

ОБЕСПЕЧЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ

Упреждающая самооборона в западной доктрине международного права

*Загайнов Е. Т.**

Вскоре после принятия Устава ООН, зафиксировавшего в ст. 51 неотъемлемое право государств на самооборону, среди исследователей возникли серьезные разногласия относительно его содержания. Момент возникновения права на самооборону – лишь один из целого ряда аспектов проблемы, вызывающих споры в научном сообществе. За прошедшие 60 лет наука международного права существенно продвинулась в изучении этой темы; ее анализу было посвящено множество публикаций, в том числе за авторством весьма авторитетных ученых. Тем не менее можно с уверенностью констатировать, что прийти к консенсусу так и не удалось.

Должно ли государство для применения силы в порядке самообороны дожидаться, когда на него будет совершено вооруженное нападение, или оно может использовать силу до этого? В западной литературе предложено немало аргументов в пользу обоих толкований. Настоящая работа представляет собой попытку обобщить и систематизировать эту аргументацию.

Во избежание терминологической путаницы следует иметь в виду, что западная доктрина выделяет упреждающую (*pre-emptive*) и превентивную (*preventive*) самооборону: если под первой понимается реагирование на так называемую неминуемую угрозу вооруженного нападения, то под второй – применение силы с целью устранения потенциальной, находящейся на стадии формирования угрозы. (Эта грань не всегда проводится четко, особенно в литературе не на английском

* Загайнов Е. Т. – сотрудник Постпредства России при отделении ООН и других международных организациях в Женеве.

языке). Часто употребляемый термин “anticipatory self-defence” используется для обозначения либо упреждающей самообороны, либо, реже, обоих указанных выше видов самообороны.

К числу сторонников более широкого толкования самообороны как допускающей силовые действия «в ответ» на еще не состоявшееся нападение можно отнести таких известных авторов, как Д. Боуэнт, Дж. Стоун, М. МакДугал, Х. Уолдок, С. Швებель, О. Шахтер, Р. Хиггинс, М. Шоу и др. В обоснование этой точки зрения приводятся, среди прочих, следующие доводы.

1. Один из наиболее часто встречающихся аргументов: принятие Устава не затронуло ранее существовавшее обычное право на самооборону, которое разрешало применение силы и в случае неминуемой угрозы вооруженного нападения¹.

Согласно этой точке зрения, в пользу такого понимания ст. 51 свидетельствует прямое указание в ней на то, что Устав не затрагивает неотъемлемого (*inherent*) права на самооборону. Кроме того, как утверждается, ничто в подготовительных материалах конференции в Сан-Франциско не говорит о намерении стран-участниц каким-либо образом ограничить это право. Напротив, в докладе комитета I, занимавшегося разработкой ст. 2 п. 4 Устава, прямо отмечалось, что «использование оружия в порядке законной самообороны остается допустимым и не затрагивается»². В качестве подтверждения того, что

¹ См.: Bowett D.W. Self-defence in international law, Manchester University Press, 1958. P. 188-189; Stone J. Aggression and world order. A critique of the United Nations theories of aggression, London, Stevens & Sons, 1958. P. 43-44; Higgins R. Legal limits to use of force. In: The British Yearbook of International Law, Oxford University Press, 1962. P. 302; Schwabel S. Dissenting opinion, Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), I.C.J. Reports, 1986. P. 347, para. 172; Malawer. Anticipatory self-defense under Article 51 of the United Nations Charter. In: International law in contemporary perspective. The public order of the world community, by McDougal M.S. and Reisman W.M., New York, The Foundation Press, 1981. P. 989-990; Asrat B. Prohibition of force under the UN Charter. A study of Art. 2(4), Stockholm, Justus Forlag, 1991. P. 210-211; Oppenheim's international law, Ninth edition, ed. by Jennings R. and Watts A., Longman, 1992, vol. I. P. 418; McCormack T.L. Self-Defense in international law. The Israeli raid on the Iraqi nuclear reactor, Jerusalem, The Magnes Press, 1996. P. 139.

Примечательно, что данная точка зрения разделяется юридическим советником Государственного департамента США У. Тафтом и Генеральным атторнеем Великобритании лордом Голдсмитом. См.: Taft IV W.H. The legal basis for preemption. Memorandum, www.cfr.org/publication; выступление лорда Голдсмита в Палате Лордов 21 апреля 2004 г., www.publications.parliament.uk.

² United Nations Conference on International Organization, Documents, vol. VI. P. 459.

обычное право на упреждающую самооборону существовало не только в XIX, но и в XX веке, в том числе накануне и в ходе второй мировой войны, рассматривается судебная практика, в частности решения Нюрнбергского трибунала и Международного военного трибунала для Дальнего Востока.

Некоторые из авторов ставят существование обычного права на самооборону (или возврат к нему) в зависимость от степени эффективности механизмов коллективной безопасности, предусмотренных Уставом ООН³.

Большинство приверженцев точки зрения, согласно которой обычное право в этой сфере сохраняет свое действие, исходят из того, что оно по-прежнему разрешает упреждающую самооборону в рамках, установленных хорошо известной «формулой *Caroline*». В 1837 г. британцы уничтожили на территории США пароход *Caroline*, перевозивший повстанцев и оружие для борьбы с британским правлением в Канаде. Поскольку эти действия они обосновывали правом на самооборону, Государственный секретарь США Д. Уэбстер в переписке по поводу случившегося изложил свое видение правомерности самообороны: в частности, должна быть налицо «неотложная и непреодолимая необходимость, не оставляющая ни возможности выбора средств, ни времени на размышление», а предпринимаемые меры не должны быть «неразумными или чрезмерными». Впоследствии эти критерии получили широкое распространение и стали, согласно западной доктрине, составной частью обычного права на самооборону, общеизвестными как принципы необходимости и пропорциональности.

К выводу о том, что в данной сфере «обычное международное право продолжает существовать наряду с договорным правом», пришел и Международный суд в своем решении по делу *о военных и полувоенных действиях в и против Никарагуа* 1986 г. В решении отмечается, что Устав регулирует не все аспекты права на самооборону, а в качестве примера приводится отсутствие в нем упоминания о требованиях необходимости и пропорциональности, «прочно укоренившихся в обычном международном праве». Однако, по мнению Суда, «Устав выразил принципы, уже существовавшие в обычном международном

³ O'Connell D.P. International law. Second edition, vol. 1, London, 1970. P. 315; Malanczuk P. Countermeasures and self-defence as circumstances precluding wrongfulness in the International Law Commission's draft articles on state responsibility. In: Zeitschrift für ausländisches öffentliches recht und völkerrecht, Band 43, Kohlhammer, 1983. P. 758-759.

праве, и это право в последующие четыре десятилетия развивалось под влиянием Устава». Что же касается собственно упреждающей самообороны и «законности ответа на неминуемую угрозу», то Суд не стал высказываться по данному вопросу, сославшись на то, что он не был перед ним поставлен. Вместе с тем Суд указал, что право на индивидуальную самооборону возникает при условии, что «соответствующее государство стало жертвой вооруженного нападения». Таким образом, несмотря на исходный посыл, вряд ли было бы правильным трактовать данное решение Суда как однозначно говорящее в пользу расширительной интерпретации права на самооборону⁴.

2. Рассмотренное выше направление аргументации дополняется следующими конструкциями.

Формулировку, согласно которой Устав не затрагивает право на самооборону, если произойдет вооруженное нападение, неправильно читать как «если, и только если произойдет вооруженное нападение»⁵. Ошибочно признавать за членами ООН только те права, которые им предоставлены Уставом: напротив, государства обладают всеми правами, установленными общим международным правом, за исключением тех из них, от которых они отказались в силу Устава. Если Устав признает право на самооборону в ответ на вооруженное нападение, это не означает, что он запрещает ее в других случаях. Такое толкование означало бы ограничение прав суверенных государств, которое не должно презюмироваться⁶.

Целью включения в Устав ст. 51 было установление пределов самообороны не для всех случаев, а только для тех ситуаций, когда возникает необходимость разграничения прав и полномочий стран-членов, с одной стороны, и органов ООН (прежде всего Совета Безопасности) – с другой. Когда же СБ не задействован и нет несоответствия целям ООН, государства сохраняют возможность прибегать к самообороне в ее более широком понимании, не ограничивающемся реакцией на начавшееся вооруженное нападение⁷.

⁴См.: *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, I.C.J. Reports, 1986. P. 93-103, paras. 174-194.

⁵Schwebel S. Dissenting opinion, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua vs. United States of America)*, I.C.J. Reports, 1986. P. 347, para. 172.

⁶Bowett D.W. *Self-defence in international law*, Manchester University Press, 1958. P. 188-189.

⁷Stone J. *Aggression and world order. A critique of the United Nations theories of aggression*, London, Stevens & Sons, 1958. P. 43-44.

3. Ряд авторов усматривают основание для упреждающей самообороны в формулировке ст. 2 п. 4 Устава, запрещающей не только вооруженное нападение, но и применение силы в целом, а также угрозу ее применения⁸. Высказывается мнение, что поэтому самооборона правомерна и против угрозы силой, для предотвращения ее материализации⁹. В этом же контексте обращается внимание на опасность сведения всех случаев агрессии к вооруженному нападению, что продемонстрировала работа над определением агрессии¹⁰.

В некоторых работах утверждается, что самооборона возможна и в случаях, отличных от вооруженного нападения или его неминуемой угрозы, таких как воспрепятствование путем применения силы или угрозы силой осуществлению какого-либо права государства (например, права свободного прохода через международные проливы)¹¹.

4. Следующий аргумент: ст. 51 следует толковать в контексте функционирования ООН, а также в свете целей самообороны вообще, состоящих в предотвращении агрессий путем обеспечения государствам возможности защитить себя до того, как вмешается ООН, а не в том, чтобы предоставить свободу действий, инициативу и преимущество во времени атакующему государству и еще более затруднить положение страны – объекта нападения. Нельзя вопреки здравому смыслу интерпретировать двусмысленное положение в тексте Устава как обязывающее государства смиренно принимать свою судьбу и ожидать от них такого поведения в действительности, тем более с учетом того, что Совет Безопасности нередко оказывается неспособным выполнять свою роль в отношении поддержания международного мира и безопасности.

Непризнание права на упреждающую самооборону означало бы, что международное право требует от государств «самопожертвования», готовности дожидаться причинения ущерба и разрушений, имея возможность предотвратить их. По мнению ряда авторов, абсурдность такого требования особенно очевидна в условиях существования ядер-

⁸ Ibid.

⁹ Asrat B. Prohibition of force under the UN Charter. A study of Art. 2(4), Stockholm, Justus Forlag, 1991. P. 222-225.

¹⁰ Malawer. Anticipatory self-defense under Article 51 of the United Nations Charter. In: International law in contemporary perspective. The public order of the world community, by McDougal M.S. and Reisman W.M., New York, The Foundation Press, 1981. P. 989-990.

¹¹ Fitzmaurice G. General principles of international law. In: Recueil de cours, Academie de droit international, vol. 92(II), Leyde, A.W. Sijthoff, 1958. P. 171-172.

ного оружия, применить которое можно в считанные минуты, полностью лишив государство возможности защищаться или вообще уничтожив его¹².

5. Наконец, подтверждение легитимности упреждающей самообороны усматривается в практике стран в период после принятия Устава ООН¹³. В качестве примеров приводятся, в частности, авиаудары США по территории Северного Вьетнама 4 августа 1964 г. с целью предотвратить нападение на военные корабли США, находившиеся в открытом море; военные действия Израиля против арабских государств в июне 1967 г. вслед за блокадой израильского порта Эйлат и заключением военного соглашения между Египтом и Иорданией; оккупация Китая части территории Вьетнама в 1979 г.; оккупация американцами Гренады в 1983 г. и др. Особо отмечается отсутствие в этих случаях осуждения со стороны СБ ООН силовых акций (квалифицируемых как упреждающие). Некоторые из авторов считают важной в этом смысле оценку СБ ООН бомбардировки Израилем иракского ядерного реакто-

¹² См.: Waldock H. The regulation of the use of force by individual states. 1952. P. 498; Bowett D.W. Self-defence in international law. Manchester University Press, 1958. P. 191-192; McDougal M.S. and Feliciano F.P. Law and minimum world public order. 1961. P. 240; Kaplan M.A. and Katzenbach N. The political foundations of international law. New York, John Wiley and Sons, 1961. P. 211-212; Malawer. Anticipatory self-defense under Article 51 of the United Nations Charter. In: International law in contemporary perspective. The public order of the world community, by McDougal M.S. and Reisman W.M., New York, The Foundation Press, 1981. P. 990; Malanczuk P. Countermeasures and self-defence as circumstances precluding wrongfulness in the International Law Commission's draft articles on state responsibility. In: Zeitschrift für ausländisches öffentliches recht und völkerrecht, Band 43, Kohlhammer, 1983. P. 764-765; Schachter O. International law in theory and practice. Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991. P. 151; Asrat B. Prohibition of force under the UN Charter. A study of Art. 2(4), Stockholm, Justus Forlag, 1991. P. 223-224; Oppenheim's international law. Ninth edition, ed. by Jennings R. and Watts A Longman, 1992, vol. I. P. 422; Higgins R. Problems and process. International law and how we use it. Oxford, Clarendon Press, 1994. P. 242; McCormack T.L. Self-defense in international law. The Israeli raid on the Iraqi nuclear reactor, Jerusalem, The Magness Press, 1996. P. 149; Shaw M.N. International law. Fifth edition, Cambridge University Press, 2003. P. 1028-1029; Taft IV W.H. The legal basis for preemption. Memorandum, www.cfr.org/publication.

¹³ Malawer. Anticipatory self-defense under Article 51 of the United Nations Charter. In: International law in contemporary perspective. The public order of the world community, by McDougal M.S. and Reisman W.M., New York, The Foundation Press, 1981. P. 991; McCormack T.L. Self-defense in international law. The Israeli raid on the Iraqi nuclear reactor, Jerusalem, The Magness Press, 1996. P. 149; Asrat B. Prohibition of force under the UN Charter. A study of Art. 2(4), Stockholm, Justus Forlag, 1991. P. 225-228; Shaw M.N. International law. Fifth edition, Cambridge University Press, 2003. P. 1029.

ра в июне 1981 г.: хотя Совет не согласился тогда с утверждениями Израиля, что он действовал в порядке самообороны, ряд делегаций мотивировал свою позицию отсутствием неминуемой угрозы (необходимости) и несоответствием ситуации критериям *Caroline*, признав таким образом продолжающееся действие этих положений обычного права¹⁴.

К противоположному лагерю «противников» упреждающей самообороны в литературе относят не менее именитых ученых, таких как Дж. Кунц, Ф. Джессоп, Х. Лаутерпахт, Я. Броунли, Л. Хенкин, Р. Аго, А. Рандельцхофер и др. Неправомерность самообороны до совершения вооруженного нападения вытекает, по их мнению, из следующего.

1. Обычное право на самооборону не может существовать независимо от нормы ст. 51; с созданием ООН оно было трансформировано и ограничено до рамок, установленных Уставом. Иной подход означал бы, что включение в международный договор четкого положения, регулирующего какую-либо правовую категорию, вообще не имеет смысла, поскольку обычное право продолжает действовать параллельно в прежнем объеме и виде. Зачем тогда вообще заключать международные договоры?

Квалификация в ст. 51 права на самооборону как «неотъемлемого» означает, что этим правом обладают не только государства – члены ООН, но и все остальные страны и что участники ООН могут оказывать содействие странам, не входящим в нее, подвергшимся вооруженному нападению; никакого иного «специального» смысла законодатель в это определение не вкладывал. С другой стороны, термин «неотъемлемое» никогда не используется на практике для обозначения обычного права. Ничто в подготовительных материалах не указывает на то, что основатели ООН задумывали ст. 51 как один из «примеров» самообороны и подразумевали ее «сосуществование» с другими видами законной самообороны¹⁵.

¹⁴ Schachter O. International law in theory and practice. Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991. P. 151-152; Malanczuk P. Countermeasures and self-defence as circumstances precluding wrongfulness in the International Law Commission's draft articles on state responsibility. In: Zeitschrift für ausländisches öffentliches recht und völkerrecht, Band 43, Kohlhammer, 1983. P. 764-765; Taft IV W.H. The legal basis for preemption. Memorandum, www.cfr.org/publication.

¹⁵ См.: Kelsen H. The law of the United Nations. A critical analysis of its fundamental problems. London, Stevens & Sons, 1950. P. 791-792; Wehberg H. L'interdiction du recours à la force. Le principe et les problèmes qui se posent. In: Recueil des cours, Academie de

Даже если предположить, что принятие Устава никак не повлияло на обычное право на самооборону, содержание последнего по состоянию на 1945 г. значительно отличалось от того, как его понимали в середине XIX века. После окончания первой мировой войны оно эволюционировало вместе с развитием запрета на применение силы в международных отношениях, в результате чего к 1945 г. допускало использование силовых мер только в ответ на вооруженное нападение, будучи весьма близким (если не идентичным) формулировке ст. 51. Таким образом, Устав ООН структурировал уже сложившееся понимание этого обычного права¹⁶.

2. Расширительная интерпретация права на самооборону, не соответствующая духу и букве Устава, противоречит принципу, в соответствии с которым договоры должны толковаться так, чтобы обеспечивалось эффективное достижение их цели. В данном случае речь идет об одной из основных целей Устава – исключить или максимально ограничить применение силы в отношениях между государствами. Признать продолжение существования наряду с положениями Устава прежнего обычного права на самооборону в полном объеме (а его рамки никогда до этого не были четко очерчены) – значит полностью выхолостить содержание принципа неприменения силы, зафиксированного в ст. 2 п. 4, поставить под вопрос главную ответственность Совета Безопасности за поддержание мира и безопасности¹⁷.

droit international, 1951, vol. 78. P. 81-82; Oppenheim's international law. Seventh edition. Ed. by Lauterpacht H. Longmans, 1960, vol. II. P. 154-156; Brownlie I. International law and the use of force by states, Oxford, Clarendon Press, 1963. P. 273; Henkin L. How nations behave. New York, F.A. Praeger, 1968. P. 232; •ourek J. L'interdiction de l'emploi de la force en droit international, Leiden, Sijthoff, 1974. P. 102; Skubiszewski K. Use of force by states. Collective security. Law of war and neutrality. In: Manual of public international law, ed. by Simonsen M., London, The Macmillan Press, 1978. P. 766-767; Ago R. Addendum to the eighth report on State responsibility, Doc. A/CN.4/318/ADD.5-7. In: Yearbook of the International Law Commission, 1980, vol. II, Part One, United Nations, New York. P. 66-67; Macdonald R. L'emploi de la force par les états en droit international. In: Droit international. Bilan et perspectives, ed. by Bedjaoui M., Paris, Editions A. Pedone, 1991. P. 774; Randelzhofer A. In: The Charter of the United Nations. A commentary. Second edition, ed. by Bruno Simma, Munich, 2003, vol. I. P. 792.

¹⁶Brownlie I. International law and the use of force by states, Oxford, Clarendon Press, 1963. P. 274-275; Bryde B.O. Self-defence. In: Encyclopedia of public international law, under the direction of Bernhardt R., Amsterdam, Elsevier, 2000, vol. IV. P. 361-364; Ago R. Addendum to the eighth report on State responsibility, Doc. A/CN.4/318/ADD.5-7. In: Yearbook of the International Law Commission, 1980, vol. II, Part One, United Nations, New York. P. 67.

3. Предположение, что создатели Устава решили специально выделить в ст. 51 один из видов самообороны, оставив за его рамками другие, противоречит логике: не имело никакого смысла прописывать самый очевидный пример, ничего не говоря о расплывчатой и неясной концепции упреждающей самообороны. Если бы по замыслу основателей ООН она действительно допускалась, именно этот случай требовал бы прямого упоминания в тексте. С другой стороны, контроль со стороны Совета Безопасности, предусмотренный Уставом для самообороны в ответ на вооруженное нападение, несомненно, должен был бы распространяться и на применение силы в порядке упреждающей самообороны¹⁸.

4. Отсутствие объективных критериев неминуемости угрозы открывает лазейку для злоупотреблений; государства имели бы возможность прибегать к упреждающим ударам исходя из собственных субъективных и произвольных оценок¹⁹. Вряд ли могут быть полезными в этом плане и формулировки Д. Уэбстера, который определял необходимость через саму себя (по выражению Я. Броунли, это равносильно утверждению, что кусок веревки должен быть длинным, без указания критериев длины). Нельзя применить к упреждающей самообороне и принцип пропорциональности²⁰.

5. Современный уровень развития вооружений не является аргументом в пользу упреждающей самообороны. Напротив, он делает еще более необходимым узкое толкование права на самооборону, много-

¹⁷ См.: Wehberg H. L'interdiction du recours à la force. Le principe et les problèmes qui se posent. In: Recueil des cours, Académie de droit international, 1951, vol. 78. P. 82; Brownlie I. International law and the use of force by states, Oxford, Clarendon Press, 1963. P. 273-274; •ourek J. L'interdiction de l'emploi de la force en droit international, Leiden, Sijthoff, 1974. P. 101-102; Skubiszewski K. Use of force by states. Collective security. Law of war and neutrality. In: Manual of public international law, ed. by Sørensen M., London, The Macmillan Press, 1978. P. 766; Ago R. Addendum to the eighth report on State responsibility, Doc. A/CN.4/318/ADD.5-7. In: Yearbook of the International Law Commission, 1980, vol. II, Part One, United Nations, New York. P. 66-67; Cassese A. International law, Oxford University Press, 2001. P. 310; Randelzhofer A. In: The Charter of the United Nations. A commentary. Second edition, ed. by Bruno Simma, Munich, 2003, vol. I. P. 803-804.

¹⁸ Dinstein Y. War, aggression and self-defence, Cambridge, Grotius Publications, 1988. P. 174-175.

¹⁹ •ourek J. L'interdiction de l'emploi de la force en droit international, Leiden, Sijthoff, 1974. P. 102; Cassese A. International law, Oxford University Press, 2001. P. 310; Randelzhofer A. In: The Charter of the United Nations. A commentary. Second edition, ed. by Bruno Simma, Munich, 2003, vol. I. P. 803.

²⁰ Brownlie I. The principle of non-use of force in contemporary international law. In: The non-use of force in international law, ed. by Butler E., Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1989. P. 24-25.

кратно увеличивая цену ошибки в случае необоснованного первого удара²¹.

6. Практика подтверждает негативное отношение большинства государств к концепции упреждающей самообороны. Случаи применения силы, основанные на этой концепции, встречали осуждение на международной арене²². Примечательно, что в качестве примера трактуется, в частности, реакция мирового сообщества на военные действия между Израилем и арабскими государствами в июне 1967 г. и на ракетный удар Израиля по ядерному реактору в Ираке в июне 1981 г.²³.

Вероятно, имеет смысл отдельно остановиться на «подгруппе» исследователей, которые, с той или иной степенью категоричности отрицая существование упреждающей самообороны в современном международном праве, либо оговаривают некие исключения из общего правила, либо предлагают конструкции, допускающие действия на опережение и не выходящие при этом, по мнению авторов, за рамки узкого толкования права на самооборону.

Так, Р. Дженнингс и А. Ваттс считают, что хотя упреждающие действия в порядке самообороны обычно неправомерны, это не является обязательным в любых обстоятельствах; все зависит от конкретной ситуации, включая серьезность угрозы и отсутствие иных средств предотвратить ее²⁴. В этом же ключе высказывается Б.-О. Брайд: «В то время как ст. 2 п. 4 и ст. 51 запрещают превентивные действия в принципе, могут существовать фактические ситуации, в которых упреждающий удар против неминуемого нападения оправдан как акт самообороны... [Принятое ГА ООН определение агрессии] признает это, квалифицируя применение вооруженной силы государством первым лишь свидетельством *prima facie* акта агрессии»²⁵. По мнению А. Кассезе,

²¹ Wehberg H. L'interdiction du recours à la force. Le principe et les problèmes qui se posent. In: Recueil des cours, Académie de droit international, 1951, vol. 78. P. 82; Henkin L. How nations behave, New York, F.A. Praeger, 1968. P. 233; Dinstein Y. War, aggression and self-defence, Cambridge, Grotius Publications, 1988. P. 175-176.

²² Alexandrov S. Self-defence against the use of force in international law, Kluwer Law International, 1996. P. 165; Randelzhofer A. In: The Charter of the United Nations. A commentary. Second edition, ed. by Bruno Simma, Munich, 2003, vol. I. P. 803.

²³ Alexandrov S. Self-defence against the use of force in international law, Kluwer Law International, 1996. P. 163-165.

²⁴ Oppenheim's international law, Ninth edition, ed. by Jennings R. and Watts A Longman, 1992, vol. I. P. 422.

²⁵ Bryde B.O. Self-defence. In: Encyclopedia of public international law, under the direction of Bernhardt R., Amsterdam, Elsevier, 2000, vol. IV. P. 361.

более разумно считать упреждающую самооборону запрещенной с точки зрения права, осознавая, что могут возникать ситуации, когда нарушение этого запрета может быть оправдано моральными или политическими соображениями. А. Кассесе проводит аналогию между этими факторами и смягчающими обстоятельствами в уголовном праве, а проявлением их понимания и учета на практике является, с его точки зрения, отсутствие жесткой реакции международного сообщества на такие случаи²⁶.

В некоторых работах предусматриваются исключения для случаев, связанных с применением ядерного оружия, например если ядерное сдерживание даст сбой (Л. Хенкин, по мнению которого эта крайне маловероятная ситуация находится за пределами правового регулирования)²⁷ или если исчезнет возможность ответного удара (тогда, считает А. Рандельцхофер, запрет на упреждающую самооборону не будет отменен как таковой, однако его соблюдение государствами уменьшится)²⁸.

Что касается других способов обосновать опережающие действия, не прибегая к концепции упреждающей самообороны, то речь идет в первую очередь о попытках решить проблему через соответствующее толкование момента начала атаки (и следовательно, возникновения права на самооборону). Одним из наиболее известных сторонников такого подхода является Й. Динштейн, предложивший концепцию так называемой «перехватывающей» самообороны (*interceptive self-defence*), допустимой, в его видении, в рамках ст. 51. В понимании Й. Динштейна вооруженное нападение может начаться до того, как сделан первый выстрел, а именно тогда, когда действия агрессора приобретают «необратимый» характер, когда он «перешел Рубикон». В качестве примера он приводит эпизод, связанный с нападением японцев на Перл-Харбор: если бы американцы нанесли удар по японскому флоту во время его следования к цели, это было бы, утверждает Й. Динштейн, актом не упреждающей, а «перехватывающей» самообороны²⁹.

С. Александров использует вместо термина «неминуемая угроза» (*imminent threat*) понятие «неминуемое нападение» (*imminent attack*),

²⁶ Cassese A. *International law*, Oxford University Press, 2001. P. 310.

²⁷ Henkin L. *How nations behave*, New York, F.A. Praeger, 1968. P. 235.

²⁸ Randelzhofer A. In: *The Charter of the United Nations. A commentary*. Second edition, ed. by Bruno Simma, Munich, 2003, vol. I. P. 804.

²⁹ Dinstein Y. *War, aggression and self-defence*, Cambridge, Grotius Publications, 1988. P. 179-180.

подразумевая под ним уже начавшееся действие, ущерб от которого неизбежен, если не принять ответных мер. Таким образом, удаляется элемент вероятности, который несет в себе слово «угроза». В качестве примера им приводится гипотетическая ситуация с ядерным ударом: ликвидация ракет государства, предположительно готовящегося к нападению, пока они находятся в шахтах, не является самообороной, однако их уничтожение на пути к цели должно быть квалифицировано как таковая³⁰.

События последних лет (в частности, террористическое нападение 11 сентября 2001 г. и реакция на него международного сообщества, принятие новой Стратегии национальной безопасности США, военная операция против Ирака) побудили ряд авторов по-иному взглянуть на проблему самообороны. Реальность поставила перед доктриной новые непростые вопросы, окончательных ответов на которые пока нет. Потребовали переосмысления, в частности, такие аспекты самообороны (и до того крайне запутанные), как понятие вооруженного нападения, правомерность самообороны от террористических актов и иных действий негосударственных субъектов, ее объект, соотношение между самообороной и репрессалиями и, конечно, ее временные рамки. И вновь в научных кругах нет единства мнений: если в одних работах, опубликованных после 2000 г., указывается на необходимость внесения в международное право (договорное или обычное) существенных изменений, которые позволили бы государствам в современных условиях более надежно защитить себя от терроризма³¹, то в других высказываются опасения по поводу последствий попыток расширить исключения из запрета на применение силы в международных отношениях³².

³⁰ Alexandrov S. Self-defence against the use of force in international law, Kluwer Law International, 1996. P. 165.

³¹ Nî.: Travalio G. Terrorism, international law, and the use of military force. In: Wisconsin International Law Journal, vol. 18, Winter 2000. P. 145-191; Pellet A. No, this is not war. Discussion forum "The attack on the World Trade Center: Legal Responses", 2001, www.ejil.org; Reisman M. In defense of world public order. In: American Journal of International Law, October 2001, vol. 95. P. 833-835; Murphy S. Terrorism and the concept of "armed attack" in Article 51 of the U.N. Charter. In: Harvard International Law Journal, Winter 2002, vol. 43. P. 41-51; Meessen K. Unilateral recourse to military force against terrorist attacks. In: The Yale Journal of International Law, Summer 2003, vol. 28. P. 341-354; Lietzau W. Old laws, new wars: jus ad bellum in an age of terrorism. In: Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 8, 2004. P. 383-455.

³² Nî.: Charney J. The use of force against terrorism and international law. In: American

В данной статье имеет смысл ограничиться собственно вопросом об упреждающей самообороне в свете новых угроз. Как представляется, его рассмотрение в современном контексте привело к дальнейшей эволюции взглядов в западной доктрине в отношении обеспечения адекватной возможности для государств действовать, не дожидаясь разрушительных последствий удара террористов (опять-таки при весьма значительных различиях в подходах).

Ряд авторов выступают за новое, «более либеральное» понимание в сложившихся условиях упреждающей самообороны либо вообще полагают правомерным превентивное применение силы в ответ на террористические угрозы. Так, Р. Мюллерсон пишет: «Ранее я выражал согласие с Йорамом Динштейном относительно того, что предпочтительнее говорить не об упреждающей самообороне (*pre-emptive or anticipatory self-defence*), а только о «перехватывающей», ...[которая предполагает], что только тогда, когда атака уже началась, допустимо перехватить ее. ... Для традиционных межгосударственных конфликтов это, вероятно, разумная интерпретация права на самооборону. Однако сегодня, в контексте самообороны от нападений террористов (особенно если последние имеют доступ к ОМУ), я полагаю, оправданны превентивные (*preventive or anticipatory*) меры»³³. Р. Мюллерсон прогнозирует появление в правовом регулировании применения силы некоего набора гибких руководящих принципов, центральное место в которых будет занимать «понятие оправданности, а не законности» (*the concept of legitimacy instead of legality*); по его мнению, они лучше, чем четкие и определенные правила, которые не соблюдаются на практике³⁴.

Journal of International Law, vol. 95, October 2001. P. 835-839; Cassese A. Terrorism is also disrupting some crucial legal categories of international law. Discussion forum "The attack on the World Trade Center: Legal Responses", 2001, www.ejil.org; Gray C. *The US National Security Strategy and the new "Bush Doctrine"* on preemptive self-defense. In: Chinese Journal of International Law, 2002. P. 437-447; Myjer E., White N. The Twin Towers attack: an unlimited right to self-defence? In: Journal of Conflict and Security Law, Oxford University Press, April 2002; Ramirez J. Iraq war: anticipatory self-defense or unlawful unilateralism? In: California Western International Law Journal, vol. 34, Fall 2003. P. 1-27; Kolb R. Quelques reflexions sur le droit relatif au maintien de la paix au debut du XXIeme siecle. In: African Yearbook of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, vol. 11, 2003. P. 193-215.

³³ Müllerson R. The law of use of force at the turn of the Millennia. In: Baltic Yearbook of International Law, vol. 3, 2003, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston. P. 214-215.

³⁴ Ibid, P. 217.

Задача адаптировать сформулированную обычным правом концепцию неминуемой угрозы к реалиям сегодняшнего дня зафиксирована в Стратегии национальной безопасности США 2002 г.³⁵, положения которой стали предметом весьма активной дискуссии в литературе. Анализируя изложенные в Стратегии подходы нынешней американской администрации к проблеме, которые часто называют «доктриной Буша», У. Тафт и Т. Бухвальд указывают на то, что ошибочно выступать за некую абстрактную упреждающую самооборону или против нее; они считают, что ее правомерность или противоправность зависят от конкретных обстоятельств. Например, в случае с операцией против Ирака 2003 г., по мнению авторов, упреждающее использование силы было вполне законным, поскольку оно вписывается в «продолжающийся более широкий конфликт», инициированный другой стороной, и согласуется с резолюциями СБ ООН³⁶.

Некоторые ученые усматривают возникновение новой нормы обычного права, регламентирующей самооборону от террористических нападений. В частности, высказывается мнение, что самооборона от «террористических нападений, порожденных обществом» (society-induced terrorist attacks) представляет собой новый, самостоятельный вид самообороны, не подпадающий под ограничения ст. 51 Устава, включая требование начавшегося (или неминуемого) вооруженного нападения. Соответственно, для него нельзя исключать *a priori* упреждающих действий, а более четкие его параметры будут определены обычным правом при сохранении принципа необходимости³⁷.

В этом же русле говорится о необходимости разработать в данной сфере взаимоприемлемую модель обычной практики государств и предлагается набор критериев (в развитие принципов Д. Уэбстера), по совокупности которых можно было бы определять правомерность упреждающей самообороны (вероятность террористического нападения; потенциальная опасность нападения; исчерпание иных возможностей; международное признание оправданности силовых действий и др.)³⁸.

³⁵ The National Security Strategy of the United States of America, www.whitehouse.gov.

³⁶ Taft W.H., Buchwald T. Agora: Future implication of the Iraq conflict: pre-emption, Iraq and international law. In: American Journal of International Law, vol. 97, July 2003. P. 557-563.

³⁷ Meessen K. Unilateral recourse to military force against terrorist attacks. In: The Yale Journal of International Law, Summer 2003, vol. 28. P. 346-353.

³⁸ Sofaer A. On the necessity of pre-emption. In: European Journal of International Law, vol. 14, April 2003; Lietzau W. Old laws, new wars: jus ad bellum in an age of terrorism. In: Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 8, 2004. P. 447-455.

Встречаются и сторонники «нового прочтения» Устава ООН как допускающего упреждающее использование силы для противодействия «непредсказуемому насилию со стороны государств или негосударственных субъектов»³⁹. Р. Гарднер, например, предлагает считать, что Устав ООН допускает применение вооруженной силы государством без санкции СБ для уничтожения террористической группировки, действующей на территории другой страны, если ее правительство не выполняет свои международные обязательства по подавлению террористов; для спасения своих граждан за рубежом, если существует реальная угроза их безопасности; для предотвращения передачи ОМУ террористам и др.⁴⁰

И, наконец, ряд исследователей, не отрицая права на упреждающую самооборону в «традиционном» понимании, не поддерживают размытие ограничителей, содержащихся в Уставе ООН и обычном праве, или отказ от них⁴¹. Они полагают, что эффективные ответы на новые вызовы и угрозы можно найти в рамках действующего международного права, тогда как расшатывание запрета на применение силы в международных отношениях чревато ростом нестабильности, эрозией роли коллективных механизмов обеспечения безопасности, в первую очередь Совета Безопасности ООН; оно будет стимулировать приобретение государствами оружия, включая его самые мощные и разрушительные виды⁴².

³⁹ Wedgwood R. *Agora: Future implication of the Iraq conflict: The Fall of Saddam Hussein: Security Council mandates and pre-emptive self-defense*. In: *American Journal of International Law*, vol. 97, July 2003. P. 576-585.

⁴⁰ Gardner R. *Agora: Future implication of the Iraq conflict: Neither Bush nor the "Jurisprudes"*. In: *American Journal of International Law*, vol. 97, July 2003. P. 590.

⁴¹ См.: McWhinney E. *President Bush and the new U.S. National Security Strategy: the continuing relevance of the legal adviser and international law*. In: *Chinese Journal of International Law*, 2002. P. 434-436; Gray C. *The US National Security Strategy and the new "Bush Doctrine" on preemptive self-defense*. In: *Chinese Journal of International Law*, 2002. P. 437-447; Franck T. *Agora: Future implication of the Iraq conflict: What happens now? The United Nations after Iraq*. In: *American Journal of International Law*, vol. 97, July 2003. P. 607-620; Ramirez J. *Iraq war: anticipatory self-defense or unlawful unilateralism?* In: *California Western International Law Journal*, vol. 34, Fall 2003. P. 24-25; Brunnée J., Toope S. *The use of force: international law after Iraq*. In: *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, October 2004, part 4. P. 805.

⁴² См.: Charney J. *The use of force against terrorism and international law*. In: *American Journal of International Law*, vol. 95, October 2001. P. 835-839; Myjer E., White N. *The Twin Towers attack: an unlimited right to self-defence?* In: *Journal of Conflict and Security Law*, Oxford University Press, April 2002; Murswiek D. *The American strategy of pre-*

Примечательно, что в качестве одного из аргументов против «доктрины Буша» во многих публикациях указывается возможность злоупотреблений других стран, которые могли бы последовать примеру США, применяя ее в своих интересах и так, как они ее понимают. При этом чаще других в качестве одного из таких вызывающих опасения государств называется Россия, которая, как утверждается, «с энтузиазмом восприняла «доктрину Буша», как только она была озвучена», и может воспользоваться ею, в частности, для нанесения ударов по базам террористов в Грузии⁴³. Представляется показательной и точка зрения, согласно которой террористические атаки на Нью-Йорк и Вашингтон по своей цели, масштабу и последствиям отличаются от нападений, произошедших в Лондоне, Белфасте, Мадриде и Москве, поскольку последние «были направлены на изменение конкретной политики, а не на разрушение социальной организации»⁴⁴.

Рассмотренное выше разнообразие и даже противоречивость взглядов на момент возникновения права на самооборону, как представляется, объясняется двойственностью стоящей перед международным правом задачи: с одной стороны, максимально ограничить применение силы, исключить злоупотребления под предлогом неминуемой либо потенциальной угрозы, а с другой – обеспечить государствам возможность эффективно защищать себя, не вынуждая их дожидаться нане-

emptive war and international law. In: Finnish Yearbook of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, vol. XIII, 2002. P. 189-190; Heisbourg F. A work in progress: the Bush Doctrine and its consequences. In: The Washington Quarterly, vol. 26, Spring 2003. P. 75-88; Kolb R. Quelques reflexions sur le droit relatif au maintien de la paix au debut du XXIeme siecle. In: African Yearbook of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, vol. 11, 2003. P. 205-206.

⁴³ Robbins C. Endgame: ceasing diplomacy, U.S. nears war. In: Wall Street Journal, 18 March 2003. См. также: Mégret F. War? Legal semantics and the move to violence. Discussion forum “The attack on the World Trade Center: Legal Responses”, 2001, www.ejil.org; Byers M. Terrorism, the use of force and international law after 11 September. In: International and Comparative Law Quarterly, vol. 51, April 2002. P. 401; Gray C. The *US National Security Strategy* and the new “Bush Doctrine” on preemptive self-defense. In: Chinese Journal of International Law, 2002. P. 446; Ikenberry J. America’s imperial ambition. In: Foreign Affairs, 81(5), 2002. P. 44-61; Murswiek D. The American strategy of pre-emptive war and international law. In: Finnish Yearbook of International Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, vol. XIII, 2002. P. 194-196; Hannikainen L. The world after 11 September 2001: is the prohibition of the use of force disintegrating? In: Nordic Cosmopolitanism. Essays in international law for Martti Koskenniemi, ed. by Petman J. and Klabbers J., Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2003. P. 453.

⁴⁴ Reisman W.M. In defense of world public order. In: American Journal of International Law, vol. 95, October 2001. P. 833.

сения непоправимого ущерба или полного уничтожения. Достижение консенсуса по этой проблеме остается маловероятным, однако можно попытаться обозначить некую область наибольшего согласия.

Прежде всего, вне зависимости от позиции по вопросу о допустимости или противоправности упреждающей самообороны почти все авторы сходятся в том, что принципы необходимости и пропорциональности, установившиеся в XIX веке в обычном праве, сохраняют свое действие и поныне (хотя, по мнению некоторых, нуждаются в развитии).

Врядли можно считать, что превентивная самооборона от еще только формирующихся угроз, в том числе террористических, получила широкую поддержку в западной доктрине. Даже в Стратегии национальной безопасности США этот термин прямо не употребляется, а говорится о переосмыслении понятия неминуемой угрозы. Думается, этот терминологический момент важен и для российских подходов к данной проблеме.

Согласно точке зрения большинства, право на самооборону возникает по крайней мере не ранее, чем нападение становится неизбежным и исчезает возможность предотвратить его иными способами (например, когда уже не остается времени потребовать срочного принятия мер Советом Безопасности⁴⁵). Как уже отмечалось, используются разные пути для того, чтобы обосновать право государства действовать, не дожидаясь разрушений и человеческих жертв на его территории: концепция упреждающей самообороны от неминуемой угрозы, установление тех или иных исключений из общего запрета на упреждающую самооборону, «гибкое» толкование момента начала вооруженного нападения и др. Теоретические различия в этих подходах очевидны, однако их роль не следует преувеличивать: главное, что все они предусматривают возможность применения силы в целях самообороны в отрезок времени между моментом, когда исчерпаны другие средства защиты, и моментом нанесения ущерба. Государству, которое захочет воспользоваться такой возможностью, скорее всего, изначально придется принимать соответствующее решение самостоятельно, на свой страх и риск, но затем оно в любом случае должно будет обосновать тем или иным образом перед международным сообществом законность принятых им мер, и если это ему не удастся – может быть объявлено агрессором со всеми вытекающими последствиями.

⁴⁵ См.: Higgins R. Problems and process. International law and how we use it, Oxford, Clarendon Press, 1994. P. 242.