



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
5 April 2019
Russian
Original: English and French

Комиссия международного права

Семьдесят первая сессия

Женева, 29 апреля — 7 июня и 8 июля — 9 августа

Первый доклад об общих принципах права, подготовленный Специальным докладчиком Марсело Васкес-Бермудесом*

Содержание

	<i>Стр.</i>
Введение	3
I. Включение этой темы в программу работы Комиссии	3
II. Цель и структура доклада	4
Часть первая: Общие положения	4
I. Сфера охвата темы и результаты работы	4
А. Вопросы для рассмотрения Комиссией	5
В. Конечный результат	9
II. Методологический подход	9
Часть вторая: Предыдущая работа Комиссии	11
I. Ссылки на общие принципы права в работе Комиссии	11
II. Предыдущее рассмотрение Комиссией вопросов, касающихся настоящей темы	17
Часть третья: Развитие общих принципов права с течением времени	21
I. Практика, предшествовавшая принятию Статута Постоянной Палаты Международного Суда	21
II. «Общие принципы права, признанные цивилизованными нациями» в статье 38 Статутов Постоянной Палаты Международного Суда и Международного Суда	26

* Специальный докладчик желает выразить признательность г-же Сюань Шао (соискательнице степени доктора философии в Оксфордском университете) и г-ну Альфредо Кросато Нейманну (соискателю степени доктора философии в Институте высших исследований по международным проблемам и проблемам развития) за их неоценимую помощь при подготовке настоящего доклада.



III. Общие принципы права после принятия Статутов Постоянной Палаты Международного Суда и Международного Суда	32
Часть четвертая: Элементы и происхождение общих принципов права	44
I. Элементы общих принципов права в статье 38 1) с) Статута Международного Суда	44
А. «Общие принципы права»	45
В. «Признанные»	51
С. «Цивилизованные нации»	55
II. Происхождение общих принципов права как одного из источников международного права	59
А. Общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем	59
В. Общие принципы права, сформированные в рамках международно-правовой системы	71
III. Терминология	77
Часть пятая. Будущая программа работы	78
Приложение	
Предлагаемые проекты выводов	79

Введение

I. Включение этой темы в программу работы Комиссии

1. На своей шестьдесят девятой сессии Комиссия постановила включить тему «Общие принципы права» в свою долгосрочную программу работы¹.

2. В ходе прений в Шестом комитете в 2017 году делегации подчеркнули важность этой темы и в целом приветствовали ее включение в долгосрочную программу работы². Многие делегации отметили, что работа Комиссии по этой теме дополнит существующие наработки Комиссии по теме источников международного права, указанных в пункте 1 статьи 38 Статута Международного Суда. Отмечалось также, что эта тема уже созрела для включения в программу работы Комиссии и что она должна рассматриваться в приоритетном порядке. Делегации в целом высказали мнение, что Комиссия могла бы авторитетно разъяснить характер, сферу охвата и функции общих принципов права, а также критерии и методы их определения. В то же время были отмечены возможные трудности, связанные с этой темой³. В своей резолюции 72/116 Генеральная Ассамблея приняла к сведению включение этой темы в долгосрочную программу работы Комиссии⁴.

3. На своей семидесятой сессии Комиссия постановила включить эту тему в свою текущую программу работы и назначила г-на Марсело Васкеса-Бермудеса Специальным докладчиком. Прения в Шестом комитете в 2018 году вновь продемонстрировали общую поддержку этой темы⁵. Генеральная Ассамблея

¹ A/72/10, п. 267.

² См. Австрия («Источник международного права, известный как «общие принципы права», является объектом самых различных толкований и нуждается в срочном разъяснении») (A/C.6/72/SR.18, п. 80); Бразилия («включение темы в повестку дня Комиссии будет соответствовать недавно проводившейся или проводимой работе, касающейся других источников международного права») (A/C.6/72/SR.21, п. 15); Чили (A/C.6/72/SR.19, п. 87); Чешская Республика (A/C.6/72/SR.20, п. 20); Сальвадор (A/C.6/72/SR.19, пункт 33); Сальвадор (от имени Сообщества государств Латинской Америки и Карибского бассейна) (A/C.6/72/SR.18, п. 38); Эстония («эта работа могла бы дать всестороннюю картину трех основных источников международного права») (A/C.6/72/SR.20, пункт 75); Греция («Комиссии следует тщательно проанализировать тему общих принципов права, которая тесно связана с темой источников международного права») (A/C.6/72/SR.19, п. 54); Индия (там же, п. 15); Япония (A/C.6/72/SR.20, пункт 68); Малави (A/C.6/72/SR.26, п. 137); Нидерланды (A/C.6/72/SR.20, п. 24); Новая Зеландия (там же, п. 53); Перу (A/C.6/72/SR.19, п. 12); Польша («общие принципы права являются единственным источником права, применяемым Международным Судом, которые не были проанализированы Комиссией») (там же, п. 96); Португалия (A/C.6/72/SR.18, п. 92); Румыния (A/C.6/72/SR.19, пункт 86); Российская Федерация (там же, п. 48); Сингапур (A/C.6/72/SR.18, п. 157); Словакия («Общие принципы права служат важнейшим дополнением к первичным источникам международного права, но до настоящего времени Комиссия не уделяла им значительного внимания. Рассмотрение этой темы является естественным продолжением работы Комиссии международного права в сферах права международных договоров, международного обычного права и *jus cogens*») (A/C.6/72/SR.19, п. 60); Словения (там же, п. 19); Швеция (от имени стран Северной Европы) (A/C.6/72/SR.18, п. 63); Таиланд (A/C.6/72/SR.19, п. 64); Турция (A/C.6/72/SR.20, п. 83); Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии (A/C.6/72/SR.26, п. 109).

³ A/CN.4/713, п. 83.

⁴ Резолюция 72/116 Генеральной Ассамблеи от 7 декабря 2017 года, п. 7.

⁵ Бразилия (A/C.6/73/SR.21, п. 41); Колумбия (A/C.6/73/SR.27, п. 35); Куба (A/C.6/73/SR.23, п. 54); Чешская Республика (A/C.6/73/SR.21, п. 14); Эквадор (A/C.6/73/SR.23, п. 18); Сальвадор (от имени Сообщества государств Латинской Америки и Карибского бассейна) (A/C.6/73/SR.20, п. 24); Эстония (A/C.6/73/SR.21, п. 58); Гамбия (от имени Группы африканских государств) (A/C.6/73/SR.20, п. 27); Иран (Исламская Республика)

приняла к сведению включение этой темы в текущую программу работы Комиссии в резолюции 73/265⁶.

II. Цель и структура доклада

4. Настоящий первый доклад носит предварительный и вводный характер. Его главная цель заключается в том, чтобы заложить основу для будущей работы Комиссии по теме «Общие принципы права», а также выяснить мнения членов Комиссии и государств в этой связи.
5. Доклад состоит из пяти частей. Часть первая касается некоторых общих вопросов. В разделе I рассматривается сфера охвата этой темы и излагаются основные вопросы, которые, по мнению Специального докладчика, должны быть рассмотрены в ходе работы Комиссии. В нем также предлагается возможный результат этой работы. Вопросы методологии рассматриваются в разделе II.
6. Часть вторая посвящена предыдущей работе Комиссии, связанной с общими принципами права.
7. Часть третья содержит обзор развития общих принципов права с течением времени. В разделе I излагается практика государств и судебных органов в отношении этого источника международного права до принятия Статута Постоянной Палаты Международного Суда. В разделе II рассматривается история разработки статьи 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда и Статута Международного Суда. Наконец, в разделе III кратко излагается практика, связанная с общими принципами права, за период с 1920 года по настоящее время.
8. В Части четвертой дается первоначальная оценка некоторых основных аспектов данной темы. Раздел I посвящен статье 38 1) с) Статута Международного Суда, и в нем рассматриваются содержащиеся в ней элементы, а именно: термин «общие принципы права», требование «признания» и термин «цивилизованные нации». В разделе II анализируется происхождение общих принципов права как одного из источников международного права. Наконец, в Разделе III даются некоторые разъяснения в отношении терминологии.
9. В Части пятой доклада излагается предварительная программа работы на будущее.

Часть первая: Общие положения

I. Сфера охвата темы и результаты работы

10. Настоящая тема касается «общих принципов права» как одного из источников международного права. В этой связи Специальный докладчик напоминает, что Комиссия внесла важный вклад в доктрину в области источников

(A/C.6/73/SR.24, п. 14); Италия (A/C.6/73/SR.20, п. 82); Япония (там же, п. 101); Малави (A/C.6/73/SR.24, п. 42); Мексика (A/C.6/73/SR.25, п. 57); Перу (A/C.6/73/SR.20, п. 86); Польша (там же, п. 99); Португалия (A/C.6/73/SR.21, п.3); Республика Корея (A/C.6/73/SR.23, п. 70); Российская Федерация (A/C.6/73/SR.22, п. 50); Сьерра-Леоне (там же, п. 73); Сингапур (A/C.6/73/SR.20, п. 96); Словакия (A/C.6/73/SR.21, п. 26); Того (A/C.6/73/SR.22, п. 103); Соединенное Королевство (там же, п. 77); Соединенные Штаты (A/C.6/73/SR.29, п. 25, но при этом они также выразили обеспокоенность в связи с тем, что «отсутствие достаточного объема материалов по практике государств может помешать Комиссии сделать сколь-нибудь полезные выводы по этой теме»).

⁶ Резолюция 73/265 Генеральной Ассамблеи от 22 декабря 2018 года, п. 7.

международного права. Некоторые из наиболее релевантных направлений работы Комиссии связаны, например, с правом международных договоров и международным обычным правом. Поэтому Комиссия в состоянии прояснить различные аспекты общих принципов права и сделать это прагматичным образом, исходя из действующего права и практики. Ожидается, что при проведении этой работы Комиссия будет давать ориентиры государствам, международным организациям, судам и трибуналам и другим структурам, призванным заниматься общими принципами права в качестве одного из источников международного права.

11. С момента принятия Статута Постоянной Палаты Международного Суда в 1920 году существовали различные практические и теоретические вопросы, касающиеся общих принципов права. Практика государств и международных судов и трибуналов иногда характеризовалась как неясная или неопределенная. Кроме того, обилие литературы, посвященной общим принципам права, свидетельствует не только о сохраняющейся актуальности этой темы, но и о разнообразии существующих мнений и необходимости разъяснений. В этом контексте и с учетом того, что данная тема, вероятно, затронет некоторые основополагающие аспекты международно-правовой системы, необходим осторожный и строгий подход.

12. Ниже кратко излагаются основные вопросы, которые касаются этой темы и, по мнению Специального докладчика, должны быть рассмотрены и разъяснены Комиссией. Это изложение не претендует на то, чтобы быть исчерпывающим перечнем всех существующих вопросов. Цель состоит в том, чтобы как можно скорее получить мнения членов Комиссии и государств в отношении будущей работы по этой теме.

A. Вопросы для рассмотрения Комиссией

13. Не исключая другие вопросы или аспекты, связанные с настоящей темой, Специальный докладчик предлагает, чтобы Комиссия рассмотрела следующие вопросы. Некоторые из них более подробно рассматриваются ниже в настоящем докладе.

1. Юридическая природа общих принципов права как одного из источников международного права

14. Статья 38 1) с) Статута Международного Суда содержит авторитетное описание юридической природы общих принципов права в качестве одного из источников международного права. Она гласит следующее:

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

...

с) общие принципы права, признанные цивилизованными нациями».

15. Это положение являлось важной отправной точкой при рассмотрении общих принципов права как на практике, так и в специальной литературе. По мнению Специального докладчика, отправной точкой для работы Комиссии по этой теме должна стать статья 38 1) с), проанализированная в свете государственной практики и практики международных судов и трибуналов.

16. В этой связи Комиссия могла бы сначала проанализировать три элемента, содержащиеся в статье 38 1) с) Статута Международного Суда, а именно: термин «общие принципы права», требование «признания» и термин

«цивилизованные нации». В Части четвертой ниже приводится первоначальная оценка этих элементов.

17. В связи с этим пунктом возникает ряд вопросов. Например, Комиссии необходимо будет уточнить, содержит ли в себе термин «общие принципы права» какие-либо указания относительно возможного характера, содержания или функций этого источника международного права, его связи с другими источниками международного права или сферы его применения.

18. Требование «признания» имеет особое значение и, возможно, занимает центральное место в работе Комиссии по этой теме. В этой связи Комиссия может уточнить ряд вопросов, таких как возможные различные формы признания, материалы, имеющие отношение к установлению факта признания, и способы их оценки, а также степень такого необходимого признания.

19. Еще один вопрос, который необходимо решить, — это вопрос о том, чье признание требуется и что означает термин «цивилизованные нации». Многие полагают, что это анахронизм и что его больше не следует использовать. Такую позицию можно считать нынешней позицией государств, которые отказались от использования этого термина в некоторых договорах, подписанных после принятия Статуты Постоянной Палаты Международного Суда и Международного Суда, таких как Международный пакт о гражданских и политических правах⁷ и Римский статут Международного уголовного суда⁸.

20. Что касается вопроса о том, чье признание необходимо, то Комиссия, возможно, пожелает дополнительно рассмотреть вопрос о том, могут ли международные организации и другие акторы также способствовать формированию общих принципов права в качестве одного из источников международного права.

2. Происхождение общих принципов права

21. С вышеупомянутыми вопросами напрямую связан вопрос о происхождении общих принципов права как одного из источников международного права. Разные мнения по этому вопросу встречаются не только в основном в специальной литературе, но и на практике, когда упоминаются различные категории общих принципов права в зависимости от их происхождения.

22. Среди категорий общих принципов права, которые могут подпадать под статью 38 1) с) Статута Международного Суда, выделяются следующие две: а) общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем; и б) общие принципы права, сформированные в рамках международно-правовой системы. В настоящем докладе эти две категории рассматриваются в Части четвертой ниже.

23. В литературе можно найти ссылки на другие категории общих принципов права. Например, один автор считает, что помимо двух вышеупомянутых категорий существуют также принципы, «присущие идее права и основополагающие для всех правовых систем», принципы, «действующие во всех типах обществ в отношениях иерархии и координации», а также принципы, проистекающие из «самой природы человека как рационального и социального существа»⁹. Аналогичным образом, другой автор утверждает, что существуют принципы,

⁷ International Covenant on Civil and Political Rights (New York, 16 December 1966), United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, No. 14668, p. 225.

⁸ Rome Statute of the International Criminal Court (Rome, 17 July 1998), *ibid.*, vol. 2187, No. 38544, p. 231.

⁹ O. Schachter, "International law in theory and practice: General course in Public International Law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1982-V*, vol. 178 (1982), pp. 9–396, at pp. 74–75.

которые «применимы ко всем видам правоотношений», и принципы «правовой логики»¹⁰.

3. Функции общих принципов права и их связь с другими источниками международного права

24. Другие важные вопросы, которые Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть, касаются функций общих принципов права и их взаимосвязи с другими источниками международного права, в частности договорами и обычаями. Этот вопрос в ограниченной степени рассматривался Комиссией в ходе ее предыдущей работы¹¹.

25. В этой связи несколько вопросов нуждаются в разъяснении. Например, широко распространено мнение о том, что общие принципы права являются дополнительным источником¹² международного права в том смысле, что они служат для заполнения лакун в международно-правовых нормах, основанных на договорах и обычаях, т.е. для того, чтобы избежать неясности (*non liquet*)¹³. Если это так, то Комиссии, возможно, потребуется рассмотреть для начала вопрос о том, существуют ли лакуны в международном праве и как их определить. Аналогичным образом, Комиссии, возможно, потребуется рассмотреть вопрос о точном значении понятия “*non liquet*” и о том, запрещено ли оно, в общем, международным правом.

26. Было также высказано предположение о том, что общие принципы права, помимо того, что они служат прямым источником прав и обязанностей¹⁴, могут служить средством толкования других норм международного права¹⁵ или

¹⁰ H. Mosler, “General principles of law”, в R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II (Amsterdam, Elsevier, 1995), pp. 511–526, at pp. 513–515.

¹¹ См. пп. 65–75 ниже.

¹² В литературе часто встречается термин «вспомогательный». Однако этот термин также фигурирует в статье 38 1) d) Статута в связи с судебными решениями и доктринами, и если его использовать для описания общих принципов права, он может вызвать путаницу.

¹³ H. Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford University Press, forthcoming), pp. 125–130; A. Pellet and D. Müller, “Article 38”, в A. Zimmermann and C.J. Tams (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2019), p. 923; M. Andenas and L. Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law”, в M. Andenas et al. (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), pp. 10 and 14; C. Redgwell, “General principles of international law”, в S. Vogenauer and S. Weatherill (eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives* (Hart, 2017), p. 7; F.O. Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2008), p. 7; J.G. Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations”, в F. Kalshoven et al. (eds.), *Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of Haro F. van Panhuys* (Alphen aa den Rijn, Sijthoff and Noordhoff, 1980), pp. 53–77, at p. 64; J.A. Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional”, *Revista IIDH*, vol. 14 (1991), pp. 11–42, at pp. 14 and 29; M. Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 46 (1977), pp. 37–53, at p. 37; A. Blondel, “Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice”, в *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (Geneva, Institut universitaire de hautes études internationales, 1968), pp. 201–236, at pp. 202 and 204; D. Anzilotti, *Cours de droit international* (Editions Panthéon-Assas, 1929/1999), p. 117.

¹⁴ См. п. 68 ниже. См. также Pellet and Müller, “Article 38”, сноска 12 выше, p. 941.

¹⁵ См. п. 66 ниже. См. также Andenas and Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law” (сноска 13 выше), pp. 10 and 14–15; Raimondo, *General Principles of Law ...* (сноска 13 выше), p. 7; Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (сноска 13 выше), pp. 64–65.

инструментом для усиления правовой аргументации¹⁶. Иногда им отводится более абстрактная роль, заключающаяся в том, что они лежат в основе международно-правовой системы¹⁷ или что они служат укреплению ее системного характера¹⁸.

27. Другой вопрос, касающийся взаимосвязи между общими принципами права и другими источниками международного права, — это вопрос автономии. В большинстве литературных источников утверждается, что общие принципы права отличаются от договоров и обычая, что подтверждается простым прочтением статьи 38 Статута Международного Суда в целом. Некоторые, как представляется, отрицают такую автономию, предполагая, например, что общий принцип права должен быть каким-то образом воплощен в договорах или международном обычном праве¹⁹.

28. Взаимосвязь между общими принципами права и международным обычным правом, которую иногда характеризуют как неясную²⁰, заслуживает особого внимания²¹. Тем не менее не следует упускать из виду тот факт, что норма международного обычного права требует наличия «всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы» (сопровождаемой *opinio juris*), а общий принцип права должен быть «признан цивилизованными нациями». Это говорит о том, что эти два источника различны и что их не следует путать.

4. Выявление общих принципов права

29. Как и в случае с темой «Выявление международного обычного права», Комиссия может дать практические ориентиры относительно того, как выявлять общие принципы права. Этот вопрос тесно связан со значением выражения «признанные цивилизованными нациями», используемого в статье 38 1) с) Статута Международного Суда, поскольку для выявления общих принципов права может потребоваться рассмотрение вопроса о путях и средствах их признания.

30. Метод выявления общих принципов права будет зависеть от выводов, к которым придет Комиссия в вопросах, изложенных выше²². Например, для

¹⁶ Pellet and Müller, “Article 38” (сноска 13 выше), p. 944; Raimondo, *General Principles of Law ...* (сноска 13 выше), p. 7; Blondel, “Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice” (сноска 13 выше), p. 202.

¹⁷ *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 14, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, at p. 152, para. 41 («Весь свод *droit des gens* следует толковать и применять в свете [общих принципов права]»); C. W. Jenks, *The Common Law of Mankind* (London, Stevens and Sons, 1958), p. 106.

¹⁸ Andenas and Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law” (сноска 13 выше), pp. 10 ff.

¹⁹ См., например, G. Tunkin, *Theory of International Law*, L.N. Shestakov (ed.) and William E. Butler (transl. and ed.) (Wildy, Simmons and Hill, 2003), pp. 145–157; G.I. Tunkin, “Co-existence and international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 95 (1958), pp. 1–81, at p. 26; V.M. Koretsky, «“Общие принципы права” в международном праве» [“General Principles of Law” in International Law”] (Kiev, Ukrainian Academy of Sciences, 1957).

²⁰ B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge, Cambridge University Press, 1953), p. 23. См. также pp. 70–71 ниже.

²¹ См., например, Pellet and Müller, “Article 38” (сноска 13 выше), p. 943 («общие принципы права являются «переходными» в том смысле, что их неоднократное использование на международном уровне превращает их в обычай и поэтому делает ненужным прибегать к основополагающим общим принципам права»). См. также P. Palchetti, “The Role of General Principles in Promoting the Development of Customary International Rules”, в M. Andenas *et al.* (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), pp. 47–59.

²² Общие принципы права были охарактеризованы как «неоднородное понятие» в том смысле, что их характер и метод выявления могут различаться в зависимости от того, о какой

выявления общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, может потребоваться проведение двухэтапного анализа: во-первых, выявление принципа, общего для большинства национальных правовых систем; во-вторых, определение применимости этого принципа в международно-правовой системе²³.

31. С другой стороны, если Комиссия придет к выводу, что общие принципы права включают в себя принципы, сформированные в рамках международно-правовой системы, а не основанные на общих для национальных правовых систем принципах, то метод выявления может быть иным. Упомянутый выше двухэтапный анализ может и не потребоваться, однако факт «признания» по смыслу статьи 38 1) с) Статута все же необходимо будет установить.

32. Кроме того, Комиссия может уточнить роль судебных решений и доктрин в качестве «вспомогательного средства» по смыслу статьи 38 1) d) Статута в выявлении общих принципов права. В этой связи, возможно, потребуется рассмотреть мнения о том, что решения международных судов и трибуналов не только помогают в выявлении общих принципов права, но и играют существенную роль в формировании этого источника международного права²⁴.

33. Комиссия, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о том, могут ли существовать общие принципы права по смыслу статьи 38 1) с) Статута, которые являются не универсальными, а скорее региональными, или даже принципы, применимые в двусторонних отношениях²⁵.

В. Конечный результат

34. Специальный докладчик считает, что результаты работы над данной темой следует облечь в форму выводов, сопровождаемых комментариями. На данном этапе представляется целесообразным представить первый проект вывода о сфере охвата этой темы:

Проект вывода 1: Сфера охвата

Настоящие проекты выводов касаются общих принципов права как одного из источников международного права.

II. Методологический подход

35. Работа Комиссии будет основываться главным образом на практике государств. Она включает в себя, в частности, заявления, дипломатические обмены, состязательные бумаги в международных судах и трибуналах, договоры и историю их разработки, а также решения национальных судов.

36. Практика международных организаций также может быть проанализирована, если это будет сочтено уместным для целей настоящей темы.

категории общих принципов права идет речь. См. Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (сноска 13 выше), pp. 74–75.

²³ См. части третью и четвертую ниже.

²⁴ См., например, J. R. Leiss, “The Juridical Nature of General Principles”, в M. Andenas et al. (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), pp. 79–99.

²⁵ См., например, R. Kolb, *La bonne foi en droit international public* (Geneva, Presses universitaires de France, 2000), pp. 50–52; Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (сноска 13 выше), p. 63.

37. Кроме того, будет проанализирована судебная практика международных судов и трибуналов. Цель состоит в том, чтобы охватить как можно более широкий спектр прецедентного права, имеющего отношение к данной теме.

38. Важнейшим методологическим вопросом данной темы является выбор соответствующих материалов для ее исследования. Такие термины, как «принцип», «общий принцип», «общий принцип права», «общий принцип международного права» и «принцип международного права» часто встречаются на практике и в литературе, как правило, без четкого указания источника таких принципов. Вполне возможно, что, когда такие термины используются, речь идет о той или иной норме международного договорного или обычного права, а не об общем принципе права по смыслу статьи 38 1) с) Статута. Возникает вопрос о том, как провести различие между ними.

39. Для того чтобы Комиссия могла выбрать соответствующие материалы, Специальный докладчик считает необходимым принять во внимание ряд факторов. К ним относятся:

- a) делается ли прямая ссылка на статью 38 1) с) Статута Международного Суда;
- b) делается ли косвенная ссылка на статью 38 1) с) Статута (например, путем употребления термина «общие принципы права»);
- c) приводится ли или применяется ли та или иная правовая норма в отсутствие нормы международного договорного или обычного права;
- d) существует ли, несмотря на употребление терминов «принцип», «общий принцип» или других аналогичных терминов, договорная или обычная норма, регулирующая конкретную ситуацию²⁶;
- e) содержит ли документ, регулирующий функционирование суда или трибунала, положение применимого права, включающее общие принципы права²⁷.

В той мере, в какой это было возможно, Специальный докладчик учитывал эти факторы при отборе материалов, которые рассматриваются ниже.

40. Научные труды, посвященные общим принципам права, также будут рассматриваться в комплексе с остальными материалами на систематической основе. В этой связи Комиссия могла бы представить в конце своей работы широко репрезентативную библиографию, содержащую основные материалы по данной теме.

41. Безусловно, что в ходе работы Комиссии по данной теме и в комментариях, которые будут сопровождать проекты выводов, будут приведены примеры общих принципов права. Однако в соответствии с практикой Комиссии Специальный докладчик считает, что эти ссылки должны носить исключительно

²⁶ Возможна ситуация, когда норма международного договорного или обычного права решает тот же вопрос, что и общий принцип права. Примером этого является принцип *res judicata*, применяемый Международным Судом, который, хотя часто и упоминается в качестве общего принципа права, также связан со статьями 59, 60 и 61 Статута Суда. В таких случаях может возникнуть необходимость остановиться и задаться вопросом, применяет ли Суд общий принцип права или договорную норму, или и то, и другое одновременно.

²⁷ Возможно, и как следует из некоторых прецедентных решений, которые обсуждаются ниже, общие принципы права могут не нуждаться в прямой ссылке на них в статуте или специальном соглашении для их применения судом или трибуналом.

иллюстративный характер и что Комиссии не следует рассматривать содержание общих принципов права²⁸.

Часть вторая: Предыдущая работа Комиссии

42. Прежде чем приступить к анализу вопросов, изложенных в Части первой, полезно напомнить о предыдущей работе Комиссии, которая может иметь отношение к рассмотрению настоящей темы²⁹. Специальный докладчик намерен, при необходимости, опираться на эту работу.

43. Общие принципы права фигурировали в работе Комиссии, часто в разрозненном виде, с первых лет ее существования. Для удобства эта работа разделена на две части: во-первых, ссылки на общие принципы права в работе Комиссии, включая примеры таких принципов. Во-вторых, предыдущее рассмотрение Комиссией некоторых аспектов настоящей темы, которые были изложены в общем виде выше.

I. Ссылки на общие принципы права в работе Комиссии

44. Ссылки на «принципы», «общие принципы», «общие принципы права» и другие подобные термины можно найти во всех материалах, подготовленных Комиссией. Однако, как это часто бывает в других случаях, не всегда абсолютно ясно, являются ли эти ссылки ссылками на общие принципы права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда или нет. Поэтому при оценке работы Комиссии следует проявлять осторожность.

45. Приведенные ниже примеры носят лишь иллюстративный, а не исчерпывающий характер. Они включают ссылки на общие принципы права в заявлениях Комиссии в целом, в заявлениях отдельных членов Комиссии в ходе прений, в докладах, представляемых специальными докладчиками по различным темам, и в меморандумах, подготовленных Секретариатом.

46. В рамках темы «Формулирование Нюрнбергских принципов» Комиссия сформулировала ряд «принципов международного права», касающихся уголовных вопросов. Во время обсуждения Комиссия рассмотрела вопрос о том, следует ли ей «выяснить, в какой мере принципы, признанные Уставом

²⁸ См. подход, принятый Комиссией при формулировании своих проектов выводов о выявлении международного обычного права (п. 6) комментария к выводу 1, A/73/10, пп. 65–66, с. 137).

²⁹ Другой отчет о работе Комиссии, касающейся общих принципов права, можно найти в докладе Ассоциации международного права за 2018 год, озаглавленном «Применение принципов внутреннего права при развитии международного права» (The Use of Domestic Law Principles in the Development of International Law) (paras. 106–181). В докладе используется несколько иной подход, акцентированный на ссылки на принципы внутреннего права в рамках работы Комиссии. В докладе говорится, что «в соответствии со своим мандатом Исследовательская группа явно выраженным образом сосредоточила внимание на общих принципах, вытекающих из внутреннего права, не обсуждая вопрос о том, могут ли общие принципы также вытекать из других источников» (*ibid.*, para. 2). В докладе также говорится, что «Исследовательская группа завершила свою работу, но, учитывая сложность и сохраняющуюся актуальность этой темы, она рекомендовала бы Ассоциации рассмотреть вопрос о создании комитета с более широким кругом участников для содействия работе Комиссии международного права Организации Объединенных Наций по более широкой теме общих принципов права (включая другие потенциальные источники, из которых могут быть выведены общие принципы)» (*ibid.*, p. 70). См. также резолюцию 9/2018, принятую на 78-й Конференции Ассоциации международного права, состоявшейся в Сиднее, Австралия, 19–24 августа 2018 года.

[Нюрнбергского трибунала] и нашедшие выражение в приговоре, являются принципами международного права». Она пришла к выводу о том, что «ввиду того, что Нюрнбергские принципы были единодушно утверждены Генеральной Ассамблеей, Комиссия пришла к выводу, что порученная ей задача заключается не в оценке этих принципов как принципов международного права, а лишь в их формулировке³⁰. Таким образом, принципы, разработанные Комиссией, следует воспринимать в свете этой ограниченной задачи.

47. В ходе прений в Комиссии по этой теме возник вопрос о правовом характере права обвиняемого на самооборону. По мнению одного из членов,

«право на самооборону, безусловно, является принципом международного права, признанным в Уставе и решении, и в то же время одним из общих принципов права, признанных цивилизованными нациями, о котором говорится в пункте 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда»³¹.

По этому вопросу другой член отметил, что «общие принципы права, упомянутые в [статье 38 1) с)], являются принципами внутригосударственного права» и что «поэтому нельзя считать, что существует принцип международного права в этом вопросе, который, кроме того, подпадает под действие уголовно-процессуальной процедуры»³². Это мнение было опровергнуто на том основании, что ничто в этом положении не сводит его до уровня принципов внутригосударственного права. Было заявлено, что «Статут Суда отсылает в этом пункте к принципам международного права, а также к принципам внутригосударственного права»³³.

48. В своих проектах статей о континентальном шельфе и смежных темах Комиссия отметила в комментарии к проекту статьи 2 (об осуществлении прибрежным государством контроля и юрисдикции над континентальным шельфом), что

«Комиссия не пыталась основывать на обычном праве право прибрежного государства осуществлять контроль и юрисдикцию для ограниченных целей, указанных в статье 2 (...) Достаточно сказать, что принцип континентального шельфа основывается на общих принципах права, которыми сегодня руководствуется международное сообщество»³⁴.

49. В своей работе, связанной с арбитражным процессом, Комиссия также ссылалась на общие принципы права. В первом «проекте об арбитражном процессе» в 1952 году Комиссия пришла к выводу о том, что «арбитражный суд всегда имеет право выносить решения на основе общих принципов права, которые считаются нормами позитивного права, но не вправе действовать в качестве

³⁰ *Yearbook ... 1950*, vol. II, document A/1316, p. 374, para. 96. См. также *Yearbook ... 1949*, p. 133, para. 35; *Yearbook ... 1950*, vol. II, document A/CN.4/22, p. 189, para. 36.

³¹ *Yearbook ... 1949*, p. 205, para. 75.

³² *Ibid.*, p. 206, para. 80. Спиропулос также заявил, что «[с]мысл этого пункта заключается в том, что Суд должен, когда это необходимо, применять общие принципы внутригосударственного права при разрешении международных споров» (*ibid.*).

³³ *Ibid.*, p. 206, para. 81. Вместе с тем Сель отметил, что «любой принцип международного права берет свое начало в обычае ... Поэтому прежде, чем стать принципом международного права, любой принцип сначала является общим принципом внутригосударственного права, и на обоих этапах его развития он может применяться Судом в международных делах» (*ibid.*).

³⁴ Para. 6 of the commentary to art. 2 of the draft articles on the continental shelf and related subjects, *Yearbook ... 1951*, vol. II, document A/1858, annex, at p. 142.

мирового посредника, т.е. судить *contra legem* без согласия сторон»³⁵. Что касается проекта статьи 12, то Комиссия также выразила мнение о том, что

«в пункте 2 содержится одно из наиболее важных положений всего проекта. Оно соответствует общей норме права, которая признана во многих правовых системах мира и предусматривает, что судья не может отказывать в вынесении решения на основании молчания или неясности закона»³⁶.

50. Проект статьи 12 стал предметом дальнейшего обсуждения в 1958 году, когда было предложено исключить его³⁷. Это положение было, в конечном счете, сохранено в качестве статьи 11 («Суд не может отказаться постановить решение за отсутствием или неясностью подлежащей применению нормы права»)³⁸. Комиссия также приняла статью 10, касающуюся возможности применения арбитражным судом, в частности, «общих принципов права, признанных цивилизованными нациями», при отсутствии между сторонами какого-либо соглашения относительно права, которое должно применяться³⁹.

51. Различные ссылки на общие принципы права делались в контексте ее работы по праву международных договоров. Например, Специальный докладчик сэр Херш Лаутерпахт предложил, чтобы «условия действительности договоров, их исполнения, толкования и прекращения регулировались международным обычаем и, в соответствующих случаях, общими принципами права, признанными цивилизованными нациями»⁴⁰. Упоминались также общие принципы права, касающиеся аннулирования договорных соглашений, объект которых является незаконным⁴¹, *fraus omnia corrumpit*⁴², ошибки как дефекта согласия⁴³ и исключений из нормы *pacta tertiis*⁴⁴.

52. В своем проекте статей о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, Комиссия сослалась на «общий принцип» справедливости в контексте движимой государственной собственности, который «никогда нельзя упускать из виду и который в таких случаях предусматривает распределение собственности между государством-преемником или государствами-преемниками и государством-предшественником»⁴⁵.

53. Статья 33 проекта статута Международного уголовного суда предусматривает, что Суд применяет, в частности, «применимые договоры и принципы и

³⁵ Para. (8) of the commentary to art. 9 of the draft on arbitral procedure, *Yearbook ... 1952*, vol. II, document A/2163, chap. II, at p. 63. См. также *Yearbook ... 1953*, vol. I, 194th meeting, pp. 63–64, para. 73.

³⁶ Para. (2) of the commentary to art. 12 of the draft on arbitral procedure, *Yearbook ... 1952*, vol. II, document A/2163, chap. II, at p. 64. См. также *Yearbook ... 1953*, vol. I, 188th meeting, p. 24, paras. 25–26; *Yearbook ... 1958*, vol. I, 441st and 442nd meetings, pp. 46–49, paras. 17–52.

³⁷ *Yearbook ... 1958*, vol. I, pp. 50–54, paras. 69–74 and paras. 1–42, respectively.

³⁸ *Yearbook ... 1958*, vol. II, document A/3859, pp. 84 ff., para. 22.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Yearbook ... 1953*, vol. II, document A/CN.4/63, pp. 90, 105–106, draft art. 3 and comments thereto on the law of treaties proposed by the Special Rapporteur on the topic.

⁴¹ *Ibid.*, p. 155, para. 5.

⁴² *Yearbook ... 1963*, vol. I, 679th meeting, pp. 32–38, paras. 2–60.

⁴³ *Ibid.*, 680th meeting, pp. 41–43, paras. 19–60.

⁴⁴ Para. (1) of the commentary to draft art. 62 of the draft articles on the law of treaties, *Yearbook ... 1964*, vol. II, document A/CN.4/167 and Add.1–3, p. 20.

⁴⁵ П. 8) комментария к разделу 2 проекта статей о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов, *Ежегодник ... 1981 год*, т. II (часть вторая), с. 34.

нормы общего международного права»⁴⁶. В комментарии к этому положению уточняется, что «выражение «принципы и нормы» общего международного права включает общие принципы права, с тем чтобы суд мог в законном порядке обращаться ко всем элементам уголовного права, имеющимся либо в национальных судах, либо в международной практике, когда суд нуждается в руководстве по вопросам, которые не четко урегулированы договором»⁴⁷.

54. Как представляется, Комиссия также выявила ряд «общих принципов» в контексте своей работы, связанной с проектом кодекса преступлений против мира и безопасности человечества. На основе Нюрнбергских принципов она признала «общий принцип прямой применимости международного права в отношении личной ответственности и наказания за преступления по международному праву»⁴⁸. Она также признала «общий принцип автономности международного права по отношению к национальному праву в связи с уголовной квалификацией поведения, представляющего собой преступления по международному праву»⁴⁹. В частности, Комиссия также заявила, что факт отсутствия необходимости того, чтобы лицо заранее знало конкретное наказание за то или иное преступление «согласуется с прецедентом наказания за преступление по международному обычному праву или с общими принципами права, признанными в приговоре Военного трибунала для судебного преследования и наказания главных военных преступников европейских стран оси (Нюрнбергский трибунал), а также в пункте 2 статьи 15 Международного пакта о гражданских и политических правах»⁵⁰.

55. Комиссия также сослалась на «общие принципы уголовного права, касающиеся соучастия»⁵¹, а также на «общий принцип» *aut dedere aut judicare*⁵² и справедливого судебного разбирательства⁵³.

56. Статьи 14 и 15 проекта кодекса касаются исключаящих и смягчающих вину обстоятельств, которые должны приниматься во внимание «в соответствии с общими принципами права»⁵⁴. Что касается статьи 14, то Комиссия пояснила, что компетентному суду следует рассмотреть обоснованность возражения на обвинение, заявленного обвиняемым, по общим принципам права, что ограничивает круг возможных обстоятельств, исключаящих вину, теми обстоятельствами, которые «прочно вошли в практику и широко признаются в качестве приемлемых в отношении преступлений сходной степени тяжести по

⁴⁶ Ст. 33 проекта статута Международного уголовного суда, *Ежегодник ... 1994 год*, т. II (часть вторая), п. 91, на с. 55.

⁴⁷ П. 2) комментария к статье 33, *там же*, см. также пункт 5), *там же*, на с. 55. Предыдущие прения Комиссии по этому вопросу см. в *Ежегоднике ... 1992 год*, т. I, 2254–2264-е заседания, сс. 3–78; *там же*, т. II (часть вторая), с. 15, п. 77; *Ежегоднике ... 1993 год*, т. II (часть вторая), с. 17, п. 63.

⁴⁸ П. 8) комментария к статье 1 проекта кодекса против мира и безопасности человечества, *Ежегодник ... 1996 год*, т. II (часть вторая), п. 50, на с. 20.

⁴⁹ П. 12), *там же*.

⁵⁰ П. 7) комментария к статье 3, *там же*, с. 27.

⁵¹ П. 5) комментария к ст. 6, *там же*, с. 31.

⁵² П. 2) комментария к ст. 9, *там же*, с. 38.

⁵³ П. 4) комментария к статье 11, *там же*, с. 42. Ссылки на определенные «общие принципы уголовного права» также звучали в ходе прений в Комиссии по этой теме. См., например, *Ежегодник ... 1985 год*, т. I, с. 18, п. 23; с. 24, пп. 51–52; с. 33, п. 42; с. 47, п. 27; с. 65, пп. 35–36; *Ежегодник ... 1986 год*, т. I, с. 171, п. 43; с. 173–174, пп. 58 и 61; сс. 183 и 184, пп. 1 и 4; сс. 184 и 185, пп. 11 и 14–16; с. 217, п. 36; *Ежегодник ... 1988 год*, том I, с. 343, пп. 46–47.

⁵⁴ *Ежегодник ... 1996 год*, т. II (часть вторая), п. 50, сс. 49 и 52.

внутригосударственному или международному праву»⁵⁵. Аналогичные выводы были сделаны и в отношении смягчающих вину обстоятельств⁵⁶. Комиссия сочла, что для определения применимых общих принципов, регулирующих эти вопросы, можно было бы использовать ориентиры из прецедентного права военных трибуналов и национальных судов, проводивших последующие процессы над военными преступниками после процесса над главными военными преступниками, проведенного Нюрнбергским трибуналом⁵⁷.

57. Комиссия также ссыалась на различные «принципы», «общие принципы», «общие принципы права» и «общие принципы международного права» в своих статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния⁵⁸. Например, в связи со статьей 3 Комиссия определила «принцип», согласно которому на квалификацию деяния государства как международно-противоправного не влияет квалификация этого деяния как правомерного по внутригосударственному праву⁵⁹.

58. Что касается присвоения ответственности, то Комиссия сослалась на «общий принцип», согласно которому поведение частных лиц или образований, а также не добившихся победы повстанческих движений не присваивается государству⁶⁰. Комиссия также сослалась на «общий принцип» интертемпорального права⁶¹ и «общий принцип», согласно которому юридические последствия международно-противоправного деяния не затрагивают сохраняющиеся обязанности государства по исполнению нарушенного обязательства⁶². Что касается форс-мажора, то Комиссия сочла, что он «может быть назван общим принципом права»⁶³.

59. В своих принципах распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности, Комиссия указала, что «ряд общих принципов, касающихся выплаты компенсации, претерпел определенную эволюцию с течением времени и получил поддержку в решениях [Международного Суда] и других международных судов»⁶⁴. В ходе прений в Комиссии прозвучала также ссылка на общие принципы права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда, например, на принцип «загрязнитель платит»⁶⁵.

60. В контексте своей работы над темой дипломатической защиты Комиссия сочла, что если акционерам причинен прямой ущерб и если компания зарегистрирована в государстве, совершившем противоправное деяние, то «могут

⁵⁵ П. 3) комментарий к статье 14, там же, на с. 53. Дальнейшие обсуждения по этому вопросу см. в *Ежегоднике ... 1991 год*, 2236-е заседание, т. I, сс. 225–239, пп. 66–94.

⁵⁶ П. 3) комментарий к статье 15, *Ежегодник ... 1996 год*, т. II (часть вторая), п. 50, с. 53.

⁵⁷ П. 4) там же.

⁵⁸ Аналогичные ссылки были сделаны в связи с темой «Ответственность международных организаций». См. *Ежегодник ... 2011 год*, т. II (часть вторая).

⁵⁹ Комментарии к статьям 3 и 32 статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, т. II (часть вторая) и исправление, пункты 76–77, на сс. 39–42, 113.

⁶⁰ Комментарии к ст. 8 и 10, там же, сс. 53, 56 и 59.

⁶¹ Комментарий к ст. 13, там же, сс. 66–68.

⁶² П. 2) комментарий к ст. 29, там же, с. 105.

⁶³ Пункт 8) комментарий к статье 23, там же, с. 92. В исследовании 1978 года Секретариат также указал на то, что форс-мажор может быть общим принципом права (см. *Ежегодник ... 1978 год*, т. II (часть первая), документ A/CN.4/315, сс. 241–243, пп. 525–529).

⁶⁴ П. 18) комментарий к принципу 3 принципов распределения убытков в случае трансграничного вреда в результате опасных видов деятельности, *Ежегодник ... 2006 год*, т. II (часть вторая), пп. 66–67, на с. 90.

⁶⁵ См., например, *Ежегодник ... 2003 год*, т. I, 2766-е заседание, с. 130, п. 32, и с. 133, п. 48.

иметься основания для ссылки на общие принципы права, регулирующего деятельность акционерных компаний, с тем чтобы обеспечить, чтобы в осуществлении своих прав иностранные акционеры не подвергались дискриминационному обращению»⁶⁶. Аналогичным образом, Комиссия придерживалась мнения о том, что в случае совместного осуществления права на дипломатическую защиту проблемы, связанные с такими ситуациями, «должны решаться в соответствии с общими принципами права, признанными международными и национальными судами и касающимися удовлетворения совместных требований»⁶⁷.

61. Исследовательская группа Комиссии по фрагментации международного права в своих выводах сослалась на «общий принцип», «максиму» или «обще-признанный метод толкования и урегулирования коллизий» *lex specialis derogat generalis*⁶⁸, на «принцип» *lex posterior derogat legi priori*⁶⁹ и на «принцип гармонизации», который «является общепризнанным и состоит в том, что, когда несколько норм касаются одного вопроса, они должны в максимально возможной степени толковаться таким образом, чтобы устанавливать единый ряд совместимых обязательств»⁷⁰.

62. В ходе прений по докладу Исследовательской группы 2005 года по этой же теме один из членов Комиссии отметил, что в докладе содержатся «довольно расплывчатые ссылки на „общие принципы международного права“». Он отметил, что, по крайней мере во французском языке, существует четкое различие между «общими принципами международного права» (*les principes généraux du droit international*) и «общими принципами права, признанными цивилизованными нациями» (*les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées*), о которых говорится в статье 38 Статута Международного Суда⁷¹.

63. В своих комментариях в Руководстве по практике в отношении оговорок к международным договорам Комиссия сослалась на «общие принципы» добросовестности и взаимности⁷². Что касается последнего, то Комиссия выразила мнение о том, что он «признан не только как общий принцип, но также как принцип автоматического применения, не требующий ни особого положения в договоре, ни одностороннего заявления со стороны государств или международных организаций, принявших оговорку в этом смысле»⁷³.

64. К числу других норм, которые в ходе работы Комиссии рассматривались в качестве общих принципов права, относятся связь между встречными требованиями и основным требованием⁷⁴, разделение расходов и издержек⁷⁵, публичное оглашение судебных решений⁷⁶, злоупотребление правами⁷⁷, *ex injuria jus non*

⁶⁶ П. 4) комментария к статье 12 статей о дипломатической защите, *Ежегодник ... 2006 год*, т. II (часть вторая), пункты 49–50, на с. 48.

⁶⁷ П. 4) комментария к статье 6, *там же*, с. 36.

⁶⁸ Пункт 5) выводов Исследовательской группы по фрагментации международного права, *там же*, п. 251, с. 216.

⁶⁹ Пп. 24)–27), *там же*, с. 219.

⁷⁰ П. 4), *там же*, на сс. 215–216.

⁷¹ *Ежегодник ... 2005 год*, 2860-е заседание, т. I, с. 259, п. 60.

⁷² Пункт 5) комментария к руководящему положению 3.1.5 и пункт 33) комментария к руководящему положению 4.2.4 Руководства по практике в отношении оговорок к международным договорам, *Ежегодник ... 2011 год*, т. II (часть третья), сс. 213 и 271 англ. текста, соответственно.

⁷³ П. 33) комментария к руководящему положению 4.2.4, *там же*, с. 271 англ. текста.

⁷⁴ *Yearbook ... 1953*, vol. I, 188th meeting, p. 27, para. 75.

⁷⁵ *Ibid.*, 192nd meeting, p. 53, para. 98.

⁷⁶ *Ibid.*, 193rd meeting, p. 57, para. 65.

⁷⁷ *Ibid.*, 236th meeting, p. 362, para. 92, and p. 376, paras. 67–68; *Yearbook ... 1953*, vol. II, p. 219, para. 100.

ogitur⁷⁸, свободное согласие⁷⁹, аннулирование договорных соглашений, объект которых является незаконным⁸⁰, принцип определения подсудности (compétence-compétence)⁸¹ и понятие «взаимные ожидания»⁸².

II. Предыдущее рассмотрение Комиссией вопросов, касающихся настоящей темы

65. В дополнение к упоминаниям и примерам общих принципов права, которые встречались в ходе ее работы, Комиссия занималась конкретными вопросами, которые касались данной темы и были изложены в общем виде в Части первой.

66. Выводы, сформулированные по итогам работы Исследовательской группы по фрагментации международного права⁸³, например, актуальны для некоторых аспектов данной темы, в том числе в отношении взаимосвязи между общими принципами права и другими источниками международного права, а также функций общих принципов права. Следует особо отметить следующие выводы, принятые Исследовательской группой:

а) «В контексте максимы *lex specialis derogat legi generali* источник данной нормы (будь то договор, обычай или общий принцип права) не является решающим для определения наиболее конкретного стандарта. Однако на практике договоры зачастую действуют в качестве *lex specialis* относительно соответствующего обычного права и общих принципов [права]»⁸⁴;

б) одной из функций общего права (включая общие принципы права) в специальных режимах является заполнение пробелов⁸⁵;

с) общие принципы права могут служить внешним по отношению к договору источником для целей толкования в соответствии со статьей 31 3) с) Венской конвенции о праве международных договоров⁸⁶;

д) цель системной интеграции функционирует в качестве презумпции как с позитивными, так и негативными аспектами: «а) стороны обязаны обращаться к международному обычному праву и общим принципам права по всем

⁷⁸ *Yearbook ... 1953*, vol. II, A/CN.4/63, p. 148, para. 3 of the comment to draft art. 12 of the articles on the law of treaties proposed by the Special Rapporteur on the topic.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 149, para. 6.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 155, para. 5 of the comment to draft art. 15 of the articles on the law of treaties proposed by the Special Rapporteur on the topic.

⁸¹ *Yearbook ... 1958*, vol. I, 441st meeting, p. 45, para. 8.

⁸² *Ежегодник ... 1982 год*, 1739-е заседание, т. I, с. 292, п. 6.

⁸³ *Ежегодник ... 2006 год*, т. II (часть вторая), с. 215, п. 251.

⁸⁴ Пункт 5) выводов Исследовательской группы о фрагментации международного права, там же, на с. 216. См. также «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением международного права», доклад Исследовательской группы Комиссии международного права, доработанный Мартти Коскенниemi (A/CN.4/L.682 и Corr.1 и Add.1) (размещен на веб-сайте Комиссии, документы пятьдесят восьмой сессии; окончательный текст будет опубликован в качестве добавления к *Ежегоднику ... 2006 год*, т. II (часть первая)), п. 66).

⁸⁵ П. 15) выводов Исследовательской группы по фрагментации международного права, *Ежегодник ... 2006 год*, т. II (часть вторая), на с. 217.

⁸⁶ П. 18), там же, на с. 218. См. также «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением международного права», доклад Исследовательской группы Комиссии международного права, доработанный Мартти Коскенниemi (A/CN.4/L.682 и Corr.1 и Add.1) (см. сноску 84 выше), пункт 469. Венскую конвенцию о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 года) см. в: United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, No. 18232, p. 417.

вопросам, которые прямо не урегулированы в самом договоре; b) при принятии на себя договорных обязательств государства не намереваются действовать вопреки общепризнанным принципам международного права»⁸⁷;

е) общие принципы права непосредственно применимы к толкованию договора, особенно в случаях, когда: «а) договорная норма является неясной или допускает разночтения; b) употребляемые в договоре термины имеют общепризнанное значение... в международном обычном праве или в соответствии с общими принципами права; с) в договоре ничего не сказано о применимом праве, и толкователю для решения проблемы необходимо при помощи презумпции системной интеграции обращаться к нормам, сформировавшимся в другой отрасли международного права»⁸⁸;

ф) «основные источники международного права (договоры, обычай и общие принципы права) не состоят в иерархической связи *inter se*»⁸⁹.

67. Исследовательская группа также рассмотрела различие между «нормами» и «принципами», отметив, что оно охватывает одну типичную категорию отношений — отношения между нормами более низкого и более высокого уровня абстракции. «Норму», таким образом, можно иногда трактовать как конкретное воплощение «принципа» и воспринимать как *lex specialis* или *lex posterior* по отношению к нему, что делает ее применимой вместо него⁹⁰. Кроме того, Исследовательская группа отметила, что «общий или более ранний принцип можно трактовать в качестве выразителя подтекста или цели специальной (или последующей) нормы»⁹¹.

68. В своих проектах статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния Комиссия в связи с проектом статьи 12 (Наличие нарушения международно-правового обязательства) выразила мнение о том, что «международные обязательства могут устанавливаться обычной нормой международного права, договором или общим принципом, применимым в рамках международного правопорядка»⁹².

69. Специальный докладчик по теме «Выявление международного обычного права» предусмотрел возможность рассмотрения взаимосвязи между

⁸⁷ П. 19), *Ежегодник ... 2006 год*, т. II (часть вторая), с. 218. См. также «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением международного права», доклад Исследовательской группы Комиссии международного права, доработанный Мартти Коскенниemi (A/CN.4/L.682 и Согг.1 и Add.1) (см. сноску 84 выше), п. 465.

⁸⁸ П. 20), *Ежегодник ... 2006 год*, т. II (часть вторая), на сс. 218–219.

⁸⁹ П. 31), *там же*, с. 221. См. также «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением международного права», доклад Исследовательской группы Комиссии международного права, доработанный Мартти Коскенниemi (A/CN.4/L.682 и Согг.1 и Add.1) (см. сноску 84 выше), п. 85 («Любой суд или юрист, которому необходимо решить нормативную проблему, сначала обратится к договорам, затем — к обычаю и только потом — к общим принципам права»).

⁹⁰ «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением международного права», доклад Исследовательской группы Комиссии международного права, доработанный Мартти Коскенниemi (A/CN.4/L.682 и Согг.1 и Add.1) (см. сноску 84 выше), п. 28.

⁹¹ Там же, п. 29.

⁹² П. 3) комментарий к статье 12 статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник ... 2001 год*, т. II (часть вторая) и исправление, пп. 76–77, на с. 63. См. также комментарий к проекту статьи 17 проектов статей об ответственности государств, *Ежегодник ... 1976 год*, т. II (часть вторая), п. 78, на сс. 80–87 англ. текста.

международным обычным правом и общими принципами права в самом начале своей работы⁹³. Это нашло поддержку у некоторых членов Комиссии⁹⁴.

70. В своем первом докладе Специальный докладчик кратко рассмотрел различие между общими принципами права и международным обычным правом⁹⁵. Он отметил, что: а) важное значение имеет различие между ними, которое, однако, не всегда очевидно в судебной практике и в литературе; б) общие принципы права включены в перечень отдельно от международного обычного права в статье 38 1) с) Статута Международного Суда, и в прецедентном праве и в специальной литературе это понятие иногда используется применительно не только к общим принципам, единым для разных систем внутреннего права, но и к общим принципам международного права; в) Международный Суд может обращаться к общим принципам международного права в тех случаях, когда отсутствуют признаки международного обычного права; и d) хотя абстрактно провести различие между международным обычным правом и общими принципами может быть затруднительно, вне зависимости от сферы охвата общих принципов все же важно выявить те нормы, которые по своей природе должны подкрепляться реальной практикой государств⁹⁶. Специальный докладчик также сослался на термин «общее международное право», указав, что «иногда он используется в значении, подразумевающим нечто более широкое, чем общее международное обычное право, например нормы международного обычного права наряду с общими принципами права и/или наряду с широко признанными международными конвенциями»⁹⁷. Он высказал мысль о том, что оно было «желательно, чтобы конкретный смысл, вкладываемый в этот термин, пояснялся всякий раз, когда контекст не позволяет точно установить его значение»⁹⁸.

71. Прения в Комиссии по этим вопросам были краткими. Некоторые члены согласились с подходом Специального докладчика и сочли, что следует рассмотреть вопрос о взаимосвязи между этими двумя источниками. Были также высказаны некоторые предварительные соображения по поводу этой связи. Один из членов, например, отметил, что

«[е]ще одним важным видом взаимодействия является взаимодействие между международным обычным правом и общими принципами права, которые нередко используются как дополнение и даже вместо классических критериев обычая. Можно также предположить, что та или иная норма обычного права толкуется в свете какого-либо признанного общего принципа. Роль этих принципов тесно связана с формированием и доказательством существования международного обычного права (...) При этом Комиссия должна следить за тем, чтобы не обойти вниманием возможную идентификацию общих принципов как источника международного права, в их собственном качестве или в качестве дополнения к другим нормам, полученным из других источников»⁹⁹.

Другой член высказал мнение о том, что «когда общие принципы права, применимые в соответствии с национальным правом, транспонируются довольно часто в международное право, они становятся обычно-правовыми нормами международного права. Процесс, посредством которого это происходит,

⁹³ *Ежегодник ... 2012 год*, т. II (часть первая), документ [A/CN.4/653](#), с. 55 англ. текста, п. 14.

⁹⁴ *Там же*, т. I, 3148-е заседание, с. 138 англ. текста, п. 31, 3151-е заседание, с. 164 англ. текста, п. 27, и 3152-е заседание, с. 173 англ. текста, п. 8.

⁹⁵ [A/CN.4/663](#), пункт 36.

⁹⁶ *Там же*.

⁹⁷ *Там же*, п. 42. См. также [A/73/10](#), с. 136, сноска 667.

⁹⁸ [A/CN.4/663](#), пункт 42.

⁹⁹ *Ежегодник ... 2013 год*, т. I, 3183-е заседание, с. 92 англ. текста, п. 14.

представляет собой один из способов формирования международного обычного права, который Комиссия не может позволить себе оставить без внимания»¹⁰⁰. Вместе с тем другой член отметил, что различие между международным обычным правом и общими принципами права в прецедентном праве или специальной литературе не всегда является четким, и сослался на консультативное заключение Международного Суда относительно законности угрозы ядерным оружием или его применения в качестве примера, «поскольку Суд основывал свои выводы на анализе международного обычного права, международного гуманитарного права и общего международного права, не разъясняя при этом взаимосвязь между этими различными источниками»¹⁰¹. Сославшись также на трудность проведения различия между международным обычным правом и общими принципами права, другой член Комитета поставил вопрос о том, является ли принцип *rastra sunt servanda* общим принципом права, нормой международного обычного права или договорной нормой, и предложил, что «критерием может стать наличие или отсутствие реальной практики государств»¹⁰². Было также выражено мнение о том, что термин «общее международное право» охватывает общие принципы права¹⁰³.

72. В своем втором докладе Специальный докладчик напомнил, что «было достигнуто общее согласие о том, что Комиссии потребуется в определенной степени рассмотреть вопрос о связи между международным обычным правом и другими источниками международного права, в частности договорами и общими принципами права»¹⁰⁴. В то же время он высказал мнение о том, что Комиссии следует избегать рассмотрения вопросов, которые касаются других источников международного права и которые лучше рассматривать отдельно¹⁰⁵. Этот подход был принят Комиссией, которая в комментарии к проекту выводов о выявлении международного обычного права, четко указала, что

«в них не предпринимается никаких попыток объяснить взаимосвязь между международным обычным правом и другими источниками международного права, перечисленными в пункте 1 статьи 38 Статута Международного Суда (международные конвенции, как общие, так и специальные, и общие принципы права); в проектах выводов этот вопрос рассматривается только в том объеме, в каком это необходимо для объяснения способов выявления норм международного обычного права»¹⁰⁶.

73. Взаимосвязь между общими принципами права и императивными нормами общего международного права (*jus cogens*) была рассмотрена Специальным докладчиком по последней теме в его втором докладе¹⁰⁷. Специальный докладчик сосредоточил внимание на вопросе о том, охватывает ли термин «общее международное право» в статье 51 Венской конвенции о праве международных договоров общие принципы права и может ли он служить основой для норм *jus cogens*.

¹⁰⁰ Там же, 3182-е заседание, с. 89 англ. текста, п. 39.

¹⁰¹ Там же, 3183-е заседание, стр. 91 англ. текста, п. 5.

¹⁰² Там же, 3184-е заседание, стр. 97 англ. текста, п. 21.

¹⁰³ Там же, стр. 98 англ. текста, п. 30.

¹⁰⁴ A/CN.4/672, п. 3.

¹⁰⁵ Там же, п. 14. С мнениями относительно решения Специального докладчика не затрагивать взаимосвязь между международным обычным правом и общими принципами права можно ознакомиться в: A/CN.4/SR.3223, с. 13 (г-н Кафлиш); A/CN.4/SR.3226, с. 3 (г-н Штурма) и сс. 6–7 (г-н Хмуд); A/CN.4/SR.3227, с. 6 (сэр Майкл Вуд).

¹⁰⁶ П. 6) комментарий к выводу 1 проекта выводов о выявлении международного обычного права, A/73/10, пп. 65–66, на с. 137.

¹⁰⁷ A/CN.4/706, пп. 48–52.

74. Специальный докладчик указал, что «общие принципы права, подобно нормам международного обычного права, являются общеприменимыми», но что, за исключением литературы, мало что дает оснований утверждать, что общие принципы права могут служить основой для нормы *jus cogens*¹⁰⁸. После некоторого анализа он пришел к выводу, что термин «общее международное право» охватывает общие принципы права¹⁰⁹, и предложил проект вывода, в котором говорится, что они могут служить основой для норм *jus cogens*¹¹⁰.

75. Предложение Специального докладчика было в предварительном порядке принято Редакционным комитетом с поправками. Пункт 2 проекта вывода 5, принятый в предварительном порядке Редакционным комитетом, гласит следующее: «Договорные положения и общие принципы права могут также служить основами императивных норм общего международного права (*jus cogens*)»¹¹¹.

Часть третья: Развитие общих принципов права с течением времени

76. Для того чтобы пролить некоторый свет на природу общих принципов права и, в более общем плане, предоставить членам Комиссии некоторые справочные и соответствующие материалы, в настоящей части излагается практика государств и судебных органов до принятия Статута Постоянной Палаты Международного Суда, история разработки статьи 38 3) ее Статута и статьи 38 1) с) Статута Международного Суда, а также приводятся последующие ссылки на этот источник международного права в практике государств и решениях международных судов и трибуналов¹¹².

I. Практика, предшествовавшая принятию Статута Постоянной Палаты Международного Суда

77. Специальный докладчик считает полезным напомнить о практике, существовавшей до принятия Статута Постоянной Палаты Международного Суда, когда применялись правила или принципы, вытекающие из источников, помимо договоров и обычаев. Как отмечали некоторые авторы, применение таких норм или принципов можно объяснить, по крайней мере частично, тем, что тогда международное право не было достаточно развито для урегулирования всех ситуаций, однако при этом приходилось заниматься разрешением споров¹¹³.

¹⁰⁸ Там же, п. 48.

¹⁰⁹ Там же, п. 52.

¹¹⁰ Пункт 3 проекта вывода 5, предложенного Специальным докладчиком, гласит следующее: «Основой для международно-правовых норм *jus cogens* могут также служить общие принципы права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда» (там же, с. 44). С мнениями, высказанными в ходе общих прений по докладу, можно ознакомиться в документах [A/CN.4/SR.3369-3370](#) и [3372-3374](#).

¹¹¹ Заявление Председателя Редакционного комитета, 26 июля 2017 г., приложение, с. 11 англ. текста.

¹¹² Приведенные ниже примеры не являются исчерпывающими. Ссылки на дополнительные материалы будут представлены и проанализированы более подробно в Части четвертой ниже и в будущих докладах.

¹¹³ A. Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (Université de droit, d'économie et de sciences sociales, 1974), pp. 7 and 15; H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (Longmans, 1927), p. 39. См. также H. Waldock, "General course on public international law", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 106 (1962), p. 54.

78. Многие договоры, заключенные для разрешения споров в период с 18 века по начало 20 века, содержали широкие положения применимого права. Они предусматривали, что судебные органы должны разрешать передаваемые им споры на основе таких понятий, как «международное право», «принципы международного права», «справедливость» и «равенство»¹¹⁴. Например, статья 7 Гаагской конвенции (XII) 1907 года об учреждении Международной призывной палаты, которая так и не вступила в силу, но впоследствии упоминалась при разработке статьи 38 3) Статута Постоянной Палаты Международного Суда, предусматривала, что, если какой-либо вопрос не охватывается договором или общепризнанной нормой международного права, Палата «выносит решение, руководствуясь общими принципами справедливости и равенства»¹¹⁵.

79. В Гаагских конвенциях 1899 и 1907 годов о мирном решении международных столкновений также содержалось широкое применимое правовое положение, согласно которому решению столкновений должно осуществляться «на основе уважения права» (соответственно статьи 15 и 37). Как будет показано ниже, некоторые арбитражные суды, созданные в соответствии с этими конвенциями, применяли нормы или принципы, вытекающие из источников, помимо договоров и обычаев.

80. Следует также отметить клаузулу Мартенса в преамбуле Конвенции 1899 (II) о законах и обычаях сухопутной войны, как она упоминалась при разработке проекта статьи 38 3) Статута Постоянной Палаты Международного Суда. Она предусматривала следующее:

«Впредь до того времени, когда представится возможность издать более полный свод законов войны, Высокие Договаривающиеся Стороны считают уместным засвидетельствовать, что в случаях, не предусмотренных принятыми ими постановлениями, население и воюющие остаются под

¹¹⁴ См., например, ст. VII Договора 1794 года о дружбе, торговле и мореплавании («Договор Джея») между Великобританией и Соединенными Штатами; ст. IV Конвенции 1839 года об урегулировании требований граждан Соединенных Штатов Америки к Мексике; ст. II Конвенции 1860 года об урегулировании требований граждан Соединенных Штатов Америки к Коста-Рике; ст. VI Вашингтонского договора 1871 года между Великобританией и Соединенными Штатами (заключенного с целью урегулирования претензий по делу *о судне «Алабама»*); ст. 6 Конвенции 1882 года о возмещении ущерба, причиненного французским гражданам, заключенной Чили и Францией; ст. 6 Конвенции об арбитраже 1882 года между Чили и Италией; ст. 4 Арбитражного соглашения 1896 года между Аргентиной и Чили; ст. II Арбитражного соглашения 1899 года об урегулировании претензий между Италией и Перу; ст. XXII Конвенции 1907 года об учреждении Центральноамериканского суда; ст. 7 Специального соглашения 1910 года о передаче на арбитраж неурегулированных денежных требований Соединенных Штатов и Великобритании. Эти и другие соответствующие договоры см. в J. V. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to Which the United States Has Been a Party*, 6 vols (Washington, Government Printing Office, 1898) и H. La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794-1900: Histoire documentaire des arbitrages internationaux* (Bern, Stämpfli, 1902).

¹¹⁵ См. пп. 95 и 97 ниже. В докладе, подготовленном Первой комиссией Гаагской конференции мира 1907 года, это положение разъясняется следующим образом: «[Палата] призвана таким образом *создать закон* и принять во внимание принципы, иные чем те, которым должна была следовать национальная призывная палата, решение которой обжалуется. Мы уверены, что избранные Державами судьи справятся с возложенной на них высокой миссией и будут выполнять ее, проявляя сдержанность и твердость. Они будут указывать на практику, направленную в сторону справедливости, не подрывая при этом ее. Боязнь их справедливых решений может побуждать воюющие стороны, и национальные судьи проявлять больше мудрости, проводить более серьезные и добросовестные расследования и тем самым не допускать принятия постановлений и вынесения решений, которые являются слишком произвольными». См. J. V. Scott, *The Proceedings of The Hague Peace Conferences: The Conference of 1907*, vol. I (Oxford, Oxford University Press, 1920), pp. 189–190.

охраною и действием начал международного права, поскольку они вытекают из установившихся между образованными народами обычаев, из законов человечности и требований общественного сознания»¹¹⁶.

81. В контексте разрешения споров государства и судебные органы руководствовались нормами и принципами, вытекающими не из договоров и обычаев, а из других источников, как на основе положений применимого права, подобных упомянутому выше, так и в их отсутствие.

82. Например, в деле *Цестус* (1870 год) арбитр рассмотрел иск Великобритании о возмещении убытков, понесенных британскими судами в связи с закрытием Аргентиной своих портов в качестве акта ведения войны против Уругвая. Отвергнув аргументы Великобритании, основанные на определенных договорных положениях¹¹⁷, арбитр приступил к анализу того, обязана ли Аргентина возместить убытки «по справедливости»¹¹⁸. Этот аргумент был отвергнут, в частности, на том основании, что «принцип универсальной юриспруденции заключается в том, что тот, кто использует свое право, никого не оскорбляет»¹¹⁹.

83. В арбитражном разбирательстве по делу *Алабама* между Великобританией и Соединенными Штатами Америки (1872 год) арбитражный суд был призван применять нормы и принципы, касающиеся должной осмотрительности, определения размера ущерба и выплаты процентов¹²⁰. Аргументы суда были изложены сжато, однако в своих состязательных бумагах стороны ссылались на различные национальные законодательные акты в поддержку своих доводов¹²¹.

84. В деле *Фабиани* (1896 год) арбитр применил концепцию отказа в правосудии к ущербу, причиненному гражданину Франции в венесуэльских судах. Он развил эту концепцию, опираясь на практику Федерального суда Швейцарии, Гражданско-процессуальный кодекс и доктрину Франции. Он, в частности, пришел к следующему выводу:

«Опираясь на общие принципы международного права, то есть нормы, общие для большинства законодателей или ученых-правоведов, можно сделать вывод о том, что отказ в правосудии включает в себя не только отказ судебного органа выполнять свои обязанности (...), но и длительные задержки с его стороны с вынесением решений»¹²².

85. В деле *Фонда благочестивых дел (Pious Fund)* между Мексикой и Соединенными Штатами (1902 год) к трибуналу была обращена просьба определить,

¹¹⁶ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920* (The Hague, Van Langenhuisen Bros., 1920), 13th meeting (см. п. 97 ниже). Позднее клаузула Мартенса была также включена в Конвенцию (IV) о законах и обычаях сухопутной войны (1907 год) с идентичной формулировкой и в последующие договоры с некоторыми изменениями.

¹¹⁷ La Fontaine, *Pasicrisie internationale* (сноска 111 выше), pp. 64–66. Арбитражное соглашение не содержало каких-либо положений применимого права.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 66.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 67.

¹²⁰ *Alabama claims of the United States of America against Great Britain*, Award of 14 September 1872, *Reports of International Arbitral Awards* (UNRIAA), vol. XXIX, pp. 125–134.

¹²¹ См., например, *Case of the United States, to Be Laid before the Tribunal of Arbitration, to Be Convened at Geneva under the Provisions of the Treaty between the United States of America and Her Majesty the Queen of Great Britain, Concluded at Washington, May 8, 1871* (Washington, D.C., Government Printing Office, 1872), pp. 150–158 (определение нормы о «должной осмотрительности»). См. также Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (сноска 113 выше), pp. 216–223.

¹²² La Fontaine, *Pasicrisie internationale* (сноска 114 выше), p. 356 (см. также *Antoine Fabiani Case*, 31 July 1905, UNRIAA, vol. X, pp. 83–139, at p. 91). Арбитр также опирался на различные национальные правовые системы при разработке стандартов доказывания (p. 362) и ответственности (pp. 363–364).

регулируется ли предыдущее решение, вынесенное Смешанной мексиканско-американской комиссией, принципом *res judicata*¹²³. В ходе разбирательства обе стороны широко использовали внутреннее законодательство различных государств и континентальное право для продвижения своих аргументов¹²⁴. В своем решении трибунал счел, что *res judicata* является принципом, применимым к международному арбитражу¹²⁵.

86. В деле *о Венесуэльских преференциях* (1904 год)¹²⁶ арбитражный трибунал на основе «принципов международного права и максим справедливости» постановил, что Германия, Великобритания и Италия имеют право на преференциальный режим в отношении определенных денежных требований в отличие от других государств с аналогичными требованиями¹²⁷. В деле *Прибрежное рыболовство в Северной Атлантике* (1910 год) Соединенные Штаты выдвинули в свою защиту аргумент о существовании «международного сервитута», в силу которого Великобритания утрачивает независимое право на регулирование рыбного промысла граждан Соединенных Штатов в некоторых частях вод Великобритании¹²⁸. Отклоняя этот иск, трибунал, в частности, опирался на французское гражданское право и континентальное право и счел, что понятие такого сервитута не применимо к межгосударственным отношениям¹²⁹.

87. В деле о споре относительно *Границы Уолфиш-Бей* между Германией и Великобританией (1911 год)¹³⁰ при определении применимого права арбитр исходил из того, что два основных поставленных перед ним вопроса:

«должны решаться в соответствии с принципами и позитивными нормами международного публичного права, а в случае их неприменимости - в соответствии с общими принципами права, поскольку ни упомянутое Соглашение 1890 года, [ни] дополнительная Берлинская декларация от 30 января 1909 года никоим образом не уполномочивают арбитра принимать решение

¹²³ Спор был передан на арбитражное разбирательство на основе специального соглашения 1902 года. Это соглашение не содержало каких-либо положений применимого права. См. *The Pious Fund Case (United States of America v. Mexico)*, Award of 14 October 1902, UNRIAA, vol. IX, pp. 1–14, at pp. 7–10. См. также п. 101 ниже.

¹²⁴ Стороны ссылались на континентальное право, Кодекс Наполеона, а также на законодательство и прецедентное право Бельгии, Франции, Германии, Мексики, Нидерландов, Пруссии, Испании и Соединенных Штатов Америки. См. *United States vs. Mexico, Report of Jackson H. Ralston, Agent of the United States and of Counsel, in the matter of the case of the Pious Fund of the Californias* (Washington, Government Printing Office, 1902), Answer of Mexico, pp. 7–8; Replication of the United States, pp. 7, 10; Conclusions of Mexico, p. 11; Statement and Brief on Behalf of the United States, pp. 32, 46–47, 50–52; Record of Proceedings, pp. 123, 130, 131, 235, 309.

¹²⁵ *Pious Fund* (сноска 123 выше), р. 12. В данном деле также обсуждался и применялся принцип определения подсудности (*compétence-compétence*).

¹²⁶ Спор был передан в арбитраж на основании специального соглашения, заключенного в 1903 году между Венесуэлой, с одной стороны, и Германией, Великобританией и Италией — с другой. Это соглашение не включало положения применимого права, но содержало ссылку на Гаагскую конвенцию 1899 года. См. *The Venezuelan Preferential Case (Germany, Great Britain, Italy, Venezuela et al)*, Award of 22 February 1904, UNRIAA, vol. IX, pp. 105–106.

¹²⁷ *Ibid.*, pp. 108–110.

¹²⁸ *The North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States)*, Award of 7 September 1910, UNRIAA, vol. XI, pp. 167–226. Спор был передан на арбитраж на основе специального соглашения, которое не содержало положений применимого права, но содержало ссылку на Гаагскую конвенцию 1907 года (см. pp. 173–178).

¹²⁹ *Ibid.*, pp. 181–182. Арбитражный трибунал также сослался на принцип добросовестности (pp. 186–189).

¹³⁰ *The Walfish Bay Boundary Case (Germany, Great Britain)*, Award of 23 May 1911, UNRIAA, vol. XI, pp. 263–308. Спор был передан на арбитраж на основе специального соглашения, не содержащего положений применимого права (см. pp. 265–266).

на основе других норм, и, как известно, согласно существующей теории и практике, такие полномочия нельзя презюмировать»¹³¹.

88. Позднее в деле *Возмещение убытков России* (1912 год) арбитражный трибунал должен был решать вопросы, связанные с выплатой мораторных или компенсаторных процентов¹³². Трибунал счел, что он применяет международное публичное право, опираясь при этом также на внутреннее (гражданское) право различных государств и континентальное право¹³³. Он пришел к выводу о том, что «общий принцип ответственности государств подразумевает особую ответственность за задержку в выплате денежного долга, кроме случаев, когда устанавливается существование международного обычая, допускающего обратное»¹³⁴. С учетом также национальных правовых систем трибунал пришел к выводу, что Россия отказалась от выплаты таких процентов. В частности, она отметил следующее:

«Поскольку Трибунал признал что в соответствии с общими принципами и обычаем в международном публичном праве существует сходство ситуаций между каким-либо государством и отдельными должниками по определяемой договором подающей денежной оценке и подлежащей оплате сумме, можно, согласно нормам справедливости и статутным нормам, также применять по аналогии нормы ординарного частного права в делах, когда задержка должна рассматриваться как аннулированная, а связанная с ней неустойка исключается. — В частном праве последствия просрочки аннулируются, когда кредитор после установления просрочки должником выплаты долга предоставляет ему одну или несколько отсрочек для исполнения основного обязательства, не резервируя за собой права, вытекающие из просрочки»¹³⁵.

89. Изложенная выше практика, хотя она, надо признаться, и не всегда ясна, является фоном, на котором разрабатывалась статья 38 3) Статута Постоянной Палаты Международного Суда. Некоторые авторы идут дальше и утверждают, что статья 38 3) на самом деле представляет собой кодификацию этой

¹³¹ *Ibid.*, p. 294.

¹³² *Affaire de l'indemnité russe (Russie, Turquie)*, Award of 11 November 1912, UNRIAA, vol. XI, pp. 421–447. Специальное соглашение между сторонами не содержало положений применимого права, но включало ссылку на Гагскую конвенцию 1907 года (см. pp. 427–430).

¹³³ *Ibid.*, pp. 439–440, 442.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 441.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 446. См. также следующие дела (упомянутые в Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (сноска 113 выше), Part III): *Dispute between Great Britain and Portugal in the case of Yuille, Shortridge & Cie* (1861) (Award of 21 October 1861, UNRIAA, vol. XXIX, pp. 57–71); *Delagoa Bay Railway Arbitration* (1875) (Moore, *History and Digest of the International Arbitrations ...* (footnote 114 above), vol. 2, p. 1865); the *Van Bokkelen case* (1888) (La Fontaine, *Pasicrisie internationale* (сноска 114 выше), pp. 301–322); *Behring Sea Arbitration* (1893) (Award of 15 August 1893, UNRIAA, vol. XXVIII, pp. 263–276); *British Guiana Boundary Arbitration* (1899) (Award of 3 October 1899, UNRIAA, vol. XXVIII, pp. 331–340); *Cape Horn Pigeon, James Hamilton Lewis, C.H. White and Kate and Anna case* (1902) (19 October 1901–29 November 1902, UNRIAA, vol. IX, pp. 51–78); *Alaska Boundary case* (1903) (20 October 1903, UNRIAA, vol. XV, pp. 481–540); *Japanese House Tax case* (1905) (22 May 1905, UNRIAA, vol. XI, pp. 41–58); *Grisbadarna case* (1909) (Award of 23 October 1909, UNRIAA, vol. XI, pp. 147–166). См. также *U.S. v. Schooner La Jeune Eugenie* (1822), Fed. Case No. 15551, p. 28 («В настоящее время международное право можно выводить, во-первых, из общих принципов права и справедливости, применяемых к интересам отдельных лиц, а отсюда к отношениям и обязанностям государств; или, во-вторых, в нейтральных или неоднозначных ситуациях, из обычаев, соблюдаемых и признаваемых цивилизованными нациями; или, наконец, из конвенционного или позитивного права, которое регулирует сношения между государствами»).

предыдущей практики¹³⁶. Представляется очевидными несколько следующих моментов: во-первых, имели место ссылки на нормы или принципы, которые, как считалось, отличаются от норм или принципов, основанных на договорах и обычаях, но иногда взаимосвязаны с ними, а также случаи их применения; во-вторых, использование таких норм или принципов, возможно, санкционировалось ссылками на такие широкие понятия, как «справедливость» и «равенство» в арбитражных соглашениях, однако отсутствие такой санкции не препятствует их использованию¹³⁷; в-третьих, при применении этих норм или принципов арбитры не выносят решения *ex aequo et bono*; и, в-четвертых, при выявлении соответствующих норм или принципов государства и арбитры часто опирались на национальные правовые системы и континентальное право¹³⁸.

II. «Общие принципы права, признанные цивилизованными нациями» в статье 38 Статуты Постоянной Палаты Международного Суда и Международного Суда

90. Проекты статуты Постоянной Палаты Международного Суда и Международного Суда разрабатывались на различных форумах: Консультативный комитет юристов (1920 год), Совет и Ассамблея Лиги Наций (1920 год), Комитет юристов Организации Объединенных Наций (1945 год) и Комитет IV/1 Конференции Объединенных Наций по созданию международной организации (1945 год). Хотя окончательные выводы могут быть сделаны не только на основе их материалов, они, тем не менее, содержат некоторые полезные указания в отношении включения «общих принципов права, признанных цивилизованными нациями» в статью 38 Статуты.

91. Предложения относительно включения в Статут Постоянной Палаты Международного Суда ссылки на «общие принципы права» (или более широкие понятия) в качестве источника, дополняющего договоры и обычаи, вносились задолго до начала работы Консультативного комитета юристов. Германия, например, предложила, чтобы решения Палаты «принимались в соответствии с международными соглашениями, международным обычным правом и общими принципами права и справедливости»¹³⁹. Дания, Норвегия и Швеция также предложили, чтобы в отсутствие договоров и «установленных норм международного

¹³⁶ См. например, Pellet and Müller, “Article 38” (сноска 13 выше), p. 923; R. Jennings and A. Watts (eds.), *Oppenheim’s International Law*, vol. I, 9th ed. (Harlow, United Kingdom, Longman, 1996), pp. 38–39; Jenks, *The Common Law of Mankind* (сноска 17 выше), pp. 266–268; Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (сноска 20 выше), pp. 19–20; A. Verdross, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 52 (1935), pp. 191–251, at p. 220; Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (footnote 113 above), pp. 67–69. Иное мнение см. J. d’Aspremont, “What was not meant to be: general principles of law as a source of international law”, in R. Pisillo Mazzeschi and P. de Sena (eds.), *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law* (Cham, Springer, 2018), pp. 163–184.

¹³⁷ Kolb, *La bonne foi en droit international public* (сноска 25 выше), pp. 36–37.

¹³⁸ Raimondo, *General Principles of Law ...* (сноска 13 above), p. 10; V.D. Degan, *Sources of International Law* (The Hague, Martinus Nijhoff, 1997), p. 35; Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (сноска 113 выше), pp. 40–41; Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (сноска 113 выше), pp. 63–67.

¹³⁹ Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, *Documents Presented to the Committee Relating to Existing Plans for the Establishment of a Permanent Court of International Justice*, p. 129.

права» Палата применяла «общие принципы права»¹⁴⁰. Швейцария, с другой стороны, предложила, чтобы в отсутствие договора или «принципа международного права» Палата выносила решение в соответствии с принципом «справедливости и равенства»¹⁴¹. Исходя из этих формулировок, совместное предложение «пяти нейтральных держав» (Дания, Нидерланды, Норвегия, Норвегия, Швейцария и Швеция) предусматривало, чтобы в отсутствие договора или «признанных норм международного права» Палата «выносила решение в соответствии со своим собственным мнением о том, какой должна быть норма международного права в этой области»¹⁴².

92. Консультативный комитет юристов¹⁴³ приступил к обсуждению вопроса о праве, подлежащем применению Палатой, на своем 13-м заседании. Договоры и обычай были рассмотрены оперативно и без особого обсуждения. В отличие от них общие принципы права стали предметом длительных прений и расходящихся мнений в Комитете. В этой связи Специальный докладчик считает целесообразным привести более подробное описание этих прений.

93. Председатель Комитета Декан вначале предложил следующее положение:

«При разрешении международных споров судья должен руководствоваться следующими правилами; они будут рассматриваться им в нижеуказанном порядке:

1. международное договорное право, будь то общее или специальное право, являющееся нормами, в ясно выраженной форме принятыми государствами;
2. международный обычай, являющийся практикой между государствами, принятой ими в качестве правовой нормы;
3. нормы международного права, признанные правосознанием цивилизованных наций;
4. международная судебная практика как одно из средств применения и развития права»¹⁴⁴.

94. Третий и четвертый пункты этого предложения вызвали различную реакцию. Против третьего пункта выступил Рут, который, по его мнению, является неясным и потенциально опасным¹⁴⁵. По его мнению, Комитет должен «ограничиться нормами, содержащимися в конвенциях и позитивном международном праве»¹⁴⁶. Филимор занял аналогичную позицию и выразил мнение о том, что это предложение «наделяет Палату законодательной властью»¹⁴⁷.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 179. Альтернативный этой формулировке вариант предусматривал следующее: «Палата будет принимать решения в соответствии с положениями, которые, по его мнению, должны были отражать нормы международного права». См. *ibid.*, p. 205.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 267.

¹⁴² *Ibid.*, p. 301.

¹⁴³ Консультативный комитет юристов был учрежден Советом Лиги Наций в соответствии со статьей 14 ее Устава (Статута) и заседал с 16 июня по 24 июля 1920 года. В его состав входили М. Миннеичиро Адатчи (Япония), Рафаэль Альтамира (Испания), Кловис Бевилакуа (Бразилия) (позднее его заменил Рауль Фернандес), барон Декан (Бельгия), Франсис Эгеруп (Норвегия), Альбер де Лапрадель (Франция), Б.К. Ж. Лодер (Нидерланды), лорд Филимор (Соединенное Королевство), Артуро Зиччи-Бусатти (Италия) и Элиу Рут (Соединенные Штаты).

¹⁴⁴ *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920* (сноска 116 выше), 13th meeting, p. 293 and, annex 3 thereto, p. 306.

¹⁴⁵ *Ibid.*, pp. 293-294.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 294.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 295.

95. Де Лапрадель предложил более короткую формулировку: «Палата судит в соответствии с правом, справедливостью и равенством»¹⁴⁸. В то же время он выразил мнение о том, что нет необходимости определять право, подлежащее применению Палатой, и что было бы полезным уточнить, что Палата не должна выступать в качестве законодателя. Он также предложил разрешить Палате рассмотреть вопрос о том, обеспечивает ли то или иное конкретное правовое решение «справедливость и равенство»¹⁴⁹. Ссылаясь на статью 7 Гагской конвенции (XII) об учреждении Международной призовой палаты, Эгеруп заявил о необходимости избегать возможности отказа от вынесения решения за неясностью подлежащей применению нормы права (*non liquet*) и счел, что Палате следует прибегать к использованию принципа справедливости только в том случае, если ей будет разрешено это делать¹⁵⁰.

96. Лодер не согласился с Рутотом и заявил, что «были упомянуты нормы, признанные и соблюдаемые во всем мире, нормы, которые, однако, еще не стали по своему характеру нормами позитивного права, и что именно Палата обязана развивать право, «делать зрелыми» повсеместно признаваемые обычаи и принципы и преобразовывать их в нормы позитивного права»; одним словом, она должна устанавливать международную судебную практику»¹⁵¹.

97. Прения продолжились на 14-м заседании Комитета. Декан поднял вопрос о том, «не следует ли после констатации в качестве права конвенций и обычая присвоить к другим источникам в качестве дополнения объективную справедливость, действующую для недопущения принятия произвольных решений»¹⁵². Он пояснил, что, по его мнению, «было бы большой ошибкой воображать, что страны могут быть связаны только теми обязательствами, которые они приняли на себя по взаимному согласию» и что «объективная справедливость является естественным принципом, который должен применяться судьей»¹⁵³. Он также выразил мнение о том, что подход Рута, заключающийся в ограничении круга источников права, подлежащего применению Палатой, договорами и обычаям, может быть равнозначен «отказу в правосудии» и вводить судью в «состояние вынужденной слепоты»¹⁵⁴. Он продолжил обоснование своего первоначального предложения, на этот раз ссылаясь на статью 7 Гагской конвенции (XII) об учреждении Международной призовой палаты и на клаузулу Мартенса¹⁵⁵.

98. Эгеруп согласился с мнением Декана. Что касается позиции Рута, то он понимает, что она ограничивала бы компетенцию Палаты и ставила бы ее «в совершенно иное положение, чем положение обычного суда, который не может отказываться выносить решение за отсутствием ясности (*non liquet*)». Он также вновь высказал свое мнение о том, что «одна из задач Палаты будет заключаться в развитии судебной практики»¹⁵⁶.

99. В ответ Рут заявил, что, по его мнению, «мир готов признать обязательную юрисдикцию Палаты, которая применяет повсеместно признанные нормы международного права», но не Палаты, «которая будет применять принципы, по-разному понимаемые в разных странах»¹⁵⁷. Он добавил, что «немыслимо, чтобы

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 295.

¹⁴⁹ *Ibid.*, pp. 295-296.

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 294.

¹⁵² *Ibid.*, 14th meeting, annex 1, pp. 322-323.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 323.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 323-324.

¹⁵⁶ *Ibid.*, 14th meeting, p. 307.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 308.

какое-либо правительство согласилось допускать, чтобы его привлекали к ответственности в судебном органе, который основывает свои решения на своих субъективных представлениях о принципах справедливости. Палата не должна иметь законодательных полномочий»¹⁵⁸. На это Декан ответил, что, даже если и верно то, что принципы справедливости варьируются в разных странах, по крайней мере в отношении некоторых норм «второстепенного значения», «это уже не применимо к основополагающему праву справедливости и несправедливости, глубоко укоренившемуся в сердце каждого человека и нашедшему свое самое высокое и авторитетное выражение в правосознании цивилизованных наций»¹⁵⁹. Он также добавил, что «его предложение не только не предоставит судьям слишком большой свободы в принятии решения, но и ограничит ее (...) оно возложит на судей обязанность, которая не позволит им чересчур полагаться на собственное субъективное мнение»; они должны будут учитывать следующий момент: соответствуют ли веления их совести представлениям цивилизованных наций о справедливости»¹⁶⁰.

100. Риччи-Бусатти в определенной степени согласился с мнением Рута, особенно в том, что Палата не должна выступать в качестве законодателя, и далее отметил, что «заявление об отсутствии позитивной нормы международного права (...) тем не менее, устанавливает правовую ситуацию». То, что не запрещено, разрешено; это один из общих принципов права, которые Палата должна применять. Если дело передано на рассмотрение Палаты и она приходит к выводу, что в отношении него не существует никаких норм, то Палата должна объявить, что одна сторона не имеет никаких прав по отношению к другой стороне, что поведение государства-ответчика не противоречило никакой признанной норме»¹⁶¹. Де Лапрадель и Декан с этим мнением не согласились¹⁶². Последний заявил, что в случае отсутствия применимой конвенционной или обычной нормы «судья должен применять общие принципы права. Но он не должен поддаваться искушению применять эти принципы, как ему заблагорассудится. По этой причине он обратился с настоятельным призывом, чтобы судьи выносили решения, руководствуясь предписаниями, диктуемыми правосознанием цивилизованных наций (...)»¹⁶³.

101. На 15-м заседании Комитета Рут представил новое предложение по данной статье, которое включало в себя в качестве третьего источника, применяемого Палатой, «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями»¹⁶⁴. Как отмечалось выше, Декан уже использовал термин «общие принципы права» на предыдущем заседании, и он согласился с этим предложением¹⁶⁵. Основываясь на аналогии с применением общих принципов национальными судами, Фернандес заявил, что «то, что верно и легитимно на национальном уровне по причинам, основанным на логике, а не на произвольном осуществлении суверенитета, не может быть ложным и нелегитимным на международном уровне, где, кроме всего прочего, законодательство отсутствует и обычное право

¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 309.

¹⁵⁹ *Ibid.*, pp. 310–311.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 311.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 314. Как представляется, Филимор согласился с этим мнением (см. p. 316).

¹⁶² *Ibid.*, p. 315.

¹⁶³ *Ibid.*, pp. 318–319.

¹⁶⁴ *Ibid.*, 15th meeting, p. 331 and, annex 1 thereto, p. 344. Как представляется, Рут согласился с этой формулировкой, поскольку «[она] была основана на постановлении Верховного суда Соединенных Штатов Америки». См. O. Spiermann, “‘Who Attempts Too Much Does Nothing Well’: The 1920 Advisory Committee of Jurists and the Statute of the Permanent Court of International Justice”, *British Yearbook of International Law*, vol. 73 (2002), pp. 187–260, at p. 217.

¹⁶⁵ *Procès-verbaux* (сноска 144 выше), 14th meeting, p. 331.

формируется очень медленно, и поэтому практическая необходимость признания применимости таких принципов носит гораздо более острый характер»¹⁶⁶. В качестве примера он привел «Американскую декларацию прав и обязанностей государств» и пояснил далее, что Палата имеет право в отсутствие договора или обычая основывать свои решения «на тех принципах международного права, которые до возникновения спора не отвергались в силу правовых традиций одного из государств-сторон этого спора»¹⁶⁷. Филимор отметил, что «общими принципами, упомянутыми в пункте 3, являются те принципы, которые были приняты всеми государствами *in foro domestico*, такие как некоторые принципы процессуального порядка, принцип добросовестности и принцип *res judicata*»¹⁶⁸, и что под «общими принципами права» он имел в виду «максимы права»¹⁶⁹. Де Лапрадель отметила, что «принципы, которые составляют основу национального законодательства, являются также источниками международного права». Однако единственными общепризнанными принципами, которые существуют, являются те принципы, которые снискали единодушную или почти единодушную поддержку»¹⁷⁰. В то же время, по его мнению, предпочтительнее не указывать «точно источники, из которых должны эти принципы выводиться»¹⁷¹.

102. Предложение Рута было принято Комитетом на его 27-м заседании без каких-либо изменений¹⁷². Таким образом, пункт 3 статьи 35 подготовленного Комитетом схематического проекта гласит следующее:

«Суд, в пределах своей юрисдикции, как она определена в статье 34, применяет в следующем порядке:

...

3. общие принципы права, признанные цивилизованными нациями»¹⁷³.

103. Схематический проект был представлен Лиге Наций для рассмотрения государствами, и был внесен ряд предложений в отношении статьи 35 3). В Подкомитете Третьего комитета Первой ассамблеи Франция предложила включить формулировку «общие принципы права и справедливости»¹⁷⁴. Она пояснила, что эта поправка «позволит Палате указать в качестве единственного основания принятого ею решения, что оно представляется ей справедливым», но что «это не означает, что Палата может игнорировать существующие нормы»¹⁷⁵. Это предложение было принято в предварительном порядке¹⁷⁶. Позднее Греция возразила против поправки и предложила вместо нее статью 35 3) в следующей редакции: «Общие принципы права и с согласия сторон общие принципы справедливости, признанные цивилизованными нациями»¹⁷⁷. После некоторого обсуждения было принято решение сохранить статью 35 3) в том виде, в каком она

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 331, and annex 2 thereto, p. 346.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 346.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 335. Ранее он ссылаясь на дело *Фонда благочестивых дел* (*ibid.*, p. 316).

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 336.

¹⁷² *Ibid.*, 27th meeting, p. 584 and, 31st meeting, p. 648.

¹⁷³ *Ibid.*, 32nd meeting, annex, p. 680. В заключительном докладе Комитета нет обстоятельных разъяснений в отношении этого положения (см. *ibid.*, 34th meeting, annex 1, pp. 729–730).

¹⁷⁴ *Documents concerning the action taken by the Council of the League of Nations under Article 14 the Covenant and the adoption by the Assembly of the Statute of the Permanent Court* (Geneva, 1921), Sub-Committee of the Third Committee, 7th meeting, 1 December 1920, p. 145.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ *Ibid.*, 10th meeting, 7 December 1920, p. 157.

была первоначально сформулирована Консультативным комитетом юристов, и в конце этого положения было добавлено следующее предложение:

«Это постановление не ограничивает право Суда разрешать дело *ex aequo et bono*, если стороны с этим согласны»¹⁷⁸.

104. Что касается слов «в следующем порядке», которые фигурируют в вводной части статьи 35 схематического проекта, то Подкомитет решил исключить их¹⁷⁹.

105. Статья 38 3) Статута Постоянной Палаты Международного Суда не претерпела никаких изменений при разработке Статута Международного Суда, за исключением того, что в настоящее время она фигурирует в качестве статьи 38 1) с). В Комитете юристов Организации Объединенных Наций Коста-Рика внесла предложение об исключении слова «общие», но оно не обсуждалось. Кроме того, Франция указала, что, «хотя статья 38 сформулирована недостаточно качественно, было бы сложным подготовить более удачный проект за время, имеющееся в распоряжении Комитета». Она также отметила, что Постоянная Палата Международного Суда действовала эффективно в рамках статьи 38 Статута¹⁸⁰.

106. На Конференции Объединенных Наций по созданию международной организации 1945 года в Сан-Франциско Чили отметила, что в статье 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда отсутствуют ссылка на международное право, и предложила изменить формулировку статьи 38 3) на «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями, и особенно принципы международного права». В ответ делегации заявили, что в таком добавлении нет необходимости, поскольку статья 38 всегда рассматривалась как подразумевающая наличие обязательства применять международное право¹⁸¹. После нового предложения Чили вводная часть статьи 38 была изменена с «Суд применяет» на «Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, применяет»¹⁸².

107. Вопрос о порядке, в котором источники перечисляются в статье 38, был также вскользь затронут в Сан-Франциско. Колумбия предложила использовать источники в том порядке, в котором они были представлены, однако впоследствии это предложение было исключено¹⁸³.

108. История разработки статьи 38 1) с) Статута Международного Суда и его предшественницы свидетельствует о следующем. Во-первых, как отмечают некоторые авторы¹⁸⁴, как представляется, составители считали, что, включив в Статут «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями», они не создают новый источник международного права, а скорее кодифицируют уже существующий. Во-вторых, включение этого третьего источника, как представляется, отчасти обусловлено опасениями, что Суд может отказаться от осуществления своей юрисдикции и вынесения решений за неясностью норм (поп

¹⁷⁸ Ibid.

¹⁷⁹ Ibid., p. 145.

¹⁸⁰ Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, 1945, vol. XIV, 7th meeting, 13 April 1945, p. 162, at p. 170.

¹⁸¹ Documents of the United Nations Conference on International Organization, San Francisco, 1945, vol. XIII, 5th meeting of Committee IV/1, 10 May 1945, p. 162, at p. 164.

¹⁸² Ibid., 19th meeting of Committee IV/1, 6 June 1945, p. 279, at pp. 284–285. См. также *ibid.*, Report of the Rapporteur of Committee IV/1, Nasrat Al-Fasry, p. 381, at p. 392.

¹⁸³ Ibid., 19th meeting of Committee IV/1, 6 June 1945, p. 279, at p. 287.

¹⁸⁴ См. сноску 132 выше.

liquet), однако было также выражено общее согласие с тем, что Суд не должен обладать законодательными полномочиями¹⁸⁵.

109. В-третьих, история разработки проекта содержит некоторые важные разъяснения в отношении происхождения общих принципов права. С одной стороны, члены Консультативного комитета юристов в целом согласились с тем, что общие принципы права могут вытекать из принципов, содержащихся *in foro domestico*. С другой стороны, Комитет не исключал возможности того, что общие принципы права могут происходить от чего-то другого¹⁸⁶. Наконец, материалы (*travaux*) показывают также, что общие принципы права составляют часть международного права, что между различными источниками международного права, перечисленными в этом положении, нет формальной иерархии и что общие принципы права четко отличимы от принципов *ex aequo et bono*.

III. Общие принципы права после принятия Статуты Постоянной Палаты Международного Суда и Международного Суда

110. Общие принципы права как один из источников международного права неоднократно упоминались и применялись в государственной и судебной практике после принятия Статуты Постоянной Палаты Международного Суда и Международного Суда. Цель настоящего раздела заключается в том, чтобы дать краткий обзор применения общих принципов права в недавней практике и показать сохраняющуюся актуальность этого источника международного права до настоящего времени, а также многообразии контекстов, в которых он может играть свою роль.

A. Ссылки на общие принципы права в работе Комиссии

111. Ссылки на общие принципы права можно найти во многих договорах, заключенных после принятия Статуты ППМС и МС, будь то для целей установления права, подлежащего применению судами и трибуналами, или для определения сферы охвата конкретных материально-правовых положений.

112. Некоторые договоры отсылают к общим принципам права посредством инкорпорации точной формулировки статьи 38 Статута¹⁸⁷. В других договорах

¹⁸⁵ Pellet and Müller, “Article 38” (сноска 13 выше), p. 923; O. Spiermann, “The history of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: ‘A purely platonic discussion’?”, в J. d’Aspremont and S. Besson (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2017), pp. 167 and 171; Spiermann, “‘Who attempts too much does nothing well’ ...” (сноска 164 выше), p. 215.

¹⁸⁶ G. Gaja, “General Principles in the Jurisprudence of the ICJ”, в M. Andenas et al. (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), p. 37.

¹⁸⁷ См., например, art. 19 of the Treaty of Conciliation and Arbitration between Poland and Czechoslovakia (Warsaw, 23 April 1925, *Arbitration and Security: Systematic Survey of the Arbitration Conventions and Treaties of Mutual Security Deposited with the League of Nations*, 2nd ed. (Publication of the League of Nations 1927.V.29, Geneva, 1927), p. 236); art. 4 of the Convention of Arbitration and Conciliation between Germany and The Netherlands (The Hague, 20 May 1926, *ibid.*, p. 291, at p. 292); art. 19 of the Treaty of Conciliation and Arbitration between Poland and the Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes (Geneva, 18 September 1926, *ibid.*, p. 342, at p. 345); art. 2 of the 1936 Arbitration Agreement between Belgium and France (Award of 1 March 1937, UNRIIAA, vol. III, pp. 1701–1716, at p. 1704); art. 19, para. 2, of the 2002 Rules of Procedure of the Eritrea — Ethiopia Claims Commission; art. 2 of the 2012 Submission Agreement between Singapore and Malaysia of 2012. См. также article 10 of the Model Rules on

используются формулировки, сходные, но не идентичные статье 38. Например, в статье 5 Договора 1921 года об арбитраже и согласительной процедуре между Швейцарией и Германией и предусматривается следующее:

«Трибунал применяет:

во-первых: действующие между Сторонами конвенции, будь то общие или специальные, и вытекающие из них принципы права;

во-вторых: международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы;

в-третьих: общие принципы права, признанные цивилизованными нациями.

Если в том или ином конкретном деле вышеупомянутая правовая база является недостаточной, Трибунал выносит арбитражное решение в соответствии с принципами права, которые, по его мнению, должны регулировать международное право. С этой целью он руководствуется решениями, санкционированными правовыми органами, и судебной практикой.

С согласия сторон Трибунал может вместо того, чтобы основывать свое решение на правовых принципах, вынести арбитражное решение, руководствуясь соображениями справедливости»¹⁸⁸.

113. Что касается области международного уголовного права, то определенного внимания заслуживает Римский статут¹⁸⁹. Статья 21 Статута, озаглавленная «Применимое право», предусматривает следующее:

«1. Суд применяет:

а) во-первых, настоящий Статут, Элементы преступлений и свои Правила процедуры и доказывания;

б) во-вторых, в соответствующих случаях, применимые международные договоры, принципы и нормы международного права, включая общепризнанные принципы международного права вооруженных конфликтов;

с) если это невозможно, Суд применяет общие принципы права, взятые им из национальных законов правовых систем мира, включая, соответственно, национальные законы государств, которые при обычных обстоятельствах осуществляли бы юрисдикцию в отношении данного

Arbitral Procedure finalized by the Commission in 1958 (*Yearbook... 1958*, vol. II, pp. 84 ff., para. 22).

¹⁸⁸ Treaty of Arbitration and Conciliation between the Swiss Confederation and the German Reich (Bern, 3 December 1921), *Arbitration and Security* (сноска 187 выше), p. 201, at p. 202. См. также article 5 of the 1925 Convention of Arbitration and Conciliation between Germany and Finland (Berlin, 14 March 1925, *ibid.*, p. 226, at p. 227); article 5 of the 1925 Convention of Arbitration and Conciliation between Germany and Estonia (Berlin, 10 August 1925, *ibid.*, p. 284, at pp. 285–286); article 4 of the 1926 Treaty of Arbitration and Conciliation between Germany and Denmark (Berlin, 2 June 1926, *ibid.*, p. 269, at pp. 269–270).

¹⁸⁹ В отличие от Римского статута, уставы других международных уголовных трибуналов не содержат положений применимого права. Однако, как будет показано в следующем разделе, это не помешало этим трибуналам применять общие принципы права. См. пункт 58 доклада Генерального секретаря, представленного во исполнение пункта 2 резолюции 808 (1993) Совета Безопасности (S/25704) («[Международный трибунал по бывшей Югославии] сам должен принять решение в отношении различных оправдательных аргументов, которые могут освобождать лицо от личной уголовной ответственности, таких, как минимальный возраст или умственная неполноценность, на основе общих принципов права, признанных всеми государствами»).

преступления, при условии, что эти принципы не являются несовместимыми с настоящим Статутом и с международным правом и международно признанными нормами и стандартами (...)».

114. В материалах (*travaux*) Римского статута могут содержаться некоторые ориентиры в отношении значения пунктов 1 b) и 1 c) статьи 21. В подготовленном Комиссией проекте устава международного уголовного суда перечислены следующие три источника права без указания иерархии между ними: Устав, «применимые договоры и принципы и нормы общего международного права» и «в применимой степени - любая норма национального права»¹⁹⁰. Как отмечалось в Части второй выше, в комментарии к этому положению говорится, что «Выражение «принципы и нормы» общего международного права включает общие принципы права, с тем чтобы суд мог в законном порядке обращаться ко всем элементам уголовного права, имеющимся либо в национальных судах, либо в международной практике, когда суд нуждается в руководстве по вопросам, которые не четко урегулированы договором»¹⁹¹.

115. В Подготовительном комитете по вопросу об учреждении международного уголовного суда обсуждался вопрос о том, «должен ли суд иметь право развивать/устанавливать общие принципы уголовного права, которые не зафиксированы в уставе»¹⁹², и делегациями были выдвинуты различные предложения. Одни выступали за предоставление суду определенной степени судебной свободы (например, для разработки элементов преступлений и принципов ответственности и защиты), другие выступали против идеи о том, чтобы суд действовал в качестве законодателя, и отдавали предпочтение использованию отсылок к национальному законодательству¹⁹³.

116. Окончательный проект Подготовительного комитета содержит положение о применимом праве (проект статьи 20), которое аналогично тому, что в конечном итоге стало статьей 21 Римского статута. Вместе с тем в нем содержатся два варианта применения Судом третьего источника права. Первый вариант предусматривает, что Суд будет применять «общие принципы права, взятые им из национальных законов правовых систем мира (...)». Второй вариант требует, чтобы Суд применял национальное законодательство конкретных государств, отбираемых на различных основаниях¹⁹⁴.

117. На Дипломатической конференции полномочных представителей под эгидой Организации Объединенных Наций по учреждению Международного уголовного суда в 1998 году государства достигли компромиссного решения, объединив, по сути, оба варианта. В рабочем документе Рабочей группы по применимому праву поясняется, что «большинство делегаций высказалось в пользу варианта 1, однако некоторые все еще поддерживают вариант 2. Было высказано мнение, что законы, указанные в варианте 2, могут приводиться в качестве примеров национальных законов, упомянутых в варианте 1, с тем чтобы объединить два варианта»¹⁹⁵. В докладе Рабочей группы далее отмечается, что «некоторые

¹⁹⁰ Статья 33 проекта устава международного уголовного суда, *Ежегодник... 1994 год*, т. II (часть вторая), п. 91, с. 55.

¹⁹¹ П. 2) комментарий к статье 33.

¹⁹² Доклад Подготовительного комитета по учреждению Международного уголовного суда, том II, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят первая сессия, Дополнение № 22А (A/51/22)*, с. 109.

¹⁹³ Там же, сс. 109–111. См. также Доклад Подготовительного комитета по вопросу об учреждении международного уголовного суда, том I, *там же, Дополнение № 22 (A/51/22)*, пп. 179–188.

¹⁹⁴ Доклад Подготовительного комитета по учреждению Международного уголовного суда, [A/CONF.183/2/Add.1](#), сс. 48–49.

¹⁹⁵ [A/CONF.183/C.1/WGAL/L.1](#), с. 1.

делегации высказали мнение о том, что в принципе не следует ссылаться ни на какие национальные законы государств. Суд должен устанавливать свои принципы на основе общего анализа правовых систем и относящихся к ним национальных законов»¹⁹⁶.

118. Статья 21 Римского статута истолковывается учеными по-разному. Согласно одной из точек зрения, общие принципы права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда включены в пункт 1 b) («принципы и нормы международного права»)¹⁹⁷. Согласно другому мнению, пункт 1 c) («общие принципы права, взятые им из национальных законов правовых систем мира») представляет собой более точную формулировку статьи 38 1) с) Статута Международного Суда¹⁹⁸. Третья точка зрения заключается в том, что общие принципы права по смыслу статьи 38 1) с) включены в оба пункта статьи 21 Римского статута¹⁹⁹.

¹⁹⁶ A/CONF.183/C.1/WGAL/L.2 и Согг.1, с. 2. См. также *United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, 15 June – 17 July 1998, Official Records, vol. II, Summary records of the plenary meetings and of the meetings of the Committee of the Whole (A/CONF.183/13 (Vol. II))*, Committee of the Whole, 12th and 13th meetings, pp. 217–224.

¹⁹⁷ W. A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2nd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2016), p. 520 («Статья 21 1) с), как представляется, подразумевает использование «общих принципов» не в качестве средства определения содержания международного публичного права, а скорее в контексте сравнительного уголовного права. Ссылка в статье 21 1) с) на то, что такие принципы не противоречат международному праву и международно признанным нормам и стандартам, привела бы к нелогичным последствиям, если это положение имело своей целью охватить «общие принципы», когда этот термин используется для указания на один из трех основных источников международного публичного права. По этой причине «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями» следует рассматривать в рамках статьи 21 1) b), а не статьи 21 1) с)»). Вместе с тем Шабас также отметил, что ссылка Апелляционной камеры на статью 21 1) с) Римского статута в недавнем решении в отношении общих принципов права (см. пп. 213–214 ниже) «придает этому вопросу некоторую неопределенность» (pp. 520–521). См. также J-P. Perez-Leon-Acevedo, “Reparation Principles at the International Criminal Court”, в M. Andenas et al. (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), pp. 332–333; J. Powderly, “The Rome Statute and the Attempted Corseting of the Interpretative Judicial Function: Reflections on Sources of Law and Interpretative Technique”, в C. Stahn (ed.), *The Law and Practice of the International Criminal Court* (Oxford, Oxford University Press, 2015), pp. 478 and 482.

¹⁹⁸ A. Pellet, “Article 21”, в A. Cassese, P. Gaeta and J.R.W.D. Jones (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court* (Oxford, Oxford University Press, 2002), p. 1051, at pp. 1071–1073 («Возможно, букве статьи 21 1) b) Статута не должно придаваться незаслуженного значения. На самом деле нет сомнений в том, что это положение относится исключительно к международному обычному праву, неотъемлемой частью которого являются «установленные принципы международного права вооруженных конфликтов» (...) Статья 21 Статута Международного уголовного суда определяет [общие принципы права] лучше и точнее статьи 38 Статута Международного Суда, поскольку в ней указывается, что эти принципы берутся им «из национальных законов правовых систем мира, что устраняет всякую неопределенность в отношении их характера»).

¹⁹⁹ R. Wolfrum, “General International Law (Principles, Rules, and Standards)”, в *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010), para. 28 («С учетом формулировки пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда, истории его разработки, а также его объекта и цели представляется более обоснованным, что общие принципы могут проистекать не только из внутреннего законодательства, но и из международного права. Эта аргументация подкрепляется ст. 21 Статута МУС, в которой проводится четкое различие между общими принципами, вытекающими из международного и национального права»). См. также M. deGuzman, “Article 21”, в O. Triffterer and K. Ambos (eds.), *Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, 3rd ed. (Munich and Oxford, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016), pp. 932–948, at pp. 939–944.

119. Как отметил один из авторов, источники, перечисленные в статье 21 Римского статута, как представляется, в общем вытекают из источников, содержащихся в статье 38 1) с) Статута Международного Суда, но с некоторыми «изменениями с учетом особенностей уголовного права, в частности необходимости обеспечения ясности и конкретности»²⁰⁰. Тот же автор справедливо отмечает, что статья 21 отражает компромисс, достигнутый в ходе переговоров по Римскому статуту, при этом главный вопрос заключается в том, какую степень свободы усмотрения следует предоставлять судьям в свете принципа законности, с одной стороны, и возможных лакун в международном уголовном праве, с другой²⁰¹.

120. Прения и компромиссы, достигнутые в ходе разработки статьи 21 Римского статута, показывают, что пункт 1 с) статьи 21 Римского статута является уникальным в том смысле, что он был разработан с учетом особого характера и соображений международного уголовного права. Поэтому, возможно, было бы неуместным считать его более точной формулировкой статьи 38 1) с) Статута Международного Суда. Однако, поскольку в пункте 1 с) первого документа прямо говорится об «общих принципах права» и, как будет показано в Части четвертой ниже, государственная и судебная практика свидетельствует в пользу позиции, согласно которой общие принципы права могут вытекать из национальных правовых систем, можно считать, что он частично отражает сферу применения статьи 38(1)(с) Статута Международного Суда. Что касается пункта 1 b) статьи 21 Римского статута, то можно сделать вывод, что он также включает общие принципы права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда, учитывая его сходство с первоначальным проектом, подготовленным Комиссией.

121. Что касается правовых норм и стандартов в области прав человека, то статья 15 2) Международного пакта о гражданских и политических правах предусматривает, что «[н]ичто в настоящей статье не препятствует преданию суду и наказанию любого лица за любое деяние или упущение, которые в момент совершения являлись уголовным преступлением согласно общим принципам права, признанным международным сообществом». Аналогичным образом, статья 7 2) Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция о правах человека)²⁰² предусматривает, что «[н]астоящая статья не препятствует осуждению и наказанию любого лица за совершение какого-либо деяния или за бездействие, которое в момент его совершения являлось уголовным преступлением в соответствии с общими принципами права, признанными цивилизованными странами». Материалы (*travaux*) обоих этих договоров показывают, что эти статьи были включены с целью дальнейшего подтверждения и укрепления принципов, подтвержденных в резолюции 95 (I) Генеральной Ассамблеи от 11 декабря 1946 года (Нюрнбергские принципы)²⁰³.

122. В этой связи следует отметить, что по примеру формулировки пункта 2 статьи 15 Международного пакта о гражданских и политических правах раздел 11 g) Акта о Конституции Канады 1982 года предусматривает, что «каждый

²⁰⁰ deGuzman, “Article 21” (см. предыдущую сноску), p. 933.

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (European Convention on Human Rights) (Rome, 4 November 1950), United Nations, *Treaty Series*, vol. 213, No. 2889, p. 221.

²⁰³ См. A/2929, p. 127, para. 96; A/4625, paras. 15-16; A/C.3/SR.1008, paras. 2 and 14; A/C.3/SR.1010, para. 9; A/C.3/SR.1012, para. 15; A/C.3/SR.1013, paras. 14-15, 17; European Commission of Human Rights, Preparatory work on article 7 of the European Convention on Human Rights, Information document prepared by the Secretariat of the Commission (DH (57) 6), p. 4.

обвиняемый в совершении преступления имеет право ... не быть признанным виновным за совершение какого-либо действия или за бездействие, которое в момент его совершения не рассматривалось как правонарушение в соответствии с внутренним правом Канады или международным правом или которое не было уголовным в соответствии с общими принципами права, признаваемыми сообществом наций». Конституция Шри-Ланки содержит аналогичное положение (статья 13, пункт 6), также отсылающее к «общим принципам права, признанным сообществом наций».

123. Другие примеры можно найти в области международного экономического права. Например, в статье 143 2) Соглашения между Новой Зеландией и Китаем о свободной торговле 2008 года предусматривается, что «справедливый и равный режим включает обязательство обеспечивать, чтобы с учетом общих принципов права инвесторы не подвергались отказу в правосудии и несправедливому или неравному обращению в ходе любого судебного или административного разбирательства, затрагивающего инвестиции инвестора». Другие инвестиционные соглашения предусматривают, что «справедливый и равный режим включает обязательство не отказывать в правосудии в ходе уголовного, гражданского или административного производства в соответствии с принципом надлежащей правовой процедуры, закрепленным в основных правовых системах мира»²⁰⁴.

124. Общие принципы права также упоминаются в государственных концессионных соглашениях. Например, в соответствии с положением примененного права, содержащимся в Соглашении 1935 года между компанией «Петролеум девелопмент (Катар) лтд.» и шейхом Катара, «арбитражное решение должно соответствовать правовым принципам, признанным цивилизованным нациями». В концессии, предоставленной иранским правительством Англо-иранской нефтяной компании в 1933 году, содержалось положение, предусматривающее, что «арбитражное решение принимается на основе судебных принципов, содержащихся в статье 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда».

125. Некоторые региональные договоры содержат положения, которые, как представляется, отсылают к общим принципам с ограниченной сферой применения. Например, статья 340 Договора о функционировании Европейского союза 2007 года предусматривает, что «[в] случае внедоговорной ответственности Союз, в соответствии с общими принципами права, действующими во всех государствах-членах, возмещает ущерб, нанесенный его институтами или служащими при исполнении ими своих обязанностей»²⁰⁵. В статье 61 Африканской хартии прав человека и народов²⁰⁶ предусматривается, что «Комиссия также принимает во внимание в качестве дополнительных средств определения принципов права (...) общие принципы права, признаваемые африканскими государствами (...)». Аналогичным образом, статья 29 Регламента Экономического суда Содружества Независимых Государств 1997 года предусматривает, что Суд применяет, в частности, «общие принципы права, признанные в государствах — участниках Содружества».

²⁰⁴ См., например, art. 9.5, para. 2 (a), of the 2018 Central America-Korea Free Trade Agreement; art. 11.5, para. 2 (a) of the 2014 Australia-Korea Free Trade Agreement; art. 5, para. 2 (a), of the 2008 United States-Rwanda Bilateral Investment Treaty; art. 5, para. 2 (a), of the 2005 United States-Uruguay Bilateral Investment Treaty.

²⁰⁵ Treaty on the Functioning of the European Union (13 December 2007), consolidated version in *Official Journal of the European Union*, No. C 326, p. 47. See also art. 215 of the Treaty Establishing the European Economic Community (Rome, 25 March 1957, United Nations, *Treaty Series*, vol. 298, No. 4300, p. 3).

²⁰⁶ African Charter on Human and Peoples' Rights (Nairobi, 27 June 1981), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1520, No. 26363, p. 217.

В. Общие принципы права в международной судебной практике

126. Общие принципы права как один из источников международного права упоминались неоднократно в современной судебной практике и различными юрисдикционными органами. Хотя, как указывалось выше, Специальный докладчик не намерен приводить здесь полный и подробный отчет о такой практике (что будет сделано при обсуждении конкретных вопросов далее в настоящем докладе и в будущих докладах), тем не менее, полезно вскользь продемонстрировать разнообразие контекстов, в которых общие принципы права играют определенную роль. На данном этапе Специальный докладчик хотел бы подчеркнуть, что тот факт, что данный подраздел посвящен главным образом разного рода судебной практике (по той простой причине, что она более доступна, чем другие материалы), никоим образом не означает, что это единственный контекст, в котором применяются общие принципы права. В качестве одного из источников международного права они могли бы применяться и в отношениях между субъектами международного права в общем.

127. Как представляется, Международный Суд и его предшественница прямо ссылались на общие принципы права по смыслу статей 38 3) и 38 1) с) своих соответствующих статутов лишь в нескольких случаях. Может показаться, что это в определенной степени контрастирует с отношением государств к этому источнику международного права: они неоднократно ссылались на общие принципы права в своих состязательных бумагах, хотя порой их аргументы, по той или иной причине, в конечном счете не были поддержаны или даже не обсуждались Судом. Аналогичным образом, отдельные судьи часто опирались в своих мнениях на общие принципы права²⁰⁷.

128. Например, Постоянная Палата Международного Суда, как представляется, отказалась применять общие принципы права, не отрицая их существования, в консультативном заключении по вопросу о *Яворзине*²⁰⁸, решении по делу *Концессии Мавромматиса в Иерусалиме*²⁰⁹ и по делу *Сербские займы*²¹⁰. Примеры применения общих принципов права можно найти в консультативном заключении относительно Соглашения между Грецией и Турцией²¹¹ и в деле *Фабрика в Хожуве*²¹². Кроме того, в некоторых случаях можно найти краткие ссылки на то,

²⁰⁷ Мнения отдельных судей приводятся в Части четвертой ниже.

²⁰⁸ *Question of Jaworzina*, Advisory Opinion of 6 December 1923, PCIJ Series B, No. 8, pp. 37–38 (отклонение претензии Польши, основанной на «традиционном принципе» *ejus est interpretare legem cuius condere*).

²⁰⁹ *The Mavrommatis Jerusalem Concessions*, Judgment of 26 March 1925, PCIJ Series A, No. 5, p. 30 (где говорится о «принципах, которые, как представляется, являются общепринятыми в отношении контрактов»).

²¹⁰ *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France*, Judgment of 12 July 1929, PCIJ Series A, No. 20/21, pp. 38–39 (непризнание применимости принципа эстоппеля).

²¹¹ *Interpretation of Greco-Turkish Agreement of December 1st, 1926*, Advisory Opinion of 28 August 1928, PCIJ Series B, No. 16, p. 20 (применение принципа определения подсудности (*compétence-compétence*)).

²¹² *Case concerning the Factory at Chorzów (Germany/Poland)*, Judgment of 26 July 1927, PCIJ Series A, No. 9, p. 31 (считая, что «общепризнанным принципом в судебной практике международного арбитража, а также в практике национальных судов является тот факт, что одна сторона не может сослаться на тот факт, что другая сторона не выполнила какое-либо обязательство или не обратилась к какому-то средству получения возмещения, если первая сторона своими неправомерными действиями воспрепятствовала второй исполнить данное обязательство или обратиться в суд, который был бы открыт для нее»); *Case concerning the Factory at Chorzów (Merits)*, Judgment of 13 September 1928, PCIJ Series A, No. 17, p. 29. (где говорится, что «существует принцип международного права, и даже

что можно считать общими принципами права, но без каких-либо четких последствий, как, например, в консультативном заключении относительно толкования пункта 2 статьи 3 Лозаннского договора (*Граница между Турцией и Ираком*)²¹³. Ни в одном из дел, упомянутых в настоящем пункте, Палата не ссылалась на статью 38 3) своего Статута.

129. Что касается Международного Суда, то он, как представляется, применял общие принципы права в решении по делу *Пролив Корфу*²¹⁴, консультативном заключении относительно *Оговорок к Конвенции по геноциду*²¹⁵, консультативном заключении относительно *Присуждения компенсаций Административным трибуналом Организации Объединенных Наций*²¹⁶, решении по делу «*Барселона трэкин*»²¹⁷, консультативном заключении относительно *Пересмотра решения № 158 Административного трибунала Организации Объединенных Наций*²¹⁸ и в решениях по делам *Вопрос о делимитации континентального шельфа между Никарагуа и Колумбией за пределами 200 морских миль от никарагуанского побережья*²¹⁹ и *Сухопутная граница в северной части Исла-Портильос*²²⁰.

130. В других делах Суд отклонял аргументы, основанные на общих принципах права²²¹, или просто считал, что, поскольку нормы международного

общая правовая концепция, согласно которой любое нарушение какой-либо договоренности влечет за собой обязательство произвести компенсацию»).

²¹³ *Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne*, Advisory Opinion of 21 November 1925, PCIJ Series B, No. 12, p. 32 (учитывая, что пункты 6 и 7 статьи 15 Устава (Статута) Лиги Наций отражают «хорошо известное правило, согласно которому никто не может быть судьей в своем собственном деле»).

²¹⁴ *Effect of awards of compensation made by the U.N. Administrative Tribunal*, Advisory Opinion of July 13th, 1954, I.C.J. Reports 1954, p. 47, at p. 53 (в отношении принятия косвенных доказательств).

²¹⁵ *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 15, at p. 23 (ссылка принципы, лежащие в основе Конвенции о геноциде как на «принципы, признанные цивилизованными нациями в качестве обязательных для государств, даже в отсутствие какого-либо договорного обязательства»).

²¹⁶ *Effect of awards of compensation made by the U.N. Administrative Tribunal*, Advisory Opinion of July 13th, 1954: I.C.J. Reports 1954, p. 47, at p. 53. (применение «прочно укоренившегося и общепризнанного правового принципа» *res judicata*).

²¹⁷ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 3, at p. 37, para. 50 (применение «общепринятых в национальных правовых системах норм, признающих компанию с ограниченной ответственностью, капитал которой поделен на акции»).

²¹⁸ *Application for Review of Judgment No. 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1973, p. 166, at p. 181, para. 36 (с учетом того, что «[о]бщие принципы права и судебный характер Суда требуют, чтобы даже в ходе консультативного разбирательства заинтересованные стороны имели возможность на основе равенства представлять все элементы, относящиеся к вопросам, переданным на рассмотрение в апелляционную инстанцию»). См. также *Application for Review of Judgment No. 273 of the United Nations Administrative Tribunal*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1982, p. 325, at pp. 338–339, para. 29.

²¹⁹ *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2016, p. 100, at p. 125, para. 58 (ссылка на принцип *res judicata*).

²²⁰ *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment of 2 February 2018, para. 68 (также ссылка на принцип *res judicata*).

²²¹ *North Sea Continental Shelf, Judgment*, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at pp. 21–22, paras. 17–18 (где отвергается аргумент Германии о том, что принцип справедливой и взаимоприемлемой доли является общим принципом права по смыслу статьи 38(1)(с) Статута); *Application for Review of Judgment No. 158* (сноска 218 выше), p. 181, para. 36 (с учетом отсутствия общего принципа права, согласно которому в ходе процедур пересмотра стороны обязательно

конвенционного или обычного права регулируют ту или иную конкретную ситуацию, ему не надо было определять существование общего принципа права²²².

131. Что касается ссылки на общие принципы права со стороны государств, выступающих в Суде, то такие ссылки варьируются от кратких ссылок²²³ до подробных аргументов, касающиеся этого источника международного права. Примеры последних, которые будут более подробно рассмотрены ниже, включают составительные бумаги Португалии и Индии в деле *Право прохода по индийской территории*²²⁴, Лихтенштейна в деле *Определенное имущество*²²⁵ и Австралии и Тимора-Лешти в деле *Вопросы, связанные с изъятием и удержанием некоторых документов и данных*²²⁶.

132. Общие принципы права также играли определенную роль за рамками Международного Суда. Например, в межгосударственном арбитраже они широко использовались или упоминались в делах *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Co.*²²⁷, *Goldenberg*²²⁸, решении Франко-итальянской согласительной

должны иметь возможность делать устные заявления); *South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966*, p. 6, at p. 47, para. 88 (учитывая, что *actio popularis* не может рассматриваться в качестве общего принципа права по смыслу статьи 38 1) с) Статута).

²²² *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960, I.C.J. Reports 1960*, p. 6, at p. 43.

²²³ Приведем лишь несколько недавних примеров: см. аргументы, касающиеся эстоппеля и оправданных ожиданий в *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile)* (Reply of Bolivia, paras. 320 ff.; Rejoinder of Chile, para. 2.28); добросовестности в *Obligations concerning Negotiations relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)* (Memorial of the Marshall Islands, para. 182); злоупотребления правами в *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand intervening)* (Counter-Memorial of Japan, paras. 9.40 ff.); исчисления убытков в *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of Congo)* (Memorial on Compensation of Guinea, para. 13); *exceptio non adimpleti contractus* в *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)* (Counter-Memorial of Greece, paras. 8.1 ff.; Reply of North Macedonia, paras. 5.54 ff.; Rejoinder of Greece, paras. 8.6 ff.); исключения незаконно полученных доказательств в уголовном судопроизводстве в *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (Memorial of Mexico, paras. 21, 374, 380; Counter-Memorial of the United States, paras. 8.27 ff.); приемлемости доказательств в форме признательных показаний в *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (Memorial of Nicaragua (merits), para. 160; ничтожности арбитражных решений в *Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906* (Counter-Memorial of Nicaragua, paras. 56 ff).

²²⁴ *Right of Passage* (сноска 222 выше).

²²⁵ *Certain Property (Liechtenstein v. Germany), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 6.

²²⁶ *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia), Provisional Measures, Order of 3 March 2014, I.C.J. Reports 2014*, p. 147.

²²⁷ *Eastern Extension, Australasia and China Telegraph Company, Ltd. (Great Britain v. United States)*, Award of 9 November 1923, UNRIAA, vol. VI, pp. 112–118, at pp. 114–115.

²²⁸ *Affaire Goldenberg (Allemagne contre Roumanie)*, Award of 27 September 1928, UNRIAA, vol. II, pp. 901–910, at p. 909 (учитывая, что термин “*droit des gens*”, используемый в пункте 4 Приложения к статьям 297 и 298 Версальского договора, включает общие принципы права, признанные цивилизованными нациями, и ссылаясь на «общий принцип», запрещающий экспроприацию имущества иностранцев без выплаты справедливой компенсации).

комиссии²²⁹, делах *Diverted Cargoes*²³⁰, *Lighthouses Arbitration*²³¹, *Argentine-Chile Frontier*²³², *Lac Lanoux*²³³, *OSPAR Arbitration*²³⁴, *Abyei Arbitration*²³⁵, *Chagos Marine Protected Area*²³⁶ и в недавнем арбитражном разбирательстве между Хорватией и Словенией²³⁷.

133. Различные ссылки на общие принципы права делались также в контексте международного уголовного права, и в этой области, как отмечали некоторые авторы, этот источник международного права может играть особенно важную роль²³⁸. Примеры можно найти в решениях и постановлениях Международного уголовного суда²³⁹, Международного трибунала по бывшей Югославии²⁴⁰,

²²⁹ *Différend Sociétés « Les Petits-Fils de C.J. Bonnet » – « Tessitura Serica Piemontese »*, Decisions of 16 March 1949, 1 December 1950, and 3 March 1952, UNRIAA, vol. XIII, pp. 75–87, at p. 83 (ссылка на общие принципы права для целей толкования договоров).

²³⁰ *The Diverted Cargoes Case (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, Award of 10 June 1955, UNRIAA, vol. XII, pp. 53–81, at p. 70.

²³¹ *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Grèce, France)*, Award of 24/27 July 1956, UNRIAA, vol. XII, pp. 155–269, at pp. 197, 199 and 241 (ссылка на общие принципы права в отношении неосновательного обогащения и правопреемства в отношении ответственности).

²³² *Argentine-Chile Frontier Case*, Award of 9 December 1966, UNRIAA, vol. XVI, pp. 109–182, at p. 164 (ссылка на принцип эстоппеля).

²³³ *Affaire du lac Lanoux*, Award of 16 November 1957, UNRIAA, vol. XII, pp. 281–317, at p. 308 (учитывая, в частности, принцип, в соответствии с которым недобросовестность не может презюмироваться). См. также *International Law Reports*, vol. 24 (1994), pp. 101–142, at pp. 129–130, for English.

²³⁴ *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland–United Kingdom)*, Award of 2 July 2003, UNRIAA, vol. XXIII, pp. 59–151, at p. 87, para. 84.

²³⁵ *Delimitation of the Abyei Area between the Government of Sudan and the Sudan People's Liberation Movement/Army*, Award of 22 July 2009, UNRIAA, vol. XXX, pp. 145–416, at p. 299, para. 401 (касательно, в частности, вопроса о выходе за рамки юрисдикции).

²³⁶ *Chagos Marine Protected Area (Mauritius v. United Kingdom)*, Award of 18 March 2015, UNRIAA, vol. XXXI, pp. 359–606, at pp. 542–544, paras. 435–438 (касательно принципа эстоппеля).

²³⁷ *Arbitration between the Republic of Croatia and the Republic of Slovenia*, Permanent Court of Arbitration, Case No. 2012-04, Award of 29 June 2017, para. 347.

²³⁸ A. Cassese, “The contribution of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia to the ascertainment of general principles of law recognized by the community of nations”, в S. Yee and W. Teyea (eds.), *International Law in the Post-Cold War World: Essays in Memory of Li Haopei* (London, Routledge, 2001), pp. 46–55, p. 46.

²³⁹ См., например, *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, 13 July 2006 (ICC-01/04), para. 32 (где отвергается довод о том, что общий принцип права, возможно, дает право на апелляцию на основаниях, не предусмотренных в Римском статуте); *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision on the confirmation of charges, 30 September 2008 (ICC-01/04-01/07), para. 190 (ссылка на принцип *res judicata*); *Situation in the Republic of Kenya, Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Decision on the Prosecutor's Application for Witness Summonses and resulting Request for State Party Cooperation, 17 April 2014 (ICC-01/09-01/11), paras. 65 ff. (относительно компетенции судебных палат вызывать свидетелей повесткой).

²⁴⁰ См., например, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Judgment of 10 December 1998 (IT-95-17/1-T), Trial Chamber, *Judicial Reports 1998*, paras. 177–186 (ссылка на общие принципы права для определения понятия изнасилования); *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, Judgment of 14 January 2000, Trial Chamber (IT-95-16-T), paras. 539, 677 ff. (где говорится об общих принципах права как части права, подлежащего применению Трибуналом, и рассматриваются общие принципы, касающиеся совокупности преступлений); *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.*, Judgment of 22 February 2001, Trial Chamber (IT-96-23-T & IT-96-23/1-T), paras. 437–460 (также ссылка на общие принципы права для определения понятия изнасилования); *Prosecutor v. Mucić et al. (Čelebići case)*,

Международного уголовного трибунала по Руанде²⁴¹ и Специального суда по Сьерра-Леоне²⁴².

134. На общие принципы права также ссылались при урегулировании споров между инвесторами и государствами, когда можно встретить ссылки (иногда прямое упоминание статьи 38 1) с) Статута Международного Суда) на такие принципы, как *res judicata*²⁴³, определение подсудности (*compétence-compétence*)²⁴⁴, бремя доказывания²⁴⁵, обоснованные ожидания²⁴⁶, неосновательное обогащение²⁴⁷ и добросовестность²⁴⁸. Аналогичным образом, общие принципы права упоминались, хотя и реже, в прецедентном праве механизма урегулирования споров Всемирной торговой организации²⁴⁹.

135. Общие принципы права, как представляется, также проявляются в области прав человека. Межамериканский суд по правам человека, например, неоднократно выражал мнение о том, что общие принципы права составляют часть свода правовых норм и стандартов в области прав человека, который он должен

Judgment of 20 February 2001, Appeals Chamber (IT-96-21-A), paras. 583–590 (относительно «специального довода защиты» об ограниченной вменяемости).

²⁴¹ См., например, *Prosecutor v. Elizaphan and Gérard Ntakirutimana*, Decision on the Prosecutor's Motion for Judicial Notice of Adjudicated Facts, 22 November 2001, Trial Chamber (ICTR-96-10-T & ICTR-96-17-T), para. 42 (ссылка на принцип *res judicata*); *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Judgment of 2 September 1998, Trial Chamber (ICTR-96-4-T), para. 501 (ссылка на «общие принципы уголовного права») для принятия решения на основе более благоприятного для обвиняемого толкования).

²⁴² См., например, *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay et al.*, Ruling on the Issue of the Refusal of the Third Accused, Augustine Gbao, to Attend Hearing of the Special Court for Sierra Leone on 7 July 2004 and Succeeding Days, 12 July 2004, Trial Chamber (SCSL-04-15-T), paras. 9–10 (относительно заочного судебного разбирательства).

²⁴³ *Waste Management, Inc. v. United Mexican States* (“Number 2”), International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Case No. ARB(AF)/00/3, Decision of 26 June 2002, paras. 38 ff.

²⁴⁴ *Sociedad Anónima Eduardo Vieira v. República de Chile*, ICSID Case No. ARB/04/7, Award of 21 August 2007, para. 203.

²⁴⁵ *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/02/13, Award of 31 January 2006, paras. 70 ff; *Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/00/5, Award of 23 September 2003, para. 110; *International Thunderbird Gaming Corporation v. United Mexican States*, Award of 26 January 2006, para. 95; *Asian Agricultural Products Limited v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award of 27 June 1990, para. 56.

²⁴⁶ *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, Award of 22 September 2014, paras. 575–576; *Total S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/01, Decision on liability of 27 December 2010, paras. 128–130; *Toto Costruzioni S.p.A. v. Republic of Lebanon*, ICSID Case No. ARB/07/12, Award of 7 June 2012, para. 166.

²⁴⁷ *Sea-Land Service, Inc. v. Iran*, Case No. 33, Award No. 135-33-1 (20 June 1984), *Iran–United States Claims Tribunal Reports* (IUSCTR), vol. 6, p. 168; *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Partial Award of 17 March 2006, para. 449.

²⁴⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of 29 May 2003, para. 153; *Canfor Corporation v. United States*, *Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL, Decision on preliminary question of 6 June 2006, para. 182; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award of 28 September 2007, para. 297.

²⁴⁹ См., например, WTO Appellate Body Report, *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, para. 158; WTO Appellate Body Report, *Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, 3 December 2007, para. 224 (ссылка на добросовестность и злоупотребление правами).

применять²⁵⁰. Суд вскользь сослался на принцип эстоппеля²⁵¹, *raeta sunt servanda*²⁵², *jura novit curia*²⁵³, «принцип международного права», согласно которому любое нарушение международного обязательства влечет за собой обязательство произвести возмещение²⁵⁴, принцип, который предусматривает возможность пересмотра судебных решений²⁵⁵, и принципы, касающиеся косвенного ущерба и упущенной выгоды в качестве ущерба²⁵⁶. Только в одном деле Суд прямо сослался на статью 38 1) с) Статута Международного Суда, с тем чтобы определить преемников лица для целей возмещения²⁵⁷. В другом деле Суд счел, что принцип «равенства перед законом, равной защиты перед законом и недискриминации» является общим принципом права, который, кроме того, представляет собой императивную норму общего международного права (*jus cogens*)²⁵⁸.

136. Европейский суд по правам человека в деле *«Голдер против Соединенного Королевства» (Golder v. United Kingdom)* сослался на статью 38 1) с) Статута Международного Суда, а также постановил, что при толковании Европейской конвенции о правах человека следует принимать во внимание общие принципы права²⁵⁹.

137. В практике можно также встретить ссылки на то, что представляется общими принципами права с региональной сферой применения (вопрос, который,

²⁵⁰ *Advisory Opinion on the Environment and Human Rights*, 15 November 2017 (OC-23/17), Series A, No. 23, para. 45; *Advisory Opinion on the Rights of Legal Persons*, 26 February 2016 (OC-22/16), Series A, No. 22, para. 29; *Advisory Opinion on the Rights and Guarantees of Children in the Context of Migration and/or in Need for International Protection*, 19 August 2014 (OC-21/14), Series A, No. 21, para. 60.

²⁵¹ *Almonacid Arellano and Others v. Chile*, Judgment (Preliminary objections, merits, reparations and costs) of 26 September 2006, Series C, No. 154, para. 65; *Moiwana Community v. Suriname*, Judgment (Preliminary objections, merits, reparations and costs) of 15 June 2005, Series C, No. 124, para. 58; *Neira Alegria et al. v. Peru*, Judgment (Preliminary objections) of 11 December 1991, Series C, No. 13, para. 29.

²⁵² *Bulacio v. Argentina*, Judgment (Merits, reparations and costs) of 18 September 2003, Series C, No. 100, paras. 117–118; *Advisory Opinion on the Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law*, 1 October 1999 (OC-16/99), Series A, No. 16, para. 128.

²⁵³ *Durand and Ugarte v. Peru*, Judgment of 16 August 2000, Series C, No. 68, para. 76; *Castillo Petrucci et al. v. Peru*, Judgment (Merits, reparations and costs) of 30 May 1999, Series C, No. 52, paras. 116 and 166; *Blake v. Guatemala*, Judgment (Merits) of 24 January 1998, Series C, No. 36, para. 112; *Godínez Cruz v. Honduras*, Judgment (Merits) of 20 January 1989, Series C, No. 5, para. 172; *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Judgment (Merits) of 29 July 1988, Series C, No. 4, para. 163.

²⁵⁴ *Goiburú et al. v. Paraguay*, Judgment (Merits, reparations and costs) of 22 September 2006, Series C, No. 153, paras. 140–141; “*Panel blanca*” (*Paniagua Morales et al. v. Guatemala*, Judgment (Reparations and costs) of 25 May 2001, Series C, No. 76, para. 75; *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Judgment (Reparations and costs) of 21 July 1989, Series C, No. 7, para. 25.

²⁵⁵ *Genie Lacayo v. Nicaragua*, Order of 13 September 1997, Series C, No. 45, para. 9.

²⁵⁶ *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, Judgment (Reparations and costs) of 10 September 1993, para. 50.

²⁵⁷ *Ibid.*, paras 61–62.

²⁵⁸ *Advisory Opinion on the Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, 17 September 2003 (OC-18/03), Series A, No. 18, para. 101.

²⁵⁹ *Golder v. the United Kingdom*, Judgment, 21 February 1975, Series A, No. 18, para. 35. См. также *Enea v. Italy* [Grand Chamber], No. 74912/01, Judgment, 17 September 2009, *Reports of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights 2009*, para. 104; *Demir and Baykara v. Turkey* [Grand Chamber], No. 34503/97, Judgment, 12 November 2008, *Reports of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights 2008*, para. 71. См. также М. Forowicz, *The Reception of International Law in the European Court of Human Rights* (Oxford, Oxford University Press, 2010), p. 360; J.G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights* (Manchester, Manchester University Press, 1988), pp. 160–183.

как упоминалось выше, может быть рассмотрен в одном из будущих докладов). Это, в частности, относится к Европейскому суду, который несколько раз применял «общие принципы права Сообщества», основанные на конституционных традициях, общих для его государств-членов, или на правовой системе Европейского союза²⁶⁰.

138. Кроме того, «общие принципы», как представляется, также в определенной степени применяются международными административными трибуналами²⁶¹.

139. Этот краткий обзор некоторых недавних примеров из практики, касающейся общих принципов права, показывает, что со времени принятия Статута Постоянной Палаты Международного Суда в 1920 году государства и международные суды и трибуналы ссылались на этот источник международного права неоднократно и в различных контекстах, что не оставляет сомнений в его релевантности по отношению к международному правопорядку.

Часть четвертая: Элементы и происхождение общих принципов права

140. В свете вышеизложенного обзора развития общих принципов права в практике государств и решениях международных судов и трибуналов с течением времени далее Специальный докладчик приводит анализ некоторых основных аспектов настоящей темы: элементы общих принципов права, содержащихся в статье 38 1) с) Статута Международного Суда, и происхождение общих принципов права как источника международного права. Кроме того, даются некоторые разъяснения в отношении терминологии.

I. Элементы общих принципов права в статье 38 1) с) Статута Международного Суда

141. Как отмечалось в Части первой, отправной точкой для работы Комиссии по данной теме является статья 38 1) с) Статута Международного Суда. Цель настоящего раздела заключается в том, чтобы дать первоначальную оценку этому положению, рассмотрев то, что, по мнению Специального докладчика, можно считать элементами, содержащимися в нем. В частности, в следующих подразделах рассматриваются термин «общие принципы права», требование о «признании» и термин «цивилизированные нации».

²⁶⁰ См., например, E. Castellarin, “General Principles of EU Law and General International Law”, в M. Andenas *et al.* (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), pp. 131–148; S. Vogenauer and S. Weatherill (eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives* (Hart, 2017); K. Lenaerts and J.A. Gutiérrez-Fons, “The constitutional allocation of powers and general principles of EU law”, *Common Market Law Review*, vol. 47 (2010), pp. 1629–1669; T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2nd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2016); C. Semmelmann, “General principles of EU law between a compensatory role and an intrinsic value”, *European Law Journal*, vol. 19 (2013), pp. 457–487; U. Bernitz and J. Nergelius (eds.), *General Principles of European Community Law* (The Hague, Kluwer Law International, 2000); J.A. Usher, *General Principles of EC Law* (London, Longman, 1998).

²⁶¹ См., например, G. Ullrich, *The Law of the International Civil Service* (Berlin, Duncker and Humblot, 2018), Part 2, chap. 2; A. Reinisch, “Sources of international organizations’ law: why custom and general principles are crucial”, в J. d’Aspremont and S. Besson (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law* (Oxford University Press, 2017), p. 1022.

A. «Общие принципы права»

142. Специальный докладчик считает целесообразным начать с анализа первого элемента статьи 38 1) с) Статута Международного Суда, а именно термина «общие принципы права». В настоящем подразделе рассматриваются два вопроса. Во-первых, говорит ли нам термин «общие принципы права» о возможных характеристиках, происхождении, функциях или иных аспектах этого источника международного права. Во-вторых, взаимосвязь между общими принципами права и общим международным правом.

143. В качестве вступительного замечания Специальный докладчик отмечает, что «общие принципы права» не являются уникальными для международно-правовой системы. Аналогичное понятие существует также в большинстве, если не во всех, национальных правовых системах, хотя не всегда используется одна и та же терминология. Общий гражданский кодекс Австрии, например, предусматривает, что в тех случаях, когда дело не может быть разрешено посредством статутных норм или по аналогии, решение должно приниматься на основании *natürliche Rechtsgrundsätze*²⁶². Гражданский кодекс Италии предусматривает, что если спор не может быть разрешен с помощью конкретной статутной нормы, то можно прибегнуть к аналогии и, если это не получилось, к общим принципам правовой системы государства²⁶³. В соответствии с Федеральным гражданским кодексом Мексики, если гражданский спор не может быть разрешен статутными нормами или путем их толкования, он должен быть разрешен в соответствии с общими принципами права²⁶⁴. Гражданский кодекс Испании также разрешает применение общих принципов права в отсутствие применимых законов или обычая²⁶⁵. Гражданский кодекс Египта уполномочивает судей принимать

²⁶² Article 7 (“Lässt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muss auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft, so muss solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden”) [Если юридическое дело не может быть разрешено со ссылкой либо на формулировку, либо на изначальный смысл закона, надлежит учитывать аналогичные дела, которые регулируются законом, и аргументацию других соответствующих законов. Если в деле остаются сомнения, оно должно быть рассмотрено со ссылкой на тщательно собранные и тщательно изученные факты в соответствии с принципами естественного права.].

²⁶³ Article 12 (“Nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato”) [При применении закона ему не может быть дано никакого другого толкования, кроме того, которое ясно вытекает из неотъемлемого значения этих слов и их взаимосвязи, а также из его законодательного намерения. Если спор не может быть разрешен путем применения конкретного статутного положения, принимаются во внимание положения, регулирующие аналогичные дела или аналогичный предмет спора; если в деле остаются сомнения, оно должно быть рассмотрено в соответствии с общими принципами правовой системы государства.].

²⁶⁴ Article 19 (“Las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho”) [Правовые споры гражданского характера разрешаются в соответствии со статутными нормами или их юридическим толкованием. В отсутствие таких норм они разрешаются судом в соответствии с общими принципами права.].

²⁶⁵ Article 1(4) (“Los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”) [Общие принципы права применяются в отсутствие применимых законов или обычаев, без ущерба для их роли в рамках правовой системы.].

решения на основе принципов естественного права и принципов справедливости в отсутствие применимых законодательных текстов, обычая или догматов исламского права²⁶⁶.

144. Может возникнуть вопрос, имеют ли общие принципы в рамках внутренних правовых систем, подобных упомянутым выше, и общие принципы права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда какие-либо общие черты. Некоторые ученые, похоже, придерживаются этой точки зрения²⁶⁷. История разработки статьи 38 (3) Статута Постоянной Палаты Международного Суда, изложенная в Части третьей выше, показывает, что одной из причин включения этого положения в Статут была презюмируемая необходимость заполнения лакун в международном конвенционном и обычном праве и недопущения отказа выносить решения за неясностью нормы (*non liquet*)²⁶⁸. Если заполнение лакун действительно является одной из функций общих принципов права, то в этом может заключаться их определенное сходство с общими принципами внутригосударственных правовых систем. В то же время, однако, нельзя упускать из виду тот факт, что общие принципы права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда, будучи одним из источников международного права, вероятно, будут иметь свои уникальные особенности в силу структурных различий между международно-правовой системой и внутригосударственными правовыми системами.

145. Термин «общие принципы права» в статье 38 1) с) Статута Международного Суда толковался в различных случаях — либо целиком, либо по отдельным словам — в попытке разъяснить некоторые аспекты этого источника международного права, включая его характеристики, происхождение и функции. Специальный докладчик считает, что эта работа полезна для первоначального подхода к настоящей теме. Однако важно подчеркнуть, что любые выводы, сделанные таким образом, могут быть лишь предварительными и нуждаются в дальнейшей оценке в свете существующей практики.

146. Значительное внимание к себе привлекли термин «принцип» и его связь с термином «норма». Приведем лишь несколько примеров мнений, согласно которым «различие между правовыми принципами и правовыми нормами является логическим различием. Оба комплекса стандартов указывают на конкретные решения, касающиеся юридического обязательства в конкретных обстоятельствах, но они различаются по характеру придаваемой ими направленности. Нормы применяются в порядке «все или ничего» ... принцип — это то, что должно приниматься во внимание в случае релевантности как соображения, указывающего в том или ином направлении»²⁶⁹. По мнению другого ученого, «принцип или общий принцип, в отличие от нормы права, пусть даже общей, означает главным образом нечто, само по себе не являющееся нормой, а лежащее в основе нормы и объясняющее или обосновывающее ее». Норма отвечает на вопрос «что»;

²⁶⁶ Article 1(2) «مبادئ فيمقتضى ، يوجد لم فإذا ، العرف بمقتضى القاضي حكم ، تطبيقه يمكن تشريعي نص يوجد لم فإذا) [В отсутствие применимых правовых норм судья выносит решение в соответствии с обычаем и в отсутствие обычая в соответствии с исламскими принципами. В отсутствие таких принципов судья применяет принципы естественного права и нормы справедливости.]

²⁶⁷ См., например, S. Besson, “General principles of international law — whose principles?”, in S. Besson and P. Pichonnaz (eds.), *Les principes en droit européen — Principes in European Law* (Geneva, Schulthess, 2011), pp. 32–34. Автор придерживается мнения, согласно которому «[о]бщие принципы международного права ... имеют общие характеристики общих принципов внутреннего права ...: они являются общими и абстрактными, а также основополагающими и родовыми правовыми нормами» (p. 32).

²⁶⁸ См. п. 108 выше.

²⁶⁹ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London, Bloomsbury, 2013), pp. 40 and 42.

принцип, по сути, отвечает на вопрос «почему»²⁷⁰. Еще один ученый высказал идею о том, что принципы «остаются синонимом абстрактных правовых норм, обеспечивая основу для правового режима, который может применяться ко многим конкретным ситуациям, либо для их урегулирования на текущей основе, либо для разрешения трудностей, которые они создают»²⁷¹.

147. В специальной литературе также высказывалось предположение о том, что «когда слово «принцип» сопровождается словом «общий», слово «принцип» подразумевает широкую норму»²⁷² или что термин «общий принцип» касается ряда внутренних правовых систем, на которые следует обратить внимание для определения общего принципа права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда²⁷³. С другой стороны, было выражено мнение о том, что «принцип права отличается от правовой нормы в обычном понимании не из-за его широкой сферы действия, а скорее из-за общего характера его содержания»²⁷⁴. Кроме того, некоторые ученые утверждают, что общие принципы воплощают в себе важные или фундаментальные ценности²⁷⁵.

148. Судья Кансаду Триндади, также рассматривая термин «принципы», заявил следующее:

«Каждая правовая система имеет основополагающие принципы, которые одушевляют, наполняют содержанием нормы и согласуются с ними. Именно принципы (этимологически вытекающие из латинского слова *principium*), отсылая к первопричинам, являются источником или истоком норм и правил, придают структурность, связность и легитимность правовым нормам и правовой системе в целом. Именно общие принципы права (*prima principia*) придают правопорядку (как национальному, так и международному) его имманентно аксиологическое измерение; именно они раскрывают ценности, которые одушевляют правопорядок в целом и, в конечном счете, закладывают саму его основу»²⁷⁶.

149. В отличие от них другие ученые не видят большой разницы между терминами «нормы» и «принципы». Например, отмечалось, что «хотя между

²⁷⁰ G. Fitzmaurice, “The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 92 (1957), pp. 5–128, at p. 7. Комментируя эту точку зрения, Терлуэй предполагает, что «это означает не то, что тот или иной принцип находится на слишком высоком уровне, чтобы его можно было применить к какой-либо правовой проблеме, а то, что этот принцип, будучи примененным к конкретному делу, фактически порождает норму для ее решения» (Thirlway, *The Sources of International Law* (сноска 13 выше), p. 107).

²⁷¹ M. Virally, “Le rôle des « principes » dans le développement du droit international”, в *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (Geneva, IJHEI, 1968), pp. 531–556, at pp. 533–534.

²⁷² Pellet and Müller, “Article 38” (сноска 13 выше), p. 925.

²⁷³ D. Costelloe, “The Role of Domestic Law in the Identification of General Principles of Law under Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice”, в M. Andenas et al. (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Brill, 2019), p. 183.

²⁷⁴ G. Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order* (Budapest, Akadémiai Kiadó, 1969), p. 43. Он добавляет, что «общие принципы международного права обозначают скорее нормы общего содержания, а не положения, регулирующие детали» (*ibid.*).

²⁷⁵ Besson, “General principles of international law — whose principles?” (сноска 267 выше), pp. 32–33; M. Sørensen, “Principes de droit international public: cours général”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 101 (1960), pp. 16–30, at p. 16. По мнению Терлуэя, «(...) понятие «общих принципов» окружено такой аурой эффективности, стабильности, избранности в силу их очевидной и вечной правильности, что его толкование, согласно которому «какие бы принципы ни появились в будущем они должны рассматриваться как общие принципы», вызывает смутную тревогу» (Thirlway, *The Sources of International Law* (сноска 13 выше), p. 111).

²⁷⁶ *Pulp Mills* (сноска 17 выше), Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, p. 210, para. 201.

теоретиками права ведутся споры относительно различий и иерархических отношений между нормами и принципами, они никак не отражаются в решениях Международного Суда, который, как правило, рассматривает эти два термина как синонимы²⁷⁷. Другой ученый полагает, что «почти невозможно провести четкую грань между действующими правовыми нормами, которые являются общими принципами, и другими действующими правовыми нормами»²⁷⁸.

150. История разработки статьи 38 1) с) Статута Международного Суда не дает особых ориентиров в этом вопросе. Он не обсуждался членами Консультативного комитета юристов, государствами и другими сторонами. Например, члены Консультативного комитета юристов, как представляется, использовали термины «нормы» и «принципы» взаимозаменяемо в ходе своих обсуждений²⁷⁹. В самой статье 38 Статута Международного Суда не проводится четкого различия между «нормами» и «принципами», поскольку «правовые нормы», подлежащие определению с помощью вспомогательного средства в соответствии со статьей 38 1) d), четко включают общие принципы права²⁸⁰.

151. Международный Суд и Комиссия, как представляется, не проводят четкого различия между «нормами» и «принципами», но они согласны с тем, что последние могут рассматриваться как нормы более общего и более фундаментального характера. Например, в деле *Залив Мэн* одна Камера Международного Суда заявила следующее:

«[О]бъединение понятий «нормы» и «принципы» [в Специальном соглашении] — не более чем взаимозаменяемое использование двух выражений для передачи одной и той же идеи, поскольку в этом контексте термин «принципы» явно означает принципы права, то есть он включает также нормы международного права, применительно к которым использование термина «принципы» может быть оправдано ввиду их более общего и более основополагающего характера»²⁸¹.

152. Аналогичным образом, в своих проектах выводов о выявлении международного обычного права Комиссия пояснила, что «[П]ри упоминании в настоящих проектах выводов и в комментариях «норм» международного обычного права подразумеваются также такие нормы международного обычного права, которые могут быть названы «принципами» ввиду их более общего и более основополагающего характера»²⁸².

²⁷⁷ M. Mendelson, “The International Court of Justice and the sources of international law”, в V. Lowe and M. Fitzmaurice (eds.), *Fifty years of the International Court of Justice: Essays in honour of Sir Robert Jennings* (Cambridge, Cambridge University Press, 1996), pp. 63–89, at p. 80.

²⁷⁸ Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations” (сноска 13 выше), p. 47. См. также Kolb, *La bonne foi en droit international public* (сноска 25 выше), pp. 53–54.

²⁷⁹ Например, Декан первоначально предложил «нормы международного права, признанные правосознанием цивилизованных наций» (см. п. 93 выше). Аналогичным образом, по мнению Лодера, «были упомянуты нормы, признанные и соблюдаемые во всем мире, нормы, которые, однако, еще не стали по своему характеру нормами позитивного права, и что именно Палата обязана развивать право, «делать зрелыми» повсеместно признаваемые обычаи и принципы и преобразовывать их в нормы позитивного права» (см. п. 96 выше).

²⁸⁰ S. Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: selected issues in recent cases”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7 (2016), pp. 472–498, at pp. 488–489.

²⁸¹ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984*, p. 246, at pp. 288–290, para. 79.

²⁸² П. 3) комментария к выводу 1 проектов выводов о выявлении международного обычного права, A/73/10, пп. 65–66, на с. 137. См. также п. 67 выше.

153. В свете вышеизложенного можно сделать вывод, что термин «общие принципы права» в статье 38 1) с) Статута Международного Суда означает ссылку на нормы, которые носят «общий» и «основополагающий» характер. Они являются «общими» в том смысле, что их содержание имеет определенную степень абстракции, и «основополагающими» в том смысле, что они лежат в основе конкретных правил или воплощают важные ценности.

154. Однако нельзя исключать возможность того, что некоторые общие принципы права могут не иметь «общего» и «основополагающего» характера в описанном выше смысле. Как показано в Части третьей и будет далее обсуждаться ниже, государства ссылались на самые разные нормы, которые они считали общими принципами права в контексте судебных разбирательств, такие как добросовестность, злоупотребление правами, доктрина честности и безупречности поведения, неосновательное обогащение, обязательство производить полное возмещение, *res judicata*, право прохода через территорию другого государства и право на конфиденциальность сношений адвоката и клиента. Такое же разнообразие можно обнаружить и в решениях международных судов и трибуналов, которые опирались на общие принципы права, в частности, для определения отдельной правосубъектности компании от ее акционеров, определения понятия «изнасилование» для целей установления факта совершения международного преступления и определения «правопреемников» для целей возмещения ущерба. Хотя некоторые из этих принципов, такие как добросовестность, можно считать «общими» и «основополагающими», сомнительно, что другие принципы, такие как право на конфиденциальность сношений адвоката и клиента или право на проход через территорию другого государства, или некоторые принципы, касающиеся процессуальных вопросов, носят сопоставимый характер.

155. Что касается мнения о том, что термин «общие», используемый в статье 38 1) с) Статута Международного Суда, предполагает широкую сферу применения, т.е. что общие принципы права применяются ко всем государствам, то вполне возможно, что это так²⁸³. Однако, как представляется, исключения из этого общего правила подкрепляются ссылками в практике на общие принципы с региональной сферой применения. Как упоминалось в Части третьей, примеры этого включают в себя практику в Африке, Азии и Европе²⁸⁴.

156. Что касается слова «права» в статье 38 1) с) Статута Международного Суда, то в литературе высказывается предположение о том, что в обычном смысле оно может служить указанием как на национальное право, так и на международное право, с тем чтобы источником общего принципа права могли быть как национальные правовые системы, так и из международно-правовая система²⁸⁵. Кроме того, предполагая, что цель статьи 38 1) с) Статута Международного Суда заключается в заполнении лакун в международном конвенционном и обычном праве, тот же автор считает, что нет никаких оснований полагать, что составители Статута намеревались ограничить источники общих принципов права национальными правовыми системами. Вместо этого, они «должны рассматриваться как подразумеваемым образом дающие санкцию на применение общих принципов международного права»²⁸⁶. Это мнение может быть подкреплено тем, каким образом общие принципы применяются в некоторых национальных правовых системах. Как показано выше, национальным судам иногда разрешается полагаться на общие принципы, присущие их собственной правовой системе, когда спор не может быть разрешен на основе других норм. Если

²⁸³ См. также п. 161 ниже.

²⁸⁴ См. пп. 125 и 137 выше.

²⁸⁵ Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (сноска 13 выше), p. 67.

²⁸⁶ *Ibid.*

следовать этой логике, то можно считать, что общие принципы права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда должны также включать общие принципы, сформированные в рамках международно-правовой системы.

157. Другие утверждали, что слово «права» скорее предполагает, что при определении общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, важны все отрасли последних. Судья Танака, например, высказал мнение о том, что «поскольку «общие принципы права» не определены, слово «права» следует понимать как охватывающее все отрасли права, включая внутригосударственное право, публичное право, конституционное и административное право, частное право, коммерческое право, материальное и процессуальное право и т.д.»²⁸⁷.

158. Хотя такое толкование слова «права» вполне оправдано, Специальный докладчик считает, как упоминалось выше, что по мере развития темы и с учетом практики государств и решений международных судов и трибуналов их анализ необходимо будет продолжить.

159. Последний вопрос, который следует рассмотреть в этом подразделе, касается взаимосвязи между общими принципами права и «общим международным правом».

160. Тот факт, что общее международное право охватывает общие принципы права, неоднократно подтверждался в Комиссии. Таким образом, используемый термин «общее международное право» в некоторых случаях, в зависимости от контекста, может указывать на общие принципы права. Например, в своем комментарии к проекту статьи 33 проекта устава международного уголовного суда Комиссия уточнила, что «выражение «принципы и нормы» общего международного права включает общие принципы права»²⁸⁸. [П]онятие «общего международного права» явно отсылает к общему обычному праву, а также «общим принципам права, признаваемым цивилизованными нациями», согласно статье 38 1) с) Статута Международного Суда²⁸⁹. Аналогичным образом, в своих комментариях к проектам выводов о выявлении международного обычного права, Комиссия отметила, что ««общее международное право» используется разными способами (которые не всегда четко определены), в том числе для обозначения норм международного права общего применения, будь то договорное право или международное обычное право или же общие принципы права»²⁹⁰. Кроме того, во втором докладе Специального докладчика по этой теме «Императивные нормы общего международного права (*jus cogens*)» указывается, что «[О]бщие принципы права, подобно нормам международного обычного права, являются общеприменимыми»²⁹¹ и что общее международное право включает общие принципы права²⁹². По этой теме Редакционный комитет в предварительном порядке принял проект вывода 5 2), согласно которому общие принципы права, наряду с международным обычным правом и договорными положениями,

²⁸⁷ *South West Africa* (сноска 221 выше), Dissenting Opinion of Judge Tanaka, p. 294.

²⁸⁸ П. 2) комментария к ст. 33 проекта устава международного уголовного суда, *Ежегодник ... 1994 год*, т. II (Часть вторая), п. 91, с. 55.

²⁸⁹ «Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права», доклад Исследовательской группы Комиссии международного права, доработанный Мартти Коскенниemi (A/CN.4/L.682 and Corr.1 and Add.1) (см. сноску 84 выше), с. 274. См. также п. 174.

²⁹⁰ A/73/10, с. 136, сноска 667.

²⁹¹ A/CN.4/706, п. 48.

²⁹² Там же, п. 49.

могут служить основой для императивных норм общего международного права (*jus cogens*)²⁹³.

161. В деле *Континентальный шельф Северного моря* Международный Суд заявил, что нормы общего международного права «должны иметь одинаковую силу для всех членов международного сообщества»²⁹⁴. С учетом широкой поддержки тезиса о том, что общее международное право охватывает общие принципы права, можно сделать вывод, что общие принципы права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда являются универсально применимыми. Это не исключает возможности существования общих принципов права, имеющих региональную или двустороннюю сферу применения.

162. В свете предыдущих пунктов можно сделать вывод, что общие принципы права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда могут иметь некоторые общие характеристики с общими принципами, существующими во внутренних правовых системах, однако не следует упускать из виду структурные различия между ними и международно-правовой системой. Кроме того, общие принципы права как одного из источников международного права могут иметь более «общий» и более «основополагающий» характер, чем другие нормы международного права. Кроме того, обычное значение термина «общие принципы права» в сочетании с общепризнанной функцией этого источника международного права (заполнение лакун) предполагает, что общие принципы права не ограничиваются принципами, вытекающими из национальных правовых систем. Наконец, общие принципы права, являющиеся частью общего международного права, универсально применимы.

В. «Признанные»

163. Вторым элементом общих принципов права, содержащимся в статье 38 1) с) Статута Международного Суда, является требование «признания». По мнению Специального докладчика, этот второй элемент тесно связан с вопросом выявления общих принципов права, который будет рассмотрен в одном из будущих докладов, а также с вопросом о происхождении общих принципов права как источника международного права, который более подробно рассматривается ниже. Поэтому настоящий раздел ограничивается некоторыми общими замечаниями, касающимися признания.

164. Сначала представляется необходимым сравнить статьи 38 1) b) и 38 1) с) Статута Международного Суда, поскольку это может оказаться полезным для понимания требования о признании. В проектах выводов о выявлении международного обычного права Комиссия придерживалась «двухэлементного подхода», основанного на двух элементах, содержащихся в статье 38 1) b): всеобщая практика и ее признание в качестве правовой нормы (*opinio juris*). В этой связи Комиссия пояснила, что они «образуют основные условия для существования нормы международного обычного права»²⁹⁵.

165. Статья 38 1) с) Статута Международного Суда сформулирована совершенно иначе: в ней не упоминается всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы, а говорится о принципах, признанных «цивилизованными

²⁹³ Statement of the Chair of the Drafting Committee, 26 July 2017, annex, p. 11.

²⁹⁴ *North Sea Continental Shelf* (сноска 221 выше), p. 38, para. 63.

²⁹⁵ П. 2) комментария к выводу 2 проектов выводов о выявлении международного обычного права, A/73/10, pp. 65–66, с. 138. Комиссия далее пояснила, что «[С]ледовательно, выявление такой нормы предполагает пристальное изучение имеющихся свидетельств для возможности установления их существования в том или ином конкретном случае» (там же).

нациями». По мнению Специального докладчика, признание также является важным условием существования общего принципа права в качестве одного из источников международного права²⁹⁶. Поэтому для выявления общего принципа права необходимо тщательно изучить имеющиеся доказательства, свидетельствующие о том, что он был признан.

166. Материалы по истории разработки проекта статьи 38 3) Статута Постоянной Палаты Международного Суда, в частности протоколы Консультативного комитета юристов, подтверждают, что признание является существенно важным условием существования общих принципов права. Несмотря на наличие некоторых разногласий между членами Комитета, они согласились с тем, что формальная действительность общих принципов права зависит от их признания «цивилизованными нациями». Это было сделано для того, чтобы избежать предоставления судьям чрезмерно широких дискреционных полномочий при определении права или даже полномочий законодательного свойства²⁹⁷. Иными словами, существование общего принципа права должно быть определено на объективной основе. Это тем более оправдано, что, как отмечалось выше, общие принципы права как источник международного права должны применяться в отношениях между субъектами международного права в общем.

167. Какие формы может принимать признание? Ответ на этот вопрос может зависеть от категории общих принципов права. Что касается общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, то позиция, которая общепризнана в литературе и которая, как будет показано в следующем разделе, подкрепляется практикой, заключается в том, что требование о признании выполняется, когда такой принцип существует в достаточно большом числе национальных правовых систем²⁹⁸. Некоторые исследователи прямо связывают

²⁹⁶ В этой связи один ученый отметил: «В определении третьего источника международного права также присутствует элемент признания со стороны цивилизованных наций, но отсутствует требование о всеобщей практике. Таким образом, объектом признания является уже не правовой характер нормы, подразумеваемой в международной практике, а существование определенных принципов, являющихся по своей природе правовыми» (Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (сноска 20 выше), p. 24).

²⁹⁷ См. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (сноска 20 выше), p. 24 («как можно установить, является ли тот или иной принцип принципом права, а не другой сходной общественной дисциплиной, такой как религия или мораль? Признание его правового характера цивилизованными народами является необходимым элементом определения»).

²⁹⁸ Pellet and Müller, “Article 38” (сноска 13 выше), p. 925; Andenas and Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law” (сноска 13 выше), p. 26; Palchetti, “The role of general principles in promoting the development of customary international rules” (сноска 21 выше), p. 48; Costelloe, “The role of domestic law in the identification of general principles of law under article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice” (сноска 273 выше), p. 178; B. Juratowitch and J. Shaerf, “Unjust enrichment as a primary rule of international law”, в M. Andenas *et al.* (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Leiden, Brill, 2019), pp. 231–232; A. Yusuf, “Concluding remarks”, в *ibid.*, p. 450; A. Orakhelashvili, *Akehurst’s Modern Introduction to International Law* (Routledge, 2019), p. 46; E. Bjorge, “Public law sources and analogies of international law”, в *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 49 (2018), pp. 533–560, at p. 536; Redgwell, “General principles of international law” (сноска 13 выше), pp. 5–19; O. Casanovas and A. Rodrigo, *Compendio de Derecho Internacional Público*, 6th ed. (Tecnos, 2017), p. 72; B.I. Bonafé and P. Palchetti, “Relying on general principles in international law”, в C. Brölmann and Y. Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* (Cheltenham, Edward Edgar, 2016), pp. 160–176, at p. 163; Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law ...” (сноска 280 выше), p. 487; A. Verdross and B. Simma, *Universelles Völkerrecht* (Berlin, Dunker and Humboldt, 2010), p. 383; Besson, “General principles of international law – whose principles?” (сноска 267 выше), pp. 33 and 35; Wolfrum, “General

признание с существованием такого принципа *in foro domestico*. Другие не упоминают требование о признании, но продвигают в более широком плане идею о том, что общие принципы права «вытекают из» национальных правовых систем или «приняты», «встречаются», «применяются» них или «заимствованы» из «них, что может толковаться как подразумевающее, что именно так и происходит признание. При объяснении логики, лежащей в основе этой формы признания, отмечалось, например, что существование принципа в рамках национальных правовых систем соответствует «диктатам правосознания цивилизованных наций»²⁹⁹.

168. Аналогичные выражения использовались международными судами и трибуналами. Например, в деле «*Барселона трэкин*» Международный Суд определил, что «международное право отсылает к нормам, общепринятым во внутренних правовых системах, признающих компанию с ограниченной ответственностью, капитал которой представлен акциями, а не к внутреннему праву какого-либо конкретного государства»³⁰⁰. Аналогичным образом, в деле «*Sea-Land Services Inc v. Iran*» Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и США отметил, что концепция неосновательного обогащения «кодифицирована в законодательстве или признана в судебной практике подавляющего большинства внутригосударственных правовых систем мира и широко признается в качестве нормы, вошедшей в состав категории общих принципов права, которые могут применяться международными арбитражными трибуналами»³⁰¹.

international law (principles, rules, and standards)” (сноска 199 выше), paras. 30–32; T. Gazzini, “General principles of law in the field of foreign investment”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 10 (2009), pp. 103–120, at p. 104; A. Boyle and C. Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 223; Jennings and Watts, *Oppenheim’s International Law* (сноска 136 выше), pp. 36–37; Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional” (сноска 13 выше), pp. 30–31; G. Abi-Saab, “Cours général de droit international public”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 207 (1987), pp. 188–189; American Law Institute, *Restatement of the Law (Third), the Foreign Relations Law of the United States*, vol. 1 (St. Paul, Minnesota, 1987), p. 24; Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (сноска 13 выше), pp. 59–66, 74; Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations” (сноска 13 выше), pp. 42–43; Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (сноска 113 выше), pp. 9, 195–196 and 239; P. de Visscher, “Cours général de droit international public”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 136 (1972), pp. 114 and 116; C. de Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 4th ed. (Paris, Pedone, 1970), p. 419; Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order* (сноска 274 выше), p. 97; Blondel, “Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice” (сноска 13 выше), pp. 203 and 213; Verdross, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale” (сноска 136 выше), pp. 223–224; W. Bishop, “General course of public international law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 115 (1965), p. 238; Jenks, *The Common Law of Mankind* (сноска 17 выше), p. 312; Waldock, “General course on public international law” (сноска 13 выше), pp. 55–56; Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (сноска 20 выше), p. 25; L. Le Fur, “Règles générales du droit de la paix”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 54 (1935), p. 205; G. Ripert, “Les règles du droit civil applicables aux rapports internationaux”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 44 (1933), pp. 579–580; Anzilotti, *Cours de droit international* (сноска 13 выше), p. 117. См. также the International Law Association, 2018 draft report on “The use of domestic law principles in the development of international law” (сноска 29 выше).

²⁹⁹ Pellet and Müller, “Article 38” (сноска 13 выше), p. 925 (ссылка на первоначальное предложение Декана в Консультативном комитете юристов (см. п. 93 выше).

³⁰⁰ *Barcelona Traction* (сноска 217 выше), Separate Opinion of Judge Fitzmaurice, p. 66.

³⁰¹ *Sea-Land Service v. Iran* (сноска 247 выше), p. 168. См. дополнительные примеры в следующем разделе.

169. Предложение о том, что требование о признании может быть выполнено посредством установления существования общего для национальных правовых систем принципа, является, разумеется, широким, и ряд вопросов остается открытым. Например, необходимо рассмотреть вопрос о степени признания, требуемой для появления общего принципа права. Кроме того, часто высказывалось предположение о том, что после выявления принципа, общего для национальных правовых систем, обязательно необходимо дополнительно определять его применимость в международно-правовой системе. Это иногда называется «транспонированием»³⁰². Объяснение заключается в том, что «условия в международной сфере иногда весьма отличаются от тех, которые существуют на внутригосударственном уровне, и те нормы, которые эти условия полностью оправдывают, могут оказаться менее обоснуемыми, если их строго применять, когда они транспонируются на международный уровень»³⁰³.

170. Один из ключевых вопросов в этой связи заключается в том, релевантно ли требование о признании и для определения того, применим ли принцип, общий для национальных правовых систем, на международном уровне, и если он применим, то каким образом. Этот важный вопрос будет проанализирован в одном из будущих докладов, посвященном выявлению общих принципов права.

171. Как упоминалось выше, другой категорией общих принципов права, часто упоминаемой в литературе как подпадающей под действие статьи 38 1) с) Статута Международного Суда, является категория общих принципов права, которые могут формироваться в рамках международно-правовой системы и источником происхождения которых не являются национальные правовые системы. Если предположить, что эта категория отличается от той, о которой говорилось в предыдущих пунктах, то, возможно, признание необходимо будет устанавливать иным образом.

172. Некоторые ученые выступают с заявлениями обобщающего характера о том, что эта вторая категория подпадает под действие статьи 38 1) с), однако они не вдаются в подробности того, как происходит признание³⁰⁴. Те, кто пытается объяснить, как выполняется требование о признании в отношении этой категории, выдвигают ряд аргументов.

173. Например, некоторые утверждают, что общие принципы права, подпадающие под эту категорию, возникают посредством дедукции или экстрагирования из существующих норм международного конвенционного и обычного права. Требование о признании будет выполняться путем обращения к тем существующим нормам, которые уже были приняты (или признаны) государствами³⁰⁵.

³⁰² Pellet and Müller, “Article 38” (сноска 13 выше), pp. 930–932; Andenas and Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law” (сноска 13 выше), p. 26; Juratowitch and Shaerf, “Unjust enrichment as a primary rule of international law” (сноска 298 выше), p. 232; Yusuf, “Concluding remarks” (сноска 298 выше), p. 451; Bonafé and Palchetti, “Relying on general principles in international law” (сноска 298 выше), p. 163; Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law ...” (сноска 280 выше), p. 487; Gazzini, “General principles of law in the field of foreign investment” (сноска 298 выше), p. 104; Jennings and Watts, *Oppenheim’s International Law* (сноска 136 выше), p. 37; Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (сноска 113 выше), pp. 272–320.

³⁰³ *Barcelona Traction* (сноска 217 выше), Separate Opinion of Judge Fitzmaurice, p. 66.

³⁰⁴ Boyle and Chinkin, *The Making of International Law* (сноска 298 выше), p. 223; Anzilotti, *Cours de droit international* (сноска 13 выше), p. 117.

³⁰⁵ Palchetti, “The role of general principles in promoting the development of customary international rules” (сноска 21 выше), p. 50; R. Yotova, “Challenges in the identification of the ‘general principles of law recognized by civilized nations’: the approach of the International Court”, *Canadian Journal of Comparative and Contemporary Law*, vol. 3 (2017), pp. 269–325, at p. 310; Bonafé and Palchetti, “Relying on general principles in international law” (сноска 298 выше), p. 163; Wolfrum, “General international law (principles, rules, and standards)”

Другие полагают, что признание может принимать форму актов международных организаций или аналогичных документов, демонстрирующих консенсус государств по конкретным вопросам, таких как резолюции Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций³⁰⁶. Было высказано соображение о том, что в этом контексте «основной элемент должен заключаться в определении того, считают ли государства обязательным для себя соблюдать их»³⁰⁷.

174. Для целей настоящего раздела достаточно отметить, что, несмотря на различия в подходах в литературе, как представляется, существует согласие в отношении того, что признание по смыслу статьи 38 1) с) может происходить на международном уровне без необходимости учета национальных правовых систем государств. Как будет показано в следующем разделе, эта позиция, как представляется, в определенной степени подкрепляется государственной практикой и решениями международных судов и трибуналов.

175. В свете вышеизложенного можно сделать вывод, что признание по смыслу статьи 38 1) с) является существенно важным условием существования общего принципа права. Конкретные формы, которые может принимать такое признание, могут зависеть от категории общих принципов права, о которых идет речь.

С. «Цивилизованные нации»

176. Статья 38 1) с) Статута Международного Суда предусматривает, что общими принципами права являются принципы, признанные «цивилизованными нациями». Этот третий элемент касается вопроса о том, чье признание требуется для того, чтобы общий принцип права стал частью международного права.

177. Термин «цивилизованные нации» является продуктом политических и правовых концепций, которые могут восходить к международному праву на ранних этапах его становления. В то время бытовало мнение о том, что только так называемые «цивилизованные нации» участвовали в формировании международного права и были связаны им³⁰⁸. Например, только практика «цивилизованных наций» принималась бы во внимание для целей определения существования международного обычного права³⁰⁹. Один из ученых отметил, что в контексте общих принципов права термин «цивилизованные нации» имел целью исключить из рассмотрения правовые системы стран, которые не считались цивилизованными³¹⁰. По мнению другого ученого, когда суды и трибуналы прибегают к «общим для цивилизованных стран принципам» для заполнения лакун в

(сноска 199 выше), paras. 33–34; A. Cassese, *International Law in a Divided World* (Oxford, Clarendon, 1986), p. 174; Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (сноска 13 выше), p. 74.

³⁰⁶ Yotova, “Challenges in the identification of the ‘general principles of law recognized by civilized nations’” (сноска 305 выше), p. 310; Wolfrum, “General international law (principles, rules, and standards)” (сноска 199 выше), para. 36; Verdross and Simma, *Universelles Völkerrecht* (сноска 298 выше), p. 386.

³⁰⁷ Gaja, “General principles in the jurisprudence of the ICJ” (сноска 186 выше), pp. 42–43. Затем Гая отмечает, что «в определенной степени их мнение может сформироваться в результате принятия резолюций Генеральной Ассамблеи, но его необходимо будет рассматривать в увязке с другими элементами государственной практики. Придание релевантности практике государств при утверждении существования такого рода принципов приблизило бы эти принципы к обычным нормам» (*ibid.*).

³⁰⁸ J. Sloan, “Civilized Nations”, Max *Planck Encyclopedia of Public International Law* (2011), para. 2.

³⁰⁹ *Ibid.*, para. 25.

³¹⁰ Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (сноска 20 выше), p. 25.

договорах и обычаях, они «провозглашают принципы, которые имеют весьма общую цель и, несомненно, являются общими для всех основных западных правовых систем»³¹¹.

178. Сегодня в литературе широко распространено мнение об отсутствии необходимости придания какого-либо особого значения термину «цивилизированные нации» в статье 38 1) с) Статута Международного Суда. Часто высказывалось мнение о том, что этот термин является анахронизмом и что поэтому его следует избегать³¹². Эту позицию подкрепляет и практика, в которой не проводится различия между «цивилизированными» и «нецивилизированными» нациями. Как отметил судья Аммуун:

[текст статьи 38 1) с) Статута Международного Суда] не может быть истолкован иначе, как посредством наделения его универсальной сферой охвата, не сопряженной с какой-либо дискриминацией между членами единого сообщества, основанного на суверенном равенстве. Таким образом, критерий, в силу которого проводится различие между цивилизованными нациями и теми, которые якобы не являются таковыми, является политическим критерием (политика силы) и всем что угодно, только не этическим и правовым критерием ...

...

Суд, цитируя, при необходимости, пункт 1 с) статьи 38, мог бы опустить указанное прилагательное и довольствоваться словами «общие принципы права, признанные ... [нациями]»; или мог бы использовать формулировку, использованную сэром Хэмфри Уолдоком в его выступлении 30 октября 1968 года, а именно: «общие принципы права, признанные в национальных правовых системах». Можно также сказать, достаточно просто: «общие принципы права»³¹³.

179. Было также отмечено, что «эта неуместная формулировка [«цивилизированными нациями»] может частично объяснить, почему Международный Суд до сих пор не хотел ссылаться на конкретные нормы той или иной внутригосударственной системы, чтобы не складывалось впечатление о том, что некоторые другие системы должны рассматриваться как менее цивилизованные»³¹⁴.

³¹¹ Cassese, “The contribution of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia to the ascertainment of general principles of law recognized by the community of nations” (сноска 238 выше), p. 43.

³¹² Pellet and Müller, “Article 38” (сноска 13 выше), p. 927; Yusuf, “Concluding remarks” (сноска 298 выше), pp. 449–450; Besson, “General principles of international law — whose principles?” (сноска 267 выше), pp. 37–38; Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional” (сноска 13 выше), p. 33; Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations” (сноска 13 выше), p. 45; Herczegh, *General Principles of Law and the International Legal Order* (сноска 274 выше), p. 41; Verdross, “Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale” (сноска 136 выше), p. 523; Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (сноска 20 выше), p. 25.

³¹³ *North Sea Continental Shelf* (сноска 221 выше), Separate Opinion of Judge Ammoun, pp. 134–135. См. также *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949*, p. 174, dissenting opinion of Judge Krylov, at p. 219 (ссылка на общие принципы права, «признанные нациями»); *Maritime Delimitation in the Area between Greenland and Jan Mayen, Judgment, I.C.J. Reports 1993*, p. 38, Separate Opinion of Judge Weeramantry, at p. 236, footnote 9 (указание на то, что термин «цивилизированные нации» является неуместным с фразеологической точки зрения).

³¹⁴ G. Gaja, “General principles of law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2013), para. 2. См. также Yusuf, “Concluding remarks” (сноска 298 выше), p. 449.

180. Прозвучал ряд призывов внести поправку в статью 38 1) с) Статута Международного Суда. Например, в 1971 году Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций подготовил доклад, содержащий мнения и предложения государств в отношении роли Международного Суда³¹⁵. Мексика и Гватемала предложили изменить термин «цивилизованные нации» в статье 38 1) с) Статута Международного Суда или исключить его. В частности, Мексика выразила мнение о том, что этот термин представляет собой «вербальный отголосок колониального прошлого», и предложила использовать вместо него термин «международное сообщество» или другой аналогичный термин³¹⁶.

181. Исходя из того, что общие принципы права должны быть общепризнанными, некоторые ученые установили связь между термином «цивилизованные нации» и статьей 9 Статута Международного Суда. По мнению одного из авторов, «[статья 9] предоставляет достаточные гарантии, поскольку судьи были избраны таким образом, чтобы обеспечить «представительство главнейших форм цивилизации и основных правовых систем мира» ... с учетом этого можно допустить, что все, что все судьи Суда готовы принять в качестве «общих принципов права», должно быть фактически “признано всеми цивилизованными нациями”»³¹⁷. Аналогичное замечание было высказано судьей Аммуном по делу *Континентальный шельф Северного моря*. По его словам, требование о представленности «главнейших форм цивилизации и основных правовых систем мира» в составе Международного Суда подтверждает суверенное равенство всех государств — членом Организации Объединенных Наций, закрепленное в Уставе Организации Объединенных Наций, и то, что все нации должны принимать участие в формировании общих принципов права³¹⁸.

182. Несколько ученых утверждают, что термин «цивилизованные нации» в статье 38 1) с) Статута Международного Суда все еще имеет определенное значение. Например, предлагалось, чтобы только те государства, национальные правовые системы которых соответствуют основным стандартам в области прав человека или которые являются «демократическими», рассматривались как «цивилизованные»³¹⁹. Однако эта позиция не находит поддержки ни в практике государств, ни в решениях международных судов и трибуналов. Проведение различия между «цивилизованными» и «нецивилизованными» нациями может привести к субъективному и произвольному выбору при определении общих принципов права и будет противоречить основополагающему принципу суверенного равенства. Кроме того, если выявление общих принципов права будет зависеть от одного из ранее указанных критериев на предмет соответствия национальных правовых систем международным нормам в области прав человека или демократическим стандартам, то выявление таких принципов станет слишком обременительным, а то и вообще невозможным.

³¹⁵ A/8382.

³¹⁶ *Ibid.*, pp. 24–25.

³¹⁷ M. Virally, “The Sources of International Law”, в M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law* (Macmillan, 1968), p. 146.

³¹⁸ *North Sea Continental Shelf* (сноска 221 выше), Separate Opinion of Judge Ammoun, pp. 133–134.

³¹⁹ Besson, “General principles of international law — whose principles?” (сноска 267 выше), p. 38; Raimondo, *General Principles of Law ...* (сноска 13 выше), p. 52–53; Sloan, “Civilized nations” (сноска 308 выше), para. 3. См. также B. Conforti, *International Law and the Role of Domestic Legal Systems* (Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993), p. 64; A. Favre, “Les principes généraux du droit, fonds commun du droit des gens”, в *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim* (IUHEI, 1968), pp. 366–390, at p. 371.

183. Как показано в Части третьей, некоторые договоры, принятые после статуты Постоянной Палаты Международного Суда и Международного Суда, содержат формулировки, в которых уже не используется термин «цивилизованные нации». Например, в некоторых международных инвестиционных соглашениях содержится ссылка на «принцип соблюдения надлежащей правовой процедуры, действующий в основных правовых системах мира»³²⁰. Аналогичным образом, в статье 21 1) с) Римского статута содержится указание на «общие принципы права, взятые ... из национальных законов правовых систем мира». Эти формулировки четко указывают на принципы, действующие в рамках национальных правовых систем, и предполагают, что последние должны быть широко репрезентативными.

184. Выражение «международное сообщество» также использовалось в качестве альтернативы выражению «цивилизованные нации». Именно это выражение используется в Международном пакте о гражданских и политических правах, участниками которого являются 172 государства и статья 15 2) которого предусматривает, что «[н]и что в настоящей статье не препятствует преданию суду и наказанию любого лица за любое деяние или упущение, которые в момент совершения являлись уголовным преступлением согласно общим принципам права, признанным международным сообществом». При разработке проекта этого положения была предложена формулировка «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями»³²¹, но делегации высказались против нее³²².

185. В целом, широкие круги разделяют мнение о том, что различие между «цивилизованными» и «нецивилизованными» нациями не может быть сохранено. Для того чтобы избежать исторических коннотаций, которые может по-прежнему носить термин «цивилизованные нации» в статье 38 1) с) Статута Международного Суда³²³, были приняты альтернативные формулировки, такие как «государства», «нации» и «международное сообщество».

186. Специальный докладчик считает, что в дополнение ко всем вышеизложенным соображениям общие принципы права как одного из источников международного права следует рассматривать в контексте основополагающего принципа суверенного равенства государств. Поэтому следует избегать употребления термина «цивилизованные нации», который фигурирует в статье 38 1) с) Статута Международного Суда и который в любом случае следует толковать как относящийся к государствам в общем. В этой связи предпочтение следует отдавать формулировке «общие принципы права, признанные государствами».

187. Этот основной вывод, естественно, не закрывает вопрос о том, чье признание требуется, и еще предстоит решить ряд вопросов, таких как вопрос о том, насколько представительным должно быть признание со стороны государств и существуют ли другие способы установления существования общего принципа права; и могут ли международные организации и другие акторы также участвовать в формировании общих принципов права³²⁴. Более подробно Специальный

³²⁰ См. сноску 204 выше.

³²¹ E/CN.4/SR.324, p 4.

³²² *Ibid.*, pp. 5–14.

³²³ Yusuf, “Concluding remarks” (сноска 298 выше), p. 449.

³²⁴ Reinisch, “Sources of international organizations’ law ...” (сноска 261 выше), p. 1022 («Общие принципы права могут служить веским основанием для установления обязательств и для международных организаций. Обязательность общих принципов права, которые обычно рассматриваются как вытекающие из принципов, общих для различных внутренних правовых систем государств, может быть трудно распространить на международные организации, поскольку, как и в случае с обычаем, у международных организаций не будет возможности участвовать в их формировании. Тем не менее имеется

докладчик рассмотрит эти выводы в одном из своих будущих докладов. Предлагается следующий проект вывода:

Проект вывода 2: Требование о признании

«Для того, чтобы общий принцип права существовал, он должен быть общепризнан государствами».

II. Происхождение общих принципов права как одного из источников международного права

188. Как отмечалось ранее в докладе, по крайней мере в литературе имеются некоторые разногласия в отношении происхождения общих принципов права как одного из источников международного права. Этот вопрос часто формулируется как относящийся к категориям общих принципов права, охватываемых статьей 38 1) с) Статута Международного Суда, и кратко затрагивается в предыдущем разделе, когда речь идет о требовании признания.

189. Хотя в литературе предлагались различные категории общих принципов права³²⁵, две из них, как представляется, поддерживаются практикой и широко признаются учеными: общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем, и общие принципы права, сформированные в рамках международно-правовой системы. Специальный докладчик рассматривает их отдельно в настоящем разделе без ущерба для дальнейших выводов, формулируемых по мере развития темы. Следует отметить, что задача настоящего раздела заключается в рассмотрении вопроса о существовании только этих категорий общих принципов права. В нем не предпринимается попытка дать окончательные ответы относительно возможных форм признания. Это дело будущего.

A. Общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем³²⁶

190. Как показано выше, как представляется, в литературе довольно широко признается, что одним из возможных источников общих принципов права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда являются национальные правовые системы государств. Как представляется, по мнению многих ученых, само по себе существование принципов, общих для большинства национальных

достаточно примеров областей, в которых международные организации были готовы согласиться с тем, что общие принципы права вытекают из внутреннего законодательства их государств-членов... Релевантность общих принципов права не ограничивается особым случаем [Европейского Союза]. Как свидетельствует их широкое использование в качестве источников восполнения пробелов во внутреннем трудовом праве международных организаций, особенно международных административных трибуналов, общие принципы права часто рассматриваются как прямо применимое право для международных организаций»).

³²⁵ См. п. 23 выше.

³²⁶ Эту категорию иногда называют «общими принципами внутреннего права», «общими принципами национального права», «общими принципами, признанными *in foro domestico*» или «общими принципами с параллелью во внутренних правовых системах». Специальный докладчик считает термин «общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем» более удобным, поскольку он более тесно связан с тем порядком, в каком такие принципы должны выявляться.

правовых систем, удовлетворяет требованию о признании в соответствии с этим положением³²⁷.

191. Факт того, что общие принципы права как один из источников международного права могут вытекать из национальных правовых систем, находит поддержку в подготовительных материалах (*travaux*) Статута Постоянной Палаты Международного Суда, в частности в документах, подготовленных Консультативным комитетом юристов, в которых было выражено общее согласие с тем, что общими принципами права являются те принципы, которые содержатся *in foro domestico*³²⁸. Аналогичным образом, следует напомнить о практике в период до принятия ее Статута, на основе которой он был принят: в различных делах как государства, так и судебные органы в обоснование применения соответствующего принципа на международном уровне опирались на нормы или принципы, фигурировавшие в национальных правовых системах и в континентальном праве³²⁹.

192. Эта категория общих принципов права также отражена в недавней практике государств и в решениях международных судов и трибуналов. Что касается государственной практики, то в контексте судебных разбирательств можно найти много примеров, когда государства опирались на общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем. Хорошо известным примером того являются Португалия и Индия в деле *Право прохода*. Португалия пояснила свое притязание на право прохода следующим образом:

«право Португалии на проход через территорию Индийского Союза является логической необходимостью, имеющей отношение к самому понятию суверенитета... Но оно вытекает не только из этого. Его конвенционные и обычные основы не являются ни менее определенными, ни менее прочными, чем общий принцип, с которым оно увязано»³³⁰.

193. В своем ответе на контрмеморандум Индии³³¹ Португалия далее пояснила, что:

«Между сторонами существует разногласие в отношении концепции «общих принципов права»; правительство Индии считает, что только те принципы, которые подтверждаются соответствием внутригосударственному законодательству, заслуживают такого обозначения, тогда как, по мнению правительства Португалии, эти ограничения являются слишком узкими. В любом случае ясно, что принципы, признанные *in foro domestico* цивилизованными нациями, охватываются международно-правовым порядком»³³².

³²⁷ См. п. 167 выше.

³²⁸ См. п. 109 выше. Один из авторов указал, что толкование статьи 38 1) с) Статута Международного Суда как включающей эту категорию общих принципов права, может рассматриваться как «статическое и историческое» толкование этого положения. См. Kolb, *La bonne foi en droit international public* (сноска 25 выше), p. 56.

³²⁹ См., в частности, *Alabama Claims arbitration* (сноска 120 выше), *the Fabiani case* (сноска 122 выше), *the Pious Fund case* (сноска 123 выше), *the North Atlantic Coast Fisheries case* (сноска 128 выше) и *the Russian Indemnity case* (сноска 132 выше) (указанные в Части третьей выше). См. также дело “*Queen*” о споре между Бразилией, Норвегией и Швецией (1871 год), в котором арбитр применил принцип, который «признан в законодательстве всех стран» и согласно которому истец должен доказать свои требования («преобладающим принципом, который надлежит применить при разрешении рассматриваемого вопроса, является юриспруденционный принцип, который признан законодательством во всех странах и согласно которому бремя доказывания лежит на истце») (*Pasicrisie internationale* (сноска 114 выше), p. 155).

³³⁰ *Right of Passage* (сноска 222 выше), Memorial of Portugal, para. 41.

³³¹ *Ibid.*, Counter-Memorial of India, paras. 294–306; Rejoinder of India, paras. 565–569.

³³² *Ibid.*, Reply of Portugal, para. 327.

194. Для того чтобы доказать существование своего заявленного права прохода, Португалия подготовила сравнительное исследование 64 национальных правовых систем, которое было приложено к ее ответу³³³. Однако, констатировав существование обычая в двусторонних отношениях между сторонами, Суд не считал необходимым рассматривать вопрос о том, может ли общий принцип права привести к такому же результату.

195. В деле *Определенное имущество* Лихтенштейн утверждал, что неосновательное обогащение является общим принципом права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда. Лихтенштейн отметил, что «норма должна рассматриваться в качестве общего принципа права i) если она применяется в основных системах внутреннего права и ii) если она «транспонируема» в международное право»³³⁴. Чтобы показать, что первое условие было выполнено, Лихтенштейн опирался, в частности, на континентальное право и правовые системы Австрии, Франции, Италии, Исламской Республики Иран, Швейцарии, Соединенного Королевства и Соединенных Штатов³³⁵. Однако эти аргументы не были рассмотрены Международным Судом, поскольку он установил, что он не обладает юрисдикцией для рассмотрения этого дела.

196. В деле, касающемся *Вопросов, связанных с изъятием и удержанием некоторых документов и данных* (производство прекращено в 2015 году), Тимор-Лешти заявил, в частности, что Австралия нарушила принцип, запрещающий вмешиваться в сношения с юрисконсультантами (привилегия на сохранение адвокатской тайны). Тимор-Лешти выдвинул аргумент о том, что его заявленное право может рассматриваться как норма международного обычного права или как общий принцип права³³⁶. По словам заявителя: «Вряд ли стоит говорить о том, что большинство государств признают привилегию на сохранение адвокатской тайны в той или иной форме в отношениях между юрисконсультантами и их клиентами»³³⁷.

197. Австралия ответила, что «[о]бщие принципы права по смыслу статьи 38 1) с) Статута в целом вытекают из общих принципов внутренней судебной практики, надлежащим образом адаптированных к сфере международного права во избежание «извращения»³³⁸. Однако она отвергла аргументы Тимора-Лешти, поскольку «одного лишь факта существования во многих национальных правовых системах в той или иной форме привилегии на сохранение адвокатской тайны недостаточно для выработки нового общего принципа международного права»³³⁹, и Тимор-Лешти «не предпринял никаких усилий ... для разъяснения того, как принципы внутреннего права должны быть надлежащим образом адаптированы к сфере международного права без извращения или как следует воспроизводить специфичные и зачастую сложные процедуры в национальных

³³³ *Ibid.*, Reply of Portugal, p. 858, ответ следует толковать вместе с Приложением 20 к соображениям и выводам Португалии в отношении предварительных возражений правительства Индии, pp. 714 ff.

³³⁴ *Certain Property* (сноска 225 выше), Memorial of Lichtenstein, para. 6.5.

³³⁵ *Ibid.*, paras. 6.7-6.15.

³³⁶ *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data* (сноска 226 выше), Memorial of Timor-Leste, para. 6.2.

³³⁷ В поддержку этого Тимор-Лешти представил три исследования по этому вопросу, охватывающие 45 национальных правовых систем (приложения 22–24 к его меморандуму).

³³⁸ *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data* (сноска 226 выше), Counter-Memorial of Australia, para. 4.20.

³³⁹ *Ibid.*, para. 4.21.

правовых системах для утверждения существования и апробации этой привилегии в сфере международного права»³⁴⁰.

198. В этой связи релевантна также статья 21 1) с) Римского статута. В ней предусматривается, что в отсутствие норм, установленных в Статуте, Элементах преступлений, Правилах процедуры и доказывания, других договорных норм и принципов и норм международного права, Суд применяет «общие принципы права, взятые им из национальных законов правовых систем мира, включая, соответственно, национальные законы государств, которые при обычных обстоятельствах осуществляли бы юрисдикцию в отношении данного преступления, при условии, что эти принципы не являются несовместимыми с настоящим Статутом и с международным правом и международно признанными нормами и стандартами». Как поясняется в Части третьей, выражение «общие принципы права, взятые... из национальных законов правовых систем мира» может рассматриваться как частично отражающее сферу применения статьи 38 1) с) Статута Международного Суда.

199. Аналогичным образом, в некоторых двусторонних инвестиционных договорах содержится ссылка на обязательство не отказывать в правосудии «в соответствии с принципом надлежащей правовой процедуры, закрепленным в основных правовых системах мира»³⁴¹.

200. Дополнительные примеры из практики государств можно встретить в некоторых решениях национальных судов и других аналогичных материалах. Федеральный конституционный суд Германии, например, в своем решении от 4 сентября 2004 года постановил, что термин «общие нормы международного права», используемый в статье 25 Конституции Германии, включает общие принципы права, которыми являются «признанные правовые принципы, общие для внутренних правовых систем и переносимые на межгосударственные отношения»³⁴².

201. В одном деле, касающемся ответственности корпорации за предполагаемые нарушения прав человека, Апелляционный суд (четвертый округ) Соединенных Штатов Америки определил сферу применения термина «международное право» (содержащегося в Законе о правонарушениях в отношении иностранных граждан) со ссылкой на статью 38 1) Статута Международного Суда. При этом Апелляционный суд сослался также на раздел 102 Свода права международных отношений (третье издание) (*Restatement (Third) of Foreign Relations Law*), в котором общие принципы права определяются как принципы, которые были приняты международным сообществом государств «посредством выведения их общих принципов, свойственных основным правовым системам»³⁴³.

202. Аналогичным образом, Федеральный совет Швейцарии в своем докладе 2010 года определил общие принципы права как принципы, «включающие в себя

³⁴⁰ *Ibid.*, para. 4.22. См. также paras. 4.34-4.38; 4.43-4.47. Австралия представила «Резюме национальных законов о привилегии на сохранение адвокатской тайны: сфера применения и исключения» (Приложение 51).

³⁴¹ См. сноску 204 выше.

³⁴² 2 BvR 1475/07, para 20. («Общие принципы права — это признанные принципы права, которые используются в национальных правовых системах и могут быть транспонированы на межгосударственные отношения») («Allgemeine Rechtsgrundsätze sind anerkannte Rechtsprinzipien, die übereinstimmend in den Internalstaatlichen Rechtsordnungen zu finden und auf den zwischenstaatlichen Verkehr übertragbar sind»). См. также BVerGE 118, 124, para. 63.

³⁴³ *Aziz and ors v Alcolac Incorporated and ors*, Appeal judgment of 19 September 2011, ILDC 1878 (US 2011), paras. 40–42. См. также *Agent Orange Product Liability Litigation, Re, Vietnam Association For Victims of Agent Orange / Dioxin and ors v. Dow Chemical Company and ors*, Judgment of 10 March 2005, ILDC 123 (US 2005), paras. 328–330.

принципы, общие для основных правовых систем мира и имеющие универсальную ценность. Они, часто вытекающие из национального законодательства, применяются, как правило, всякий раз, когда спор не может быть разрешен посредством ни конвенционного, ни обычного права»³⁴⁴.

203. Наконец, следует также напомнить, что государства уже высказывали мнения в отношении этой категории общих принципов права в Шестом комитете. Так обстоит дело с Бразилией, которая считает, что выявление общих принципов права «производится на основе всех правовых систем мира»³⁴⁵.

204. Международные суды и трибуналы также неоднократно ссылались на эту категорию общих принципов права. Например, в деле Пролив *Корфу* Международный Суд счел, что в отношении бремени доказывания государство «должно иметь более свободный доступ к заключениям по фактам и к косвенным доказательствам. Такие косвенные доказательства допускаются во всех правовых системах, и их использование признается в решениях международных органов»³⁴⁶. Термин «все системы права» может пониматься как включающий национальные правовые системы.

205. В деле «*Барселона трэкин*» Суд сослался на внутреннее законодательство для применения международно-правовых норм в области дипломатической защиты. Он заявил следующее:

«Переходя теперь к международно-правовым аспектам дела, Суд должен, как уже отмечалось, исходить из того, что настоящее дело по существу включает в себя факторы, которые вытекают из внутреннего права: различие и общность между компанией и акционером, и которые каждая из сторон, сколь широкими не были бы ее толкования, может принимать за отправную точку в своей аргументации. Если бы Суд вынес решение по этому делу без учета соответствующих институтов внутреннего права, то это безусловно создало бы серьезные юридические трудности. Была бы утрачена связь с реальностью, поскольку не существует соответствующих институтов международного права, к которым мог бы прибегнуть Суд. Таким образом, как уже отмечалось, Суд должен не только принимать во внимание внутригосударственное право, но и ссылаться на него. Международное право отсылает к нормам, общепринятым во внутренних правовых системах, признающих компанию с ограниченной ответственностью, капитал которой представлен акциями, а не к внутреннему праву какого-либо конкретного государства. Ссылаясь на такие нормы, Суд не может их модифицировать и тем более деформировать»³⁴⁷.

206. В деле *Юго-Западная Африка* — одном из немногих дел, в котором содержалась прямая ссылка на статью 38 1) с) Статута Международного Суда, — Суд счел, что:

довод представляет собой утверждение, согласно которому Суд должен допустить заявление претензии, равнозначной *actio popularis*, т. е.

³⁴⁴ Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 07.3764 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats du 16 octobre 2007 et au postulat 08.3765 de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 20 novembre 2008 (5 March 2010), p. 2084. В дополнительном докладе 2011 года Федеральный совет определил общие принципы права как «нормы, являющиеся универсально действительными, поскольку они признаны всеми основными правовыми системами мира». См. «Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne» (30 March 2011), p. 3412.

³⁴⁵ A/C.6/72/SR.21, п. 15; A/C.6/73/SR.21, п. 41.

³⁴⁶ *Corfu Channel* (сноска 214 выше), p. 18.

³⁴⁷ *Barcelona Traction* (сноска 217 выше), p. 37, para. 50. См. также pp. 39–40, para. 56.

вытекающей из права любого члена сообщества предъявить иск в защиту общественного интереса. Однако, хотя право подобного рода может быть известно некоторым внутренним правовым системам, оно неизвестно современному международному праву: Суд не может рассматривать ее, как вытекающую из «общих принципов права», упомянутых в пункте 1 с) статьи 38 Статута³⁴⁸.

207. Хотя Суд отклонил аргумент о существовании общего принципа права в этом деле, данную выдержку можно истолковать как предполагающую, что *actio popularis* мог бы рассматриваться как общий принцип права, если бы он существовал в достаточно большом числе национальных систем, а не только в некоторых из них. Термин «перенесенный», использованный Судом, также предполагает, что для выявления общих принципов права необходимо обращаться к национальным правовым системам³⁴⁹.

208. Что касается межгосударственного арбитража, то в деле *Перенаправленные грузы (Diverted Cargoes)* арбитр отметил, что «принципы международного права, регулирующие толкование международных договоров или соглашений и установление доказательств, были определены доктриной и, прежде всего, международной судебной практикой в тесном соответствии с правилами толкования договоров, принятыми цивилизованными нациями»³⁵⁰. В этой связи трибунал сослался на принципы толкования (такие как добросовестность и эффективность) и бремени доказывания³⁵¹.

209. В арбитражном разбирательстве по делу *Маяки (Lighthouses arbitration)* в отношении выдвинутого Грецией аргумента о непередаче долгов, возникших в результате правонарушений, трибунал заявил, в частности, следующее:

Если этот аргумент фактически сформулировал общий принцип права, он должен фигурировать в таком же виде и в гражданском праве, но это далеко не так. Напротив, деликтные долги частных лиц, которые носили бы точно такой же «очень личный» характер, обычно переходят к наследникам. Это означает не то, что принципы частного права применимы как таковые в вопросах правопреемства государств, а только то, что единственный аргумент, который иногда используется для отрицания передаваемости деликтных долгов, не имеет значения³⁵².

210. В деле *Граница между Аргентиной и Чили (Argentine-Chile Frontier)* Трибунал применил принцип эстоппеля и сослался на его связь с национальными правовыми системами. Ссылаясь на дело, касающееся *Храма Прэахвихеа*, он заявил, что:

«в международном праве существует принцип, который, кроме того, является принципом материального права, а не просто технической нормой доказывания, согласно которому «государство-участник международного судебного разбирательства связано своими предыдущими действиями или позицией, когда они противоречат его требованиям в судебном процессе» ... Этот принцип обозначается рядом различных терминов, наиболее распространенными из которых являются «эстоппель» и «утрата права».

³⁴⁸ *South West Africa* (сноска 221 выше), р. 47, para. 88.

³⁴⁹ По мнению Гая, «в этом отрывке Суд косвенно указал на то, что принцип, который является общим для внутреннего законодательства, в международное право не переносится автоматически». См. “General principles in the jurisprudence of the ICJ” (сноска 186 выше), р. 38.

³⁵⁰ *Diverted Cargoes* (сноска 230 выше), р. 70.

³⁵¹ *Ibid.*

³⁵² *Affaire relative à la concession des phares de l’Empire ottoman* (сноска 231 выше), р. 199.

Но также очевидно, что эти термины не следует понимать в том же смысле, в каком они используются во внутреннем праве»³⁵³.

Аналогичный вывод сделал Трибунал в деле *Охраняемый морской район на Чагосе*³⁵⁴.

211. В Арбитраже по спору об Абье между Суданом и Народно-освободительным движением/армией Судана в связи с вопросом о том, не превышают ли эксперты Комиссии по установлению границ Абье свои полномочия по Всеобъемлющему мирному соглашению между сторонами, были также рассмотрены общие принципы, применимые в национальных правовых системах. Арбитражное соглашение прямо требует, чтобы трибунал применял «общие принципы права и практику» (ст. 3). Сначала Трибунал определил, что:

«С учетом ограниченности авторитетных источников по вопросу о том, что конкретно представляет собой «превышение полномочий» в праве, Трибунал согласен с тем, что принципы контроля, применимые в международном публичном праве и национальных правовых системах в той мере, в какой практика последних является общепринятой, могут быть релевантными в качестве «общих принципов права и практики» для его анализа статьи 2 а)»³⁵⁵.

212. Затем Трибунал проанализировал процедуру судебного контроля в отношении административных органов в национальных правовых системах³⁵⁶, а также в международном публичном праве³⁵⁷.

213. Международные уголовные трибуналы также имели возможность ссылаться на общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем, или применять их. Например, в решении от 13 июля 2006 года Апелляционная палата Международного уголовного суда вынесла решение по апелляции Прокурора в отношении «чрезвычайного пересмотра», не предусмотренного Статутом или Правилами процедуры и доказывания Суда, решения Палаты предварительного производства³⁵⁸. По мнению обвинения, «отсутствие механизма пересмотра рассматриваемых негативных решений не может квалифицироваться иначе, как лакуна в праве». Как таковая, она должна быть устранена на основе общих принципов права, нашедших применение в такой ситуации, предусмотренной в данном случае в статье 21 1) с) Статута»³⁵⁹.

214. Апелляционная палата сочла, что статья 21 1) с) Римского статута направлена на инкорпорацию общих принципов права, вытекающих из национальных законов правовых систем мира, в качестве источника права³⁶⁰. Затем она проанализировала аргументы обвинения относительно возможности пересмотра решений, запрещающих обжалование в различных национальных правовых системах³⁶¹, и пришла к выводу, что «в природе общего принципа права не существует и не является общепринятым что-либо такое, что допускало бы возможность

³⁵³ *Argentine-Chile Frontier Case* (сноска 232 выше), p. 164.

³⁵⁴ *Chagos Marine Protected Area* (сноска 236 выше), pp. 542–544, paras. 435–438.

³⁵⁵ *Abyei Arbitration* (сноска 235 выше), p. 299, para. 401.

³⁵⁶ *Ibid.*, pp. 299–300, para. 402. Суд проанализировал практику Соединенных Штатов, Соединенного Королевства и «некоторых континентальных европейских правовых систем».

³⁵⁷ *Ibid.*, p. 300, paras. 403–404.

³⁵⁸ *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Judgment* (сноска 239 выше), para. 3.

³⁵⁹ *Ibid.*, para. 22.

³⁶⁰ *Ibid.*, para. 24.

³⁶¹ *Ibid.*, paras. 26–31.

пересмотра решений нижестоящих судов, запрещающих или не разрешающих обжалование»³⁶².

215. Международный трибунал по бывшей Югославии чаще опирался на общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем. Например, в деле *Фурунджии* Судебная камера, отметив, что «в международном праве невозможно обнаружить определение изнасилования»³⁶³, попыталась найти указания в отношении возможного определения в договорах и в прецедентном праве других международных уголовных трибуналов³⁶⁴. После этого она заявила, что:

«из международного договора или обычного права не могут вытекать никакие другие элементы, кроме тех, которые особо выделены, равно как и не могут быть использованы общие принципы международного уголовного права или общие принципы международного права. Поэтому Судебная камера считает, что для выработки точного определения изнасилования на основе уголовно-правового принципа конкретности (*Bestimmtheitsgrundsatz*, также обозначаемого максимой “*nullum crimen sine lege stricta*”) необходимо искать принципы уголовного права, общие для основных правовых систем мира. Эти принципы можно, действуя со всей должной осмотрительностью, заимствовать из национального законодательства.

В тех случаях, когда международные уголовно-правовые нормы не содержат определения какого-либо понятия уголовного права, использование национального законодательства оправдано при соблюдении следующих условий: i) если это не предусмотрено какой-либо международной нормой, не следует делать ссылку только на одну национальную правовую систему, например на систему государств общего права или систему государств континентального права. Скорее, международные суды должны опираться на общие концепции и правовые институты, общие для всех основных правовых систем мира. Это предполагает процесс выявления общих знаменателей в этих правовых системах, с тем чтобы точно определить основные понятия, которые они разделяют; ii) поскольку «международные судебные процессы имеют ряд особенностей, отличающих их от национальных уголовных процессов», при использовании понятий национального законодательства необходимо учитывать специфику международного уголовного судопроизводства. Таким образом, удастся избежать механического привнесения или переноса из национального законодательства в международное уголовное судопроизводство, а также сопутствующих искажений уникальных черт такого судопроизводства»³⁶⁵.

216. Проведя оценку национальных правовых систем различных государств, Судебная камера смогла установить некоторые элементы определения изнасилования³⁶⁶.

217. В деле *Кунараца* другая Судебная камера, опираясь на общие принципы права, расширила определение изнасилования, содержащееся в деле *Фурунджии*, которое она сочла «соответствующим обстоятельствам этого дела», но «более узко сформулированным, чем того требует международное право»³⁶⁷. Она заявила следующее:

³⁶² *Ibid.*, para. 32.

³⁶³ *Prosecutor v. Furundžija* (сноска 240 выше), para. 175.

³⁶⁴ *Ibid.*, paras. 175–176.

³⁶⁵ *Ibid.*, paras. 177–180.

³⁶⁶ *Ibid.*, para. 181. Однако см. также paras. 182–186 (обсуждение в следующем разделе ниже).

³⁶⁷ *Prosecutor v. Kunarac et al.* (сноска 240 выше), para. 438.

«выявлению соответствующих норм международного права, касающихся характера обстоятельств, при которых определенные акты сексуальной пентрации будут квалифицироваться как изнасилование, способствует ссылка на общие принципы права, общие для основных национальных правовых систем мира, в отсутствие международного обычного или конвенционного права в этой области. Ценность этих источников заключается в том, что они могут раскрывать «общие концепции и правовые институты», которые, если они являются общими для широкого круга национальных правовых систем, раскрывают международный подход к правовому вопросу, который может рассматриваться в качестве надлежащего ориентира в международном праве в этой области. При рассмотрении этих национальных правовых систем Судебная камера не проводит обзор основных правовых систем мира в целях выявления конкретного правового положения, принятого большинством правовых систем, а рассматривает на основе анализа национальных систем в целом вопрос о том, можно ли определить некоторые основные принципы или, если пользоваться формулировкой из решения по делу *Фурунджиши*, «общие знаменатели» в правовых системах, воплощающих принципы, которые должны быть приняты в международном контексте»³⁶⁸.

218. Затем Камера продолжила анализ национальных правовых систем ряда государств³⁶⁹ и пришла, в частности, к выводу, что «основной принцип, который действительно является общим для этих правовых систем, заключается в том, что серьезные посяательства на половую неприкосновенность подлежат наказанию»³⁷⁰.

219. В *Челебичском деле* Апелляционная камера Трибунала поддержала аргументацию Судебной камеры в отношении принципа законности. Судебная камера пришла к следующему выводу:

«Неоспоримо, что такие деяния, как убийства, пытки, изнасилования и бесчеловечное обращение, являются уголовно наказуемыми в соответствии с «общими принципами права», признанными во всех правовых системах. Таким образом, оговорка, содержащаяся в пункте 2 статьи 15 Международного пакта о гражданских и политических правах, должна быть принята во внимание при рассмотрении вопроса о применении принципа *nullum crimen sine lege* в данном деле. Цель этого принципа заключается в предотвращении преследования и наказания лица за действия, которые оно обоснованно считало законными во время их совершения. Утверждение о том, что обвиняемый не признает преступный характер деяний, о которых говорится в обвинительном заключении, не вызывает доверия. Тот факт, что они не могли предвидеть создание международного трибунала, который стал бы органом судебного преследования, значения не имеет»³⁷¹.

220. В деле *Алоэбоэтоэ и др. (Aloboetoe et al.)* Межамериканскому суду по правам человека было необходимо определить, кто является правопреемником того или иного лица для целей возмещения ущерба. Суд прямо сослался на статью 38 1) с) Статута Международного Суда и определил, кто является таким правопреемником, опираясь на «законодательство большей части стран»³⁷².

³⁶⁸ *Ibid.*, para. 439.

³⁶⁹ *Ibid.*, paras. 443–456.

³⁷⁰ *Ibid.*, para. 457.

³⁷¹ *Prosecutor v. Mucić et al.* (сноска 240 выше), paras. 179–180. See also *Prosecutor v. Kupreškić et al.* (сноска 240 выше), paras. 677, 680–695; *Prosecutor v. Drazen Erdemović*, Judgment of 29 November 1996 (IT-96-22-T), paras. 19 and 31.

³⁷² *Aloboetoe et al. v. Suriname* (сноска 256 выше), paras 61–62.

221. В сфере разрешения споров между инвесторами и государствами ссылки на общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем, можно встретить, например, в решении по делу *Инсейса против Сальвадора* (*Inceysa v. El Salvador*), где арбитражный трибунал утверждал, что «в целом под общими принципами права понимаются общие нормы, в отношении которых существует международный консенсус, позволяющий рассматривать их в качестве универсальных стандартов и норм поведения, которые всегда должны применяться и которые, по мнению авторитетных комментаторов, являются нормами права, лежащими в основе правовых систем государств»³⁷³. В деле *Эль-Пасо против Аргентины* (*El Paso v. Argentina*) трибунал отметил, что общими принципами права являются «нормы, в основном применяемые in foro domestico, в частных или публичных, материальных или процессуальных вопросах при условии, что после адаптации они пригодны для применения на уровне международного публичного права»³⁷⁴. Затем он счел, что

«существует общий принцип исключения противоправности в определенных ситуациях, который вряд ли может быть поставлен под сомнение, как это подтверждается Принципами международных коммерческих договоров Международного института унификации частного права, своего рода международным сводом права договоров, отражающим нормы и принципы, применяемые в большинстве национальных правовых систем»³⁷⁵.

222. Аналогичным образом, в деле *Си ленд сервис, инк. против Ирана* (*Sea-Land Services Inc v. Iran*) Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов отметил, что концепция неосновательного обогащения «кодифицирована в законодательстве или признана в судебной практике подавляющего большинства внутригосударственных правовых систем мира и широко признается в качестве нормы, вошедшей в состав категории общих принципов права, которые могут применяться международными арбитражными трибуналами»³⁷⁶. В другом деле Трибунал установил, что «концепция изменения обстоятельств ... в своей основной форме была инкорпорирована во многие правовые системы настолько, что ее можно рассматривать как общий принцип права; она также нашла широкое признание в статье 62 Венской конвенции о праве международных договоров»³⁷⁷.

223. Приведенные выше примеры ясно показывают, что общие принципы права могут вытекать из национальных правовых систем. Хотя точное число национальных правовых систем, в которых должен существовать тот или иной принцип, не указано, используются такие термины, как «подавляющее большинство внутригосударственных правовых систем мира», «большинство национальных правовых систем» и «большинство законодательных актов».

224. В ряде дел проводился компаративный анализ национальных правовых систем с целью выявления обсуждаемого общего принципа права. В этой связи некоторые авторы высказали предположение о том, что в тех случаях, когда такой анализ не проводится в явно выраженной форме, выявление принципов

³⁷³ *Inceysa Vallisoletana S.L.v. v. Republic of El Salvador*, ICSID Case No. ARB/03/26, Award of 2 August 2006, para. 227.

³⁷⁴ *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award of 31 October 2011, para. 622.

³⁷⁵ *Ibid.*, para. 623. See also *Total v. Argentina* (сноска 246 выше), paras. 128-130; *Toto Costruzioni v. Lebanon* (сноска 246 выше), para. 166.

³⁷⁶ *Sea-Land Service v. Iran* (сноска 247 выше), p. 168.

³⁷⁷ *Questech, Inc. v. Iran*, Award No. 191-59-1 (25 September 1985), IUSCTR, vol. 9, p.122. См. также *Rockwell International Systems, Inc. v. Iran*, Award No. 438-430-1 (5 September 1989), IUSCTR, vol. 23, p. 171, para. 92; *Isaiah v. Bank Mellat*, Award No. 35-219-2 (30 March 1983), IUSCTR, vol. 2, p. 237.

права, общих для национальных правовых систем, судами и трибуналами может происходить «имплицитно», «спонтанно» или «интуитивно»³⁷⁸.

225. Однако одного лишь существования принципа в большинстве национальных правовых систем недостаточно для того, чтобы этот принцип стал одним из общих принципов права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда. Как отмечалось в предыдущем разделе, в литературе общепризнано, что такой принцип должен быть «транспонирован» в международно-правовую систему³⁷⁹. По часто цитируемым словам судьи Макнейра:

«Международное право черпало и продолжает черпать многие из своих норм и институтов из частных правовых систем. Статья 38 1) с) Статута Суда свидетельствует о том, что этот процесс все еще продолжается (...) «международное право не заимствует практику из этого источника путем простого привнесения институтов частного права «со всеми потрохами», готовых и сопровождаемых полным сводом правил». Было бы трудно согласовать такой процесс с применением «общих принципов права». По моему мнению, по-настоящему, обязанность международных трибуналов в этом вопросе заключается в том, чтобы рассматривать любые характеристики или терминологию, которые напоминают нормы и институты частного права, как указание на политику и принципы, а не как прямой перенос этих норм и институтов»³⁸⁰.

226. Аналогичное мнение выразил судья Симма. При рассмотрении вопроса о том, может ли *exsertio non adimpleti contractus* представлять собой общий принцип права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда, он сослался на «возможность транспонирования такой концепции, разработанной *in foro domestico*, на международно-правовой уровень с соответствующими поправками, которые необходимо будет внести, чтобы такой общий принцип играл конструктивную роль и на международном уровне»³⁸¹. Высказывалось также мнение о том, что общие принципы права являются «сводом международного права, который хоть по содержанию и испытывает на себе влияние внутригосударственного права, все же является самостоятельным творением»³⁸², и указывалось, что:

«Если [Всемирный] суд сочтет, что имеет место конвергенция соответствующих аспектов внутреннего законодательства, то дополнительным критерием должна стать совместимость принципа, вытекающего из внутреннего

³⁷⁸ Что касается, в частности, Международного Суда, то это было оправдано ссылкой на статью 9 его Статута, которая требует, чтобы состав Суда обеспечивал представительство «главнейших форм цивилизации» и «основных правовых систем мира». См. например, Pellet and Müller, “Article 38” (сноска 13 выше), p. 930; Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations” (сноска 13 выше), p. 50; Waldock, “General course on public international law” (сноска 113 выше), p. 67; Virally, “The sources of international law” (сноска 317 выше), p. 146. Что касается вопроса об использовании метода компаративного права для выявления общих принципов права, то см.: J. Ellis, “General principles and comparative law”, *European Journal of International Law*, vol. 22 (2011), pp. 949–971.

³⁷⁹ См. п. 169 выше.

³⁸⁰ *International status of South-West Africa, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 128, Separate Opinion of Judge McNair, at p. 148. См. также п. 169 выше.

³⁸¹ *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, (сноска 223 выше), Separate Opinion of Judge Simma, para. 13.

³⁸² J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th ed. (Oxford, Oxford University Press, 2012), p. 35. Он также предлагает, чтобы международный трибунал «выбирал, уточнял и адаптировал элементы из других развитых систем» (*ibid.*).

законодательства, с принципами и нормами международного права, в рамках которого этот принцип должен будет применяться»³⁸³.

227. Некоторые примеры из практики, упомянутые в предыдущих пунктах, с важными нюансами подтверждают, что для того, чтобы принцип, закрепленный в национальных правовых системах, стал общим принципом права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда, требуются дальнейший процесс транспонирования или проверка применимости на уровне международного права³⁸⁴. Например, в деле *Определенное имущество* Лихтенштейн заявил, что принцип, общий для национальных правовых систем, должен быть «транспонируемым» в международное право, и разъяснил, в частности, что «нет никакой несовместимости между принципом неосновательного обогащения и международным публичным правом» и что «он принят в международном публичном праве»³⁸⁵. В деле, касающемся *Вопросов, связанных с изъятием и удержанием некоторых документов и данных*, Австралия выразила мнение о том, что принципы, существующие в рамках национальных правовых систем, должны быть «надлежащим образом адаптированы к сфере международного права во избежание “извращения”»³⁸⁶. Аналогичным образом, Федеральный конституционный суд Германии отметил, что принципы, существующие в рамках национальных правовых систем, должны быть «транспонируемыми на межгосударственные отношения»³⁸⁷.

228. В деле *«Барселона трэкин»* Международный Суд определил, что он не может «модифицировать» или «искажать» принципы, существующие в рамках национальных правовых систем³⁸⁸. Два упомянутых выше арбитражных трибунала, напротив, сочли, что принцип эстоппеля не следует понимать в том же смысле, в каком он используется во внутренних правовых системах³⁸⁹. Кроме того, Международный трибунал по бывшей Югославии отметил, что следует избегать «механического привнесения или транспонирования» принципов, существующих в рамках национальных правовых систем.³⁹⁰ Наконец, Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и США счел, что принцип, существующий в рамках национальных правовых систем, должен быть «широко признан как включенный в перечень общих принципов права, которые могут применяться международными трибуналами»³⁹¹.

229. Ключевой вопрос, который необходимо решить, заключается в том, как определить, что принцип, являющийся общим для национальных правовых систем, применим на международном уровне. Этот вопрос требует тщательного обдумывания и будет проанализирован в одном из будущих докладов, посвященном выявлению общих принципов права.

230. В свете вышеизложенного можно сделать вывод, что одной из категорий общих принципов права в сфере охвата статьи 38 1) с) Статута Международного

³⁸³ GaJa, “General principles in the jurisprudence of the ICJ” (сноска 186 выше), p. 40.

³⁸⁴ Идея о том, что общий для национальных правовых систем принцип не может применяться в международном праве без дальнейшего рассмотрения, фактически уже была высказана еще до принятия Статута Постоянной Палаты Международного Суда. См., в частности, *North Atlantic Coast Fisheries case* (дело *Прибрежное рыболовство в Северной Атлантике*) (п. 86 выше), в котором арбитражный трибунал счел, что понятие «сервитут» не подходит для межгосударственных отношений.

³⁸⁵ *Certain Property* (сноска 225 выше), Memorial of Liechtenstein, paras. 6.20–6.21.

³⁸⁶ См. п. 197 выше.

³⁸⁷ См. п. 200 выше.

³⁸⁸ См. п. 205 выше.

³⁸⁹ См. п. 210 выше.

³⁹⁰ См. п. 215 выше.

³⁹¹ См. п. 222 выше.

Суда являются общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем государств, в том случае, если могут быть выявлены принципы, общие для большинства этих правовых систем.

В. Общие принципы права, сформированные в рамках международно-правовой системы³⁹²

231. Вторая категория общих принципов права относится к тем принципам, которые ведут свое начало не от национальных правовых систем государств, а скорее от самой международно-правовой системы. Как и в случае с категорией, которая рассматривалась в предыдущем разделе, существование общих принципов права, сформированных в рамках международной правовой системы, также находит поддержку на практике и в литературе.

232. Эта категория общих принципов права обосновывалась различным образом. Как отмечалось выше, в литературе высказывалось предположение о том, что обычное значение статьи 38 1) с) Статута Международного Суда не исключает существования общих принципов права, вытекающих из международно-правовой системы³⁹³. Кроме того, полагая, что *raison d'être* и цели статьи 38 1) с) Статута Международного Суда заключаются в заполнении лакун в международном конвенционном и обычном праве, один из авторов утверждал, что «следует считать, что составители этого пункта косвенно согласны с использованием общих принципов международного права для этой же цели, поскольку вряд ли можно полагать, что они допустили бы заполнение лакун ... с помощью принципов национального, а не международного права»³⁹⁴.

233. Важным вопросом, который иногда обсуждается в литературе, является взаимосвязь между общими принципами права, сформированными в рамках международной правовой системы, и международным обычным правом. Например, было предложено, чтобы общие принципы права, подпадающие под эту категорию, формировались в процессе «четкого формулирования принципов в первую очередь, *ab initio* или постепенно, «принимаясь и признаваясь» «международным сообществом государств в качестве обязательных»³⁹⁵. Согласно этой точке зрения, этот процесс незамедлительно приводит к появлению не норм международного обычного права, а общих принципов права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда³⁹⁶. Другие авторы, напротив,

³⁹² Эту категорию также иногда называют «общими принципами международного права», «общими принципами права, обусловленные особой природой международного сообщества» или «общими принципами, характерными для международного права».

³⁹³ Lammers, "General principles of law recognized by civilized nations" (сноска 13 выше), p. 67.

³⁹⁴ *Ibid.* Siorat (который рассматривал статью 38 1) с) Статута Международного Суда как относящуюся к «полномочиям судьи на систематизацию» по аналогии, выразил мнение о том, что «[п]рямое признание аналогии с нормами внутреннего права влечет за собой а *fortiori* молчаливое признание аналогии с нормами международного права ... Кто может сделать больше, может сделать меньше: формальное разрешение Суду аргументировать, применяя аналогию на основе норм другой правовой системы, чем та, часть которой он составляет, — это также имплицитное разрешение основываться на нормах международного конвенционного и обычного права, применение которых является его основной задачей». Siorat, *Le problème des lacunes en Droit International* (Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1958) p. 286.

³⁹⁵ См. B. Simma and P. Alston, "The sources of human rights law: custom, *jus cogens*, and general principles", *Australian Year Book of International Law*, vol. 12 (1989), pp. 82–108, at p. 104, citing a report of the American branch of the International Law Association entitled "The role of State practice in the formation of customary and *jus cogens* norms of international law" (19 January 1989).

³⁹⁶ *Ibid.*

считают, что общие принципы права, формирующиеся в рамках международно-правовой системы, не отличаются от норм международного конвенционного или обычного права³⁹⁷.

234. Как одна из категорий общих принципов права, которая может подпадать под статью 38 1) с) Статута Международного Суда, общие принципы права, сформированные в рамках международно-правовой системы, также подпадают под действие требования о признании. Как указывалось выше, такое признание может осуществляться посредством выведения или извлечения из существующих норм международного конвенционного и обычного права или посредством актов международных организаций, таких как резолюции Генеральной Ассамблеи, демонстрирующие консенсус государств по конкретным вопросам³⁹⁸. В контексте норм и стандартов в области прав человека два автора описали процесс определения существования общих принципов, вытекающих из принципов, сформировавшихся в рамках международно-правовой системы, как «явно консенсусный процесс, обеспечивающий “достаточное юридическое выражение основополагающих гуманитарных соображений”»³⁹⁹.

235. Существование категории общих принципов права, которые ведут свое начало от международно-правовой системы, подтверждается практикой государств и решениями международных судов и трибуналов. Для приведенных ниже примеров характерны несколько черт. Во-первых, делается ссылка на «принципы» (иногда используются формулировки, близкие к статье 38 1) с) Статута Международного Суда), которые являются частью международного права, но которые, как представляется, не являются нормами международного конвенционного или обычного права. Во-вторых, в целом не делается никаких ссылок на общие для национальных правовых систем принципы для выявления таких принципов. В-третьих, существование таких принципов, как представляется, определяется на различных основаниях, таких как обращение к международным материалам и выявление принципов, лежащих в основе других норм международного права. В частности, о признании государствами этих принципов, как представляется, свидетельствуют, в частности, подготовительные материалы договоров, договорные положения, а также признание, выраженное в резолюциях Генеральной Ассамблеи и в декларациях.

236. Например, в деле *Против Корфу* Международный Суд счел, что:

«[о]бязательства, которые несут албанские власти, состоят в том, что они должны были уведомить в интересах судоходства в целом о существовании минного поля в территориальных водах Албании, а также предупредить приближающиеся британские военные корабли о неминуемой опасности, которую для них представляют минные поля. В основе таких обязательств лежит не Гагская конвенция № VIII 1907 года, применимая во время войны, а определенные общепризнанные принципы, а именно: элементарные соображения гуманности, которые в условиях мира должны соблюдаться даже строже, чем в военное время. свобода морского сообщения; и

³⁹⁷ Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law ...” (сноска 280 выше), p. 490; Raimondo, *General Principles of Law ...* (сноска 13 выше), p. 42; Degan, *Sources of International Law* (сноска 138 выше), p. 83; Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional” (сноска 13 выше), pp. 24–26; Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations” (сноска 13 выше), p. 42; Blondel, “Les principes généraux de droit devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice” (сноска 13 выше), p. 204. Cf. Lammers, “General principles of law recognized by civilized nations” (сноска 13 выше), pp. 67–69.

³⁹⁸ См. пп. 171–173 выше.

³⁹⁹ Simma and Alston, “The sources of human rights law: custom, jus cogens, and general principles” (сноска 395 выше), p. 107.

обязанность каждого государства не разрешать умышленно использовать его территорию для совершения деяний, направленных на ущемление прав других государств»⁴⁰⁰.

237. В консультативном заключении относительно *Оговорок к Конвенции по геноциду* Международный Суд заявил следующее:

«История принятия Конвенции [по геноциду] свидетельствует о том, что Организация Объединенных Наций намеревалась осудить геноцид и карать за него как за «преступление по международному праву», связанное с лишением права на существование целых человеческих групп; такое лишение права на существование оскорбляет человеческую совесть, приносит огромные потери человечеству и противоречит нравственному закону, а также духу и целям Объединенных Наций (резолюция 96 (I) Генеральной Ассамблеи, 11 декабря 1946 года). Первое следствие этой концепции заключается в том, что принципы, лежащие в основе Конвенции, — это принципы, признанные цивилизованными нациями как имеющие обязательную силу для государств, даже без каких-либо договорных обязательств»⁴⁰¹.

238. Заявление Суда о том, что принципами, лежащими в основе Конвенции о геноциде, являются «принципы, признаваемые цивилизованными нациями», которые имеют обязательную силу для государств, даже без каких-либо договорных обязательств, как представляется, прямо указывает на статью 38 1) с) Статута⁴⁰². Ссылка на принципы, общие для национальных правовых систем, отсутствует. Как представляется, Суд «усмотрел основу для существования принципа в признании государствами, отметив, что такое признание было выражено в резолюции 96 (I) Генеральной Ассамблеи, в которой отмечается, что Организация Объединенных Наций намеревается осудить геноцид и карать за него как за «преступление по международному праву»»⁴⁰³.

239. В деле *Право прохода* Португалия утверждала, что указанное в ее заявлении право прохода основано не только на общем принципе права, вытекающем из национальных правовых систем, но и на «общих принципах, имманентно присущих международному правопорядку». Она пояснила, что речь идет об «общих принципах, которые свойственны международному правопорядку, и что поэтому бесполезно искать их проявления во внутренних правопорядках»⁴⁰⁴. В качестве примеров таких принципов Португалия сослалась на право государств на существование, обязательство уважать суверенитет других государств и обязательство не допускать использования своей территории для действий, ущемляющих права других государств⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ *Corfu Channel* (сноска 214 выше), p. 22. See also *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (сноска 223 выше), p. 112, para. 215; *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996*, p. 226, at p. 257, para 79.

⁴⁰¹ *Reservations to the Convention on Genocide* (сноска 215 выше), p. 23.

⁴⁰² W. Schabas, “Genocide Convention, Reservations (Advisory Opinion)”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2010), para 10 («формулировка явно отсылает к статье 38 1) с), а не к статье 38 1) b) статута Международного Суда и, следовательно, к общим принципам права»). Cf. Wolfrum, “General international law (principles, rules, and standards)” (сноска 199 выше), para. 15.

⁴⁰³ Gaja, “General principles in the jurisprudence of the ICJ” (сноска 186 выше), p. 41.

⁴⁰⁴ *Right of Passage* (сноска 221 выше), Reply of Portugal, para. 335

⁴⁰⁵ *Ibid.*, para. 336. В то же время Португалия выразила мнение о том, что, поскольку Индия не отрицает существование этих принципов в общем, нет необходимости определять, подпадают ли они под статью 38 1) b) или 38 1) c) Статута Международного Суда (*ibid.*). См. также Preliminary Objections of India, paras. 190–196; Counter-Memorial of India, paras. 295–297; Rejoinder of India, paras. 570–577.

240. В деле *Юго-Западная Африка* Либерия и Эфиопия заявили, что политика апартеида «противоречит общепризнанным политическим и моральным нормам международного сообщества, а также нарушает нормы, признанные международным обычаем и отраженные в общих принципах права, повсеместно признанных цивилизованными нациями»⁴⁰⁶. Они сослались на различные материалы, включая национальную и международную судебную практику, конвенции, резолюции Генеральной Ассамблеи и резолюции Совета Безопасности в поддержку своего заявления о том, что «[м]еждународный обычай, запрещающий дискриминацию и разделение ..., наряду с широким включением такой нормы в категорию «общих принципов права, признанных цивилизованными нациями», требует вынесения определения, согласно которому проведение политики *апартеида* ... является нарушением международного права»⁴⁰⁷.

241. В том же деле судья Танака выразил мнение о том, что признание принципа равенства перед законом не ограничивается его существованием *in foro domestico*, и что он может быть реализован на международном уровне:

«Проявление признания этого принципа не обязательно должно ограничиваться законодательным актом, как указано выше; оно может включать позиции делегаций государств-членов при участии в голосовании по резолюциям, декларациям и т.д., направленным против расовой дискриминации и принятым органами Лиги Наций, Организации Объединенных Наций и других организаций, которые (...) являются важным элементом в формировании международного обычного права»⁴⁰⁸.

242. В деле *Пограничный спор* (Буркина-Фасо/Мали) Суд сослался на принцип *uti possidetis* как на «общий принцип, который логически связан с явлением обретения независимости, где бы оно ни происходило»⁴⁰⁹. Суд далее отметил, что «[т]от факт, что новые африканские государства уважают административные границы и границы, установленные колониальными державами, следует рассматривать не просто как практику, способствующую постепенному появлению принципа международного обычного права, ограниченного по своему воздействию Африканским континентом так же, как ранее оно было ограничено испаноязычной Америкой, а как применение в Африке нормы с общей сферой охвата»⁴¹⁰. По мнению Суда, в резолюции 16(1) Организации Африканского единства (1964 год) «специально определен и подчеркнут принцип *uti possidetis juris*, который лишь подразумевается в Уставе [этой] Организации»⁴¹¹.

243. Суд применял принцип *uti possidetis* в последующих делах⁴¹², но не пояснил его точный источник. Некоторые государства, как представляется, считают принцип *uti possidetis* общим принципом права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда. Например, в споре *Сухопутная, островная и морская граница* Сальвадор утверждал, что этот принцип является нормой международного обычного права, а также общим принципом права⁴¹³. Аналогичным

⁴⁰⁶ *South West Africa* (сноска 221 выше), Reply of Ethiopia and Liberia, p. 271.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 519.

⁴⁰⁸ *South West Africa* (сноска 221 выше), Dissenting Opinion of Judge Tanaka, p. 300.

⁴⁰⁹ *Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 554, at p. 565, para. 20.

⁴¹⁰ *Ibid.*, para. 21.

⁴¹¹ *Ibid.*, at pp. 565–566, para. 22.

⁴¹² См. *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, para. 151; *Frontier Dispute (Benin/Niger)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 90, at p. 108, para. 23; *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, I.C.J. Reports 1992, p. 350, at pp. 386–387, paras. 40–42.

⁴¹³ *Land, Island and Maritime Frontier Dispute* (см. предыдущую сноску), Memorial of El Salvador, para. 3.4.

образом, Конституционный суд Словении счел, что принцип *uti possidetis*, разработанный в период обретения независимости американскими и африканскими государствами, является «общепризнанным принципом международного права и как таковой является также обязательным для Словении»⁴¹⁴. Арбитражная комиссия Международной конференции по бывшей Югославии, ссылаясь, в частности, на Декларацию о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, сочла, что «хотя первоначально принцип *uti possidetis* применялся при урегулировании вопросов деколонизации в Америке и Африке, сегодня он признается в качестве общего принципа»⁴¹⁵. Совсем недавно арбитражный трибунал в территориальном и морском споре между Хорватией и Словенией сослался на *uti possidetis* «как на твердо устоявшийся принцип международного права»⁴¹⁶.

244. Что касается консультативного дела *Законность угрозы ядерным оружием или его применения*, то Науру выразило мнение о том, что «клаузула Мартенса, как представляется, требует применения общих принципов права. В ней говорится о законах человечности и требованиях общественного сознания. Таким образом, общие принципы права, признанные цивилизованными нациями, как представляется, воплощают в себе принципы человечности и общественного сознания. Поэтому бесчеловечное оружие и орудия, оскорбляющие общественное сознание, запрещены»⁴¹⁷. В своем аргументе Науру поддерживает существование упомянутых общих принципов права (принципов человечности и общественного сознания) не в силу существования принципов, общих для большинства национальных правовых систем, а в силу их признания государствами в рамках клаузулы Мартенса. Швеция также сослалась на «общие, основополагающие правовые принципы, признанные цивилизованными нациями», включая принципы, «изложенные ... в Декларации, принятой Конференцией [Организации Объединенных Наций] по окружающей среде человека 1972 года», и принципы, закрепленные в Гаагских конвенциях⁴¹⁸.

245. В деле *Фурунджии* Судебная камера Международного трибунала по бывшей Югославии, отметив, что ни в международном конвенционном и обычном праве, ни в компаративном анализе национальных правовых систем из-за отсутствия единообразия нет четкого ответа на определение изнасилования, постановила, что она должна «установить, может ли быть достигнуто надлежащее решение посредством использования общих принципов международного уголовного права или, если такие принципы отсутствуют, посредством применения общих принципов международного права»⁴¹⁹. В этой связи Камера отметила:

«Общий принцип уважения человеческого достоинства лежит в основе международного гуманитарного права и международных норм в области прав человека и, в действительности, является смыслом их существования; действительно, в современных условиях он приобрел столь огромное значение, что распространился на всю совокупность норм международного права. Этот принцип имеет целью защитить личное достоинство человека от любого посягательства, которое может заключаться в физическом

⁴¹⁴ *Arbitration between the Croatia and Slovenia*, сноска 232 выше, para. 260, footnote 396.

⁴¹⁵ Conference of Yugoslavia Arbitration Commission, Opinion No. 3 (11 January 1992), *International Legal Materials*, vol. 31 (1992), pp. 1494–1526, at p. 1500.

⁴¹⁶ *Arbitration between Croatia and Slovenia* (сноска 237 выше), para. 256.

⁴¹⁷ *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* (сноска 400 выше), Response to Submissions of Other States by Nauru, p. 13.

⁴¹⁸ *Ibid.*, Note Verbale dated 20 June 1995 from the Embassy of Sweden, together with Written Statement of the Government of Sweden, pp. 4–5.

⁴¹⁹ *Prosecutor v. Furundžija* (сноска 240 выше), para. 182.

насилии, унижениях или действиях, наносящих ущерб чести, самоуважению или душевному комфорту человека. И тот факт, что сексуальное насилие в такой грубой форме, как насильственное проникновение в рот, квалифицируется как изнасилование, является частью этого принципа»⁴²⁰.

246. В данном деле Трибунал, как представляется, пришел к выводу, что признание государствами общего принципа уважения человеческого достоинства было реализовано в силу того факта, что этот принцип является «главным основанием» или «смыслом существования» международного гуманитарного права и международных норм и стандартов в области прав человека.

247. В деле *Купрешикича* другая Судебная камера Международного трибунала по бывшей Югославии выразила мнение, что, поскольку она не может найти никакого «общего принципа права, общего для всех основных правовых систем мира», она должна «попытаться найти общий принцип права, согласующийся с основополагающими характеристиками и основными требованиями международного уголовного правосудия»⁴²¹.

248. В ходе Нюрнбергского процесса Трибунал при вынесении своих решений прибегал к определенным принципам уголовного права⁴²². Впоследствии Генеральная Ассамблея в резолюции 95 (I) подтвердила «принципы международного права, признанные Статутом Нюрнбергского трибунала и нашедшие выражение в решении Трибунала»⁴²³.

249. Кроме того, как уже упоминалось в Части третьей, Нюрнбергские принципы были подтверждены как «общие принципы права, признанные международным сообществом» и «общие принципы права, признанные цивилизованными странами» соответственно в Международном пакте о гражданских и политических правах и Европейской конвенции по правам человека⁴²⁴.

250. В некоторых случаях приводились ссылки на общие принципы права, которые формируются в результате взаимодействия между международно-правовой системой и национальными правовыми системами. Например, в деле *ЕС-Hormones* Европейский союз утверждал, что:

«Если Апелляционный орган не определяет, что такая обычная норма [о принципе предосторожности] уже прочно укоренилась, то утверждается, что в любом случае принцип предосторожности является общим принципом права, признанным как во внутреннем, так и в международном праве. Общие принципы права отражают принципы, которые сформулированы как во внутреннем, так и в международном праве и которые не всегда отвечают критериям практики и *opinio juris*, но выражают общие ценности, имманентно присущие жизни человека и общества и в настоящее время общепризнанные всеми государствами и международным сообществом. Это четко указано в статье 130 2) Договора ЕС и признано международным сообществом, например, в знаменитой Рио-де-Жанейрской декларации, а

⁴²⁰ *Ibid.*, para. 183.

⁴²¹ *Prosecutor v. Kupreškić et al.* (сноска 240 выше), para. 738.

⁴²² Например, при определении того, что судебное преследование за международные преступления не противоречит принципу законности, Трибунал ссылаясь на общие принципы права. В частности, в нем говорится, что «законы войны зафиксированы не только в договорах, но и в обычаях и практике государств, которые постепенно получили всеобщее признание, а также в общих принципах правосудия, используемых юристами и применяемых военными судами». См. International Military Tribunal (Nürnberg), Judgment of 1 October 1946, *American Journal of International Law*, vol. 41 (1947), pp. 172–333, at p. 219.

⁴²³ Резолюция 95 (I) Генеральной Ассамблеи от 11 декабря 1946 года, преамбула.

⁴²⁴ См. п. 121 выше.

также во многих международных конвенциях и других документах и в национальных юрисдикциях»⁴²⁵.

251. Кроме того, в своих устных представлениях Европейский союз придерживался мнения, согласно которому:

«принцип предосторожности в любом случае является общим принципом права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда. Эти принципы часто возникают в результате взаимодействия между международным правом, национальным правом и велениями разума, здравым смыслом или нравственными соображениями. Статус принципа предосторожности как общего принципа права подтверждается целым рядом международных и национальных документов, а также постановлениями судов и экспертных органов»⁴²⁶.

252. С другой стороны, Соединенные Штаты считали, что принцип предосторожности представляет собой «подход», а не «принцип»⁴²⁷, и Канада придерживалась мнения, что «осторожный подход» или «концепция» является новым правовым принципом, который в будущем может стать одним из «общих принципов права, признанных цивилизованными нациями по смыслу статьи 38 1) с) [Статута Международного Суда]»⁴²⁸. Апелляционный орган не принял решения по этим вопросам.

253. По мнению Специального докладчика, практика, изложенная в предыдущих пунктах, подтверждает позицию, согласно которой общие принципы права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда включают не только общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем, но и общие принципы права, сформированные в рамках международно-правовой системы. Конкретные формы, в которых может осуществляться признание этой категории общих принципов права, будут дополнительно рассмотрены в одном из будущих докладов Специального докладчика.

Проект вывода 3: Категории общих принципов права

Общие принципы права включают в себя принципы:

- a) вытекающие из национальных правовых систем;
- b) сформированные в рамках международно-правовой системы.

III. Терминология

254. Как отмечалось в разделе, посвященном методологии, одной из трудностей в рамках настоящей темы является определение соответствующих материалов для ее изучения. Это объясняется тем, что как на практике, так и в литературе такие термины, как «принцип», «общий принцип», «общий принцип права», «общий принцип международного права» и «принцип международного права» часто используются взаимозаменяемым образом и без разъяснения того, к какому источнику международного права такие принципы относятся. Это проблема терминологии, с которой Специальному докладчику пришлось

⁴²⁵ *EC-Measures concerning meat and meat products (Hormones)* (AB-1997-4), Appeal of the European Communities, 6 October 1997, para. 91.

⁴²⁶ *Ibid.*, Oral Submissions of the European Communities, 4 November 1997, para. 18.

⁴²⁷ WTO Appellate Body Report, *EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 January 1998, para. 122.

⁴²⁸ *Ibid.*

столкнуться при подготовке настоящего доклада и которая, вероятно, создаст сложности в ходе всей работы Комиссии по данной теме.

255. В свете этого Специальный докладчик считает полезным для ясности предложить терминологию, которую Комиссии следует использовать при проведении своей работы над общими принципами права.

256. При ссылке на общие принципы права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда термин «общие принципы права» является наиболее уместным, поскольку он точно следует ее формулировке.

257. Что касается различных категорий общих принципов права, которые могут подпадать под статью 38 1) с) Статута Международного Суда, то в настоящем докладе используются термины «общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем» и «общие принципы права, сформированные в рамках международно-правовой системы».

258. Что касается термина «цивилизованные нации», то Специальный докладчик пояснил, что его следует избегать в свете основополагающего принципа суверенного равенства государств, позиций государств и международных судов и трибуналов по отношению к термину «цивилизованные нации» в настоящее время и общего согласия в литературе, что этот термин неуместен. Таким образом, источник международного права, отраженный в статье 38 1) с) Статута Международного Суда, следует читать как «общие принципы права, признанные государствами».

Часть пятая. Будущая программа работы

259. Специальный докладчик предлагает следующую программу работы Комиссии по данной теме.

260. Во втором докладе, который должен быть представлен в 2020 году, Специальный докладчик начнет обсуждение функций общих принципов права и их взаимосвязи с другими источниками международного права.

261. Третий доклад, который должен быть представлен в 2021 году, скорее всего, будет посвящен выявлению общих принципов права, включая вопрос о требовании признания. Этот доклад может также касаться возможного существования общих принципов права, имеющих региональную или двустороннюю сферу применения.

Приложение

Предлагаемые проекты выводов

Проект вывода 1

Сфера охвата

Настоящие проекты выводов касаются общих принципов права как одного из источников международного права.

Проект вывода 2

Требование о признании

Для того, чтобы общий принцип права существовал, он должен быть общепризнан государствами.

Проект вывода 3

Категории общих принципов права

Общие принципы права включают в себя принципы:

- a) вытекающие из национальных правовых систем;
 - b) сформированные в рамках международно-правовой системы.
-