



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
12 May 2020
Russian
Original: English

Комиссия международного права

Семьдесят вторая сессия

Женева, 29 июня — 7 августа 2020 года

Общие принципы права

Меморандум Секретариата

Содержание

	<i>Стр.</i>
Введение	2
I. Договоры, зарегистрированные в секретариатах Лиги Наций и Организации Объединенных Наций (1 января 1920 года — 31 июля 2019 года)	6
A. Терминология	7
B. Происхождение	20
C. Признание	22
D. Транспонирование	23
E. Функции и связь с другими источниками международного права	23
II. Прецедентное право межгосударственных арбитражных трибуналов	26
A. Применимые источники права и терминология	26
B. Происхождение	33
C. Признание	35
D. Транспонирование	38
E. Функции и связь с другими источниками международного права	38
III. Прецедентное право международных уголовных судов и трибуналов универсального характера	40
A. Международный трибунал по бывшей Югославии	40
B. Международный уголовный трибунал по Руанде	69
C. Международный уголовный суд	78



Введение

1. На своей шестьдесят девятой сессии в 2017 году Комиссия постановила включить тему «Общие принципы права» в свою долгосрочную программу работы¹. На своей семидесятой сессии в 2018 году Комиссия включила эту тему в свою текущую программу работы и назначила Специальным докладчиком г-на Марсело Васкеса-Бермудеса². Специальный докладчик представил свой первый доклад по этой теме на семьдесят первой сессии в 2019 году³. Кроме того, на этой сессии Комиссия просила Секретариат подготовить меморандум с обзором прецедентного права межгосударственных арбитражных судов и международных уголовных судов и трибуналов универсального характера, а также договоров, которые будут иметь особое значение для ее будущей работы по этой теме⁴. Настоящий меморандум подготовлен во исполнение этой просьбы.

2. В своем первом докладе Специальный докладчик в общем охарактеризовал сферу охвата темы как включающую следующие вопросы: юридическая природа общих принципов права в качестве одного из источников международного права; истоки общих принципов права и соответствующих категорий; выявление общих принципов права; и функции общих принципов права и их взаимосвязь с другими источниками международного права⁵. Рассмотрение существа общих принципов права не входит в предполагаемую сферу охвата темы⁶. Специальный докладчик определил в качестве отправной точки для рассмотрения юридической природы общих принципов права пункт 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда, включая три элемента, содержащиеся в этом положении, а именно: термин «общие принципы права», требование «признания» и термин «цивилизованные нации»⁷. Пункт 1 с) статьи 38 воспроизводит пункт 3 статьи 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда⁸.

3. Специальный докладчик счел, что определение общих принципов права тесно связано со значением выражения «признанные цивилизованными нациями» в пункте 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда, хотя и отметил, что выражение «цивилизованные нации» является анахронизмом и что более предпочтительными являются такие выражения, как «признанные государствами» или «признанные международным сообществом»⁹. Он также выразил мнение о том, что выявление связано с истоками общих принципов права, в частности с тем, считаются ли они производными от национальных правовых систем или формируются в рамках международно-правовой системы¹⁰. Как он отметил, 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, среди прочего, подготовительные материалы договоров, договорные

¹ A/72/10, п. 267.

² A/73/10, п. 363.

³ A/CN.4/732.

⁴ A/74/10, пп. 207 и 286.

⁵ A/CN.4/732, Часть первая, раздел А.

⁶ Там же, п. 41.

⁷ Там же, пп. 14–20.

⁸ Protocol of Signature relating to the Statute of the Permanent Court of International Justice provided for by Article 14 of the Covenant of the League of Nations. Geneva, December 16, 1920, League of Nations *Treaty Series*, vol. 6, No. 170, p. 379.

⁹ A/CN.4/732, пп. 21–23 и 184–186.

¹⁰ Там же, пп. 29–33.

положения, а также признание, выраженное в резолюциях Генеральной Ассамблеи и в декларациях¹¹.

4. Кроме того, Специальный докладчик отметил в своем первом докладе, что в контексте возможных функций общих принципов права можно отметить, что они служат для заполнения лакун в международно-правовых нормах, основанных на договорах и обычаях, для того чтобы избежать неясности (*non liquet*), что они служат средством толкования других норм международного права и что они являются инструментом для усиления правовой аргументации¹². Он сослался на широко распространенное мнение о том, что общие принципы права являются дополнительным источником международного права в том смысле, что они служат для заполнения лакун в международно-правовых нормах, основанных на договорах и обычаях¹³; что они служат не только прямым источником прав и обязанностей, но и средством толкования других норм международного права¹⁴; и что они служат инструментом для усиления правовой аргументации¹⁵. Он также отметил, что иногда им отводится более абстрактная роль, заключающаяся в том, что они лежат в основе международно-правовой системы или что они служат укреплению ее системного характера¹⁶.

5. Как отметил Специальный докладчик, терминология не используется последовательно как в практике, так и в литературе. Он предложил Комиссии использовать термин «общие принципы права» при ссылке на общие принципы права по смыслу статьи 38(1)(с) Статута Международного Суда. Он особо подчеркнул, что 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 относятся¹⁷. Он отметил, что такое отсутствие ясности в терминологии создаст сложности в работе Комиссии над нынешней темой¹⁸, и, по сути дела, это стало проблемой для Секретариата при подготовке настоящего меморандума. Это имело место при отборе Секретариатом релевантных материалов для исследования, а также при оценке этих материалов и отнесении их к соответствующей категории.

6. Для выявления прецедентного права межгосударственных арбитражных судов и международных уголовных судов и трибуналов универсального характера, а также международных договоров, что будет особенно актуально для будущей работы Комиссии над данной темой, была использована трехкомпонентная методология:

а) был проведен обзор договоров, опубликованных в “*League of Nations Treaty Series*” (Сборник договоров Лиги Наций) и “*United Nations Treaty Series*” (Сборник договоров Организации Объединенных Наций)¹⁹. Такой обзор

¹¹ Там же, п. 235.

¹² Там же, пп. 24–28.

¹³ Там же, п. 25.

¹⁴ Там же, п. 26.

¹⁵ Там же.

¹⁶ Там же.

¹⁷ Там же, п. 254.

¹⁸ Там же.

¹⁹ “*United Nations Treaty Series*” (Сборник договоров Организации Объединенных Наций) представляет собой публикацию, подготовленную Секретариатом Организации Объединенных Наций и содержащую все договоры и международные соглашения, которые были зарегистрированы в Секретариате в соответствии со статьей 102 Устава Организации Объединенных Наций или учтены и зафиксированы в соответствии с правилами для введения в действие статьи 102 Устава Организации Объединенных Наций, принятыми Генеральной Ассамблеей в резолюции 97 (I) от 14 декабря 1946 года и последний раз

ограничивался договорами, зарегистрированными в Постоянном секретариате Лиги Наций, а также договорами, зарегистрированными либо учтенными и зафиксированными в Секретариате Организации Объединенных Наций в период с 1 января 1920 года по 31 июля 2019 года;

б) был проведен обзор арбитражных решений, вынесенных с 1 января 1920 года и опубликованных в издании “*Reports of International Arbitral Awards*”; издания “*The Hague court reports*”; прецедентного права Постоянной палаты третейского суда и издания “*Analyses des sentences rendues par les Tribunaux d'Arbitrage, constituées conformément aux stipulations des Conventions de La Haye de 1899 et 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux, ainsi que par les juridictions spéciales d'arbitrage qui ont fonctionné en application de l'art. 47 de la Convention de 1907*”; и арбитражных решений в соответствии с пунктом 3 статьи 21 Договоренности о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, Всемирной торговой организации (ВТО)²⁰;

с) был проведен обзор прецедентного права международных уголовных судов и трибуналов универсального характера. Под «универсальным характером» следует понимать не универсальный членский состав согласно учредительным документам соответствующих судебных органов, а тот факт, что конкретный судебный орган открыт для универсального членства и, соответственно, потенциально осуществляет свою юрисдикцию *ratione materiae* на глобальном уровне²¹. На этом основании был рассмотрен вопрос о Международном уголовном суде. Региональные суды и трибуналы, напротив, охвачены не были. Не были охвачены смешанные уголовные суды, учрежденные по договоренности между Организацией Объединенных Наций и затронутым государством. Международный трибунал по бывшей Югославии и Международный уголовный трибунал по Руанде, а также Международный остаточный механизм для уголовных трибуналов («Механизм») охватываются настоящим меморандумом по той причине, что они были учреждены как вспомогательные органы решениями Совета Безопасности, то есть решениями, с которыми все государства-члены договорились соглашаться и которые они договорились выполнять согласно статье 25 Устава Организации Объединенных Наций. На этом основании они считаются «универсальными» для целей настоящего меморандума, несмотря на их компетенцию *ratione temporis*, *ratione loci* и *ratione personae*.

7. В результате поиска в каждой из вышеуказанных публикаций и баз данных самых широких из используемых Специальным докладчиком терминов «принцип(ы)» был получен трудно поддающийся обработке большой массив материала, который Секретариат не может физически изучить в отведенное время и в рамках имеющихся ресурсов. Таким образом, рассматриваемые материалы являются результатом поиска в вышеуказанных публикациях и базах данных с использованием остальных формулировок, указанных Специальным докладчиком, а именно: «общий(ые) принцип(ы)», «общий(ые) принцип(ы) права», «общий(ые) принцип(ы) права», «общий(ые) принцип(ы) международного права»,

измененные в резолюции 73/210 от 20 декабря 2018 года. “*League of Nations Treaty Series*” (Сборник договоров Лиги Наций) представляет собой сборник договоров и последующих договорных документов, зарегистрированных и опубликованных Секретариатом Лиги Наций в соответствии со статьей 18 Устава Лиги Наций.

²⁰ Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization, annex 2, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1869, No. 31874, p. 3, at pp. 401–420.

²¹ Аналогичный подход Секретариат применил в отношении определения «универсального характера» в своем меморандуме о роли решений национальных судов в прецедентном праве международных судов и трибуналов универсального характера для цели выявления международного обычного права по теме «Выявление международного обычного права» (см. A/CN.4/691).

«принцип(ы) международного права», а также трех других терминов, которые были сочтены Секретариатом полезными: «Статья 38», «Статья 38, пункт 3» и «Статья 38, пункт 1 с)». Было выявлено почти 2000 страниц потенциально релевантных ссылок. Поэтому представить полный обзор этого материала не представилось возможным, однако в меморандуме приведены примеры видов найденной информации. Выявленная таким образом информация была разбита на такие категории, как терминология, истоки общих принципов права, их признание, транспонирование и функции или их связь с другими источниками международного права. В разделах, касающихся арбитражных решений и прецедентного права международных уголовных судов и трибуналов универсального характера, также рассматриваются применимые источники права.

8. В настоящем меморандуме используется широкий подход в том смысле, что материал, полученный в результате вышеуказанных поисков, представлен без изложения каких-либо позиций и без каких-либо исключений, основанных на определенной вероятности (или отсутствии таковой) того, что какая-либо конкретная ссылка действительно является ссылкой на общие принципы права по смыслу пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда или пункта 3 статьи 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда. Как указано в пункте 5 выше, термины употребляются непоследовательно и часто используются взаимозаменяемым образом и без разъяснения того, к какому источнику международного права «принципы» относятся. Что касается двух истоков общих принципов права, выявленных Специальным докладчиком, то, например, слово «международного», включенное в термины «общие принципы международного права» и «принципы международного права», может не быть определяющим применительно к их истокам в международно-правовой системе. Поэтому в меморандуме в соответствующих случаях указываются другие факторы, например, возникают ли рассматриваемые принципы в контексте, который по своей сути является международным (например, дипломатические и консульские сношения между государствами), или же они вытекают из источников международного конвенционного или обычного права.

9. В меморандуме сначала рассматриваются соответствующие материалы из договоров, зарегистрированных в соответствии со статьей 18 Устава Лиги Наций и статьей 102 Устава Организации Объединенных Наций в период до 31 июля 2019 года (разд. I). Регистрация документа, представленного в соответствии со статьей 102 Устава Организации Объединенных Наций или статьей 18 Устава Лиги Наций и включенного в меморандум, не наделяет этот документ статусом договора или международного соглашения, если он уже не имеет такого статуса, и не наделяет какую-либо сторону статусом, которого она в ином случае не имела бы. Включение в меморандум документа, не зарегистрированного в соответствии со статьей 18 или статьей 102, не означает вынесения Секретариатом суждения о характере этого документа, статусе участника или по какому-либо другому аналогичному вопросу.

10. Затем в меморандуме рассматриваются общедоступные и носящие прецедентный характер решения межгосударственных арбитражных судов, вынесенные за период с 1 января 1920 года (разд. II). В нем не проводится систематического изучения арбитражных решений по делам, в число сторон которых входят международные организации или другие негосударственные субъекты, а также решений по итогам согласительной процедуры и арбитражных разбирательств, возбужденных физическими и юридическими лицами. При этом строгое ограничение обзора межгосударственными арбитражными решениями привело бы в силу конфиденциальности многих таких разбирательств к тому, что объем полученных релевантных материалов оказался бы незначительным. В связи с этим Секретариат гибко толковал это требование и в соответствующих случаях

включал также другие релевантные материалы, не ограничивающиеся межгосударственными арбитражными решениями. В качестве примеров можно привести арбитражное решение по Абьею²² и определенный массив материалов, касающихся комиссий по претензиям, учрежденных государствами в связи с претензиями физических лиц.

11. Наконец, в меморандуме содержится обзор прецедентного права международных уголовных судов и трибуналов универсального характера, которое включает в себя прецедентное право Международного трибунала по бывшей Югославии, Международного уголовного трибунала по Руанде и Международного уголовного суда. Решения Механизма рассматривались, в соответствующих случаях, вместе с решениями Международного трибунала по бывшей Югославии и Международного уголовного трибунала по Руанде (разд. III). В рассмотренных результатах поиска основное внимание уделяется судебным и апелляционным решениям по существу дел и по вынесенным приговорам, но, как и в случае с вышеупомянутыми арбитражными решениями, Секретариат включал, когда это уместно, также некоторые другие виды решений.

I. Договоры, зарегистрированные в секретариатах Лиги Наций и Организации Объединенных Наций (1 января 1920 года — 31 июля 2019 года)

12. Соответствующие положения договоров, которые опубликованы в “League of Nations *Treaty Series*” (Сборник договоров Лиги Наций) и которые подверглись обзору для целей меморандума, относятся главным образом к двум следующим категориям: положения, которые учреждают арбитражные комиссии или третейские суды и в некоторых случаях предусматривают передачу споров на рассмотрение Постоянной палаты третейского суда; и положения, которые устанавливают или регулируют дипломатические и консульские сношения между государствами. Каждый из договоров первой категории содержал положения, устанавливающие право, применяемое комиссией, трибуналом или Постоянной палатой третейского суда. Договоры последней категории устанавливают первичные права и обязанности государств-участников, регулирующие их дипломатические и консульские сношения. Остальные соответствующие положения в договорах, зарегистрированных в Секретариате Лиги Наций, содержатся в различных договорах, которые, например, касаются вопросов морских или транснациональных перевозок, взаимного режима в отношении граждан на территории других сторон и конфискации имущества. Участниками большинства договоров, зарегистрированных в Секретариате Лиги Наций, являются европейские государства, при этом количество примеров договоров, участниками которых являются государства Африки, Азии, Северной и Южной Америки и Карибского бассейна, меньше. Сфера охвата договоров, зарегистрированных в Секретариате Организации Объединенных Наций и содержащих соответствующие положения, шире и включает в себя дружественные отношения, разрешение споров, торговлю и судоходство, экономические отношения, социальное обеспечение в сфере трудовых отношений, воздушные перевозки, инвестиции, нормы и стандарты в области прав человека, гуманитарное право, международную связь, международные организации, международное уголовное право, дипломатическое и консульское право, водное право, морское право и правопреемство

²² *Delimitation of the Abyei Area between the Government of Sudan and the Sudan People's Liberation Movement/Army*, Award of 22 July 2009, *Reports of International Arbitral Awards* (UNRIAA), vol. XXX, pp. 145–416.

государств. Географический диапазон участников этих договоров, зарегистрированных в Секретариате Организации Объединенных Наций, также гораздо шире.

А. Терминология

13. Статья 38 Статута Международного Суда как преемника Постоянной Палаты Международного Суда воспроизводит статью 38 Статута последней, который был открыт для подписания 16 декабря 1920 года. Статья 38 Статута Международного Суда была сформулирована в тех же выражениях, что и предшествовавшая ей статья 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда, за исключением добавления некоторых вводных слов и нумерации пунктов и подпунктов²³. Как подчеркнул Специальный докладчик, статья 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда не знаменовала начало применения принципов и норм, вытекающих из иных источников, чем договоры и международное обычное право²⁴. Участники переговоров по Статуту в 1920 году кодифицировали уже существующий свод норм международного права, в отношении которого существовала значительная практика государств (в форме договоров) и прецедентное право (международных арбитражных трибуналов)²⁵. В этой ранее существовавшей практике и прецедентном праве для обозначения применимого права использовались самые разнообразные термины²⁶. Как будет видно из нижеследующего обзора договоров, статья 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда лишь частично соответствовала формулировке «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями» в последующей договорной практике государств.

1. Положения, содержащие перекрестные ссылки на статью 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда или статью 38 Статута Международного Суда

14. Несколько договоров, ставших предметом обзора для целей меморандума, сделали общие принципы права одним из источников международного права, который подлежит применению международным судом или арбитражным трибуналом, путем перекрестной ссылки на статью 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда или статью 38 Статута Международного Суда. В качестве примера можно привести Договор о примирении, арбитраже и судебном урегулировании 1931 года между Болгарией и Норвегией:

²³ Вступительная часть статьи 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда гласит: «Палата применяет: ...», в то время как эквивалентный пункт статьи 38 Статута Международного Суда гласит: «Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, применяет: ...».

²⁴ [A/CN.4/732](#), п. 77.

²⁵ Там же, пп. 77–89. См. также B. Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (London, Stevens and Sons Limited, 1953), p. 19, citing the speeches of Descamps, Fernandes, Loder, Hagerup and Phillimore (Permanent Court of International Justice, Advisory Committee of Jurists, *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920 with Annexes* (The Hague, Van Langenhuisen Brothers, 1920)).

²⁶ Например, «справедливость», «равноправие», «международное право», «принципы справедливости», «положения договора», «общие принципы справедливости и равноправия» или положение о том, что дело должно решаться на основе «норм, которые, по твердому убеждению Палаты, должны быть нормами международного права». См. [A/CN.4/732](#), пп. 77–89; обсуждение в Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (см. сноски 25 выше), pp. 6–7; и H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law (With Special Reference to International Arbitration)* (London, Longmans, Green and Co. Ltd., 1927), pp. 60–62.

Если в специальном соглашении ничего не говорится о нормах, которые касаются существа спора и которым должны следовать арбитры, трибунал применяет материально-правовые нормы, перечисленные в статье 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда²⁷.

15. В одном из таких договоров перекрестная ссылка на статью 38 была сформулирована следующим образом:

Если в специальном соглашении не предусмотрено иное или если специальное соглашение не было заключено, арбитражный трибунал или Постоянная Палата Международного Суда применяют принципы права, изложенные, в частности, в статье 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда²⁸.

Таким образом, термин «принципы права» для целей этого договора, как представляется, использовался для ссылки на различные источники международного права, изложенные в статье 38, и слова «в частности» могли бы означать, что стороны предусмотрели возможность того, что «принципы права» могут возникать также вне рамок положений статьи 38.

16. Аналогичным образом, после создания Организации Объединенных Наций в значительном числе международных договоров по-прежнему указывалось, что в случае создания арбитражных судов они должны применять, в отсутствие соглашения об обратном, источники международного права, изложенные в статье 38 Статута Международного Суда. Например, в положениях пересмотренного Общего акта о мирном разрешении международных споров, принятого Генеральной Ассамблеей в 1949 году, говорилось следующее: «Если в специальном соглашении не предусмотрено иное... Трибунал применяет материально-правовые нормы, перечисленные в статье 38 Статута Международного Суда»²⁹. Статьи 74, пункт 1, и 83, пункт 1, Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, касающиеся делимитации соответственно исключительной экономической зоны и континентального шельфа государств с противоположащими или смежными побережьями, являются примерами инкорпорации статьи 38 Статута Международного Суда в контексте, ином чем учреждение арбитражных трибуналов³⁰.

²⁷ Treaty of Conciliation, Arbitration and Judicial Settlement between Bulgaria and Norway (Sofia, 26 November 1931), League of Nations, *Treaty Series*, vol. 134, No. 3081, p. 27, at p. 31, art. 5. Другие примеры см. General Act (Pacific Settlement of International Disputes) (Geneva, 26 September 1928), *ibid.*, vol. 93, No. 2123, p. 343, at p. 353, art. 18; Pact of Friendship, Conciliation, Arbitration and Judicial Settlement between the Hellenic Republic and the Czechoslovak Republic (Prague, 8 June 1929), *ibid.*, vol. 108, No. 2512, p. 255, at p. 269, art. 33; Convention of Conciliation, Judicial Settlement and Arbitration between Italy and Norway (Oslo, 17 June 1929), *ibid.*, vol. 105, No. 2410, p. 161, at p. 171, art. 20; Revised General Act for the Pacific Settlement of Disputes (New York, 28 April 1949), United Nations, *Treaty Series*, vol. 71, No. 912, p. 101, at p. 116, art. 28.

²⁸ Treaty of Conciliation, Arbitration and Judicial Settlement between Luxembourg and Norway (Geneva, 12 February 1932), League of Nations, *Treaty Series*, vol. 142, No. 3277, p. 29, at p. 37, art. 18.

²⁹ Пересмотренный Общий акт о мирном разрешении международных споров, ст. 18.

³⁰ United Nations Convention on the Law of the Sea (Montego Bay, 10 December 1982), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1834, No. 31363, p. 179, at pp. 211 and 215.

2. Положения, в ясно выраженной форме устанавливающие источники международного права в соответствии со статьей 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда или статьей 38 Статута Международного Суда

17. В ряде договоров, подвергшихся обзору для целей настоящего меморандума, прямо указаны источники международного права, содержащиеся в статье 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда или статье 38 Статута Международного Суда, в качестве права, применяемого международным судом или арбитражным трибуналом, хотя в пяти таких договорах, которые были заключены в эпоху Лиги Наций, это было сделано с изменениями следующего содержания:

Трибунал основывает свое решение на:

- 1) конвенциях, как общих, так и специальных, действующих в отношениях между участниками, и вытекающих из них принципах права;
- 2) международном обычае как доказательстве всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы;
- 3) общих принципах права, признанных цивилизованными нациями;
- 4) прецедентах, изложенных в признанной доктрине и юридической практике в качестве вспомогательного фактора при установлении норм права.

С согласия обеих сторон Трибунал может вместо того, чтобы основывать свое решение на правовых принципах, вынести арбитражное решение, руководствуясь соображениями справедливости³¹.

18. Таким образом, в этих договорах общие принципы права были включены в число источников права, применяемого трибуналами, созданными на тех же условиях, что и в пункте 3 статьи 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда. Однако добавление слов «и вытекающих из них принципах права» в первом подпункте вышеуказанного положения было отходом от положений пункта 1 статьи 38, позволяющих соответствующим трибуналам применять «принципы права», вытекающие из договоров, действующих в отношениях между сторонами. Таким образом, эти принципы права были перечислены отдельно от общих принципов права в подпункте 3. Заключительное предложение этого положения позволило трибуналу принимать решения по делам, «руководствуясь соображениями справедливости», а не на основе «правовых принципов», если стороны договорились об этом. Таким образом, в этих договорах проводится различие между соображениями справедливости, с одной стороны, и источниками международного права, включая общие принципы права, — с другой³².

³¹ Этот пример — Convention of Arbitration and Conciliation between Germany and the Netherlands (The Hague, 20 May 1926), League of Nations, *Treaty Series*, vol. 66, No. 1527, p. 103, at p. 121, art. 4. Что касается других договоров с аналогичными формулировками, то см. Treaty of Conciliation and Arbitration between Poland and Czechoslovakia (Warsaw, 23 April 1925), *ibid.*, vol. 48, No. 1171, p. 383, at p. 393, art. 19; Convention of Arbitration and Conciliation between Germany and Sweden (Berlin, 29 August 1924), *ibid.*, vol. 42, No. 1036, p. 111, at p. 127, art. 5; Convention of Arbitration and Conciliation between Germany and Estonia (Berlin, 10 August 1925), *ibid.*, vol. 63, No. 1484, p. 111, at p. 126, art. 5; Treaty of Arbitration and Conciliation between Germany and Luxembourg (Geneva, 11 September 1929), *ibid.*, vol. 118, No. 2715, p. 97, at p. 106, art. V.

³² Еще один пример договорного положения, содержащего такую заключительную клаузулу, см. Convention of Arbitration and Conciliation between Germany and Sweden, art. 5.

19. В ряде договоров, зарегистрированных в Секретариате Организации Объединенных Наций и ставших предметом обзора для целей меморандума, содержится ссылка на полный текст статьи 38, пункт(1)(с), Статута Международного Суда, включая, например, арбитражное соглашение 1965 года между Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии и Швейцарией³³, соглашение 1973 года о рыболовстве между Соединенными Штатами Америки и Польшей³⁴ и Европейскую конвенцию 1950 года о защите прав человека и основных свобод³⁵. Положения применимого права в двух договорах, которые были зарегистрированы в Секретариате Организации Объединенных Наций и которые учреждают арбитражные трибуналы, прямо излагают содержание пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда, но опускают слово «цивилизованными» из ссылки на общие принципы права, так что в соответствующей части этих положений содержится ссылка на «общие принципы права, признанные нациями»³⁶.

3. Положения, содержащие ссылку на «общие принципы права»

20. В нескольких договорах, зарегистрированных в Секретариате Лиги Наций и ставших предметом обзора для целей меморандума, содержалась ссылка на “...general principles of law” («...общие принципы права») или “...the general principles of law” («...общие принципы права»), причем ни в одном из них не содержалась перекрестная ссылка на статью 38 или в ясно выраженной форме не инкорпорировались формулировки статьи 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда. Многие из этих положений также включали ссылку на «справедливость». Примером является двусторонний договор 1923 года между Венгрией и Чехословакией о проезде чешских поездов через Венгрию: «Настоящая Палата решает этот вопрос в соответствии с положениями настоящей Конвенции; и общими принципами права и справедливости»³⁷. В договоре 1921 года между Германией и Польшей и Вольным городом Данцигом использовалась иная формулировка: «Трибунал разрешает все споры на основе положений настоящей Конвенции, общих принципов права и справедливости»³⁸.

21. Термин «общие принципы права» использовался в ряде договоров, зарегистрированных в Секретариате Организации Объединенных Наций, например в

³³ Treaty for Conciliation, Judicial Settlement and Arbitration between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Swiss Confederation (London, 7 July 1965), United Nations, *Treaty Series*, vol. 605, No. 8765, p. 205, at p. 222, art. 26.

³⁴ Agreement between the United States of America and the Polish People's Republic regarding Fisheries in the Western Region of the Middle Atlantic Ocean (Warsaw, 2 June 1973), *ibid.*, vol. 916, No. 13076, p. 185, at pp. 193–194, annex I, sect. VII.

³⁵ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Rome, 4 November 1950), *ibid.*, vol. 213, No. 2889, p. 221, at p. 230, art. 7.

³⁶ Agreement between the United States of America and the Polish People's Republic regarding Fisheries in the Western Region of the Middle Atlantic Ocean, annex I, sect. VII; Agreement between the United States of America and the Polish People's Republic concerning Fisheries Off the Coasts of the United States (Washington, 1 August 1985), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2243, No. 39921, p. 41, annex III, sect. VI.

³⁷ См. Convention between Hungary and Czechoslovakia Regulating the Running of Czechoslovak Trains over the Hungarian Section of the Čata-Lučenec Line (Budapest, 8 March 1923), League of Nations, *Treaty Series*, vol. 48, No. 1167, p. 257, at p. 267, art. 15. Весьма схожую использованную формулировку см. Treaty between the Republic of Austria and the Kingdom of Hungary for the Regulation of Conditions of Transit and Connections in the Railway Traffic between the Two Countries (Budapest, 30 June 1930), *ibid.*, vol. 122, No. 2799, p. 69, at p. 97, art. 20.

³⁸ Convention between Germany and Poland and the Free City of Danzig concerning Freedom of Transit between East Prussia and the Rest of Germany (Paris, 21 April 1921), *ibid.*, vol. 12, No. 308, p. 61, at p. 69, art. 11.

Женевской конвенции о защите гражданского населения во время войны 1949 года, где говорится: «Суды могут применять только изданные в законном порядке постановления, действовавшие до совершения правонарушения и соответствующие основным принципам права, в частности принципу соразмерности наказания»³⁹. В некоторых из этих договоров перед словами “general principles of law” («общие принципы права») ставился артикль “the”, однако в них не уточнялось, какие конкретно принципы включают в себя таким образом обозначенные «общие принципы права». Например, в Соглашении между Организацией Объединенных Наций и Швейцарской Конфедерацией об участке Ариана в Женеве говорится, что соглашение «толкуется в соответствии с общими принципами права»⁴⁰. Договор между Соединенными Штатами и Мексикой 1972 года гласит, что его положения «не создают никаких прецедентов, не означают признания или принятия, затрагивающих права одной из стран [в соответствии с договором 1944 года о водных ресурсах] и общие принципы права»⁴¹.

22. В Соглашении 2001 года по вопросам правопреемства государств бывшей Югославии также содержится следующая ссылка на общие принципы права: «Государства-преемники предпринимают такие действия, которые могут потребоваться в соответствии с общими принципами права и которые иным образом необходимы для обеспечения эффективного применения принципов, изложенных в настоящем Приложении, например, заключают двусторонние соглашения и уведомляют о них свои суды и другие компетентные органы»⁴².

23. Среди рассмотренных договоров есть примеры ссылок на общие принципы национального права. Например, в Конвенции Международной организации труда о возмещении трудящимся при профессиональных заболеваниях в редакции 1934 года упоминаются «общие принципы национального законодательства» государств-членов, касающиеся возмещения в случае промышленных аварий⁴³. В договоре 1999 года между Швецией и Украиной о мерах по борьбе с преступностью была сделана ссылка на национальные общие принципы права этих государств — каждая из сторон имеет право отказать в выполнении

³⁹ Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Geneva, 12 August 1949), United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, No. 973, p. 287, at p. 330, art. 67. Другие примеры см. Agreement Establishing Interim Arrangements for a Global Commercial Communications Satellite System, and Special Agreement (with annex) (Washington, 20 August 1964), *ibid.*, vol. 514, No. 7441, p. 25, at p. 62, art. 14; Agreement Concerning Assistance from the United Nations Development Programme to Botswana (Gaborone, 14 May 1975), *ibid.*, vol. 968, No. 14004, p. 117, at p. 125, art. XI, para. 3; Agreement between the Federal Republic of Germany, the Republic of Austria and the Swiss Confederation Regulating the Withdrawal of Water from Lake Constance (with Final Protocol) (Bern, 30 April 1966), *ibid.*, vol. 620, No. 8956, p. 191, at p. 204, art. 11.

⁴⁰ Agreement between the United Nations and the Swiss Confederation on the Ariana Site (Bern, 11 June 1946, and New York, 1 July 1946), *ibid.*, vol. 1, No. 7, p. 153, at p. 158, art. 12.

⁴¹ Agreement between the United States of America and Mexico effected by Minute No. 241 of the International Boundary and Water Commission (El Paso, 14 July 1972), *ibid.*, vol. 898, No. 12822, p. 151, at p. 154.

⁴² Agreement on Succession Issues (with annexes) (Vienna, 29 June 2001), *ibid.*, vol. 2262, No. 40296, p. 251, at p. 294, annex G, art. 4.

⁴³ International Labour Organization, Convention concerning Workmen's Compensation for Occupational Diseases (Revised 1934), *ibid.*, vol. 40, No. 624, p. 19, at p. 20, art. 1. См. также Belgium and France: General Convention on Social Security; Supplementary Agreement on the System of Social Security Applicable to Frontier and Seasonal Workers; Supplementary Agreement on the Social Security System Applicable to Persons Employed in Mines and Establishments Treated as Mines; Protocol on the Old Age Allowance for Employees and the Temporary Old Age Allowance; Protocol Relating to Unemployment Allowances (Brussels, 17 January 1948), *ibid.*, vol. 36, No. 570, p. 233.

просьбы другой стороны, если ее выполнение «противоречит ее общим принципам права или другим существенно важным интересам»⁴⁴.

4. Положения, содержащие ссылку на «принципы права»

24. В значительном числе договоров, которые были зарегистрированы в Секретариате Лиги Наций и стали предметом обзора для целей меморандума, упоминаются «принципы права»⁴⁵. Многие из созданных арбитражных трибуналов предусматривали передачу споров в Постоянную палату третейского суда или Постоянную Палату Международного Суда, в которых положение о применимом праве включало «принципы права или справедливости»⁴⁶. Служащее примером положение, содержащееся в договоре об арбитраже между Соединенными Штатами и Финляндией 1928 года, гласит следующее:

Все разногласия, касающиеся международных вопросов, ...которые в силу своего характера могут быть урегулированы в судебном порядке на том основании, что они поддаются разрешению путем применения принципов права и справедливости, передаются на рассмотрение Постоянной палаты третейского суда, учрежденной в Гааге...⁴⁷.

В других таких договорах стороны использовали выражение “the principles of law and equity” («принципы права и справедливости»)⁴⁸, а в одном из таких

⁴⁴ Agreement between the Kingdom of Sweden and Ukraine concerning Cooperation as Regards Measures to Combat Crime (Stockholm, 23 March 1999), *ibid.*, vol. 2313, No. 41312, p. 295, at p. 297.

⁴⁵ См., например, General Treaty of Interamerican Arbitration and Protocol of Progressive Arbitration (Washington, 5 January 1929), League of Nations, *Treaty Series*, vol. 130, No. 2988, p. 135, at p. 142, art. 1; Treaty of Peace, Friendship and Arbitration between the Dominican Republic and the Republic of Haiti (Santo Domingo, 20 February 1929), *ibid.*, vol. 105, No. 2414, p. 215, at p. 224, art. 3.

⁴⁶ Treaty of Arbitration between the United States of America and Portugal (Washington, 1 March 1929), *ibid.*, vol. 99, No. 2282, p. 375, at p. 377, art. I; Treaty of Arbitration between the United States of America and the Republic of Poland (Washington, 16 August 1928), *ibid.*, vol. 99, No. 2286, p. 409, at p. 411, art. I; Treaty of Arbitration between the United States of America and Hungary (Washington, 26 January 1929), *ibid.*, vol. 96, No. 2200, p. 173, at p. 175, art. I; Arbitration Treaty between Albania and the United States of America (Washington, 22 October 1928), *ibid.*, vol. 92, No. 2089, p. 218, at p. 219, art. I; Treaty of Arbitration between the United States of America and Sweden (Washington, 27 October 1928), *ibid.*, vol. 91, No. 2063, p. 225, at p. 227, art. I; Arbitration Treaty between the United States of America and Norway (Washington, 20 February 1929), *ibid.*, vol. 91, No. 2079, p. 413, at p. 415, art. I; Arbitration Treaty between the United States of America and Czechoslovakia (Washington, 16 August 1928), *ibid.*, vol. 89, No. 2018, p. 225, at p. 227, art. I; Arbitration Treaty between the United States of America and Austria (Washington, 16 August 1928), *ibid.*, vol. 88, No. 1988, p. 95, at p. 97, art. I; Arbitration Treaty between the United States of America and Denmark (Washington, 14 June 1928), *ibid.*, vol. 88, No. 1995, p. 173, at p. 175, art. I; Treaty of Arbitration between the United States of America and Finland (Washington, 7 June 1928), *ibid.*, vol. 87, No. 1958, p. 9, at p. 10, art. I; Arbitration Treaty between the United States of America and China (Washington, 27 June 1930), *ibid.*, vol. 140, No. 3236, p. 183, at p. 184, art. I.

⁴⁷ Treaty of Arbitration between the United States of America and Finland, art. I.

⁴⁸ Treaty of Arbitration and Conciliation between Denmark and Haiti (Washington, 5 April 1928), League of Nations, *Treaty Series*, vol. 99, No. 2264, p. 19, at p. 23, art. 4; Agreement between the United States of America and Egypt regarding Arbitration of the Claim of George J. Salem (Cairo, 20 January 1931), *ibid.*, vol. 142, No. 15B, p. 309, at p. 313, art. 3; Arbitration Convention between the United States of America and Norway concerning the Claim of a Group of Shipowners of Christiania on the Government of the United States (Washington, 30 June 1921), *ibid.*, vol. 14, No. 365, p. 19, at p. 23, art. 1; Convention between Denmark and Iceland regarding the Procedure to Be Followed for the Settlement of Disputes (Tingvall, 27 June 1930), *ibid.*, vol. 118, No. 2717, p. 121, at p. 129, art. 2.

договоров было использовано выражение “the principles of law and justice” («принципы права и правосудия») ⁴⁹.

25. Ряд договоров, зарегистрированных в Секретариате Лиги Наций и содержащих формулировку «принципы права», касались принципов права, вытекающих из договоров, действующих в отношениях между сторонами, указывая на то, что они являются частью права, подлежащего применению созданным арбитражным трибуналом ⁵⁰. В три таких же договора было включено положение следующего содержания:

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 ⁵¹.

26. Таким образом, такого рода положения позволяют соответствующим трибуналам для целей этих договоров опираться на «принципы права» в делах, в которых источники международного права, содержащиеся в статье 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда, включая общие принципы права, являются «неадекватными». Это положение примечательно тем, что оно предоставляет в распоряжение арбитражного трибунала субъективный источник: «принципы права, которые, *по его мнению, должны регулировать международное право*» (курсив добавлен) ⁵².

27. Примером договорного положения, использующего формулировку «принципы права» в контексте материального права или обязательства, а не положения о применимом праве для международного суда или трибунала является следующая формулировка обмена нотами между Соединенными Штатами и Мексикой: «признанные принципы права и справедливости требуют немедленной выплаты справедливой компенсации за экспроприированное имущество» ⁵³.

⁴⁹ Treaty between the Estonian Democratic Republic and Ukrainian Socialist Soviet Republic respecting Future Relations (Moscow, 25 November 1921), *ibid.*, vol. 11, No. 294, p. 121, at p. 134, preamble.

⁵⁰ См. договоры, упомянутые в сноске 31 выше.

⁵¹ См. Convention of Arbitration and Conciliation between Germany and Estonia, art. 5; Convention of Arbitration and Conciliation between Germany and Sweden, art. 5; Treaty of Arbitration and Conciliation between Germany and Luxembourg, art. V. Положение, изложенное на английском языке, не является идеальным переводом оригинала на немецком языке. Текст на немецком языке гласит: “Soweit im einzelnen Falle die vorstehend erwähnten Rechtsgrundlagen Lücken aufweisen, entscheidet das Schiedsgericht nach den Rechtsgrundsätzen, die nach seiner Ansicht die Regel des internationalen Rechtes sein sollten. Es folgt dabei bewährter Lehre und Rechtsprechung”. Его можно было бы более точно перевести следующим образом: «Если в каком-либо конкретном деле вышеупомянутые правовые основания имеют пробелы, то Арбитражный трибунал выносит решение в соответствии с принципами права, которые, по его мнению, должны составлять нормы международного права. Таким образом, он руководствуется утвердившейся доктриной и прецедентным правом».

⁵² Подобная формулировка была в числе предложений, представленных Консультативному комитету юристов в 1920 году при подготовке статьи 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда, в частности Данией, Нидерландами, Норвегией, Швейцарией и Швецией, однако она не была поддержана членами Комитета, которые пожелали избежать наделения судей Палаты «законодательной» ролью. См. обсуждение в Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (сноска 25 выше), at pp. 10–11, footnote 43 in particular.

⁵³ Exchange of Notes between the United States of America and Mexico Constituting an Agreement concerning Compensation for Expropriated Lands of American Citizens in Mexico (Washington, 9 November 1938, and Mexico City, 12 November 1938), League of Nations, *Treaty Series*, vol. 201, No. 4714, p. 201, at p. 204.

Дальнейшие ссылки на «принципы права», сопряженные с первичными правами и обязанностями, появились в договоре между Колумбией и Перу относительно «принципов права, которые защищают человеческое достоинство, трудовые права, а также свободу и благополучие их жителей»⁵⁴ и в многостороннем договоре, касающемся «принципов права, общепризнанных в области гражданства»⁵⁵.

28. «Принципы справедливости» упоминаются в трех договорах, зарегистрированных в Секретариате Лиги Наций. В двух таких договорах стороны договорились, что споры будут разрешаться в соответствии с «принципами справедливости и равноправия»⁵⁶. Однако в этих договорах прямо говорится, что созданная ими комиссия по претензиям должна была определять претензии на основе *ex gratia*, а не определять ответственность Мексики в соответствии с общими принципами международного права⁵⁷. В многостороннем договоре 1923 года американские государства выразили желание «постепенно укреплять принципы справедливости и взаимного уважения... в своих отношениях друг с другом»⁵⁸.

29. Термин «принципы права» используется в большом числе договоров, зарегистрированных в Секретариате Организации Объединенных Наций. Многие из этих договоров касались разрешения споров между государствами и учрежденных для этой цели арбитражных трибуналов. Например, в договоре 1962 года между Чехословакией и Австрией было указано, что «Арбитражный трибунал принимает свои решения на основе настоящего Соглашения и применимых норм международного обычного права и общепризнанных принципов права»⁵⁹. Примерами договоров, не затрагивающих вопрос о применимом праве в арбитражном трибунале, являются, в частности, договор 1949 года между Нидерландами и Индонезией о передаче суверенитета, в котором стороны договорились «соблюдать международные договоры и международно признанные принципы права», касающиеся осуществления основных прав и свобод человека⁶⁰; и Африканская хартия прав человека и народов, в статье 61 которой говорится, что:

Комиссия также принимает во внимание, в качестве дополнительных средств определения правовых принципов, другие общие или специальные международные конвенции, устанавливающие нормы, ясно признанные государствами — членами Организации африканского единства, африканскую практику, совместимую с международными нормами прав человека и народов, обычаи, общепринятые как часть внутреннего права, общие

⁵⁴ Protocol of Friendship and Cooperation between the Republic of Colombia and the Republic of Peru (Rio de Janeiro, 24 May 1934), *ibid.*, vol. 164, No. 3786, p. 21, at p. 43, art. 17.

⁵⁵ Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws (The Hague, 12 April 1930), *ibid.*, vol. 179, No. 4137, p. 89, at p. 99, art. 1.

⁵⁶ Convention between His Britannic Majesty and the President of the United Mexican States for the Settlement of British Pecuniary Claims in Mexico Arising from Loss or Damage from Revolutionary Acts between November 20, 1910, and May 31, 1920 (Mexico, 19 November 1926), *ibid.*, vol. 85, No. 1922, p. 51, at p. 54, art. 2; Convention between His Britannic Majesty and the President of the United Mexican States, Supplementary to the Convention of 19 November 1926, Respecting British Pecuniary Claims in Mexico Owing to Revolutionary Acts (Mexico City, 5 December 1930), *ibid.*, vol. 119, No. 2749, p. 261, at p. 264, art. 2.

⁵⁷ См. статью 2 обеих конвенций.

⁵⁸ Treaty to Avoid or Prevent Conflicts between the American States (Santiago de Chile, 3 May 1923), *ibid.*, vol. 33, No. 831, vol. 33, p. 25, at p. 36.

⁵⁹ Agreement between the Czechoslovak Socialist Republic and the Republic of Austria concerning the Regulation of Railway Traffic across the Frontier (Prague, 22 September 1962), United Nations, *Treaty Series*, vol. 495, No. 7244, p. 157, at p. 206, art. 24.

⁶⁰ Round-Table Conference Agreement between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Indonesia (The Hague, 2 November 1949), *ibid.*, vol. 69, No. 894, p. 3, at p. 222, Draft Union Statute, appendix, para. 19.

принципы права, признанные африканскими государствами, а также юридические прецеденты и доктрину⁶¹.

В Генеральном соглашении по тарифам и торговле 1947 года упоминаются «установленные принципы права»⁶².

5. Положения, содержащие ссылку на «общие принципы международного права»

30. Положения, касающиеся «общих принципов международного права», содержатся в ряде договоров, зарегистрированных в Секретариате Лиги Наций. Некоторые из этих договоров касались дипломатических и консульских сношений между государствами. Например, в многостороннем договоре о мире 1923 года стороны договорились о следующем: «на соответствующих территориях дипломатическим и консульским представителям будет предоставляться, без ущерба для таких соглашений, которые могут быть заключены в будущем, режим в соответствии с общими принципами международного права»⁶³.

31. Аналогичные формулировки, используемые в контексте договоров, регулирующих дипломатические и консульские сношения, содержат выражения «общепризнанные принципы международного права»⁶⁴, «общие принципы международного публичного права»⁶⁵ и «общие принципы международного обычного права»⁶⁶. Эти различные выражения использовались в контексте, который является имманентно международным, т. е. в контексте дипломатических и консульских сношений, что может быть актуальным при рассмотрении вопроса об истоках соответствующих принципов.

32. К числу других договоров, содержащих положения со ссылками на «общие принципы международного права» в контекстах, которые представляются имманентно международными, относятся: договор о взаимном режиме дипломатических представительств между Германией и Афганистаном 1926 года, в котором говорится следующее: «[...дипломатические представительства Сторон] пользуются на взаимной и равной основе дипломатическими привилегиями, предоставляемыми в соответствии с общими принципами международного права»⁶⁷;

⁶¹ African Charter on Human and Peoples' Rights (Nairobi, 27 June 1981), *ibid.*, vol. 1520, No. 26363, p. 217, at p. 257.

⁶² General Agreement on Tariffs and Trade (Geneva, 30 October 1947), *ibid.*, vol. 55, No. 814, p. 187, at p. 224, art. X.

⁶³ Treaty of Peace (Lausanne, 24 July 1923), League of Nations, *Treaty Series*, No. 701, vol. 28, p. 11, at p. 15, art. 1. Другие положения, касающиеся дипломатических или консульских сношений, см. Consular Treaty between the German Reich and the Turkish Republic (Ankara, 28 May 1929), *ibid.*, No. 3069, vol. 133, p. 257, p. 285, preamble; Consular Convention between the Kingdom of Italy and the Turkish Republic (Rome, 9 September 1929), *ibid.*, vol. 129, No. 2962, p. 195, at p. 205, art. 16; Treaty of Friendship between the Empire of Persia and the Czechoslovak Republic (Teheran, 29 October 1930), *ibid.*, vol. 121, No. 2783, p. 53, at p. 55, art. II.

⁶⁴ Treaty of Friendship between the German Reich and the Kingdom of Hejaz, Nejd and Dependencies (Cairo, 26 April 1929), *ibid.*, vol. 115, No. 2690, p. 265, at p. 269, art. 2.

⁶⁵ Treaty of Friendship between Latvia and Turkey (Warsaw, 3 January 1925), *ibid.*, vol. 59, No. 1390, p. 81, at p. 83, art. 2; Treaty of Friendship between Hungary and Turkey (Constantinople, 18 December 1923), *ibid.*, vol. 43, No. 1062, p. 271, at p. 273, art. 2; Treaty of Friendship between Sweden and Turkey (Angora, 31 May 1924), *ibid.*, vol. 38, No. 972, p. 147, at p. 149, art. 2; Treaty of Friendship between the Republic of China and the Turkish Republic (Ankara, 4 April 1934), *ibid.*, vol. 153, No. 3515, p. 161, at p. 163, art. 2.

⁶⁶ Treaty of Friendship between the Republic of Lithuania and the Persian Empire (Moscow, 13 January 1930), *ibid.*, vol. 131, No. 3013, p. 221, at p. 223, art. 2.

⁶⁷ Treaty of Friendship between the German Reich and the Kingdom of Afghanistan (Berlin, 3 March 1926), *ibid.*, vol. 62, No. 1460, p. 115, at p. 124, art. 2.

двусторонний договор между Венгрией и Чехословакией 1923 года, в котором содержится ссылка на «...общепризнанные принципы международного права» в контексте конфискации государственной собственности Чехословакией⁶⁸; и договор 1927 года между Германией и Турцией, в котором говорится следующее: «Граждане одной Договаривающейся Стороны имеют доступ на территорию другой Стороны, и на них лично и на их имущество распространяется режим, основанный на общих принципах международного права»⁶⁹. К числу других примеров относятся: договор 1926 года между Мексикой и Соединенным Королевством, в котором говорится: «желание Мексики заключается в том, чтобы полностью компенсировать ущерб потерпевшим сторонам на основе *ex gratia*, а не в том, чтобы ее ответственность устанавливалась в соответствии с общими принципами международного права»⁷⁰; и многосторонний договор 1938 года, устанавливающий общие правила нейтралитета между государствами-участниками, в котором говорится, что «Король может ..., соблюдая при этом общие принципы международного права, запретить доступ в датские порты»⁷¹.

33. Во многих договорах, зарегистрированных в Секретариате Организации Объединенных Наций, содержатся ссылки на «общие принципы международного права»⁷², на «общепринятые принципы международного права»⁷³ или на «общие принципы международного публичного права»⁷⁴. Они фигурируют

⁶⁸ Protocol between Hungary and Czechoslovakia regarding the Supplementary Registration of Investments (Claims), in Accordance with the Decrees of the Czechoslovak Republic (Prague, 13 July 1923), *ibid.*, vol. 36, No. 902, p. 41, at p. 43, para. 4.

⁶⁹ Convention between the German Reich and the Turkish Republic concerning Conditions of Residence and Business (Angora, 12 January 1927), *ibid.*, vol. 73, No. 1713, p. 187, at p. 198, art. 2. Аналогичный документ см. Treaty of Establishment between Egypt and Turkey (Ankara, 7 April 1937), *ibid.*, vol. 191, No. 4438, p. 95, at p. 101, art. 9.

⁷⁰ Convention between His Britannic Majesty and the President of the United Mexican States for the Settlement of British Pecuniary Claims in Mexico Arising from Loss or Damage from Revolutionary Acts between November 20, 1910, and May 31, 1920, art. 2.

⁷¹ Declaration between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden for the purpose of Establishing Similar Rules of Neutrality (Stockholm, 27 May 1938), League of Nations, *Treaty Series*, No. 4365, vol. 188, p. 293, art. 2, para. 4.

⁷² Например, Agreement between the Republic of Turkey and the Republic of Croatia on Social Security (Zagreb, 12 June 2006), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2902, No. 50582, p. 223, (p. 267, art. 36, para. 3), где говорится следующее: «Арбитражный суд принимает решение большинством голосов на основании соглашения, которое существует между Договаривающимися Сторонами, и на основе общих принципов международного права».

⁷³ См. exchange of notes between the United Kingdom and Burma in relation to the Treaty regarding the Recognition of Burmese Independence and Related Matters (London, 17 October 1947), *ibid.*, vol. 70, No. 904, p. 183, at p. 198 («3. Наконец, я предлагаю, чтобы в случае возникновения вопросов, которые, по мнению одного из правительств, не входят в сферу охвата предыдущих пунктов настоящего письма, они обсуждались представителями наших двух правительств и решались в соответствии с общепринятыми принципами международного права и современной международной практикой»); Exchange of Notes Constituting an Administrative Agreement between Brazil and Venezuela for the Exchange of Official Correspondence by Air Mail (Supplementary to the Agreement of 3 June 1919) (Caracas, 30 January 1946), *ibid.*, vol. 65, No. 839, p. 107, at pp. 112–113 («е) Такие вализы должны соответствовать условиям, изложенным в вышеупомянутом Соглашении от 3 июня 1919 года в отношении безопасности и неприкосновенности, и пользоваться всеми другими привилегиями, которые предоставляются в отношении официальной почты в соответствии с общепринятыми принципами международного права»).

⁷⁴ Agreement between the United States of America, France, the Federal Republic of Germany and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland concerning Interim Arrangements Relating to Polymetallic Nodules of the Deep Sea Bed (with Schedule and Appendixes) (Washington, 2 September 1982), *ibid.*, vol. 1871, No. 31958, p. 275, at p. 284, appendix 1 («7. Если какой-либо вопрос не рассматривается в добавлении 2 и других соответствующих положениях настоящего Соглашения, арбитр или арбитры, согласно добавлению 2, руководствуются общими принципами права, которые признаны Сторонами

главным образом в положениях о применимом праве в договорах, касающихся разрешения споров, и в договорах, регулирующих дипломатические и консульские сношения между сторонами. В договоре о дружбе между Таиландом и Филиппинами 1949 года, например, говорилось о «правах, привилегиях, изъятиях и иммунитетах, которые предоставляются должностным лицам ... в соответствии с общепринятыми принципами международного права и обычаями»⁷⁵. Примером, не связанным с разрешением споров или дипломатическими и консульскими сношениями, является договор между Боливарианской Республикой Венесуэла и Колумбией о сотрудничестве между органами полиции 1998 года, который, как в нем указывается, основывается на «общих принципах международного права и уважении суверенного равенства государств»⁷⁶.

6. Положения, содержащие ссылку на «принципы международного права»

34. Наиболее часто положения, касающиеся «принципов международного права», и его варианты встречались при поиске в базе данных “League of Nations, *Treaty Series*” (Сборник договоров Лиги Наций). Большинство из них содержится в договорах, касающихся дипломатических и консульских сношений. Примером может служить Договор о дружбе между Королевством Афганистан и Латвийской Республикой 1928 года, в котором говорится следующее:

Высокие Договаривающиеся Стороны ... имеют право направлять друг другу должным образом аккредитованных дипломатических агентов, которые на основе взаимности пользуются в стране своего проживания правами, привилегиями, иммунитетами и изъятиями, предоставляемыми аналогичным иностранным агентам в соответствии с принципами международного права⁷⁷.

35. Варианты этого выражения, использованные в контексте дипломатических и консульских сношений, включали в себя: «в соответствии с принципами международного публичного права и с международными обычаями»⁷⁸; «принципы и практика международного обычного права»⁷⁹; «принципы и практика в сфере международного общего права»⁸⁰; и «устоявшиеся принципы и практика в сфере

и которые, если дело представлено Стороной или Сторонами, означают общие принципы международного публичного права (*lex lata*), признанные Сторонами»).

⁷⁵ Treaty of Friendship between the Kingdom of Thailand and the Republic of the Philippines (Washington, 14 June 1949), *ibid.*, vol. 81, No. 1062, p. 53, at p. 56, art. IV.

⁷⁶ Agreement on Police Cooperation between the Republic of Venezuela and the Republic of Colombia (Santa Fe de Bogotá, 28 April 1998), *ibid.*, vol. 2409, No. 43479, p. 263, preamble.

⁷⁷ Treaty of Friendship between the Kingdom of Afghanistan and the Republic of Latvia (Riga, 16 February 1928), League of Nations, *Treaty Series*, vol. 78, No. 1781, p. 99, at p. 105, art. 2. Другие примеры см., в частности, Treaty of Friendship between Afghanistan and Finland (Helsinki, 17 July 1928), *ibid.*, vol. 112, No. 2601, p. 9, at p. 14, art. 2; Treaty of Friendship between Estonia and Turkey (Warsaw, 1 December 1924), *ibid.*, vol. 70, No. 1624, p. 77, at p. 79, art. 2; Treaty of Friendship between the Polish Republic and the Kingdom of Afghanistan (Angora, 3 November 1927), *ibid.*, vol. 74, No. 1734, p. 83, p. 90, art. II; Treaty of Friendship between Latvia and Turkey, art. 2.

⁷⁸ Treaty of Commerce and Navigation between Japan and the Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes (Vienna, 16 November 1923), League of Nations, *Treaty Series*, vol. 42, No. 1035, p. 99, at p. 103, art. IV.

⁷⁹ Exchange of Notes between Japan and Persia constituting a Provisional Settlement of the Relations between the Two Countries (Tehran, 30 March 1929), *ibid.*, vol. 107, No. 2499, p. 427, at p. 429, preamble. Другие договоры см. Treaty of Friendship between the Kingdom of Italy and the Persian Empire (Tehran, 5 September 1929), *ibid.*, vol. 141, No. 3264, p. 185, at p. 187, art. 2; Treaty of Friendship between the Empire of Persia and the Swiss Confederation (Bern, 25 April 1934), *ibid.*, vol. 159, No. 3666, p. 235, at p. 237, art. 2.

⁸⁰ Treaty of Friendship between the Kingdom of Sweden and the Persian Empire (Tehran, 27 May 1929), *ibid.*, vol. 105, No. 2420, p. 279, at p. 281, art. II.

международного права»⁸¹. Выражение «принципы международного права» было также использовано в ряде договоров, зарегистрированных в Секретариате Лиги Наций, в контексте уважения государствами на своей территории имущественных и личных прав граждан друг друга, например: «принципы международного права, действующие в отношениях между независимыми правительствами, должны соблюдаться»⁸².

36. В нескольких договорах, зарегистрированных в Секретариате Лиги Наций и ставших предметом обзора для целей меморандума, упоминались «принципы международного права» в контексте ссылки на споры в международных судах и трибуналах, а также применимого права. Например, двусторонний договор между Италией и Турцией 1928 года гласит следующее: «Арбитражное решение выносится в соответствии с принципами международного права»⁸³. В договоре между Доминиканской Республикой и Гаити 1929 года говорится следующее: «...споры ... не передаются на арбитражное разбирательство, кроме как в соответствии с принципами международного права»⁸⁴. В ряде других таких договоров содержалась формулировка преамбулы, в которой излагалось желание, чтобы споры разрешались в соответствии с «высшими принципами международного публичного права»⁸⁵ или «высшими принципами международного права»⁸⁶.

37. В дополнение к положениям, содержащимся в вышеуказанных двусторонних договорах, касающихся дипломатических и консульских сношений между государствами, в ряде следующих многосторонних договоров, зарегистрированных в Секретариате Лиги Наций, упоминались «принципы международного права» в контекстах, которые представляются имманентно международными по

⁸¹ Treaty of Friendship between the Republic of Finland and the United States of Mexico (Washington, 2 October 1936), *ibid.*, vol. 179, No. 4157, p. 303, at p. 305 and p. 307, arts. 2–3.

⁸² Treaty of Friendship and Good Understanding between His Britannic Majesty and His Majesty the King of the Hejaz and of Nejd and its Dependencies (Jeddah, 20 May 1927), *ibid.*, vol. 71, No. 1658, p. 131, at p. 154, art. 5. См. также Convention of Ratification between the United States and the Dominican Republic, as contained in the Agreement of Evacuation of June 30, 1922 (Santo Domingo, 12 June 1924), *ibid.*, vol. 48, No. 1153, p. 91, at p. 107; Treaty between His Majesty in respect of the United Kingdom and India and His Excellency the President of the Republic of China for the Relinquishment of Extraterritorial Rights in China and the Regulation of Related Matters (with Exchange of Notes and Agreed Minute) (Chungking, 11 January 1943), *ibid.*, vol. 205, No. 4826, p. 69, at p. 71, art. 2.

⁸³ Treaty of Neutrality, Conciliation and Judicial Settlement between the Kingdom of Italy and the Turkish Republic (Rome, 30 May 1928), *ibid.*, vol. 95, No. 2172, p. 183, at p. 187, art. 3. См. также the Treaty of Friendship between the Kingdom of Italy and the Persian Empire, art. 2.

⁸⁴ Treaty of Peace, Friendship and Arbitration between the Dominican Republic and the Republic of Haiti (Santo Domingo, 20 February 1929), League of Nations, *Treaty Series*, vol. 105, No. 2414, p. 215, at p. 224, art. 4 b). Другие примеры см. также Treaty of Friendship between the Kingdom of Italy and the Persian Empire, art. 2; Exchange of Notes between Denmark and Czechoslovakia, constituting an Arrangement in Regard to the Exemption of Means of Transport Belonging to Consuls de Carrière, etc., from Requisitioning for Military Purposes (Copenhagen, 20 and 24 July 1925), League of Nations, *Treaty Series*, vol. 37, No. 948, p. 97, at p. 99.

⁸⁵ Treaty of Conciliation, Judicial Settlement and Arbitration between Austria and Spain (Vienna, 11 June 1928), *ibid.*, vol. 87, No. 1984, p. 393, at p. 395, preamble; Treaty of Conciliation, Judicial Settlement and Arbitration between Bulgaria and Poland (Warsaw, 31 December 1929), *ibid.*, vol. 113, No. 2638, p. 89, at p. 91, preamble; Treaty of Conciliation, Judicial Settlement and Arbitration between Spain and Luxembourg (Luxembourg, 21 June 1928), *ibid.*, vol. 109, No. 2533, p. 137, at p. 139, preamble; Treaty of Conciliation, Judicial Settlement and Arbitration between Spain and the Czechoslovak Republic (Prague, 16 November 1928), *ibid.*, vol. 100, No. 2303, p. 313, at p. 315, preamble.

⁸⁶ Treaty of Conciliation, Judicial Settlement and Arbitration between Spain and Finland (Helsinki, 31 May 1928), *ibid.*, vol. 82, No. 1874, p. 229, at p. 231, preamble.

своему характеру, что могло бы быть релевантным при рассмотрении вопроса об истоках рассматриваемых принципов: многосторонний договор между Соединенными Штатами, Британской империей, Францией и Японией 1921 года, который касался их островных владений в Тихом океане и в котором говорилось, что «[с]поры, о которых говорится во втором пункте статьи I, не должны приниматься во внимание в плане охвата вопросов, которые, согласно принципам международного права, относятся исключительно к внутренней юрисдикции соответствующих держав»⁸⁷; многосторонний договор, касающийся гражданства и безгражданства 1930 года, в котором стороны заявили, что «...если какой-либо аспект не охвачен ни одним из положений предыдущей статьи, в силе должны оставаться существующие принципы и нормы международного права»⁸⁸; и многосторонний договор о борьбе с незаконным оборотом спиртных напитков 1925 года, в котором стороны заявили, что границы «международных морских путей, на которые не должен распространяться контроль, предусмотренный в Общей конвенции, однако в отношении которых должны применяться принципы международного права, касающиеся свободы мореплавания, должны быть следующими: ...»⁸⁹.

38. Два договора, касающиеся дружественных отношений, содержали преамбулы, в которых выражалось желание, чтобы споры между сторонами разрешались в соответствии с «принципами, изложенными в Уставе Лиги Наций»⁹⁰, хотя не уточнялось, предназначены ли они для того, чтобы быть принципами юридического характера.

39. Ссылки на «принципы международного права» также относятся к числу наиболее многочисленных положений в договорах, зарегистрированных в Секретариате Организации Объединенных Наций. Большинство из них содержится в положениях о применимом праве в договорах об учреждении арбитражных трибуналов⁹¹. В число других аналогичных ссылок входят ссылки на «принципы международного права», например, в Женевской конвенции об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море, в которой говорится, что стороны, находящиеся в конфликте, «будут обязаны продолжать выполнять в силу принципов международного права, поскольку они вытекают из обычаев, установившихся среди цивилизованных народов, из законов человечности и велений общественной совести»⁹², а также ссылки на «принципы международного публичного права», например, в договоре между Китаем и Саудовской Аравией 1946 года, в котором

⁸⁷ Treaty between the United States of America, the British Empire, France and Japan relating to Their Insular Possessions and Insular Dominions in the Pacific Ocean (Washington, 13 December 1921), *ibid.*, vol. 25, No. 607, p. 183, at p. 191, Protocol, para. 2.

⁸⁸ Protocol relating to a Certain Case of Statelessness (The Hague, 12 April 1930), *ibid.*, vol. 179, No. 4138, p. 115, at p. 119, art. 2.

⁸⁹ Convention between Germany, Denmark, Estonia, Finland, Latvia, Lithuania, Norway, Poland and the Free City of Danzig, Sweden and the Union of Socialist Soviet Republics for the Suppression of the Contraband Traffic in Alcoholic Liquors (Helsingfors, 19 August 1925), *ibid.*, vol. 45, No. 1033, p. 183, at p. 184, art. 1.

⁹⁰ См., например, the Pact of Friendship, Conciliation and Judicial Settlement between Greece and the Kingdom of the Serbs, Croats and Slovenes (Belgrade, 27 March 1929), *ibid.*, vol. 108, No. 2509, p. 201, at p. 203, preamble; Pact of Friendship, Conciliation, Arbitration and Judicial Settlement between the Hellenic Republic and the Czechoslovak Republic, preamble.

⁹¹ См., например, Treaty of Friendship, Conciliation and Judicial Settlement between the Turkish Republic and the Italian Republic (Rome, 24 March 1950), United Nations, *Treaty Series*, vol. 96, No. 1338, p. 207, at p. 209; Treaty of Friendship between Egypt and Yemen (Alexandria, 27 September 1945), *ibid.*, vol. 9, No. 53, p. 373, at p. 376, art. 2.

⁹² Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea of August 12, 1949, *ibid.*, vol. 75, No. 971, p. 85, at p. 120, art. 62.

стороны договорились установить дипломатические отношения «в соответствии с принципами международного публичного права»⁹³.

40. К другим договорным ссылкам, связанным с «принципами международного права», относятся ссылки на «общепризнанные принципы международного права и практику» в контексте торговых отношений⁹⁴, а также ссылки на «принципы и практику в сфере международного общего права»⁹⁵, «международно признанные принципы права»⁹⁶, «признанные международные принципы»⁹⁷ и «принципы и практику в сфере международного обычного права»⁹⁸.

В. Происхождение

41. В договоры, упомянутые в подразделах 1 и 2 раздела А выше, путем перекрестной ссылки на положения статьи 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда или статьи 38 Статута Международного Суда или их прямого изложения (хотя и с изменениями в некоторых случаях), был включен термин «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями» без каких-либо дополнительных указаний на происхождение этих общих принципов права, независимо от того, вытекают ли они из национальных правовых систем или формируются в рамках международно-правовой системы⁹⁹. Как указано в подразделе 2 раздела А выше, в ряде международных договоров, на основании которых создавались арбитражные трибуналы, это сделано посредством включения положений о том, что применимое право включает в себя «принципы права», вытекающие из международных договоров, действующих в отношениях между сторонами¹⁰⁰. Тот факт, что «принципы права», о которых идет речь, вытекают из договоров, может свидетельствовать о том, что эти принципы берут свое начало в международно-правовой системе.

42. Как отмечалось в подразделах 5 и 6 раздела А выше, ряд договорных положений, содержащих ссылку на «общие принципы международного права» или их варианты, касается дипломатических и консульских сношений между государствами, режима дипломатических представительств одного государства-участника на территории другого государства-участника, взаимного режима в отношении граждан одного государства-участника на территории другого государства-участника, конфискации государственной собственности другим государством-участником, гражданства и безгражданства, условий нейтралитета между государствами-участниками, а также принципов международного права, касающихся свободы мореплавания. Эти договорные положения,

⁹³ Treaty of Amity between the Republic of China and the Kingdom of Saudi Arabia (Jeddah, 15 November 1946), *ibid.*, vol. 18, No. 289, p. 197, at p. 204, art. II.

⁹⁴ Treaty of Peace and Friendship between the United Kingdom and Nepal (Kathmandu, 30 October 1950), *ibid.*, vol. 97, No. 1346, p. 121, at p. 130, art. IV («Обе Договаривающиеся Стороны будут поддерживать и развивать взаимовыгодные торговые отношения, соответствующие их долгой и сердечной дружбе и общеизвестным принципам международного права и практике»).

⁹⁵ Treaty of Friendship between the Kingdom of the Netherlands and the Kingdom of Afghanistan (Istanbul, 26 July 1939), *ibid.*, vol. 32, No. 177, p. 381, at p. 383, art. 2.

⁹⁶ Round-Table Conference Agreement between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Indonesia, p. 222.

⁹⁷ Treaty of Friendship between the Syrian Republic and Pakistan (Karachi, 29 August 1950), United Nations, *Treaty Series*, vol. 109, No. 1494, p. 95, at p. 100, art. II.

⁹⁸ Convention on Conditions of Residence, Trade and Navigation between Persia and Greece (London, 9 January 1931), *ibid.*, vol. 166, No. 497, p. 331, at p. art. 1.

⁹⁹ Как обсуждалось Специальным докладчиком в его первом докладе (A/CN.4/732, пп. 188–253).

¹⁰⁰ См. договоры, упомянутые в сноске 31 выше.

устанавливающие основные права и обязанности государств, возникают в контекстах, которые являются имманентно международными, что может быть релевантным при рассмотрении вопроса о происхождении упомянутых в них принципов международного права. Аналогичным образом, в двух других договорах, упомянутых в подразделе 6 раздела А выше, ссылки на «принципы, изложенные в Уставе Лиги Наций» являются дополнительными примерами принципов, предусмотренных в договоре, что может служить указанием на их происхождение.

43. Положения некоторых договоров, зарегистрированных в Секретариате Организации Объединенных Наций и касающихся взаимной правовой помощи, содержат ссылки на «общие принципы права государства запрашиваемого суда»¹⁰¹. Примером договора, содержащего ссылку на «принципы права», в котором, как представляется, контекст носит имманентно международный характер, является договор между Нидерландами и Индонезией о передаче суверенитета 1949 года¹⁰². «Принципы права», о которых говорится в Африканской хартии прав человека и народов, должны определяться путем отсылки, в качестве дополнительных средств, к «другим общим или специальным международным конвенциям, устанавливающим нормы, ясно признанные государствами — членами Организации африканского единства, африканской практике, совместимой с международными нормами прав человека и народов, обычаям, общепринятым как часть внутреннего права, общим принципам права, признанным африканскими государствами, а также юридическим прецедентам и доктрине», что может быть релевантным при рассмотрении вопроса о происхождении соответствующих принципов, т. е. об их истоках — международно-правовая система, национальные правовые системы государств-членов или обе эти системы¹⁰³.

44. В ряде договоров, зарегистрированных в Секретариате Организации Объединенных Наций и содержащих ссылку на «общие принципы», это сделано путем ссылки на принципы, установленные в самом договоре или в ряде таких договоров, касающихся одного и того же предмета. В ряде соглашений о воздушном сообщении, например, содержится ссылка на общий принцип «упорядоченного развития» услуг между соответствующими странами в зависимости от требований к перевозкам и других подобных соображений¹⁰⁴. Такие принципы были взяты из договоров, что может служить указанием на их происхождение. Аналогичные примеры таких «общих принципов» встречаются в договорах о поощрении и защите инвестиций¹⁰⁵, соглашениях о социальном

¹⁰¹ См., например, Convention on Legal Assistance in Civil Matters between the Hungarian People's Republic and the Italian Republic (Budapest, 26 May 1977), *ibid.*, vol. 1334, No. 22388, p. 379, at p. 386, art. 8, para. 4.

¹⁰² Round-Table Conference Agreement between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Indonesia, p. 222.

¹⁰³ African Charter on Human and Peoples' Rights, art. 61.

¹⁰⁴ См., например, the Agreement between the Royal Hellenic Government and the Syrian Republic relating to Civil Air Services between their Respective Territories (Damascus, 5 July 1949), United Nations, *Treaty Series*, vol. 78, No. 1013, p. 71, at p. 80, annex, para. 2; Agreement between United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and Norway concerning Air Communications to, through and from Great Britain and Norway (with Annex) (London, 31 August 1946), *ibid.*, vol. 6, No. 78, p. 235, at p. 238, art. 1, para. 6; Air Transport Agreement between the United Kingdom and the United States of Brazil (Rio de Janeiro, 31 October 1946), *ibid.*, vol. 11, No. 152, p. 115, at p. 128, annex, art. IV e).

¹⁰⁵ См., например, Agreement between the Kingdom of Spain and the Republic of Turkey on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments (Ankara, 15 February 1995), *ibid.*, vol. 2012, No. 34528, p. 223, at p. 249, art. V.

обеспечении¹⁰⁶, соглашениях о международных трудовых стандартах¹⁰⁷ и соглашениях о передаче осужденных лиц¹⁰⁸.

С. Признание

45. В договорах, зарегистрированных в Секретариате Лиги Наций и Секретариате Организации Объединенных Наций и ставших предметом обзора для целей меморандума, как правило, прямо не упоминается требование о признании общих принципов права. В договорах, которые упомянуты в подразделе 1 раздела А выше и в которых содержится перекрестная ссылка на статью 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда, а также в подразделе 2 раздела А выше, где прямо изложено содержание статьи 38, вновь подтверждено требование о том, что общие принципы права должны быть «признаны цивилизованными нациями». Некоторые более поздние договоры, которые зарегистрированы в Секретариате Организации Объединенных Наций и о которых говорится в подразделе 2 раздела А выше, прямо излагают содержание статьи 38 Статута Международного Суда, но опускают слово «цивилизованный» из ссылки на общие принципы права. Таким образом, соответствующие положения относятся к «общим принципам права, признанным государствами»¹⁰⁹.

46. Два договора, которые упомянуты в подразделе 5 раздела А выше и которые содержат требование о том, чтобы соответствующие принципы международного права были «общепризнанными»¹¹⁰, не дают никаких разъяснений в отношении того, что будет равнозначно общему признанию. Договор в подразделе 4 раздела А выше, в котором говорится о «...признанных принципах права»¹¹¹, также не дает никакой дополнительной информации о том, что требуется для признания. В других случаях из договорной ссылки следует, что требование о признании заключается в том, что общие принципы, о которых идет речь, являются общими для соответствующих государств — участников или

¹⁰⁶ Например, Agreement between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic regarding the Reciprocal Application of the Social Security Schemes of France and Northern Ireland (Paris, 28 January 1950), *ibid.*, vol. 97, No. 1349, p. 155, at p. 156 *et seq.*

¹⁰⁷ См. Basic Agreement between the United Nations, Food and Agriculture Organization of the United Nations, the International Civil Aviation Organization, the International Labour Organization, the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization and the World Health Organization and United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland Being the Administering Power of the Territories of Cyrenaica and Tripolitania for the Provision of Technical Assistance (Lake Success, New York, 15 December 1950), *ibid.*, vol. 76, No. 985, p. 121, at p. 132 *et seq.*; Instrument for the Amendment of the Constitution of the International Labour Organization (Montreal, 9 October 1946), *ibid.*, vol. 15, No. 229, p. 35, at p. 116 *et seq.*, art. 41.

¹⁰⁸ См., например, the Treaty on the Transfer of Sentenced Persons between the Republic of Peru and the Portuguese Republic (Lima, 7 April 2010), *ibid.*, vol. 2915, No. 50752, p. 197, at p. 216, art. 2.

¹⁰⁹ Agreement between the United States of America and the Polish People's Republic regarding Fisheries in the Western Region of the Middle Atlantic Ocean, annex I, sect. VII; Agreement between the United States of America and the Polish People's Republic concerning Fisheries Off the Coasts of the United States, annex III, sect. VI.

¹¹⁰ Treaty of Friendship between the German Reich and the Kingdom of Hejaz, Nejd and Dependencies, art. 2; Protocol between Hungary and Czechoslovakia regarding the Supplementary Registration of Investments (Claims), in Accordance with the Decrees of the Czechoslovak Republic, para. 4. См. также Convention on Certain Questions relating to the Conflict of Nationality Laws, art. 1.

¹¹¹ Exchange of Notes between the United States of America and Mexico Constituting an Agreement concerning Compensation for Expropriated Lands of American Citizens in Mexico, p. 204.

организаций, например, «единые общие принципы права членов»¹¹², «общие принципы, применимые в соответствующих странах»¹¹³ и «общие принципы права, признанные африканскими государствами»¹¹⁴.

D. Транспонирование

47. Подвергшиеся обзору договоры не содержат прямых ссылок на транспонирование или транспонируемость общих принципов права из национальных правовых систем в международно-правовую систему.

E. Функции и связь с другими источниками международного права

48. Во многих договорных положениях, ставших предметом обзора для целей меморандума, прямо не указано, каковы функции общих принципов права. В ряде договоров, как обсуждалось в разделе А, функция, выполняемая положениями, о которых идет речь, заключается в установлении вторичных норм — применимых норм права для разрешения споров между сторонами. Другие договорные положения устанавливают первичные права и обязанности государств-участников, например, в связи с их дипломатическими и консульскими сношениями.

49. Некоторые из договоров, которые обсуждаются в подразделе 2 раздела А выше и в которых прямо излагается содержание пункта 3 статьи 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда в качестве применимого права в арбитражном трибунале, а также в подразделе 4 раздела А, в котором говорится о «принципах права», содержали положения следующего содержания:

Если в том или ином конкретном деле вышеупомянутая правовая база является неадекватной, 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 практикой¹¹⁵.

50. Такие положения позволяют предположить, что «принципы права», на которые делается ссылка, могут, если другие источники международного права являются «неадекватными», играть своего рода дополнительную или «заполняющую пробелы» роль (избегая неясности), обычно ассоциирующуюся с общими принципами права¹¹⁶. В рассматриваемых договорах не уточняется, каков характер или происхождение этих «принципов права» и как они соотносятся с общими принципами права по смыслу пункта 3 статьи 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда. Кроме того, не было указано, должны ли эти принципы права быть выведены трибуналом из национальных правовых систем или

¹¹² Agreement for the Establishment of an Arab Organization for the Petroleum Exporting Countries (Beirut, 9 January 1968), United Nations, *Treaty Series*, vol. 681, No. 9707, p. 235, at p. 252, art. 6 a) («Контрактная ответственность Организации регулируется правом, применимым к заключенному контракту. Деликтная ответственность регулируется универсальными общими принципами права членов»).

¹¹³ Agreement between the United States of America and Mexico relating to Reciprocal Trade (Washington, 23 December 1942), *ibid.*, vol. 13, No. 81, p. 231, at p. 244, art. XII. См. также Agreement between the United States of America and Paraguay relating to Reciprocal Trade (Asunción, 12 September 1946), *ibid.*, vol. 125, No. 1677, p. 179, art. X.

¹¹⁴ African Charter on Human and Peoples' Rights, art. 61.

¹¹⁵ См. дела, упомянутые выше (см. сноску 51 выше).

¹¹⁶ A/CN.4/732, пп. 24–28.

из международно-правовой системы, или же из их обеих. Еще одним таким примером является многосторонний договор о гражданстве и безгражданстве 1930 года, в котором стороны заявили, что «если какой-либо аспект не охвачен ни одним из положений предыдущей статьи, в силе остаются действующие принципы и нормы международного права»¹¹⁷. Таким образом, в этом положении приоритет отдается положениям соответствующего договора, однако если в его положениях имеются какие-либо пробелы, то должны применяться принципы и нормы международного права.

51. В договоре между Соединенным Королевством и Китаем 1945 года в контексте консульских сношений до установления с этой целью договорных отношений общим принципам права была также отведена роль «заполнителей пробелов»:

До заключения договора или договоров, упомянутых в предыдущем пункте, каждая из Высоких Договаривающихся Сторон соглашается с тем, что консульским должностным лицам другой стороны будет разрешено выполнять свои функции в качестве таковых в соответствии с общими принципами международного права во всех портах, городах и местах первой из них, которые открыты или могут быть открыты для консульских должностных лиц любой иностранной страны¹¹⁸.

Аналогичная роль общих принципов права, регулирующих дипломатические и консульские сношения до заключения договора, в качестве «заполнителей пробелов» была закреплена в Договоре о дружбе между Египтом и Йеменом 1945 года¹¹⁹.

52. Пример интерпретационной функции общих принципов права содержится в Соглашении между Организацией Объединенных Наций и Швейцарской Конфедерацией об участке Ариана в Женеве, в котором предусматривается, что Соглашение толкуется в соответствии с общими принципами права¹²⁰.

53. Еще одним примером является Соглашение между Организацией Объединенных Наций и Сьерра-Леоне об учреждении Специального суда по Сьерра-Леоне, в котором содержится положение о помиловании и смягчении наказания, согласно которому Председатель Специального суда принимает решение по этому вопросу «исходя из интересов правосудия и общих принципов права»¹²¹.

54. Различные обследованные договоры не содержат много информации о связи между общими принципами права и другими источниками международного права.

55. Инкорпорируя положения статьи 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда или прямо изложив положения статьи 38 (с некоторыми изменениями), государства, заключившие договоры, упомянутые в подпунктах 1 и 2 раздела А выше, инкорпорировали «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями», не устанавливая никакой иерархии между тремя основными источниками международного права, указанными в этой статье, и не

¹¹⁷ Protocol relating to a Certain Case of Statelessness, art. 2.

¹¹⁸ Treaty between the Netherlands and China on the Relinquishment of Extra-territorial rights in China and the Regulation of Related Matters, with Exchange of Notes and Agreed Minute (London, 29 May 1945), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2, No. 23, p. 307, at p. 316, art. VIII.

¹¹⁹ Treaty of Friendship between Egypt and Yemen, art. 2.

¹²⁰ Art. 12.

¹²¹ Agreement between the United Nations and Sierra Leone on the Establishment of a Special Court for Sierra Leone (Freetown, 16 January 2002), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2178, No. 38342, p. 137, at p. 152, art. 23.

определяя каким-либо иным образом связь между общими принципами права и другими источниками международного права. Аналогичным образом, различные договоры, которые упомянуты в подразделе 3 раздела А выше и в которых использована фраза «общие принципы права» без перекрестной ссылки на статью 38 или без прямого воспроизведения текста статьи 38, как правило, не устанавливают какой-либо приоритетности или иерархии между применимыми источниками права в этих договорах.

56. Исключение содержалось в двустороннем договоре между Швейцарией и Германией 1921 года:

«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»¹²².

Это положение устанавливает четкую приоритетность применяемых источников международного права. Это одно из всего лишь двух положений такого рода среди подвергнувшихся обзору договоров¹²³.

57. Аналогичным образом, двусторонний договор между Германией и Польшей о социальном страховании 1931 года содержал следующее положение: «Решения арбитражной комиссии в отношении споров выносятся в соответствии с положениями настоящего Договора и, при необходимости, путем дополнения их в соответствии с общими принципами права и по справедливости»¹²⁴. В контексте этого договора общие принципы права должны были применяться только в случае необходимости и в качестве дополнения к положениям договора.

58. Наконец, в статье 21 Римского статута Международного уголовного суда источники права, применяемые Судом, излагаются с указанием их приоритетности¹²⁵. В нем также проводится различие между общими принципами права, вытекающими из национального права (статья 21, пункт 1 с)), и принципами международного права (статья 21, пункт 1 b)). Это положение Римского статута и соответствующее прецедентное право Международного уголовного суда подробно изложены в разделе (III) меморандума.

¹²² Treaty of Arbitration and Conciliation between the Swiss Confederation and the German Reich (Bern, 3 December 1921), League of Nations, *Treaty Series*, vol. 12, No. 320, p. 271, at pp. 283–284, art. 5.

¹²³ Другое положение см. Convention of Arbitration and Conciliation between Germany and Sweden, art. 5.

¹²⁴ Treaty between the German Reich and the Republic of Poland regarding Social Insurance (Berlin, 11 June 1931), League of Nations, *Treaty Series*, vol. 141, No. 3263, p. 91, at p. 173, art. 47, para. 2.

¹²⁵ Rome Statute of the International Criminal Court (Rome, 17 July 1998), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2187, No. 38511, p. 230, at pp. 245–246, art. 21.

II. Прецедентное право межгосударственных арбитражных трибуналов

A. Применимые источники права и терминология

1. Применимые источники права

59. В качестве специальных органов по разрешению споров арбитражные трибуналы черпают свои полномочия из основополагающих договоров и соглашений об их учреждении. Как явствует из раздела I меморандума, существует большое число самых разных таких документов. Некоторые из них, например, являются материально-правовыми договорами, устанавливающими основные права и обязанности, и содержат положения о разрешении споров между сторонами посредством арбитража. Другими являются договоры, целью которых является разрешение споров, как правило, между сторонами, или специальные соглашения для разрешения конкретных споров, или договоры, предусматривающие и то, и другое. Эти документы содержат также различные положения, касающиеся права, применимого арбитражными трибуналами, созданными таким образом, — положения, которые могут прямо ссылаться или не ссылаться на общие принципы права. Используется разнообразная терминология, и не всегда может быть ясно, являются ли «принципы», «общие принципы» и т. д., упоминаемые в учредительных документах, ссылками на общие принципы права по смыслу пункта 3 статьи 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда или пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда. Кроме того, когда арбитражные трибуналы делают ссылку на общие принципы права, они, как правило, прямо не указывают, делают ли они это, опираясь на основополагающие учредительные документы, или потому, что они рассматривают общие принципы права в качестве имманентно применимых в международных судах как один из источников международного права. По причинам, изложенным в разделе I выше, Секретариат также включал, в случае необходимости, и другие соответствующие материалы, не ограничивающиеся решениями межгосударственных арбитражных органов.

60. Например, арбитражный трибунал, рассматривавший вопрос о делимитации района Абьей¹²⁶, был создан на основе арбитражного соглашения между правительством Судана и Народно-освободительным движением/армией Судана¹²⁷. К числу правовых норм, примененных арбитрами, относились положения Всеобъемлющего мирного соглашения, подписанного Сторонами 9 января 2005 года, Временной национальной конституции Судана 2005 года и «общие принципы права и практика, которые Трибунал может определить как релевантные»¹²⁸. В своем решении арбитражный трибунал подтвердил¹²⁹, что его задача заключается в применении этих документов и общих принципов права, предусмотренных Арбитражным соглашением, и определил на этой основе, что «принципы контроля [за процессом принятия решений], применимые в международном публичном праве и национальных правовых системах в той мере, в

¹²⁶ *Abyei arbitration* (см. сноску 22 выше).

¹²⁷ 7 июля 2008 года правительство Судана и Народно-освободительное движение/армия Судана подписали Арбитражное соглашение между правительством Судана и Народно-освободительным движением/армией Судана о делимитации района Абьея. Оно не является международным договором и не зарегистрировано в Организации Объединенных Наций, но упоминается в пункте 1 решения арбитражного суда (*ibid.*).

¹²⁸ *Ibid.*, para. 425.

¹²⁹ *Ibid.*, para. 407.

какой практика последних является общепринятой, могут быть релевантными»¹³⁰.

61. Дело *Иски норвежских судовладельцев*¹³¹ рассматривалось на основе общей конвенции 1907 года об урегулировании международных споров¹³², общей конвенции 1908 года об арбитраже между этими государствами¹³³ и специального арбитражного соглашения, конкретно касающегося данных исков¹³⁴. Последнее предусматривало, что «[т]рибунал рассматривает вышеупомянутые исковые требования и выносит по ним решения в соответствии с принципами права и по справедливости»¹³⁵. Исходя из этого, трибунал определил, что: «Слова “право и справедливость”, использованные в специальном соглашении 1921 года ... следует понимать как общие принципы правосудия, отличающиеся от любой конкретной системы юриспруденции или внутреннего права любого государства»¹³⁶.

62. Дело *Претензии Агилар-Амори и Ройал бэнк оф Кэнада* рассматривалось на основе договора 1922 года между Соединенным Королевством и Коста-Рикой, в котором предусматривалось, что арбитр выносит решение по претензиям «принимая во внимание существующие соглашения [и] принципы публичного и международного права»¹³⁷. Исходя из этого, арбитр сослался на «принцип», согласно которому «Смена правительства или изменения во внутренней политике государства, как правило, не влияют на его статус в международном праве ... хотя правительство меняется, нация остается, а права и обязанности сохраняются»¹³⁸. В Соглашении об учреждении арбитражного трибунала по делимитации морских пространств между Францией и Канадой говорится следующее: «[в] соответствии с принципами и нормами международного права, применимыми в данном вопросе, к Трибуналу обращается просьба осуществить делимитацию морских пространств Сторон»¹³⁹. Исходя из этого, трибунал опирался на «принцип равного отстояния» и «принцип равной способности островов и материковых стран создавать морские районы»¹⁴⁰.

63. Арбитраж по делу *Судно «Рейнбоу Уорриор»* осуществлялся на основе двух соглашений, заключенных между Францией и Новой Зеландией 9 июля 1986 года, а также обмена письмами той же даты, предусматривающими арбитражное разбирательство, и дополнительного соглашения от 14 февраля 1989 года, касающегося учреждения арбитражного трибунала¹⁴¹. Последнее

¹³⁰ *Ibid.*, para. 401.

¹³¹ *Norwegian shipowners' claims (Norway v. USA)*, Award of 13 October 1922, UNRIAA, vol. I, pp. 307–346.

¹³² Convention for the Pacific Settlement of International Disputes (The Hague, 18 October 1907), referred to at p. 309 of the award (*ibid.*).

¹³³ Signed on 4 April 1908, referred to at p. 309 of the award (*ibid.*).

¹³⁴ Arbitration Convention between the United States of America and Norway concerning the Claim of a Group of Shipowners of Christiania on the Government of the United States of America.

¹³⁵ *Ibid.*, art. 1.

¹³⁶ *Norwegian shipowners' claims* (см. сноску 131 выше), p. 331.

¹³⁷ Convention between the United Kingdom and Costa Rica for the Submission to Arbitration of Certain Claims against Costa Rica (San José, 12 January 1922), League of Nations, *Treaty Series*, vol. 17, No. 432, p. 151, at p. 153–154, art. I.

¹³⁸ *Agular-Amory and Royal Bank of Canada claims (Great Britain v. Costa Rica)*, Award of 18 October 1923, UNRIAA, vol. I, pp. 369–399, at p. 377.

¹³⁹ Agreement establishing a Court of Arbitration for the Purpose of Carrying Out the Delimitation of Maritime Areas between Canada and France (Paris and Toronto, 30 March 1989), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1583, No. 27629, p. 25, at p. 27, art. 2.1.

¹⁴⁰ *Delimitation of maritime areas between Canada and France*, Decision of 10 June 1992, UNRIAA, vol. XXI, pp. 265–341, at p. 267.

¹⁴¹ Соответствующие тексты см. *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements, concluded on 9 July*

соглашение предусматривает, что «Решения Трибунала принимаются на основе [вышеупомянутых соглашений] и применимых норм и принципов международного права»¹⁴². В данном деле арбитражный трибунал, однако, не опирался на это выражение в качестве основы для обсуждения общих принципов права, а сослался на него как на «Обычный источник, [который] ... включает в себя две важные отрасли общего международного права: право международных договоров, кодифицированное в Венской конвенции 1969 года, и право ответственности государств, находящееся в процессе кодификации Комиссией международного права»¹⁴³.

64. Примером арбитражного решения, в котором арбитражный трибунал, судя по всему, считал, что общие принципы права имманентно являются применимым источником международного права в международных трибуналах, не обязательно в силу основополагающей договорной основы, является *Разбирательство в соответствии с Конвенцией ОСПАР*. Конвенция о защите морской среды Северо-Восточной Атлантики (Конвенция ОСПАР) предусматривает, что арбитражный трибунал «принимает решения в соответствии с нормами международного права и, в частности, с нормами Конвенции»¹⁴⁴. Признав, что его первой обязанностью является применение Конвенции, трибунал заявил, что «Любой международный трибунал, такой как этот, будет также применять нормы международного обычного права и общие принципы, если и в той мере, в какой стороны не установили *lex specialis*»¹⁴⁵. Аналогичным образом, в деле *Амбатиелоса* в основополагающем арбитражном договоре не указана применимость иного источника международного права, помимо положений этого договора¹⁴⁶. Тем не менее, арбитражная комиссия заявила, что «в целом признается, что принцип погасительной давности применяется к праву на подачу иска в международный трибунал». Международные трибуналы так поступали в многих делах...»¹⁴⁷.

65. Арбитраж, образованный в соответствии с Приложением VII Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, руководствуются частью XV Конвенции, которая предусматривает, что «Суд или арбитраж, обладающий компетенцией на основании настоящего Раздела, применяет настоящую Конвенцию и другие нормы международного права, не являющиеся несовместимыми с

1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair, Decision of 30 April 1990, UNRIAA, vol. XX, pp. 215–284, at pp. 218–221.

¹⁴² *Ibid.*, p. 219, Supplementary Agreement (New York, 14 February 1989), art. 2.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 249. См. также решение *Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman (Greece, France)*, Decision of 24/27 July 1956, UNRIAA, vol. XII, pp. 155–269, в котором арбитражный трибунал на стр. 189 англ. текста сослался на гипотетический общий принцип обычного права; и особое мнение г-на Гэвана Гриффита (*dissenting opinion of Mr. Gavan Griffith in the Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland — United Kingdom)*), Decision of 2 July 2003, UNRIAA, vol. XXIII, pp. 59–151, at p. 134), в котором он отметил, что принцип предосторожности является «утвердившимся обычным принципом международного права».

¹⁴⁴ Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (Paris, 22 September 1992), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2354, No. 42279, p. 67, at p. 83, art. 32, para. 6 a).

¹⁴⁵ *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention* (см. сноску 143 выше), p. 87, para. 84. См. также *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique (sentence sur le principe de la responsabilité) (Portugal contre Allemagne)*, Decision of 31 July 1928, UNRIAA, vol. II, pp. 1011–1033, at p. 1016.

¹⁴⁶ Agreement between the United Kingdom and Greece regarding the Submission to Arbitration of the Ambatielos Claim (London, 24 February 1955), art. 2. Соответствующий текст см. *Ambatielos claim (Greece, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)*, Award of 6 March 1956, UNRIAA, vol. XII, pp. 83–153, at p. 88.

¹⁴⁷ *Ambatielos claim* (см. сноску 146 выше), p. 103.

настоящей Конвенцией»¹⁴⁸. Кроме того, в статье 74, пункт 1, и статье 83, пункт 1, Конвенции указывается, что делимитация соответственно исключительной экономической зоны и континентального шельфа между государствами с противолежащими или смежными побережьями «осуществляется путем соглашения на основе международного права, как это указывается в статье 38 Статута Международного Суда, в целях достижения справедливого решения». При толковании этих последних положений арбитражный трибунал по делу *Арбитраж между Барбадосом и Республикой Тринидад и Тобаго* заявил следующее:

Эта на первый взгляд простая и неточная формула позволяет на самом деле широко рассматривать правовые нормы, закрепленные в договорах и обычном праве, как имеющие отношение к делимитации пространств сторон, а также позволяет учитывать общие принципы международного права и тот вклад, который решения международных судов и трибуналов и теоретики внесли в понимание и толкование этого свода правовых норм¹⁴⁹.

66. Что касается разнообразия терминологии, используемой арбитражными трибуналами, то следующие подразделы построены так же, как и подраздел А раздела I меморандума, касающегося договоров, зарегистрированных в секретариатах Лиги Наций и Организации Объединенных Наций.

2. Терминология

а) Арбитражные решения, содержащие ссылки на статью 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда или на статью 38 Статута Международного Суда или в ясно выраженной форме воспроизводящие содержание этих положений

67. В некоторых из рассмотренных арбитражных решений содержалась ссылка на общие принципы права посредством перекрестной ссылки на статью 38 Статута Постоянной Палаты Международного Суда или статью 38 Статута Международного Суда, например, в деле *Ответственность Германии за ущерб, причиненный португальским колониям на юге Африки*¹⁵⁰ и в деле *Делимитация морской границы между Гвинеей и Гвинеей-Бисау*¹⁵¹. В других решениях содержались ссылки на общие принципы права и прямо излагалось соответствующее содержание этих положений, например, арбитражное решение по делу *Голденберга (Германия против Румынии)*¹⁵² и арбитражное решение по делу *Кредитное соглашение между Италией и Коста-Рикой*¹⁵³. Арбитражные трибуналы также признали универсальную применимость общих принципов права в качестве источника международного права, как, например, в *Разбирательстве в соответствии с Конвенцией ОСПАР*, когда трибунал, признав, что его первейшей обязанностью является применение Конвенции, отметил, что «Любой международный трибунал, такой как этот, будет также применять нормы

¹⁴⁸ Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву, ст. 293.

¹⁴⁹ *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago, relating to the delimitation of the exclusive economic zone and the continental shelf between them*, Decision of 11 April 2006, UNRIAA, vol. XXVII, pp. 147–251, at p. 210, para. 222.

¹⁵⁰ См. сноску 145 выше.

¹⁵¹ *Delimitation of the maritime boundary between Guinea and Guinea-Bissau*, Decision of 14 February 1985, UNRIAA, vol. XIX, pp. 149–196, at p. 164. См. также *Boundary dispute between Argentina and Chile concerning the frontier line between boundary post 62 and Mount Fitzroy*, Decision of 21 October 1994, UNRIAA, vol. XXII, pp. 3–149, Dissenting Opinion of Mr. Reynaldo Galindo Pohl, at p. 98.

¹⁵² *Affaire Goldenberg (Allemagne contre Roumanie)*, Decision of 27 September 1928, UNRIAA, vol. II, pp. 901–910, at p. 909.

¹⁵³ *Loan Agreement between Italy and Costa Rica*, Decision of 26 June 1998, UNRIAA, vol. XXV, pp. 21–82, at p. 55.

международного обычного права и общие принципы, если и в той мере, в какой стороны не установили *lex specialis*»¹⁵⁴.

68. Арбитражи, образуемые в соответствии с Приложением VII Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, руководствуются положениями Части XV Конвенции, которая предусматривает, что «Суд или арбитраж, обладающий компетенцией на основании настоящего Раздела, применяет настоящую Конвенцию и другие нормы международного права, не являющиеся несовместимыми с настоящей Конвенцией». При толковании этого положения наряду с положениями Конвенции о делимитации морских зон, в которых содержится ссылка на статью 38 Статута Международного Суда, арбитраж для Разбирательства спора между Барбадосом и Республикой Тринидад и Тобаго отметил, что общие принципы права играют определенную роль в этом отношении¹⁵⁵.

b) Арбитражные решения, содержащие ссылку на «общие принципы права»¹⁵⁶

69. Некоторые из ставших предметом обзора арбитражных решений содержат ссылку на «общие принципы права». В контексте пограничного спора между Гватемалой и Гондурасом, например, трибунал опирался на договорное положение, применимое в отношениях между сторонами, которое гласило, что «[в]ладение должно считаться действительным только в той мере, в какой оно ... соответствует общим принципам права»¹⁵⁷. При рассмотрении поданного от имени физического лица иска против Мексики член Комиссии от Мексики определил, что признание правительства ответственным только на основании доказательств истца и показаний единственного свидетеля будет «представлять собой пренебрежение общими принципами права»¹⁵⁸. В споре о размере компенсации, подлежащей выплате в связи со смертью граждан Соединенных Штатов в Чили, арбитр в своем совпадающем мнении заявил, что «международные трибуналы часто применяют общие принципы права и практику в области внутреннего права»¹⁵⁹. В деле, касающемся Банка международных расчетов, трибунал заявил, что лишение акционеров их акций «не может считаться законным без выплаты компенсации. Это вытекает из норм общего международного права, защищающих частную собственность, а также из общих принципов права»¹⁶⁰. В другом арбитражном решении арбитражная комиссия заявила, что: «В соответствии с общими основополагающими принципами права должник никогда не может

¹⁵⁴ *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention* (см. сноску 143 выше), p. 87, para. 4. См. также *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique* (см. сноску 145 выше), p. 1016.

¹⁵⁵ *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago* (см. сноску 149 выше), p. 210, para. 222.

¹⁵⁶ Иногда использовался термин «общие принципы». Например, в деле *Голденберга* арбитр применял «общий принцип недопустимости экспроприации частной собственности иностранцев без справедливого возмещения ущерба» [общий принцип, препятствующий экспроприации частной собственности иностранных граждан без справедливой компенсации], но не квалифицировал его в качестве «общего принципа права» (см. сноску 152 выше, p. 909).

¹⁵⁷ *Honduras borders (Guatemala, Honduras)*, Award of 23 January 1933, UNRIAA, vol. II, pp. 1307–1366, at p. 1323.

¹⁵⁸ *Frederick W. Stackpool (Great Britain) v. United Mexican States*, Decision of 15 February 1930, UNRIAA, vol. V, pp. 95–99, Dissenting Opinion of the Mexican Commissioner, at p. 99.

¹⁵⁹ *Dispute concerning responsibility for the deaths of Letelier and Moffitt* (United States, Chile), Decision of 11 January 1992, UNRIAA, vol. XXV, pp. 1–19, at p. 16.

¹⁶⁰ *Bank for International Settlements – partial dispute with former private shareholders*, Final Award of 19 September 2003, UNRIAA, vol. XXIII, pp. 153–296, at p. 227, para. 156.

ссылаться на условия, возникшие в результате его собственных противоправных действий, чтобы освободить себя от выполнения обязательств»¹⁶¹.

с) Арбитражные решения, содержащие ссылку на «принципы права»

70. В ряде рассмотренных арбитражных решений упоминались «принципы права». В одном из них, например, было заявлено, что «международный трибунал должен... решать вопрос об ответственности в свете фактов и общих, применимых принципов права»¹⁶². В другом арбитражном решении, рассматривая значение слов «... в соответствии с принципами права и справедливости», трибунал заявил, что «Большинство юристов-международников, как представляется, согласны с тем, что эти слова следует понимать как общие принципы правосудия, отличающиеся от любой конкретной системы юриспруденции или внутреннего права какого-либо государства»¹⁶³. В еще одном арбитражном решении арбитражная комиссия определила, что «надлежащее решение данного дела может быть найдено с помощью принципов права, которые можно надлежащим образом применить при решении вопроса о международной ответственности», и «Комиссия должна рассматривать представленные ей факты и применять к коллидирующим интересам надлежащие принципы права в отсутствие конкретных норм»¹⁶⁴. В двух других арбитражных решениях арбитражная комиссия рассмотрела вопрос о том, была ли допущена ошибка «в применении принципов права и правил Комиссии в том виде, в каком они были установлены и применены в ее предыдущих решениях»¹⁶⁵.

71. Еще одним примером ссылки арбитражного трибунала на «принципы права» или «принципы международного права» в договоре о его учреждении является дело *Остров Пальмас*¹⁶⁶, в котором в арбитражном соглашении было выражено желание сторон «прекратить в соответствии с принципами международного права и любыми применимыми договорными положениями разногласия, которые возникли и продолжают существовать между ними в отношении суверенитета над островом Пальмас»¹⁶⁷. На этом основании трибунал сослался на ряд соответствующих «принципов», включая «этот принцип исключительной компетенции государства в отношении своей собственной территории в качестве исходного пункта в урегулировании большинства вопросов, касающихся международных отношений»¹⁶⁸; «[п]ринцип, согласно которому непрерывное и мирное осуществление функций государства в пределах данного региона

¹⁶¹ *Case of the Netherlands Steamship Op ten Noort (Netherlands, Japan)*, Decisions I and II of 16 January 1961, UNRIAA, vol. XIV, pp. 508–552, at p. 518.

¹⁶² *George W. Johnson, Arthur P. White, executor, and Martha J. Mcfadden, administratrix (U.S.A.) v. United Mexican States (“Daylight” case)*, Decision of 15 April 1927, UNRIAA, vol. IV, pp. 164–172, at p. 170.

¹⁶³ *Cayuga Indians (Great Britain) v. United States*, Award of 22 January 1926, UNRIAA, vol. VI, pp. 173–190, at p. 183.

¹⁶⁴ *E. R. Kelley (U.S.A.) v. United Mexican States*, Decision of 8 October 1930, UNRIAA, vol. IV, pp. 608–615, at pp. 609 and 614, respectively.

¹⁶⁵ *Lehigh Valley Railroad Company, Agency of Canadian Car and Foundry Company, Limited, and various underwriters (United States) v. Germany (Sabotage Cases)*, Decision of 15 December 1933, UNRIAA, vol. VIII, pp. 160–190, at p. 164; *Philadelphia-Girard National Bank (United States) v. Germany and Direktion der Disconto Gesellschaft, Impleaded*, Decision of 21 April 1930, UNRIAA, vol. VIII, pp. 69–75, at p. 70.

¹⁶⁶ *Island of Palmas case (Netherlands, USA)*, Award of 4 April 1928, UNRIAA, vol. II, pp. 829–871.

¹⁶⁷ Preamble to the agreement relating to the arbitration of differences respecting sovereignty over the Island of Palmas (or Miangas), signed by the United States and the Netherlands on 23 January 1925, as set out in the *Island of Palmas case (ibid., p. 831)*.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 838.

является составным элементом территориального суверенитета»¹⁶⁹; и принцип, согласно которому «Испания не могла передать больше прав, чем те, которыми она сама обладала»¹⁷⁰.

d) Арбитражные решения, содержащие ссылку на «общие принципы международного права»

72. В наибольшем числе обследованных арбитражных решений упоминаются «общие принципы международного права». Например, трибунал в арбитражном разбирательстве по *Абьею* счел, что «существует широко распространенное понимание того, что ссылка на «общие принципы права» в контексте пограничных споров включает в себя общие принципы международного права»¹⁷¹. В арбитражном решении по вопросу о гражданстве согласительная комиссия заявила, что «Поскольку в Договоре не содержится положений, регулирующих случаи двойного гражданства, Комиссия должна обратиться к общим принципам международного права»¹⁷². В арбитражном решении, касающемся сосуществования правительства и повстанческого движения в одном государстве, согласительная комиссия заявила, что «Это условие должно оцениваться на основе применения общих принципов международного права и что должны быть определены его последствия для положений Мирного договора»¹⁷³. В арбитражном решении по делу *Салема* в 1932 году трибунал заявил: «необходимо удостовериться в том, что одна из держав, предоставив гражданство вопреки общим принципам международного права, посягает на право другой державы»¹⁷⁴. В упомянутом выше арбитражном решении, касающемся Конвенции о защите морской среды Северо-Восточной Атлантики, трибунал заявил, что «Хотя некоторые положения Орхусской конвенции могут быть признаны как отражающие или кодифицирующие обычную практику и общие принципы международного права, имеющие обязательную силу для сторон, Трибунал не обладает компетенцией высказываться относительно обычно-правового характера положений Орхусской конвенции»¹⁷⁵.

e) Арбитражные решения, содержащие ссылку на «принципы международного права»

73. В ряде подвергшихся обзору арбитражных решений содержались ссылки на «принципы международного права». В упомянутом выше арбитражном решении, касающемся сосуществования правительства и повстанческого движения в одном государстве, например, согласительная комиссия заявила, что «Положения Договора должны толковаться в их контексте в целом добросовестно и в свете принципов международного права»¹⁷⁶. В арбитражном решении, вынесенном в соответствии с Конвенцией 1923 года об особых претензиях между Соединенными Штатами и Мексикой, арбитражная комиссия подтвердила «урегулирование претензий на основе *ex gratia*, а не в соответствии с принципами международного права»¹⁷⁷. В деле *Амбатиелоса* арбитражная комиссия заявила, что она «не может согласиться с тем, что такое положение имеет следствием

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 840.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 842.

¹⁷¹ *Abyei arbitration* (см. сноску 22 выше), p. 310, para. 430.

¹⁷² *Mergé case*, Decision No. 55 of 10 June 1955, UNRIAA, vol. XIV, pp. 236–248, at p. 241.

¹⁷³ *Fubini case*, Decision No. 201 of 12 December 1959, UNRIAA, vol. XIV, pp. 420–434, at p. 428.

¹⁷⁴ *Salem case (Egypt, USA)*, Award of 8 June 1932, UNRIAA, vol. II, pp. 1161–1237, at p. 1184.

¹⁷⁵ *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention* (см. сноску 143 выше), p. 121.

¹⁷⁶ *Fubini case* (см. сноску 173 выше), p. 425.

¹⁷⁷ *Sarah Ann Gorham (U.S.A.) v. United Mexican States*, Decision of 24 October 1930, UNRIAA, vol. IV, pp. 640–645.

инкорпорацию принципов международного права в Англо-греческий договор 1886 года в силу клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации»¹⁷⁸. В деле *Перенаправленные грузы* арбитр заявил, что ни один принцип международного права не помешал бы конфискации судов, принадлежащих государству: «ни один принцип международного права не лишает двух Договаривающихся Государств права устанавливать обязательство в валюте третьего государства, даже с целью урегулирования задолженности, связанной с правоотношениями только между ними»¹⁷⁹.

В. Происхождение

74. В рассмотренных арбитражных решениях прямо не указано, имеют ли какие-либо общие принципы права, на которые в них делается ссылка, свои истоки в национальных правовых системах или же они формируются в международно-правовой системе. В двух из ставших предметом обзора арбитражных решениях ссылки на национальное законодательство или решения национальных судов были сделаны в поддержку рассматриваемого принципа, однако в обоих случаях ссылки были сделаны только на одно государство. В деле *Салема* трибунал особо отметил положения Конституции Египта относительно судебной

¹⁷⁸ *Ambatielos claim* (см. сноску 146 выше), p. 108.

¹⁷⁹ *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. 73 [ни один принцип международного права не лишает двух Договаривающихся Государств права устанавливать обязательство в валюте третьего государства, даже с целью урегулирования задолженности, связанной с правоотношениями только между ними]. См. также *Navigation on the Danube ((Allied Powers: Czechoslovakia, Greece, Romania, Serb-Croat-Slovene Kingdom); Germany, Austria, Hungary and Bulgaria)*, Decision of 2 August 1921, UNRIAA vol. I, pp. 97–212, at p. 108; *Affaire du lac Lanoux (Espagne, France)*, Decision of 16 November 1957, UNRIAA vol. XII, pp. 281–317, at p. 308 (“la règle suivant laquelle les Etats ne peuvent utiliser la force hydraulique des cours d’eau internationaux qu’à la condition d’un accord préalable entre les Etats intéressés ne peut être établie ni à titre de coutume, ni encore moins à titre de principe général du droit”) [правило, согласно которому государства могут использовать гидроэнергию международных водотоков только при условии предварительного соглашения между заинтересованными государствами, не может быть установлено ни как обычай, ни тем более как общий принцип права]; *Delimitation of the Continental Shelf between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the French Republic*, Decisions of 30 June 1977 and 14 March 1978, UNRIAA, vol. XVIII, pp. 3–413, at p. 189, para. 101 (“La proportionnalité doit donc être utilisée comme un critère ou un facteur permettant d’établir si certaines situations géographiques produisent des délimitations équitables et non comme un principe général qui constituerait une source indépendante de droits sur des étendues de plateau continental”)[Следовательно, пропорциональность должна использоваться в качестве критерия или фактора для установления того, приводят ли определенные географические ситуации к справедливому разграничению, а не в качестве общего принципа, который стал бы независимым источником прав на крупные районы континентального шельфа]; *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal*, Decision of 31 July 1989, UNRIAA, vol. XX, pp. 119–213, at p. 149, para. 79 (“Pour ce qui a trait au droit non écrit, il n’existe actuellement en droit international positif aucune norme coutumière ni aucun principe général de droit autorisant les Etats qui ont conclu un traité valable concernant une délimitation maritime, ou leurs successeurs, à vérifier ou à réviser son caractère équitable”) [Что касается неписаного права, то в настоящее время в позитивном международном праве нет обычной нормы или общего принципа права, позволяющих государствам, заключившим действительный договор о делимитации морских границ, или их правопреемникам проверять или пересматривать его справедливый характер].

системы¹⁸⁰, а в деле *Перенаправленные грузы* арбитр сослался на Гражданский кодекс Франции¹⁸¹.

75. Во многих арбитражных решениях рассматриваемые принципы фигурировали в контексте, который имманентно являлся международным по своему характеру, что может быть актуальным при рассмотрении вопроса об их происхождении. Например, в *арбитражном решении по вопросу о делимитации морской границы между Гайаной и Суринамом* трибунал заявил: «В международном праве прочно утвердился принцип, согласно которому контрмеры не могут быть сопряжены с применением силы»¹⁸². Еще одним таким примером является арбитражное решение в споре между Германией и Великобританией о границе колониальных владений, которая была определена «в соответствии с принципами и позитивными нормами международного публичного права»¹⁸³. В арбитражном решении, касающемся сосуществования правительства и повстанческого движения в одном государстве, согласительная комиссия заявила, что «Это условие должно оцениваться на основе применения общих принципов международного права и что должны быть определены его последствия для положений Мирного договора»¹⁸⁴. Арбитр в деле *Претензия Шуфельдта* процитировал выдержку, в которой говорилось, что «утвердившийся принцип международного права предусматривает, что одному суверену не может быть позволено устанавливать один из своих внутренних законов для блокирования предъявления другим сувереном претензии за ущерб, причиненный его гражданам»¹⁸⁵. В арбитражном решении по делу *Сборы за услуги аэропорта Хитроу* трибунал сослался на «общие принципы международного права, лежащие в основе правила о внутренних средствах правовой защиты»¹⁸⁶. В деле *Плавильный завод в Трейле* трибунал сослался на «обязанность государства уважать другие государства и их территорию»¹⁸⁷.

76. В ряде других арбитражных решений упомянутые принципы вытекают из договоров или являются принципами, касающимися толкования договоров, что может быть релевантным при рассмотрении вопроса об их происхождении. Так было, например, в деле *Перенаправленные грузы*¹⁸⁸, *Арбитражном разбирательстве между Соединенными Штатами и Соединенным Королевством по делу Сборы за услуги аэропорта Хитроу*¹⁸⁹, деле *Соглашение о воздушном сообщении между Соединенными Штатами Америки и Францией от 27 марта*

¹⁸⁰ *Salem case* (см. сноску 174 выше), p. 1199.

¹⁸¹ *Diverted cargoes case* (см. сноску 179 выше), p. 70.

¹⁸² *Award in the arbitration regarding the delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname*, Award of 17 September 2007, UNRIAA, vol. XXX, pp. 1–144, at p. 126, para. 446.

¹⁸³ *Walfish Bay boundary case (Germany, Great Britain)*, Award of 23 May 1911, UNRIAA, vol. XI, pp. 263–308, at p. 294.

¹⁸⁴ *Fubini case* (см. сноску 173 выше), p. 428.

¹⁸⁵ *Shufeldt claim (Guatemala, USA)*, Award of 24 July 1930, UNRIAA, vol. II, pp. 1079–1102, at p. 1098.

¹⁸⁶ *United States-United Kingdom arbitration concerning Heathrow Airport user charges*, 30 November 1992–2 May 1994, vol. XXIV, pp. 1–359, at p. 62, para. 6.19.

¹⁸⁷ *Trail smelter case (United States, Canada)*, Decisions of 16 April 1938 and 11 March 1941, UNRIAA, vol. III, pp. 1905–1982, at p. 1963.

¹⁸⁸ *Diverted Cargoes* (см. сноску 179 выше), at p. 70.

¹⁸⁹ *United States-United Kingdom arbitration concerning Heathrow Airport user charges* (см. сноску 186 выше), p. 88 («Условие (v) может быть выведено в настоящем контексте из общего принципа, согласно которому обязательства, принятые в соответствии с договорами, должны выполняться добросовестно: поощрение процедуры консультаций, которая в целом привела к несправедливому результату, не будет согласовываться с добросовестностью»).

1946 года¹⁹⁰, а также *Арбитражном решении по делу Железная дорога «Железный Рейн»*¹⁹¹.

77. Как указано во Введении к меморандуму, включение слова «международный» в термины, используемые в международных договорах или арбитражными трибуналами, такие как «общие принципы международного права» и «принципы международного права», необязательно означает, что данные принципы имеют свои истоки в международно-правовой системе. В связи с этим необходимо соблюдать осторожность. В ряде дел, когда арбитражные трибуналы использовали слово «международный», невозможно с какой-либо степенью уверенности утверждать, что соответствующие принципы имеют свои истоки в международно-правовой системе. Например, в деле *Пограничный спор между Аргентиной и Чили*, суд сослался на «*res judicata* как на универсальный и абсолютный принцип международного права»¹⁹².

78. Еще одним примером является дело *Салема*, в котором трибунал признал «принцип международного права», в соответствии с которым предоставление гражданства считалось суверенным актом¹⁹³. Арбитр по делу *Навигация по Дунаю* постановил, что «принципы международного права» указывают на то, что частные речные суда, конфискованные во время войны, должны быть возвращены владельцам, во владении и под контролем которых они находились на момент конфискации¹⁹⁴. Еще одним примером является дело *Спор между Германией и Литвой*, в котором арбитр счел, что обязанность добросовестно выполнять международные обязательства является одним из принципов международного права¹⁹⁵. В деле *Голденберга* арбитр постановил, что: «Уважение частной собственности и приобретенных прав иностранцев, несомненно, является одним из общих принципов, признанных международным правом»¹⁹⁶.

С. Признание

79. Во многих из ставших предметом обзора арбитражных решений не упоминаются требования о признании рассматриваемого общего принципа права. Немного также косвенных ссылок на признание, например ссылка на общий принцип права как прочно утвердившийся¹⁹⁷. Те арбитражные решения, в которых содержится перекрестная ссылка на пункт 3 статьи 38 Статута Постоянной

¹⁹⁰ *Air Service Agreement of 27 March 1946 between the United States of America and France*, Decision of 9 December 1978, UNRIAA, vol. XVIII, pp. 417–493, at p. 425.

¹⁹¹ *Award in the arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, Decision of 24 May 2005, UNRIAA, vol. XXVII, pp. 35–125, at p. 64.

¹⁹² *Boundary dispute between Argentina and Chile concerning the frontier line between boundary post 62 and Mount Fitzroy* (см. сноску 151 выше), p. 24.

¹⁹³ *Salem case* (см. сноску 174 выше), p. 1184.

¹⁹⁴ *Navigation on the Danube* (см. сноску 179 выше), p. 115.

¹⁹⁵ *Affaire entre l'Allemagne et la Lithuanie concernant la nationalité de diverses personnes (Allemagne contre Lithuanie)*, Decision of 10 August 1937, UNRIAA, vol. III, pp. 1719–1764, at p. 1751 («В соответствии с принципами международного права государство должно добросовестно выполнять свои международные обязательства. И в силу этого принципа Литва обязана отменить решение, принятое одним из ее органов, если это решение противоречит положениям международного соглашения»).

¹⁹⁶ *Affaire Goldenberg* (см. сноску 152 выше), at p. 909.

¹⁹⁷ Например, *Award in the arbitration regarding the delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname* (см. сноску 182 выше), p. 126. См. также *Affaire du lac Lanoux* (см. сноску 179 выше), p. 305 («Нельзя утверждать, что, несмотря на это обязательство, Испания не имеет адекватной гарантии, поскольку это общепризнанный общий принцип права, согласно которому недобросовестность не презюмируется»).

Палаты Международного Суда или пункт 1с) статьи 38 Статута Международного Суда, или в которых прямо воспроизводится содержание любого из этих положений, тем самым предусматривают требование о признании «цивилизованными нациями»¹⁹⁸. В ряде других арбитражных решений упоминается рассматриваемый принцип как «общепринятый» или «повсеместно» признанный, например, в деле *Амбателоса* арбитражная комиссия заявила, что «общепринято», что принцип погасительной давности применим к праву предъявлять иски в международных трибуналах¹⁹⁹. В деле *Претензии Агилар-Амори и Ройал бэнк оф Кэнада* было установлено, что принцип континуитета государств пользуется «столь универсальным признанием, что стал прочно утвердившимся в международном праве»²⁰⁰. В решении по *Абьею* трибунал счел, что «принципы ... применимые в ... национальных правовых системах, в той мере, в какой практика последних является общепринятой, могут быть релевантными в качестве “общих принципов права и практики”»²⁰¹.

80. В некоторых арбитражных решениях содержится ссылка на признание того или иного принципа в правовой системе одной или обеих сторон спора, что, однако, по-видимому, является средством доказывания того, что данный принцип был известен сторонам, а не средством установления факта признания этого принципа как такового. Например, в деле *Остров Пальмас* трибунал сослался на принцип, согласно которому государство не может передавать больше имущественных прав, чем те, которыми оно обладает, в качестве принципа права, в ясно выраженной форме признанного Соединенными Штатами в их дипломатической переписке с Испанией²⁰². В деле *Салема* трибунал отметил, что разделение властей является «принципом, который также закреплен в части Конституции Египта, касающейся судебной системы»²⁰³.

81. В ряде дел важное значение придавалось принятию (или отклонению) того или иного принципа в предыдущих судебных и арбитражных решениях. В решении по итогам *Арбитражного разбирательства в отношении охраняемого морского района Чагос*, например, в поддержку признания принципа эстоппеля в качестве общего принципа права приводились решения Постоянной Палаты Международного Суда и Международного Суда²⁰⁴. Кроме того, в деле

¹⁹⁸ См., например, *Loan agreement between Italy and Costa Rica* (см. сноску 153 выше), р. 55.

¹⁹⁹ *Ambatielos claim* (см. сноску 146 выше), р. 103.

²⁰⁰ *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims* (см. сноску 138 выше), р. 377. См. также *Boundary dispute between Argentina and Chile concerning the frontier line between boundary post 62 and Mount Fitzroy* (см. сноску 151 выше), р. 24 (описание принципа как «универсального и абсолютного»).

²⁰¹ *Abyei arbitration* (см. сноску 22 выше), р. 299, para. 401.

²⁰² *Island of Palmas case* (см. сноску 166 выше), р. 842.

²⁰³ *Salem case* (см. сноску 174 выше), р. 1199. См. также дело *Affaire des frontières Colombo-vénézuéliennes*, Decision of 24 March 1922, UNRIAA, vol. I, pp. 223–298, at p. 248, в котором Колумбия заявила, что принцип *uti possidetis* признан в конституции как Колумбии, так и Венесуэлы.

²⁰⁴ *Award in the arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area between Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, Award of 18 March 2015, UNRIAA, vol. XXXI, pp. 359–606, at pp. 542–544. В арбитражном решении по делу ЮКОС трибунал постановил, что «нечистые руки (недобросовестность)» не является общим принципом права, поскольку ни один международный суд или арбитражный трибунал не применял такой принцип. См. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) and the Russian Federation*, Final Award of 18 July 2014, paras. 1364–1374. Все арбитражные решения по делу ЮКОС были отменены Гаагским окружным судом 20 апреля 2016 года на том основании, что Постоянная палата третейского суда не обладала юрисдикцией в отношении данного дела. Высокий апелляционный суд Нидерландов 18 февраля 2020 года отменил это решение, восстановив арбитражное решение. Министерство юстиции Российской Федерации заявило, что Российская Федерация подаст апелляцию на это решение, см. BBC News,

Делимитация морской границы между Гвинеей-Бисау и Сенегалом трибунал сослался на дело *Остров Пальмас*, чтобы поддержать существование общего принципа интертемпорального права²⁰⁵. В упомянутом выше арбитражном решении по делу *Делимитация морской границы между Гайаной и Суринамом* вывод о существовании «прочно утвердившегося принципа международного права, согласно которому контрмеры не могут быть сопряжены с применением силы», был поддержан тем фактом, что этот принцип был отражен в проектах статей Комиссии об ответственности государств за международно-противоправные деяния, в судебной практике международных судебных органов и в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций²⁰⁶.

82. Арбитражные трибуналы также опирались на научные труды в поддержку признания общих принципов права. В делах *Кредитное соглашение между Италией и Коста-Рикой*²⁰⁷, *Претензии Агилар-Амори и Ройал бэнк оф Кэнада*²⁰⁸, *Арбитражное разбирательство в отношении охраняемого морского района Чагос*²⁰⁹ и *Амбателоса*²¹⁰ трибуналы опирались на труды ученых, а в последнем деле — на резолюцию Института международного права.

“Dutch court backs \$50bn Yukos claim against Russia”, 18 February 2020. URL: www.bbc.com/news/world-europe-51547011.

²⁰⁵ *Case concerning the delimitation of maritime boundary between Guinea-Bissau and Senegal* (см. сноску 179 выше), p. 141.

²⁰⁶ *Award in the arbitration regarding the delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname* (см. сноску 182 выше), p. 126, para. 446.

²⁰⁷ *Loan agreement between Italy and Costa Rica* (см. сноску 153 выше), p. 55 (в поддержку принципа эстоппеля в Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (см. сноску 25 выше); A. Martin, *L'Estoppel en droit international public* (Paris, Pedone, 1979); C. Rousseau, *Droit international public* (Paris, Sirey, 1970); S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties 1945–1986* (Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 1989).

²⁰⁸ *Aguilar-Amory and Royal Bank of Canada claims* (см. сноску 138 выше), p. 377 (цитируется следующая выдержка из J. B. Moore, *A Digest of International Law*, vol. I (Washington, D.C., Government Printing Office, 1906): «Смена правительства или изменения во внутренней политике государства, как правило, не влияют на его статус в международном праве. Монархия может быть преобразована в республику, а республика — в монархию; абсолютные принципы могут быть заменены конституционными или наоборот; но, хотя правительство меняется, нация остается, а права и обязанности сохраняются»).

²⁰⁹ *Arbitration regarding the Chagos Marine Protected Area* (см. сноску 204 выше), p. 542 (цитируется следующая выдержка из A.D. McNair, “The Legality of the Occupation of the Ruhr”, *British Year Book of International Law*, vol. 5, No. 17 (1924), p. 17: «что в международной юриспруденции в определенной степени признан принцип, согласно которому государство не может лицемерить — *allegans contraria non audiendus est*»).

²¹⁰ *Ambatielos claim* (см. сноску 146 выше), p. 103 (в поддержку принципа погасительной давности в H. Lauterpacht and L. Oppenheim, *International Law*, 7th ed. (New York and London, Longmans, Green and Co. 1948) and J.H. Ralston, *The Law and Procedure of International Tribunals* (Stanford, Stanford University Press, 1926); а также решение, в котором цитируется выдержка из резолюции Института международного права 1925 года: «[решение вопроса об истечении срока погасительной давности] “оставляется на неограниченное усмотрение международного трибунала, который, если он примет любой аргумент, основанный на прошествии времени, должен быть в состоянии выявить с помощью фактов в находящемся на его рассмотрении деле наличие одного из оснований, необходимых для того, чтобы погашение сработало”»).

Д. Транспонирование

83. Ни один из подвергшихся обзору договоров не содержит прямых ссылок на транспонирование или возможность транспонирования общих принципов права из национальных правовых систем в международно-правовую систему. Однако в некоторых ссылках отмечается различие в применении принципа национального права на международном уровне в отличие от внутрисударственного уровня. Например, в деле *Граница между Аргентиной и Чили* арбитражный суд, отметив, что «эстоппель» или «утрата права» является «в международном праве принципом, который, кроме того, является принципом материального права», заявил, что «эти термины не следует понимать в том же смысле, в каком они понимаются во внутреннем праве»²¹¹.

84. Еще одним примером является дело *Остров Пальмас*, в котором трибунал заявил следующее:

Хотя внутреннее право, благодаря своей полнофункциональной судебной системе, способно признавать абстрактные права собственности как существующие помимо их любого материального проявления, оно, тем не менее, ограничивает их действие принципами погасительной давности и защиты владения. Нельзя презюмировать, что международное право, структура которого не основана на какой-либо сверхгосударственной организации, сводит такое право, как территориальный суверенитет, с которым связаны почти все международные отношения, к категории абстрактного права без конкретных проявлений²¹².

Далее трибунал сослался на «принцип, согласно которому непрерывное и мирное осуществление функций государства в пределах данного региона является составным элементом территориального суверенитета»²¹³.

Е. Функции и связь с другими источниками международного права

85. В ряде рассмотренных арбитражных решений была выявлена поддержка роли «заполнителя пробелов» или дополнительной роли общих принципов права. Например, арбитр в споре о границе колониальных владений между Германией и Соединенным Королевством сослался на необходимость разрешения спора «в соответствии с принципами и позитивными нормами международного публичного права, а, в случае их неприменимости, в соответствии с общими принципами права»²¹⁴. В решении по делу *Пролив Бигл* арбитражный суд заявил следующее: «Суд считает, что это равносильно первостепенному общему принципу права, согласно которому в отсутствие прямого положения об обратном признание принадлежности территории должно *ipso facto* включать признание за ней прилегающих к ней вод»²¹⁵. Аналогичным образом, в арбитражном соглашении по делу *Церковное имущество* было предусмотрено, что «Трибунал рассмотрит и урегулирует указанные претензии путем вынесения решения на

²¹¹ *Argentine-Chile frontier case*, Award of 9 December 1966, UNRIAA, vol. XVI, pp. 109–182, p. 164. Это предложение не получило дальнейшего развития в арбитражном решении.

²¹² *Island of Palmas case* (см. сноску 166 выше), p. 839.

²¹³ *Ibid.*, p. 840.

²¹⁴ *Walfish Bay boundary case* (см. сноску 183 выше), p. 294, para. III.

²¹⁵ *Dispute between Argentina and Chile concerning the Beagle Channel*, Decision of 18 February 1977, UNRIAA, vol. XXI, pp. 53–264, at p. 145.

основе любых применимых норм конвенционного права и, в случае их отсутствия, на основе положений и общих принципов права и справедливости»²¹⁶.

86. Пример «общих принципов», используемых в качестве инструмента при толковании, можно встретить в решении по делу *Остров Тимор*: «Общие принципы для толкования конвенций требуют учета фактических и взаимных намерений сторон без использования при этом неточных выражений или терминов, которые ими, возможно, были использованы ошибочно»²¹⁷. Еще одним примером является дело *Фубини*, касающееся сосуществования правительства и повстанческого движения в одном государстве, в котором согласительная комиссия заявила, что «это условие должно оцениваться на основе применения общих принципов международного права и что должны быть определены его последствия для положений Мирного договора»²¹⁸, а также, что «[п]оложения Договора должны толковаться в их контексте в целом добросовестно и в свете принципов международного права»²¹⁹.

87. Арбитры, применяя статью 21, пункт 3, Договоренности ВТО о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров, для определения «разумного периода времени», необходимого для выполнения соответствующих рекомендаций и решений по урегулированию споров, разработали «общие принципы» для выполнения этой задачи²²⁰. Кроме того, арбитры, применяющие статью 21, пункт 3, сослались на Апелляционный орган ВТО, который

последовательно отстаивал принцип, согласно которому положения в охватываемых ВТО соглашениях являются всеми положениями одного договора — *Марракешского соглашения о создании Всемирной торговой организации* ... и что, следовательно, их следует толковать согласованным и последовательным образом, придавая гармоничным образом значение всем применимым положениям»²²¹.

88. В некоторых арбитражных решениях упоминается функция общих принципов права в широком контексте, которая может пониматься как содействие обеспечению логичности, аргументированности и согласованности при применении различных источников международного права. В ходе *Арбитражного разбирательства спора между Барбадосом и Республикой Тринидад и Тобаго*, например, трибунал, применяя статью 74, пункт 1, и статью 83, пункт 1, Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву, касающиеся делимитации исключительной экономической зоны и континентального шельфа, заявил, что эти положения

позволяют на самом деле широко рассматривать правовые нормы, закрепленные в договорах и обычном праве, как имеющие отношение к делимитации пространств сторон, а также [позволяют] учитывать общие принципы международного права и тот вклад, который решения

²¹⁶ Соглашение не было зарегистрировано в соответствии со статьей 18 Устава Лиги Наций, в связи с чем приводится ссылка на текст арбитражного соглашения в деле *Церковное имущество (Франция, Соединенное Королевство, Испания против Португалии)* (*Affaire des propriétés religieuses (France, Royaume-Uni, Espagne contre Portugal)*), Decision of 4 September 1920, UNRIAA, vol. 1, pp. 7–57, at p. 9, art. III.

²¹⁷ *Affaire de l'île de Timor (Pay-Bas, Portugal)*, Award of 25 June 1914, UNRIAA, vol. XI, pp. 481–517, p. 507 (неофициальный перевод).

²¹⁸ *Fubini case* (см. сноску 173 выше), p. 428.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 425.

²²⁰ См., например, *European Communities – Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts*, ARB-2005-4/21, Award of 20 February 2006, para. 49.

²²¹ *United States – Certain Country of Origin Labelling (Cool Requirements)*, ARB-2012-1/26, Award of 7 December 2015, para. 110.

международных судов и трибуналов и теоретики внесли в понимание и толкование этого свода правовых норм²²².

89. В деле, касающемся Конвенции о защите морской среды Северо-Восточной Атлантики, трибунал сослался на взаимосвязь между общими принципами права и соответствующим договором, заявив, что «некоторые положения Орхусской конвенции могут быть признаны как отражающие или кодифицирующие обычную практику и общие принципы международного права, которые являются обязательными для сторон»²²³. Признав, что его первейшей обязанностью является применение Конвенции, трибунал далее заявил, что «любой международный трибунал, такой как этот, будет также применять нормы международного обычного права и общие принципы, если и в той мере, в какой стороны не установили *lex specialis*»²²⁴.

III. Прецедентное право международных уголовных судов и трибуналов универсального характера

90. Согласно своим соответствующим мандатам, международные уголовные суды и трибуналы универсального характера, о которых говорится в настоящем разделе, ссылались на общие принципы права и применяли их по-разному. В настоящем разделе сначала рассматривается прецедентное право Международного уголовного суда, затем Международного трибунала по бывшей Югославии и, наконец, Международного уголовного трибунала по Руанде. Прецедентное право Механизма, который был создан для выполнения остаточных функций Международного трибунала по бывшей Югославии и Международного уголовного трибунала по Руанде, рассматривается, в соответствующих случаях, вместе с прецедентным правом Международного трибунала по бывшей Югославии или Международного уголовного трибунала по Руанде. Применимое международное уголовное право определяется правовыми документами, на основании которых были учреждены эти трибуналы: Римским статут Международного уголовного суда, принятым на Конференцией в Риме 17 июля 1998 года, с внесенными в него впоследствии поправками; Уставом Международного трибунала по бывшей Югославии, принятым Советом Безопасности в резолюции [827 \(1993\)](#) от 25 мая 1993 года, с внесенными в него впоследствии поправками; Уставом Международного уголовного трибунала по Руанде, принятым Советом Безопасности в резолюции [955 \(1994\)](#) от 8 ноября 1994 года, с внесенными в него впоследствии поправками; и Уставом Механизма, принятым Советом Безопасности в резолюции [1966 \(2010\)](#) от 22 декабря 2010 года.

A. Международный трибунал по бывшей Югославии

1. Применимые источники права и терминология

91. В Уставе Международного трибунала по бывшей Югославии отсутствует всеобъемлющее положение, в котором излагались бы применимые источники международного права или содержалась бы какая-либо ссылка на общие принципы права, которая соответствовала бы статье 21 Римского статута. Тем не

²²² *Arbitration between Barbados and the Republic of Trinidad and Tobago* (см. сноску 149 выше), p. 210, para. 222.

²²³ *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention* (см. сноску 143 выше), p. 121, para. 12.

²²⁴ *Ibid.*, p. 87. См. также *Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique* (см. сноску 145 выше), p. 1016.

менее некоторые основополагающие документы Трибунала все-таки содержат ссылки на общие принципы права, о чем подробно говорится ниже.

92. В докладе Генерального секретаря, подготовленном во исполнение пункта 2 резолюции [808 \(1993\)](#) Совета Безопасности, содержалась информация об учреждении Трибунала. Он был полностью одобрен Советом Безопасности²²⁵. В отношении учреждения Трибунала в нем предусматривается, что: «Международный трибунал 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*»²²⁶. Что касается конкретно вынесения приговоров, то в нем также предусматривается следующее:

Обвиняемый должен иметь право на помилование или смягчение приговора в соответствии с законодательством государства исполнения приговора. В таком случае соответствующее государство уведомляло бы Международный трибунал, который принимал бы решение по существу вопроса с учетом интересов правосудия и общих принципов права²²⁷.

93. Кроме того, статья 28 Устава Трибунала предусматривает следующее:

Если в соответствии с применимым законодательством государство, в котором отбывает тюремное заключение осужденное лицо, он или она имеет право на помилование или смягчение приговора, то соответствующее государство надлежащим образом уведомляет об этом Международный трибунал. Председатель Международного трибунала, в консультации с судьями, принимает решение по этому вопросу исходя из интересов правосудия и общих принципов права²²⁸.

94. В Правилах процедуры и доказывания Трибунала также содержатся ссылки на общие принципы права. Правило 89 предусматривает следующее:

а) Камера применяет правила доказывания, изложенные в настоящем Разделе, и не связана национальными правилами доказывания.

б) В случаях, не предусмотренных в настоящем разделе, Камера применяет правила доказывания, которые в наибольшей степени обеспечивают справедливое разрешение рассматриваемого ею вопроса и согласуются с духом Устава и общими принципами права²²⁹.

95. Кроме того, в Уставе Механизма содержится ссылка на общие принципы права, аналогичная ссылке в статье 28 Устава Трибунала выше. Статья 26 Устава Механизма (Помилование или смягчение приговоров) предусматривает следующее:

Если в соответствии с применимым законодательством государства, в котором отбывает тюремное заключение лицо, осужденное МТБЮ, МУТР или Механизмом, оно имеет право на помилование или смягчение приговора, то соответствующее государство надлежащим образом уведомляет об этом Механизм. Помилование или смягчение приговоров возможно лишь в

²²⁵ См. [S/25704](#) и Согг.1.

²²⁶ Там же, п. 58 (курсив добавлен).

²²⁷ Там же, п. 123.

²²⁸ Устав Международного трибунала по бывшей Югославии, принятый Советом Безопасности 25 мая 1993 года в его резолюции [827 \(1993\)](#), с последующими поправками, внесенными в него резолюциями [1166 \(1998\)](#), [1329 \(2000\)](#), [1411 \(2002\)](#), [1431 \(2002\)](#), [1481 \(2003\)](#), [1597 \(2005\)](#), [1660 \(2006\)](#), [1837 \(2008\)](#) и [1877 \(2009\)](#).

²²⁹ Правила процедуры и доказывания с поправками, внесенными 8 июля 2015 года.

том случае, если такое решение принимается Председателем Механизма исходя из интересов правосудия и общих принципов права²³⁰.

96. Трибунал и Механизм, который выполняет ряд важнейших функций, ранее выполнявшихся Трибуналом и Международным уголовным трибуналом по Руанде, как правило, использовали различные термины при ссылке на то, что может быть истолковано как общие принципы права. Ссылаясь на общие принципы права, Международный трибунал по бывшей Югославии в некоторых случаях использовал терминологию по смыслу статьи 38 Устава Международного Суда или терминологию, предусмотренную в его собственном Уставе или Правилах процедуры и доказывания, в то время как в других случаях он несколько изменил эту терминологию²³¹.

97. Что касается Механизма, то решения Председателя о помиловании или смягчении приговоров часто повторяют формулировку статьи 26, которая, например, гласит следующее: «Помилование или смягчение приговора возможно лишь в том случае, если такое решение принимается Председателем исходя из интересов правосудия и общих принципов права»²³². В соответствии со статьей 26, Председатель Механизма в деле *Галича* применил «общие принципы права» при принятии решения о досрочном освобождении:

Кроме того, [Председатель] отметил, что соответствующие международные нормы и стандарты в области прав человека дают серьезные основания для предположения, согласно которому лиц, приговоренных к пожизненному тюремному заключению, не следует лишать права быть рассмотренными на предмет досрочного освобождения. По его мнению, интересы правосудия и общие принципы права поддерживают предоставление лицам, отбывающим пожизненное заключение, возможности досрочного освобождения.

В данном вопросе и без ущерба для других дел, интересы правосудия и принцип правовой определенности заставляют меня рассматривать Галича как имеющего право на досрочное освобождение после того, как он отбыл как минимум 30 лет своего срока заключения²³³.

²³⁰ См. резолюцию 1966 (2010) Совета Безопасности от 22 декабря 2010 года, приложение 1 (Устав Международного остаточного механизма для уголовных трибуналов).

²³¹ См., например, *Prosecutor v. Milan Lukić and Sredoje Lukić*, Case No. IT-98-32/1-A, Corrigendum to the Motion on Behalf of Sredoje Lukić Seeking Reconsideration of the Judgment Rendered by the Appeals Chamber on 4 December 2012, 25 June 2013, Appeals Chamber, paras. 24–26; *Prosecutor v. Milomir Stakić*, Case No. IT-97-24-T, Judgment of 31 July 2003, Trial Chamber II, para. 891; *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Judgment of 16 November 1998, Trial Chamber, para. 414; *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, Case No. IT-96-21, Decision on the Motion to Allow Witnesses K, L and M to Give Their Testimony by Means of Video-Link Conference, 28 May 1997, Trial Chamber, para. 8; *Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, Appeals Chamber, para. 41; *Prosecutor v. Duško Tadić (Appeal)*, Case No. IT-94-1-A, Judgment of 15 July 1999, Appeals Chamber, para. 225 («общие принципы права, признанные международным сообществом»); *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, Case No. IT-95-16-T, Judgment of 14 January 2000, Trial Chamber, para. 540; *Prosecutor v. Nikola Šainović et al.*, Case No. IT-05-87-A, Judgment of 23 January 2014, Appeals Chamber, para. 1643; *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al. (Appeal)* (“Čelebići case”), Case No. IT-96-21-A, Judgment of 20 February 2001, Appeals Chamber, para. 583 («общие принципы права, признанные всеми государствами»).

²³² *Prosecutor v. Sreten Lukić*, Case No. MICT-14-67-ES.4, Decision of the President on the Early Release of Sreten Lukić, 17 September 2019, President of the Mechanism, para. 9; *Prosecutor v. Stanislav Galić*, Case No. MICT-14-83-ES, Decision on the Early Release of Stanislav Galić, 26 June 2019, President of the Mechanism, para. 11.

²³³ *Prosecutor v. Stanislav Galić* (см. сноску 232 выше), paras. 16 and 34 (сноски опущены).

98. Что касается его Правил процедуры и доказывания, то в нескольких решениях Трибунал ссыался на пункт В) правила 89, и используемая формулировка обычно аналогична той, которая содержится в этом правиле. Например, в деле *Милутиновича и др. [теперь Шайновича и др.]* Судебная камера вынесла следующее решение:

На протяжении всего разбирательства Камера применяла правило 89 Правил, а также значительный объем судебной практики по вопросам доказывания, которая сложилась в Трибунале с момента его создания. В тех случаях, когда имелись пробелы, Камера применяла правила доказывания, которые в наибольшей степени обеспечивают справедливое разрешение рассматриваемого ею вопроса и согласуются с духом Устава и общими принципами права²³⁴.

99. Что касается ссылок на общие принципы права по смыслу статьи 38 Статута Международного Суда, то, например, Трибунал в деле *Зейнила Мусича и др.* постановил, что его правило 89, пункт В), аналогично статье 38, отметив при этом, что отсутствие формулировки о признании со стороны цивилизованных наций не имеет существенного значения:

Выражение «общие принципы права» в подпункте 89 В) аналогично выражению в статье 38(1)(с) Статута Международного Суда, без последних трех слов «признанные цивилизованными нациями», которые не имеют существенного значения. Статья 38(1)(с) Статута Международного Суда истолковывается как норма, принятая во внутреннем законодательстве всех цивилизованных государств. (см. *Guggenheim, 94 Hague Recueil* (1958, II), 78). Оппенгейм также выразил мнение о том, что «Цель заключается в том, чтобы уполномочить суд применять общие принципы внутригосударственного права, в особенности частного права, в той мере, в какой они применимы в отношениях между государствами»²³⁵.

100. «Общие принципы уголовного права» — это термин, который время от времени использовался Трибуналом. В приговоре по делу *Эрдемовича* Судебная камера использовала формулировку, аналогичную формулировке статьи 38 Статута Международного Суда, когда она постановила, что преступления против человечности представляют собой нарушение «общих принципов уголовного права, вытекающих из уголовного права всех цивилизованных наций»:

Вообще говоря, преступления против человечности признаны очень тяжкими преступлениями, которые шокируют коллективное сознание. В обвинительном заключении, подкрепляющем обвинения, выдвинутые против обвиняемых на Нюрнбергском процессе, указывалось, что преступления против человечности представляют собой нарушения международных конвенций, внутреннего права и общих принципов уголовного права, вытекающих из уголовного права всех цивилизованных наций. Генеральный секретарь Организации Объединенных Наций в своем докладе, в котором был предложен Устав Международного трибунала, счел, что под «преступлениями против человечности» понимаются бесчеловечные акты *крайней тяжести* В 1994 году Комиссия международного права утверждала, что

²³⁴ *Prosecutor v. Milan Milutinović et al. [now Šainović et al.]*, Case No. IT-05-87-T, Judgment (vol. 1 of 4) of 26 February 2009, Trial Chamber, para. 35.

²³⁵ *Prosecutor v. Zeynil Delalić et al.*, Decision on the Motion to Allow Witnesses K, L and M to Give Their Testimony by Means of Video-Link Conference (см. сноску 231 выше), para. 8. См. также, например: *Prosecutor v. Milan Lukić and Sredoje Lukić* (см. сноску 231 выше), paras. 24–26; *Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (см. сноску 231 выше), para. 41.

«определение преступлений против человечности включает в себя бесчеловечные акты *весьма серьезного характера* ...»²³⁶.

2. Происхождение

101. В своей судебной практике Трибунал неоднократно ссыался на общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем. Такие ссылки иногда сопровождалась обзорами национальных правовых систем, сфера охвата и масштабы которых варьируются, но которые часто предполагают сравнение, по крайней мере, между рядом стран систем континентального и общего права.

102. В деле *Фурунджии* Судебная камера провела обзор различных национальных правовых систем с целью определения изнасилования. Судебная камера определила, что «в национальном законодательстве нескольких государств может быть прослежена тенденция к расширению сферы охвата определения изнасилования, с тем чтобы на данный момент оно охватывало деяния, которые ранее квалифицировались как сравнительно менее серьезные преступления, чем сексуальное или непристойное нападение»²³⁷. При рассмотрении определения изнасилования в этом контексте Судебная камера рассмотрела национальные законы и прецедентное право, касающиеся изнасилования, особенно в том, что касается элемента *actus reus*, гендерных соображений, элементов силы, отягчающих вину факторов и вынесения приговора²³⁸. В этой связи Судебная камера сослалась на правовые системы Чили, Китая, Германии, Японии, Социалистической Федеративной Республики Югославия, Замбии, Австрии, Франции, Италии, Аргентины, Пакистана, Индии, Уганды, Нового Южного Уэльса, Нидерландов, Англии и Уэльса и Боснии и Герцеговины; юридический трактат о праве Южной Африки; и предложение Соединенных Штатов на Дипломатической конференции полномочных представителей под эгидой Организации Объединенных Наций по учреждению Международного уголовного суда²³⁹.

103. Кроме того, Судебная камера определила, что по результатам «обзора национального законодательства» общее понятие «изнасилование» можно найти в «большинстве правовых систем»:

Из нашего обзора национального законодательства явствует, что, несмотря на неизбежные расхождения, в большинстве правовых систем стран общего и континентального права изнасилование рассматривается как насильственное введение полового члена в тело человека или насильственное введение любого другого предмета во влагалище или анус²⁴⁰.

104. Однако Судебная камера также обнаружила расхождения в национальных системах в отношении криминализации насильственного орального введения, отметив, что «в одних государствах оно рассматривается как сексуальное посягательство, в то время как в других оно квалифицируется как изнасилование». Это побудило Судебную камеру провести затем оценку принципов в международном праве, заявив, что: «В условиях отсутствия единообразия в этом отношении Судебная камера должна установить, может ли быть достигнуто надлежащее решение посредством использования общих принципов международного

²³⁶ *Prosecutor v. Drazen Erdemović*, Case No. IT-96-22-T, Sentencing Judgment of 29 November 1996, Trial Chamber, para. 27 (сноска опущена).

²³⁷ *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment of 10 December 1998, Trial Chamber, para. 179.

²³⁸ *Ibid.*, para. 180.

²³⁹ *Ibid.*, para. 180.

²⁴⁰ *Ibid.*, para. 181.

уголовного права или, если такие принципы отсутствуют, посредством применения общих принципов международного права»²⁴¹.

105. В конечном итоге, Судебная камера установила существование «общего принципа уважения человеческого достоинства» и опиралась на него, классифицируя насильственное оральное проникновение как изнасилование:

Судебная камера считает, что насильственное введение мужского полового органа в рот является посягательством на человеческое достоинство особенно бесчеловечным и унижающим. Основное предназначение норм международного гуманитарного права и международных норм и стандартов в области прав человека состоит в том, чтобы защищать достоинство человека независимо от того, является он мужского или женского пола. Общий принцип уважения человеческого достоинства лежит в основе международного гуманитарного права и международных норм и стандартов 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 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 принципа²⁴².

106. В деле *Кунараца и др.* Судебная камера кратко описала процесс определения общих принципов права, как это было сделано в деле *Фурунджии*, назвав этот процесс «анализом национальных систем в целом»:

Как отмечалось в деле *Фурунджии*, выявлению соответствующих норм международного права, касающихся характера обстоятельств, при которых определенные акты сексуальной пенетрации 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 *Фурунджии*, «общие знаменатели» в правовых системах, воплощающих *принципы*, которые должны быть приняты в международном контексте²⁴³.

107. Судебная камера в деле *Кунараца и др.* также описала выявление таких принципов, в данном случае применительно к элементам изнасилования, как сопряженное с выявлением «истинного общего знаменателя, объединяющего

²⁴¹ *Ibid.*, para. 182.

²⁴² *Ibid.*, para. 183.

²⁴³ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.*, Case Nos. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, Judgment of 22 February 2001, Trial Chamber, para 439 (сноски опущены).

различные системы», в соответствии с которым в этом деле «главный основополагающий принцип, общий для них, заключается в том, что сексуальная пенетрация будет представлять собой изнасилование, если она не является по-настоящему добровольной или консенсуальной со стороны жертвы»:

Как отмечалось выше, Судебная камера в деле *Фурунджии* проанализировала ряд национальных правовых систем для содействия установлению элементов изнасилования. По мнению настоящей Судебной камеры, рассмотренные тогда правовые системы в целом свидетельствуют о том, что главный основополагающий принцип, общий для них, заключается в том, что сексуальная пенетрация будет представлять собой изнасилование, если она не является по-настоящему добровольной или консенсуальной со стороны жертвы. Вопросы, определенные в деле *Фурунджии* — применение силы, угроза силой или принуждение, — безусловно, являются актуальными соображениями во многих правовых системах, однако весь спектр положений, упомянутых в этом решении, позволяет предположить, что истинный общий знаменатель, объединяющий различные системы, может быть более широким или более базовым принципом наказания за нарушение половой неприкосновенности²⁴⁴.

108. После рассмотрения аргументов в деле *Фурунджии*, как указано выше, Судебная камера, рассматривавшая дело *Кунараца и др.*, затем указала на то, что она назвала «основополагающим принципом, который действительно является общим для этих правовых систем» и который заключается в том, что «серьезные посягательства на половую неприкосновенность подлежат наказанию»:

Изучение вышеуказанных положений показывает, что факторы, упомянутые в рамках первых двух рубрик, являются теми факторами, которые приводят к тому, что воля жертвы подавляется или жертва подчиняется акту недобровольно. Основной принцип, который действительно является общим для этих правовых систем, заключается в том, что серьезные посягательства на половую неприкосновенность подлежат наказанию. Половая неприкосновенность нарушается в тех случаях, когда лицо, подвергшееся акту, не дало на него добровольного согласия или иным образом не является добровольным участником²⁴⁵.

109. Кроме того, Апелляционная камера в своем принятом на стадии представления доказательств решении по делу *Прлича и др.* рассмотрела национальные правовые системы в целях выведения «общих принципов права в соответствии с правилом 89 В)» в отношении одного из аспектов перекрестного допроса²⁴⁶. При этом Камера изучила прецедентное право и законодательство семи юрисдикций, сделав вывод о том, что «внутренние правовые системы не дают особых указаний» и что «из внутренней практики в этой области не может быть выведено явно выраженного общего принципа»:

Толкуя «дух Устава и общие принципы права» в соответствии с правилом 89 В), Апелляционная камера также отметит, что в силу характера рассматриваемого вопроса национальные правовые системы не дают достаточных указаний. В очень широком смысле, в системах, которые позволяют обвиняемому давать показания на собственном судебном процессе под присягой, а не просто излагать свою версию в качестве обвиняемого, такой

²⁴⁴ *Ibid.*, para. 440.

²⁴⁵ *Ibid.*, para. 457.

²⁴⁶ *Prosecutor v. Jadranko Prlić et al.*, Case No. IT-04-74-AR73.6, Decision on Appeals against Decision Admitting Transcript of Jadranko Prlić's Questioning into Evidence, 23 November 2007, Appeals Chamber, para. 50.

документ, как стенограмма от декабря 2001 года, был бы неприемлем, поскольку показания нельзя проверить путем перекрестного допроса [цитируя Соединенные Штаты, Канаду и Англию в сноске]. Напротив, те системы, в которых заявления, собранные на досудебных стадиях в соответствии с определенными процедурами, могут быть приняты в письменной форме в ходе судебного разбирательства, являются также теми системами, которые, как правило, не позволяют обвиняемым давать показания в качестве свидетелей в ходе их собственных судебных разбирательств — им можно задавать вопросы, что не эквивалентно допросу под присягой [со ссылкой на Францию, Австрию, Германию и Италию в сноске]. Таким образом, какой-то явно выраженный «общий принцип» не может быть выведен из внутригосударственной практики в этой области²⁴⁷.

110. Апелляционная камера в деле *Халиловича* описала истоки «общего принципа» устности как изложенного в римском праве и существующего также в различных формах в современных системах общего и континентального права:

Вторая жалоба апелланта о том, что метод представления доказательств (через подачу с адвокатской стойки) нарушил принцип устности, не является уместной. Не вызывает сомнений общий принцип, согласно которому свидетельские показания в Трибунале должны представляться устно, а не посредством занесения их в протокол. Этот принцип вытекает из требования римского права, согласно которому стороны в суде должны подавать представления в устной, а не в письменной форме, и он существует в различных формах в современных системах общего и континентального права. Принцип устности и его дополнение, принцип непосредственности, действуют как аналогии с действующими в общем праве нормами о неприемлемости доказательств, основанных на слухах, и призваны обеспечить состоятельность уголовного процесса, а также право обвиняемого на очную ставку со свидетелями, выступающими против него.

Однако принцип устности, отраженный в Правилах, не является абсолютным ограничением, а просто отражает предпочтение устной форме представления доказательств²⁴⁸.

111. В другом примере, касающемся выведения общих принципов права из национальных систем, Апелляционная камера в деле *Тадича*, сделав вывод о том, что «в Уставе Трибунала отсутствует упоминание о его полномочиях рассматривать дела о неуважении к суду»²⁴⁹ и что «отсутствуют конкретные нормы международного обычного права, непосредственно применимые к этому вопросу»²⁵⁰, сослалась на «общие принципы права, общие для всех основных правовых систем в мире», заявив следующее:

В противном случае было бы полезным обратиться к общим принципам права, общим для основных правовых систем мира, в том виде, в каком они были разработаны и уточнены (там, где это применимо) в международной судебной практике. Исторически правовая норма о неуважении зародилась в общем праве и сохранилась в нем. Общее понятие неуважения к суду, как утверждается, неизвестно континентальному праву, но многие системы

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ *Prosecutor v. Sefer Halilović (Interlocutory)*, Case No. IT-01-48-AR73.2, Decision on Interlocutory Appeal Concerning Admission of Record of Interview of the Accused from the Bar Table, 19 August 2005, Appeals Chamber, paras. 16–17.

²⁴⁹ *Prosecutor v. Duško Tadić (Contempt)*, Case No. IT-94-1-A-R77, Judgment on Allegations of Contempt against Prior Counsel, Milan Vujin, 31 January 2000, Appeals Chamber, para. 13.

²⁵⁰ *Ibid.*, para. 14.

континентального права законодательно закрепили правонарушения, которые приводят к аналогичному результату²⁵¹.

112. Затем Апелляционная камера рассмотрела различные проявления общего принципа права, о котором идет речь (правовая норма о неуважении к суду), как в системах общего права, так и в системах континентального права:

Хотя в настоящее время в Соединенном Королевстве правовая норма о неуважении к суду частично кодифицирована, полномочие рассматривать дела о неуважении к суду по общему праву по существу осталось полномочием, составляющим часть имманентной юрисдикции высшестоящих судов письменного производства, а не основано на статуте. С другой стороны, аналогичный контроль, осуществляемый в системах континентального права в отношении поведения, препятствующего отправлению правосудия, основывается исключительно на статуте, а статутные положения, как правило, вводят в действие узкие составы правонарушений, касающиеся точно определенных видов поведения, когда юрисдикция судов была или была бы нарушена в результате соответствующего поведения²⁵².

113. Сделав последний вывод, Апелляционная камера провела исследование различных правовых систем, подробно остановившись на подходе к этому принципу в уголовных кодексах и законах различных стран:

Например, Уголовный кодекс Германии карает в качестве главного исполнителя любого, кто подстрекает свидетеля к даче ложных показаний (§§ 26, 153). Уголовный закон Китайской Народной Республики предусматривает наказание любого, кто подстрекает свидетеля к даче ложных показаний (Статья 306). Новый уголовный кодекс Франции предусматривает наказание для тех, кто оказывает давление на свидетеля, с тем чтобы тот дал ложные показания или воздержался от дачи правдивых показаний (Статья 434-15). Существуют более общие законодательные положения, которые касаются таких вопросов, как контроль за проведением слушаний (контроль над аудиторией), «оскорбления» (бесчинство), правонарушения, совершенные во время слушаний (например, нарушение порядка в судебном заседании) и публикация комментариев, направленных на оказание давления на дающих показания свидетелей или на любой принимающий решение суд. Уголовный кодекс России предусматривает наказание за вмешательство в какой бы то ни было форме в деятельность суда в целях воспрепятствования осуществлению правосудия (статья 294), а также предусматривает более конкретные составы правонарушений, таких как фальсификация доказательств (статья 303)²⁵³.

114. Судебная камера в решении по делу *Кунрешикича и др.* сослалась на «общие принципы уголовного права, поскольку они являются результатом конвергенции основных уголовно-правовых систем мира»:

Судебная камера считает, что теперь можно достичь удовлетворительного правового решения поставленных вопросов. Юридическое понятие «преступления против человечности» в настоящее время прочно укоренилось в позитивном международном праве, его юридические контуры аккуратно обозначены и его легитимность более не вызывает сомнений; в частности, в связи с его применением вопрос об обратной силе уголовного законодательства не возникает. Можно также опираться на общие принципы международного уголовного права, когда они могут быть выведены

²⁵¹ *Ibid.*, para. 15 (сноска опущена).

²⁵² *Ibid.*, para. 17 (сноски опущены).

²⁵³ *Ibid.*, footnote 20.

посредством толкования, обобщения или логического умозаключения. Кроме того, в настоящее время очевидно, что для заполнения возможных пробелов в международном обычном и конвенционном праве международные и национальные уголовные суды могут опираться на общие принципы уголовного права, являющиеся результатом конвергенции основных уголовно-правовых систем мира²⁵⁴.

115. В своей оценке Судебная камера отметила, что как национальное законодательство, так и судебные решения являются релевантными материалами для анализа при проведении этой работы. Судебная камера определила, что, «опираясь на национальное законодательство для заполнения возможных пробелов в Уставе или в международном обычном праве», она может быть вынуждена «внимательно ознакомиться с национальным законодательством или национальными судебными решениями и полагаться на них при определении возникновения общего принципа уголовного права, общего для всех основных систем мира»²⁵⁵.

116. Кроме того, в деле *Тадича* Судебная камера изучила «принципы уголовного судопроизводства в национальных судах» в законодательных актах и уголовных кодексах ряда стран при вынесении решений по ходатайству о принятии мер защиты потерпевших и свидетелей:

Меры по предотвращению разглашения личности потерпевших и свидетелей общественности также совместимы с принципами уголовного судопроизводства во внутренних судах. Во внутригосударственной судебной практике все шире признается необходимость защиты личности жертв и свидетелей от общественности, когда речь идет об особых интересах. В ряде стран общего права допускается неразглашение общественности информации, позволяющей установить личность некоторых потерпевших и свидетелей. Соединенное Королевство запрещает разглашение общественности идентифицирующей информации о заявителе в деле о сексуальных посягательствах, включая любые фотографии или пленки, за исключением случаев, когда это делается по усмотрению суда. (Закон о сексуальных преступлениях (поправка) 1976 года s. 4.) Канадское законодательство гарантирует неразглашение личности лица, обращающегося в суд. (Уголовный кодекс Канады S 442(3).) В штате Квинсленд, Австралия, Акт о доказательствах (поправка) 1989 года (Квинсленд) допускает дополнительную защиту во время дачи показаний «специального свидетеля», включая удаление публики и/или подсудимого, или других поименованных лиц из зала суда. (Brief of Professor Chinkin at 4-6.) Южноафриканское законодательство также предусматривает неразглашение в течение определенного периода времени личности свидетеля в уголовном процессе, если представляется вероятным, что свидетельские показания могут причинить вред (Акт Южной Африки об уголовном судопроизводстве 51/1977, раздел 153(2)(b)), и содержит положения о закрытии зала суда во время дачи показаний потерпевшими в делах о сексуальных посягательствах²⁵⁶.

117. В деле *Чермака и др.* Апелляционная камера, ссылаясь на «широкие ссылки на национальное прецедентное право» сторон, сочла «полезным иметь краткий обзор основополагающих принципов в отношении обязанности адвоката проявлять лояльность по отношению к бывшему клиенту в национальных юрисдикциях». В этой связи Апелляционная камера изучила правовые системы Соединенных Штатов, Соединенного Королевства, Боснии и Герцеговины и

²⁵⁴ *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.* (см. сноску 231 выше), para. 677.

²⁵⁵ *Ibid.*, para. 539 (сноска опущена).

²⁵⁶ *Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1, Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses, 10 August 1995, Trial Chamber, para. 39.

Франции, а также Кодекс поведения европейских юристов и Этический кодекс Прокурора Хорватии²⁵⁷.

118. В решении по апелляции *Крстича* Апелляционная камера рассматривала «многие национальные юрисдикции», а также международную судебную практику, когда провозглашала принципы, касающиеся субъективной стороны преступления пособничества и подстрекательства:

Во многих национальных юрисдикциях, как в общем, так и в континентальном праве, применяется один и тот же подход в отношении субъективной стороны преступления пособничества и подстрекательства, и зачастую он прямо применяется в отношении запрета геноцида. Например, согласно французскому законодательству, пособник и подстрекатель должен только знать, что он помогает главному исполнителю своими действиями, и это общее требование применяется к конкретному запрещению преступления геноцида. Аналогичным образом законодательство Германии требует, чтобы при совершении правонарушений, требующих наличия конкретного умысла (*dolus specialis*), пособник и подстрекатель не должен иметь такую же степень *mens rea*, что и главный исполнитель, а только должен знать о намерении исполнителя. Этот общий принцип применяется к запрету геноцида в разделе 6 действующего в Германии Кодекса преступлений против международного права. Уголовное право Швейцарии занимает ту же позицию, считая, что знание чужого конкретного умысла является достаточным для осуждения подсудимого за пособничество в совершении преступления. Что касается юрисдикций общего права, то в уголовном праве Англии применяется такой же подход, уточняющий, что пособник и подстрекатель должны знать только о намерениях главного исполнителя. Этот общий принцип применяется и к запрещению геноцида в соответствии с внутренним английским правом. Английский подход к требованию *mens rea* в случаях пособничества и подстрекательства был применен в Канаде и Австралии, а также в некоторых юрисдикциях Соединенных Штатов Америки²⁵⁸.

119. Кроме того, имеются некоторые ссылки на принципы, которые, как представляется, заимствованы из международно-правовой системы. В некоторых случаях камеры ссылались как на внутренние, так и на международные правовые системы как на источник того или иного принципа. В деле *Челебичи*, например, Апелляционная камера сослалась на принцип независимости судебных органов «во внутренних и международных системах», заявив, что:

Не подлежит сомнению тот факт, что принципы независимости и беспристрастности судебных органов имеют основополагающий характер и лежат в основе как международного, так и национального права. Они представлены не только в многочисленных международных и региональных документах, включая Всеобщую декларацию прав человека и Международный пакт о гражданских и политических правах, но и в самом Уставе Трибунала, который в соответствии со статьей 12 требует, чтобы камеры состояли из независимых судей, а в соответствии со статьей 13 — чтобы судьи были беспристрастными. Основополагающее значение независимости судебной власти было подчеркнуто в судебной практике Апелляционной камеры. В этой судебной практике также признается, что принцип независимости судебной власти во внутренних и международных системах, как

²⁵⁷ *Prosecutor v. Ante Gotovina et al.*, Case No. IT-06-90-AR73.2, Decision on Ivan Cermak's Interlocutory Appeal against Trial Chamber's Decision on Conflict of Interest of Attorneys Cedo Prodanovic and Jadranka Slokovic, 29 June 2007, Appeals Chamber, paras. 44–47.

²⁵⁸ *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Case No. IT-98-33-A, Judgment of 19 April 2004, Appeals Chamber, para. 141 (сноски опущены).

правило, требует, чтобы лица или органы, осуществляющие судебные полномочия, не осуществляли также полномочий исполнительной или законодательной власти этих систем²⁵⁹.

120. Кроме того, Апелляционная камера в этом деле отдельно обсудила то, что она назвала «основополагающими гуманитарными принципами», лежащими в основе международного гуманитарного права, хотя и не уточнила, к какому источнику международного права эти принципы относятся:

Бесспорно, что общая статья 3, в которой излагается минимальная основа обязательных норм, отражает основополагающие гуманитарные принципы, которые лежат в основе международного гуманитарного права в целом и на которых зиждутся Женевские конвенции во всей их полноте. Эти принципы, целью которых является уважение достоинства человеческой личности, сложились в результате многовековых войн и уже стали обычным правом во время принятия Женевских конвенций, поскольку они отражают наиболее общепризнанные гуманитарные принципы. Эти принципы были кодифицированы в общей статье 3 в качестве минимальной основы, применимой к внутренним конфликтам, однако они являются настолько основополагающими, что рассматриваются как регулирующие как внутренние, так и международные конфликты. По словам МККК, цель общей статьи 3 заключалась в том, чтобы «обеспечить уважение к немногим существенным нормам человечности, которые все цивилизованные нации считают действительными повсюду и при любых обстоятельствах, а также в том, что они находятся над самой войной и вне ее». Таким образом, эти нормы можно рассматривать как «квинтэссенцию» гуманитарных норм, содержащихся в Женевских конвенциях в целом.

Именно эти принципы, по мнению Международного Суда, являются выражением основополагающих норм человечности, применимых во всех обстоятельствах²⁶⁰.

121. Кроме того, сославшись на то, что она назвала «основополагающими стандартами», лежащими в основе норм, применимых к внутренним конфликтам, и признаваемыми «всеми цивилизованными нациями», Апелляционная камера, опираясь на определенные международно-правовые документы, заявила, что эти нормы могут быть применимы и к конфликтам международного характера:

Как нормы и стандарты в области человека, так и гуманитарное право ... исходят из заботы о человеческом достоинстве, которая лежит в основе перечня основных минимальных стандартов человечности. В комментариях МККК к Дополнительным протоколам содержится ссылка на их общую основу.... Универсальные и региональные документы по правам человека и Женевские конвенции имеют общую «сердцевину» основополагающих стандартов Объектом основополагающих стандартов, фигурирующих в обоих нормативных сводах, является защита человеческой личности от

²⁵⁹ *Prosecutor v. Zdravko Delalić et al. (Appeal) ("Čelebići case")* (см. сноску 231 выше), para. 689 (сноски опущены). См. также, например: *Prosecutor v. Nikola Šainović et al.* (см. сноску 231 выше), paras. 1643 and 1662; *Prosecutor v. Astrit Haraqija and Bajrush Morina*, Case No. IT-04-84-R77.4, Judgment on Allegations of Contempt, 17 December 2008, Trial Chamber I, paras. 23 and 38–39; *Prosecutor v. Jadranko Prlić et al.* (см. сноску 246 выше), paras. 50–55.

²⁶⁰ *Prosecutor v. Zdravko Delalić et al. (Appeal) ("Čelebići case")* (см. сноску 231 выше), paras. 143–144 (сноски опущены).

некоторых чудовищных деяний, считающихся недопустимыми всеми цивилизованными нациями при любых обстоятельствах²⁶¹.

122. Описывая международные и другие судебные прецеденты в отношении общих принципов, Судебная камера в деле *Купрешикича* определила, что «общие принципы могут постепенно выкристаллизоваться посредством их включения и разработки в серии судебных решений, выносимых либо международными, либо национальными судами», заявив следующее:

Следует лишь ожидать, что Трибунал будет опираться на судебные решения, поскольку как материальное, так и процессуальное уголовное право все еще находится на рудиментарной стадии в международном праве. В частности, по этому вопросу существует относительно небольшое число договорных положений. В отличие от этого, особенно после Второй мировой войны, появился огромный массив прецедентного права в отношении международных преступлений. Опять же, это вполне объяснимое событие: международным законодателям было трудно примирить весьма разнообразные и зачастую противоречащие друг другу национальные традиции в области уголовного права и судопроизводства путем принятия общих норм, способных должным образом учитывать эти традиции. Напротив, общие принципы могут постепенно выкристаллизоваться в результате их включения и разработки в серии судебных решений, выносимых либо международными, либо национальными судами, занимающимися конкретными делами. При этом вполне логично, что международные суды должны в значительной степени опираться на такую судебную практику²⁶².

123. Судебная камера в решении по делу *Караджича и др.* также сослалась на «общие принципы международного гуманитарного права» как оказывающие влияние на ее подход к наказанию и «вытекающие, в частности, из прецедентов, заложенных в Нюрнберге и Токио», а также на «принцип индивидуальной уголовной ответственности лиц, занимающих руководящие должности, [который] был подтвержден в ряде решений, принятых национальными судами, и закреплен в различных национальных и международных правовых документах»²⁶³. Затем Судебная камера использовала эти принципы при рассмотрении вопроса об уголовной ответственности, заявив, что «из вышеизложенного принципа следует, что официальное положение лица, даже де-факто наделенного властными полномочиями — будь то в качестве военного командира, лидера или правительственного должностного лица, — не освобождает его от уголовной ответственности и, как правило, усиливает такую ответственность»²⁶⁴.

3. Признание

124. Иногда рамки и степень признания, требуемого Трибуналом, были относительно широкими. Например, Апелляционная камера в деле *Тадича* заявила, что «в большинстве стран, если не всех из них» должно быть принято одинаковое толкование общего принципа права, для того чтобы он обрел надлежащее признание:

в обсуждаемой области на национальное законодательство и прецедентное право нельзя опираться как на источник международных принципов или норм в соответствии с доктриной общих принципов права, признанной

²⁶¹ *Ibid.*, para. 149 (сноски опущены).

²⁶² *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.* (см. сноску 231 выше), paras. 537–538.

²⁶³ *Prosecutor v. Radovan Karadžić et al.*, Case No. IT-95-5-D, Decision of 16 May 1995, Trial Chamber, para. 23.

²⁶⁴ *Ibid.*, para. 24.

государствами мира: для того чтобы такая опора была допустимой, необходимо продемонстрировать, что в большинстве стран, если не во всех из них существует одно и то же понимание общей цели²⁶⁵.

125. Аналогичным образом, в деле *Шайновича и др.*, касающемся ответственности за пособничество и подстрекательство, Апелляционная камера приняла аналогичный подход «большинства, если не всех стран», ссылаясь на «доктрину общих принципов права, признанную государствами»:

Апелляционная камера теперь обращается к национальному законодательству об элементах ответственности за пособничество и подстрекательство. Прежде всего Апелляционная камера напоминает, что в соответствии с доктриной общих принципов права, признанной государствами, на национальное законодательство и прецедентное право можно опираться как на источник международных принципов или норм в ограниченных ситуациях. Однако такая опора допустима только в том случае, если будет доказано, что большинство стран, если не все из них принимают и применяют один и тот же подход к данному понятию. Если говорить более конкретно, то необходимо будет продемонстрировать, что основные правовые системы мира придерживаются того же подхода к этому понятию²⁶⁶.

126. Далее Апелляционная камера охарактеризовала признание общих принципов как подразумевающее выведение общего принципа «из основных правовых систем мира» после «обзора национального законодательства»:

Проведя обзор национального законодательства, Апелляционная камера пришла к выводу о том, что в отношении понятия «конкретное указание» дело обстоит иначе. В частности, с учетом различий между национальными юрисдикциями в том, что касается ответственности за пособничество и подстрекательство, Апелляционная камера считает, что из основных правовых систем мира нельзя вывести какой-либо четкий общий принцип в этом отношении. В качестве общей основы для возникновения ответственности за пособничество и подстрекательство национальное законодательство и судебная практика национальных судов требуют оказания помощи или поддержки, которая способствует совершению преступления. Однако национальные юрисдикции по-разному концептуально оформляют связь между актами помощи и преступлением в контексте *actus reus* и требуемой степени *mens rea* в соответствии с принципами, закрепленными в их соответствующих правовых системах²⁶⁷.

127. Апелляционная камера в деле *Крстича* обсудила вопрос о признании «в МУТР и во многих национальных юрисдикциях». Апелляционная камера заявила следующее:

Что касается тяжести предполагаемых преступлений, то, как недавно признала Апелляционная камера в деле *Василевича*, пособничество и подстрекательство сопряжены с одной из форм ответственности, которая, как правило, требует вынесения более мягких приговоров, чем в случае ответственности в качестве соисполнителя. Этот принцип был также признан в МУТР и во многих национальных юрисдикциях²⁶⁸.

128. Ссылаясь на «большинство юрисдикций», Апелляционная камера в деле *Делича* сослалась на общие принципы права в контексте отсутствия предыдущей

²⁶⁵ *Prosecutor v. Duško Tadić (Appeal)* (см. сноску 231 выше), para. 225.

²⁶⁶ *Prosecutor v. Nikola Šainović et al.* (см. сноску 231 выше), para. 1643 (сноски опущены).

²⁶⁷ *Ibid.*, para. 1644 (сноска опущена).

²⁶⁸ *Prosecutor v. Radislav Krstić* (см. сноску 258 выше), para. 268 (сноски опущены).

судебной практики и «новизны вопроса» в отношении окончательности судебного решения после смерти апеллянта и до вынесения решения по апелляции. Она постановила, что:

у этого Трибунала нет никакой судебной практики, которая имела бы прямое отношение к данному вопросу. С учетом этих обстоятельств и новизны вопроса Апелляционная камера считает полезным привести краткий обзор соответствующих положений и правовых прецедентов в других юрисдикциях²⁶⁹.

Затем Апелляционная камера провела обзор систем как общего, так и континентального права, сделав вывод об «отсутствии общего принципа, который последовательно соблюдался бы в большинстве юрисдикций»²⁷⁰:

Обзор ... показывает, что в большинстве правовых систем не существует общего принципа, который последовательно соблюдался бы в отношении окончательности судебного решения в случае прекращения разбирательства после смерти подателя апелляции. По этой причине, а также принимая во внимание конкретные реалии и особые процедуры, имеющиеся в распоряжении настоящего Трибунала, Апелляционная камера не может выявить какой-либо преобладающий подход, не говоря уже о том, чтобы определить какие-либо нормы международного обычного права, которые были бы непосредственно применимы к рассматриваемой ситуации²⁷¹.

129. В деле *Милошевича* при рассмотрении вопроса о праве на самостоятельное представительство Апелляционная камера сослалась на признание «юрисдикциями во всем мире» и рассмотрела как национальные законы, так и прецеденты трибуналов по расследованию военных преступлений:

Хотя это право на самостоятельное представительство является бесспорным, юрисдикции во всем мире признают, что оно не является категорически нерушимым. В самом деле *Фаретты* Верховный суд Соединенных Штатов отметил, что, поскольку «[п]раво на самостоятельное представительство не является лицензией на подрыв авторитета суда», ведущий заседание судья «может прекратить самостоятельное представительство ответчика, который преднамеренно совершает серьезные обструкционистские действия». Признавая это же основное положение права, Англия, Шотландия, Канада, Новая Зеландия и Австралия разработали принцип, согласно которому в целях защиты уязвимых свидетелей от травм суды могут жестко ограничивать право ответчика на самостоятельное представительство в судебных разбирательствах по делам о сексуальных посягательствах. Шотландия зашла настолько далеко, что запретила таким обвиняемым лично осуществлять какую-либо часть своей защиты. И хотя эта Апелляционная камера ранее не принимала решений по этому вопросу, существующее прецедентное право современных судов по расследованию военных преступлений приводит к однозначному выводу о том, что право на самостоятельное представительство «является ограниченным рядом условий, а не абсолютным правом»²⁷².

²⁶⁹ *Prosecutor v. Rasim Delić*, Case No. IT-04-83-A, Decision on the Outcome of the Proceedings, 29 June 2010, Appeals Chamber, para. 10.

²⁷⁰ *Ibid.*, paras. 11–12.

²⁷¹ *Ibid.*, para. 13.

²⁷² *Prosecutor v. Slobodan Milošević*, Case No. IT-02-54-AR73.7, Decision on Interlocutory Appeal of the Trial Chamber's Decision on the Assignment of Defense Counsel, 1 November 2004, Appeals Chamber, para. 12 (сноски опущены). См. также, например, *Prosecutor v. Vlastimir Đorđević*, Case No. IT-05-87/1-A, Judgment of 27 January 2014, Appeals Chamber,

130. Иногда Трибунал ссылается на подход в своей собственной судебной практике с точки зрения его соответствия общим принципам права. Это можно проиллюстрировать на примере решения по делу *Блашкича*, в котором Судебная камера определила следующее:

Судебная камера согласна с мнениями, вытекающими из прецедентного права Трибунала, т. е. о том, что отдельные лица могут привлекаться к ответственности за их участие в совершении преступлений, подпадающих под действие положений статьи 7(1) Устава, касающихся индивидуальной уголовной ответственности. Такой подход согласуется с общими принципами уголовного права и международного обычного права²⁷³.

131. Трибунал также ссылался «в качестве общего принципа» на свою предыдущую судебную практику. Например, Апелляционная камера в деле *Купрешикича* постановила следующее:

Апелляционная камера учитывает, что при определении того, было ли заключение Судебной камеры обоснованным, она «не будет запросто ставить под сомнение выводы Судебной камеры в отношении фактов». Апелляционная камера ссылается в качестве общего принципа на подход, примененный Апелляционной камерой в решении по делу *Купрешикича*, в котором она заявила следующее:

[в] соответствии с судебной практикой Трибунала задача рассмотрения, оценки и анализа доказательств, представленных в ходе судебного разбирательства, возлагается в первую очередь на Судебную камеру. Таким образом, Апелляционная камера должна доверять выводу о фактах, сделанному Судебной камерой. Апелляционная камера может заменять своим собственным заключением заключение Судебной камеры только в тех случаях, когда доказательства, на которые опиралась Судебная камера, не могли быть приемлемыми ни для какой разумно действующей судебной инстанции или когда оценка доказательств является «полностью ошибочной»²⁷⁴.

132. В деле *Челебичи* Апелляционная камера констатировала существование некоторых общих принципов права, «признанных во всех правовых системах»:

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

paras. 17–20; *Prosecutor v. Nikola Šainović et al.* (см. сноску 231 выше), para. 23; *Prosecutor v. Ljube Bošković and Johan Tarčulovski*, Case No. IT-04-82-A, Judgment of 19 May 2010, Appeals Chamber, para. 14.

²⁷³ *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Case No. IT-95-14-T, Judgment of 3 March 2000, Trial Chamber, para. 264 (сноски опущены).

²⁷⁴ *Prosecutor v. Tihomir Blaškić (Appeal)*, Case No. IT-95-14-A, Judgment of 29 July 2004, Appeals Chamber, para. 17 (citing *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al. (Appeal)*, Case No. IT-95-16-A, Appeal Judgment of 23 October 2001, Appeals Chamber, para. 30) (сноски опущены).

они не могли предвидеть создание международного трибунала, который стал бы органом судебного преследования, значения не имеет²⁷⁵.

133. В деле *Купрешича и др.* Апелляционная камера сослалась на признание «во внутригосударственных системах уголовного права во всем мире», после чего она рассмотрела системы как общего, так и континентального права:

Вместе с тем Апелляционная камера отмечает, что разумно действующая Судебная камера должна принимать во внимание трудности, связанные с идентификационными доказательствами по конкретному делу, и должна тщательно оценивать любые такие доказательства, прежде чем принимать их в качестве единственного основания для подтверждения обвинительного приговора. Внутренние системы уголовного права во всем мире признают необходимость проявлять крайнюю осторожность, прежде чем приступить к осуждению обвиняемого, основываясь на опознании свидетелем, сделанном в сложных обстоятельствах. Принципы, разработанные в этих юрисдикциях, признают несовершенство человеческого восприятия и весьма серьезную опасность того, что судебная ошибка может стать результатом опоры даже на самых уверенных в себе свидетелей, которые намереваются опознать обвиняемого, в отсутствие адекватной возможности проверить их показания²⁷⁶.

134. Что касается международного признания, то Судебная камера по делу *Благоевича и Джокича* сослалась на «международно признанные нормы и принципы на глобальном уровне». Судебная камера также обсудила необходимость «выявления основополагающих принципов и оснований наказания», отвечающим, в частности, «потребностям ... международного сообщества»:

Поскольку Трибунал применяет международное право, он должен также уделять должное внимание последствиям применения им международно признанных норм и принципов на глобальном уровне. Таким образом, судебная камера должна рассматривать свои обязательства перед обвиняемым в свете своей ответственности за обеспечение соблюдения целей и принципов международного уголовного права. Эта задача становится особенно трудной в связи с наказанием. Беглый обзор истории назначения наказаний показывает, что формы наказания отражают нормы и ценности конкретного общества в данный момент времени. Настоящая Судебная камера должна выявить основополагающие принципы и основания наказания, которые отвечают как потребностям общества бывшей Югославии, так и потребностям международного сообщества²⁷⁷.

135. Аналогичным образом, в отношении международного признания Судебная камера по делу *Эрдемовича* сослалась в контексте вынесения приговора на «общий принцип права, международно признанный сообществом наций, согласно которому за преступления против человечности могут быть назначены самые суровые наказания»:

В заключение Судебная камера определяет, что ссылка на общую практику в отношении тюремного заключения, применяемую судами бывшей Югославии, фактически является отражением международно признанного

²⁷⁵ *Prosecutor v. Zdravko Delalić et al. (Appeal)* (“Čelebići case”) (см. сноску 231 выше), para. 179 (сноски опущены).

²⁷⁶ *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al. (Appeal)* (см. сноску 274 выше), para. 34.

²⁷⁷ *Prosecutor v. Vidoje Blagojević and Dragan Jokić*, Case No. IT-02-60-T, Judgment of 17 January 2005, Trial Chamber I, para. 816 (хотя в решении также неоднократно упоминается международное обычное право). См. также *Prosecutor v. Momir Nikolić*, Case No. IT-02-60/1-S, Sentencing Judgment of 2 December 2003, Trial Chamber, para. 84.

сообществом наций общего принципа права, в соответствии с которым за преступления против человечности могут назначаться самые суровые наказания. На практике эта ссылка означает, что все обвиняемые, совершившие преступления на территории бывшей Югославии, могут рассчитывать на то, что они будут привлечены к уголовной ответственности. Ни один обвиняемый не может утверждать, что на момент совершения преступления он не знал об преступном характере своих действий и о суровости наказаний, налагаемых на него. Когда это возможно, Международный трибунал будет проводить обзор соответствующей правовой практики в бывшей Югославии, но при этом он не будет никоим образом связан этой практикой в отношении установленных им мер наказания и приговоров, которые он выносит за преступления, подпадающие под его юрисдикцию²⁷⁸.

136. Судебная камера также сослалась на признание «сообществом наций» и в других делах, заявив, что она «может также, как предлагает Апелляционная камера, удостовериться в том, что, согласно формулировке МПГПП, эти деяния “носили преступный характер согласно общим принципам права, признанным международным сообществом”»²⁷⁹.

137. Апелляционная камера в деле *Кордича и Черкеза* сослалась на признание «как в национальных правовых системах, так и в прецедентах, установленных международными судебными системами»:

Обвинение отмечает, что предыдущие внесудебные показания этого свидетеля были приобщены к делу *Блашкича* по просьбе обвиняемого. В этом деле Судебная камера рассмотрела «необходимость надлежащего отправления правосудия и требование о справедливом судебном разбирательстве», а также исключения из принципа устных свидетельских показаний и перекрестного допроса, признанные «как в национальных правовых системах, так и в прецедентах, установленных международными юрисдикциями, включая исключения, касающиеся приобщения к делу показаний умерших свидетелей»²⁸⁰.

138. В деле *Блашкича* Судебная камера подтвердила, что с учетом того, что исключение из принципа устных свидетельских показаний было «принято в различных национальных и международных правовых системах», она должна была рассмотреть это исключение, даже если бы она обладала дискреционными полномочиями в отношении того, какое значение придавать ему:

Судебная камера столкнулась с проблемой приобщения к материалам дела заявления умершего свидетеля, которое было дано под присягой следователям Обвинителя. Судьи сочли это, безусловно, одним из исключений из принципа устных свидетельских показаний, в частности для перекрестного допроса, принятого в различных национальных и международных правовых системах, и поэтому они приобщили это заявление в качестве доказательства, но оставили за собой право оценить его надлежащим образом, когда придет время²⁸¹.

²⁷⁸ *Prosecutor v. Drazen Erdemović* (см. сноску 236 выше), para. 40.

²⁷⁹ *Prosecutor v. Mitar Vasiljević*, Case No. IT-98-32-T, Judgment of 29 November 2002, para. 199 (опущена сноска, в которой, в частности, цитируется пункт 2 статьи 15 Международного пакта о гражданских и политических правах).

²⁸⁰ *Prosecutor v. Dario Kordić and Mario Čerkez*, Case No. IT-95-14/2-AR73.5, Decision on Appeal Regarding Statement of a Deceased Witness, 21 July 2000, Appeals Chamber, para. 14.

²⁸¹ *Prosecutor v. Tihomir Blaškić* (см. сноску 273 выше), para. 36 (сноска опущена).

139. В деле *Хартманна* Апелляционная камера отклонила заявление подателя апелляции о том, «что Судебная камера в данном деле не приняла во внимание [один из] имеющих обязательную силу прецедентов, который отражает общий принцип международного права»²⁸². Апелляционная камера определила, что в отношении «предполагаемого несоответствия решения Судебной камеры принципам свободы выражения мнений, признанным ЕСПЧ», она не связана такими принципами: «Апелляционная камера не связана выводами региональных или международных судов и как таковая не связана правовой практикой ЕСПЧ»²⁸³.

140. Иногда делаются ссылки на международные документы, в которых закреплены определенные принципы. В деле *Блашкича* Судебная камера сослалась на «общие принципы права», включая право обвиняемого быть судимым без неоправданной задержки, следующим образом:

ОТМЕЧАЯ, что судьи, являющиеся гарантами индивидуальных свобод, должны рассматривать последствия периода предварительного заключения, который представляется им чрезмерным, в свете общих принципов права, включая право обвиняемого быть судимым без неоправданной задержки, т.е. в разумные сроки» (см. статью 21.4 с) Устава и статью 5.3 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод ...

...

КОНСТАТИРУЯ, таким образом, что превентивное заключение обвиняемого не превышает разумного срока в соответствии с международными принципами и, в частности, принципами Европейской конвенции, как их толкуют Комиссия и Европейский суд[.]²⁸⁴

4. Транспонирование

141. В исследуемом прецедентном праве, несмотря на то, что существует лишь несколько эксплицитных упоминаний о переносе, вопрос о транспонируемости общих принципов права в международно-правовую систему обсуждается в более широком спектре дел.

142. В деле *Фурунджии* Судебная камера предостерегла от «механического переноса» из понятий национального права при рассмотрении общих принципов права, «общих для всех основных правовых систем мира», настоятельно призвав «учитывать» «специфику международного уголовного судопроизводства при использовании понятий национального права»:

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

²⁸² *Prosecutor v. Florence Hartmann*, Case No. IT-02-54-R77.5-A, Judgment of 19 July 2011, Appeals Chamber, para. 120.

²⁸³ *Ibid.*, para. 159.

²⁸⁴ *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Case No. IT-95-14, Order Denying A Motion for Provisional Release, 20 December 1996, Trial Chamber I.

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 судопроизводства²⁸⁵.

143. К проявлению аналогичной осторожности призвала и Судебная камера в деле *Купрешикича*. Судебная камера заявила, что «всегда будет необходимо помнить об опасностях повальной инкорпорации принципов национального права в уникальную систему международного уголовного права, применяемую Международным трибуналом»²⁸⁶.

144. Судебная камера также прямо упомянула о транспонировании в деле *Блашкича*. Судебная камера заявила, что общие принципы права, относящиеся к национальным законам, «в принципе, не могут быть транспонированы в международное уголовное право», постановив следующее:

ПРИНИМАЯ ВО ВНИМАНИЕ, что Судебная камера сначала рассмотрит правовую аргументацию на основе анализа правила 65 Правил и принципов, регулирующих предварительное заключение, в свете фактов по данному делу; что затем она рассмотрит другие аргументы, на которые ссылается защита;

...

ПРИНИМАЯ ВО ВНИМАНИЕ, что как буква этого текста, так и дух Устава Международного трибунала требуют, чтобы правовым принципом было содержание обвиняемого под стражей и что освобождение является исключением; что, в действительности, тяжесть преступлений, в отношении которых Международный трибунал осуществляет уголовное преследование, не оставляет места для иного толкования, даже если оно основано на общих принципах права, регулирующих применимые положения в отношении национальных законов, которые в принципе не могут быть транспонированы в международное уголовное право[.]²⁸⁷

145. Есть и другие случаи, когда Трибунал не упоминает о транспонировании, а обсуждает применимость внутригосударственных принципов на международном уровне в других отношениях. Например, Апелляционная камера в деле *Тадича* сослалась на «общие принципы права, общие для основных правовых систем мира, в том виде, в каком они были разработаны и уточнены (там, где это применимо) в международной судебной практике»²⁸⁸. Апелляционная камера далее подробно остановилась на роли международного суда в этой деятельности по разработке и уточнению общих принципов права в международной юриспруденции, заявив следующее:

Это не означает, что полномочия Трибунала по рассмотрению дел о неуважении к суду или поведению, препятствующем отправлению правосудия, в любой ситуации совпадают с полномочиями национальных судов, поскольку его юрисдикция в качестве международного суда должна

²⁸⁵ *Prosecutor v. Anto Furundžija* (см. сноску 237 выше), para. 178.

²⁸⁶ *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.* (см. сноску 231 выше), para. 677.

²⁸⁷ *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Order Denying A Motion for Provisional Release (см. сноску 284 выше).

²⁸⁸ *Prosecutor v. Duško Tadić (Contempt)* (см. сноску 249 выше), para. 15.

учитывать его различные условия в рамках базовой структуры международного сообщества²⁸⁹.

146. Судебная камера в деле *Делалича и др.* определила, что принцип *nullum crimen sine lege* на национальном и международном уровнях отличается «с точки зрения их применения и стандартов»:

В то время как процесс криминализации в национальной системе уголовного правосудия зависит от законодательства, которое диктует время, когда поведение запрещено, и содержание такого запрета, международная система уголовного правосудия достигает той же цели посредством договоров или конвенций или посредством обычной практики одностороннего обеспечения соблюдения запрета государствами.

Поэтому можно предположить, что принципы законности в международном уголовном праве в отношении их применения и стандартов отличаются от соответствующих принципов национальных правовых систем. Они, по-видимому, отличаются тем, что преследуют очевидную цель необходимости поддержания равновесия между отправлением правосудия и справедливостью по отношению к обвиняемым, а также сохранения мирового порядка²⁹⁰.

147. В связи с этим Апелляционная камера в деле *Челебичи* позднее заявила, что международное право определяет воздействие национальных законов в международном плане. Она заявила, что: «Один из устоявшихся принципов международного права заключается в том, что воздействие внутригосударственных законов в международном плане определяется международным правом»²⁹¹.

148. В деле *Тадича* Судебная камера высказала предположение о том, что принцип *jus de non evocando*, хотя он и фигурирует в ряде национальных конституций, «не применяется» в отношении полномочий Совета Безопасности:

Была также сделана ссылка на принцип *jus de non evocando*, фигурирующий в ряде национальных конституций. Однако этот принцип, если он требует, чтобы обвиняемого судили законным образом создаваемые суды, а не какой-то специальный трибунал, учрежденный для этой конкретной цели, не применяется, когда речь идет об осуществлении Советом Безопасности, действующим на основании главы VII, полномочий, предоставленных ему Уставом Организации Объединенных Наций²⁹².

149. Касаясь принципа, согласно которому трибунал должен быть «создан на основании закона», Апелляционная палата в деле *Тадича* пришла к выводу о том, что, хотя принцип, согласно которому трибунал должен быть создан на законном основании, является «общим принципом права», он не может быть транспонирован, т.е. он не применяется «в международном суде», даже если он применяется «в контексте национальных правовых систем»:

... Податель апелляции не убедил настоящую Камеру в том, что требования, изложенные в этих трех конвенциях, должны применяться не только в контексте национальных правовых систем, но и в отношении разбирательств, проводимых в международном суде. Однако Камера убеждена в том, что принцип, согласно которому трибунал должен быть создан на основании закона, как поясняется ниже, является общим принципом права,

²⁸⁹ *Ibid.*, para. 18.

²⁹⁰ *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.* (см. сноску 231 выше), paras. 404–405.

²⁹¹ *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al. (Appeal)* (“*Čelebići case*”) (см. сноску 231 выше), para. 76.

²⁹² *Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion on Jurisdiction, 10 August 1995, Trial Chamber, para. 37.

налагающим международное обязательство, которое применяется только к отправлению уголовного правосудия на национальном уровне. Из этого принципа следует, что все государства обязаны организовать свою систему уголовного правосудия таким образом, чтобы всем лицам было гарантировано право на предъявление уголовного обвинения, определяемого трибуналом, созданным на основании закона. Однако это не означает, что, напротив, международный уголовный суд может быть создан лишь по прихоти группы правительств. Такой суд должен опираться на верховенство права и предоставлять все гарантии, закрепленные в соответствующих международных документах. Тогда можно сказать, что суд «создан на основании закона»²⁹³.

150. Апелляционная камера конкретно отвергла применимость принципа «в международно-правовой системе» с точки зрения разделения властей в связи с различной структурой международного разграничения полномочий:

Очевидно, что разделение на законодательную, исполнительную и судебную ветви власти, которое в значительной степени соблюдается в большинстве национальных систем, не применяется ни к международному контексту, ни, более конкретно, к условиям, в которых существует такая международная организация, как Организация Объединенных Наций. Среди главных органов Организации Объединенных Наций разделение между судебными, исполнительными и директивными функциями не является четким. Что касается судебной функции, то Международный Суд, несомненно, является «главным судебным органом».... Однако в системе Организации Объединенных Наций и, в более общем плане, в мировом сообществе нет ни одного законодательного органа, в техническом смысле этого слова, и ни одного парламента. Иными словами, не существует корпоративного органа, официально уполномоченного принимать законы, имеющие обязательную юридическую силу для субъектов международного права.

Очевидно, что по отношению к органам Организации Объединенных Наций невозможно применить вышеупомянутую классификацию полномочий, которая существует в национальном законодательстве государств. Действительно, податель апелляции согласился с тем, что конституционная структура Организации Объединенных Наций не соответствует разграничению полномочий, часто встречающемуся в национальных конституциях. Следовательно, элемент разделения властей, отраженный в требовании о том, что трибунал «создается на основании закона», не находит применения в международно-правовом контексте. Вышеупомянутый принцип может налагать на государства лишь обязательство, касающееся функционирования их собственных национальных систем²⁹⁴.

151. Однако в отношении того же принципа, согласно которому трибунал должен быть создан на основании закона, когда он рассматривается в связи с верховенством права, Апелляционная камера заявила, что этот принцип может применяться в контексте международного права. При этом Апелляционная камера сослалась также на международные документы и пришла к выводу о том, что Трибунал по смыслу понятия «верховенство права» действительно «создан в соответствии с принципом верховенства права»:

Третье возможное толкование требования о том, что Международный трибунал должен быть «создан на основании закона», заключается в том, что

²⁹³ *Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (см. сноску 231 выше), para. 42.

²⁹⁴ *Ibid.*, para. 43.

его создание должно согласовываться с принципом верховенства права. Как представляется, это наиболее разумное и вероятное значение данного термина в контексте международного права. Для того чтобы такой трибунал был создан в соответствии с принципом верховенства права, он должен быть создан в соответствии с надлежащими международными стандартами; он должен обеспечивать все гарантии справедливости, правосудия и равноправия в полном соответствии с международно признанными документами по правам человека.

Такое толкование гарантии того, что трибунал «создан на основании закона», подтверждается анализом Международного пакта о гражданских и политических правах. ...

...

Эта озабоченность в отношении специальных трибуналов, которые функционируют таким образом, что не могут предоставить лицу, дело которого они рассматривают, основные гарантии справедливого судебного разбирательства, также лежит в основе толкования Комитетом по правам человека Организации Объединенных Наций фразы «созданным на основании закона», содержащейся в пункте 1 статьи 14 Международного пакта о гражданских и политических правах. ...

Анализ Устава Международного трибунала и Правил процедуры и доказывания, принятых в соответствии с этим Уставом, позволяет сделать вывод о том, что он был учрежден в соответствии с принципом верховенства права²⁹⁵.

5. Функции и связь с другими источниками международного права

а) Функции

152. Функция общих принципов права при заполнении пробелов в отсутствие других источников международного права, на которые можно было бы опираться для решения того или иного вопроса, была изложена Судебной камерой в деле *Купрешикича и др.* Хотя в этом деле был сделан вывод об отсутствии «общего принципа уголовного права, общего для всех основных правовых систем мира»²⁹⁶ в отношении изменения правовой квалификации фактов, Судебная камера, тем не менее, постановила, что в целом пробел в правовых рамках Трибунала можно было бы восполнить путем ссылки на общие принципы права, заявив, что: «В случае необходимости Судебная камера использует такие принципы для заполнения любых пробелов в Уставе Международного трибунала и в обычном праве»²⁹⁷. Далее она подробно остановилась на предусматривающей заполнение пробелов функции общих принципов права, отметив, что в этом контексте общие принципы могут применяться как *principaliter* (для решения основных вопросов), так и *incidenter tantum* (в связи с дополнительной юрисдикцией трибунала):

Таким образом, нормативным сводом, который должен применяться Трибунала *principaliter*, т.е. для принятия решений по основным вопросам, представленным на его рассмотрение, является международное право. Действительно, Трибуналу вполне может быть рекомендовано опираться на национальное законодательство для заполнения возможных пробелов в Уставе или в международном обычном праве. Например, ему, возможно,

²⁹⁵ *Ibid.*, paras. 45–46.

²⁹⁶ *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.* (see footnote 231 above), para. 738.

²⁹⁷ *Ibid.*, para. 677.

придется внимательно изучить национальное законодательство или национальные судебные решения и опираться на них, чтобы определить возникновение общего принципа уголовного права, общего для всех основных систем мира. Кроме того, Трибунал, возможно, будет должен применять национальное законодательство *incidenter tantum*, т.е. при осуществлении своей дополнительной юрисдикции. Например, при определении того, применима ли статья 2 Устава (о серьезных нарушениях), Трибуналу, возможно, придется установить, было ли одно из перечисленных действий совершено в отношении лица, считающегося «состоящим под защитой» согласно четвертой Женевской конвенции 1949 года. С этой целью ему, возможно, придется удостовериться в том, что лицо имело гражданство государства, отличного от вражеской воюющей стороны или оккупирующей державы. Очевидно, что этот анализ может быть проведен только на основании соответствующего национального законодательства страны гражданства соответствующего лица. Однако факт остается фактом, что главный свод права, который Трибунал призван применять для вынесения решений по делам, переданным ему на рассмотрение, — это международное право²⁹⁸.

153. В контексте вынесения приговоров за преступления против человечности Судебная камера по делу *Эрдемовича* сослалась на «общие принципы права, признанные всеми государствами», с тем чтобы заполнить пробел в праве, в отношении которого в Уставе и Правилах процедуры и доказывания Трибунала отсутствуют какие-либо дополнительные указания применительно к деталям порядка вынесения приговоров:

За исключением ссылки на общую практику в отношении приговоров, предусматривающих тюремное заключение, в судах бывшей Югославии, которая будет обсуждаться ниже, и на наказание в виде пожизненного лишения свободы, Судебная камера отмечает, что в Уставе и Правилах не содержится никаких дополнительных указаний в отношении срока тюремного заключения, к которому могут быть приговорены лица, совершившие преступления, подпадающие под юрисдикцию Международного трибунала, в том числе преступления против человечности. В целях пересмотра шкалы наказаний, применяемых за преступления против человечности, Судебная камера определит особенности, характеризующие такие преступления, и связанные с ними наказания в соответствии с международным правом и национальными законами, которые являются выражением общих принципов права, признанных всеми странами²⁹⁹.

154. Порой Трибунал, как представляется, использовал общие принципы права в качестве средства толкования норм или рассмотрения вопроса о действительности или согласованности норм. В деле *Кунрешича и др.* Судебная камера использовала общие принципы в качестве инструмента для обеспечения соответствия понятия преследования принципам уголовного права, заявив следующее:

Таким образом, Судебная камера призвана рассмотреть вопрос о том, какие деяния, не охватываемые статьей 5 Устава Международного трибунала, могут быть включены в понятие преследования. Очевидно, что Судебная камера должна сформулировать четкое понятие преследования, с тем чтобы решить, подпадают ли под ее юрисдикцию преступления, вменяемые в вину по данному делу. Кроме того, это понятие должно соответствовать общим принципам уголовного права, таким как принципы законности и конкретности. Во-первых, Судебная камера рассмотрит, какие виды

²⁹⁸ *Ibid.*, para. 539.

²⁹⁹ *Prosecutor v. Drazen Erdemović* (см. сноску 236 выше), para. 26.

деяний, помимо других категорий преступлений против человечности, были сочтены представляющими собой преследование. Во-вторых, она изучит вопрос о том, есть ли элементы, лежащие в основе этих деяний, которые помогают определить преследование³⁰⁰.

155. В качестве инструментов толкования функция общих принципов заключается также в расширении правовых понятий. В деле *Фурунджии* Судебная камера использовала принцип уважения человеческого достоинства для широкого толкования преступления изнасилования, предусмотрев, что как повод для озабоченности «понятие, согласно которому осуждение за насильственное вагинальное или анальное проникновение носит более позорящий характер, чем осуждение за насильственное оральное проникновение», «значительно перевешивается основополагающим принципом защиты человеческого достоинства, принципом, который позволяет расширить определение изнасилования»³⁰¹. Она отметила также, что нет необходимости в том, чтобы обладающая юрисдикцией страна гражданства обвиняемого поддерживала это более широкое определение, поскольку «общему принципу *nullum crimen sine lege* не противоречит предъявление обвиняемому обвинений в насильственном оральном половом сношении в качестве изнасилования, когда в некоторых странах, включая его собственную, ему может быть предъявлено обвинение только в опасном посягательстве сексуального характера в связи с теми же деяниями»³⁰².

156. В деле *Блашкича* Судебная камера сослалась на общие принципы уголовного права, в частности, в целях обеспечения согласованности своего подхода:

Судебная камера согласна с мнениями, вытекающими из прецедентного права Трибунала, т.е. о том, что отдельные лица могут привлекаться к ответственности за их участие в совершении преступлений, подпадающих под действие положений статьи 7(1) Устава, касающихся индивидуальной уголовной ответственности. Такой подход согласуется с общими принципами уголовного права и международного обычного права³⁰³.

157. Опираясь на общие принципы права, упоминаемые в статье 15 Международного пакта о гражданских и политических правах, для рассмотрения правил, касающихся наказания, Судебная камера в деле *Эрдемовича* определила, что крайне серьезные нарушения «общепринятых принципов международного права» могут быть наказуемы следующим образом:

пункт 2 [статьи 15 Международного пакта о гражданских и политических правах] предусматривает, что «ничто 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». По этому вопросу в 1949 году Специальный апелляционный суд Нидерландов, воспользовавшись линией защиты, основанной на принципе *nulla poena sine lege*, в деле, касающемся преступления против человечности, заявил следующее:

«... Принцип, согласно которому ни одно деяние не является наказуемым[кроме как] в силу предшествующего ему положения закона, направлен на создание гарантии правовой безопасности и личной свободы. ... Однако в этом принципе нет ничего абсолютного. На его функционирование могут влиять другие принципы, признание которых касается не менее

³⁰⁰ *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.* (см. сноску 231 выше), para. 609.

³⁰¹ *Prosecutor v. Anto Furundžija* (см. сноску 237 выше), para. 184.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ *Prosecutor v. Tihomir Blaškić* (см. сноску 273 выше), para. 264 (сноски опущены).

важных интересов правосудия. Эти последние интересы не позволяют считать не наказуемыми чрезвычайно серьезные нарушения общепринятых принципов международного права (нарушения, чей преступный характер на момент их совершения уже был, вне всякого сомнения, установлен) исключительно на том основании, что ранее существовавшая угроза наказания отсутствовала»³⁰⁴.

158. Судебная камера также сослалась как на национальное, так и на международное право в качестве источника таких общих принципов права. Она отметила, что она провела обзор международного и национального права, уделив особое внимание законам бывшей Югославии³⁰⁵, и определила, что существует «общий для всех стран общий принцип права, согласно которому самые суровые наказания применяются за преступления против человечности в национальных правовых системах»:

Как и в международном праве, государства, которые включают преступления против человечности в свое национальное законодательство, предусматривают, что совершение таких преступлений повлечет за собой применение наиболее суровых мер наказания, разрешенных в их соответствующих системах. Что касается соответствующих законов в бывшей Югославии, которые будут подробно рассмотрены ниже, то на данном этапе необходимо лишь упомянуть, что Уголовный кодекс Социалистической Федеративной Республики Югославия (далее «Уголовный кодекс бывшей Югославии») предусматривает самые суровые наказания за совершение актов геноцида или военных преступлений против гражданского населения.

Таким образом, Судебная камера отмечает, что существует общий для всех стран общий принцип права, согласно которому за преступления против человечности в национальных правовых системах применяются самые суровые наказания. Таким образом, она приходит к выводу о том, что в международном праве существует стандарт, согласно которому преступление против человечности является чрезвычайно тяжким и требует применения наиболее суровых мер наказания при отсутствии смягчающих обстоятельств³⁰⁶.

159. Апелляционная камера и Судебная камера в деле *Халиловича* применяли «принцип, лежащий в основе правила»³⁰⁷, причем речь шла о «общем принципе, согласно которому свидетели в Трибунале должны давать свои показания устно»³⁰⁸, а правило заключалось в том, что признание создавало презумпцию добровольности:

Кроме того, в свете доказательств, представленных заявителем в связи с добровольным характером собеседования, Судебная камера должна была в полной мере изучить обстоятельства, связанные с проведением этого собеседования. Хотя Судебная камера сама не сослалась на правило 92 Правил, представляется, что Судебная камера применяла принцип, лежащий в основе этого правила, при вынесении своего решения³⁰⁹.

³⁰⁴ *Prosecutor v. Drazen Erdemović* (см. сноску 236 выше), para. 38 (ссылка на *Hans Albin Rauter* case at the Special Court of Cassation of the Netherlands, 12 January 1949, в H. Lauterpracht, ed., *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases: Year 1949* (London, Butterworth, 1955), pp. 526–548, at p. 543).

³⁰⁵ При вынесении вышеуказанного заключения Судебная камера не привела примеров соответствующих законов других стран, помимо бывшей Югославии.

³⁰⁶ *Prosecutor v. Drazen Erdemović* (см. сноску 236 выше), paras. 30–31.

³⁰⁷ *Prosecutor v. Sefer Halilović (Interlocutory)* (см. сноску 248 выше), para. 46.

³⁰⁸ *Ibid.*, para. 16.

³⁰⁹ *Ibid.*, para. 46 (сноска опущена).

160. В деле *Деронича* аналогичный «общий принцип ..., лежащий в основе уголовного права», был выявлен Апелляционной камерой, которая использовала его при толковании характера индивидуальной ответственности:

Заявление ... о том, чтоотягчающие обстоятельства должны относиться «к самому правонарушителю», не следует воспринимать как правило, что такие обстоятельства должны конкретно относиться к личным качествам правонарушителя. Скорее, оно просто отражает общий принцип индивидуальной ответственности, лежащий в основе уголовного права: лицо не может быть привлечено к ответственности за какое-либо действие, если только его действия или бездействие не оправдывают его привлечение к ответственности. Так, например, индивиды не несут ответственности — ни для целей осуждения, ни для целей вынесения приговора — за непредвиденные действия других людей, участвующих в осуществлении того или иного плана. С другой стороны, возложение на лицо ответственности за то, что оно воспользовалось уязвимостью своих жертв, вполне вписывается в это понятие индивидуальной ответственности. Здесь податель апелляции не только знал о беззащитности своих жертв и воспользовался этим, но и усугубил ее через посредство заявлений Милютина Милошевича ...³¹⁰.

161. Судебная камера в деле *Крноелаца* рассматривала презумпцию невиновности, содержащуюся в Уставе Трибунала, как «воплощение общего принципа права». Она «применила по отношению к обвиняемому презумпцию невиновности, изложенную в статье 21(3) Устава, которая воплощает в себе общий принцип права, с тем чтобы обвинение несло бремя установления вины обвиняемого, и в соответствии с правилом 87(А) обвинение должно доказать наличие вины, не вызывающей разумных сомнений»³¹¹.

162. В деле *Челебичи* Апелляционная камера сослалась на «принципы, применяемые в национальных юрисдикциях» в качестве инструментов толкования, заявив, что «национальными принципам следует пользоваться только в том случае, если это необходимо для получения ориентиров при толковании Правил [Трибунала]»:

Апелляционная камера напоминает, что ссылка на принципы, применяемые в национальных юрисдикциях, может быть полезна как судебным камерам, так и Апелляционной камере при толковании положений Статута и Правил. Однако правило 89(А) Правил прямо предусматривает, что Камеры «не связаны национальными правилами доказывания». Первостепенное значение имеет то, что Судебная камера «применяет правила доказывания, которые в наибольшей степени обеспечивают справедливое разрешение рассматриваемого ею вопроса и согласуются с духом Устава и общими принципами права». Апелляционная камера отмечает, что Судебная камера пришла к выводу о том, что подразумеваемым в этом принципе является «применение Судебной камерой национальных правил доказывания». Напротив, Апелляционная камера подтверждает, что правила доказывания, прямо предусмотренные в Правилах, должны применяться в первую очередь, при этом национальные принципы применяются только в том случае, если это необходимо для получения ориентиров при толковании этих Правил³¹².

³¹⁰ *Prosecutor v. Miroslav Deronjić*, Case No. IT-02-61-A, Judgment on Sentencing Appeal, 20 July 2005, Appeals Chamber, para. 124.

³¹¹ *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Case No. IT-97-25-T, Judgment of 15 March 2002, Trial Chamber II, para. 66.

³¹² *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al. (Appeal)* ("*Celebici case*") (см. сноску 231 выше), para. 538 (сноски опущены).

б) Связь с другими источниками международного права

163. Некоторые из прецедентов, рассмотренных для целей настоящего меморандума, указывают на иерархию между различными источниками международного права, однако в некоторых прецедентах понятие «принципы» также трактуется таким образом, что оно может быть истолковано как ссылка на другие источники международного права, помимо общих принципов права, такие как международное обычное право или международное конвенционное право.

164. Что касается возможной иерархии источников международного права, то Судебная камера в деле *Купрешича и др.*, как представляется, перечислила по порядку некоторые источники для определения преследования, заявив, что, используя в качестве подспорья конвенционные и обычные источники международного права, Трибунал должен опираться на различные типы общих принципов (общие принципы «международного уголовного права», «уголовного права, общего для основных правовых систем мира» и «согласующиеся с основными требованиями международного правосудия»). Судебная камера объяснила это следующим образом:

Поскольку ни беженское право, ни проект КМП не являются диспозитивными в этом вопросе, при решении вопросов, касающихся сферы охвата положения о преследовании, Судебная камера должна в обязательном порядке обратиться к международному обычному праву. Действительно, в любой момент, когда Устав не регулирует какой-либо конкретный вопрос, а доклад Генерального секретаря никак не помогает в толковании Устава, Международный трибунал должен опираться на i) нормы международного обычного права или ii) общие принципы международного уголовного права; или, в отсутствие таких принципов, iii) общие принципы уголовного права, общие для основных правовых систем мира; или, в отсутствие таких принципов, iv) общие принципы права, согласующиеся с основными требованиями международного правосудия»). Следует исходить из того, что составители стремились к тому, чтобы Устав основывался на международном праве, в связи с чем любые возможные пробелы должны заполняться путем обращения к этому своду норм³¹³.

165. В деле *Фурунджии* Судебная камера, судя по всему, соблюдала аналогичную последовательность источников при обсуждении элементов преступления изнасилования. Она начала с «международного конвенционного или обычного права» и «общих принципов международного уголовного права или ... общих принципов международного права». После того как обращение к этим источникам не принесло никаких результатов, Судебная камера сочла, что «необходимо искать принципы уголовного права, общие для основных правовых систем мира», с тем чтобы «действуя со всей должной осмотрительностью, заимствовать принципы из национального законодательства»:

Настоящая Судебная камера отмечает, что из международного конвенционного 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

³¹³ *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.* (см. сноску 231 выше), para. 591.

принципы можно, действуя со всей должной осмотрительностью, заимствовать из национального законодательства³¹⁴.

166. Судебная камера в деле *Кунараца и др.* сослалась на дело *Фурунджии*, заявив следующее:

Конкретные элементы преступления изнасилования, которые не изложены ни в Уставе, ни в международном гуманитарном праве или документах по правам человека, были предметом рассмотрения Судебной камерой в деле *Фурунджии*. Тогда Судебная камера отметила, что в решении Международного уголовного трибунала по Руанде по делу *Акайесу* Судебная камера определила изнасилование как «физическое посягательство сексуального характера, совершенное лицом в условиях принуждения». Затем она рассмотрела различные источники международного права и пришла к выводу о том, что элементы преступления изнасилования не могут быть выведены ни из международного конвенционного или обычного права, ни из «общих принципов международного уголовного права или ... общих принципов международного права». Она пришла к выводу о том, что ... необходимо искать принципы уголовного права, общие для основных правовых систем мира. ...». Судебная камера установила, что на основе проведенного ею обзора национального законодательства ряда государств *actus reus* преступления изнасилования заключается в следующем: ...³¹⁵.

167. Что касается международного обычного права, то некоторые ссылки на термин «принципы» в судебной практике Трибунала могут касаться не общих принципов права как источника права, а принципов, которые составляют часть свода норм международного обычного права. Например, в докладе Генерального секретаря 1993 года принцип *nullum crimen sine lege* упоминается следующим образом: «применение принципа *nullum crimen sine lege* требует, чтобы международный трибунал руководствовался теми нормами международного гуманитарного права, которые бесспорно являются частью обычного права, с тем чтобы не возникала проблема участия в конкретных конвенциях по международному гуманитарному праву не всех, а лишь некоторых государств»³¹⁶. Аналогичным образом, Судебная камера в решении по делу *Халиловича* сослалась на принципы международного обычного права: «Принцип индивидуальной уголовной ответственности командиров за неспособность предотвратить или наказать преступления, совершенные их подчиненными, является установленным принципом международного обычного права. Статья 7(3) Устава применима ко всем действиям, упомянутым в его статьях 2–5, и применяется как к международным вооруженным конфликтам, так и к вооруженным конфликтам немеждународного характера»³¹⁷.

168. В другом случае сторона обвинения провела различие между международным обычным правом и общим принципом международного уголовного права в исправлении к материалам дела *Хаджихасановича и др.*, утверждая следующее:

Понятие «международное обычное право» в вышеупомянутой фразе представляет собой ошибку и должно быть заменено понятием «международное уголовное право». Правильное предложение гласит:

³¹⁴ *Prosecutor v. Anto Furundžija* (см. сноску 237 выше), para. 177.

³¹⁵ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac et al.* (см. сноску 243 выше), para. 437 (сноски опущены).

³¹⁶ S/25704 и Corr.1, п. 34.

³¹⁷ *Prosecutor v. Sefer Halilović*, Case No. IT-01-48-T, Judgment of 16 November 2005, Trial Chamber I, para. 55.

«Выявление Судебной камерой эволюции этого принципа в общий принцип *международного уголовного права*, таким образом, дало ответ на утверждение заявителя» (курсив добавлен)³¹⁸.

169. В деле *Тадича* Апелляционная камера высказала предположение о том, что материальные источники, необходимые для установления существования нормы международного обычного права или «общего принципа», могут быть аналогичными:

Прежде чем указывать на определенные принципы и нормы обычного права, возникшие в международном сообществе для целей регулирования гражданских беспорядков, необходимо напомнить об осторожности применительно к нормотворческому процессу в области права вооруженных конфликтов. При попытке прояснить практику государств с целью установить факт существования той или иной обычной нормы или общего принципа трудно, если не невозможно, отыскать конкретные примеры поведения солдат на поле сражения, позволяющие оценить, соблюдают ли они определенные стандарты поведения или игнорируют их. ... Поэтому при оценке формирования норм обычного права или общих принципов следует понимать, что, ввиду внутренней природы рассматриваемого предмета, необходимо опираться в первую очередь на такие элементы, как официальные заявления государств, военные наставления и судебные решения³¹⁹.

170. Однако в этом деле не совсем ясно, идет ли речь о выявлении международного обычного права или общих принципов права, поскольку она заявила следующее:

Практика государств показывает, что общие принципы международного обычного права эволюционировали в отношении внутренних вооруженных конфликтов также и в областях, связанных с методами ведения войны. В дополнение к тому, что было сказано выше, в связи с запретом на нападения на гражданских лиц на театре военных действий можно упомянуть и о запрете вероломства. Так, например, в одном из дел, переданных на рассмотрение нигерийских судов, Верховный суд Нигерии постановил, что повстанцы не должны прикидываться гражданскими лицами, участвуя в военных операциях³²⁰.

В. Международный уголовный трибунал по Руанде

1. Применимые источники права и терминология

171. Устав Международного трибунала по Руанде в значительной степени повторяет соответствующие формулировки Устава Международного трибунала по бывшей Югославии, аналогичным образом предусматривая в статье 27 (Поминание или смягчение приговоров), что Председатель Трибунала может выносить решения, касающиеся приговоров, исходя, в частности, из «общих принципов права»:

Если в соответствии с применимым законодательством государство, в котором отбывает тюремное заключение осужденное лицо, он или она имеет

³¹⁸ *Prosecutor v. Enver Hadžihasanović et al.*, Case No. IT-01-47-AR72, Corrigendum to the Prosecution's Response to Defence Interlocutory Appeal on Jurisdiction Filed on 9 December 2002, 20 December 2002, Appeals Chamber, para. 5.

³¹⁹ *Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction (см. сноску 231 выше), para. 99.

³²⁰ *Ibid.*, para. 125.

право на помилование или смягчение приговора, то соответствующее государство надлежащим образом уведомляет об этом Международный уголовный трибунал по Руанде. Помилование или смягчение приговоров возможно лишь в том случае, если такое решение принимается Председателем Международного уголовного трибунала по Руанде исходя из интересов правосудия и общих принципов права.

172. Кроме того, как и в случае Международного трибунала по бывшей Югославии, в Уставе Механизма содержится ссылка на общие принципы права, аналогичная статье 27 Устава Международного уголовного трибунала по Руанде выше. Статья 26 Устава Механизма (Помилование или смягчение приговоров) предусматривает, что «Помилование или смягчение приговоров возможно лишь в том случае, если такое решение принимается Председателем Механизма исходя из интересов правосудия и общих принципов права».

173. Многие дела Международного уголовного трибунала по Руанде и Механизма, в которых упоминаются «общие принципы права», являются делами, в которых соответствующее решение включает прямую ссылку на уставные формулировки³²¹. Иногда, однако, не делается никаких дополнительных ссылок, кроме такого упоминания «общих принципов» или конкретных принципов³²². В других случаях излагается соответствующая дискуссия. Например, Судебная камера Трибунала подробно остановилась в деле *Нтакирутиманы* на видах общих принципов, которые касаются оценки доказательств и которые Трибунал разработал в своей судебной практике:

При рассмотрении вопросов, касающихся доказательств и не урегулированных Правилами, Камера применяет правила доказывания, которые в наибольшей степени обеспечивают справедливое разрешение рассматриваемого ею вопроса и согласуются с духом Устава и общими принципами права, как это разрешено правилом 89 (В). Камера приняла во внимание прецедентное право Трибунала, в котором были установлены общие принципы, касающиеся оценки доказательств. Например, решение по делу *Акайесу* содержит важные заявления, касающиеся, в частности, силы доказательств; использования свидетельских показаний; влияния травмы на показания свидетелей; проблемы перевода с языка киньяруанда на французский и английский языки; и культурных факторов, влияющих на показания свидетелей. В последующем прецедентном праве Трибунал разработал принципы, касающиеся вопросов доказывания, последним из которых является решение по делу *Обвинитель против Игнаса Багилишемы*. Камера вернется к этим принципам, когда это будет необходимо³²³.

174. Что касается терминологии, относящейся к общим принципам права, то в некоторых случаях Международный трибунал по бывшей Югославии прямо использовал терминологию статьи 38 Статута Международного Суда. Международный уголовный трибунал по Руанде в деле *Рвамакубы* сослался на «общие

³²¹ См., например, *Prosecutor v. Obed Ruzindana*, Case No. MICT-12-10-ES, Decision of the President on the Early Release of Obed Ruzindana, 13 March 2014, President of the Mechanism, para. 7; *Prosecutor v. Gérard Ntakirutimana*, Case No. MICT-12-17-ES, Public Redacted Version of the 26 March 2014 Decision of the President on the Early Release of Gérard Ntakirutimana, 24 April 2014, President of the Mechanism, para. 6; *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana*, Case No. MICT-13-37-ES.I, Public Redacted Version of the 22 September 2016 Decision of the President on the Early Release of Ferdinand Nahimana, 5 December 2016, President of the Mechanism, paras. 7 and 10.

³²² См., например, *Prosecutor v. Jean Kambanda*, Case No. ICTR-97-23-S, Judgment and Sentence of 4 September 1998, Trial Chamber I, para. 8.

³²³ *Prosecutor v. Elizaphan and Gérard Ntakirutimana*, Cases Nos. ICTR-96-10 and ICTR-96-17-T, Judgment and Sentence of 21 February 2003, Trial Chamber I, para. 32 (сноски опущены).

принципы права, как они понимаются в статье 38 Статута Международного Суда» как часть представления Секретаря по этому делу, утверждая, что постановления о финансовой компенсации разрабатываются в рамках общих принципов права, и постановив следующее:

«В данном деле Секретарь оспаривает полномочия Камеры на предоставление финансовой компенсации Андре Рвамакубе за нарушение его права на юридическую помощь. Он утверждает, что постановления о финансовой компенсации тем, чьи права были нарушены, разрабатываются только в рамках общих принципов права, как они понимаются в статье 38 Статута Международного Суда, и еще не закреплены в принципах Устава Организации Объединенных Наций, конвенционном или обычном праве»³²⁴.

175. Однако в этом решении Судебная камера постановила, что «одним из основополагающих принципов международных норм и стандартов в области прав человека, на который сослалась Апелляционная камера, заключается в том, что любое нарушение права человека влечет за собой предоставление эффективного средства правовой защиты»³²⁵. Судебная камера также отклонила представление Секретаря, таким образом, косвенно указав на то, что принцип компенсации не является принципом, находящимся в стадии разработки в рамках общих принципов права, заявив следующее: «аргумент Секретаря не убедил Камеру». Во-первых, в пяти международных документах по правам человека прямо говорится о праве на компенсацию или реституцию»³²⁶, и «кроме того, Межамериканский суд по правам человека и Европейский суд по правам человека уполномочены выносить решения о выплате финансовой компенсации жертвам нарушений прав человека»³²⁷. Соответственно, Судебная камера заявила, что: «поэтому Камера считает, что нельзя говорить о том, что постановления о финансовой компенсации тем, чьи права были нарушены, находятся только в стадии разработки в международном праве»³²⁸.

2. Происхождение

176. Трибунал, касаясь вопроса о происхождении общих принципов права, указал, что они вытекают из национальных правовых систем, и изучил в этой связи различные правовые системы. В то же время Трибунал также опирался на международное право и судебную практику в процессе выявления общих принципов права, иногда в сочетании с национальным законодательством³²⁹.

177. Обвинитель по делу *Багосоры и 28 др.* утверждал, что на основе обзора национальных правовых систем можно выявить неотъемлемое право на обжалование в качестве «общего принципа права»:

Обвинитель утверждает, что неотъемлемое право на обжалование может быть основано на практике судов в национальных юрисдикциях.

³²⁴ *Prosecutor v. André Rwamakuba*, Case No. ICTR-98-44C-T, Decision on Appropriate Remedy, 31 January 2007, Trial Chamber III, para. 53.

³²⁵ *Ibid.*, para. 16.

³²⁶ *Ibid.*, para. 54 (сноска опущена) (ссылка, в частности, на Международный пакт о гражданских и политических правах и Комитет по правам человека).

³²⁷ *Ibid.*, para. 55.

³²⁸ *Ibid.*, para. 56.

³²⁹ См., например, *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment of 2 September 1998, Trial Chamber I; *Prosecutor v. Justin Mugenzi and Prosper Mugiraneza*, Decision on Motion for Declaration of Lack of Jurisdiction or, in the Alternative, for Damages, Case No. MICT-14-75, Before a Single Judge of the Mechanism, 23 November 2016; *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, Case No. ICTR-95-1-T, Judgment of 21 May 1999, Trial Chamber II.

Утверждается, что обзор национального законодательства свидетельствует о существовании общего принципа права, согласно которому в отсутствие ясно выраженного положения об обратном право на обжалование, как правило, вытекает из решений нижестоящего суда. Обвинитель ссылается на положения уголовно-процессуальных кодексов таких стран континентального права, как Франция, Сенегал и Германия, где решения нижестоящих судов об отклонении обвинительного заключения всегда могут быть обжалованы в вышестоящем суде, а также на средства правовой защиты *mandamus* и *certiorari* в таких странах общего права, как Соединенные Штаты и Соединенное Королевство.

По мнению Обвинителя, Апелляционная камера может экстраполировать аналог таких правил для установления юрисдикции в апелляционной инстанции. Обвинитель утверждает, что общие принципы права могут применяться международными судами, ссылаясь, в частности, на статью 38 Статута Международного Суда и судебную практику МТБЮ³³⁰.

178. Однако в вышеупомянутом деле Апелляционная камера пришла к выводу о том, что «каждое из правил, цитируемых Обвинителем, основано на четком уставном положении в рамках соответствующей национальной юрисдикции», и поэтому «считает их неприменимыми в данном случае»³³¹.

179. В деле *Акайесы* Судебная камера сослалась на системы континентального права, уделив особое внимание правовой системе Руанды, при обсуждении совокупных уголовных обвинений и определении принципа, допускающего вынесение нескольких обвинительных приговоров:

Камера отмечает, что в странах с системами континентального права, в том числе в Руанде, существует принцип, известный как «идеальная совокупность преступлений», который допускает вынесение нескольких обвинительных приговоров за одно и то же деяние при определенных обстоятельствах. Законодательство Руанды допускает вынесение нескольких обвинительных приговоров при следующих обстоятельствах...³³².

180. Основываясь на национальном законодательстве и международном праве, Судебная камера отметила, что существует такой принцип, который применяется при некоторых обстоятельствах:

С учетом национального законодательства и международного права и судебной практики Камера приходит к выводу о допустимости осуждения обвиняемого за два преступления в связи с одним и тем же комплексом фактов в следующих обстоятельствах: i) когда преступления имеют различные элементы; или (2) когда положения, определяющие состав правонарушения, защищают различные интересы; или 3) когда необходимо зарегистрировать осуждение за оба преступления, чтобы в полной мере описать то, что совершил обвиняемый³³³.

181. При обсуждении элементов соучастия в геноциде в деле *Акайесы* Судебная камера сослалась на признание форм соучастия в «большинстве систем уголовного гражданского права» и в этой связи рассмотрела ряд правовых систем: «Что

³³⁰ *Prosecutor v. Théoneste Bagosora and 28 others*, Case No. ICTR-98-37-A, Decision on the Admissibility of the Prosecutor's Appeal from the Decision of a Confirming Judge Dismissing an Indictment against Théoneste Bagosora and 28 Others, 8 June 1998, Appeals Chamber, paras. 46–47 (сноски опущены).

³³¹ *Ibid.*, para. 48.

³³² *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (см. сноску 329 выше), para. 467 (ссылка в п. 465 также на судебную практику Кассационного суда Франции).

³³³ *Ibid.*, para. 468.

касается физических элементов соучастия в геноциде (*Actus Reus*), то в большинстве систем уголовного гражданского права признаны три формы соучастия ... Следует отметить, что Уголовный кодекс Руанды включает в себя еще две формы такого участия...»³³⁴. В опущенной в этой выдержке сноске содержится конкретная ссылка на Уголовный кодекс Сенегала и новый Уголовный кодекс Франции³³⁵. Трибунал далее заявил, что «Более того, как и во всех системах уголовной юстиции стран континентального права, в странах общего права, в частности в английском праве, как правило, даже не требуется, чтобы соучастник желал совершения основного преступления»³³⁶.

182. Что касается преступления заговора с целью совершения геноцида, то Судебная камера в деле *Мусемы* рассмотрела и сравнила системы континентального и общего права, определив следующее:

Камера отмечает, что системы общего права склонны рассматривать «соглашение (*entente*)» или заговор как конкретную форму соучастия в преступлении, наказуемого как такового. В странах континентального права понятие заговора или «тайного сговора» отступает от принципа, согласно которому лицо не может быть наказано просто за преступный умысел (*“résolution criminalelle”*) или за совершение подготовительных действий. В системах континентального права заговор (тайный сговор) наказуем только в том случае, если его целью является совершение определенных преступлений, считающихся чрезвычайно серьезными, например подрыв безопасности государства³³⁷.

183. После обзора и вывода о том, что «составные элементы ... очень схожи» в обеих системах, Судебная камера дала следующее определение понятию «заговор с целью совершения геноцида»:

Континентальное право различает два вида *actus reus*, квалифицируя два «уровня» «тайного сговора» или заговора. ...

Согласно общему праву, преступление заговора заключается в том, что два или более лица договариваются о достижении общей цели, причем эта цель является преступной.

Камера отмечает, что составные элементы заговора, как они определены в обеих системах, очень схожи. На основании этих элементов Камера считает, что заговор с целью совершения геноцида должен определяться как соглашение между двумя или более лицами о совершении преступления геноцида³³⁸.

184. В деле *Бизимунги и Мугиранезы* Механизм сослался как на национальную, так и на международную системы, когда постановил, что «попытка заявителей продемонстрировать, что многочисленные национальные системы предоставляют средство правовой защиты для оправдания ... не позволяет установить наличие обязательной нормы международного обычного права или общего принципа права, что свидетельствовало бы о том, что эти полномочия относятся к подразумеваемым полномочиям Механизма»³³⁹. Он отметил, что этот факт «был подчеркнут в замечании общего порядка Комитета Организации

³³⁴ *Ibid.*, para. 533.

³³⁵ *Ibid.*, footnote 106.

³³⁶ *Ibid.*, para. 539.

³³⁷ *Prosecutor v. Alfred Musema*, Case No. ICTR-96-13-T, Judgment and Sentence of 27 January 2000, Trial Chamber I, para. 186.

³³⁸ *Ibid.*, paras. 189–191.

³³⁹ *Prosecutor v. Justin Mugenzi and Prosper Mugiraneza* (см. сноску 329 выше), para. 9 (сноска опущена).

Объединенных Наций по правам человека по статье 14 (6) МПГПП: «компенсация не положена, если осуждение снято по результатам обжалования, т. е. до того, как судебное решение становится окончательным»³⁴⁰.

185. В деле *Багосоры и др.* защита отстаивала «общий принцип», одобренный Генеральной Ассамблеей в отношении содержания под стражей:

Защита осуждает то, что она считает «явно чрезмерным» стандартом в отношении условного освобождения, о котором говорится в правиле 65. Общие принципы диктуют, что досудебное содержание под стражей должно быть исключением, а свобода правилом. Этот принцип, как заявила защита [...] был одобрен в ходе обсуждений на Генеральной Ассамблее Организации Объединенных Наций...³⁴¹.

Затем защита утверждала, что «Правило 65 следует толковать в самом широком смысле этого слова, с тем чтобы привести его в соответствие с принципами, закрепленными в международных документах», и что «Поэтому при вынесении своего решения по этому ходатайству Трибунал должен отказаться от применения правила 65 как противоречащего нормам международного права и практике, существующим в цивилизованных судебных системах»³⁴². Однако Судебная камера отклонила это представление, сделав следующий соответствующий вывод:

На практике, как только дело Багосоры будет объединено с другими, действия его сообвиняемого повлияют на права всех сообвиняемых, что обеспечит соблюдение процессуального принципа *beneficisum cohaesionis*. ... Поэтому нельзя позволить, чтобы Багосора воспользовался преимуществами объединения дел, не испытывая при этом связанные с этим неудобства³⁴³.

186. В своем решении по делу *Нахиманы и др.* Судебная камера сослалась главным образом на международные источники, но при обсуждении «центральных принципов ... подстрекательства к дискриминации и насилию» она также сослалась на национальную судебную практику³⁴⁴:

Международное право защищает как право на свободу от дискриминации, так и право на свободу выражения мнений. В статье 7 Всеобщей декларации прав человека предусматривается, что «Все люди имеют право на равную защиту от какой бы то ни было дискриминации ... Статья 19 гласит: «Каждый человек имеет право на свободу убеждений и на свободное выражение их». Оба эти принципа подробно изложены в международных и региональных договорах, как и взаимосвязь между этими двумя основными правами, которая в определенных контекстах может рассматриваться как противоречащая, требующая некоторого согласования³⁴⁵.

Из международной судебной практики по вопросам подстрекательства к дискриминации и насилию вытекает ряд центральных принципов, которые служат полезным руководством в отношении факторов, которые надлежит

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ *Prosecutor v. Théoneste Bagosora et al.*, Case No. ICTR-98-41-T, Decision of 12 July 2002, Trial Chamber III, para. 7.

³⁴² *Ibid.*, para. 8.

³⁴³ *Ibid.*, para. 18.

³⁴⁴ *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana et al.*, Case No. ICTR-99-52-T, Judgment of 3 December 2003, Trial Chamber I, para. 1000.

³⁴⁵ *Ibid.*, para. 983.

учитывать при определении элементов «прямого и публичного подстрекательства к геноциду» применительно к средствам массовой информации³⁴⁶.

Камера считает, что международное право, которое хорошо развито в областях свободы от дискриминации и свободы выражения мнений, является отправной точкой для рассмотрения ею этих вопросов, отмечая, что внутреннее право сильно варьируется, в то время как международное право кодифицирует эволюционирующие универсальные стандарты. Камера отмечает, что судебная практика Соединенных Штатов также признает основополагающие принципы, закрепленные в международном праве, и что они признают в своем внутреннем законодательстве, что подстрекательство к насилию, угрозы, клевета, ложная реклама, непристойности и детская порнография относятся к числу тех форм выражения мнений, которые выходят за рамки защиты свободы слова³⁴⁷.

187. Установив, что разжигание ненависти нарушает «норму международного обычного права», запрещающую дискриминацию, Судебная камера в деле *Нахиманы и др.* также сослалась на «прочно утвердившиеся принципы международного и внутригосударственного права», заявив следующее:

в свете прочно утвердившихся принципов международного и внутреннего права и практики рассмотрения дела *Страйкера* в 1946 году и многих дел в Европейском суде и внутренних судах с тех пор «мотивированные ненавистью заявления, представляющие собой формы этнической и иной дискриминации, нарушают норму международного обычного права, запрещающую дискриминацию». В рамках этой нормы обычного права запрещение пропаганды дискриминации и подстрекательства к насилию приобретает все большее значение, поскольку все шире признается тот факт, что средства массовой информации могут причинять вред³⁴⁸.

188. В деле *Мусемы* Судебная камера установила, что «прецедентное право в отношении принципа индивидуальной уголовной ответственности, сформулированное, в частности, в решениях по делам *Акайесу и Рутаганды*, является достаточно устоявшимся и применимым в данном деле», и отметила, «что принцип индивидуальной уголовной ответственности в соответствии со статьей 6 (1) подразумевает, что планирование или подготовка преступления фактически должны приводить к его совершению³⁴⁹». Что касается происхождения этого принципа, то Судебная камера постановила следующее:

Принцип, определяющий ответственность командиров, вытекает из принципа индивидуальной уголовной ответственности, который был применен Нюрнбергским и Токийским трибуналами. Впоследствии он был кодифицирован в статье 86 Дополнительного протокола I от 8 июня 1977 года к Женевским конвенциям 1949 года.

...

Что касается вопроса о том, применима ли форма индивидуальной уголовной ответственности, о которой говорится в статье 6 (3) Устава, также к лицам, облеченным как военной, так и гражданской властью, то важно отметить, что в ходе токийского процесса гражданские власти были осуждены за военные преступления на основании этого принципа³⁵⁰.

³⁴⁶ *Ibid.*, para. 1000.

³⁴⁷ *Ibid.*, para. 1010 (сноска опущена).

³⁴⁸ *Ibid.*, para. 1076.

³⁴⁹ *Prosecutor v. Alfred Musema* (см. сноску 337 выше), paras. 113 and 115.

³⁵⁰ *Ibid.*, paras. 128 and 132.

3. Признание

189. Трибунал обсудил вопрос о признании в связи с общими принципами права, хотя сфера охвата и степень требуемого признания варьировалась от всех стран до их подгрупп, а также о задействовании международной системы в отношении признания, как это проиллюстрировано ниже.

190. В деле *Акайесы* Судебная камера сослалась на «принципы, признанные во всех правовых системах мира» в качестве частичного основания для того, чтобы считать, что свидетель имеет право на перекрестный допрос, заявив следующее:

Камера считает, что в качестве общего утверждения, направленного на подрыв доверия к свидетелям обвинения, это утверждение не может иметь никакого веса по двум причинам. ... В принципе, справедливым является лишь то, что свидетель, которого защита желает обвинить во лжи, должен иметь возможность выслушать это обвинение и ответить на него. Это правило, действует в общем праве, но это также просто вопрос правосудия и справедливости по отношению к потерпевшим и свидетелям, отражающий принципы, признанные во всех правовых системах во всем мире³⁵¹.

191. В деле *Ншогозы* Судебная камера обсудила вопрос о признании «в международных документах, а также в национальном законодательстве» и признании «современными странами»:

«Защита также утверждает, что разбирательства в Руанде нарушают статью 9 Устава Международного уголовного трибунала по Руанде (*non bis in idem*), аргументируя, что г-ну Ншогозе предъявлены обвинения по тем же утверждениям, которые в настоящее время являются предметом разбирательства. Камера напоминает, что принцип *non bis in idem* является давним общим принципом права, применимым в международных трибуналах и национальных юрисдикциях и признанным в качестве такового в международных документах, а также в национальном законодательстве. Однако в статье 9 Устава МУТР содержится ссылка на принцип *non bis in idem* конкретно в связи с деяниями, представляющими собой серьезные нарушения международного гуманитарного права [...], за которые лицо уже было судимо Международным трибуналом по Руанде. Г-н Ншогоза был судим и осужден этой Камерой за неуважение к Трибуналу. Он не был предан суду и осужден за серьезные нарушения международного гуманитарного права, как это предусмотрено в статье 9. Следовательно, положения статьи 9 не дают настоящей Камере достаточных оснований для осуществления юрисдикции, с тем чтобы обязать Руанду снять обвинения на основании этого положения. Камера может, конечно и вскользь, выразить общее ожидание, что любая судебная власть должна соблюдать общие принципы права, признанные современными странами, несмотря на особую формулировку статьи 9. Однако было бы самонадеянным предположить, что статья 9 предоставила настоящей Камере общие полномочия на издание указаний Руанде или ее судебным органам в отношении соблюдения общих принципов права³⁵².

³⁵¹ *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (см. сноску 329 выше), para. 46 (сноска опущена) (Судебная камера процитировала в этой связи A. Keane, *The Modern Law of Evidence*, 2nd ed. (Oxford, Butterworth, 1989)). См. также *Prosecutor v. Ignace Bagilishema*, Case No. ICTR-95-1A-T, Judgment of 7 June 2001, Trial Chamber I, paras. 142–143.

³⁵² *Prosecutor v. Léonidas Nshogoza*, Case No. ICTR-07-91-T, Decision on Defence Request for Order for Cooperation of the Republic of Rwanda and the United Republic of Tanzania, 28 July 2009, Trial Chamber III, para. 10 (сноска опущена). См. также *Prosecutor v. Ferdinand Nahimana et al.* (см. сноску 344 выше).

192. В деле *Кайишемы и Рузинданы* Судебная камера, обсуждая концепцию геноцида, заявила, что она «признана Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций в качестве принципа международного права», и сослалась на ее истоки в международных документах и судебной практике в целом, отметив при этом, что преступление геноцида рассматривается как часть международного обычного права, указав следующее:

Понятие геноцида впервые появилось в решении Международного военного трибунала (Нюрнберг) от 30 сентября и 1 октября 1946 года, в котором говорилось об уничтожении групп. Запрещение геноцида затем было признано Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций в качестве принципа международного права. Благодаря принятию проекта Конвенции о геноциде в резолюции 260 (A) (III) от 9 декабря 1948 года в международном праве сформировался запрет этого преступления. Конвенция о геноциде получила широкое признание в качестве международного документа по правам человека. Кроме того, обязательство предупреждать преступление геноцида и наказывать за него рассматривается в качестве составной части международного обычного права и нормы *jus cogens*³⁵³.

4. Транспонирование

193. В прецедентном праве Трибунала прямо не обсуждается вопрос о транспонировании, хотя Трибунал обсуждал вопрос о распространении принципов, применимых во внутреннем праве, на сферу международного права. Например, Апелляционная камера сочла, что принцип индивидуализации в том виде, в каком он проявляется во внутренних правовых системах, является «неприменимым» в деле, касающемся «особо вопиющих преступлений»:

Принцип индивидуализации требует, чтобы каждый приговор был вынесен с учетом индивидуальных обстоятельств обвиняемого и тяжести преступления. ... Внутренние суды некоторых стран постановили, что обвиняемому должна быть предоставлена возможность освобождения, даже если он приговорен к лишению свободы до конца жизни. Как заявил Федеральный конституционный суд Германии Апелляционная камера считает, что, независимо от существа дела в контексте национальных правовых систем, где он может применяться «в принципе», это мнение неприменимо в таком деле, как это, в котором речь идет об особо вопиющих преступлениях. Например, Судебная камера приняла во внимание факты о том, что нападение было совершено на место, «которое, по всеобщему признанию, является святилищем, — комплекс приходской церкви в Гикоме», и что «многие люди были убиты». Поэтому Апелляционная камера считает, что утверждение заявителя о том, что приговор в данном деле был «вынесен чисто формально без учета обстоятельств дела [...]», не имеет под собой оснований³⁵⁴.

5. Функции и связь с другими источниками международного права

194. Прецедентное право Трибунала не содержит материалов широкого обсуждения функций общих принципов права и их связи с другими источниками международного права.

195. Судебная камера в деле *Акайесу* при обсуждении общей статьи 3 выделила отдельные функции международного обычного права и общих принципов как

³⁵³ *Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana* (см. сноску 329 выше), para. 88.

³⁵⁴ *Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda*, Case No. ICTR-99-54A-A, Judgment of 19 September 2005, Appeals Chamber, para. 357 (сноски опущены).

отражающие как международное обычное право, так и «общие принципы и нормы внутреннего вооруженного конфликта, охватывающие общую статью 3, но имеющие гораздо большую сферу охвата», чем их эквиваленты в международном обычном праве:

Сегодня очевидно, что нормы общей статьи 3 приобрели статус обычного права в том смысле, что большинство государств в своих внутренних уголовных кодексах установили уголовную ответственность за деяния, которые, если бы они были совершены во время внутреннего вооруженного конфликта, представляли бы собой нарушения общей статьи 3. Судебная камера МТБЮ также постановила в решении по делу *Тадича*, что статья 3 Устава МТБЮ (Нарушения законов или обычаев войны) ... включает режим защиты, предусмотренный общей статьей 3 и применимый к вооруженным конфликтам немеждународного характера. Это соответствовало мнению Апелляционной камеры МТБЮ, согласно которому общая статья 3, вне всяких сомнений, является частью международного обычного права, и, кроме того, существует свод общих принципов и норм по внутренним вооруженным конфликтам, охватывающий общую статью 3, но имеющий гораздо более широкую сферу применения³⁵⁵.

С. Международный уголовный суд

1. Применимые источники права и терминология

196. Общим принципам права отводится особое место в судебной практике Международного уголовного суда, поскольку в статье 21 (Применимое право) Римского статута излагаются источники права, применимые к Суду, с указанием порядка очередности между ними и таким образом, чтобы проводить различие между общими принципами права, вытекающими из национальных законов (пункт 1 с) статьи 21)), и принципами международного права (пункт 1 b) статьи 21)). Статья 21 гласит 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 преступления, при условии, что эти принципы не являются несовместимыми с настоящим Статутом и с международным правом и международно признанными нормами и стандартами.

2. Суд может применять принципы и нормы права в соответствии с тем, как они были истолкованы в его предыдущих решениях

197. Кроме того, в части 3 Римского статута, озаглавленной «Общие принципы уголовного права», под этим заголовком предусматриваются следующие принципы: *nullum crimen sine lege*, *nulla poena sine lege*, отсутствие обратной силы

³⁵⁵ *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu* (см. сноску 329 выше), para. 608 (сноски опущены).

ratione personae, индивидуальная уголовная ответственность, исключение из юрисдикции для лиц, не достигших 18-летнего возраста, недопустимость ссылки на должностное положение, ответственность командиров и других начальников, неприменимость срока давности, субъективная сторона, основания для исключения уголовной ответственности, ошибка в факте или ошибка в праве, а также приказы начальника и предписание закона.

198. Терминология, используемая в отношении общих принципов права в прецедентном праве Международного уголовного суда, принимает различные формы, но часто основывается на формулировке статьи 21, как указано выше³⁵⁶.

2. Происхождение

199. Международный уголовный суд неоднократно ссылался на общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем мира, часто цитируя конкретные правовые системы стран или групп правовых систем и часто делая это со ссылкой на статью 21, пункт 1 с), Римского статута³⁵⁷. Международный уголовный суд также более широко ссылался на общие принципы национального или международного права, общие принципы международного права, общие принципы международного публичного права и утвердившиеся принципы международного права, в поддержку которых он часто ссылался, в частности, на судебную практику международных судов и трибуналов³⁵⁸.

200. Что касается национальных правовых систем, то в деле *Мутауры и др.* Палата предварительного производства постановила, что обзор пяти национальных правовых систем не будет достаточным для выработки на его основе общего принципа права: «даже если предположить, что в Статуте и Регламенте имеется пробел, общий принцип права не может быть выработан на основе изучения лишь пяти национальных юрисдикционных систем, практика которых даже не последовательна»³⁵⁹. Апелляционная палата в этом деле также отметила, что,

³⁵⁶ См., например: *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Article 58, 10 February 2006, Pre-Trial Chamber I, para. 42.

³⁵⁷ См., например: *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Decision Revoking the Prohibition of Contact and Communication between Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Case No. ICC-01/04-01/07, 13 March 2008, Pre-Trial Chamber, p. 12; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing, 8 November 2006, Pre-Trial Chamber, paras. 35-42; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial, 30 November 2007, Trial Chamber I, para. 41.

³⁵⁸ См., например: *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Case No. ICC-01/09-01/11, Decision on Prosecutor's Application for Witness Summonses and Resulting Request for State Party Cooperation, 17 April 2014, Trial Chamber V, paras. 74-87; *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06 OA 15 OA 16, Judgment on the Appeals of Mr Lubanga Dyilo and the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009 entitled "Decision Giving Notice to the Parties and Participants that the Legal Characterisation of the Facts May Be Subject to Change in Accordance with Regulation 55(2) of the Regulations of the Court", 8 December 2009, Appeals Chamber, paras. 80-81; *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Case No. ICC-01/09-01/11, Decision on the Prosecution's Request for Admission of Documentary Evidence, 10 June 2014, Trial Chamber V, para. 15; *Prosecutor v. Germain Katanga*, Case No. ICC-01/04-01/07 A3 A4 A5, Judgment on the Appeals against the Order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled "Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute", 8 March 2018, Appeals Chamber, paras. 144-148 and 178.

³⁵⁹ *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura et al.*, Case No. ICC-01/09-02/11, Decision with Respect to the Question of Invalidating the Appointment of Counsel to the Defence, 20 July 2011, Pre-Trial Chamber II, para. 27.

поскольку Прокурор не утверждал, что статья 21, пункт 1 с), «применима в нынешних обстоятельствах» и что «представленное прецедентное право следует толковать как основополагающий общий принцип права, “вытекающий из национальных законов правовых систем мира”», прецедентное право, представленное Прокурором, не является полезным³⁶⁰.

201. В деле *Лубанги* Палата предварительного производства рассмотрела практику, касающуюся инструктажа или подготовки свидетелей, со ссылкой на статью 21, пункт 1 с), Римского статута³⁶¹, задав вопрос о том, может ли определенный компонент инструктажа свидетелей «быть охвачен, в соответствии со статьей 21, пункт 1 с), Статута, общим принципом права, взятым из национальных законов правовых систем мира, включая, в соответствующих случаях, национальные законы Демократической Республики Конго»³⁶². Отметив сначала, что «подходы различных национальных юрисдикций ... сильно различаются», Палата предварительного производства затем изучила этот подход в различных юрисдикциях, придя к выводу о том, что инструктаж свидетелей

был бы либо неэтичным, либо незаконным в юрисдикциях таких весьма различающихся между собой субъектов, как Бразилия, Испания, Франция, Бельгия, Германия, Шотландия, Гана, Англия и Уэльс и Австралия, если привести всего лишь несколько примеров, в то время как в других национальных юрисдикциях, особенно в Соединенных Штатах Америки, практика инструктажа свидетелей, подобная той, которую предлагает Прокурор, является общепринятой³⁶³.

В конечном счете Палата пришла к выводу о том, что компонент инструктажа свидетелей «не охватывается каким-либо общим принципом права, который может быть взят из национальных законов правовых систем мира»³⁶⁴.

202. В деле *Лубанги*, также в связи с инструктажем свидетелей, Судебная палата сочла, что наличие принципа в двух странах с системой общего права также является недостаточным, отметив при этом, что страны романо-германской системы не упоминались:

Хотя эта практика [инструктажа свидетелей] в какой-то степени принята в двух правовых системах, обе из которых основаны на традициях общего права, это не дает достаточных оснований для вывода о существовании общего принципа, основанного на устоявшейся практике национальных правовых систем. Судебная камера отмечает, что в представлениях обвинения в отношении национальной судебной практики не содержалось никаких ссылок на романо-германскую правовую систему³⁶⁵.

203. Апелляционная палата в деле *Лубанги*, рассматривая «принцип» злоупотребления процессуальными нормами в контексте производства по делу о приостановлении производства, изучила судебные решения национальных судов, но

³⁶⁰ *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura et al.*, Case No. ICC-01/09-02/11 OA 3, Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Pre-Trial Chamber II Dated 20 July 2011 Entitled “Decision with Respect to the Question of Invalidating the Appointment of Counsel to the Defence”, 10 November 2011, Appeals Chamber, para. 62.

³⁶¹ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing (см. сноску 357 выше), paras. 9 and 28.

³⁶² *Ibid.*, para. 35.

³⁶³ *Ibid.*, para. 36–37 (сноска опущена).

³⁶⁴ *Ibid.*, para. 42.

³⁶⁵ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial (см. сноску 357 выше), para. 41 (сноска опущена).

обнаружила расхождения, и поэтому пришла к выводу, что «Право на приостановление производства в связи со злоупотреблением процессуальными нормами ... обычно не признается в качестве незаменимого полномочия суда, неотъемлемого атрибута судебной власти»³⁶⁶.

204. Апелляционная палата в деле *Положение в Демократической Республике Конго* рассмотрела заявление Прокурора о том, что общий принцип права может быть выявлен для заполнения пробела в законодательстве в отношении пересмотра решения, исключающего апелляцию³⁶⁷. В ходе своего рассмотрения Палата приняла во внимание ряд правовых систем, представленных Прокурором по этому вопросу, включая романо-германские правовые системы, системы общего права и системы исламского права, придя, однако, к выводу о том, что «в природе общего принципа права не существует и не является общепринятым что-либо такое, что допускало бы возможность пересмотра решений нижестоящих судов, запрещающих или не разрешающих обжалование»³⁶⁸.

205. Апелляционная палата также пояснила, что в применимых национальных законах в отношении статьи 21 не содержится ссылки на какой-либо конкретный национальный закон. Суд заявил, что

хотя в соответствии со статьей 21(1)(с) Статута Суд может применять (исключительно в качестве вспомогательного источника права) «общие принципы, взятые из национальных законов правовых систем мира», ни один конкретный национальный закон не является частью применимого права в соответствии со статьей 21 Статута³⁶⁹.

Соответственно, в деле *Бембы и др.* Апелляционная палата, «напоминая, что Суд может применять только источники права, перечисленные в статье 21 Статута, ... [не увидела] никаких оснований для попытки г-на Килоло трансформировать некоторые внутренние принципы, предусматривающие “исключение в отношении преступления, связанного с мошенничеством”, в привилегию»³⁷⁰.

206. Аналогичным образом, в деле *Лубанги* Палата предварительного производства отметила, что обращение к общим принципам права не является одним и тем же, что и связанность национальными прецедентами, указав, что «в соответствии с подпунктом с) пункта 1 статьи 21 Статута, когда подпункты а) и б) пункта 1 статьи 21 не применяются, применяются общие принципы права, взятые из национальных законов», но «при этом Палата считает, что Суд не связан решениями национальных судов по вопросам доказательств»³⁷¹.

207. Международный уголовный суд также иногда ссылался на то, что он называет «общими принципами международного права». В одном случае Судебная

³⁶⁶ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06 (OA4), Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to Article 19 (2) of the Statute of 3 October 2006, 14 December 2006, Appeals Chamber, para. 35.

³⁶⁷ *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, Case No. ICC-01/04, 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, Appeals Chamber, paras. 21–27.

³⁶⁸ *Ibid.*, paras. 25–27 and 32.

³⁶⁹ *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba et al.*, Case No. ICC-01/05-01/13 A A2 A3 A4 A5, Judgment on the Appeals of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo, Mr Aimé Kilolo Musamba, Mr Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Mr Fidèle Babala Wandu and Mr Narcisse Arido against the Decision of Trial Chamber VII entitled “Judgment pursuant to Article 74 of the Statute”, 8 March 2018, Appeals Chamber, para. 291.

³⁷⁰ *Ibid.*, para. 434.

³⁷¹ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Case No. ICC-01/04-01/06, Decision on the Confirmation of Charges, 29 January 2007, Pre-Trial Chamber, para. 69.

палата охарактеризовала то, что она назвала «общими принципами международного права», как «включающее в себя принципы, взятые из национальных законов», предусмотрев, что при выявлении таких принципов может учитываться, в частности, судебная практика Международного Суда. Судебная палата постановила следующее³⁷²:

... Международный Суд — довольно предметно для целей вопроса, решаемого сейчас Судебной палатой, — проявил осторожность, подтвердив следующий общий принцип международного права, касающийся «подразумеваемых полномочий» «международных организаций» в общем ...

И в делах *Ядерные испытания* Международный Суд в ясно выраженной форме повторно изложил принцип подразумеваемых полномочий в контексте международных судов и трибуналов...

...

... общий принцип международного права, подтвержденный в делах *Ядерные испытания*, и судебная практика, рассмотренная выше, давно сформировались в следующем виде. Международное учреждение — в частности, международный судебный орган — считается обладающим такими подразумеваемыми полномочиями, которые необходимы для осуществления его первичной юрисдикции или выполнения им своих основных обязанностей и функций.

Действительно, этот общий принцип международного права был признан как таковой самыми авторитетными специалистами-классиками задолго до создания Международного Суда³⁷³.

208. Завершив работу по определению вышеупомянутого «общего принципа международного права», Судебная палата затем использовала этот принцип в своей аргументации и задействовала его для обоснования своей компетенции по принуждению свидетелей к явке:

Будучи самостоятельным, этот принцип подразумеваемых полномочий, как общий принцип международного права, является достаточным для обоснования дополнительной компетенции Судебной палаты МУС принуждать свидетелей к даче показаний. Это устраняет необходимость мучиться по поводу переноса любого положения Римского статута, которое прямо и ясно не исключает возможности презюмировать наличие полномочий³⁷⁴.

209. В решении по делу *Положение в Уганде* Палата предварительного производства сослалась на «хорошо известный и основополагающий принцип»³⁷⁵ и «утвердившийся принцип международного права»³⁷⁶ в отношении компетенции судебных органов, указав на принцип, который зародился или содержится в судебной практике и документах международных судов и трибуналов:

Общеизвестным и основополагающим принципом является то, что любой судебный орган, включая любой международный трибунал, сохраняет за собой право и обязанность определять границы своей собственной юрисдикции и компетенции. Такие полномочия и обязанность, обычно именуемые на немецком языке “Kompetenz-Kompetenz” и на французском языке

³⁷² *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang* (см. сноску 358 выше), paras. 65-67.

³⁷³ *Ibid.*, paras. 77-78 and 81-82.

³⁷⁴ *Ibid.*, para. 87.

³⁷⁵ *Situation in Uganda* (Prosecutor v. Joseph Kony and Vincent Otti), Case No. ICC-02/04-01/05, Decision on the Prosecutor’s Application that the Pre-Trial Chamber Disregard as Irrelevant the Submission Filed by the Registry on 5 December 2005, 9 March 2006, para. 22.

³⁷⁶ *Ibid.*, para. 35.

“la compétence de la compétence” (компетенция в отношении своей сферы компетенции), четко закреплены в пункте 6 статьи 36 Статута Международного Суда, согласно которому «в случае спора о подсудности дела Суду вопрос разрешается определением Суда. Этот принцип неоднократно заявлялся Международным Судом...

... а также был подтвержден Апелляционной камерой Международного трибунала по бывшей Югославии (МТБЮ) в ее носящим прецедентный характер «Решении по ходатайству защиты о подаче промежуточной апелляции по вопросу о юрисдикции» в деле *Тадича*.

...

... Действительно, одним из основополагающих принципов международного права является то, что любая международная организация «должна считаться обладающей теми полномочиями, которые, хотя и не прямо предусмотрены [...], предоставлены ей в силу неизбежного вывода о том, что они необходимы для выполнения ее обязанностей». Такой принцип, провозглашенный Международным Судом (МС) еще в 1949 году, обычно называется доктриной «подразумеваемых полномочий» или «неотъемлемых полномочий» и также применяется МС к органам международной организации»³⁷⁷.

210. Апелляционная палата в деле *Катанги* опиралась на прецедентное право Европейского суда по правам человека, определив «общий принцип, который может быть выведен из этих дел, а именно, что уведомление о правовой переквалификации на поздней стадии разбирательства само по себе не нарушает право на справедливое судебное разбирательство»:

Права человека, признанные на международном уровне, не требуют иного толкования данного правового положения. Дела ЕСПЧ, на которые ссылается Судебная палата, свидетельствуют о том, что изменения в правовой квалификации фактов могут быть рассмотрены на поздних стадиях разбирательства, в том числе на стадии апелляционного производства, или в ходе пересмотра дела в высших национальных судах, не обязательно приводя к несправедливости. ...

Апелляционная палата приняла во внимание аргументы г-на Катанги в отношении прецедентного права ЕСПЧ, но не считает их убедительными. Ни один из его аргументов не подрывает общий принцип, который может быть выведен из этих дел, а именно, что уведомление о правовой переквалификации на поздней стадии разбирательства само по себе не нарушает право на справедливое судебное разбирательство³⁷⁸.

211. Судебная палата также обсудила «общие принципы национального или международного права в соответствии со статьей 21 Статута «в отношении приобщения доказательств, сославшись при этом на те из них, которые являются «общепринятыми правовыми принципами»:

³⁷⁷ *Ibid.*, paras. 22–23 and 35 (сноски опущены). См. также *Request under Regulation 46(3) of the Regulations of the Court*, Case No. ICC-RoC46(3)-01/18, Decision on the “Prosecution’s Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute”, 6 September 2018, Pre-Trial Chamber, paras. 29–33; *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang* (см. сноску 358 выше), paras. 83–87, 94 and 104.

³⁷⁸ *Prosecutor v. Germain Katanga*, Case. No. ICC-01/04-01/07 OA 13, Judgment on the Appeal of Mr Germain Katanga against the Decision of Trial Chamber II of 21 November 2012 Entitled “Decision on the Implementation of Regulation 55 of the Regulations of the Court and Severing the Charges against the Accused Persons”, 27 March 2013, Appeals Chamber, paras. 93–94 (сноска опущена).

В этой связи Палата считает, что общее правило приемлемости может быть просто сформулировано следующим образом: все доказательства *prima facie*, имеющие отношение к делу, являются приемлемыми при условии, что Палата по своему усмотрению может исключить соответствующие доказательства на основании положений Статута или Правил или в силу общих принципов национального или международного права в соответствии со статьей 21 Статута. ... Кроме того, ... доказательство должно также иметь признаки надежности, в том числе подлинности, достаточные в данных обстоятельствах в соответствии с общепринятыми правовыми принципами³⁷⁹.

212. В деле *Катанги* Апелляционная палата сослалась на то, что она назвала «общим принципом международного публичного права», касающимся возмещения ущерба, указав, в частности, на судебную практику Постоянной Палаты Международного Суда и Межамериканского суда по правам человека при определении этого принципа:

Важно отметить, как отмечалось выше в связи с первым основанием обращения г-на Катанги, цель возмещения заключается в устранении ущерба, причиненного жертвам. Это соответствует общему принципу международного публичного права, согласно которому возмещение ущерба должно, по возможности, быть направлено на восстановление *status quo ante*. По этим причинам Апелляционная палата считает, что в принципе вопрос о том, могли ли другие лица также способствовать причинению ущерба в результате преступлений, за которые лицо было осуждено, не имеет отношения к материальной ответственности осужденного лица за возмещение этого вреда³⁸⁰.

3. Признание

213. В судебной практике Международного уголовного суда, как это следует из подраздела 2 выше, Суд определил, что признание в пяти национальных юрисдикциях является слишком узким, чтобы обеспечить основу для общего принципа права, заявив, что «общий принцип права не может быть извлечен на основе рассмотрения только пяти национальных юрисдикций, практика которых даже непоследовательна»³⁸¹.

214. Кроме того, Апелляционная палата постановила, что последовательность в признании может иметь важное значение в контексте аргумента, выдвинутого Прокурором в отношении «предполагаемого существования общего принципа права, устанавливающего запрет бывшим прокурорам присоединяться к группе защите сразу же после выхода из группы обвинения», заявив, что, «Не намереваясь подробно определить, что требуется для установления общего принципа права, Апелляционная палата отмечает, что практика в пяти странах, на которую ссылается Прокурор, не является последовательной. Примечательно, что, как

³⁷⁹ *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Decision on the Prosecution's Request for Admission of Documentary Evidence (см. сноску 358 выше), para. 15.

³⁸⁰ *Prosecutor v. Germain Katanga*, Judgment on the Appeals against the Order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled "Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute" (см. сноску 358 выше), para. 178 (сноска опущена).

³⁸¹ *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura et al.* (см. сноску 359 выше), para. 27. См. также *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Decision Regarding the Practices Used to Prepare and Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial (см. сноску 357 выше), para. 41.

признает Прокурор, практика в одной из них (Соединенное Королевство), как представляется, противоположна той, за которую выступает Прокурор»³⁸².

215. Кроме того, Палата предварительного производства подчеркнула признание «в различных правовых системах», заявив, что «Палата подчеркивает, что признанный в различных правовых системах принцип права заключается также в том, что стороны судебного разбирательства должны выполнять судебные решения» и что «этот принцип применяется ко всем этапам разбирательства в настоящем Суде», сославшись в соответствующей сноске на законодательство и прецедентное право Франции, Нигерии, Соединенных Штатов и Индии, а также на Статут Международного Суда, Конвенцию о защите прав человека и основных свобод, прецедентное право Международного трибунала по бывшей Югославии и прецедентное право Специального трибунала по Ливану³⁸³.

216. Судебная палата в деле *Руто и Санга* сослалась на признание, употребив выражение «признанных цивилизованными нациями, признанных в качестве источника права» («Подобное этому поведение может быть также равносильно неуважению к Суду в соответствии с международным обычным правом или общими принципами права, признанными цивилизованными нациями, признанными в качестве источника права, примененного в настоящем Суде в соответствии со статьей 21 Статута»)³⁸⁴.

4. Транспонирование

217. Международный уголовный суд прямо не упомянул о транспонируемости общих принципов права из национальных правовых систем в международно-правовую систему. В деле *Бембы и др.* Апелляционная палата упомянула о «попытке трансформации некоторых внутренних принципов», заявив следующее: «напоминая, что Суд может применять только источники права, перечисленные в статье 21 Статута, Апелляционная палата не видит никаких оснований для попытки г-на Килоло трансформировать некоторые внутренние принципы, предусматривающие “исключение в отношении преступления, связанного с мошенничеством”, в привилегию»³⁸⁵.

5. Функции и связь с другими источниками международного права

а) Функции

218. Международный уголовный суд часто применял общие принципы права в качестве остаточного источника международного права и средства заполнения пробелов в праве³⁸⁶. Это можно проиллюстрировать на примере дела *Катанги*,

³⁸² *Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, Case No. ICC-02/05-03/09 OA, Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber IV of 30 June 2011 entitled “Decision on the Prosecution’s Request to Invalidate the Appointment of Counsel to the Defence”, 11 November 2011, Appeals Chamber, para. 33 (сноска опущена).

³⁸³ *Situation on the Registered Vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, Case No. ICC-01/13, Decision on the “Application for Judicial Review by the Government of the Union of the Comoros”, 15 November 2018, Pre-Trial Chamber I, para. 107 (сноски опущены).

³⁸⁴ *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Transcript of Trial Hearing, 18 September 2013, lines 13–23.

³⁸⁵ *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba et al.* (см. сноску 369 выше), para. 434.

³⁸⁶ См., например, *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Case No. ICC-01/05-01/08, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 21 March 2016, Trial Chamber III, paras. 69–71; *Situation in the Republic of Kenya*, Case No. ICC-01/09, Decision on the “Victims’ Request for Review of Prosecution’s Decision to Cease Active Investigation”, 5 November 2015, Pre-Trial Chamber II, paras. 16–18.

в котором Судебная палата постановила, что: «Палата ... применяет вспомогательные источники права в соответствии со статьей 21(1)(b) и 21(1)(c) Статута только в тех случаях, когда она выявляет пробелы в положениях Статута, Элементах преступлений и Регламента»³⁸⁷. В некоторых случаях Суд проводил работу по определению наличия такого пробела, постановив в одном из случаев, что «Палата не считает, что в этом отношении существует пробел, который необходимо было бы заполнить путем ссылки на вспомогательные источники права, упомянутые в статье 21(1)(b) и (c) Статута»³⁸⁸. Аналогичным образом, Судебная палата в деле *Катанги* заявила, что функция общих принципов права заключается в обеспечении вспомогательного источника права в тех случаях, когда в Статуте имеется пробел, поскольку статья 21 устанавливает «иерархию источников»:

Палата хотела бы подчеркнуть, что статья 21 Статута устанавливает иерархию источников применимого права и что во всех своих решениях она должна «в первую очередь» применять соответствующие положения Статута. С учетом установившейся иерархии Палата, таким образом, применяет вспомогательные источники права в соответствии со статьей 21(1)(b) и 21(1)(c) Статута только в тех случаях, когда она выявляет пробелы в положениях Статута, Элементах преступлений и Регламента.

Палата считает, что ей нет необходимости применять вспомогательные источники права согласно статье 21(1)(b) и (1)(c) Статута...

Наконец, в соответствии со статьей 21(2) Статута, Палата может также применять принципы и нормы права, определенные в предыдущих решениях палат предварительного производства и судебных палат Суда, а также в решениях Апелляционной палаты³⁸⁹.

219. Палата предварительного производства, оценивая и отвергая доводы в пользу использования общих принципов права в деле *Положение в Республике Кения*, также сочла, что она может полагаться на общие принципы права, если в Статуте имеется пробел, и пришла к выводу, что в данном случае Статут уже регулирует этот вопрос:

... Потерпевшие утверждают, что судебный надзор за непроведением расследования или судебного преследования возможен в соответствии с общим принципом права, применимым в силу статьи 21(1)(c) Статута, а также согласуется с международно признанными правами человека в соответствии со статьей 21(3) Статута.

Палата напоминает, что цель статьи 21 Статута заключается в регулировании источников права Суда и установлении иерархии в рамках этих источников права. В статье 21(1)(a) Статута содержится прямая ссылка на Статут как на первый источник права. Обращение к вспомогательным источникам права, упомянутым в статье 21(1)(b) и (c) Статута, возможно только в том случае, если, как установлено Апелляционной камерой, в Статуте или Регламенте имеется пробел.

Палата отмечает, что в статье 53 Статута подробно регламентируется компетенция Палаты предварительного производства по рассмотрению вопроса об осуществлении Прокурором своих полномочий в отношении

³⁸⁷ *Prosecutor v. Germain Katanga*, Case No. ICC-01/04-01/07, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, 7 March 2014, Trial Chamber II, para. 39 (сноска опущена).

³⁸⁸ *Situation in the Republic of Kenya* (см. сноску 386 выше), para. 18.

³⁸⁹ *Prosecutor v. Germain Katanga* (см. сноску 387 выше), paras. 39–40 and 42 (сноски опущены).

расследования и уголовного преследования, а также о границах осуществления любой такой компетенции. Поэтому Палата не считает, что в этом отношении существует пробел, который необходимо было бы заполнить путем ссылки на вспомогательные источники права, упомянутые в статье 21(1)(b) и (c) Статута³⁹⁰.

220. Международный уголовный суд также сослался на «принципы международного права», признанные в Уставе Международного военного трибунала и Комиссии в качестве основополагающих для статьи 27, пункт 2, своего Статута, и в этом контексте сослался также на международное обычное право:

Следует отметить, что статья 27 (2) Статута является четким положением в конвенционном праве; но она также отражает состояние международного обычного права. В этой связи Апелляционная палата отмечает, что, во-первых, в статье 7 Нюрнбергского устава Международного военного трибунала в Нюрнберге...

11 ноября 1946 года Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций прямо подтвердила «принципы международного права, признанные Уставом Нюрнбергского трибунала и нашедшие выражение в решении Трибунала», и поручила вновь созданной Комиссии международного права «рассматривать в качестве вопроса первостепенной важности планы формулирования [...] признанных в нем принципов». Впоследствии Комиссия международного права сформулировала Нюрнбергские принципы...

Этот же принцип был включен в статью 3 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества Комиссии международного права³⁹¹.

221. Апелляционная палата постановила, что ей нет необходимости опираться на общие принципы права, как, например, Международному трибуналу по бывшей Югославии. В деле *Лубанги* Апелляционная палата заявила следующее:

Кроме того, следует отметить, что правовые документы МТБЮ не содержат положения, аналогичного положению 55. По этой причине в судебном решении по делу *Купрешкича* судьи рассмотрели вопрос о том, можно ли восполнить этот пробел в правовых рамках МТБЮ путем ссылки на общий принцип права, и пришли к выводу о том, что не существует «общего принципа уголовного права, общего для всех основных правовых систем мира», в том что касается изменения правовой квалификации фактов. В настоящем Суде ситуация иная. Судьи Суда приняли правило 55 в качестве части Регламента Суда. Таким образом, нет необходимости полагаться на общие принципы права при определении того, допустима ли правовая перекалфикация.

Поэтому Апелляционную палату не убедил аргумент г-на Лубанги Дыло о том, что правило 55 не должно применяться по причине предполагаемого несоответствия общим принципам международного права³⁹².

222. Палата предварительного производства также истолковала статью 21, пункт 1 b) и c), Римского статута как используемую «в случае необходимости»,

³⁹⁰ *Situation in the Republic of Kenya* (см. сноску 386 выше), paras. 16–18 (сноска опущена).

³⁹¹ *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, Case No. ICC-02/05-01/09 OA2, Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal, 6 May 2019, Appeals Chamber, paras 103–105 (сноски опущены).

³⁹² *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (см. сноску 358 выше), paras. 80–81 (сноска опущена).

отметив, что «применение этих элементов также подкрепляется применимыми принципами и нормами международного права»:

С учетом того, что Статут по своей природе является международным договором, Палата будет использовать критерии толкования, предусмотренные статьями 31 и 32 Венской конвенции о праве международных договоров (в частности, буквальные контекстуальные и телеологические критерии), для определения содержания порога серьезности, установленного в пункте 1 d) статьи 17 Статута. Как предусмотрено в статье 21(1)(b) и (1)(c) Статута, Палата будет также использовать, в соответствующих случаях, «применимые международные договоры, принципы и нормы международного права» и «общие принципы права, взятые из национальных законов правовых систем мира».

Применение этих элементов также подкрепляется применимыми принципами и нормами международного права³⁹³.

b) Связь с другими источниками международного права

223. В соответствии с Римским статутом, общие принципы права часто представляются Международным уголовным судом в качестве вспомогательных источников права в тех случаях, когда применение собственных документов Суда или конвенционного права и «принципов и норм международного права» не приводит к нахождению решения³⁹⁴. Судебная палата в деле *Катанги* приняла следующее решение:

В тех случаях, когда учредительные документы конкретно не решают тот или иной конкретный вопрос, Палата должна ссылаться на конвенционное или обычное гуманитарное право и общие принципы права. С этой целью Палате, например, может быть предложено обратиться к судебной практике специальных трибуналов и других судов по данному вопросу³⁹⁵.

224. В решении Судебной палаты в деле *Бембы* говорится, что «принципы и нормы международного права» в соответствии со статьей 21, пункт 1 b) Римского статута, как правило, допускают отсылку к международному обычному праву:

Статьи 21(1)(b) и 21(1)(c) предусматривают «вспомогательные источники права», к которым можно прибегнуть, если существует пробел в писаном праве, содержащимся в источниках, включенных в статью 21(1)(a). В соответствии со статьей 21(1)(b), в соответствующих случаях, применимые международные договоры, принципы и нормы международного права, включая общепризнанные принципы международного права вооруженных конфликтов».

«Принципы и нормы международного права», по общему признанию, отсылают к международному обычному праву. Там, где это было уместно и целесообразно, Палата воспользовалась, например, прецедентным правом других международных судов и трибуналов, в частности Международного Суда («МС»), с тем чтобы выявить такие принципы и нормы³⁹⁶.

³⁹³ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (см. сноску 356 выше), paras. 42 (сноска опущена) and 55.

³⁹⁴ Римский статут, в котором говорится, что «если это невозможно, общие принципы права...» (пункт 1 c) статьи 21).

³⁹⁵ *Prosecutor v. Germain Katanga* (см. сноску 387 выше), para. 47.

³⁹⁶ *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (см. сноску 386 выше), paras. 69 and 71 (сноски опущены). В сноске со ссылкой на Международный Суд Судебная палата заявила, что:

225. Палата далее в решении по делу *Бембы* заявила, что:

При отсутствии первичных источников права, перечисленных в статье 21(1)(a), или вспомогательных источников, перечисленных в статье 21(1)(b), статья 21(1)(c), уполномочивает Палату применять «общие принципы права, взятые Судом из национальных законов правовых систем мира, включая, соответственно, национальные законы государств, которые при обычных обстоятельствах осуществляли бы юрисдикцию в отношении данного преступления»³⁹⁷.

Кроме того, Судебная палата сочла, что она может применять «принципы и нормы права, изложенные в предыдущих решениях настоящего Суда», что позволяет ей «основывать свои решения на своей предыдущей судебной практике или на практике других палат настоящего Суда»³⁹⁸.

226. Апелляционная палата в деле *Мутауры и др.* подтвердила, «что общие принципы права в соответствии со статьей 21(c) Статута являются вспомогательным источником права, к которому можно прибегнуть, если источники права, перечисленные в статье 21(1)(a) и (b), не регулируют рассматриваемый вопрос; и, наконец, что посредством формулировки “в соответствующих случаях” статья 21(1)(c) Статута наделяет Суд дискреционными полномочиями выводить такие общие принципы также из национальных законов государств, которые при обычных обстоятельствах осуществляли бы юрисдикцию в отношении преступления, но не требует от Суда этого», в результате чего Апелляционная палата «не обязана применять кенийское законодательство» в данном деле³⁹⁹.

227. В деле *Руто и Санга* Судебная палата постановила, что общий принцип международного права сам по себе достаточен для обоснования компетенции, заявив, что «будучи самостоятельным, принцип подразумеваемых полномочий, как общий принцип международного права, является достаточным для обоснования дополнительной компетенции Судебной палаты МУС принуждать свидетелей к даче показаний». Она также заявила, что нет необходимости ссылаться на Статут: «Это устраняет необходимость мучиться по поводу переноса любого положения Римского статута, которое прямо и ясно не исключает возможности презюмировать наличие полномочий»⁴⁰⁰. Вместе с тем Апелляционная камера в том же деле сочла, что обращение к этому источнику будет иметь место только при наличии пробела:

Изучение вопроса о переносе концепции «подразумеваемых полномочий» или «международного обычного уголовного процесса» в связи с вопросом о том, уполномочена ли Судебная палата принуждать свидетеля к даче показаний в Суде, было бы неверным в обстоятельствах, когда правовая база Суда предусматривает наличие неопровержимой правовой основы. Это объясняется тем, что, как ранее постановила Апелляционная палата на

«Особая роль Международного Суда в этом отношении подтверждается тем фактом, что статья 38(1)(b) Статута Международного Суда признает “международный обычай в качестве доказательства всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы” как один из основных источников применимого права».

³⁹⁷ *Ibid.*, para. 73.

³⁹⁸ *Ibid.*, para. 74.

³⁹⁹ *Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura et al.*, Case No. ICC-01/09-02/11 OA 4, Decision on the “Request to Make Oral Submissions on Jurisdiction under Rule 156(3)”, 1 May 2012, Appeals Chamber, para. 11 (сноска опущена).

⁴⁰⁰ *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Decision on Prosecutor’s Application for Witness Summonses and Resulting Request for State Party Cooperation (см. сноску 358 выше), para. 87.

основании статьи 21(1) Статута, обращение к другим источникам права возможно только при наличии пробела ... Как поясняется ниже, Апелляционная палата считает, что в толковании вопросов, являющихся предметом апелляции, нет никакого пробела. Поэтому Апелляционная палата больше не будет заниматься этим вопросом...⁴⁰¹.

228. В деле *Катанги* Апелляционная палата обсудила принцип *ultra petita* в качестве возможного общего принципа права, однако пришла к выводу о том, что другие источники уже регулируют этот вопрос:

Апелляционная палата напоминает, что в соответствии со статьей 21(1)(с) Статута Суд может применять «общие принципы права, взятые Судом из национальных законов правовых систем мира». Тем не менее, даже если принцип *ultra petita* можно считать таким общим принципом права, это же положение требует, чтобы Суд применял, в первую очередь, свой собственный Статут, Регламент и Элементы преступлений. С учетом вышеизложенных рамок Суда этот принцип не применяется в ходе разбирательств о возмещении ущерба в Суде⁴⁰².

229. В деле *Катанги и Нгуджоло Шуи* Палата предварительного производства также упомянула о праве жертв на установление истины как о зарождающейся норме международного обычного права, так и об общем принципе права, заявив следующее:

С учетом признания этого права в международных договорах по правам человека и судебной практике органов, применяющих такие договоры, а также законодательной и судебной практике государств ряд авторов заявил, что право жертв на установление истины, понимаемое как установление фактов, определение ответственных лиц и заявление об их ответственности, является сегодня формирующейся обычной нормой, а также общим принципом права⁴⁰³.

⁴⁰¹ *Prosecutor v. William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang*, Case No. ICC-01/09-01/11 OA 7 OA 8, Judgment on the Appeals of William Samoei Ruto and Mr Joshua Arap Sang against the Decision of Trial Chamber V (A) of 17 April 2014 entitled “Decision on Prosecutor’s Application for Witness Summonses and Resulting Request for State Party Cooperation”, 9 October 2014, Appeals Chamber, para. 105.

⁴⁰² *Prosecutor v. Germain Katanga*, Judgment on the Appeals against the Order of Trial Chamber II of 24 March 2017 entitled “Order for Reparations pursuant to Article 75 of the Statute” (см. сноска 358 выше), para. 148 (сноска опущена).

⁴⁰³ *Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Case No. ICC-01/04-01/07, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case, 13 May 2008, Pre-Trial Chamber I, p. 17, footnote 39.