

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: General
9 February 2016
Russian
Original: English

Комиссия международного права**Шестьдесят восьмая сессия**

Женева, 2 мая — 10 июня и 4 июля — 12 августа

2016 года

Выявление международного обычного права**Роль решений национальных судов в прецедентном
праве международных судов и трибуналов
универсального характера для цели выявления
международного обычного права****Меморандум Секретариата****Содержание**

	<i>Стр.</i>
I. Введение	2
II. Пункт 1 статьи 38 Статута Международного Суда	5
III. Постоянная Палата Международного Суда	8
IV. Международный Суд	10
V. Международный трибунал по морскому праву	20
VI. Апелляционный орган Всемирной торговой организации	21
VII. Международный трибунал по бывшей Югославии	22
VIII. Международный трибунал по Руанде	31
IX. Международный уголовный суд	34
X. Замечания общего порядка	35



I. Введение

1. На своей шестьдесят третьей сессии в 2011 году Комиссия международного права постановила включить тему «Формирование и доказательство существования международного обычного права» в свою долгосрочную программу работы¹, а на своей шестьдесят четвертой сессии в 2012 году — в свою текущую программу работы². На шестьдесят пятой сессии в 2013 году Комиссия постановила поменять прежнее название темы на новое — «Идентификация международного обычного права»³. На шестьдесят седьмой сессии Комиссии в 2015 году Председатель Редакционного комитета представил доклад Редакционного комитета «Выявление международного обычного права», содержащий проекты выводов 1–16 [15], принятые в предварительном порядке Редакционным комитетом на шестьдесят шестой и шестьдесят седьмой сессиях Комиссии⁴. Комиссия приняла к сведению эти проекты выводов⁵.

2. На своей шестьдесят седьмой сессии в 2015 году Комиссия дополнительно просила Секретариат подготовить меморандум о роли решений национальных судов в прецедентном праве международных судов и трибуналов универсального характера для цели выявления международного обычного права⁶. Настоящий меморандум подготовлен во исполнение этой просьбы.

3. Предмет настоящего меморандума ограничивается прецедентным правом «международных судов и трибуналов универсального характера». Под «универсальным характером» в данном случае следует понимать не универсальный членский состав согласно учредительным документам соответствующих судебных органов, а тот факт, что конкретный судебный орган открыт для универсального членства и, соответственно, потенциально осуществляет свою юрисдикцию *ratione materiae* на глобальном уровне⁷. Именно на этом основании в настоящий документ включена информация, касающаяся Международного уголовного суда. Региональные суды и трибуналы, напротив, настоящим меморандумом не охватываются. Не рассматриваются в нем и смешанные уголовные суды, учрежденные по договоренности между Организацией Объединенных Наций и каким-либо одним затрагиваемым государством. Международный трибунал по бывшей Югославии и Международный трибунал по Руанде охватываются настоящим меморандумом по той причине, что они были

¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия*, Дополнение № 10 (A/66/10), пункты 365–367. В резолюции 66/98 от 9 декабря 2012 года Генеральная Ассамблея приняла к сведению включение этой темы в долгосрочную программу работы Комиссии.

² Там же, *шестьдесят седьмая сессия*, Дополнение № 10 (A/67/10), пункт 268.

³ Там же, *шестьдесят восьмая сессия*, Дополнение № 10 (A/68/10), пункт 65.

⁴ Документ A/CN.4/L.869. Заявление Председателя Редакционного комитета размещено на веб-сайте Комиссии по адресу <http://legal.un.org/ilc>.

⁵ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семидесятая сессия*, Дополнение № 10 (A/70/10), пункт 60.

⁶ Там же, пункт 61.

⁷ В комментарии к статье 1 проекта статей о представительстве государств в их отношениях с международными организациями Комиссия международного права отметила, что «ответ на вопрос о том, является ли международная организация универсальной по своему характеру, определяется не только фактическим характером ее членского состава, но и потенциальными возможностями для членства в ней и ее потенциальными обязанностями». *Yearbook ... 1971*, vol. II (Part One), стр. 285.

учреждены как вспомогательные органы решениями Совета Безопасности Организации Объединенных Наций, то есть решениями, с которыми все государства-члены договорились соглашаться и которые они договорились выполнять согласно статье 25 Устава Организации Объединенных Наций. На этом основании они считаются «универсальными» для целей настоящего меморандума, несмотря на их компетенцию *ratione temporis*, *ratione loci* и *ratione personae*. Кроме того, постановления арбитражных судов не являются предметом систематического анализа в настоящем меморандуме по причине специального характера таких судов. По этой же причине не анализируются доклады, изданные группами, и решения, вынесенные арбитрами в соответствии с Договоренностью о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, Всемирной торговой организации (ВТО).

4. Термин «национальные суды» используется взаимозаменяемым образом с терминами «внутригосударственные суды» и «внутренние суды», чтобы охватить все судебные органы, выполняющие свои функции в соответствии с внутригосударственным законодательством, независимо от их положения в правовой системе. В настоящем меморандуме рассматривается только роль решений национальных судов в выявлении норм международного обычного права. Международные суды и трибуналы могут ссылаться на такие судебные решения в других контекстах или для других целей, не охватываемых настоящим меморандумом. Как отметила Постоянная Палата Международного Суда, «с точки зрения международного права и Суда, который является его органом, внутригосударственное право — это лишь факты, отражающие волю государств и представляющие собой их деятельность точно так же, как правовые решения и административные меры»⁸. Соответственно, решение, вынесенное внутригосударственным судом, может рассматриваться для того, чтобы прояснить факты, имеющие отношение к спору, по которому оно вынесено⁹, или к тому или иному деянию, предположительно представляющему собой нарушение норм международного права и составляющему предмет спора¹⁰. Решения национальных судов могут также рассматриваться с процедурной точки зрения, как, например, в случае с решениями о приемлемости требований, принятых в порядке осуществления дипломатической защиты после исчерпания

⁸ *Certain German interests in Polish Upper Silesia*, Judgment, 1926, *P.C.I.J. Series A*, No. 7, p. 19.

⁹ См., например, *Interhandel Case (Switzerland v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 1959, p. 6 at p. 27; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1989, p. 15; *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1999, p. 62; *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1999, p. 1045, at p. 1066, para. 33; *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2001, p. 466; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2004, p. 12, at p. 61, para. 127; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, International Court of Justice, Judgment of 3 February 2015, paras. 238, 333 and 343 (по адресу <http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf>).

¹⁰ См., например, *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, Provisional Measure, Order, *I.C.J. Reports* 2003, p. 102; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2012, p. 99, at pp. 113–116, paras. 27–36 and at pp. 145–146, para. 109.

внутренних средств правовой защиты¹¹. Кроме того, решения внутригосударственных судов могут быть важны как практика применения государством того или иного международного договора, о чем говорится в пункте 3(b) статьи 31 Венской конвенции 1969 года о праве международных договоров¹², или же могут рассматриваться как доказательство того, как именно государство толкует свои обязанности по тому или иному международному договору¹³. Решение внутригосударственного суда может также иметь значение для цели выявления общих принципов права¹⁴. Наконец, решения национальных судов могут использоваться, чтобы проиллюстрировать общепринятые принципы права или процедуры, не вдаваясь в вопрос об их ценности для международного права как таковой¹⁵.

5. В настоящем меморандуме рассматриваются только те случаи, когда решения национальных судов прямо упоминаются в решениях международных судов и трибуналов, которые касаются применения норм международного обычного права или в которых упоминается о применении таких норм. Международные суды и трибуналы вполне могут рассматривать решения национальных судов в ходе обсуждений, но впоследствии либо не принимать их во внимание, либо заимствовать содержащуюся в них аргументацию без прямой ссылки на них в окончательном тексте решения. Такое использование решений внутригосударственных судов не поддается количественному анализу. Кроме того, даже в случае прямых ссылок сами такие ссылки, а также их цель следует оценивать с осторожностью и с учетом контекста, в котором было принято решение, и аргументации, на основе которой оно было принято. Соответственно, их следует рассматривать вместе с другими доказательствами, на которые международные суды и трибуналы ссылались по тому же вопросу, включая, например, законодательство, положения международных договоров и научные работы.

6. В настоящем меморандуме сначала рассматриваются подготовительные материалы по пункту 1 статьи 38 Статута Международного Суда (раздел II ниже). После этого анализируются соответствующие решения Постоянной Палаты Международного Суда (раздел III ниже); Международного Суда (раздел IV ниже); Международного трибунала по морскому праву (раздел V ниже); Апел-

¹¹ См. статью 14 статей о дипломатической защите. *Yearbook ... 2006*, vol. II (Part Two), пункт 49. См. также последнее решение, где упоминается этот вопрос: *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 582.

¹² United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, No. 18232, p. 331. См. также комментарий к проекту вывода 6, принятому в предварительном порядке Комиссией по теме «Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров» (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия*, Дополнение № 10 (A/69/10), пункт 76).

¹³ *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Judgment, Case No. IT-98-33-A, A.Ch., 19 April 2004, para. 141; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, at pp. 176–177, para. 100.

¹⁴ См., например, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2003, p. 161, at pp. 354–358 (Separate Opinion by Judge Simma).

¹⁵ См., например, *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 171 (Separate Opinion by Judge Lachs); *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, Judgment, I.C.J. Reports 1993, p. 38, at p. 205 (Separate Opinion by Judge Shahabuddeen), and at p. 220 (Separate opinion by Judge Weeramantry).

ляционного органа, учрежденного в соответствии со статьей 17 Договора о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, Всемирной торговой организации (далее «Апелляционный орган ВТО») (раздел VI ниже); Международного трибунала для судебного преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Югославии с 1991 года (далее «Международный трибунал по бывшей Югославии») (раздел VII ниже); Международного уголовного трибунала для судебного преследования лиц, ответственных за геноцид и другие серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории Руанды, и граждан Руанды, ответственных за геноцид и другие подобные нарушения, совершенные на территории соседних государств, в период с 1 января по 31 декабря 1994 года (далее «Международный трибунал по Руанде») (раздел VIII ниже); и Международного уголовного трибунала (раздел IX ниже). В каждом из этих разделов наиболее актуальные выводы приводятся в виде замечаний или сопроводительных пояснительных примечаний. В последнем разделе (раздел X ниже) содержится ряд замечаний общего характера, вытекающих из всего проведенного анализа.

II. Пункт 1 статьи 38 Статута Международного Суда

7. В настоящем разделе приводится обзор роли решений национальных судов в определении норм международного обычного права в соответствии с положениями пункта 1 статьи 38 Статута Международного Суда. Этот пункт, в котором, как это признается на данном этапе, содержится авторитетное перечисление источников международного права, гласит:

«Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, применяет:

- а) международные конвенции, как общие, так и специальные, устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами;
- б) международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы;
- с) общие принципы права, признанные цивилизованными нациями;
- д) с оговоркой, указанной в статье 59, судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм».

Замечание 1

Решения национальных судов могут представлять собой формы доказательства практики государств или признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*) для цели определения существования и содержания той или иной нормы международного обычного права в соответствии с пунктом 1(b) статьи 38 Статута Международного Суда.

8. Национальные суды — это государственные органы, и, соответственно, их решения имеют значение для определения всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы (*opinio juris*). С точки зрения международного права, все национальные суды и трибуналы — это государственные органы, и поэтому любое судебное решение в принципе может быть актуальным для цели идентификации обычно-правовых норм. Общие ссылки на решения национальных судов — обычная практика для международных судов и трибуналов. Так, в *деле Ноттенбома* Международный Суд в связи с вопросом о том, какие нормы международного обычного права применимы к противопоставимости по отношению к третьим государствам приобретения гражданства путем натурализации в контексте дипломатической защиты, сослался на практику «судов третьих государств..., сталкивавшихся с подобной ситуацией»¹⁶. Кроме того, Международный Суд также сослался на решения национальных судов в *деле о юрисдикционных иммунитетах при оценке как практики государств, так и признания практики в качестве правовой нормы* (*opinio juris*)¹⁷. Апелляционная камера Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии в деле Тадича также сослалась в общем на «национальную судебную практику» как доказательство формирования международного обычного права¹⁸.

Замечание 2

В соответствии с пунктом 1(d) статьи 38 Статута Международного Суда, судебные решения являются вспомогательным средством для определения норм международного обычного права.

Замечание 3

В Статуте Международного Суда не содержится определения термина «судебные решения» и не разъясняется, охватывает ли он решения и национальных и международных судов и трибуналов.

9. В соответствии с пунктом 1(d) статьи 38 Статута Международного Суда, «судебные решения» могут, наряду с другими средствами, использоваться «в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм». Речь идет о нормах, проистекающих из источников, перечисленных в подпунктах (a)-(c), включая международный обычай.

10. За исключением добавленной формулировки «который обязан решать переданные ему споры на основании международного права», текст статьи 38 Статута Международного Суда идентичен тексту соответствующего положения статута его предшественницы, Постоянной Палаты Международного Суда. Проект предложений в отношении этого статута был разработан Консультативным комитетом юристов, созданным Советом Лиги Наций в 1920 году для подготовки доклада об учреждении будущей Постоянной Палаты Международного Суда. Хотя в некоторых проектах предложений, подготовленных на начальном этапе обсуждений, прямо говорилось о решениях международных органов, это

¹⁶ *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala), Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1955*, p. 4, at p. 22 (см. в целом стр. 21–23).

¹⁷ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012*, p. 99, at p. 123, para. 55 (отсылка к практике государств) and at p. 135, para. 77 (отсылка к *opinio juris*).

¹⁸ *Prosecutor v. Duško Tadić, Judgment, Case No. IT-94-1-A, A.Ch., 15 July 1999*, para. 292.

прямое ограничение по неизвестным причинам не нашло отражения в окончательном варианте текста.

11. Итак, в ряде предложений, подготовленных членами созданного в 1920 году Консультативного комитета юристов, было прямо предусмотрено, что речь идет о международных судебных решениях или решениях самой будущей Палаты, и в первоначальном предложении Председателя Консультативного комитета юристов барона Эдуарда Декана прямо говорилось о «международной судебной практике как одном из средств применения и развития права»¹⁹. Г-н Декан также упомянул о международной судебной практике в своем заявлении о нормах права, которые надлежит применять Палате²⁰. В ходе последовавшего за этим обсуждения ряд членов Комитета выразили оговорки в отношении включения в статью 38 упоминания о судебных решениях и доктринах²¹. Что касается результатов обсуждения, то в подготовительных материалах говорится лишь, что «последовало обсуждение между г-ном де Лапраделем, Председателем и лордом Филлимором, и по итогам этого обсуждения пункт 4 был сформулирован следующим образом: “источники в виде судебных решений и доктрин наиболее квалифицированных специалистов из различных стран”»²².

12. Последовавшее обсуждение в Совете Лиги Наций не содержит практически никаких разъяснений в этом отношении. В заявлении соответствующего подкомитета, созданного Третьим комитетом первого Собрания Лиги Наций по предложению Аргентины, отмечается, что упоминание судебных решений в статье 38 имеет целью обеспечить, чтобы судебная практика Палаты вносила вклад в развитие международного права²³. Однако нигде ничего не говорится о том, проводились ли обсуждения, посвященные роли национальных судов.

13. Следует отметить, что в период с конца XIX века по 1945 год, когда был принят Статут Международного Суда, арбитражные суды иногда ссылались на решения национальных судов как на вспомогательное средство для определения норм международного обычного права²⁴.

¹⁹ Permanent Court of International Justice Advisory Committee of Jurists, *Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee: June 16th–July 24th, 1920, with Annexes* (The Hague: Van Langenhuisen Frères, 1920), annex 3, p. 306.

²⁰ *Ibid.*, at p. 322 («Не дать судье возможность использовать имеющуюся международную судебную практику в качестве одного из средств определения международного права значит, по моему мнению, лишить его одного из самых ценных ресурсов»).

²¹ См., например, стр. 334 (где г-н Риччи-Бусатти заявляет, что «неприемлемо ставить их на тот же уровень, что и позитивные нормы права») и приложение 4 на стр. 351 (где содержится предлагаемая поправка, в соответствии с которой «вспомогательные средства» упоминались бы в статье следующим образом: «Палата принимает во внимание судебные решения, вынесенные ею по аналогичным делам, и мнения наиболее квалифицированных специалистов из различных стран в качестве средства для применения и развития права»).

²² *Ibid.*, at p. 337.

²³ League of Nations, “Documents concerning the action taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court”, 1921, p. 211, available at www.icj-cij.org/pcij/serie_D/D_documents_conseil_de_la_societe_des_nations.pdf.

²⁴ Примеры применения арбитражными судами решений национальных судов в качестве вспомогательного средства для определения норм международного обычного права: *Disagreements between the United States and the United Kingdom, relating to the Treaty extending the right of fishing, signed at Washington, 5 June 1854*, UNRIIAA vol. XXVIII,

14. Когда принимался Статут Международного Суда, в Комитете юристов Организации Объединенных Наций, которому было поручено подготовить его проект, было высказано мнение о том, что «было бы сложно подготовить лучший проект за время, отведенное Комитету», и что, поскольку «Палата очень хорошо работала в порядке, предусмотренном статьей 38», «не следует тратить время на подготовку нового проекта»²⁵. За исключением того, что по предложению Чили в статью была добавлена формулировка «который обязан решать переданные ему споры на основании международного права», статья практически не обсуждалась²⁶.

III. Постоянная Палата Международного Суда

Замечание 4

Постоянная Палата Международного Суда в своей судебной практике редко ссылалась на решения национальных судов для цели определения норм международного обычного права.

15. В судебной практике Постоянной Палаты Международного Суда упоминания о решениях национальных судов содержатся лишь в ранних спорных делах («Серия А»). В «Серии В» и «Серии А/В» решения национальных судов не упоминаются ни разу. Поскольку Палата занималась главным образом правом международных договоров, ей редко приходилось иметь дело с вопросами, относящимися к сфере международного обычного права. Этот момент следует

pp. 73–106, at pp. 87–88; *Aroa Mines case, British-Venezuelan Commission*, UNRIAA vol. IX, pp. 402–445, at pp. 413 and 436; *Kummerow, Otto Redler and Co., Fulda, Fischbach, and Friedericy cases, Mixed Claims Commission Germany-Venezuela*, UNRIAA vol. X, pp. 369–402, at p. 397; *American Electric and Manufacturing Company Case (damages to property), Mixed Claims Commission United States-Venezuela*, UNRIAA vol. IX, pp. 145–147, at p. 146; *Jarvis case, Mixed Claims Commission United States-Venezuela*, UNRIAA vol. IX, pp. 208–213, at pp. 212–213; *E. R. Kelley (U.S.A. v. United Mexican States), General Claims Commission (United Mexican States v. United States of America)*, UNRIAA vol. IV, pp. 608–615, at pp. 612–613; *The Diverted Cargoes Case (Greece/United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, UNRIAA vol. XII, pp. 53–81, at p. 79. Особенно примечательным примером в этой связи является дело о плавильном заводе в Трейле, сторонами в котором были Соединенные Штаты и Канада и при рассмотрении которого арбитражный суд столкнулся с относительно беспрецедентным в международном праве вопросом и открыто обсуждал возможность использования судебных решений федеральных штатов в качестве потенциального вспомогательного средства для идентификации международного обычного права ввиду отсутствия решений международных органов по этому вопросу (*Trail Smelter case (United States/Canada)*, UNRIAA vol. III, pp. 1905–1982, at pp. 1963–1964).

²⁵ United Nations Conference on International Organization, “Summary of Seventh Meeting of the United Nations Committee of Jurists”, Doc. G/30, 13 April 1945, in *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, vol. XIV, p. 162, at pp. 170–171.

²⁶ United Nations Conference on International Organization, “Summary Report of Nineteenth Meeting of Committee IV/1”, Doc. 799, IV/1/63, 5 June 1945, in *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, vol. 13, p. 279, at p. 285. Кроме того, Колумбия просила включить в качестве приложения в протокол заседания заявление о том, что в ее понимании источники права, о которых говорится в статье 38, должны применяться в указанном «последовательном порядке» (*ibid.*, at p. 287). См. также United Nations Conference on International Organization, “Summary Report of Fifth Meeting of Committee IV/1”, Doc. 193, IV/1/12, 10 May 1945, in *Documents of the United Nations Conference on International Organization*, vol. 13, p. 162, at p. 164.

принимать во внимание при интерпретации содержания настоящего раздела, поскольку нечастые ссылки на решения внутригосударственных судов могут отражать не их роль в процессе идентификации норм международного обычного права, а скорее тот факт, что Палата редко обращалась к такому праву.

16. Наиболее пристальное внимание решениям внутригосударственных судов было уделено при рассмотрении *дела о судне «Лотус»*²⁷. В качестве одного из аргументов одна из сторон ссылаясь на существование нормы обычного права, согласно которой уголовное преследование в случаях коллизии ведется исключительно в юрисдикции государства флага²⁸. Проводя оценку этого утверждения, Постоянная Палата Международного Суда обратилась к нескольким упомянутым сторонами решениям внутригосударственных судов, но в конечном итоге отказалась признать их актуальность по причине несоответствий между ними. Неясно, рассматривались ли упомянутые решения не только как практика государств и *opinio juris*, но и в качестве вспомогательного средства для определения обычая. Следует отметить, что Палата использовала формулировки двухэлементного подхода, изучив «образ действий» соответствующих государств и вопрос о том, является ли их «концепция нормы» «общепризнанной»²⁹. Тем не менее упоминание Палатой и международных судебных решений и решений внутригосударственных судов может свидетельствовать о том, что она рассматривала последние в качестве вспомогательного средства³⁰. Таким образом, вопрос о том, могут ли решения внутригосударственных судов служить не только формой доказательства элементов обычно-правовых норм, но и вспомогательным средством при определении норм международного права, остался открытым. Палата взяла на вооружение осторожный подход в отношении этого вопроса, констатируя лишь, что «поскольку внутригосударственная судебная практика разнится, она едва ли свидетельствует о наличии ограничительной нормы в этой области в международном праве»³¹. Палата сделала такой вывод, «не останавливаясь на вопросе о значении, которое следует придавать решениям внутригосударственных судов в связи с установлением наличия той или иной нормы международного права»³².

17. О решениях внутригосударственных судов — и как о форме доказательства практики государств или *opinio juris*, и как о вспомогательном средстве — чаще упоминалось в особых и несовпадающих мнениях отдельных судей Постоянной Палаты Международного Суда. Так, в *деле о судне «Лотус»* судья Альтамира в своем несовпадающем мнении сослался на решения внутригосударственных судов как на практику государств³³. Другие судьи, например судья Вайсс и судья Финлэй в *деле о судне «Лотус»*³⁴ и судья Мур в *деле о судне*

²⁷ *Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey), Judgment No. 9 of 7 September 1927, P.C.I.J. Series A No. 10. P.C.I.J. Reports 1928, Series A, No. 10, at pp. 18–19.*

²⁸ *Ibid.*, pp. 28–30.

²⁹ *Ibid.*, p. 29.

³⁰ *Ibid.*, p. 28 («Насколько известно Палате, решений международных трибуналов по этому вопросу не существует; однако были упомянуты несколько решений внутригосударственных судов ...»).

³¹ *Ibid.*, p. 29.

³² *Ibid.*, p. 28.

³³ *Ibid.*, Dissenting Opinion of Judge Altamira, at pp. 96–99.

³⁴ *Ibid.*, p. 47, and Dissenting Opinion of Lord Finlay, at pp. 53–55, and at p. 57

(см., в частности, на стр. 53 и 54: «Дело кажется мне ясным в принципе, но одновременно существует авторитетный источник, указывающий на такой же вывод. В деле о Франкони

«Лотус» и деле о палестинских концессиях Мавромматиса³⁵, ссылались на внутренние решения как на вспомогательное средство для определения обычая. Эти примеры позволяют предположить, что Палата, возможно, рассматривала соответствующие решения национальных судов в процессе обсуждений.

IV. Международный Суд

18. Нормы международного обычного права прямо упоминаются или применяются в 64 из 667 постановлений, решений и консультативных заключений, вынесенных Международным Судом в период с 31 июля 1947 года по 31 декабря 2015 года включительно³⁶. Это наглядно свидетельствует о том, что,

(*R. v. Keyn*, 1877, 2 Ex. Div. 63) государственное обвинение утверждало, что суды Англии и Уэльса имеют юрисдикцию для рассмотрения дел о непредумышленном убийстве, на том же основании, которое мы рассматриваем сейчас. ... Разумеется, решение было принято на основе тогдашнего толкования норм международного права судами Англии и Уэльса, но тем не менее они применяли именно международное право. Это решение не имеет обязательной силы для настоящей Палаты, однако должно рассматриваться как имеющее большой вес и не может быть проигнорировано как имеющее отношение к вопросу, актуальному лишь в контексте английского внутригосударственного права»).

³⁵ *Ibid.*, Dissenting Opinion of Judge Moore, at pp. 68–69, at pp., 71–83, and at pp., 85–89 (см., в частности, на стр. 74: «...международные трибуналы — как постоянные, так и временные, — рассматривающие дела, сторонами в которых выступают независимые государства, не должны считать решения, принятые судами одного из государств и касающиеся вопросов международного права, обязательными для других государств, а должны, надлежащим образом учитывая такие решения как судебно-правовую позицию той или иной страны, использовать их как руководство только в той мере, в какой можно установить их согласованность с нормами международного права как общего для всех стран права»); *Mavrommatis Palestine Concessions*, Judgment, 1924, *P.C.I.J. Series A*, No. 2, 1924, Dissenting Opinion of Judge Moore, at p. 57.

³⁶ *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1949, p. 4, at p. 22, and at p. 28; *Colombian-Peruvian asylum case (Colombia/Peru)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1950, p. 266, at p. 274, and at pp. 276–278; *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1951, p. 15, at pp. 23–24; *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1951, p. 116, at p. 131, and at p. 139; *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, Preliminary Objection, Judgment, *I.C.J. Reports* 1953, p. 111, at pp. 119–120; *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Italy v. France, United Kingdom and United States)*, Preliminary Question, Judgment, *I.C.J. Reports* 1954, p. 19, at p. 32; *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, Second Phase, Judgment, *I.C.J. Reports* 1955, p. 4, at pp. 21–22; *Interhandel Case (Switzerland v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports* 1959, p. 6, at p. 27; *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India)*, Merits, Judgment, *I.C.J. Reports* 1960, p. 6, at p. 39, and at pp. 43–44; *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1969, p. 3, at pp. 28–46, paras. 37–82; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application: 1962) (Belgium v. Spain)*, Second Phase, Judgment, *I.C.J. Reports* 1970, p. 3, at p. 46, paras. 87–88; *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1971, p. 16, at p. 31, paras. 52–53, at pp. 46–47, para. 94, and at pp. 47–48, paras. 96–97; *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. Iceland)*, Merits, Judgment, *I.C.J. Reports* 1974, p. 175, at pp. 191–198, paras. 41–60; *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland)*, Merits, Judgment, *I.C.J. Reports* 1974, p. 3, at pp. 22–29, paras. 49–68; *Western Sahara*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1975, p. 12, at pp. 31–33, paras. 54–65; *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Judgment, *I.C.J.*

Reports 1980, p. 3, at p. 24, para. 45, at p. 31, para. 62, and at p. 40, para. 86; *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 18, at pp. 45–49, paras. 42–48; *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1948, p. 246, at pp. 289–295, paras. 79–96, and at pp. 297–300, paras. 106–114; *Continental shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)*, Judgment, I.C.J. Reports 1985, p. 13, at pp. 29–34, paras. 26–34, at pp. 38–40, paras. 45–48, and at pp. 55–56, para. 77; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 27, para. 34, at pp. 92–115, paras. 172–220, at p. 126, paras. 245–247, and at p. 133, paras. 263–265; *Frontier Dispute (Burkina Faso/Mali)*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 554, at pp. 564–568, paras. 19–30; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1988, p. 12, at pp. 34–35, para. 57; *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15, at pp. 42–43, paras. 50–51, and at pp. 66–67, para. 111; *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v. Senegal)*, Judgment, I.C.J. Reports 1991, p. 53, at pp. 68–70, paras. 46–48; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras, Nicaragua intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 1992, p. 351, at pp. 386–388, paras. 41–46; *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, Judgment, I.C.J. Reports 1993, p. 38, at pp. 58–59, paras. 46–48, and at pp. 62–63, paras. 55–56; *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 6, at pp. 21–22, para. 41; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility*, Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 112, at pp. 125–126, para. 40; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 6, at p. 18, para. 33; *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 90, at p. 102, para. 29; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 240, para. 26, at p. 245, paras. 41–42, at p. 247, para. 52, and at pp. 253–263, paras. 64–97; *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1996, p. 803, at p. 812, para. 23; *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p. 39, para. 46, at pp. 40–41, para. 51, at pp. 64–65, para. 104, at pp. 66–67, paras. 109–110, at pp. 71–72, para. 123, and at p. 81, para. 152; *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999, p. 62, at pp. 87–88, para. 62; *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999, p. 1029, at p. 1059, para. 18; *Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Qatar v. Bahrain)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 40, at p. 91, para. 167, at p. 94, paras. 174–176, at p. 97, para. 185, at pp. 100–101, para. 201, at pp. 101–102, para. 205, and at p. 111, para. 229; *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 466, at pp. 501–502, paras. 99–101; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at pp. 20–25, paras. 51–59; *Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 303, at p. 429, paras. 263–264; *Sovereignty over Pulau Ligitan and Pulau Sipadan (Indonesia/Malaysia)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 625, at pp. 645–646, para. 37; *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, Provisional Measure, Order, I.C.J. Reports 2003, p. 102, at p. 111, para. 36; *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2003, p. 161, at pp. 182–183, paras. 41–43, at pp. 186–187, para. 51, at pp. 196–197, para. 74, and at p. 198, para. 76; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 12, at p. 48, para. 83, and at p. 59, paras. 119–120; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, at p. 167, para. 78, at pp. 171–172, paras. 86–89, at p. 174, para. 94, at p. 182, para. 117, at pp. 194–195, para. 140, at pp. 197–198, paras. 150–152, and at p. 199, paras. 156–157; *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 90, at pp. 108–110, paras. 23–27, and at p. 120, paras. 45–47; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168,

тогда как предшественник Суда — Постоянная Палата — рассматривал нормы международного обычного права сравнительно редко, Суд с течением времени рассматривал и применял их все чаще.

Замечание 5

При выявлении норм международного обычного права Международный Суд время от времени ссылался на решения национальных судов как на формы доказательства практики государств либо — реже — признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*).

at pp. 226–227, paras. 162–164, at pp. 229–230, para. 172, at p. 242, paras. 213–214, at p. 243, para. 217, at p. 244, para. 219, at p. 251, para. 244, at p. 256, para. 257, at p. 257, para. 259, and at pp. 275–276, paras. 329 and 333; *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application : 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, *Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 2006, p. 6, at p. 27, para. 46, at pp. 31–33, paras. 64–70, at p. 35, para. 78, and at pp. 51–52, para. 125; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2007, p. 43, at pp. 202–205, paras. 385–395, and at pp. 207–211, paras. 398–407, and at p. 217, paras. 419–420, and at pp. 232–234, paras. 459–462; *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 2007, p. 582, at p. 599, paras. 39 and 42, at p. 606, para. 64, and at pp. 614–616, paras. 86–94; *Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v. Honduras)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2007, p. 659, at p. 706, paras. 151–154; *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2008, p. 177, at p. 219, para. 112, at p. 232, para. 153, and at p. 238, para. 174; *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2009, p. 213, at p. 237, para. 47, and at pp. 265–266, paras. 140–144; *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2010, p. 14, at p. 46, paras. 64–65, at p. 55, para. 101, at p. 60, para. 121, at p. 67, para. 145, and at p. 83, para. 204; *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 2010, p. 403, at pp. 436–439, paras. 79–84; *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*, *Preliminary Objections, Judgment*, I.C.J. Reports 2011, p. 70, at p. 125, paras. 131 and 133; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 120, para. 50, at pp. 122–135, paras. 54–79, at pp. 136–139, paras. 83–91, at pp. 140–142, paras. 92–97, at pp. 146–148, paras. 113–118, and at p. 153, para. 137; *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, *Compensation, Judgment*, I.C.J. Reports 2012, p. 324, at p. 331, para. 13; *Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2012, p. 422, at p. 445, para. 54, at p. 456, para. 97, at p. 457, para. 99, at p. 460, para. 113, and at p. 461, para. 121; *Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2012, p. 624, at p. 645, para. 37, at p. 666, paras. 114–118, at pp. 673–674, paras. 137–139, at p. 690, para. 177, at p. 693, para. 182, and at p. 707, para. 227; *Frontier Dispute (Burkina Faso/Niger)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2013, p. 44, at pp. 73–74, paras. 62–63; *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*; *Certain Activities Carried Out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Provisional Measures*, I.C.J. Reports 2013, p. 398, at pp. 403–404, para. 19; *Maritime Dispute (Peru v. Chile)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2014, p. 3, at p. 28, para. 57, at pp. 45–47, paras. 112–117, and at p. 65, para. 179; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, *Judgment of 3 February 2015*, available at <http://www.icj-cij.org/>, paras. 87–88, 95, 98, 104–105, 115, 128–129, and 138; *Certain Activities carried out by Nicaragua in the Border Area (Costa Rica v. Nicaragua) - Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*, *Judgment of 16 December 2015*, available at <http://www.icj-cij.org/>, paras. 101, 104, 106, 118, 153, 157, 168 and 174.

Замечание 6

В тех случаях, когда Международный Суд ссылался на решения национальных судов как на доказательство существования практики государств либо признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*), наряду с этими ссылками одновременно приводились другие формы доказательств существования соответствующей нормы международного обычного права, такие как законодательные акты или положения международных договоров.

19. О решениях внутригосударственных судов упоминается в 13 из 64 решений, в которых Международный Суд рассматривает или применяет нормы международного обычного права³⁷. В 10 из этих решений такие упоминания не связаны с выявлением норм международного обычного права³⁸. В остальных трех случаях решения национальных судов рассматриваются как форма доказательства практики государств или признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*)³⁹.

20. Впервые ссылка на решения национальных судов используется Международным Судом как форма доказательства признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*) в *деле Ноттебома*, без указания конкретных решений и в контексте рассмотрения практики и *opinio juris* в целом. В этом деле, которое касалось условий для предоставления дипломатической защиты, Суд должен был определить, какие нормы международного обычного права применяются к противопоставимости по отношению к третьим государствам приобретения гражданства путем натурализации. При этом Суд рассмотрел практику «судов третьих государств» и констатировал, что эта и другие формы практики государств (например, внутригосударственное законодательство) являются «отра-

³⁷ *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, Judgment, I.C.J. Reports 1951, p. 116, at p. 134; *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1955, p. 4, at p. 22; *Interhandel Case (Switzerland v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1959, p. 6, at p. 18; *Elettronica S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, Judgment, I.C.J. Reports 1989, p. 15; *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999, p. 62; *Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1999, p. 1029, at p. 1066, para. 33; *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2001, p. 466, at p. 476, paras. 18-19; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at pp. 23-24, paras. 56-58; *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, Provisional Measure, Order, I.C.J. Reports 2003, p. 102; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 12, at p. 61, para. 127; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, at pp. 176-177, para. 100; *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p. 404, at p. 425, para. 55; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at pp. 122-148, paras. 55-120.

³⁸ См. пункт 4 выше.

³⁹ *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1955, p. 4, at p. 22; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at pp. 23-24, paras. 56-58; *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 123, para. 55, at p. 127, para. 64, at p. 131, para. 71, at pp. 131-134, paras. 72-77, at pp. 131-134, paras. 72-77, and at p. 148, para. 118.

жающими мнение этих государств»⁴⁰. Аналогичное упоминание содержится также в более недавнем *деле о юрисдикционных иммунитетах государств*, в котором Суд для установления наличия *opinio juris* сослался на «судебную практику ряда национальных судов»⁴¹.

21. В двух делах ссылки на решения национальных судов были сделаны в целях оценки практики государств. В *деле об ордере на арест* Международный Суд, рассматривая вопрос о том, возникает ли возможность исключения из иммунитета в случае военных преступлений и преступлений против человечности, сослался на аргументы сторон, основанные на решениях судов Соединенного Королевства и Франции, и после этого заявил:

«Суд внимательно изучил практику государств, включая национальное законодательство и немногочисленные решения национальных верховных судов, таких как Палата лордов и французский Кассационный суд. Суд не смог вывести на основании этой практики какую-либо действующую норму международного обычного права, предусматривающую исключение из правила предоставления иммунитета от уголовной юрисдикции и неприкосновенности действующим министрам иностранных дел, когда они подозреваются в совершении военных преступлений или преступлений против человечности»⁴².

Следует обратить особое внимание на то, что в этом случае Суд сослался на решения «верховных судов государств» как на практику государств.

22. В *деле о юрисдикционных иммунитетах* перед Международным Судом стояла задача определить, появились ли в качестве нормы международного обычного права определенного рода исключения из иммунитета государств. В этой связи Суд первым делом отметил актуальность решений национальных судов:

«В данном случае источниками особо значимой практики государств являются решения национальных судов, рассматривавших вопрос о наличии иммунитета у иностранного государства, законодательство тех государств, которые ввели в действие положения об иммунитете, заявления об иммунитете, представляемые государствами в иностранные суды, и заявления, сделанные государствами, сначала в ходе активного изучения этого предмета Комиссией международного права, а затем в контексте принятия соответствующей конвенции Организации Объединенных Наций»⁴³.

После этого Суд упомянул о нескольких решениях национальных судов в качестве источника практики государств, касающейся изъятия по месту совершения деяния деликта⁴⁴, иммунитета в отношении действий вооруженных сил⁴⁵ и пред-

⁴⁰ *Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala)*, Second Phase, *Judgment*, I.C.J. Reports 1955, p. 4, at p. 22.

⁴¹ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 135, para. 77.

⁴² *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at pp. 23–24, paras. 56–58.

⁴³ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at p. 123, para. 55.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 127, para. 64.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 131–134, paras. 72–77.

полагаемого изъятия из иммунитета в случае грубого нарушения права вооруженных конфликтов⁴⁶.

Замечание 7

В судебной практике Международного Суда решения национальных судов представляют собой особо значимую форму доказательства существования норм международного обычного права в тех отраслях права, которые тесно связаны с внутригосударственным законодательством или в которых осуществление обеспечивается национальными судами.

23. Во всех трех упомянутых решениях Международного Суда ссылки на решения национальных судов как на практику государств были особенно важны в плане определения норм обычного международного права в силу того, в какой именно отрасли права выявлялась соответствующая норма; так, вопросы гражданства регулируются прежде всего положениями внутригосударственного законодательства, а иммунитет государств и их должностных лиц от судебного преследования — это норма международного права, осуществление которой по определению обеспечивается национальными судами. Этот момент проиллюстрировал судья Кит в своем особом мнении в *деле о юрисдикционных иммунитетах*:

«Я, разумеется, признаю, что для Суда и его предшественника нетипично ссылаться на решения национальных судов. Однако, как явствует из решения по настоящему делу, Суд по веским причинам отводит этим решениям важную роль. В рассматриваемой области права именно эти решения, а также реакция соответствующего иностранного государства — или же отсутствие такой реакции — представляют собой многочисленные примеры практики государств»⁴⁷.

Замечание 8

Международный Суд ни разу прямо не исключал возможность того, что решения национальных судов могут представлять собой «судебные решения» по смыслу пункта 1(d) статьи 38 его Статута.

Замечание 9

Международный Суд ни разу прямо не ссылаясь на решения национальных судов как на вспомогательное средство для определения норм обычного международного права по смыслу пункта 1(d) статьи 38 его Статута.

24. Международный Суд ни разу не высказывался абстрактно по вопросу о том, исключаются ли решения внутригосударственных судов из понятия «судебные решения», содержащегося в пункте 1(d) статьи 38 его Статута. В своем консультативном заключении относительно применимости обязательства приступить к процедуре арбитража в соответствии с разделом 21 Соглашения по вопросу о месторасположении Центральных учреждений Организации Объединенных Наций от 26 июня 1947 года Суд подтвердил «основополагающий принцип международного права, согласно которому нормы международного

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 136–138, paras. 83–88.

⁴⁷ *Ibid.*, pp. 162–164, para. 4 (Separate Opinion of Judge Keith).

права имеют преимущественную силу перед национальными законами», сославшись на «судебные решения» как на вспомогательное средство, но затем упомянул лишь об одном решении международного арбитражного суда и одном решении своего предшественника, но не на решения национальных судов⁴⁸. В отсутствие четкого заявления Суда в отношении того, почему он не привел какие-либо решения внутригосударственных судов в качестве обоснования сделанного им вывода, нет оснований считать, что решения национальных судов полностью исключаются из сферы действия пункта 1(d) статьи 38 его Статута, особенно с учетом того, что отдельные судьи иногда упоминают о внутригосударственных судах.

25. Международный Суд прямо не ссыался на решения национальных судов как на вспомогательное средство для цели идентификации норм международного обычного права по смыслу пункта 1(d) статьи 38 его Статута ни в одном из его 64 решений, в которых рассматриваются или применяются нормы международного обычного права. При этом следует учитывать, что Суд вообще редко ссыался на какие-либо вспомогательные средства, за исключением собственных решений, решений его предшественника и арбитражных решений⁴⁹.

26. Вместе с тем следует отметить, что в *деле о юрисдикционных иммунитетах* Международный Суд в одном пассаже, как представляется, упомянул о решениях национальных судов как об одном из вспомогательных средств идентификации норм международного права наряду с решениями Европейского суда по правам человека. В отношении вопроса о том, не препятствуют ли императивные (*jus cogens*) нормы гуманитарного права применению норм, касающихся иммунитета государств, Суд констатировал, что коллизии между *jus cogens* и иммунитетом государств не существует, поскольку процессуальные нормы, касающиеся иммунитета, не имеют отношения к вопросу о правомерности деяний, и, кроме того, статус *jus cogens* не наделяет суд юрисдикцией в тех случаях, когда у него такой юрисдикции нет⁵⁰. После этого Суд подтвердил собственное толкование, сославшись на ряд решений внутригосударственных судов, а также Европейского суда по правам человека⁵¹. Однако неочевидно,

⁴⁸ *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1988, p. 12, at pp. 34–35, para. 57.

⁴⁹ См., в частности, *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua (intervening))*, I.C.J. Reports 1992, pp. 593–594, para. 394; *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, at p. 179, para. 109; *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 47, *inter alia* at p. 92, para. 119; *ibid.*, at p. 121, para. 188; *ibid.*, at p. 126, para. 198; *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore)*, I.C.J. Reports 2008, pp. 69 and 93, paras. 176 and 263; *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639, at p. 663, para. 66; *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Compensation, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 324, at p. 331, para. 13.

⁵⁰ *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, pp. 140–141, paras. 92–95.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 141–142, para. 96 («Кроме того, этот аргумент о превалировании *jus cogens* над нормами, регулирующими иммунитет государств, был признан несостоятельным национальными судами Соединенного Королевства (*Jones v. Saudi Arabia*, House of Lords, [2007] 1 AC 270 ; ILR, Vol. 129, p. 629), Канады (*Bouzari v. Islamic Republic of Iran*, Court of

сослался ли Суд на эти решения как на вспомогательное средство или как на практику государств. Последующее упоминание о законодательстве как практике государств, а также замечание о том, что определенное толкование применяют только итальянские суды, позволяют предположить, что эти случаи также использовались Судом при определении норм международного обычного права в качестве формы практики государств, а не в качестве вспомогательного средства.

27. Таким образом, хотя такая возможность ни разу не исключалась в принципе, четкого прецедента применения прямых ссылок на решения национальных судов в качестве вспомогательного средства для определения норм международного обычного права в соответствии с пунктом 1(d) статьи 38 Статута Суда в судебной практике Суда нет.

Замечание 10

В особых мнениях судей Международного Суда иногда содержатся ссылки на решения национальных судов и как на практику государств, и как на вспомогательное средство для цели определения норм обычного международного права.

28. Ссылки на решения национальных судов содержатся в особых мнениях судей в 20 из 64 решений, в которых Международный Суд рассматривает или применяет нормы международного обычного права⁵². В некоторых случаях та-

Appeal of Ontario, *DLR*, 4th Series, Vol. 243, p. 406; *ILR*, Vol. 128, p. 586), Польши (Natoniewski, Supreme Court, *Polish Yearbook of International Law*, Vol. XXX, 2010, p. 299), Словении (case No. Up-13/99, Constitutional Court of Slovenia), Новой Зеландии (*Fang v. Jiang*, High Court, [2007] *NZAR*, p. 420; *ILR*, Vol. 141, p. 702) и Греции (*Margellos*, Special Supreme Court, *ILR*, Vol. 129, p. 525), а также Европейским судом по правам человека в делах “*Al-Adsani v. United Kingdom*” и “*Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*” (которые рассматриваются в пункте 90 выше) после тщательного изучения. Суд не считает, что в решении французского Кассационного суда от 9 марта 2011 года по делу “*La Réunion aérienne v. Libyan Arab Jamahiriya*” (case No. 09-14743, 9 March 2011, Bull. civ., March 2011, No. 49, p. 49) поддерживается иной вывод. Кассационный суд в этом случае заявил лишь, что даже если норма *jus cogens* может представлять собой легитимное ограничение иммунитета государства, такое ограничение не может быть обосновано фактами рассматриваемого дела. Из этого следует, что решения итальянских судов, являющиеся объектом настоящего разбирательства, — это единственные решения национальных судов, опирающиеся на доводы, которые лежат в основе рассматриваемой части второго аргумента Италии. Кроме того, ни одно из положений национального законодательства об иммунитете государств, рассмотренных в пунктах 70 и 71 выше, не предусматривает ограничения иммунитета государств в случаях предполагаемого нарушения норм *jus cogens*».

⁵² *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1951, p. 116, at pp. 160–161 (Dissenting Opinion of Sir Arnold Mc Nair); *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1969, p. 3, at p. 107 (Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun); *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1980, p. 3, at p. 63 (Dissenting Opinion of Judge Tarazi); *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1982, p. 18, at p. 175, para. 31 (Dissenting Opinion of Judge Oda); *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 1986, p. 14, at p. 171 (Separate Opinion of Judge Lachs); *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports* 1988, p. 12, at p. 60 (Separate Opinion of Judge Shahabuddeen); *Maritime Delimitation in the Area between*

кие ссылки не имеют отношение к вопросу, рассматриваемому в настоящем меморандуме⁵³, однако в ряде случаев такие решения упоминаются именно как доказательство практики государств или как вспомогательное средство для определения норм международного обычного права.

29. Примеры использования решений национальных судов в качестве доказательства существования практики государств содержатся в особых мнениях, которые прилагаются к решениям по делам об ордере на арест и о юрисдикционных иммунитетах и в которых судьи, как и Международный Суд, ссылаются на эти решения как на практику государств⁵⁴. Вместе с тем в некоторых случа-

Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway), Judgment, I.C.J. Reports 1993, p. 38, at p. 205 (Separate Opinion of Judge Shahabuddeen) and at p. 220 (Separate Opinion of Judge Weeramantry); *East Timor (Portugal v. Australia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1995, p. 90, at pp. 211–212 (Dissenting Opinion of Judge Weeramantry); *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 292 (Separate Opinion of Judge Guillaume), at pp. 400–402 (Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen), and at pp. 439 and 486 (Dissenting Opinion of Judge Weeramantry); *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999, p. 62, at p. 94 (Separate Opinion of Vice-President Weeramantry at p. 92); *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I.C.J. Reports 2002, p. 3, at pp. 40–42 (Separate Opinion of President Guillaume), at pp. 69–70 and pp. 88–89 (Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal), at p. 125 (Separate Opinion of Judge *ad hoc* Bula Bula), and at pp. 140, 144, 155–156, 161, 165–166, 171–172 (Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* Van den Wyngaert); *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, Provisional Measure, Order, I.C.J. Reports 2003, p. 102, at p. 123 (Dissenting Opinion by Judge *Ad Hoc* De Cara); *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2003, p. 161, at pp. 354–358 (Separate Opinion of Judge Simma); *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I.C.J. Reports 2004, p. 12, at p. 110 (Separate Opinion of Judge *ad hoc* Sepúlveda); *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, at p. 229 (Separate Opinion of Judge Kooijmans) and at p. 236 (Separate Opinion of Judge Al-Khasawneh); *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6, at p. 88 (Separate Opinion of Judge *ad hoc* Dugard); *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43, at p. 391 (Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* Mahiou); *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 214, at p. 293 (Declaration of Judge *ad hoc* Guillaume); *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, at p. 474 (Dissenting Opinion of Judge Koroma) and at pp. 623–624 (Separate Opinion of Judge Yusuf); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at pp. 162–164, at p. 171 (Separate Opinion of Judge Keith), at pp. 215 and 234 (Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade), at p. 304 (Dissenting Opinion of Judge Yusuf), and at pp. 313–321 (Dissenting Opinion of Judge *Ad Hoc* Gaja).

⁵³ См. пункт 4 выше.

⁵⁴ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, at pp. 40–42 (Separate Opinion of President Guillaume), at pp. 69–70 and pp. 88–89 (Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal), at p. 125 (Separate Opinion of Judge *ad hoc* Bula Bula), and at pp. 140, 144, 155–156, 161, 165–166, 171–172 (Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* Van den Wyngaert); *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99, at pp. 162–164, at p. 171 (Separate Opinion of Judge Keith), at pp. 215 and 234 (Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade), at p. 304 (Dissenting Opinion of Judge Yusuf), and at pp. 313–321 (Dissenting Opinion of Judge *Ad Hoc* Gaja).

ях ряд судей использовали дела, рассмотренные национальными судами, чтобы проиллюстрировать практику государств, даже тогда, когда сам Суд прямо не делал этого. Так, судья Ода в своем несовпадающем мнении по делу о континентальном шельфе сослался на внутреннее арбитражное разбирательство, чтобы разъяснить практику Соединенного Королевства⁵⁵, а вице-Председатель Виранантри в своем консультативном мнении по делу о споре, касающемся судебной-процессуального иммунитета Специального докладчика Комиссии по правам человека, сослался на судебную практику внутригосударственных судов как на практику государств в вопросе об иммунитете⁵⁶. Эти примеры позволяют предположить, что хотя сам Суд не ссылается напрямую на внутригосударственные дела, он, возможно, рассматривал их в ходе обсуждений.

30. Отдельные судьи также напрямую ссылались на решения национальных судов как на вспомогательное средство идентификации норм права, включая международное обычное право⁵⁷. О том, что решения внутригосударственных судов значимы для определения норм международного обычного права по смыслу пункта 1(d) статьи 38 Статута Международного Суда, прямо говорится в несовпадающем мнении судьи Шахабуддина, которое прилагается к консультативному заключению относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения и в котором он отмечает, что единственным прецедентом в данном вопросе является одно из решений Токийского окружного суда и что «не будучи, естественно, обязательным, но являясь судебным решением, оно подпадает под действие пункта 1(d) статьи 38 Статута Суда; оно может быть принято к рассмотрению»⁵⁸. Кроме того, хотя об этом решении Токийского окружного суда в самом консультативном заключении Суда ничего не говорится, судья Гийом и судья Виранантри также упоминают нем в своих особых мнениях⁵⁹.

⁵⁵ *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 18, at p. 175 (Dissenting Opinion of Judge Oda).

⁵⁶ *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1999, p. 62, at p. 94 (Separate Opinion of Vice-President Weeramantry at p. 92).

⁵⁷ См., например, *Fisheries Case (United Kingdom v. Norway)*, Judgment, I.C.J. Reports 1951, p. 116, at pp. 160–161 (Dissenting Opinion of Sir Arnold Nair); *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)*, Judgment, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at p. 107 (Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun); and *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)*, Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 3, at p. 63 (Dissenting Opinion of Judge Tarazi).

⁵⁸ По его мнению, Суд должен был объяснить, почему он отошел от содержащихся в указанном решении выводов. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at pp. 400–401 (Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen); *Certain Criminal Proceedings in France (Republic of the Congo v. France)*, Provisional Measure, Order, I.C.J. Reports 2003, p. 102, at p. 123 (Dissenting Opinion of Judge Ad Hoc De Cara); *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 2006, p. 6, at p. 88 (Separate Opinion of Judge ad hoc Dugard); *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, at p. 474 (Dissenting Opinion of Judge Koroma) and at pp. 623–624 (Separate Opinion of Judge Yusuf).

⁵⁹ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, at p. 292 (Separate Opinion of Judge Guillaume) and p. 439 (Dissenting Opinion of Judge Weeramantry).

V. Международный трибунал по морскому праву

Замечание 11

Международный трибунал по морскому праву не ссылался на решения национальных судов при определении норм международного обычного права.

31. О нормах международного обычного права упоминается в четырех из 80 распоряжений, решений и консультативных заключений, вынесенных Международным трибуналом по морскому праву в период с 13 ноября 1997 года по 31 декабря 2015 года⁶⁰.

32. Международный трибунал по морскому праву конкретно рассмотрел статью 38 Статута Международного Суда, ссылки на которую содержатся в пункте 1 статьи 74 и пункте 1 статьи 83 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, для цели определения норм международного обычного права, касающихся делимитации морских пространств, в *деле о Бенгальском заливе*. Трибунал счел, что в пункте (1)(d) статьи 38 речь идет о решениях международных судов и трибуналов и ничего не упомянул о национальных судах⁶¹. Однако это утверждение было сделано с конкретной целью обосновать использование Трибуналом одного конкретного арбитражного решения, а не для того, чтобы сформулировать общую позицию о возможности использования решений национальных судов⁶².

33. В целом, ссылок на решения национальных судов, которые было бы сделано с целью определить нормы международного обычного права, найдено не было.

⁶⁰ *MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 3 December 2001, *International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) Reports 2001*, p. 95, at p. 12, para. 81; *Land Reclamation in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore)*, Provisional Measures, Order of 8 October 2003, *ITLOS Reports 2003*, p. 10, at p. 25, para. 92; “*Tomimaru*” (*Japan v. Russian Federation*), Prompt Release, Judgment, *ITLOS Reports 2005–2007*, p. 74, at p. 94, para. 63; *Responsibilities and obligations of States with respect to activities in the Area*, Advisory Opinion, *ITLOS Reports 2011*, p. 10, at p. 28, para. 57, at p. 47, para. 135, at p. 50, para. 145, at p. 51, paras. 147 and 148, at p. 56, para. 169, at p. 58, para. 178, at p. 60, paras. 182 and 183, at p. 62, para. 194, at pp. 65–66, paras. 209, 210 and 211, at p. 75, and at p. 77.

⁶¹ *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment, *ITLOS Reports 2012*, p. 4, at p. 61, paras. 183–184 («Решения международных судов и трибуналов, о которых говорится в статье 38 Статута Международного Суда, имеют также особое значение для определения содержания норм права, применимых к делимитации морских пространств, согласно статьям 74 и 83 Конвенции. В этой связи Трибунал согласен с утверждением, содержащимся в арбитражном решении от 11 апреля 2006 года: «В вопросе, который в последние 60 лет претерпел столь значительные изменения, обычное право играет особую роль и, наряду с судебными и арбитражными решениями, помогает определять, какие соображения должны учитываться в рамках любого процесса делимитации» (*Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them*, Decision of 11 April 2006, *RIAA*, Vol. XXVII, p. 147, at pp. 210–211, para. 223).

⁶² *Ibid.*, at p. 61, paras. 183–184.

Замечание 12

В особых мнениях судей Международного трибунала по морскому праву иногда содержатся ссылки на решения национальных судов как на вспомогательное средство для цели определения норм международного права.

34. Судьи Международного трибунала по морскому праву иногда ссылались на решения национальных судов в своих особых и несовпадающих мнениях в связи с идентификацией норм международного обычного права и процедурных норм, касающихся доказательств. Так, чтобы определить «нормы общего международного права» о статусе военного корабля, которому прибрежное государство разрешило войти в свои территориальные воды, судья Рао в своем особом мнении в *деле о корабле «Либертад»* сослался на решение Верховного суда США по делу о шхуне «Иксчейндж», а также на научные работы «по тому же вопросу» как на вспомогательное средство для определения правовых норм⁶³. Судьи также ссылались на решения национальных судов в связи с идентификацией процедурных норм, касающихся доказательств⁶⁴. Эти ссылки свидетельствуют о том, что решения национальных судов использовались — по крайней мере этими судьями — в качестве вспомогательного средства для идентификации трех основных категорий источников международного права согласно подпунктам (а)-(с) пункта 1 статьи 38.

VI. Апелляционный орган Всемирной торговой организации

Замечание 13

Апелляционный орган Всемирной торговой организации не ссылался на решения национальных судов для цели идентификации норм международного обычного права.

35. Нормы международного обычного права упоминаются или применяются в 42 из 139 докладов Апелляционного органа ВТО, изданных в период с 29 апреля 1996 года по 31 декабря 2015 года⁶⁵. В подавляющем большинстве случаев речь шла о применении «норм обычного права, регулирующих толкование международного публичного права», которые, как счел Апелляционный орган, были кодифицированы в Венской конвенции о праве международных

⁶³ “*ARA Libertad*” Case (*Argentina v. Ghana*), *Provisional Measures*, ITLOS Reports 2012, p. 332, Separate opinion of Judge Rao, p. 4, paras. 10–11.

⁶⁴ См. *Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, Judgment, ITLOS Reports 2012, Dissenting Opinion of Judge Lucky, p. 26; *M/V “VIRGINIA G” Case (Panama/Guinea-Bissau)*, Judgment, ITLOS Reports 2014, p. 4, Separate Opinion of Judge Lucky, at p. 17, para. 53, and Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* Correia, at pp. 24–25, para. 20.

⁶⁵ Как отмечается в пункте 3 выше, доклады групп и арбитражей Всемирной торговой организации не рассматриваются для цели настоящего меморандума, поскольку, в отличие от Апелляционного органа, эти группы и арбитражи являются не постоянными органами, а специальными механизмами, создаваемыми по просьбе стороны, обращающейся с жалобой.

договоров⁶⁶. В некоторых случаях речь шла также о добросовестности как «принципе общего международного права»⁶⁷ и об ответственности государств⁶⁸. Ни в одном из этих докладов не содержится ссылок на решения национальных судов в качестве практики государств, доказательства признания правовой нормы (*opinio juris*) или вспомогательного средства для идентификации норм международного обычного права.

VII. Международный трибунал по бывшей Югославии

36. Статья 1 Устава Международного трибунала по бывшей Югославии гласит, что Трибунал полномочен «осуществлять судебное преследование лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права»⁶⁹. Генеральный секретарь в своем докладе об учреждении Трибунала, который впоследствии был полностью одобрен Советом Безопасности, отметил, что Трибунал будет лишь применять те существующие нормы международного гу-

⁶⁶ См. WTO Appellate Body Report, *United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (US — Gasoline)*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996, DSR 1996:I, p. 3, at p. 17; WTO Appellate Body Report, *Japan — Taxes on Alcoholic Beverages (Japan — Alcoholic Beverages II)*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, DSR 1996:I, p. 97, at pp. 10–11; WTO Appellate Body Report, *United States — Countervailing Duties on Certain Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Germany (US — Carbon Steel)*, WT/DS213/AB/R and Corr.1, adopted 19 December 2002, DSR 2002:IX, p. 3779, at p. 23; WTO Appellate Body Report, *United States — Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada (US — Softwood Lumber IV)*, WT/DS257/AB/R, adopted 17 February 2004, DSR 2004:II, p. 571, at p. 22; WTO Appellate Body Report, *United States — Continued Existence and Application of Zeroing Methodology (US — Continued Zeroing)*, WT/DS350/AB/R, adopted 19 February 2009, DSR 2009:III, p. 1291, at pp. 106–107.

⁶⁷ WTO Appellate Body Report, *United States — Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations” (US — FSC)*, WT/DS108/AB/R, adopted 20 March 2000, DSR 2000:III, p. 1619, at p. 56; WTO Appellate Body Report, *United States — Anti-Dumping Measures on Certain Hot-Rolled Steel Products from Japan (US — Hot-Rolled Steel)*, WT/DS184/AB/R, adopted 23 August 2001, DSR 2001:X, p. 4697, at p. 38; WTO Appellate Body Report, *United States — Continued Suspension of Obligations in the EC — Hormones Dispute (US — Continued Suspension)*, WT/DS320/AB/R, adopted 14 November 2008, DSR 2008:X, p. 3507, at p. 117.

⁶⁸ WTO Appellate Body Report, *United States — Transitional Safeguard Measure on Combed Cotton Yarn from Pakistan (US — Cotton Yarn)*, WT/DS192/AB/R, adopted 5 November 2001, DSR 2001:XII, p. 6027, at p. 37; WTO Appellate Body Report, *United States — Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea (US — Line Pipe)*, WT/DS202/AB/R, adopted 8 March 2002, DSR 2002:IV, p. 1403, at p. 82; WTO Appellate Body Report, *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties On Certain Products From China (US — Anti-Dumping and Countervailing Duties (China))*, WT/DS379/AB/R, adopted 25 March 2011, DSR 2011:V, p. 2869, at pp. 119–121.

⁶⁹ 3 мая 1993 года Генеральный секретарь представил Совету Безопасности доклад во исполнение пункта 2 резолюции 808 (1993) Совета Безопасности, посвященный вопросу об учреждении международного трибунала «для судебного преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Югославии с 1991 года» («Доклад Генерального секретаря, представленный во исполнение пункта 2 резолюции 808 (1993) Совета Безопасности», документ S/24704, 3 мая 1993 года). На базе этого доклада 25 мая 1993 года Совет Безопасности, действуя на основании главы VII Устава Организации Объединенных Наций, принял резолюцию 827 (1993) об учреждении Международного трибунала по бывшей Югославии.

манитарного права, которые бесспорно являются частью обычного права, с тем чтобы соблюдался принцип *nullum crimen sine lege* и не возникала проблема участия в конкретных конвенциях по международному гуманитарному праву не всех, а лишь некоторых государств⁷⁰. При рассмотрении дела *Васильевича* Судебная камера подтвердила, что, согласно своему Уставу, Международный трибунал по бывшей Югославии не полномочен определять новые уголовные преступления и что «Трибунал имеет юрисдикцию в отношении любого перечисленного преступления лишь в том случае, если оно было признано преступлением согласно международному обычному праву в момент его предположительного совершения»⁷¹. Таким образом, международное обычное право представляет собой значительный источник норм для Трибунала. Из 81 решения, вынесенного Трибуналом по состоянию на 1 декабря 2015 года, в 49 решениях он ссыался на решения национальных судов для цели определения международного обычного права⁷².

⁷⁰ Там же, пункты 29 и 33. В докладе подчеркивается, что «хотя есть нормы международного обычного права, которые не закреплены в конвенциях, некоторые основополагающие нормы договорного гуманитарного права стали частью обычного международного права»; после этого, в нем указывается, что международные договоры, в которых, как можно бесспорно считать, закреплены нормы международного обычного гуманитарного права, — это Гагская конвенция 1907 года (IV) о законах и обычаях сухопутной войны и Положения, изложенные в приложении к ней от 18 октября 1907 года (Carnegie Endowment for International Peace, “The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907”, James Brown Scott (ed.), (New York, Oxford University Press, 1915), at p. 100); Устав, содержащийся в приложении к Соглашению о судебном преследовании и наказании главных военных преступников европейских стран оси от 8 августа 1945 года (London, 8 August 1945), United Nations, *Treaty Series*, vol. 82, No. 251, p. 279; Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (New York, 9 December 1948), *ibid.*, vol. 78, No. 1021, p. 277; и Женевские конвенции о защите жертв войны (Geneva, 12 August 1949), *ibid.*, vol. 75, Nos. 970–973, pp. 31 *et seq.*

⁷¹ *Prosecutor v. Vasiljević, Judgement, Case No. IT-98-32-T, T.CH. II, 29 November 2002, para. 198. See also: Prosecutor v. Duško Tadić, Opinion and Judgement, Case No. IT-94-1-T, T.CH., 7 May 1997, para. 654; Prosecutor v. Blaškić, Judgement, Case No. IT-95-14-A, A.Ch., 29 July 2004, para. 141.*

⁷² *Prosecutor v. Duško Tadić, Opinion and Judgement, Case No. IT-94-1-T, T.CH., 7 May 1997; Prosecutor v. Delalić et al., Judgement, Case No. IT-96-21-T, T.Ch., 16 November 1998; Prosecutor v. Furundžija, Judgement, Case No. IT-95-17/1-T, T.Ch., 10 December 1998; Prosecutor v. Aleksovski, Judgement, Case No. IT-95-14/1-T, T.Ch., 25 June 1999; Prosecutor v. Duško Tadić, Judgement, Case No. IT-94-1-A, A.Ch., 15 July 1999; Prosecutor v. Jelisić, Judgement, Case No. IT-95-10-T, T.Ch., 14 December 1999; Prosecutor v. Kupreškić et al., Judgement, Case No. IT-95-16-T, T.Ch., 14 January 2000; Prosecutor v. Blaškić, Judgement, Case No. IT-95-14-T, T.Ch., 3 March 2000; Prosecutor v. Delalić et al., Judgement, Case No. IT-96-21-A, A.Ch., 20 February 2001; Prosecutor v. Kunarac et al., Judgement, Case No. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, T.Ch., 22 February 2001; Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Judgement, Case No. IT-95-14/2-T, T.Ch., 26 February 2001; Prosecutor v. Krstić, Judgement, Case No. IT-98-33-T, T.Ch., 2 August 2001; Prosecutor v. Kvočka et al., Judgement, Case No. IT-98-30/1-T, T.Ch., 2 November 2001; Prosecutor v. Krnojelac, Judgement, Case No. IT-97-25-T, T.Ch.II, 15 March 2002; Prosecutor v. Kunarac et al., Judgement, Case No. IT-96-23 and IT-96-23/1-A, A.Ch., 12 June 2002; Prosecutor v. Vasiljević, Judgement, Case No. IT-98-32-T, T.Ch.II, 29 November 2002; Prosecutor v. Naletilić and Martinović, Judgement, Case No. IT-98-34-T, T.Ch., 31 March 2003; Prosecutor v. Stakić, Judgement, Case No. IT-97-24-T, T.Ch.II, 31 July 2003; Prosecutor v. Krnojelac, Judgement, Case No. IT-97-25-A, A.Ch., 17 September 2003; Prosecutor v. Simić et al., Judgement, Case No. IT-95-9-T, T.Ch.II, 17 October 2003; Prosecutor v. Galić, Judgement and Opinion, Case No. IT-98-29-T, T.Ch.I, 5 December 2003; Prosecutor v. Krstić, Judgement,*

Замечание 14

При определении норм международного обычного права Международный трибунал по бывшей Югославии иногда ссыался на решения национальных судов как на форму доказательства существования двух конститутивных элементов международного обычного права, но при этом лишь изредка квалифицировал то или иное решение конкретно как практику государств либо доказательство признания правовой нормы (*opinio juris*).

37. Международный трибунал по бывшей Югославии прямо взял на вооружение двухэлементный подход к идентификации норм международного обычного права и время от времени использовал решения национальных судов как применимые формы доказательства в отношении каждого из элементов. В деле *Хаджихасановича и Кубуры* Судебная камера подчеркнула: «чтобы доказать существование обычно-правовой нормы, необходимо установить наличие двух конститутивных элементов обычая, а именно существование обыкновения (материальный элемент) и убежденность государств в том, что они обязаны следовать этому некодифицированному обыкновению, как если бы оно было нормой позитивного права (психологический элемент)»⁷³. Она добавила в отношении

Case No. IT-98-33-A, A.Ch., 19 April 2004; Prosecutor v. Blaškić, Judgement, Case No. IT-95-14-A, A.Ch., 29 July 2004; Prosecutor v. Kordić and Čerkez, Judgement, Case No. IT-95-14-/2-A, A.Ch., 17 December 2004; Prosecutor v. Blagojević and Jokić, Judgement, Case No. IT-02-60-T, T.Ch.I.A, 17 January 2005; Prosecutor v. Strugar, Judgement, Case No. IT-01-42-T, T.Ch.II, 31 January 2005; Prosecutor v. Halilović, Judgement, Case No. IT-01-48-T, T.Ch.I.A, 16 November 2005; Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura, Judgement, Case No. IT-01-47-T, T.Ch., 15 March 2006; Prosecutor v. Stakić, Judgement, Case No. IT-97-24-A, A.Ch., 22 March 2006; Prosecutor v. Orić, Judgement, Case No. IT-03-68-T, T.Ch.II, 30 June 2006; Prosecutor v. Krajišnik, Judgement, Case No. IT-00-39-T, T.Ch.I, 27 September 2006; Prosecutor v. Galić, Judgement, Case No. IT-98-29-A, A.Ch., 30 November 2006; Prosecutor v. Brđanin, Judgement, Case No. IT-99-36-A, A.Ch., 3 April 2007; Prosecutor v. Halilović, Judgement, Case No. IT-01-48-A, A.Ch., 16 October 2007; Prosecutor v. Bošković and Tarčulovski, Judgement, Case No. IT-04-82-T, T.Ch.II, 10 July 2008; Prosecutor v. Strugar, Judgement, Case No. IT-01-42-A, A.Ch., 17 July 2008; Prosecutor v. Delić, Judgement, Case No. IT-04-83-T, T.Ch.I, 15 September 2008; Prosecutor v. Martić, Judgement, Case No. IT-95-11-A, A.Ch., 8 October 2008; Prosecutor v. Milutinović et al., Judgement, Case No. IT-05-87-T, T.Ch., 26 February 2009; Prosecutor v. Bošković and Tarčulovski, Judgement, Case No. IT-04-82-A, A.Ch., 19 May 2010; Prosecutor v. Popović et al., Judgement, Case No. IT-05-88-T, T.Ch.II, 10 June 2010; Prosecutor v. Đorđević, Public Judgement, Case No. IT-05-87/1-T, T.Ch.II, 23 February 2011; Prosecutor v. Gotovina et al., Judgement, Case No. IT-06-90-T, T.Ch.I, 15 April 2011; Prosecutor v. Perišić, Judgement, Case No. IT-04-81-T, T.Ch.I, 6 September 2011; Prosecutor v. Tolimir, Judgement, Case No. IT-05-88/2-T, T.Ch.II, 12 December 2012; Prosecutor v. Perišić, Judgement, Case No. IT-04-81-A, A.Ch., 28 February 2013; Prosecutor v. Šainović et al. (former Milutinović et al.), Judgement, Case No. IT-05-87-A, A.Ch., 23 January 2014; Prosecutor v. Đorđević, Judgement, Case No. IT-05-87/1-A, A.Ch., 27 January 2014. В настоящем меморандуме рассматриваются лишь те решения, которые были вынесены Судебными камерами и Апелляционной камерой Международного трибунала по бывшей Югославии по существу дела. В нем не рассматриваются решения, вынесенные по делам, в которых были заключены соглашения о признании вины, решения по делам о неуважении к суду и решения о назначении наказания.

⁷³ *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, Case No. IT-01-47-T, T.Ch., 15 March 2006, paras. 255–257, at para. 253. Следует обратить внимание на то, что сначала Судебная камера обратилась к результатам проведенного в 2005 году Международным комитетом Красного Креста исследования, посвященного международному обычному праву (Jean-

судебной практики государств, что «практика государств представляется сильно разрозненной, и, исходя из нее, можно было бы даже предположить, что они не обязаны преследовать военные преступления лишь на основе норм международного гуманитарного права»⁷⁴. Судебная камера далее провела обзор ряда решений национальных судов⁷⁵. В отношении *opinio juris* Судебная камера констатировала, что «учитывая отсутствие обыкновения, можно сделать вывод о том, что большинство государств не считают себя связанными обязательством по международному праву осуществлять судебное преследование и проводить судебные разбирательства в связи с грубыми нарушениями норм международного гуманитарного права лишь на основе международного уголовного права»⁷⁶.

38. В нескольких случаях камеры Международного трибунала по бывшей Югославии прямо квалифицировали решения национальных судов как практику государств⁷⁷. Однако в ряде других случаев камеры не квалифицировали их ни как практику государств, ни как *opinio juris*. Так, в *деле Тадича* одна из судебных камер пояснила, что, наряду с национальным законодательством, положениями международных договоров и Уставом Нюрнбергского трибунала, решения национальных судов составляют «основу международного обычного права, применимого как в отношении личной ответственности, так и в отношении участия в различных формах, описанных в статье 7 Устава»⁷⁸. В некоторых случаях камеры использовали непосредственно национальное законодательство и решения национальных судов для того, чтобы констатировать существование обычно-правовых норм или определить их содержание⁷⁹.

Marie Henckaerts and Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Vol. I, Rules*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005). Поскольку в этом исследовании этот вопрос не затрагивался, Камера решила рассмотреть практику государств и нормы *opinio juris*.

⁷⁴ *Ibid.*, para. 255.

⁷⁵ *Ibid.*, paras. 256–257.

⁷⁶ *Ibid.*, para. 258.

⁷⁷ См., например, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Opinion and Judgement, Case No. IT-94-1-T, T.Ch., 7 May 1997, paras. 665–669; *Prosecutor v. Duško Tadić*, Judgement, Case No. IT-94-1-A, A.Ch., 15 July 1999, para. 94; *Prosecutor v. Jelisić*, Judgement, Case No. IT-95-10-T, T.Ch., 14 December 1999, para. 61; *Prosecutor v. Halilović*, Judgement, Case No. IT-01-48-T, T.Ch.I.A, 16 November 2005, paras. 82–83 (где Камера впервые рассмотрела «судебную практику в период после Второй мировой войны» в контексте предотвращения совершения преступлений командирами, после чего обратилась к вопросам о кодификации норм, касающихся ответственности командования, и о существовании обязанности предотвращать, комментариям Международного комитета Красного Креста к Дополнительному протоколу I и судебной практике самого Международного трибунала по бывшей Югославии) and para. 91; *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, Judgement, Case No. IT-01-47-T, T.Ch., 15 March 2006, para. 255; *Prosecutor v. Milutinović et al.*, Judgement, Case No. IT-05-87-T, T.Ch., 26 February 2009, para. 197, footnote 356; *Prosecutor v. Šainović et al. (former Milutinović et al.)*, Judgement, Case No. IT-05-87-A, A.Ch., 23 January 2014, paras. 1622–1646.

⁷⁸ *Prosecutor v. Duško Tadić*, Opinion and Judgement, Case No. IT-94-1-T, T.Ch., 7 May 1997, para. 669 (см. также: paras. 665–669).

⁷⁹ См. *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Judgement, Case No. IT-96-23 and IT-96-23/1-A, A.Ch., 12 June 2002, paras. 130–131 (где обсуждается определение понятия «изнасилование»); *Prosecutor v. Kordić and Čerkez*, Judgement, Case No. IT-95-14/2-A, A.Ch., 17 December 2004, para. 66, footnote 73 (проведя анализ национального законодательства и судебной практики, Камера констатировала: «Еще одним доказательством того, что *opinio juris* и

Замечание 15

В тех случаях, когда Международный трибунал по бывшей Югославии ссылался на решения национальных судов как доказательство существования двух конститутивных элементов международного обычного права, в дополнение к такой ссылке часто приводились другие формы доказательств, такие как законодательные акты или положения международных договоров.

39. Чтобы продемонстрировать существование обычно-правовой нормы или констатировать завершение процесса формирования обычно-правовой нормы, в дополнение к ссылкам на решения национальных судов часто приводились другие формы доказательств, такие как законодательные акты или положения международных договоров⁸⁰. Так, в *деле Халиловича* одна из судебных камер проанализировала исторические особенности ответственности командования как одной из форм личной уголовной ответственности, отметив, что такая ответственность «начала формироваться в эпоху после Второй мировой войны в национальном законодательстве о военных преступлениях, а также в судебной практике при рассмотрении некоторых дел после Второй мировой войны»⁸¹. Судебная камера сначала провела обзор национального законодательства⁸², а затем — обзор решений национальных судов⁸³, отметив, что «после Второй мировой войны в судебной практике не было единообразия в отношении определения характера ответственности, вытекающей из концепции ответственности командования»⁸⁴. Судебная камера сделала вывод о том, что концепция ответственности командования была «кодифицирована» лишь с принятием Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I)⁸⁵.

Замечание 16

В судебной практике Международного трибунала по бывшей Югославии решения национальных судов служат особо значимой формой доказательства существования обычных норм международного уголовного права, которое представляет собой отрасль права, отчасти сформировавшуюся на базе внутригосударственного законодательства и решений национальных судов.

практика государств пока не сформировались, ... служат дискуссии, которые состоялись на переговорах, проведенных не далее как в 1999 году между делегатами от государств в Рабочей группе по элементам преступлений для Римского статута»); *Prosecutor v. Halilović*, Judgement, Case No. IT-01-48-T, T.Ch.I.A, 16 November 2005, paras. 43–47.

⁸⁰ См., например, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Judgement, Case No. IT-94-1-A, A.Ch., 15 July 1999, para. 290; *Prosecutor v. Blaškić*, Judgement, Case No. IT-95-14-T, T.Ch., 3 March 2000, paras. 316–332; *Prosecutor v. Galić*, Judgement, Case No. IT-98-29-A, A.Ch., 30 November 2006, paras. 92–97; and *Prosecutor v. Šainović et al. (former Milutinović et al.)*, Judgement, Case No. IT-05-87-A, A.Ch., 23 January 2014, paras. 1626–1646.

⁸¹ *Prosecutor v. Halilović*, Judgement, Case No. IT-01-48-T, T.Ch.I.A, 16 November 2005, para. 42.

⁸² *Ibid.*, para. 43.

⁸³ *Ibid.*, paras. 44–47.

⁸⁴ *Ibid.*, para. 48.

⁸⁵ *Ibid.*, paras 49–54.

40. Обзор судебной практики Международного трибунала по бывшей Югославии показывает, что источником обычных норм в сфере международного уголовного права часто были практика государств и признания обычая в качестве правовой нормы (*opinio juris*), отраженные в решениях национальных судов. Примером активного обращения к практике национальных судов в этой отрасли права является решение Апелляционной камеры по *делу Тадича*⁸⁶. Апелляционная камера отметила, что, поскольку Устав Международного трибунала по бывшей Югославии не содержит разъяснений в отношении объективного и субъективного элементов коллективной уголовной ответственности, для того чтобы определить эти элементы, необходимо обратиться к международному обычному праву и что «наличие обычно-правовых норм в этой сфере можно установить, используя ряд источников, включая главным образом судебную практику и несколько международно-правовых документов»⁸⁷. В частности, Камера использовала решения национальных судов в качестве доказательства практики государств, когда отметила, что «в рассматриваемой сфере внутрисударственное право формируется не на основе применения норм международного права, а в значительной степени параллельно с международно-правовым регулированием или опережая его». Исходя из этого, Апелляционная камера констатировала, что «последовательность и убедительность судебной практики и упомянутых [...] международных договоров, а также их созвучность общим принципам уголовной ответственности, закрепленным как в государственном, так и в общем международном уголовном праве и в национальном законодательстве, позволяют сделать вывод о том, что судебная практика отражает обычные нормы международного уголовного права»⁸⁸.

Замечание 17

Международный трибунал по бывшей Югославии отмечал в общих выражениях, что решения национальных судов могут использоваться в качестве вспомогательного средства для идентификации правовых норм по смыслу пункта 1(d) статьи 38 Статута Международного Суда.

Замечание 18

Международный трибунал по бывшей Югославии часто использовал решения национальных судов в качестве особо значимого вспомогательного средства для установления существования норм международного уголовного права или их содержания.

Замечание 19

Международный трибунал по бывшей Югославии подчеркивал приоритетность решений других международных судебных органов над решениями национальных судов в качестве вспомогательного средства для цели идентификации правовых норм. Со временем, по мере увеличения числа решений других международных уголовных судов и трибуналов, камеры постепенно стали реже обращаться к решениям национальных судов.

⁸⁶ *Prosecutor v. Duško Tadić, Judgement*, Case No. IT-94-1-A, A.Ch., 15 July 1999, paras. 194–226.

⁸⁷ *Ibid.*, para. 194.

⁸⁸ *Ibid.*, paras. 225–226.

41. Международный трибунал по бывшей Югославии заявлял, что будет применять «судебные решения» в качестве вспомогательного средства для цели определения правовых норм по смыслу пункта 1(d) статьи 38 Статута Международного Суда⁸⁹. Он также отмечал, что для этой цели могут использоваться и решения национальных судов, но подчеркивал приоритетность решений международных судебных органов. В деле *Купрешкича* и других Судебная камера отметила, что судебные решения:

«следует использовать в качестве «вспомогательного средства для определения правовых норм» (используя формулировку, которая содержится в пункте 1(d) статьи 38 Статута Международного Суда и которую следует считать декларативным заявлением в отношении международного обычного права) лишь [...] судебный прецедент не является самостоятельным источником права при вынесении судебных решений по международным уголовным делам. Трибунал не обязан руководствоваться ни прецедентами, которые были созданы другими международными уголовными судами, такими как Нюрнбергский трибунал и Токійский трибунал, ни тем более решениями национальных судов по делам, связанным с международными преступлениями, [...] и...] сила прецедентов (*auctoritas rerum similiter judicatarum*) может заключаться только в том, чтобы убедительно продемонстрировать возможное существование международно-правовой нормы. В частности, прецеденты могут быть доказательством существования обычно-правовой нормы, поскольку указывают на наличие *opinio iuris sive necessitatis* и международной практики в том или ином вопросе, либо же они могут указывать на формирование нового общего принципа международного права. ...Международные уголовные суды, включая Международный трибунал, должны всегда тщательно оценивать решения других судов, прежде чем полагаться на них как на убедительный прецедент в плане существующего права. Кроме того, национальные судебные решения им следует оценивать более тщательно, чем международные судебные решения, поскольку последние по крайней мере принимаются на основе того же свода правовых норм, который используется международными судами, тогда как в национальных решениях обычно или в первую очередь применяется национальное законодательство или же международно-правовые нормы, толкуемые через призму национального законодательства»⁹⁰.

42. Международный трибунал по бывшей Югославии часто использовал решения национальных судов в своей судебной практике в качестве вспомога-

⁸⁹ «Будут использоваться различные источники международного права, перечисленные в статье 38 Статута МУС, а именно международные конвенции, обычай и общие принципы права, а также другие вспомогательные источники, такие как судебные решения и труды юристов. И напротив, очевидно, что Трибунал не имеет полномочий применять положения национального законодательства какой-либо конкретной правовой системы». *Prosecutor v. Delalić et al.*, Judgement, Case No. IT-96-21-T, T.Ch., 16 November 1998, para. 414. См. также *Prosecutor v. Furundžija*, Judgement, Case No. IT-95-17/1-T, T.Ch., 10 December 1998, para. 196 (где Камера заявила, что решения, вынесенные британскими военными судами по делам военных преступников, являются «не столь полезными для определения норм международного права», поскольку в ходе этих судебных разбирательств применялось внутригосударственное право).

⁹⁰ *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Judgement, Case No. IT-95-16-T, T.Ch., 14 January 2000, paras. 540–542.

тельного средства для определения той или иной правовой нормы. Так, в деле *Тадича*⁹¹ Камера несколько раз обращалась к решениям национальных судов⁹², используя их как вспомогательное средство для определения понятий «гражданское население» и «преступления против человечности»⁹³. Что касается понятия «гражданское население», то Судебная камера прямо сослалась на национальную судебную практику, назвав ее «поучительной», поскольку соответствующий суд использовал положения «национального законодательства», в которых «преступления против человечности определялись со ссылкой на резолюцию Организации Объединенных Наций от 13 февраля 1946 года, содержащую, в свою очередь, ссылку на Устав Нюрнбергского трибунала», в результате чего эта судебная практика была актуальной для современного анализа международного обычного права⁹⁴. При обсуждении понятия «преступления против человечности» Судебная камера заявила, что «будучи первым международным трибуналом, рассматривающим дела о преступлениях против человечности, предположительно совершенные после Второй мировой войны, Международный трибунал обязан следовать не прежней доктрине, а нормам международного обычного права, действовавшим в момент совершения преступлений»⁹⁵. Судебная камера далее проанализировала одно из ранее вынесенных Трибуналом решений, один из докладов Комиссии международного права и одно из решений Апелляционного суда второго округа США, чтобы прийти к заключению по этому вопросу⁹⁶. После дела *Тадича* камеры при рассмотрении других дел часто полагались, помимо других вспомогательных средств, на решения национальных судов как на источник права⁹⁷. Наглядным

⁹¹ *Prosecutor v. Duško Tadić*, Opinion and Judgement, Case No. IT-94-1-T, T.Ch., 7 May 1997.

⁹² *Ibid.*, paras. 638–643, 650–655, 657–658, 669, 678–687, 694, and 696.

⁹³ *Ibid.* Судебная камера заявила в порядке разъяснения, что ни Устав Международного трибунала по бывшей Югославии, ни доклад Генерального секретаря о Международном трибунале по бывшей Югославии не содержат указаний в отношении определения термина «гражданское лицо» (пункт 637). Соответственно, чтобы прийти к заключению в отношении значения термина «гражданское лицо», Камера использовала положения международных договоров, решения национальных судов, документы Организации Объединенных Наций и одно из решений Судебной камеры Международного трибунала по бывшей Югославии по другому делу (пункты 638–643).

⁹⁴ *Prosecutor v. Duško Tadić*, Opinion and Judgement, Case No. IT-94-1-T, T.Ch., 7 May 1997, para. 642. В данном случае под национальной судебной практикой имеется в виду дело Барби, рассмотренное Палатой по уголовным делам Кассационного суда Франции (*Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes and Others v. Barbie*).

⁹⁵ *Ibid.*, para. 654.

⁹⁶ *Ibid.*, paras. 654–655.

⁹⁷ См., например, *Prosecutor v. Duško Tadić*, Judgement, Case No. IT-94-1-A, A.Ch., 15 July 1999, paras. 255–270; *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, Judgement, Case No. IT-01-47-T, T.Ch., 15 March 2006, para. 188, footnote 318; *Prosecutor v. Orić*, Judgement, Case No. IT-03-68-T, T.Ch.II, 30 June 2006, para. 304, footnotes 860–861, and para. 588, footnotes 1579–1581; *Prosecutor v. Jelisić*, Judgement, Case No. IT-95-10-T, T.Ch., 14 December 1999, para. 68; *Prosecutor v. Blaškić*, Judgement, Case No. IT-95-14-T, T.Ch., 3 March 2000, paras. 221, 223–224, 229–230; *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Judgement, Case No. IT-96-23 and IT-96-23/1-A, A.Ch., 12 June 2002, para. 123; *Prosecutor v. Krnojelac*, Judgement, Case No. IT-97-25-A, A.Ch., 17 September 2003, para. 96; *Prosecutor v. Stakić*, Judgement, Case No. IT-97-24-A, A.Ch., 22 March 2006, paras. 289–300, 315; *Prosecutor v. Simić et al.*, Judgement, Case No. IT-95-9-T, T.Ch.II, 17 October 2003, para. 102, footnote 186; *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, Judgement, Case No. IT-02-60-T, T.Ch.I.A, 17 January 2005, para. 624, footnote 2027, paras. 646, 664; *Prosecutor v. Strugar*, Judgement, Case No. IT-01-42-T, T.Ch.II, 31 January 2005, paras. 363–364; *Prosecutor v. Halilović*,

примером в этом отношении служит *дело Кунараца*⁹⁸. Поскольку в Уставе Международного трибунала по бывшей Югославии не содержится определения понятия «порабощение», при обсуждении этого понятия Судебная камера обратилась к «различным источникам, касающимся этого или аналогичного вопроса, включая международное гуманитарное право и международное право прав человека»⁹⁹. Судебная камера рассмотрела положения международных договоров¹⁰⁰, международное, региональное и национальное прецедентное право¹⁰¹ и доклады Комиссии международного права¹⁰².

43. Особое значение в контексте конкретно международного уголовного права имела одна определенная категория внутригосударственных судебных решений. Поскольку Международный трибунал по бывшей Югославии был первым международным уголовным трибуналом после Нюрнбергского и Токийского международных уголовных трибуналов, при рассмотрении своих первых дел он не имел в распоряжении достаточное число решений по международным уголовным делам, которые он мог бы использовать. Важным и достаточно авторитетным для Трибунала источником информации о судебной практике были решения судов, созданных в Германии в соответствии с Законом № 10 Контрольного совета для рассмотрения дел о преступлениях, совершенных в ходе Второй мировой войны. Хотя эти решения были вынесены внутригосударственными судами, в них применяются нормы международного права, в частности международного обычного права. Так, в *деле Фурунджии* Судебная камера сформулировала следующие критерии для оценки релевантности решений внутригосударственных судов:

«Для правильной оценки судебной практики в этой области важно при изучении каждого соответствующего дела учитывать то, какой форум рассматривал дело, а также какое применялось право, поскольку именно эти факторы определяют авторитетность вынесенного по нему решения. Кроме того, следует непременно сознавать, что необходимо проявлять большую осмотрительность при использовании национальной судебной

Judgement, Case No. IT-01-48-T, T.Ch.I.A, 16 November 2005, para. 60, footnote 143, and para. 63, footnote 149; *Prosecutor v. Brđanin*, Judgement, Case No. IT-99-36-A, A.Ch., 3 April 2007, paras. 392–404, and 410; *Prosecutor v. Delić*, Judgement, Case No. IT-04-83-T, T.Ch.I, 15 September 2008, paras. 73–74; *Prosecutor v. Popović et al.*, Judgement, Case No. IT-05-88-T, T.Ch.II, 10 June 2010, para. 807, footnote 2911; *Prosecutor v. Dorđević*, Public Judgement, Case No. IT-05-87/1-T, T.Ch.II, 23 February 2011, para. 1771; and *Prosecutor v. Perišić*, Judgement, Case No. IT-04-81-A, A.Ch., 28 February 2013, para. 44, footnote 115.

⁹⁸ *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Judgement, Case No. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, T.Ch., 22 February 2001. См. также *Prosecutor v. Krnojelac*, Judgement, Case No. IT-97-25-T, T.Ch.II, 15 March 2002, para. 58, footnote 197 (Камера перечислила источники («authorities»), подтверждающие ее вывод о международном обычном праве и включающие Устав Нюрнбергского трибунала, международную и национальную судебную практику и документы КМП), and para. 474, footnote 1429.

⁹⁹ *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Judgement, Case No. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, T.Ch., 22 February 2001, para. 518.

¹⁰⁰ *Ibid.*, paras. 519–522, 528–533, and 536.

¹⁰¹ *Ibid.*, paras. 523–527, and 534–535.

¹⁰² *Ibid.*, para. 537.

практики для определения того, эволюционировали ли тем или иным образом обычные нормы международного уголовного права»¹⁰³.

Таким образом, различные камеры Международного трибунала по бывшей Югославии часто ссылались в целом на «практику судебных разбирательств, проводившихся после Второй мировой войны» или «судебную практику периода после Второй мировой войны» как на авторитетный источник для определения существования обычных норм международного уголовного права и особенно для определения точного содержания этих норм¹⁰⁴. В то время только эта практика была источником авторитетных примеров применения судами норм международного гуманитарного права при рассмотрении уголовных дел. По мере того как Трибунал накапливал собственную судебную практику, он все больше полагался на нее, а также на судебную практику Международного трибунала по Руанде, и соответственно все реже ссылался на решения национальных судов как на вспомогательное средство.

VIII. Международный трибунал по Руанде

Замечание 20

При определении норм международного обычного права Международный трибунал по Руанде редко ссылался на решения национальных судов как на форму доказательства практики государств или признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*).

Замечание 21

При определении норм международного обычного права Международный трибунал по Руанде ссылался на решения национальных судов как на вспомогательное средство для определения правовых норм, хотя и реже, чем на собственную судебную практику и судебную практику Международного трибунала по бывшей Югославии.

44. Статья 1 Устава Международного трибунала по Руанде гласит, что он «полномочен... осуществлять судебное преследование лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории Руанды, и граждан Руанды, ответственных за подобные нарушения, совершенные на территории соседних государств, в период с 1 января 1994 года по 31 декабря 1994 года». Что касается применимых норм права, то юрисдикция Международного трибунала по Руанде была немного расширена по сравнению с юрисдикцией Международного трибунала по бывшей Югославии. Совет Безопасности учредил Международный трибунал по Руанде, опираясь не на проект устава, подготовленный Генеральным секретарем, а на итоги обсуждений, проведенных между членами Совета, и «включил в предметную юрисдикцию Трибунала по Руанде международные документы независимо от

¹⁰³ *Prosecutor v. Furundžija*, Judgement, Case No. IT-95-17/1-T, T.Ch., 10 December 1998, para. 194.

¹⁰⁴ См., например, *Prosecutor v. Kvočka et al.*, Judgement, Case No. IT-98-30/1-T, T.Ch., 2 November 2011, para. 186; *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, Case No. IT-01-47-T, T.Ch., 15 March 2006, paras. 255–261; *Prosecutor v. Brđanin*, Judgement, Case No. IT-99-36-A, A.Ch., 3 April 2007, para. 415.

того, считаются ли они частью обычного международного права или же они обычно влекут за собой личную уголовную ответственность лиц, совершивших преступление»¹⁰⁵. Вместе с тем в деле *Акайесу* Судебная камера разъяснила:

«Хотя Совет Безопасности решил применять более широкий подход при определении предметной юрисдикции Трибунала по сравнению с тем, который он использовал при создании [Международного трибунала по бывшей Югославии], включив в нее международные документы независимо от того, считаются ли они частью обычного международного права и влекут ли они обычно за собой личную уголовную ответственность лиц, совершивших преступление, Камера считает, что одним из важнейших вопросов, которые необходимо рассмотреть на данном этапе, является вопрос о том, включает ли статья 4 Устава нормы, которые в момент предположительного совершения преступлений, указанных в обвинительном заключении, не были частью действующего международного обычного права. Кроме того, Камера напоминает о том, что при учреждении [Международного трибунала по бывшей Югославии] Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций заявил, что применение принципа *nullum crimen sine lege* требует того, чтобы Международный трибунал руководствовался теми нормами международного гуманитарного права, которые *бесспорно являются частью* обычного права»¹⁰⁶.

Ссылки на решения национальных судов в связи с идентификацией норм международного обычного права содержатся в 12 решениях из 85 решений, вынесенных Международным трибуналом по Руанде и проанализированных для цели подготовки настоящего меморандума¹⁰⁷.

¹⁰⁵ Доклад Генерального секретаря, представленный по исполнению пункта 5 резолюции 955 (1994) Совета Безопасности, документ S/1995/134, 13 февраля 1995 года (доклад Генерального секретаря о Международном уголовном трибунале по бывшей Югославии), пункт 12.

¹⁰⁶ *Prosecutor v. Akayesu*, Judgement, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 September 1998, para. 605 (курсив в оригинале; сноски опущены).

¹⁰⁷ *Prosecutor v. Akayesu*, Judgement, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 September 1998; *Prosecutor v. Musema*, Judgement, Case No. ICTR-96-13-A, T.Ch.I, 27 January 2000; *Prosecutor v. Bagilishema*, Judgement, Case No. ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 7 June 2001; *Prosecutor v. Bagilishema*, Judgement, Case No. ICTR-95-1A-A, A.Ch., 3 July 2002; *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Judgement and Sentence, Case No. ICTR-99-52-T, T.Ch.I, 3 December 2003; *Prosecutor v. Gacumbitsi*, Judgement, Case No. ICTR-2001-64-A, A.Ch. 7 July 2006; *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Judgement, Case No. ICTR-99-52-A, A.Ch., 28 November 2007; *Prosecutor v. Seromba*, Judgement, Case No. ICTR-2001-66-A, A.Ch., 12 March 2008; *Prosecutor v. Bikindi*, Judgement, Case No. ICTR-01-72-T, T.Ch.III, 2 December 2008; *Prosecutor v. Munyakazi*, Judgement and Sentence, Case No. ICTR-97-36A-T, T.Ch.I, 5 July 2010; *Prosecutor v. Bagosora and Nsengiyumva*, Judgement, Case No. ICTR-98-41-A, A.Ch., 14 December 2011; and *Prosecutor v. Nzabonimana*, Judgement, Case No. ICTR-98-44D-A, A.Ch., 29 September 2014. В настоящем меморандуме рассматриваются лишь те решения, которые были вынесены Судебными камерами и Апелляционной камерой Международного трибунала по Руанде по существу дела до 31 декабря 2015 года. В нем не рассматриваются решения, вынесенные по делам, в которых были заключены соглашения о признании вины, решения по делам о неуважении к суду и решения о назначении наказания. Кроме того, в меморандуме рассматривается только использование решений национальных судов Судебными камерами и Апелляционной камерой в вопросах международного обычного права. Использование решений национальных судов для целей,

45. В судебной практике Международного трибунала по Руанде решения национальных судов время от времени используются для толкования и уточнения видов личной уголовной ответственности¹⁰⁸, элементов преступлений¹⁰⁹, а также объема и содержания понятия «преступление»¹¹⁰. Так, Судебная камера несколько раз ссылалась на решения национальных судов в *деле Акайесу*, решение по которому стало первым вынесенным ею решением¹¹¹. В этом деле Камера несколько раз использовала только решения национальных судов, чтобы прийти к заключению¹¹², тогда как в других делах она опиралась также, помимо решений национальных судов, на международные документы, международную судебную практику и национальные законы¹¹³.

46. После *дела Акайесу* в последующих делах ссылки на решения национальных судов делались нечасто. Например, решения национальных судов использовались как доказательство практики государств в *деле Басогоры и Нсенгиумвы*¹¹⁴. В *деле Багилишемы* и Судебные камеры, и Апелляционная камера использовали решения национальных судов в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм¹¹⁵.

связанных с общими принципами права и процедурными вопросами, не входит в сферу его охвата.

¹⁰⁸ *Prosecutor v. Akayesu*, Judgement, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 September 1998, paras. 556, 633; *Prosecutor v. Musema*, Judgement, Case No. ICTR-96-13-A, T.Ch.I, 27 January 2000, paras. 142, 270–274; *Prosecutor v. Bagilishema*, Judgement, Case No. ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 7 June 2001, paras. 37, footnote 32, 44, 50, footnote 55; *Prosecutor v. Bagilishema*, Judgement, Case No. ICTR-95-1A-A, A.Ch., 3 July 2002, para. 35, footnote 50; *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Judgement and Sentence, Case No. ICTR-99-52-T, T.Ch.I, 3 December 2003, para. 1045; *Prosecutor v. Munyakazi*, Judgement and Sentence, Case No. ICTR-97-36A-T, T.Ch.I, 5 July 2010, para. 430, footnote 866.

¹⁰⁹ *Prosecutor v. Akayesu*, Judgement, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 September 1998, paras. 502–504, 534, 539–548, and 584, footnote 148; *Prosecutor v. Bagilishema*, Judgement, Case No. ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 7 June 2001, para. 34, footnote 30; *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Judgement, Case No. ICTR-99-52-A, A.Ch., 28 November 2007, para. 896, footnote 2027, and para. 898, footnotes 2030–2031; *Prosecutor v. Gacumbitsi*, Judgement, Case No. ICTR-2001-64-A, A.Ch., 7 July 2006, para. 60, footnote 145; *Prosecutor v. Seromba*, Judgement, Case No. ICTR-2001-66-A, A.Ch., 12 March 2008, para. 161, footnote 389.

¹¹⁰ *Prosecutor v. Akayesu*, Judgement, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 September 1998, paras. 567–576; *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Judgement, Case No. ICTR-99-52-A, A.Ch., 28 November 2007, para. 692, footnote 1657; *Prosecutor v. Ntabonimana*, Judgement, Case No. ICTR-98-44D-A, A.Ch., 29 September 2014, para. 125, footnote 372.

¹¹¹ *Prosecutor v. Akayesu*, Judgement, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 September 1998, paras. 502–504, 534, 539–548, 556, 567–576, 584, footnote 148, and para. 633.

¹¹² *Ibid.*, paras. 502–504, and para. 584.

¹¹³ *Ibid.*, paras. 525–548, paras. 549–562, paras. 563–577, and paras. 630–634.

¹¹⁴ *Prosecutor v. Bagosora and Nsengiyumva*, Judgement, Case No. ICTR-98-41-A, A.Ch., 14 December 2011, para. 729, footnote 1680. При рассмотрении вопроса о криминализации деяний, связанных с надругательством над телами умерших или посягательством на них, Камера заявила, что «при проведении обзора норм международного обычного права по этому вопросу необходимо учитывать, что надругательство над телами умерших или посягательство на тела умерших квалифицируются как уголовно наказуемые деяния в большом числе юрисдикций». После этого Камера процитировала ряд положений национальных законов и в заключение добавила, что «в ходе нескольких судебных разбирательств, проведенных после Второй мировой войны, подсудимые были признаны виновными по обвинению в уродовании тел умерших».

¹¹⁵ *Prosecutor v. Bagilishema*, Judgement, Case No. ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 7 June 2001, para. 34, footnote 30, para. 37, footnote 32, para. 44, para. 50, footnote 55, paras. 142–143, para. 1012,

47. Ссылки на решения национальных судов как на вспомогательное средство встречаются в судебной практике Международного трибунала по Руанде не много чаще. В некоторых случаях Камеры анализировали решения национальных судов вместе с другими формами доказательств, чтобы либо прийти к заключению, либо сделать вывод в отношении толкования, охвата и значения того или иного положения. В *деле Мусемы* при рассмотрении вопроса об ответственности руководства Судебная камера приняла во внимание судебную практику Международного трибунала по бывшей Югославии, Нюрнбергского трибунала и Токийского трибунала, труды юристов и решения национальных судов¹¹⁶. В *деле Нзабониманы* Камера использовала решения национальных судов, судебную практику Международного трибунала по Руанде, один из докладов Комиссии международного права и труды юристов при рассмотрении вопроса о значении термина «публичное подстрекательство» применительно к геноциду¹¹⁷. В других случаях камеры обращались только к решениям национальных судов и судебной практике Международного трибунала по бывшей Югославии, чтобы прийти к заключению¹¹⁸, либо только к решениям национальных судов, чтобы истолковать то или иное положение¹¹⁹.

IX. Международный уголовный суд

Замечание 22

При определении норм международного обычного права Международный уголовный суд использовал и решения международных судов и трибуналов, и решения национальных судов в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм.

48. К целям настоящего меморандума имеет отношение лишь одно решение из судебной практики Международного уголовного суда¹²⁰, и поэтому было бы преждевременно делать общие выводы. Вместо этого можно сделать несколько общих замечаний в отношении этого решения, которое было вынесено Апел-

footnote 1188; *Prosecutor v. Bagilishema*, Judgement, Case No. ICTR-95-1A-A, A.Ch., 3 July 2002, para. 35, footnote 50.

¹¹⁶ *Prosecutor v. Musema*, Judgement, Case No. ICTR-96-13-A, T.Ch.I., 27 January 2000, paras. 127–148. См. также пункты 264–275, в которых Камера рассмотрела эту категорию преступников-военнослужащих и обратилась к судебной практике Международного трибунала по Руанде и Токийского и Нюрнбергского трибуналов и к решениям национальных судов.

¹¹⁷ *Prosecutor v. Nzabonimana*, Judgement, Case No. ICTR-98-44D-A, A.Ch., 29 September 2014, paras. 125–127.

¹¹⁸ *Prosecutor v. Bagilishema*, Judgement, Case No. ICTR-95-1A-T, T.Ch.I., 7 June 2001, paras. 34 and 44–46.

¹¹⁹ *Prosecutor v. Akayesu*, Judgement, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch.I., 2 September 1998, paras. 502–504.

¹²⁰ В настоящем меморандуме рассматриваются лишь те решения, которые были вынесены судебными и апелляционными палатами Международного уголовного суда по существу дела. В нем не рассматриваются решения о назначении наказания и решения о подтверждении обвинений до суда. Соответственно, в общей сложности было проанализировано пять решений и было решено, что к целям настоящего исследования имеет отношение одно из них и не имеют отношения четыре из них. Соответствующая судебная практика охватывает решения, вынесенные палатами Международного уголовного суда в период по 31 декабря 2015 года включительно.

ляционной палатой по делу *Лубанги*¹²¹. В этом случае Апелляционная палата обратилась к решениям национальных судов при обсуждении вопроса о стандарте предсказуемости событий применительно к общему плану, необходимому как условие соучастия¹²². Хотя решения национальных судов приводились в сносках в обоснование утверждения Палаты о том, что стандартом предсказуемости является практическая неизбежность, Палата не разъяснила, какую роль она отдала этим решениям. Помимо решений национальных судов, Палата также использовала для определения правовых норм судебную практику Международного уголовного суда и другие вспомогательные средства, включая судебную практику Международного трибунала по бывшей Югославии и труды юристов по этому вопросу¹²³. Соответственно, можно сделать вывод о том, что Палата использовала решения национальных судов в этом деле в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм.

Х. Замечания общего порядка

Замечание 23

При идентификации норм международного обычного права решения национальных судов могут использоваться для двух различных целей: в качестве формы доказательства наличия конститутивных элементов норм международного обычного права и в качестве вспомогательного средства для определения таких норм.

49. Решения национальных судов выполняют две общие функции при определении норм международного обычного права. Во-первых, они, наряду с другими источниками, являются важной формой доказательства существования определенной практики государств или признания этой практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*) по смыслу пункта 1(b) статьи 38 Статута Международного Суда; действительно, поскольку национальные суды являются государственными учреждениями, их решения могут иногда являться непосредственно практикой государства либо отражать признание в качестве правовой нормы (*opinio juris*). Во-вторых, решения национальных судов могут входить в число тех «судебных решений», о которых в пункте 1(d) статьи 38 Статута Международного Суда говорится как о вспомогательном средстве для определения правовых норм, включая нормы международного обычного права.

50. Эта двойственная природа решений национальных судов находит отражение в проанализированных выше решениях международных судов и трибуналов. Хотя международные суды и трибуналы использовали решения национальных судов главным образом как практику государств или доказательство признания конкретными государствами обычая в качестве правовой нормы (*opinio juris*) с целью констатировать возникновение той или иной общеправовой нормы, некоторые суды и трибуналы, прежде всего международные уголовные трибуналы, также ссылались на них как на вспомогательное средство с целью подтвердить существование нормы, которая уже считалась возникшей.

¹²¹ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgement on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against his conviction, Case No. ICC-01/04-01/06 A5, A.Ch., 1 December 2014.

¹²² *Ibid.*, para. 447, footnotes 827–828.

¹²³ *Ibid.*, paras. 445–449.

Замечание 24

Международные суды и трибуналы регулярно ссылаются на решения национальных судов при проведении оценки двух конститутивных элементов норм международного обычного права, особенно в тех отраслях международного права, которые наиболее тесно связаны с внутригосударственным законодательством.

51. Решения национальных судов являются, наряду с другими источниками, одной из форм доказательства существования общей практики, признанной в качестве правовой нормы (*opinio juris*). Международные суды и трибуналы использовали решения национальных судов, наряду с другими элементами, такими как внутригосударственное право и административная практика, чтобы оценить практику конкретного государства, и наряду с другими элементами, такими как позиции, которые занимают правительства, — чтобы установить, признают ли эти государства то или иное правило в качестве правовой нормы (*opinio juris*). При рассмотрении решений национальных судов для этих целей международные суды и трибуналы в первую очередь опирались на решения высших судебных инстанций государств, если таковые имелись. Такие решения часто имеют особое значение в связи с законодательством, поскольку международные суды и трибуналы как правило не занимаются толкованием положений внутригосударственного законодательства, а полагаются на то, как его толкуют ответственные за применение законов суды.

52. Ссылаясь на решения национальных судов как на доказательство практики государств или признание в качестве правовой нормы (*opinio juris*), международные суды и трибуналы часто проводили количественный анализ соответствующих решений и принимали во внимание то, в каких именно государствах были приняты эти решения, не вдаваясь в подробности аргументации по каждому из соответствующих дел. По этой причине часто рассматривались те решения, на которые ссылались стороны дела, рассматриваемого соответствующим судом или трибуналом. Кроме того, оценивая соотношение имеющихся решений, международные суды и трибуналы как правило проводят лишь общую оценку, в связи с чем общие расхождения между юрисдикциями могут привести к выводу о том, что той или иной нормы не существует или же она пока только формируется.

53. Решения национальных судов особенно значимы в качестве практики государств или доказательства признания правовой нормы (*opinio juris*) при определении обычно-правовых норм в ряде конкретных отраслей международного права, включая такие, как иммунитет от юрисдикции, уголовное право и дипломатическая защита, поскольку в них национальная судебная практика особенно актуальна.

Замечание 25

Международные суды и трибуналы ссылались на заключения национальных судов, касающиеся норм международного обычного права, как на вспомогательное средство при определении существования таких норм и их содержания.

54. В контексте применения международного обычного права решения национальных судов могут служить также вспомогательным средством, позволяю-

щим международному суду или трибуналу подтвердить существование той или иной нормы международного обычного права или сферу ее применения, не проводя заново оценку всей практики государств или оценку признания в качестве правовой нормы (*opinio juris*). В этой связи следует отметить, что некоторые международные суды и трибуналы, а также некоторые судьи Международного Суда в своих особых мнениях толковали понятие «судебные решения», содержащееся в пункте 1(d) статьи 38 Статута Международного Суда, как включающее решения национальных судов. Кроме того, не было обнаружено ни одного примера, когда международные суды или трибуналы исключали бы возможность использования решений национальных судов в качестве такого вспомогательного средства по смыслу пункта 1(d) статьи 38 Статута Международного Суда.

55. Таким образом, решения национальных судов могут рассматриваться в качестве «вспомогательного средства для определения правовых норм», включая нормы международного обычного права. Вместе с тем неясно, являются ли все вспомогательные средства, перечисленные в пункте 1(d) статьи 38 Статута, одинаково авторитетными. В судебной практике, обзор которой был проведен для целей настоящего меморандума, решения национальных судов использовались реже и более осторожно, чем решения международных судов и трибуналов. Кроме того, к решениям национальных судов обращались как к вспомогательному средству главным образом тогда, когда сформировавшейся судебной практики международного уровня по соответствующему вопросу не существовало и международных судебных решений по нему не принималось, а также когда рассматривались те отрасли права, в которых внутригосударственная судебная практика особенно актуальна. Наглядным примером этого является ранняя судебная практика Международного трибунала по бывшей Югославии: по мере формирования международной судебной практики он все реже использовал решения национальных судов.

56. Когда международные суды и трибуналы используют решения национальных судов в качестве вспомогательного средства, они рассматривают само решение, а не вопрос о том, какое место занимает принявший его национальный суд во внутригосударственной правовой системе. Соответственно, решение окружного суда по вопросу, имеющему отношение к международному праву и схожему с вопросом, по которому предстоит принять решение суду или трибуналу, необязательно имеет меньшее значение в качестве вспомогательного средства по смыслу пункта 1(d) статьи 38 Статута Международного Суда, чем решение суда вышестоящей инстанции из иной правовой системы. Авторитетность заявления, сделанного в решении национального суда, которое используется в качестве вспомогательного средства для определения правовой нормы, по сути дела зависит от качества аргументации и от того, насколько она связана с международным правом.