law // *The European Journal of International Law*. Vol. 17. 2006. No. 1. P. 121–150.

²⁷ Как отмечается, «арбитры зачастую только рады признать, что обладают юрисдикцией». См.: Заключение Генерального адвоката Нидерландов для дела Верховного суда Нидерландов от 28 марта 2014 года. ECLI: NL: PHR:2014:1774. URL: <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:PHR:2014:1774> (дата обращения: 05.12.2020). Генеральный адвокат указывает в п. 11.10 Заключения, что доктрина исходит из того, что арбитры, ввиду их собственных финансовых интересов, сталкиваются с искушением «отдать предпочтение интересам компаний».

²⁸ См.: *Van Harten G., Loughlin M.* Op. cit.

²⁹ См.: *Titi C.* Are Investment Tribunals Adjudicating Political Disputes? Some Reflections on the Repoliticization of Investment Disputes and (New) Forms of Diplomatic Protection // *Journal of International Arbitration*. Vol. 32. 2015. No. 3. P. 261–288.

Пытаясь ответить на этот вопрос, ещё раз вспомним слова Герша Лаутерпахта: «Просто утверждать, что все международные споры политические так же легко, как 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»³⁰.

Для того чтобы начать решать проблему, надо честно признаться в её существовании. Международные трибуналы всё более активно расширяют свою собственную компетенцию, включая в неё вопросы, которые традиционно отнесены к ведению национальных властей и/или решение которых находится исключительно в дипломатической плоскости. «Эволютивное» толкование международными трибуналами (и другими международными органами) норм международного права в противоречии с их буквальным смыслом, из которого исходили государства, их создавая, становится устойчивой тенденцией. Это влечёт 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 судов и арбитражей. 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.

Такие действия пока не похожи на полноценный диалог, скорее, выглядят как череда односторонних реакций, «прощупывание» позиций и пределов сдержанности друг друга. При этом мирное разрешение конфликта юрисдикций невозможно без осознания проблемы именно в юридической плоскости, совместного определения того, какие дела являются *justiciable* в международном процессе и какой вопрос должен считаться «политическим»? В этом смысле позиция о том, что компетенция международных трибуналов является ограниченной и они по своему назначению, с точки зрения процедур, ими используемых, статуса арбитров (судей), стандарта оценки доказательств, других объективных факторов не могут и не должны вторгаться в политические вопросы, решение которых требует особого уровня легитимности³¹, получает всё большую поддержку.

Вопрос о политизации международных трибуналов нельзя стыдливо замалчивать или считать маргинальным. В противном случае он рискует в итоге разрушить международную систему разрешения споров и, как следствие, подорвать механизмы действия международного права. Мы уже стали свидетелями резких попыток некоторых государств, включая США, не просто отвергнуть в одностороннем порядке юрисдикцию международных судов при поступлении «неудобного» дела (Международный Суд ООН)³², но и применить в отношении их судей санкции, угрожая уголовным преследованием (Международный уголовный суд)³³.

Предполагая возможность применения в сфере международного разрешения споров концепций *justiciability* и «политического вопроса», необходимо определиться,

³⁰ *Lauterpacht H. The Function of Law in the International Community*. Цит. по: *Titi C. Op. cit.* P. 266.

³¹ Если этот вопрос явно и недвусмысленно не передан государствами на рассмотрение трибунала.

³² См.: *Казарновский П.* США вышли из протокола о выполнении решений Международного суда ООН // РБК. 2018. 3 октября. URL: <https://www.rbc.ru/politics/03/10/2018/5bb5020c9a794748f240995e> (дата обращения: 05.12.2020).

³³ См.: *International Criminal Court Officials Sanctioned by US* // BBC News. 2020. 2 September. URL: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-54003527> (дата обращения: 05.12.2020).

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 неправомερных* решений, основанных на сознательном искажении фактов и права в угоду конъюнктурным интересам, а также явного выхода трибунала за пределы установленной юрисдикции (акт *ultra vires*).

Трибунал, перед которым возник «политический вопрос», должен не только провести первичный тест (англ.: *primary test*) относительно того, что перед ним ситуация, признаки которой обозначены выше, но и вторичный тест (англ.: *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), «вторгнуться» в его разрешение, то есть совершить *judicial intervention*, вместо того чтобы проявить «сдержанность» (англ.: *prudence*)³⁴ или даже судебную «скромность» (англ.: *judicial modesty*)³⁵.

Подобный вторичный тест 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 надёжных фактах? Нет ли более подходящего (англ.: *convenient*) судебного или *внесудебного* форума для решения этого вопроса?

В конечном итоге для любого международного трибунала главным активом остаётся нейтральность³⁶. Если судья хочет видеть своё имя в газетах рядом с именами форвардов, забивающих голы, и для этого приходит на стадион не судить, а играть вместе с командами, то он уже не судья, а один из футболистов. Но в любой игре нужны чёткие правила и беспристрастные судьи, которые следят за их соблюдением. Иначе у такой игры нет будущего.

³⁴ См.: *Tushnet M. V. Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine*. 2002. URL: <https://scholarship.law.georgetown.edu/iacpub/254/> (дата обращения: 05.12.2020).

³⁵ См.: *Cole J. P. Op. cit.* P. 19.

³⁶ Экс-председатель Верховного суда Нидерландов Гирт Корстенс (*Geert Corstens*) завершил своё основное выступление на сессии ПМЮФ, с описания которой и началась эта статья, следующими словами: «Если судья начинает активно интересоваться политикой, значит, пришло время ему уходить в отставку».

Библиографическое описание:

Гальперин М. Политизация права или легализация политики? О *justiciability* и доктрине «политического вопроса» на примере международного правосудия // Международное правосудие. 2020. № 4 (36). С. 45–58.

**Politicising law or legalising politics?
Justiciability and the “political question”
on the examples from international justice**

Mikhail Gal'perin

Doctor of Science in Law, Master of Laws (University of London), Professor of International Law, Faculty of Law, Higher School of Economics, Moscow, Russia (e-mail: mgalperin@hse.ru).

Abstract

Author is pointing out the problem of interaction between the political nature of the dispute concerned and the competence of international tribunals. To assess such legal interaction the “justiciability” concept is used. This concept, well known from the US and the UK jurisprudence, allow national courts, for the purpose of stable state administration, to exercise “prudence” in invalidating executive acts, guarantee the operation of the principle of separation of powers, preserve the legitimacy of an unelected judicial branch allowing it, at the same time, to participate in a dialogue with the other branches and the public. Despite the fact that the concept initially appeared in the national law, it became equally important for the international dispute resolution system. Using some remarkable recent cases from the supreme national and international tribunals’ practice author concludes that international tribunals are increasingly expanding their own competence to cover issues traditionally reserved for national authorities and/or lying exclusively in the diplomatic realm. The “evolutive” interpretation of provisions of international law adapted by some international tribunals (and other international organs) contradicts their literal meaning as originally intended by the states, is becoming a persistent trend. This entails a natural reaction of national legal systems represented by higher courts: on the one hand, they avoid direct confrontation through maintaining the classical paradigm of respect to international law, and, on the other hand, draw “border lines” designed to limit the jurisdiction of international courts and arbitration tribunals. The politicization of international arbitration is a question that should not be embarrassingly swept under the carpet or considered marginal. Otherwise, there is a risk that it would destroy the international dispute resolution system and, as a consequence, undermine the mechanisms of international law. At the same time, no peaceful resolution of the conflict of jurisdictions is possible without understanding the problem in the legal plane, without joint determination of which cases are justiciable in the international process, and which questions should be considered “political”. Author made the attempt to give a legal definition of the “political question” in the international procedure and formulate legal tests which could help international judges and arbitrators to define, whether they are ready to and whether they should consider the particular case, related to the “political question”, on the merits (and not to recognise it inadmissible on procedural grounds).

Keywords

international dispute resolution; justiciability; independence of the courts; separation of powers; court interpretation.

Citation

Gal'perin M. (2020) Politizatsiya prava ili legalizatsiya politiki? O justiciability i doktrine “politicheskogo voprosa” na primere mezhdunarodnogo pravosudiya [Politicising law or legalising politics? Justiciability and the “political question” on the examples from international justice]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 10, no. 4, pp. 45–58. (In Russian).

References

- Barcow R. (2007) The Rise and Fall of the Political Question Doctrine. In: Mourtada-Sabbah N., Caine B. E. (eds.) *The Political Question Doctrine and the Supreme Court of the United States*, Lanham, MD: Lexington Books, pp. 23–46.
- Bendor A. L. (1997) Are There Any Limits To Justiciability? The Jurisprudential and Constitutional Controversy in Light of the Israeli and American Experience. *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 7, no. 2, pp. 311–377.
- Chechina N. A. (2004) *Izbrannye trudy po grazhdanskomu protsessu* [Selected works on civil procedure], Saint Petersburg: Izdatel'skiy dom Sankt-Peterburgskogo gosudarstvennogo universiteta. (In Russian).
- Cole J. P. (2014) *The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers*: CRS Report Prepared for Members and Committees of Congress. 23 December. Available at: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R43834.pdf> (accessed: 05.12.2020).
- Van Harten G., Loughlin M. (2006) Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law. *The European Journal of International Law*, vol. 17, no. 1, pp. 121–150.
- Hourticq B. (2020) How the Little-Known Energy Charter Treaty Is Holding Environmental Policy. *Equal Times*, 7 September. Available at: <https://www.equaltimes.org/how-the-little-known-energy?lang=en#.X2NoG0tuzbI> (accessed: 05.12.2020).
- Kazarnovskiy P. (2018) SShA vyshli iz protokola o vypolnenii resheniy Mezhdunarodnogo suda OON [The United States withdrew from the Protocol on the implementation of judgments of the International Court of Justice]. *RBK*, 3 October. Available at: <https://www.rbc.ru/politics/03/10/2018/5bb5020c9a794748f240995e> (accessed: 05.12.2020). (In Russian).
- Lauterpacht H. (1928) The Doctrine of Non-Justiciable Disputes in International Law. *Economica*, no. 24, pp. 277–317.
- Olas A. (2017) May International Arbitral Tribunals Declare Laws Unconstitutional? An International and a Polish Perspective on the Issue of Dealing with Unlawful Laws. *Journal of International Arbitration*, vol. 34, no. 2, pp. 169–206.
- Rachkov I. (2014) Byvshie aktsionery “YUKOSA” protiv Rossii: Kommentariy k arbitrazhnomu resheniyu pod egidoy Postoyannoy Palaty Treteyskogo Suda v Gaage [Former “YUKOS” Shareholders v. Russia: A commentary on the arbitral award rendered under the auspices of the Permanent Court of Arbitration in the Hague]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 4, no. 3, pp. 18–34. (In Russian).
- Risini I., Ulfstein G. (2020) *Liechtenstein v. Czech Republic* before the European Court of Human Rights. *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*. Available at: <https://www.ejiltalk.org/liechtenstein-v-czech-republic-before-the-european-court-of-human-rights/> (accessed: 05.12.2020).
- Rumak V. (2018) Tak nazyvaemaya “optimizatsiya” — eto put' v nikuda (Interv'yu s V. M. Zhuykovym) [The so-called “optimization” — the road to nowhere (Interview with V. M. Zhuikov)]. *Zakon*, no. 1, pp. 6–17. (In Russian).
- Titi C. (2015) Are Investment Tribunals Adjudicating Political Disputes? Some Reflections on the Repoliticization of Investment Disputes and (New) Forms of Diplomatic Protection. *Journal of International Arbitration*, vol. 32, no. 3, pp. 261–288.
- Yarkov V. V. (2019) Izmenenie pravil razgranicheniya predmetov vedeniya mezhdru sudami: novye slova i/ili novye resheniya? [Changing the rules of delimitation of jurisdiction between courts: new words and/or new solutions?]. *Zakon*, no. 4, pp. 92–103. (In Russian).