

# 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. КОЛОДИН (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: ООО «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.

Переписка разрешена только с письменного согласия правообладателя.

© Институт права и публичной политики, 2020

## TRIBUNА

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

## SCRIPTORIUM

### FORUM INCOGNITA

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

### OPINION JURIS

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

### JUS DIGITUS

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

### JUS POST BELLUM

**ПЕРЕХОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ В КОЛУМБИИ:  
НЕРЕАЛИЗОВАННЫЙ ПОТЕНЦИАЛ** **77**  
Александр Евсеев

### JUS CRIMINALE

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

### LEX MERCATORIA

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

### JUS GENTIUM

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

### LEX SPORTIVA

**ФЕНОМЕН LEX SPORTIVA  
В МЕЖДУНАРОДНОМ СПОРТИВНОМ ПРАВЕ** **168**  
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. NUSSBERGER (University of Cologne, Germany)  
 S. PUNZHIN (International Court of Justice, Netherlands)  
 A. UŠACKA (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](mailto:journal_mp@mail-ilpp.ru)  
<https://academia.ilpp.ru/en/international-justice/>

© Institute for Law and Public Policy, 2020

## TRIBUNAL

- 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 Ispolnov

### 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**  
 Iliia 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

## SCRIPTORIUM FORUM INCOGNITA

### Международное космическое право эпохи начала бизнес-колонизации космоса

Алексей Исполинов\*

На смену традиционному представлению о деятельности в космосе, которая может быть реализована исключительно государствами через специально созданные структуры (своего рода естественные монополии), приходит понимание, что эта деятельность может быть успешно осуществлена частными компаниями, при этом конкуренция между ними не только допустима, но и желательна. Возрастающее участие частного капитала в освоении ресурсов космоса говорит о формировании крупной, самодостаточной и инвестиционно привлекательной экономики «Нового космоса». Этой экономике жизненно необходимы правовое регулирование, адекватно отражающее современные реалии и гарантирующее права новых участников освоения космоса, в том числе право распоряжаться добытыми в космосе ресурсами, а также правовая определённости, которая, по мнению многих, пока отсутствует в современном международном космическом праве. Судя по всему, переформатирование космического права будет происходить не в стенах ООН и не на основе концепции космоса как общего наследия человечества, а путём принятия национальных нормативных актов, наподобие Закона США о конкурентоспособности в области коммерческих космических запусков, и заключения двухсторонних соглашений и договоров с малым числом участников (Соглашение о Международной космической станции и Соглашения Артемиды). Эти нормативные акты и соглашения будут рассматриваться как последующие соглашения и последующая практика государств, наполняющие новым содержанием расплывчатые положения Договора о космосе 1967 года. Ценность Договора о космосе 1967 года в этом отношении только возрастает ввиду отсутствия в нём жёсткого регламентирования или запрета на коммерческую разработку ресурсов космоса, что позволяет быстро провести эволюционное реформирование космического права за счёт внедрения новых механизмов принятия решений и создания новых правовых норм, конкретизирующих, дополняющих и модифицирующих положения Договора о космосе 1967 года.

DOI: 10.21128/2226-2059-2020-4-22-44

→ *Космос; Договор о космосе; ресурсы космоса; национальные акты о космосе; Соглашение Артемиды*

«Правовая система, в которой нет ясности в отношении прав девелоперов на те участки, которые они разрабатывают, является почти такой же запретительной, как и система, запрещающая такую деятельность»<sup>1</sup>.

#### 1. Введение

Успехи корпорации SpaceX, доставившей американских астронавтов на Международную космическую станцию (далее — МКС) и планирующей доставить примерно один

\* Исполинов Алексей Станиславович — доктор юридических наук, старший партнёр юридической фирмы «Лекс-Инвест», Москва, Россия (e-mail: ispolinov@inbox.ru).

<sup>1</sup> Reinstein E. Owning Outer Space // Northwestern Journal of International Law & Business. Vol. 20. 1999. No. 1. P. 59—98, 71.

миллион колонистов на Марс в течение 40–100 лет<sup>2</sup>, равно как и Распоряжение<sup>3</sup> Президента США Д. Трампа от 6 апреля 2020 года по космосу и объявленные планы НАСА по поводу освоения ресурсов Луны, Марса и астероидов на основе заключённого 13 октября 2020 года Соглашения Артемиды (англ.: *Artemis Accord*<sup>4</sup>), дают все основания сказать, что начался новый этап освоения космоса и вместе с ним его правового регулирования. И дело не только в участии частного капитала в его освоении, что было отмечено уже достаточно давно и получило название «коммерциализации» космоса. Началась бизнес-колонизация космического пространства, то есть полноценное освоение (а не только исследование) с активным, если не доминирующим, участием крупного капитала, стремящегося создать по-настоящему крупную, самодостаточную и развитую экономику космоса («Новый космос»). Объявлено о планах в течение следующих пяти лет осуществить порядка 15 миссий на Луну (не считая экспедиций, организованных частными компаниями), по меньшей мере шесть экспедиций на Марс и две на астероиды. Это происходит на фоне уже очевидного превалирования частных инвестиций над общими расходами государств на космос. С 2009 по 2018 год в космические стартапы было инвестировано около 18 млрд долларов, из которых 3,25 млрд только в одном 2018 году<sup>5</sup>. Уже в 2013 году «глобальная космическая экономика» оценивалась в 314 млрд долларов, при этом на частный сектор приходилось 76 % расходов, так или иначе связанных с космосом, в то время как расходы всех государств на космос составили лишь 24 %, и эта доля продолжает сокращаться<sup>6</sup>. Крупный капитал намерен самым деятельным образом участвовать в создании новых или реформировании существующих правил, действующих применительно к космическому пространству, рассматривая космос как очень перспективную и уже крайне прибыльную сферу бизнеса. На наших глазах у этой бизнес-колонизации космоса появляется собственное правовое регулирование, столь необходимое для ищущих правовую определённость крупных инвесторов, и оно будет во многом разительно отличаться от той системы управления космосом, которую мы привыкли видеть. При этом, судя по всему, революционного слома основ космического права не будет, но нас ожидает эволюционное реформирование космического права за счёт внедрения новых механизмов принятия решений и создания правовых норм.

## 2. От коммерциализации космоса до новой системы управления космосом

Когда в 1980 году американец Деннис Хоуп (англ.: *Dennis Hope*) зарегистрировал в американском реестре прав своё право собственности на всю поверхность Луны и все остальные планеты Солнечной системы (включая их спутники), ничего, кроме улыбок,

<sup>2</sup> См.: *Drake N.* Elon Musk: In Seven Years, SpaceX Could Land Humans on Mars // National Geographic. 2017. 29 September. URL: <https://perma.cc/522T-22QH> (дата обращения: 30.10.2020).

<sup>3</sup> Executive Order on Encouraging International Support for the Recovery and Use of Space Resources Infrastructure & Technology of April 6, 2020. URL: <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/executive-order-encouraging-international-support-recovery-use-space-resources> (дата обращения: 30.10.2020).

<sup>4</sup> The Artemis Accords: Principles for Cooperation in the Civil Exploration and Use of the Moon, Mars, Comets, and Asteroids for Peaceful Purposes. URL: <https://www.nasa.gov/specials/artemis-accords/img/Artemis-Accords-signed-13Oct2020.pdf> (дата обращения: 30.10.2020).

<sup>5</sup> См.: *Henry C.* Space Startup Investments Continued to Rise in 2018 // SpaceNews. 2019. 4 February. URL: <https://spacenews.com/space-startup-investments-continued-to-rise-in-2018/> (дата обращения: 30.10.2020).

<sup>6</sup> См.: *Smith M. S.* Space Foundation: Space Economy Grew by 4 Percent in 2013 // SpacePolicyOnline.com. 2014. 19 May. URL: <https://spacepolicyonline.com/news/space-foundation-space-economy-grew-by-4-percent-in-2013/> (дата обращения: 30.10.2020).

это не вызвало. Однако за 40 лет принадлежащей Д. Хоупу компании Lunar Embassy удалось продать порядка 611 млн акров на Луне, Меркурии, Марсе и Венере, причём среди покупателей оказались сразу три бывших президента США — Дж. Буш-старший, Картер и Рейган. Успех этого экзотического бизнеса подтверждается существованием многочисленных клонов по всему миру.

Ещё в конце 1999 года чиновники НАСА утверждали, что национальная политика в области космоса не может быть отдана частным фирмам, поскольку «только государство, действующее в общественных интересах, должно определять, что необходимо сделать, когда и за какие деньги»<sup>7</sup>. При этом никто не скрывает, что такое централизованно-командное управление космической деятельностью было оправданно в первые десятилетия после запуска первого спутника. Как пишет один из исследователей экономики космоса, такие ценности, как национальная безопасность, национальная гордость и начальные научные знания о космосе, трудно достижимы, если окажутся предоставленными на волю рынка, и такие организации, как НАСА, как раз и были созданы для их достижения во времена холодной войны. При этом он отмечает, что каждому экономисту знакомы очевидные недостатки такого централизованного управления: слабые стимулы для эффективного распределения ресурсов, неадекватная обработка получаемой информации и сопротивление инновациям вследствие ограниченной конкуренции<sup>8</sup>.

Однако с начала прошлого десятилетия космос стал объектом пристального внимания крупных инвесторов и корпораций. Стремительное развитие технологий значительно снизило стоимость полётов в космос, что перевело в практическую плоскость разговоры о промышленной добыче полезных ископаемых на космических объектах. Помимо Илона Маска, свои космические программы в обстановке полной секретности реализуют глава Amazon Дж. Безос, а также такие IT-гиганты, как Facebook, Apple и Google. Сразу две частные компании — Deep Space Industries и Planetary Resources — объявили о своих планах начать добычу полезных ископаемых на астероидах в период с 2020 по 2025 год<sup>9</sup>. Одна из них — Planetary Resources — привлекла целый пул именитых инвесторов — основателей корпорации Google. Этот тренд не обошёл стороной и Россию. На сегодня наиболее известна принадлежащая группе компаний S7 компания S7 Space, которая планирует создание орбитального космодрома. Для этих целей компания приобрела плавучий космодром Sea Launch и обзавелась соответствующей лицензией Роскосмоса на космическую деятельность<sup>10</sup>.

Однако причина прихода крупного капитала состоит не только в потенциально высокой прибыльности космических проектов и практически пустом рынке. На наш взгляд, основная причина состоит в смене подхода к управлению деятельностью человека в космосе. Если с точки зрения бизнеса космос сравнивают сейчас с Интернетом конца 1980-х годов, то с точки зрения управления ситуация напоминает время зарождения коммерческой авиации в 1950-е годы, когда за государствами осталась лишь роль регулятора, а основными игроками на рынке авиаперевозок стали частные авиакомпании. На смену представлению о деятельности в космосе, которая может быть реализована исключительно государствами через специально созданные структуры вроде НАСА

<sup>7</sup> Weinzierl M. Space, the Final Economic Frontier // The Journal of Economic Perspectives. Vol. 32. 2018. No. 2. P. 173–192, 173.

<sup>8</sup> См.: Ibid. P. 176.

<sup>9</sup> См.: Leon A. Mining for Meaning: An Examination of the Legality of Property Rights in Space Resources // Virginia Law Review. Vol. 104. 2018. No. 3. P. 497–546, 501–510.

<sup>10</sup> См.: Частные космические компании России: краткий обзор. URL: <https://astronautics.d3.ru/chastnye-kosmicheskie-kompanii-rossii-kratkii-obzor-1636029> (дата обращения: 30.10.2020).

(своего рода естественная монополия), приходит понимание, что эта деятельность может быть успешно осуществлена частными компаниями, при этом конкуренция между ними не только допустима, но и желательна.

При централизованной модели управления космосом частные компании, работавшие с НАСА, были в значительной степени застрахованы от возможных убытков с помощью контрактов с НАСА, основанных на модели «затраты плюс разумная прибыль» (англ.: *cost-plus contracts*), но при этом у них не было никакой возможности поучаствовать в распределении потенциальных выгод от освоения космоса. При новом подходе частные компании участвуют в распределении как рисков, так и возможных доходов, оставаясь при этом собственником авторских прав на инновации и изобретения, созданные в рамках такого сотрудничества, в то время как в старой модели все права на интеллектуальную собственность оставались у НАСА. Судя по всему, госкорпорация «Роскосмос» решила протестировать такой же подход, заключив 1 октября 2020 года соглашение с российской частной компанией «Многоразовые транспортные космические системы» о сотрудничестве в создании многоразового транспортного космического корабля<sup>11</sup>.

В том, что промышленное освоение космических богатств начнётся именно с астероидов, есть своя бизнес-логика. Шесть из них ближе к Земле, чем Луна, а около 50 — ближе, чем Марс. При этом каждый из них может содержать 30 млн тонн никеля, 1,5 млн тонн кобальта и 7 500 тонн платины, не считая других минералов. По подсчётам специалистов, «припарковать» такой астероид на земной орбите будет стоить порядка 2,5 млрд долларов, а стоимость «добычи» может составлять десятки, если не сотни миллиардов<sup>12</sup>. В НАСА уже запланирован полёт в 2022 году на 16 Psyche (Психею) — астероид, содержащий цветные металлы на сумму 10 тыс. млрд долларов (для сравнения: вся мировая экономика сегодня составляет 78 трлн долларов)<sup>13</sup>.

Однако со временем становится всё более очевидным, что новым участникам космической деятельности для достижения заявленных ими целей нужны понятные и более или менее чёткие правила, адекватно отражающие современные реалии и гарантирующие их права, в том числе право распоряжаться добытыми в космосе ресурсами.

### 3. Современное правовое регулирование деятельности человека в космосе

По оценкам многих специалистов, состояние сегодняшнего международного космического права, сформировавшегося во многом в 1960-е годы, несёт видимые следы того времени и является одним из главных препятствий на пути частных инвестиций в космос<sup>14</sup>. Однако, на наш взгляд, парадоксальным образом это же может стать стимулом для качественно нового и быстрого развития права экономики «Нового космоса».

<sup>11</sup> См.: Сидоркова И. «Роскосмос» договорился с частной фирмой строить конкурента Dragon Маска // РБК. 2020. 2 октября. URL: <https://www.rbc.ru/business/02/10/2020/5f73430a9a7947f665bf9af3?from=newsfeed> (дата обращения: 30.10.2020).

<sup>12</sup> См.: DiMaria S. Starships and Enterprise: Private Spaceflight Companies' Property Rights and the U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act // St. John's Law Review. Vol. 90. No. 2. 2016. P. 415–440, 415–416.

<sup>13</sup> См.: Scotti M. NASA Plans Mission to a Metal-Rich Asteroid Worth Quadrillions // Global News. 2017. January 16. URL: <https://globalnews.ca/news/3175097/nasa-plans-mission-to-a-metal-rich-asteroid-worth-quadrillions/> (дата обращения: 30.10.2020).

<sup>14</sup> См.: MacWhorter K. Sustainable Mining: Incentivizing Asteroid Mining in the Name of Environmentalism // William and Mary Environmental Law and Policy Review. Vol. 40. 2016. No. 2. P. 645–676, 645; Johnson D.



Стоит отметить, что с самого начала ведущую роль в разработке основ правового регулирования международного космического права сыграла Организация Объединённых Наций: её Генеральной Ассамблеей уже в 1958 году был создан Специальный комитет по использованию космического пространства в мирных целях, задачей которого стало изучение технических, правовых и иных аспектов, связанных с активным началом космической деятельности<sup>15</sup>. Именно в рамках ООН были разработаны основные международные соглашения по космосу.

На сегодня деятельность человека в космосе регулируется несколькими международными договорами, из которых только два регулируют общие вопросы (остальные касаются узкоспециальных проблем). Это Договор 1967 года о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела (*далее* — Договор о космосе<sup>16</sup>), и Соглашение 1979 года о деятельности государств на Луне и других небесных телах (*далее* — Соглашение о Луне<sup>17</sup>). К договорам, носящим специальный характер, относятся Конвенция от 29 марта 1972 года о международной ответственности за ущерб, причинённый космическими объектами, Конвенция от 15 сентября 1976 года о регистрации объектов, запускаемых в космическое пространство, и Соглашение от 22 апреля 1968 года о спасании космонавтов, возвращении космонавтов и возвращении объектов, запущенных в космическое пространство.

Бесспорно, основным документом современного международного космического права является Договор о космосе, в котором участвуют 106 стран, включая Россию и США. Такое масштабное участие стран в этом Договоре дало основание утверждать, что положения Договора о космосе стали обязательными и для тех государств, которые его не ратифицировали<sup>18</sup>. Для того чтобы понять идущие вокруг его положений оживлённые дискуссии, необходимо обратиться к обстоятельствам его разработки и заключения. Текст Договора о космосе, разработанный делегациями СССР и США и принятый затем Генеральной Ассамблеей ООН, отражал реалии того времени — идущую полным ходом холодную войну двух сверхдержав и их космическую гонку, которая началась с запуска советского спутника в 1957 году. Именно поэтому основными темами переговоров в ожидании уже неминуемого и скорого появления человека на Луне стали недопущение милитаризации космоса (размещения там ядерного оружия) и одностороннего национального присвоения какой-либо сверхдержавой космических объектов. При этом разработчики Договора о космосе исходили из представлений о том, что деятельность в космосе доступна лишь государствам, и полагали освоение космических богатств делом далёкого будущего. Без сомнения, никто из них не мог предвидеть ни стремления частных компаний братья за освоение космоса для получения прибыли, ни

---

Limits on the Giant Leap for Mankind: Legal Ambiguities of Extraterrestrial Resource Extraction // American University International Law Review. Vol. 26. 2011. No. 5. P. 1477–1517, 1480–1481.

<sup>15</sup> См.: Question of the Peaceful Use of Outer Space, UNGA Res. 1348 (XIII), of 13 December 1958. URL: [https://undocs.org/en/A/RES/1348\(XIII\)](https://undocs.org/en/A/RES/1348(XIII)) (дата обращения: 31.10.2020).

<sup>16</sup> Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела. Принят резолюцией 2222 (XXI) Генеральной Ассамблеи от 19 декабря 1966 года. URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/outer\\_space\\_governing.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/outer_space_governing.shtml) (дата обращения: 31.10.2020).

<sup>17</sup> Соглашение о деятельности государств на Луне и других небесных телах. Принято резолюцией 34/68 Генеральной Ассамблеи ООН от 5 декабря 1979 года. URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/moon\\_agreement.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/moon_agreement.shtml) (дата обращения: 31.10.2020).

<sup>18</sup> См.: *Reinstein E.* Op. cit. P. 66.



того, что их роль в освоении космоса станет не только критически важной, но и лидирующей и в силу этого требующей своего адекватного правового закрепления<sup>19</sup>.

Преамбула и статья I Договора о космосе провозглашают, что «исследование и использование космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, осуществляются *на благо и в интересах всех стран*, независимо от степени их экономического или научного развития, и являются *достоянием всего человечества*» (англ.: *shall be the province of all mankind*).

Статья II устанавливает, что космическое пространство, включая Луну и другие небесные тела, *не подлежит национальному присвоению* (англ.: *is not subject to national appropriation*) ни путём провозглашения на них суверенитета, ни путём использования или оккупации, ни любыми другими средствами.

В статье VI говорится, что *деятельность неправительственных юридических лиц* в космическом пространстве, включая Луну и другие небесные тела, должна проводиться *с разрешения и под постоянным наблюдением соответствующего государства — участника Договора*, которое несёт ответственность за действия таких лиц.

Наконец, в соответствии со статьёй IX все станции, установки, оборудование и космические корабли на Луне и на других небесных телах должны быть открыты для представителей других государств — участников Договора о космосе на основе взаимности.

Предельная лаконичность этих положений лишь подтверждает предположение, что в момент разработки текста договора космическая деятельность представлялась лишь в виде периодически выполняемых государствами полётов в исследовательских целях и не более.

Соглашение о Луне, также разработанное в рамках ООН, представляло собой попытку ответить на вопросы, не нашедшие должного отражения в Договоре о космосе, среди которых, пожалуй, основное место занимала проблема правового статуса ресурсов космоса. Как пишет один из исследователей истории разработки Соглашения о Луне, основная цель этого соглашения состояла в том, чтобы заверить развивающиеся страны, а также страны, которые не имели своей космической программы, что для них уже сейчас будет зарезервировано право претендовать на некую часть добытых в будущем ресурсов Луны и других небесных тел, несмотря на отсутствие у них в настоящем или в будущем каких-либо возможностей самостоятельно добывать эти ресурсы<sup>20</sup>. Сделать это предполагалось как раз за счёт внедрения в текст соглашения формулировки, что Луна и космос являются «общим наследием человечества». Несмотря на часто встречающиеся в литературе слова о том, что первым с предложением о заключении такого соглашения выступил СССР в 1971 году<sup>21</sup>, на самом деле первым был проект США, представленный в ООН ещё в 1967 году, повторяющий многие положения Договора о космосе и исходящий из свободы научных исследований и добычи ресурсов<sup>22</sup>. Возможно, именно этот проект на фоне нескольких успешных полётов американских астронавтов на Луну и вызвал ответную реакцию сначала в виде заявлений развиваю-

<sup>19</sup> См.: Tronchetti F. The Non-Appropriation Principle as a Structural Norm of International Law: A New Way of Interpreting Article II of the Outer Space Treaty // Air and Space Law. Vol. 33. 2008. No. 3. P. 277–305, 282.

<sup>20</sup> См.: Wilson J. Regulation of the Outer Space Environment through International Accord: The 1979 Moon Treaty // Fordham Environmental Law Review. Vol. 2. 2011. No. 2. P. 173–193, 175, 183.

<sup>21</sup> См.: International Space Law / ed. by G. Zhukov, Yu. Kolosov ; transl. by B. Belitzky. 2<sup>nd</sup> ed. Moscow: Statut, 2014. P. 159; Nelson T. The Moon Agreement and Private Enterprise: Lessons from Investment Law // ILSA Journal of International & Comparative Law. Vol. 17. 2010. No. 2. P. 393–416, 395–396.

<sup>22</sup> UN Doc. A/AC.105/35, Annex I, 16 September 1966.

щихся стран, а потом и проекта аргентинского представителя в подкомитете Генеральной Ассамблеи по космосу, представленный 3 июля 1970 года<sup>23</sup>. Этот проект в преамбуле исходил из того, что очевидным недостатком Договора о космосе было отсутствие какого-либо регулирования использования ресурсов Луны, и предлагал собственное решение этого вопроса исходя как раз из концепции общего наследия человечества<sup>24</sup>. Проект Аргентины был поддержан многими государствами, включая США, которые в то время выступали в поддержку концепции общего наследия человечества исходя из своего понимания этой концепции как допускающей частное присвоение и разработку при условии, что эта деятельность ведётся в мирных целях и человечество в той или иной форме получает некие блага<sup>25</sup>. В свою очередь развивающиеся страны исходили из того, что концепция общего наследия запрещает любое присвоение и требует распределения доходов от разработки этих ресурсов между всеми государствами. Эти страны в ходе обсуждения многочисленных проектов Соглашения о Луне хотели повторить в отношении ресурсов космоса успех резолюции Генеральной Ассамблеи № 2574 1969 года<sup>26</sup>, в которой провозглашался мораторий на любую одностороннюю разработку ресурсов морского дна до завершения переговоров об установлении особого международного режима в этих вопросах. Настойчивость развивающихся стран в признании обязательной силы этой Резолюции привела к фактической приостановке проектов коммерческого использования ресурсов морского дна за счёт появления очевидной правовой неопределённости<sup>27</sup>. Именно исходя из таких намерений, в 1973 году Индия выступила с предложением о введении запрета на разработку ресурсов Луны и других небесных тел, за исключением тех случаев, когда такая разработка осуществляется в соответствии с подлежащим созданию особым международным режимом<sup>28</sup>. В свою очередь, предложенный в 1971 году СССР проект Соглашения вообще не содержал никаких положений в отношении правового статуса ресурсов Луны, равно как и упоминания об общем наследии человечества<sup>29</sup>. Более того, СССР последовательно выступал с критикой предложений об установлении статуса Луны как общего наследия человечества практически до самого конца обсуждения проекта Соглашения о Луне<sup>30</sup>. После того как в 1979 году финальный проект был принят Генеральной Ассамблеей и открыт для подписания, Соглашение о Луне вступило в силу в 1984 году после пятой ратификации (что является очень низким порогом для документов такого рода и показывает, насколько для заинтересованных стран был важен сам факт его вступления в силу).

Несмотря на название Соглашения, статья 1 устанавливала, что положения Соглашения применяются также к другим небесным телам Солнечной системы. Самой противоречивой оказалась статья 11, которая, судя по всему, и предрешила судьбу этого

<sup>23</sup> UN Doc. A/AC.105/C.2/L.71 and Corr. 1, 23 June 1970.

<sup>24</sup> См.: *Tronchetti F.* The Exploitation of Natural Resources of the Moon and Other Celestial Bodies: A Proposal for a Legal Regime. Leiden ; Boston, MA : Martinus Nijhoff, 2009. P. 47–48.

<sup>25</sup> См.: *Zell J.* Putting a Mine on the Moon: Creating an International Authority to Regulate Mining Rights in Outer Space // *Minnesota Journal of International Law*. Vol. 15. 2006. No. 2. P. 486–518, 499.

<sup>26</sup> GA Res 2574D (XXIV), UN GAOR, 24th sess, 1833rd plen mtg, UN Doc A/RES/2574 (XXIV) (1969).

<sup>27</sup> См.: *Guntrip F.* The Common Heritage of Mankind: An Adequate Regime for Managing the Deep Seabed? // *Melbourne Journal of International Law*. Vol. 4. 2003. No. 2. P. 376–404, 381.

<sup>28</sup> См.: *Spectar J. M.* Elephants, Donkeys, or Other Creatures? Presidential Election Cycles & International Law of the Global Commons // *American University International Law Review*. Vol. 15. 2000. No. 5. P. 975–1038, 1017.

<sup>29</sup> См.: UN Doc. A/8391, 4 June 1971.

<sup>30</sup> См.: *International Space Law* / ed. by G. Zhukov, Yu. Kolosov. P. 166. См. также: USSR. Working Paper, 28 UN GAOR, UN Doc. A/AC.105/101, § 21 (1973).

Соглашения. В пункте 1 этой статьи провозглашалось, что Луна и её природные ресурсы являются общим наследием человечества. Затем в пункте 3 этой статьи говорилось, что поверхность или недра Луны, а также участки её поверхности или недр или *природные ресурсы там, где они находятся*, не могут быть чьей-либо собственностью. Пункт 5 предусматривал установление в будущем некоего международного режима, включая соответствующие процедуры, для регулирования эксплуатации природных ресурсов Луны (но оговаривалось, что это будет необходимо сделать тогда, «когда будет очевидно, что такая эксплуатация станет возможной в ближайшее время»). Одной из целей такого режима должно стать справедливое распределение между всеми государствами-участниками благ, получаемых от этих ресурсов, с особым учётом интересов и нужд развивающихся стран, а также усилий тех стран, которые прямо или косвенно внесли свой вклад в исследование Луны. Такая формулировка вызвала споры и опасения в том, что Соглашение о Луне вводило де-факто мораторий на разработку ресурсов Луны, чего и добивались развивающиеся страны<sup>31</sup>.

Судя по всему, именно излишняя идеалистичность этих положений и очевидный дисбаланс в сторону интересов некосмических стран послужили тому, что ни одна страна, имеющая или планирующая иметь собственную космическую программу, не стала ратифицировать это Соглашение. США, сначала активно поддерживавшие идею о космосе как общем наследии человечества, в дальнейшем поменяли свою точку зрения и не стали даже подписывать это Соглашение, равно как и СССР<sup>32</sup>. В том, что основной причиной неудачи Соглашения о Луне стало введение в его текст концепции общего наследия человечества, согласны представители как отечественной, так и зарубежной науки<sup>33</sup>. Такой же негативный академический консенсус отмечается в вопросе о возможном приобретении нормами Соглашения статуса международных обычаев<sup>34</sup>. Оценивая в целом Соглашение о Луне, подавляющее большинство комментаторов исходят из того, что оно оказывает крайне незначительное влияние на международное право<sup>35</sup>, а другие называют его устаревшим<sup>36</sup> либо неудавшимся договором<sup>37</sup>.

#### 4. Анализ текста Договора о космосе с точки зрения ведения предпринимательской деятельности

Текст Договора о космосе представляет собой яркий пример «конструктивной двусмысленности» (англ.: *constructive ambiguity*), которая зачастую присутствует при разработ-

<sup>31</sup> См.: *Tronchetti F.* The Exploitation of Natural Resources of the Moon and Other Celestial Bodies: A Proposal for a Legal Regime. P.230–231; *Johnson D.* Op. cit. P.1495.

<sup>32</sup> См.: *Works J.* The Moon Treaty // *Denver Journal of International Law and Policy*. Vol. 9. 1980. No. 2. P. 281–285, 284.

<sup>33</sup> См.: Беркман П. А., Вылегжанин А. Н., Юзбашян М. Р., Модюи Ж. -К. Международное космическое право: общие для России и США вызовы и перспективы // *Московский журнал международного права*. 2018. № 1. С. 16–34, 22.

<sup>34</sup> См.: *Штодина И. Ю.* Некоторые актуальные вопросы правового обеспечения исследования и использования космоса // *Московский журнал международного права*. 2018. № 2. С. 71–81, 79; *Johnson D.* Op. cit. P.1497–1498.

<sup>35</sup> См.: *Wrench J.* Non-Appropriation, No Problem: The Outer Space Treaty Is Ready for Asteroid Mining // *Case Western Reserve Journal of International Law*. Vol. 51. 2019. No. 1. P. 437–462, 442.

<sup>36</sup> См.: *Reynolds G.* International Space Law: Into the Twenty-First Century // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Vol. 25. 1992. No. 2. P.225–255, 232.

<sup>37</sup> См.: *Coffey S.* Establishing a Legal Framework for Property Rights to Natural Resources in Outer Space // *Case Western Reserve Journal of International Law*. Vol. 119. 2009. No. 1. P. 119–147, 127.

ке текстов международных договоров для достижения компромисса<sup>38</sup>. Как утверждает ряд авторов, статьи Договора о космосе полны двусмысленности и не только оказались не способны предвидеть все реальности нашего современного мира, но и, судя по всему, в них сознательно использован язык, допускающий многочисленные противоречивые толкования<sup>39</sup>. Именно поэтому весьма расплывчатые формулировки Договора о космосе стали предметом сначала нескончаемых доктринальных дебатов, превратившись в итоге во вполне осязаемую правовую неопределённость, ставшую препятствием для компаний-представителей «Нового космоса». Оценивая Договор о космосе с точки зрения правовой защиты прав инвесторов, другой комментатор отметил, что он содержит большое количество неясностей, ощутимых ограничений и будущих обязательств, порождая такую неопределённость, что ни один рационально мыслящий инвестор не будет рисковать в таком правовом климате<sup>40</sup>.

Если рассматривать Договор о космосе именно с точки зрения ведения в космосе самостоятельной предпринимательской деятельности, то есть деятельности с целью получения прибыли, то его положения не дают чётких ответов либо просто молчат в отношении целого ряда крайне важных для любого бизнеса вопросов, таких как 1) возможность и условия ведения такой деятельности, 2) наличие прав собственности и распространение их защиты как на сделанные инвестиции, так и на полученные в результате такой деятельности объекты (как материальные, так и нематериальные), а также 3) условия для разрешения возникающих споров (где и кем будут рассматриваться такие споры, на основании каких норм, возможность принудительного исполнения принятых решений).

Одним из самых серьёзных вопросов является проблема прав, которыми обладает частная компания, приступившая к разведке и разработке природных ресурсов на Луне или на других небесных телах. Здесь необходимо проанализировать соответствующие статьи Договора о космосе, где говорится о запрете национального присвоения и о том, что использование космического пространства, включая Луну и другие небесные тела, осуществляется на благо и в интересах всех стран, независимо от степени их экономического или научного развития, и является «достоянием всего человечества»<sup>41</sup>.

## **5. Запрет на присвоение и возможность получения прав собственности на добытые ресурсы космоса: доктрина и практика**

Конкретное содержание в сегодняшних условиях запрета на национальное присвоение космических объектов также подвергается переосмыслению. Исследователи отмечают, что до недавнего времени среди государств и академического сообщества существовал некий консенсус в том, что Договор о космосе запрещает как национальное присвоение космоса государствами, так и любые вариации права частной собственности в космосе<sup>42</sup>. Как пишет Э. Рейнштейн, Договор о космосе в лучшем случае полон двусмысленностей, а в худшем — враждебен к приватизации и коммерциализации космических

<sup>38</sup> Об использовании этого термина применительно к международным договорам см.: *Bell C., Cavanaugh K.* “Constructive Ambiguity” or Internal Self-Determination? Self-Determination, Group Accommodation, and the Belfast Agreement // *Fordham International Law Journal*. Vol. 22. 1998. No. 4. P. 1345–1371.

<sup>39</sup> См.: *Blount P.J., Robinson Ch.J.* One Small Step: the Impact of the U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act of 2015 on the Exploration of Resources in Outer Space // *North Carolina Journal of Law and Technology*. Vol. 18. 2016. No. 2. P. 160–186, 163.

<sup>40</sup> См.: *Nelson T.* Op. cit. P. 401–402.

<sup>41</sup> *Johnson D.* Op. cit. P. 1501.

<sup>42</sup> См.: *Tronchetti F.* The Exploitation of Natural Resources of the Moon and Other Celestial Bodies: A Proposal for a Legal Regime. P. 281.

ресурсов<sup>43</sup>. Это неудивительно, поскольку в момент разработки текста Договора и в последующие несколько десятилетий деятельность человека в космосе виделась лишь как периодически выполняемые государствами полёты в исследовательских целях. Отсутствие или как минимум неопределённость в вопросах прав собственности в течение всего XX века представлялась больше теоретической проблемой, но с выходом на авансцену компаний «Нового космоса» какое-либо решение этой проблемы стало насущной необходимостью<sup>44</sup>.

Однако в последнее время всё чаще раздаются критические оценки несоответствия такого толкования Договора о космосе современным потребностям экономической деятельности человечества в космосе<sup>45</sup>. Речь в первую очередь идёт о том, какими правами будут обладать компании, которые планируют вести добычу на астероидах, в отношении добытых ими ресурсов. Ряд авторов предлагал истолковать соответствующие положения Договора о космосе как запрещающие лишь присвоение государствами, но не частными лицами<sup>46</sup>. Однако такой подход как раз и оставлял открытой возможность возникновения «золотой лихорадки», то есть своеобразной гонки среди частных предпринимателей по принципу «кто первый пришёл, тот и получает в собственность», а также рисков неконтролируемой деятельности в космосе, нанесения необратимого ущерба космическим ресурсам и появления различного рода конфликтов.

Другая группа авторов исходила из того, что запрет на национальное присвоение (государственное или частное) касался только территории, но не ресурсов небесного тела. Ещё одно предложение, поддержанное в итоге компаниями «Нового космоса», модифицировало такой поход, основываясь на обратном толковании формулировки из Соглашения о Луне о том, что природные ресурсы там, где они находятся, не могут быть чьей-либо собственностью. Исходя из этого предлагалось считать только добытые ресурсы космоса частной собственностью того, кто их уже извлёк из небесного тела (в отличие от ещё не добытых ресурсов *in situ*, которые как раз не подлежат никакому присвоению)<sup>47</sup>. Как пишет один из сторонников этой теории, термин «использовать» подразумевает, что государства или частные лица могут использовать поверхность небесного тела для добычи ресурсов и обладать правом собственности на извлечённые ресурсы до тех пор, пока они не заявляют своих прав на поверхность. Этот вывод поддерживается тем, что Договор о космосе эксплицитно не запрещает проводить разработку ресурсов (в отличие от прямого запрета использования космоса в военных целях)<sup>48</sup>.

Как показывает современная практика США и Люксембурга, оба эти государства восприняли именно идею о праве собственности частных лиц на уже добытые ими ресурсы космоса, поддерживая при этом общий запрет присвоения территорий небесных тел. Так, Закон США о конкурентоспособности в области коммерческих космических запусков (англ.: *U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act*<sup>49</sup>) разрешил частным лицам (гражданами и компаниям США) владеть, иметь в собственности, перевозить,

<sup>43</sup> См.: *Reinstein E.* Op. cit. P.63.

<sup>44</sup> См.: *Weinzierl M.* Op. cit. P.189.

<sup>45</sup> См.: *Johnson D.* Op. cit. P.1479; *Mitchell R.* Into the Final Frontier: The Expanse of Space Commercialization // *Missouri Law Review.* Vol.83. 2018. No.2. P.419–454, 430.

<sup>46</sup> См.: *John A.* The Recent Boom in Private Space Development and the Necessity of an International Framework Embracing Private Property Rights to Encourage Investment // *International Lawyer.* Vol.40. 2006. No.4. P.961–985.

<sup>47</sup> См.: *MacWhorter K.* Op. cit. P.661.

<sup>48</sup> См.: *Coffey S.* Op. cit. P.125–126.

<sup>49</sup> U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act. URL: <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/2262/text> (дата обращения: 31.10.2020).

использовать и продавать добытые ими ресурсы, находящиеся на астероидах или в космосе (англ.: *possess, own, transport, use, and sell the asteroid resource or space resource they obtain*). Особо оговаривается, что настоящий закон не означает, будто США заявляют о своём суверенитете или суверенных правах, о юрисдикции или о своей собственности на космические объекты. В 2017 году право на частную собственность в космосе было введено Люксембургом; целью нового закона является создание как нормативной базы для обеспечения правовой определённости в отношении собственности на добытые космические ресурсы, так и необходимой системы разрешений на разработку таких ресурсов<sup>50</sup>. По сути, Люксембург позиционирует себя в качестве некоей площадки, гарантирующей чёткое нормативное закрепление как корпоративных прав, так и прав собственности для компаний, ведущих деятельность в космосе и привлекающих для этого инвесторов и заёмные ресурсы, планируя стать для них тем, чем был долгое время штат Делавэр для большинства американских компаний<sup>51</sup>. Ф. Трончетти, один из самых ярких и последовательных защитников нерушимости принципа запрета национального присвоения космического пространства, считает, что этот принцип является основой системы космического права и в случае его отмены эта система, скорее всего, прекратит существовать в том виде, в котором мы её знаем, то есть наступит её коллапс<sup>52</sup>. Для того чтобы этого не произошло, он призывает расценивать данный принцип как некую норму, находящуюся между общепризнанной обычной нормой, обязательной для всех государств, и императивной нормой международного права<sup>53</sup>.

Рассмотренные выше доктринальные концепции, равно как и практика США и Люксембурга, вызвали различные отклики со стороны как отечественных академических кругов, так и представителей властных структур. Если американский закон 2015 года вызвал резкую критику представителей России в подкомитете ООН<sup>54</sup> по космосу, то в случае с Люксембургом во время визита вице-премьера Т. Голиковой Россия даже предложила в 2019 году подписать некое соглашение о сотрудничестве<sup>55</sup>. Так, О. Волинская пишет, что «подобная односторонняя инициатива [действия США. — А.И.] посягнула на до сих пор незыблемый принцип МКП [международного космического права. — А.И.], установленный в ст[атье] II Договора по космосу[,] — принцип запрета национального присвоения космического пространства, включая Луну и другие небесные тела», поставив тем самым, по её мнению, «под угрозу соблюдавшийся десятилетиями баланс государственных и частных интересов в области космической деятельности»<sup>56</sup>. С другой стороны, И. Штодина указывает, что США и Люксембург правы в том, что положения Договора о космосе никак прямо не регулируют статус уже добытых космических ресурсов, и что национальное законодательство лишь восполняет про-

<sup>50</sup> См.: Law of July 20th 2017 on the Exploration and Use of Space Resources. URL: [https://space-agency.public.lu/en/agency/legal-framework/law\\_space\\_resources\\_english\\_translation.html](https://space-agency.public.lu/en/agency/legal-framework/law_space_resources_english_translation.html) (дата обращения: 31.10.2020).

<sup>51</sup> См.: Weinzierl M. Op. cit. P.189.

<sup>52</sup> См.: Tronchetti F. The Non-Appropriation Principle as a Structural Norm of International Law: A New Way of Interpreting Article II of the Outer Space Treaty. P.277, 298.

<sup>53</sup> См.: Ibid. P.279.

<sup>54</sup> См.: Reviewing opportunities for achieving the Vienna Consensus on Space Security encompassing several regulatory domains: Working paper submitted by the Russian Federation. 16 February 2016. URL: [https://www.unoosa.org/res/oosadoc/data/documents/2016/aac\\_105c\\_12016crp/aac\\_105c\\_12016crp\\_15\\_0\\_html/AC105\\_C1\\_2016\\_CRP15R.pdf](https://www.unoosa.org/res/oosadoc/data/documents/2016/aac_105c_12016crp/aac_105c_12016crp_15_0_html/AC105_C1_2016_CRP15R.pdf) (дата обращения: 31.10.2020).

<sup>55</sup> См.: Soldatkin V. Russia Wants to Join Luxembourg in Space Mining // Reuters. 2019. 6 March. URL: <https://www.reuters.com/article/us-luxembourg-russia-space/russia-wants-to-join-luxembourg-in-space-mining-idUSKCN1QN1OQ> (дата обращения: 31.10.2020).

<sup>56</sup> Волинская О.А. Юбилей Договора по космосу 1967 года // Московский журнал международного права. 2017. № 4. С. 82–95, 91.



белы международного права в отношении добычи таких ресурсов<sup>57</sup>. Группа авторов из МГИМО идёт ещё дальше и предлагает разработать проект нормативного акта — аналогичный тому, что был принят США<sup>58</sup>. В свою очередь, М. Юзбашян занимает более осторожную позицию, заявляя, что «сложившаяся ситуация с принятием вышеуказанного национального законодательства в отсутствие участия в Соглашении о Луне требует оценки временем, и можно предположить, что лучшим её результатом может стать начало согласования необходимого международно-правового режима»<sup>59</sup>.

## **6. Регулирование деятельности по добыче ресурсов космоса: доктрина и практика**

В отношении самой возможности ведения предпринимательской деятельности в космосе можно сказать, что Договор о космосе её имплицитно допускает, устанавливая в статье 1, что космическое пространство, включая Луну и другие небесные тела, открыто для исследования и использования всеми государствами без какой бы то ни было дискриминации. К этому можно добавить закреплённое в статье 10 положение о том, что деятельность неправительственных юридических лиц в космическом пространстве, включая Луну и другие небесные тела, должна проводиться с разрешения и под постоянным наблюдением соответствующего государства — участника Договора, которое несёт ответственность за действия таких лиц. Иными словами, эти две статьи дают основания предположить, что предпринимательская деятельность частных компаний в космосе по разведке и добыче ресурсов возможна при получении разрешения (лицензии) от уполномоченного государственного органа государства — участника Договора о космосе, который и должен осуществлять последующий надзор за соблюдением условий полученного разрешения (лицензии).

Так, в США в соответствии с Законом о конкурентоспособности в области коммерческих космических запусков такие функции возложены на НАСА, которое в полном соответствии со статьёй 6 Договора о космосе уже начало выдавать гражданам и компаниям, зарегистрированным в США, разрешения на добычу полезных ископаемых на космических телах. Другим центром лицензирования такой деятельности стал Люксембург, где такая деятельность осуществляется на основании упомянутого выше Закона о добыче и использовании космических ресурсов. Для получения такого разрешения компания должна лишь открыть офис в Люксембурге. На сегодня такой возможностью уже воспользовались несколько компаний, включая обе лидирующие компании в сфере планируемой добычи полезных ископаемых на астероидах. В России лицензирование космической деятельности осуществляется госкорпорацией «Роскосмос» в соответствии с Положением о лицензировании космической деятельности, утверждённым Постановлением Правительства Российской Федерации от 18 марта 2020 года № 298. Однако перечень лицензируемых видов деятельности сведён к производству и ремонту ракетной техники и услугам, связанным с запуском космических кораблей, и никак не касается добычи космических ресурсов.

Впрочем, такой подход требует дополнительного обоснования с учётом специфики космоса, который с точки зрения международного права относится к территориям, на-

<sup>57</sup> См.: Штодина И. Ю. Указ. соч. С. 79.

<sup>58</sup> См.: Беркман П. А., Вылегжанин А. Н., Юзбашян М. Р., Модюи Ж.-К. Указ. соч. С. 32.

<sup>59</sup> Юзбашян М. Р. Закон США об исследовании и использовании космических ресурсов 2015 г. и международное космическое право // Московский журнал международного права. 2017. № 2 (106). С. 71–86, 84.



ходящимся вне юрисдикции какого-либо государства (в западной литературе активно используется термин «*global commons*», или общее достояние, который в свою очередь основан на концепции из римского права *res communes*, согласно которой эти территории предназначены для блага всех стран, и поэтому каждое государство разделяет общий интерес в этих территориях)<sup>60</sup>.

В Договоре о космосе особый международно-правовой статус использования космоса нашёл своё отражение в вышеприведённой статье 1 Договора о космосе, согласно которой любое использование (англ.: *use*) космических объектов должно осуществляться «на благо и в интересах всех стран, независимо от степени их экономического или научного развития», и являться «достоянием всего человечества». В академической литературе тоже нет единства в отношении значения этих положений Договора о космосе, расплывчатость которых применительно к космическим ресурсам может означать, например, некое необязательное пожелание, направленное на то, чтобы побудить страны делиться полученными знаниями и ресурсами. Тогда формулировка о достоянии человечества означает скорее гарантии обеспечения доступа в космос, а не запрет на какую-либо деятельность. С другой стороны, статья 1 может восприниматься как обязательное требование о перераспределении богатств, добытых в космосе<sup>61</sup>. Расплывчатость и неопределённость этих положений привели на практике к тому, что государства толкуют эти положения совершенно по-разному. Как отмечают исследователи, многие развивающиеся страны ссылаются на статью 1 как на отражение в Договоре о космосе концепции общего наследия человечества, согласно которой все блага, получаемые из космоса, подлежат обязательному распределению между всеми странами<sup>62</sup>.

С точки зрения бизнеса эта неопределённость также является негативным фактором при принятии решений, так как обходит стороной вопрос о том, что будет с добытыми частной компанией ресурсами космоса, даже если компания будет являться их собственником. Если речь всё же идёт о перераспределении в пользу всех государств, то это может означать обязательную передачу части ресурсов субъекту, уполномоченному представлять все страны (некий вариант соглашения о разделе продукции), либо некие обязательные платежи частной компании в пользу опять-таки представляющего интересы человечества органа (вариант концессионного соглашения). Тогда остаётся открытым вопрос о том, с кем обсуждать условия таких соглашений и с кем их заключать, принимая во внимание, что ответственность за действия частной компании всё равно нести будет государство её регистрации.

Пытаясь ответить на эти вопросы, большинство авторов исходит из необходимости создания специального международного органа в рамках ООН, который регулировал бы допуск частных лиц к добыче ресурсов космоса. В этом случае предполагалось внести изменения в Договор о космосе и разрешить ограниченные права собственности только на добытые в космосе ресурсы<sup>63</sup> или разработать для этих целей специальное международное соглашение на основе Договора о космосе и Соглашения о Луне<sup>64</sup>. Высказывались предложения пойти по уже использованному по отношению ко дну Мирового океана пути, где в рамках Конвенции ООН по морскому праву 1982 года была реализована концепция общего наследия человечества в виде создания специального

<sup>60</sup> См.: *Clancy E.* The Tragedy of the Global Commons // *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 5. 1998. No. 2. P.601–619, 603.

<sup>61</sup> См.: *Coffey S.* Op. cit. P.126.

<sup>62</sup> См.: *Leon A.* Op. cit. P.525.

<sup>63</sup> См.: *MacWhorter K.* Op. cit. P.673.

<sup>64</sup> См.: *Coffey S.* Op. cit. P.144.

Органа по морскому дну, который должен контролировать порядок разработки ресурсов морского дна и распределять полученные доходы между всеми странами<sup>65</sup>. Так, по мнению того же Ф. Транчетти, создаваемый для регулирования коммерческой деятельности в космосе режим должен состоять из международного регулятора, который должен осуществлять лицензирование соответствующей деятельности (по модели Органа по морскому дну), эффективной системы принятия решений внутри этого регулятора, системы ответственности и международного механизма по разрешению споров, у которого была бы обязательная юрисдикция (интересно, что в качестве примера предлагается Орган по разрешению споров Всемирной торговой организации (*далее* — ВТО), а не Международный трибунал по морскому праву)<sup>66</sup>. Другие авторы также исходили из необходимости международного регулирования деятельности частных компаний в космосе, но при этом указывали как раз на негативный опыт переговоров по созданию Органа по морскому дну, где, по их мнению, было сделано слишком много уступок развивающимся странам, что резко снизило интерес к таким проектам со стороны бизнеса. Э. Рейнштейн предлагает создание специального Агентства ООН по разработке ресурсов космоса (англ.: *UN Space Exploration Registry*), которое утверждало бы проекты частных компаний по разработке ресурсов космоса при условии их соответствия установленным научным и технологическим критериям<sup>67</sup>.

Представители отечественного академического сообщества также единодушны в том, что такое регулирование должно осуществляться на максимально широком международном уровне, видя ООН и её Комитет по космосу в качестве площадки для соответствующих переговоров и надеясь, что это позволит найти необходимый компромисс между интересами космических держав и развивающихся стран<sup>68</sup>. При этом конкретное решение данных вопросов предлагается либо в разработке Всеобъемлющей конвенции ООН по международному космическому праву (наподобие Конвенции ООН по морскому праву 1982 года), либо в виде заключения дополнительного международного договора или аутентичного толкования соответствующих положений Договора о космосе, что могло бы быть отражено в протоколе к этому Договору<sup>69</sup>.

Оценивая эти предложения, нужно отметить, что шансы как на заключение такого многостороннего соглашения, где были бы представлены большинство стран мира, так и на его разработку под эгидой ООН исчезающе малы. Об этом говорит опыт разработки в рамках ООН Соглашения о Луне, негативный как для США, так и для СССР и других космических держав, получивших в итоге настолько не устраивающий их результат, что они отказались от подписания этого Соглашения. Произошло это из-за позиции развивающихся стран, которые настаивали на своём представлении о космосе как общем наследии человечества и требовали бесплатно свою долю пирога. На сегодня ситуация в этом отношении даже усложнилась. Проблема в том, что, во-первых, все решения в Комитете по космосу и его подкомитетах с 1962 года принимаются консенсусом, а во-вторых, достижение какого-либо консенсуса по такому принципиальному вопросу просто невозможно, принимая во внимание как численность Комитета по космосу, куда с недавних пор входят 95 стран (на сегодня это один из самых больших по численности Комитетов Генеральной Ассамблеи), так и то, что подавляющее большинство в Комите-

<sup>65</sup> См.: Zell J. Op. cit. P.99.

<sup>66</sup> См.: Trancetti F. Op. cit. P.302.

<sup>67</sup> См.: Reinstein E. Op. cit. P.84—86.

<sup>68</sup> Юзбашян М.Р. Указ соч. С. 84.

<sup>69</sup> См.: Международно-правовые основы недропользования : учеб. пособие / отв. ред. А.Н. Вылегжанин. М. : Норма, 2007. С. 239.

те и в Генеральной Ассамблее уже давно принадлежит развивающимся странам, которые никогда не пойдут на уступки в виде отказа от собственного понимания концепции общего наследия человечества<sup>70</sup>. Вышедшая далеко за пределы профессиональных журналов шума по поводу несметных богатств космоса и уже начавшейся космической «золотой лихорадки» способна лишь сцементировать позицию этих стран, которые как максимум будут настаивать, что положения Договора о космосе требуют распределения космических богатств между всеми странами независимо от их вклада<sup>71</sup>, а как минимум потребуют введения моратория на промышленную добычу ресурсов космоса.

На взгляд скептика, также очевидно, что предлагаемый новый международный Договор о разработке ресурсов космоса не будет основан на концепции общего наследия человечества. Как уже указывалось выше, именно внедрение данной концепции в текст Соглашения о Луне привело в итоге к неудаче этого договора, а по мнению ряда исследователей, к длительному параличу международного космического права<sup>72</sup>. Ещё одним аргументом для отказа от концепции «общего наследия человечества» может послужить пока неочевидный опыт деятельности Органа по морскому дну, где применительно ко дну Мирового океана была полностью реализована идея общего наследия человечества с распределением доли от добытых ресурсов между всеми странами мира (включая те из них, которые не имеют выхода к морю).

Однако гораздо больший интерес вызывает точка зрения, согласно которой никакой новый универсальный международный договор по космосу не нужен и для развития космической экономики достаточно положений Договора о космосе 1967 года, привлекательность которого видится как раз в отсутствии жёстких запретов, способных негативно повлиять на разработку ресурсов космоса, и в расплывчатости его положений, которые можно по-разному толковать<sup>73</sup>. Как пишет один из сторонников этого подхода, «Договор о космосе является достаточно гибким, чтобы разрешать тонкое и при этом полезное развитие космического права, и в силу этого его совершенно не надо изменять для того, чтобы он соответствовал потребностям разработки космоса»<sup>74</sup>. Именно отсутствие явно сформулированных запретов в сочетании с нечётко сформулированными положениями Договора (о чём уже говорилось выше) делают возможными как односторонние шаги государств, предпринимаемые для имплементации Договора о космосе, так и заключение компактных по количеству участников международных целевых соглашений, также принимаемых в целях реализации и в рамках Договора о космосе.

Именно поэтому пристальный интерес вызывает опыт, полученный ведущими космическими странами в процессе разработки и реализации Соглашения 1998 года о Международной космической станции (далее — Соглашение об МКС), в котором сегодня участвуют 15 стран<sup>75</sup>.

<sup>70</sup> См.: *Wilson J.* Op. cit. P. 183.

<sup>71</sup> См.: *Brittinnham B.* Does the World Really Need New Space Law? // *Oregon Review of International Law*. Vol. 12. 2010. No. 1. P. 31–54, 39.

<sup>72</sup> См.: *Fountain L. M.* Creating Momentum in Space: Ending the Paralysis Produced by the “Common Heritage of Mankind” Doctrine // *Connecticut Law Review*. Vol. 35. 2003. No. 4. P. 1753–1787, 1753.

<sup>73</sup> См.: *Wilson J.* Op. cit. P. 184.

<sup>74</sup> *Wrench J.* Op. cit. P. 461.

<sup>75</sup> Соглашение между Правительством Канады, Правительствами государств — членов Европейского космического агентства, Правительством Японии, Правительством Российской Федерации и Правительством Соединённых Штатов Америки относительно сотрудничества по международной космической станции гражданского назначения от 29 января 1998 года. При этом многие забывают, что предшественником этого Соглашения было инициированное США Соглашение об МКС от 1988 года, подписанное НАСА, Европейским космическим агентством и Канадским космическим агентством.

В пункте 1 статьи 2 Соглашения об МКС сразу провозглашается, что космическая станция создаётся, эксплуатируется и используется в соответствии с международным правом, включая Договор о космосе, Конвенцию о международной ответственности за ущерб, причинённый космическими объектами, Конвенцию о регистрации объектов, запускаемых в космическое пространство, и Соглашение о спасании космонавтов, возвращении космонавтов и возвращении объектов, запущенных в космическое пространство, а в пункте 2 этой же статьи содержится заверение, что «ничто в настоящем Соглашении не истолковывается как... являющееся основанием для притязаний на национальное присвоение космического пространства или какой-либо части космического пространства».

В соответствии с Соглашением об МКС государства-партнёры объединяют свои усилия при ведущей роли Соединённых Штатов в общем управлении и координации для того, чтобы создать международную космическую станцию из произведённых ими модулей (так, Россия должна изготовить служебный модуль, США — жилой модуль и так далее). Каждый участник Соглашения регистрирует свой модуль и остаётся его собственником, сохраняя над ним свою юрисдикцию (модуль выступает как своего рода мини-территория), при этом за НАСА закрепляется роль менеджера всего проекта, то есть обязанность по общему управлению и координации деятельности МКС, для чего каждый участник Соглашения подписывает отдельный Меморандум с НАСА. При этом впервые в истории решается вопрос об авторских правах на изобретения и открытия, сделанные на МКС, — они принадлежат тому государству, в модуле которого проводились исследования. Ни о каком распределении полученных знаний и информации среди всех государств — участников Договора о космосе или в интересах всего человечества речь не идёт. Кроме этого, в Соглашении об МКС урегулированы вопросы уголовной ответственности, а также вопросы ответственности за ущерб. Возникающие разногласия предполагается разрешать путём примирительных процедур либо через арбитраж.

Ещё больший интерес представляют обнародованные недавно данные об уже имеющемся уровне допуска частных компаний на МКС в рамках квоты, закреплённой в Соглашении об МКС. Уже сейчас более 50 компаний ведут собственные коммерческие исследования и разработки, используя лабораторный модуль НАСА на МКС. В 2020 году НАСА планирует в рамках своей квоты на МКС осуществить первый полёт на станцию частных астронавтов для выполнения согласованных с НАСА научной и коммерческой программ, а после этого перейти к регулярному осуществлению по квоте НАСА до двух полётов в год на МКС астронавтов, отобранных частными компаниями и представляющих их интересы, при этом финансирование таких полётов будет осуществляться полностью за счёт бизнеса<sup>76</sup>.

С одной стороны, Соглашение об МКС подверглось резкой критике как за создание опасного прецедента введения небольшим числом государств прав собственности, вместо того чтобы решить этот вопрос универсальным международным соглашением в космосе, так и за якобы игнорирование требования Договора о космосе об использовании космоса в интересах всех стран, а не только государств — участников Соглашения об МКС<sup>77</sup>. С другой стороны, исследователи отмечали, что полученный опыт может стать

<sup>76</sup> См.: NASA Opens International Space Station to New Commercial Opportunities, Private Astronauts // NASA official Website. 2019. 7 June. URL: <https://www.nasa.gov/press-release/nasa-opens-international-space-station-to-new-commercial-opportunities-private> (дата обращения: 31.10.2020).

<sup>77</sup> См.: Coffey S. Op. cit. P. 143–144.

решающим примером для космических держав при разработке структуры сотрудничества для реализации более амбициозных проектов<sup>78</sup>.

## 7. Новые контуры международного космического права

Заметная стагнация в развитии международного космического права в 1990–2000-е годы была прервана практически синхронным принятием указанных выше национальных актов США и Люксембурга, которые впервые разрешили частную собственность на добытые в космосе ресурсы. Эти национальные акты ознаменовали собой начало перехода к новой парадигме в космическом праве<sup>79</sup>, а её более или менее конкретные контуры стали проявляться после появления Распоряжения Президента США Д. Трампа по космосу и обнародования планов НАСА по поводу освоения Луны и Марса на основе так называемого Соглашения Артемиды.

Распоряжение Д. Трампа от 6 апреля 2020 года интересно сделанными в нём далеко идущими правовыми оценками и заявлениями. Во-первых, в начале документа сразу утверждается, что «правовая неопределённость в отношении права добывать и использовать ресурсы космоса в коммерческих целях является препятствием для более активного участия бизнеса в освоении космоса». Во-вторых, космос объявляется с точки зрения права и своих физических особенностей «уникальной сферой человеческой деятельности», и поэтому США не рассматривают космос как общее достояние (англ.: *the United States does not view it as a global commons*). В-третьих, США не рассматривают Соглашение о Луне как эффективный инструмент для освоения космоса и будут возражать против любых попыток представить это Соглашение как отражение уже устоявшихся международных обычаев (так США заранее отмечают возможность применения к Соглашению о Луне подхода Международного Суда ООН, согласно которому правила, изложенные в договоре, могут приобретать статус международных обычаев, обязательных для всех стран, при условии, что этот договор был ратифицирован «“значительным” числом государств»<sup>80</sup>). В Распоряжении особо отмечается, что успешное долгосрочное изучение и освоение Луны, Марса и других небесных тел будет требовать полноценного партнёрства с частными компаниями для разведки и разработки ресурсов космоса. Для этих целей государственному секретарю США поручается проведение переговоров в отношении двух- и многосторонних соглашений по вопросам безопасной и устойчивой добычи и использования ресурсов космоса.

Заключённое 13 октября 2020 года Соглашение Артемиды фактически основано на оказавшейся успешной модели Соглашения об МКС и будет реализовываться путём заключения двусторонних договоров между США и странами-партнёрами для освоения Луны при лидирующей роли США и определении вклада государства-партнёра в этот проект и урегулирования других вопросов, таких как юрисдикция, уголовная и гражд-

<sup>78</sup> См.: *Manzione L.* Multinational Investment in the Space Station: An Outer Space Model for International Cooperation? // *American University International Law Review*. Vol. 18. 2002. No. 2. P. 507–535, 511.

<sup>79</sup> См.: *Wrench J.* Op. cit. P. 443.

<sup>80</sup> Так, в решении по делу *Gulf of Maine* Международный Суд ООН установил наличие всеобщей практики, необходимой для формирования обычая в соответствующих положениях Конвенции ООН по морскому праву 1982 года, несмотря на то что на момент вынесения решения её ратифицировало всего 13 государств. Для Международного Суда ООН главным оказалось то, что текст этих положений был принят консенсусом (что наводит на очевидные параллели с приведённой выше историей принятия Соглашения о Луне). См.: *International Court of Justice. Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*. Judgment of 12 October 1984 // *I.C.J. Reports*. 1984. P. 294.

данская ответственность и так далее. Особо подчёркивается, что за основу будут в значительной степени взяты принципы Договора о космосе 1967 года и уже существующие соглашения, такие как Конвенция о международной ответственности за ущерб, причинённый космическими объектами, Конвенция о регистрации объектов, запускаемых в космическое пространство, и Соглашение о спасании космонавтов, возвращении космонавтов и возвращении объектов, запущенных в космическое пространство; обращает на себя внимание полное отсутствие какого-либо упоминания Соглашения о Луне, которое считается «несостоявшимся» договором (англ.: *failed treaty*).

Целью Соглашения Артемиды заявлено создание безопасной и прозрачной среды, которая облегчит научную и коммерческую деятельность в космосе для всего человечества. По настоянию Японии в сферу действия Соглашения помимо Луны и Марса включены также астероиды и кометы. Одновременно предусмотрено создание неких «зон безопасности» вокруг лунных баз, чтобы «предотвратить ущерб или вмешательство со стороны соперничающих стран или компаний, ведущих деятельность в непосредственной близости». При этом особо оговаривается, что добыча ресурсов на небесных телах будет осуществляться в соответствии со статьями II (запрет национального присвоения космоса), VI (ответственность государства за деятельность его частных лиц в космосе) и XI Договора о космосе (обязательство государств информировать Генерального секретаря ООН и международное сообщество о своей деятельности в космосе). Проекты таких двусторонних соглашений уже посланы всем партнёрам США по Соглашению об МКС, включая Россию. Контроль за деятельностью частных компаний в рамках Соглашения Артемиды будут осуществлять государства их регистрации (что также предусмотрено Договором о космосе).

Очевидно, что заложенные в Соглашении Артемиды принципы основаны на толковании Соединёнными Штатами соответствующих положений Договора о космосе в части запрета на присвоение космоса и возможности использования космоса для целей промышленной добычи частными компаниями ресурсов на небесных телах. Это толкование уже нашло своё отражение в Законе 2014 года, о котором говорилось выше, и теперь переносится на международный уровень. Сомнения в том, что Договор о космосе 1967 года не адекватен новому этапу освоения космоса, отброшены. Ценность данного Договора в этом отношении только возрастает ввиду отсутствия в нём жёсткого регламентирования или запрета на коммерческую разработку ресурсов космоса, что позволяет быстро провести эволюционное реформирование космического права за счёт внедрения новых механизмов принятия решений и создания правовых норм путём заключения двусторонних соглашений или договоров с малым количеством участников при лидирующей и координирующей роли США. Наличие в Договоре о космосе весьма расплывчатых формулировок позволяет наполнить их конкретным содержанием за счёт действий на национальном уровне или через заключение двусторонних соглашений и договоров с малым количеством участников при лидирующей роли США в формировании такой практики. Это позволит сформировать столь необходимую последующую практику государств — участников Договора о космосе, на которую можно будет впоследствии опираться как при формулировании превалирующего толкования его норм для использования в возможных спорах на международном и на национальном уровнях, так и в качестве подтверждения молчаливого изменения текста Договора этой последующей практикой (что разрешено современным правом международных договоров<sup>81</sup>).

<sup>81</sup> См.: *Tunkin G. Is General International Law Customary Law Only? // European Journal of International Law. Vol. 4. 1993. No. 1. P. 534–541, 540.*



## 8. Выводы и обобщения

Заметная стагнация в развитии международного космического права в 1990–2000-е годы сменилась периодом высокой турбулентности и быстрых перемен. При этом становится очевидно, что никакого революционного слома основ космического права не будет, но нас ожидает эволюционное реформирование космического права за счёт внедрения новых механизмов принятия решений и создания правовых норм. То, что сейчас происходит, является классическим проявлением явления, которое Л. Хелфер назвал «переносом режима» (англ.: *regime shifting*) в качестве одного из вариантов стратегии перемен, под которым понимается попытка сменить статус-кво путём переноса переговоров, нормотворческих инициатив и формулирования стандартов на новую площадку, более удобную для этого и дающую больше возможностей для основных стран-лидеров реализовать свои планы<sup>82</sup>. В своей работе Л. Хелфер приводил в качестве примера такого переноса режима смену центра нормотворческих инициатив в сфере прав интеллектуальной собственности от Всемирной Организации интеллектуальной собственности к Генеральному соглашению по тарифам и торговле (ГАТТ) и затем к Соглашению по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (англ.: *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS*; Соглашение ТРИПС) в рамках ВТО. В случае с космическим правом речь идёт о выводе всех нормотворческих инициатив и формулирования стандартов промышленной разведки и разработки ресурсов космоса из ООН и Комитета по космосу, где преобладают развивающиеся страны с указанным выше настроем, на уровень двусторонних отношений или договоров с малым количеством участников при лидирующей и координирующей роли США, то есть о повторении уже имеющегося опыта Соглашения об МКС.

Такой перенос режима поможет, по мнению США, с одной стороны, наиболее эффективно конвертировать технологическое лидерство США в космической сфере в правовые нормы, а с другой стороны, уйти от доминирующего в ООН представления о космосе как об общем наследии человечества и перейти к учёту реального вклада как государств, так и бизнеса в решение вопросов о добыче ресурсов космоса. Судя по всему, это не означает, что речь идёт о создании закрытого клуба космических стран, который будет сам для себя формировать правила. Кроме того, участие ОАЭ в Соглашении Артемиды говорит о том, что оно открыто даже для тех стран, которые не имеют возможности самостоятельно осуществлять запуски космических аппаратов и которым для участия в нём будет достаточно принятия правил игры и некоего согласованного финансового вклада.

Россия и целый ряд других стран (например, Австралия, которая подписала Соглашение Артемиды, но при этом является участником Соглашения о Луне, которое, как было показано выше, исходит из понимания космоса как общего наследия человечества) оказались в непростом положении. Вариантов действий немного. Первый состоит в том, чтобы принять предложение США на максимально выгодных для себя условиях, но для этого надо отказаться от восприятия ООН как центра обсуждения и принятия решений, что является пока одной из основ политики России в космосе. При этом можно предположить, что Россия также не в восторге (хотя открыто в этом не признаётся) от результатов обсуждения проектов соглашений по космосу в ООН, раз отказалась даже подписывать разработанное в ООН Соглашение о Луне. Второй вариант заключается

<sup>82</sup> См.: *Helper L. Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking // The Yale Journal of International Law. Vol. 29. 2004. No. 2. P. 1–83, 14.*

во всемерной защите устоявшегося статус-кво с расчётом в том числе и на поддержку в ООН со стороны государств, не имеющих собственных космических программ, в частности стран третьего мира. Однако при этом надо принимать во внимание, что сама группа развивающихся стран уже не так монолитна, как прежде, в своём отношении к космосу. Статистика показывает, что быстро растёт число развивающихся стран, проявляющих активность в космосе. Наглядным подтверждением этого процесса является то, что на сегодня уже более 80 стран имеют на орбите собственные спутники, среди них: Ангола, Алжир, Египет, Гана, Марокко, Нигерия и ЮАР<sup>83</sup>. Подавляющее большинство этих стран не имеет собственных средств доставки аппаратов на орбиту и использует для этих целей услуги третьих стран. Выход частных компаний на рынок доставки спутников не только удешевит этот процесс, но и радикально его деполитизирует, превратив его в некую техническую рутину. В этом отношении попытки защищать любой ценой прежние подходы могут привести к тому, что Россия окажется в компании с наименее развивающимися странами, не оказывая конструктивного и заметного влияния на последующее развитие норм космического права. В третьем варианте речь может пойти о создании собственной альтернативы Соглашению Артемиды вместе с теми странами, которые стремятся в космос, но в силу разных причин не могут пойти на условия, предложенные США, или им будет отказано войти в этот клуб (Китай или Иран). Этот вариант чреват фрагментацией космического права, но такое уже не является исключением в международном праве в целом и не воспринимается резко отрицательно. Судя по последним сообщениям, Россия в лице Роскосмоса выбирает между первым и третьим вариантами, желая как поучаствовать в Соглашении Артемиды, так и иметь возможность реализовать свою собственную лунную программу<sup>84</sup>.

Всё вышеизложенное говорит о том, что уже к концу этого десятилетия мы можем увидеть формирование космического права «Нового космоса». Однако это также означает, что как минимум отложены в долгий ящик планы по разработке Всеобъемлющей конвенции ООН по международному космическому праву (наподобие Конвенции ООН по морскому праву 1982 года) или идеи о заключении дополнительного универсального международного договора по разработке ресурсов космоса. По словам представителей НАСА, этот путь признан неэффективным и не способным своевременно принести желаемые результаты. Кроме того, пока не будет создан специальный международный орган в рамках ООН, который регулировал бы допуск частных лиц к добыче ресурсов космоса по примеру Конвенции ООН по морскому праву, где применительно к дну Мирового океана была реализована концепция общего наследия человечества в виде создания специального Органа по морскому дну (англ.: *Seabed Authority*), в международном космическом праве не будет реализована сама идея о космосе как общем наследии человечества.

В качестве последнего вывода можно сказать несколько слов о роли международных судов в процессе освоения ресурсов космоса. Существующие универсальные конвенции по космосу не предусматривают использования судебных или арбитражных механизмов разрешения возникающих споров. Только Конвенция о международной ответственности

<sup>83</sup> См.: Organisation for Economic Cooperation and Development. The Space Economy in Figures: How Space Contributes to the Global Economy. Ch. 1: The Ongoing Transformation of the Global Space Sector. URL: [https://www.oecd-ilibrary.org/sites/c5996201-en/1/2/1/index.html?itemId=/content/publication/c5996201-en&\\_csp\\_=ffe5a6bbc1382ae4f0ead9dd2da73ff4&itemIGO=oecd&itemContentType=book](https://www.oecd-ilibrary.org/sites/c5996201-en/1/2/1/index.html?itemId=/content/publication/c5996201-en&_csp_=ffe5a6bbc1382ae4f0ead9dd2da73ff4&itemIGO=oecd&itemContentType=book) (дата обращения: 31.10.2020).

<sup>84</sup> См.: В Роскосмосе заявили о готовности к переговорам с США по освоению Луны // РИА Новости. 2020. 16 мая. URL: <https://ria.ru/20200516/1571539940.html> (дата обращения: 31.10.2020).

за ущерб, причинённый космическими объектами, предусматривает создание сторонами спора Комиссии по рассмотрению претензий в том случае, если стороны не могут прийти к согласию в отношении суммы компенсации. Тем не менее это положение Конвенции так и не было ни разу реализовано. Претензии, возникшие у Канады после падения на её территорию советского спутника, были урегулированы дипломатическим путём. Однако потребность в создании надёжных и эффективных механизмов разрешения споров, связанных с космосом, становится ещё более насущной после выхода на арену новых игроков в виде частного капитала. Более того, такие механизмы являются одним из условий создания и функционирования развитой экономики «Нового космоса».

Тем не менее снятие с повестки дня идеи о разработке всеобщей конвенции по космосу также означает, что не будет создан и специализированный международный суд по космосу наподобие Трибунала по морскому праву. Лидирующая роль в переформатировании международного космического права, которую на себя примеряют США, также исключает возможность появления такого суда, принимая во внимание откровенно враждебный настрой США к идее их подчинения юрисдикции какого-либо постоянно действующего международного судебного органа. На наш взгляд, по крайней мере в среднесрочной перспективе международное правосудие будет задействовано при разрешении космических споров в виде арбитражей. Поэтому оказывается далеко не случайным принятие в 2011 году Постоянной палатой третейского суда Правил арбитражного рассмотрения споров, связанных с деятельностью в космосе (англ.: *Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Outer Space Activities*)<sup>85</sup>, что уже завоевало признание со стороны исследователей как важный шаг в процессе коммерциализации космоса<sup>86</sup>.

#### Библиографическое описание:

Исполинов А. Международное космическое право эпохи начала бизнес-колонизации космоса // Международное правосудие. 2020. № 4 (36). С. 22–44.

### International space law of the era of the beginning of the business colonization of space

Alexey Ispolinov

Doctor of Sciences in Law, Senior Partner at “Lex-Invest” Law Firm, Moscow, Russia (e-mail: ispolinov@inbox.ru).

#### Abstract

Traditional approach to the activity in outer space as exclusive domain of few big space faring states through special governmental agencies as a sort of natural monopolies is rapidly placing by the prevailing view that such activity could be successfully and efficiently performed by private entities and fair competition between such players shall be allowed and is even desirable. Increasing participation of private capital in exploration of the resources of outer space is a persuasive confirmation of the emerging large-scale, self-sufficient economy of the New Space attractive for potential investors. Such economy requires sufficient level of legal certainty in a form of effective legal rules adequately

<sup>85</sup> Permanent Court of Arbitration. Optional Rules for Arbitration of Disputes Relating to Outer Space Activities. URL: <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/Permanent-Court-of-Arbitration-Optional-Rules-for-Arbitration-of-Disputes-Relating-to-Outer-Space-Activities.pdf> (дата обращения: 31.10.2020).

<sup>86</sup> См.: *Arbaugh C.* Gravitating Toward Sensible Resolutions: The PCA Optional Rules for the Arbitration of Disputes Relating to Outer Space Activity // *Georgia Journal of International and Comparative Law*. Vol. 42. 2014. No. 3. P.825–850, 849.

reflecting contemporary reality and capable to guarantee the rights of commercial players in exploration of space resources including ownership rights on space resources obtained. Arguably, such reshaping of international space law will take place outside the UN and would not be based on the concept of space as a common heritage of mankind. Main drivers of this reshaping will be unilateral national laws like the U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act or Luxembourg Space, bilateral agreements or international treaties with small number of participants (like the International Space Station Agreement or the Artemis Accords). Such national practice and international treaties claiming that they are adopted in implementation and in full conformity with the Outer Space Treaty will be viewed as subsequent practice and subsequent agreements clarifying, amending and even modifying rather vague provisions of the Outer Space Treaty. The values of the Outer Space Treaty will increase due to a lack of strict rules regulating or prohibiting commercial exploitation of space resources. It will allow to perform evolutionary reform of international space law using new avenues of the treaty creating new rules which will implement and improve provisions of the Outer Space Treaty.

### Keywords

outer space resources; national space laws; the Outer Space Treaty; the Artemis Accords.

### Citation

Ispolinov A. (2020) Mezhdunarodnoe kosmicheskoe pravo epokhi nachala biznes-kolonizatsii kosmosa [International space law of the era of the beginning of the business colonization of space]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 10, no. 4, pp. 22–44. (In Russian).

### References

- Arbaugh C. (2014) Gravitating Toward Sensible Resolutions: The PCA Optional Rules for the Arbitration of Disputes Relating to Outer Space Activity. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 42, no. 3, pp. 825–850.
- Berkman P.A., Vylegzhanin A.N., Yuzbashyan M.R., Mauduit J.-Ch. (2018) Mezhdunarodnoe kosmicheskoe pravo: obshchie dlya Rossii i SShA vyzovy i perspektivy [Outer space law: Russia — United States common challenges and perspectives]. *Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava*, no. 1, pp. 16–34. (In Russian).
- Blount P.J., Robinson Ch.J. (2016) One Small Step: The Impact of the U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act of 2015 on the Exploration of Resources in Outer Space. *North Carolina Journal of Law and Technology*, vol. 18, no. 2, pp. 160–186.
- Brittinham B. (2010) Does the World Really Need New Space Law? *Oregon Review of International Law*, vol. 12, no. 1, pp. 31–54.
- Clancy E. (1998) The Tragedy of the Global Commons. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 5, no. 2, pp. 601–619.
- Coffey S. (2009) Establishing a Legal Framework for Property Rights to Natural Resources in Outer Space. *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 119, no. 1, pp. 119–147.
- DiMaria S. (2016) Starships and Enterprise: Private Spaceflight Companies' Property Rights and the U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act. *St. John's Law Review*, vol. 90, no. 2, pp. 415–440.
- Helfer L. (2004) Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking. *Yale Journal of International Law*, vol. 29, no. 2, pp. 1–83.
- John A. (2006) The Recent Boom in Private Space Development and the Necessity of an International Framework Embracing Private Property Rights to Encourage Investment. *International Lawyer*, vol. 40, no. 4, pp. 961–985.
- Johnson D. (2011) Limits on the Giant Leap for Mankind: Legal Ambiguities of Extraterrestrial Resource Extraction. *American University International Law Review*, vol. 26, no. 5, pp. 1477–1517.
- Leon M. (2018) Mining for Meaning: An Examination of the Legality of Property Rights in Space Resources. *Virginia Law Review*, vol. 104, no. 3, pp. 497–546.

- MacWhorter K. (2016) Sustainable Mining: Incentivizing Asteroid Mining in the Name of Environmentalism. *William and Mary Environmental Law and Policy Review*, vol. 40, no. 2, pp. 654–676.
- Manzione L. (2002) Multinational Investment in the Space Station: An Outer Space Model for International Cooperation? *American University International Law Review*, vol. 18, no. 2, pp. 507–535.
- Mitchell R. (2018) Into the Final Frontier: The Expanse of Space Commercialization. *Missouri Law Review*, vol. 83, no. 2, pp. 419–454.
- Nelson T. (2011) The Moon Agreement and Private Enterprise: Lessons from Investment Law. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 17, no. 2, pp. 393–416.
- Reinstein E. (1999) Owning Outer Space. *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 20, no. 1, pp. 59–98.
- Shtodina I. Yu. (2018). Nekotorye aktual'nye voprosy pravovogo obespecheniya issledovaniya i ispol'zovaniya kosmosa [Some actual issues of the legal enforcement of the exploration and use of outer space]. *Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava*, no. 2, pp. 71–81. (In Russian).
- Spectar J. M. (2000) Elephants, Donkeys, or Other Creatures? Presidential Election Cycles & International Law of the Global Commons. *American University International Law Review*, vol. 15, no. 5, pp. 975–1038.
- Tronchetti F. (2008) The Non-Appropriation Principle as a Structural Norm of International Law: A New Way of Interpreting Article II of the Outer Space Treaty. *Air and Space Law*, vol. 33, no. 3, pp. 277–305.
- Tronchetti F. (2009) *The Exploitation of Natural Resources of the Moon and Other Celestial Bodies: A Proposal for a Legal Regime*, Leiden; Boston, MA: Martinus Nijhoff.
- Tunkin G. (1993) Is General International Law Customary Law Only? *European Journal of International Law*, vol. 4, no. 1, pp. 534–541.
- Volynskaya O. A. (2017) Yubiley dogovora po kosmosu 1967 goda [Anniversary of the 1967 Outer Space Treaty]. *Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava*, no. 4, pp. 82–95. (In Russian).
- Vylegzhanin A. N. (ed.) (2007) *Mezhdunarodno-pravovye osnovy nedropol'zovaniya* [International legal framework for subsoil use], Moscow: Norma. (In Russian).
- Weinzierl M. (2018) Space, the Final Economic Frontier. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 32, no. 2, pp. 173–192.
- Wilson J. (2011) Regulation of the Outer Space Environment through International Accord: The 1979 Moon Treaty. *Fordham Environmental Law Review*, vol. 2, no. 2, pp. 173–193.
- Works J. (1980) The Moon Treaty. *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 9, no. 2, pp. 281–285.
- Wrench J. (2019) Non-Appropriation, No Problem: The Outer Space Treaty Is Ready for Asteroid Mining Case. *Western Reserve Journal of International Law*, vol. 51, no. 1, pp. 437–462.
- Yuzbashyan M. R. (2017) Zakon SSHa ob issledovanii i ispol'zovanii kosmicheskikh resursov 2015 g. i mezhdunarodnoe kosmicheskoe parvo [The US Space Resource Exploration and Utilization Act of 2015 and the international space law]. *Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava*, vol. 106, no. 2, pp. 71–86. (In Russian).
- Zell J. (2006) Putting a Mine on the Moon: Creating an International Authority to Regulate Mining Rights in Outer Space. *Minnesota Journal of International Law*, vol. 15, no. 2, pp. 486–518.
- Zhukov G., Kolosov Yu. (eds.) (2014) *International Space Law*, B. Belitzky (transl.), 2nd ed., Moscow: Statut.

## 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 невозможно 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»<sup>1</sup>. 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*»<sup>2</sup> 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. Яков, 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 целом<sup>3</sup>.

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

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

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> См.: Яков 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*<sup>4</sup>, 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 вопросам<sup>5</sup>. 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 полномочий<sup>6</sup>.

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*<sup>7</sup> 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»<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> 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).

<sup>5</sup> 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).

<sup>6</sup> 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).

<sup>7</sup> 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/18pdf/18-422\\_9ol1.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/18-422_9ol1.pdf) (дата обращения: 05.12.2020).

<sup>8</sup> Применение указанной категории в деле *Plessy v. Ferguson* в 1896 году позволила Верховному суду США признать разумной и конституционной практику 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»<sup>9</sup>.

### 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»<sup>10</sup>. 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 регулирования<sup>11</sup>, 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).

<sup>9</sup> *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.

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

<sup>11</sup> 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 другого<sup>12</sup>.

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)<sup>13</sup>, а также Нидерландов против России (в связи с крушением малазийского Боинга на Украине в 2014 году)<sup>14</sup>. 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 правомерными<sup>15</sup>. 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-

<sup>12</sup> Позиция, изложенная в блестящем особом мнении судьи А. И. Ковлера по делу *Илашку 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.

<sup>13</sup> 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).

<sup>14</sup> 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).

<sup>15</sup> 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](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*<sup>16</sup> — избирательные права заключённых, а в деле *Константин Маркин против России*<sup>17</sup> — 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-

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

<sup>17</sup> 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 годов<sup>18</sup>. 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 договора<sup>19</sup>).

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 независимо<sup>20</sup>.

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

<sup>18</sup> 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://yukoscase.com/> (дата обращения: 05.12.2020).

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

<sup>20</sup> 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) побуждали 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»<sup>21</sup>.

Некоторые полагают, что ничто не мешает международному арбитражу оценить и конституционность национальных законов, применяемых в деле<sup>22</sup>. С таким тезисом (если воспринимать его как универсальный) невозможно согласиться, поскольку он не основан на нормах международного права. Косвенный (как и прямой) нормоконтроль<sup>23</sup> 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 трибуналов<sup>24</sup> 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»<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> 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).

<sup>22</sup> 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). Несколько 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.

<sup>23</sup> 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.

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

<sup>25</sup> 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*)<sup>26</sup>, «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 арбитражей<sup>27</sup>. 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*)<sup>28</sup>, 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*)<sup>29</sup>.

## 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).

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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».

<sup>28</sup> См.: *Van Harten G., Loughlin M.* Op. cit.

<sup>29</sup> 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»<sup>30</sup>.

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 легитимности<sup>31</sup>, 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)<sup>32</sup>, но и применить в отношении их судей санкции, угрожая уголовным преследованием (Международный уголовный суд)<sup>33</sup>.

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

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

<sup>31</sup> Если этот вопрос явно и недвусмысленно не передан государствами на рассмотрение трибунала.

<sup>32</sup> 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).

<sup>33</sup> 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*)<sup>34</sup> или даже судебную «скромность» (англ.: *judicial modesty*)<sup>35</sup>.

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 нейтральность<sup>36</sup>. 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.

<sup>34</sup> 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).

<sup>35</sup> См.: Cole J. P. Op. cit. P. 19.

<sup>36</sup> 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 Enviromental Policy. *Equal Times*, 7 September. Available at: <https://www.equaltimes.org/how-the-little-known-energy?lang=en#.X2NoGOtuzbI> (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 mezhdu 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).