



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
13 February 2023
Russian
Original: English

Комиссия международного права

Семьдесят четвертая сессия

Женева, 24 апреля — 2 июня и 3 июля — 4 августа 2023 года

Первый доклад по теме «Вспомогательные средства для определения норм международного права»,

**подготовленный Специальным докладчиком Чарлзом
Чернором Джалло***

* Специальный докладчик признателен юридическому факультету Флоридского международного университета, и в частности декану Энтони Пейджу, за поддержку в проведении симпозиума на тему «Текущая и предстоящая работа Комиссии международного права», который состоялся 4–5 ноября 2022 года в Майами, Соединенные Штаты Америки, и на котором Специальный докладчик представил первоначальные проекты глав своего первого доклада. Он благодарит всех ораторов и участников симпозиума за высказанные ими ценные соображения. Он выражает признательность трем своим коллегам-ученым: Эйрику Бьёрге, Соннре Торпу Хельмерсену и Никколо Риди — за ценную помощь в поиске информации по некоторым вопросам, освещенным в данном докладе. Он признателен также специальным докладчикам Комиссии международного права по соответствующим темам Майклу Вуду, Марселю Васкес-Бермудесу и Дире Тлади за ознакомление с первым проектом настоящего доклада и высказанные ими полезные предложения. Клеа Стрейдом оказала неоценимую помощь в поиске информации, а Дженнифер Крослоу, Лайза Ндьюло, Ашира Вантриз, Адам Уайсс и Сидни Янг систематизировали найденную информацию и помогли в составлении сносок. Всем им Специальный докладчик выражает благодарность. И наконец, что не менее важно, он хотел бы высказать признательность Отделу кодификации Управления по правовым вопросам Организации Объединенных Наций, в особенности группе его сотрудников, занимающейся темой вспомогательных средств: Хью Ллуэллину, Арнольду Пронто, Паоле Патаррой и Раисе Уркизе за значительные усилия, приложенные ими для подготовки меморандума Секретариата по данной теме от февраля 2023 года.



Содержание

I.	Введение	4
A.	Включение рассматриваемой темы в программу работы Комиссии международного права	4
B.	Цель и структура настоящего доклада	6
II.	Прения по данной теме в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций	10
A.	Прения в Генеральной Ассамблее, состоявшиеся в 2021 году	10
B.	Прения, состоявшиеся в 2022 году в Генеральной Ассамблее	15
III.	Сфера охвата темы и итоговый результат работы	18
A.	Вопросы, предлагаемые на рассмотрение Комиссии	18
1.	Происхождение, природа и сфера применения вспомогательных средств	19
2.	Взаимосвязь между вспомогательными средствами и источниками международного права	20
3.	Дополнительные вспомогательные средства для определения норм международного права	20
B.	Проекты выводов как конечный результат работы	22
C.	Терминологические пояснения	23
IV.	Методология	25
V.	Предшествующая работа Комиссии, касающаяся вспомогательных средств	28
A.	Оценка Комиссией статьи 24 Положения о Комиссии и вопроса о вспомогательных средствах	29
B.	Стандартные виды использования Комиссией вспомогательных средств в своей работе	30
C.	Использование Комиссией судебных решений международных и других судов в качестве обоснований	33
D.	Использование Комиссией доктрин и материалов экспертных органов в качестве обоснований	46
E.	Использование Комиссией результатов собственной предшествующей работы в качестве обоснования	55
F.	Замечания Специального докладчика в отношении использования Комиссией вспомогательных средств	58
VI.	Природа и функция источников в международной правовой системе	61
A.	Краткий обзор места источников в международном праве	61
B.	Определение понятия «источники» в международном праве	63
C.	Различие между «формальными» и «материальными» источниками	63
D.	Роль пункта 1 статьи 38 и источники международного права в сравнении с источниками обязательств	65
E.	Отсутствие формальной иерархии в источниках	72
F.	Вспомогательные средства как «правотворческие процессы» и «правоопределяющие институты»	75

VII.	История разработки подпункта 1 d) статьи 38 Статута Международного Суда	80
A.	Разработка Статута Постоянной палаты международного правосудия Консультативным комитетом юристов (1920)	81
B.	Поправки Комитета юристов (1929 год)	90
C.	Незначительные дополнения к статье 38 в ходе Конференции Организации Объединенных Наций (1945 год)	91
D.	Замечания Специального докладчика из истории разработки статьи 38.	92
VIII.	Текстуальный анализ элементов подпункта 1 d) статьи 38 Статута Международного Суда	95
A.	Вступительная часть пункта 1: «Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, применяет»	95
B.	Значение термина «судебные решения»	100
C.	Значение термина «доктрины»	112
D.	Значение выражения «наиболее квалифицированные специалисты по публичному праву»	121
E.	Значение понятия «различные нации»	123
F.	Значение понятия «вспомогательные средства»	125
G.	Значение фразы «для определения правовых норм».	127
H.	Замечания Специального докладчика в отношении элементов вспомогательных средств	129
IX.	Дополнительные вспомогательные средства для определения норм международного права	132
A.	Неисчерпывающий характер статьи 38 ставит под сомнение существование других вспомогательных средств	132
B.	Сфера охвата других вспомогательных средств в рамках установленных категорий	133
C.	Потенциальные варианты вспомогательных средств	137
D.	Разграничение вспомогательных средств и доказательств существования норм международного права	139
E.	Вопросы значимости	140
X.	Заключение и будущая программа работы	143
	Проект вывода 1	
	Сфера охвата	143
	Проект вывода 2	
	Категории вспомогательных средств для определения правовых норм.	143
	Проект вывода 3	
	Критерии оценки вспомогательных средств для определения правовых норм	143
	Проект вывода 4	
	Решения судов и трибуналов	143
	Проект вывода 5	
	Доктрины	144
Приложение		
	Проекты выводов, предложенные Специальным докладчиком	145

I

Введение

A. Включение рассматриваемой темы в программу работы Комиссии международного права

1. На своей семьдесят второй сессии (2021 год) Комиссия международного права постановила включить в свою долгосрочную программу работы тему «Вспомогательные средства для определения норм международного права»¹. Утверждая план разработки² данной темы, Комиссия руководствовалась критериями выбора новых тем, согласованными на ее пятидесятой сессии (1998 год) и заключающимися в следующем: а) тема должна отражать потребности государств; б) тема должна быть достаточно разработана с точки зрения практики государств; и с) тема должна быть конкретной и реализуемой³. Комиссия, которая традиционно уделяет значительное время разъяснению различных источников права, перечисленных в статье 38, пункт 1, Статута Международного Суда, пришла к выводу, что рассмотрение вспомогательных средств для определения норм международного права «внесет полезный вклад в прогрессивное развитие международного права и его кодификацию»⁴.

2. Генеральная Ассамблея на своей семьдесят шестой сессии (2021 год) приняла резолюцию 76/111, в которой отметила включение данной темы в долгосрочную программу работы Комиссии⁵. Кроме того, в той же резолюции Генеральная Ассамблея, в соответствии со своей практикой, призвала Комиссию принять во внимание замечания, вызывающие озабоченность вопросы и соображения, изложенные правительствами в ходе прений в Шестом комитете⁶.

3. На своей семьдесят третьей сессии (2022 год), принимая во внимание достаточную зрелость темы вспомогательных средств, в целом положительную реакцию на выбор этой темы со стороны государств, высказавших замечания, и наличие для нее места в программе работы в связи с завершением рассмотрения нескольких тем, Комиссия постановила включить тему «Вспомогательные средства для определения норм международного права» в свою *текущую* программу работы⁷. Специальным докладчиком по этой теме она назначила г-на Чарлза Чернора Джалло⁸.

4. На той же сессии Комиссия по рекомендации Специального докладчика запросила у государств, международных организаций и других субъектов информацию об их практике использования вспомогательных средств по смыслу статьи 38, пункт 1 d), Статута Международного Суда⁹. В частности, предлагалось представить такую информацию, которую можно вычленить из распоряжений национальных судов, законодательства и любой другой соответствующей практики на внутригосударственном уровне, в рамках которой за основу в процессе определения норм международного права берутся судебные решения и

¹ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/76/10), гл. X, разд. В, п. 302, и приложение.

² Там же, приложение.

³ Там же, п. 302.

⁴ Там же.

⁵ Резолюция 76/111 Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 2021 года, п. 7.

⁶ Там же.

⁷ Предварительный краткий отчет о 3583-м заседании, с. 8.

⁸ Там же.

⁹ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/77/10), гл. III, разд. С, п. 29.

доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций. Помимо этого, представляемая информация могла касаться практики использования вспомогательных средств в связи с толкованием договоров, обычая и общих принципов права, а также в заявлениях, сделанных в рамках международных организаций и других коллективных органов, в том числе в состязательных бумагах, представленных в международных судах и трибуналах.

5. Кроме того, Комиссия обратилась к Секретариату с просьбой подготовить меморандум по данной теме в двух частях. Первая часть должна была представлять собой меморандум, в котором будут определены те элементы предшествующей работы Комиссии в период с 1947 года по настоящее время, которые могут иметь особую актуальность в рамках данной темы¹⁰. Срок представления этой части был назначен с учетом сроков подготовки первого доклада Специального докладчика, который планируется обсудить в ходе семьдесят четвертой сессии (2023 год). Вторую часть Комиссия, принимая во внимание ограниченность своих возможностей, также просила подготовить в виде меморандума Секретариата с обзором той прецедентной практики международных судов и трибуналов и других органов, которая может представлять особую актуальность в рамках данной темы, и представить этот меморандум до начала следующей сессии Комиссии (семьдесят пятая сессия в 2024 году)¹¹.

6. В ходе прений в Шестом комитете на его семьдесят седьмой сессии (2022 год) государства-участники в целом поддержали изучение вспомогательных средств для определения норм международного права и приветствовали добавление этой темы в текущую программу работы¹². Исходя из этого, Генеральная Ассамблея в резолюции [77/103](#) приняла к сведению включение данной темы в текущую программу работы¹³. Кроме того, она обратила внимание правительств на то, что Комиссии важно ознакомиться с их точками зрения по темам, фигурирующим в ее повестке дня, и по конкретным вопросам, указанным в главе III доклада Комиссии за 2022 год, включая вопрос о «вспомогательных средствах для определения норм международного права»¹⁴.

7. Специальный докладчик был бы признателен государствам за предоставление, в соответствии с просьбой Комиссии, любой информации об их практике, касающейся использования вспомогательных средств для определения норм международного права. Такая информация, представленная как до, так и после установленного срока, послужила бы полезным материалом для его будущих докладов и для работы Комиссии над данной темой. В этой связи Специальный докладчик отмечает материалы, представленные Соединенными Штатами

¹⁰ Там же, гл. X, разд. В, п. 245.

¹¹ Там же.

¹² См. замечания следующих государств: [Франции](#) (24 октября); [Австралии](#) (25 октября); [Нигерии](#) (от имени Африканской группы) (25 октября); [Австрии](#) (25 октября); [Бразилии](#) (25 октября); [Чешской Республики](#) (25 октября); [Индии](#) (25 октября); [Иордании](#) (25 октября); [Малайзии](#) (25 октября); [Норвегии](#) (от имени Северных стран) (25 октября); [Филиппин](#) (25 октября); [Румынии](#) (25 октября); [Словакии](#) (25 октября); [Армении](#) (26 октября); [Эстонии](#) (26 октября); [Португалии](#) (26 октября); [Сьерра-Леоне](#) (26 октября); [Южной Африки](#) (26 октября); [Таиланда](#) (26 октября); [Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии](#) (26 октября); [Ливана](#) (27 октября); [Уганды](#) (27 октября) (размещены на веб-сайте Шестого комитета только на языке оригинала). См. тематическое резюме обсуждения, подготовленное Секретариатом и доступное на всех официальных языках: «Подготовленное Секретариатом тематическое резюме обсуждения, состоявшегося в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее семьдесят седьмой сессии», [A/CN.4/755](#).

¹³ Резолюция [77/103](#) Генеральной Ассамблеи от 7 декабря 2022 года, п. 7.

¹⁴ Там же, в п. 5.

Америки¹⁵ и Республикой Сьерра-Леоне. Оба эти государства представили полезную информацию о тех аспектах своей практики, которые касались использования вспомогательных средств в их национальных судах для определения норм международного права. Соответствующие представленные материалы были приняты во внимание. Специальный докладчик благодарен делегациям Соединенных Штатов и Сьерра-Леоне за представление этих материалов и будет рад получить информацию и от других государств. Любая такая информация, особенно если она отражает специфику различных географических регионов и правовых систем стран мира, станет существенным элементом важного диалога между Комиссией и государствами, посвященного рассматриваемой здесь теме, а также будет должным образом учтена при подготовке будущих докладов.

В. Цель и структура настоящего доклада

8. Настоящий доклад, первый из посвященных данной теме, носит ознакомительный характер. В нем преследуются две основные цели. Во-первых, в нем предпринята попытка предложить, с опорой на план разработки рассматриваемой темы, базовую концептуальную основу для изучения Комиссией вопроса о «вспомогательных средствах для определения норм международного права», представив первоначальные соображения Специального докладчика по данной теме. В докладе разбираются порождаемые данной темой ключевые вопросы, после чего, на основе обзора наиболее актуальной практики и литературы, предлагаются возможные рамки для работы Комиссии над этой темой. Во-вторых, с учетом того, что начало работы над этой темой на семьдесят четвертой сессии в 2023 году совпадает с началом нового пятилетнего периода, к которому Комиссия подойдет в значительно изменившемся составе, настоящий доклад призван послужить прочным подспорьем для получения мнений членов Комиссии относительно подхода к рассмотрению данной темы.

9. Вместе с тем на этом раннем этапе стоит высказать предостережение. Настоящий доклад носит ознакомительный характер: в нем более подробно раскрываются некоторые из основных элементов утвержденного плана разработки данной темы, а также вопросы, вытекающие из практики государств и из первичных и вторичных правовых текстов, поэтому как основные его положения, так и в целом подход, используемый Специальным докладчиком, носят лишь предварительный характер и могут в дальнейшем подвергнуться изменениям. В этом отношении неизбежно необходима гибкость, для того чтобы обеспечить учет тех потребностей, которые будут возникать по ходу работы над данной темой.

10. Что касается структуры данного доклада, то он разбит на десять глав, за которыми следует приложение. Настоящая часть доклада — глава I — носит общий характер. В ней говорится о включении рассматриваемой темы в *долгосрочную и текущую* программы работы Комиссии, а также о цели и структуре настоящего доклада.

¹⁵ См. материал, представленный Комиссии международного права Соединенными Штатами и посвященный вопросу об «использовании вспомогательных средств для определения норм международного права по смыслу статьи 38, пункт 1 d), Статута Международного Суда», 12 января 2023 года.

11. Хотя мнения государств, высказавших замечания, в целом положительные, уже отражены в тематических резюме за 2021¹⁶ и 2022¹⁷ годы, подготовленных Секретариатом Шестого комитета в соответствии с практикой Комиссии, в главе II настоящего доклада будет также представлен разбор основных точек зрения государств по данной теме, изложенных в ходе прений в Генеральной Ассамблее на семьдесят шестой сессии (2021 год). Замечания государств, высказанные в ходе семьдесят седьмой сессии Генеральной Ассамблеи (2022 год), в значительной степени повторяют первоначальные замечания, представленные годом ранее. По этой причине в настоящей главе основное внимание уделено прениям, состоявшимся в 2021 году.

12. В главе III предварительно очерчены возможные рамки рассмотрения данной темы с учетом утвержденного плана ее разработки. Вопросы, включенные в рамки рассмотрения, представляют собой те аспекты, которые Комиссия, в соответствии с первоначальной оценкой Специального докладчика, могла бы проанализировать в ходе работы над данной темой. Вопросы, предложенные в настоящем докладе, не исключают возможности рассмотрения других вопросов. Что касается конечного результата, то в соответствии с решением, принятым в отношении данного вопроса в 2021 году, и недавней практикой Комиссии в связи с вопросами, касающимися источников¹⁸, подходящей формой итогового документа являются проекты выводов с комментариями. В практике Комиссии на данный момент отсутствует единое определение проектов выводов. Соответственно, в интересах как определенности, так и транспарентности, Специальный докладчик предлагает рабочее определение, которое может послужить основой для понимания того, что представляют собой «проекты выводов», — по крайней мере, для целей данной темы.

13. В главе IV рассматриваются вопросы общей методологии. В ней Комиссии предлагается придерживаться своего уже устоявшегося подхода к проведению исследований, сосредоточив внимание на практике государств и — там, где это целесообразно — международных организаций и других субъектов. Вместе с тем следует постоянно помнить о специфике данной темы. В частности, по своему характеру настоящее исследование требует от Комиссии — возможно, даже в большей степени, нежели многие другие тематические исследования, проведенные ею в недавнем прошлом, — уделить особое внимание и придать особый вес решениям и практике судебных и квазисудебных органов, будь то международных, региональных или национальных, а также трудам ученых-специалистов и юридических экспертных органов. Позиции государств в отношении таких вспомогательных средств представляют особый интерес для Комиссии, поскольку они послужили бы эффективными ориентирами в ее дальнейшей работе над данной темой.

14. В главе V рассматриваются ключевые элементы предшествующей работы Комиссии, касавшейся вспомогательных средств для определения норм международного права. Специальный докладчик благодарен Секретариату за своевременное представление меморандума о практике Комиссии в отношении этих вспомогательных средств, поскольку он послужил прочной основой для подготовки данной главы. В этом меморандуме подтверждается, что в последние несколько десятилетий Комиссия при работе практически над всеми рассмотренными ею темами регулярно ссыалась на распоряжения судов и трибуналов и

¹⁶ Подготовленное Секретариатом тематическое резюме обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее семьдесят шестой сессии, [A/CN.4/746](#), п. 115.

¹⁷ Подготовленное Секретариатом тематическое резюме обсуждений в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи в ходе ее семьдесят седьмой сессии, [A/CN.4/755](#).

¹⁸ United Nations, International Law Commission, “Methods of work”, URL: <https://legal.un.org/ilc/methods.shtml> (дата обращения: 12 февраля 2023 года).

доктрины специалистов по публичному праву различных наций, даже если отнюдь не все виды использования таких источников охватываются статьей 38, пункт 1 d), Статута Международного Суда. Подготовленный Секретариатом меморандум, который для получения более полной картины следует изучать вместе с данной главой, призван стать важным источником информации для членов Комиссии и делегатов в Шестом комитете в ходе дальнейшего рассмотрения ими этой темы. Он также, вероятно, станет одним из ключевых опорных ориентиров для других юристов, включая как специалистов-практиков, так и ученых-правоведов, а также для всех, кому может понадобиться обратиться к существу вспомогательных средств для определения норм международного права.

15. Глава VI носит более теоретический характер. В ней преследуется цель концептуально вписать вспомогательные средства в более широкий контекст источниковедческого дискурса, посредством разъяснений того, почему источники занимают особое место в международном праве по сравнению с внутригосударственными правовыми системами. Кроме того, в ней рассматривается наиболее важная терминология, и в частности содержится базовое определение понятия «источники», часто проводимое в юридической литературе различие между «формальными» и «материальными» источниками, вопрос об иерархии источников, а также различие между «источниками права» и «источниками обязательств». Некоторые вопросы, представленные в этой главе, раскрыты в последующих частях настоящего доклада, однако большинство из них станет предметом дальнейшего анализа в будущих докладах по данной теме.

16. В главе VII, не претендующей на исчерпывающий характер, исследуются происхождение и элементы вспомогательных средств. В ней высказывается мысль о том, что существует два основополагающих структурных элемента, или компонента, на которые опирается статья 38, пункт 1 d), Статута Международного Суда, а именно «судебные решения» и «доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций». В данной части доклада подробно рассматривается история разработки вышеупомянутого положения, которое, безусловно, имеет центральное значение для данного проекта, с целью выделить те наиболее существенные расхождения и точки соприкосновения, которые имелись у авторов этого положения, около ста лет назад обсуждавших вопрос о надлежащем месте вспомогательных средств в процессе определения правовых норм.

17. Далее в главе VIII рассматриваются наиболее существенные аспекты статьи 38, пункт 1, в их обычном понимании. Здесь вначале приводится разбор предложения, которым открывается пункт 1 статьи 38 и в котором говорится об обязанности Суда решать переданные ему споры на основании международного права. Далее мы переходим к подпункту 1 d), с тем чтобы сформулировать, к чему сводится обычное понимание основных использованных в нем понятий, касающихся судебных решений и доктрин наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций как вспомогательных средств для определения правовых норм.

18. Затем в главе IX доклада рассматривается вопрос о том, существует ли с учетом развития практики государств и практики международных судов и трибуналов вероятность того, что в статье 38 Статута Международного Суда неявно фигурируют и другие вспомогательные средства, которые Комиссии, возможно, стоит изучить более подробно. К примеру, в литературе, в том числе в учебниках по введению в международное право, часто поднимается вопрос о том, можно ли считать такие виды практики, как односторонние акты государств и резолюции или решения международных организаций, источниками обязательств, как это имеет место в случае вспомогательных средств для определения норм

международного права. Специальный докладчик проводит четкий разбор этих двух аспектов с целью обрисовать контекст, что призвано побудить членов Комиссии представить замечания относительно оправданности рассмотрения этих вопросов. Высказанные ими мнения, разумеется, будут учтены при подготовке будущих докладов.

19. В Главе X доклада представлены выводы и предложена предварительная программа дальнейшей работы над данной темой. Специальный докладчик предлагает поделиться мнениями относительно предлагаемого плана работы, который, как и другие аспекты данной темы, освещенные выше, может в дальнейшем быть изменен.

20. В приложении для удобства членов Комитета приводится пять проектов выводов, предлагаемых Специальным докладчиком по итогам анализа, содержащегося в настоящем первом докладе. Попутно он отмечает, что, занимаясь данной темой, намерен полностью придерживаться традиционных методов работы Комиссии. Исходя из этого, можно надеяться, что в 2023 году Комиссия, в соответствии со своей действующей практикой, после традиционных прений на пленарном заседании в ходе первой половины сессии препроводит предложенные проекты выводов Редакционному комитету. Можно надеяться также, что рассмотрение предлагаемых проектов выводов будет завершено в течение первой половины сессии и что доклад о них будет своевременно представлен на пленарном заседании, для того чтобы Комиссия могла предварительно принять их в ходе второй половины сессии. Предварительное принятие предлагаемых проектов выводов до завершения первой половины сессии в июне 2023 года должно позволить Специальному докладчику подготовить в межсессионный период комментарии к ним и, при содействии Секретариата, должно дать возможность выполнить перевод этих комментариев на шесть официальных языков Организации Объединенных Наций к стандартному сроку представления доклада Комиссии Генеральной Ассамблее в сентябре 2023 года. Конечная цель Специального докладчика заключается в том, чтобы на самых ранних этапах рассмотрения Комиссией данной темы предоставить государствам возможность внести важный вклад в ее обсуждение, а также предложить им основу для проектов выводов.

II

Прения по данной теме в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций

21. Как и в случае с другими темами, рассматривавшимися Комиссией, обсуждение темы вспомогательных средств в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи проходило в два этапа в рамках двухлетнего периода. Первые прения состоялись в 2021 году, когда Комиссия включила этот пункт в свою *долгосрочную* программу работы. Вторые прения по данной теме прошли спустя год, в 2022 году, во исполнение решения Комиссии перенести соответствующий пункт в *текущую* программу работы и назначить специального докладчика. Приведенное ниже резюме тоже имеет двухчастную структуру, хотя в первую очередь, во избежание ненужных повторов, в докладе освещаются основные точки зрения, высказанные в ходе прений в 2021 году.

A. Прения в Генеральной Ассамблее, состоявшиеся в 2021 году

22. В ходе прений по данной теме в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи на семьдесят шестой сессии в 2021 году подавляющее большинство замечаний государств-участников носило одобрительный характер. Эти замечания свидетельствовали об активной поддержке решения Комиссии включить тему «Вспомогательные средства для определения норм международного права» в долгосрочную программу работы и заняться ею в приоритетном порядке. В основном делегации подчеркивали, что работа над этой темой будет соответствовать предшествующей работе Комиссии в области источников международного права и что ее рассмотрение может помочь исправить отдельные последствия фрагментации международного права. Из двадцати восьми (28) заявлений, касавшихся решения Комиссии, примерно семнадцать (17), представленных в общей сложности двадцатью тремя (23) государствами, носили одобрительный характер¹⁹. Такая поддержка примечательна тем, что она исходит от всех пяти географических регионов, представленных в Организации Объединенных Наций.

23. В частности, Королевство Швеция от своего имени и от имени других стран Северной Европы (Дании, Исландии, Норвегии и Финляндии) «[согласилось] с мнением Комиссии о том, что работа над данной темой стала бы полезным вкладом в прогрессивное развитие международного права и его

¹⁹ См. заявления Беларуси (A/C.6/76/SR.16, п. 80); Колумбии (A/C.6/76/SR.16, п. 90); Китая (A/C.6/76/SR.17, п. 5); Эквадора (A/C.6/76/SR.17, п. 84); Египта (A/C.6/76/SR.23, п. 57); Германии (A/C.6/76/SR.17, п. 73); Италии (A/C.6/76/SR.17, п. 22); Ямайки (A/C.6/76/SR.18, п. 45); Латвии (от имени стран Балтии) (A/C.6/76/SR.16, п. 52); Перу (A/C.6/76/SR.18, п. 7); Филиппин (A/C.6/76/SR.19, п. 64) («Мы поддерживаем рекомендацию КМП включить в долгосрочную программу работы Комиссии тему «Вспомогательные средства для определения норм международного права»); Португалии (A/C.6/76/SR.16, п. 93); Республики Корея (A/C.6/76/SR.18, п. 40); Сьерра-Леоне (A/C.6/76/SR.20, п. 30); Швеции (от имени стран Северной Европы) (A/C.6/76/SR.16, п. 45); Турции (A/C.6/76/SR.18, п. 59) («[делегация] с удовлетворением отмечает решение Комиссии включить тему «Вспомогательные средства для определения норм международного права» в свою долгосрочную программу работы»); Соединенного Королевства (A/C.6/76/SR.18, п. 13) («Соединенное Королевство отмечает решение Комиссии рекомендовать включить в долгосрочную программу работы Комиссии тему «Вспомогательные средства для определения норм международного права»»).

кодификацию»²⁰. Кроме того, оно отметило, что эта тема также «завершит работу Комиссии над источниками международного права», и в этой связи настоятельно призвало к «ее скорейшему включению в текущую программу работы Комиссии»²¹. Португалия, со своей стороны, отметила, что Комиссия уже посвятила значительную часть своей работы «классической теме источников международного права», и в связи с этим приветствовала «усилия Комиссии по дальнейшему уточнению роли судебных решений и доктрин наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву» в определении действующих норм международного права²². Кроме того, эта делегация выразила надежду, что работа над данной темой могла бы помочь смягчить «некоторые негативные последствия фрагментации международного права»²³.

24. Соединенные Штаты Америки тоже поддержали предложение о включении данной темы в долгосрочную повестку дня, отметив, что практика использования вспомогательных средств является несколько неясной и непоследовательной²⁴. По мнению их делегации, с учетом предшествующей работы Комиссии над другими аспектами статьи 38 Статута Международного Суда «целесообразно завершить данный проект изучением вспомогательных средств»²⁵. Аналогичным образом, и Германия сочла, что данная тема «несомненно, в значительной мере поспособствует углублению нашего общего понимания» функций вспомогательных средств, фигурирующих в статье 38, пункт 1 d), и их взаимосвязи с источниками, о которых говорится в статье 38, пункты 1 a), b) и c)²⁶. Италия отметила, что, учитывая «растущую «юридизацию» международного права и увеличение объема научной литературы»²⁷, государствам было бы полезно «получить от Комиссии четкие указания относительно того, как следует применять эти вспомогательные средства для определения норм международного права»²⁸.

25. Латвия, выступая от имени стран Балтии, тоже отметила, что данная тема соответствует критериям Комиссии, и подчеркнула ее актуальность для практикующих юристов как во внутригосударственных, так и в региональных и международных судебных органах, высказавшись следующим образом: «Латвия, Литва и Эстония приветствуют решение Комиссии также включить в свою долгосрочную программу тему «Вспомогательные средства для определения норм международного права». Данная тема соответствует критериям выбора тем и, вероятно, будет иметь особое значение для специалистов-практиков, работающих или выступающих в национальных судах, а также в специализированных и региональных международных трибуналах и надзорных органах»²⁹.

²⁰ Швеция (от имени Северных стран), стенограмма заявления, блок I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в архиве Отдела кодификации].

²¹ Там же, см. Шестой комитет, A/C.6/76/SR.16 (10 декабря 2021 года), п. 45.

²² Португалия, стенограмма заявления, блок I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в архиве Отдела кодификации].

²³ Там же.

²⁴ Соединенные Штаты Америки, A/C.6/76/SR.17, п. 13.

²⁵ Соединенные Штаты Америки, стенограмма заявления, блок I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в архиве Отдела кодификации].

²⁶ Германия, стенограмма заявления, блок I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в архиве Отдела кодификации]; см. A/C.6/76/SR.17, п. 73.

²⁷ Италия, A/C.6/76/SR.17, п. 22.

²⁸ Италия, стенограмма заявления, блок I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в архиве Отдела кодификации].

²⁹ Латвия (также от имени Литвы и Эстонии), стенограмма заявления, блок I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в архиве Отдела кодификации].

26. Китайская Народная Республика подчеркнула, что тема вспомогательных средств представляет собой один из «основополагающих вопросов в области международного права», напомнила, что в рамках предшествующей работы Комиссия уже рассматривала статью 38 Статута Международного Суда, и призвала Комиссию «выполнять данное тематическое исследование с надлежащей тщательностью, осмотрительностью, толерантностью и сбалансированностью, для того чтобы выводы, сделанные по итогам исследования, были рациональными с научной точки зрения»³⁰. Высказавшись в том же ключе, Республика Корея тоже приветствовала решение Комиссии включить данную тему в свою долгосрочную программу работы. Была выражена надежда, что «...работа Комиссии над данной темой позволит пролить свет на важный, но деликатный вопрос о роли судебных решений и научных трудов в определении норм международного права»³¹.

27. В поддержку данной темы высказался и Египет, исходя из своей уверенности в том, что «изучение этого вопроса КМП принесет государствам большую практическую пользу»³². Помимо признания практической ценности данной темы, эта делегация сочла, что изучение вспомогательных средств также «существенным образом дополнит проекты выводов об общих принципах права»³³. Сьерра-Леоне тоже согласилась с Комиссией в том, что данная тема отвечает всем соответствующим критериям Комиссии для добавления новых тем³⁴. По мнению делегации этой страны, которая, как и ряд других государств, также настоятельно рекомендовала как можно скорее включить эту тему в текущую программу работы, вспомогательные средства являются для Комиссии «классической темой», обратившись к которой, она смогла бы «дополнить свой общепризнанный вклад в разъяснение источников международного права»³⁵.

28. Ямайка и Перу тоже приветствовали решение Комиссии включить эту тему в долгосрочную программу работы. Ямайская делегация сделала акцент на «важной работе, проделанной в других областях, имеющих отношение к источникам права»³⁶, а перуанская делегация сочла, что анализ судебных решений и юридической доктрины «позволит Комиссии завершить важное систематическое исследование источников международного права, перечисленных в статье 38, пункт 1, Статута Международного Суда»³⁷. Эквадорская делегация аналогичным образом выразила «удовлетворение» в связи с решением Комиссии включить эту тему в долгосрочную программу работы³⁸.

29. Одна относительно малочисленная группа государств, как показалось, с настороженностью отнеслась к тому, что Комиссия добавила эту тему в долгосрочную программу работы³⁹. Среди них были Франция и Гана (выступавшая от

³⁰ Китай, стенограмма заявления, блок I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в архиве Отдела кодификации]; см. A/C.6/76/SR.17, п. 5.

³¹ Республика Корея, стенограмма заявления, блок I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в архиве Отдела кодификации].

³² Египет, стенограмма заявления, блок III, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в архиве Отдела кодификации]; см. A/C.6/76/SR.23, п. 57.

³³ Там же.

³⁴ Сьерра-Леоне, стенограмма заявления, блок I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в архиве Отдела кодификации].

³⁵ Там же.

³⁶ Ямайка, стенограмма заявления, блок I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в архиве Отдела кодификации]; см. A/C.6/76/SR.18, п. 45.

³⁷ Перу, A/C.6/76/SR.18, п. 7.

³⁸ Эквадор, стенограмма заявления, блок I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в архиве Отдела кодификации].

³⁹ Бразилия, A/C.6/76/SR.17, стенограмма заявления, блок I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в архиве Отдела кодификации]

имени Группы африканских государств)⁴⁰. Французская делегация ограничилась тем, что должным образом приняла к сведению эту тему, однако затем выступила с конструктивным предложением помочь Комиссии, высказавшись следующим образом: «Франция готова сотрудничать с Комиссией и высшими учебными заведениями, у которых имеется интерес к данной теме, и предоставить ей любые практические наработки, которые могут быть полезны для изучения этого вопроса, в частности, соответствующие элементы сложившейся судебной практики и франкоязычной юридической доктрины»⁴¹. Специальный докладчик приветствует это предложение и с интересом ожидает получения любых материалов, которые позволили бы ознакомиться с судебной практикой и другого рода информацией на французском языке. Что касается заявления от имени африканских государств, то можно отметить, что Гана выступала от имени региональной коалиции. Создается впечатление, что африканские государства, выступая с групповыми заявлениями о годовых докладах Комиссии, как правило, не одобряют, а принимают к сведению пункты, которые предлагается включить в долгосрочную программу работы. По-видимому, таким образом отдельным делегациям предоставляется возможность поддержать (как это сделали Египет, Сьерра-Леоне и другие) или же не поддержать ту или иную тему⁴².

30. Словакия, согласившись со многими другими в том, что рассмотрение данной темы следует в русле продолжающейся работы Комиссии по разъяснению источников международного права, фигурирующих в статье 38 Статута Международного Суда, тем не менее высказала предостережение относительно «сложности данного вопроса и текущей рабочей нагрузки Комиссии» и предложила

(«Бразилия отмечает недавнее включение в долгосрочную программу работы комиссии темы “Вспомогательные средства для определения норм международного права”». Бразилия с интересом принимает к сведению это решение КМП, которое позволит наметить ориентиры для толкования статьи 38 (пункт 1 d)) Статута Международного Суда»); Чешская Республика, [A/C.6/76/SR.17](#), стенограмма заявления, блок I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в Отделе кодификации] («Чешская Республика с интересом отмечает включение темы «Вспомогательные средства для определения норм международного права» в долгосрочную программу работы Комиссии»); Франция, [A/C.6/76/SR.16](#), п. 73; Гана (от имени Группы африканских государств), [A/C.6/76/SR.16](#), п. 34; Словакия, [A/C.6/76/SR.17](#), п. 42.

⁴⁰ См. Франция, стенограмма заявления, блок I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в архиве Отдела кодификации] («...делегация моей страны приняла к сведению внесение Комиссией темы «Вспомогательные средства определения норм международного права» в свою долгосрочную программу работы по рекомендации Рабочей группы по долгосрочной программе работы. Франция готова сотрудничать с Комиссией и высшими учебными заведениями, у которых имеется интерес к данной теме, и предоставить ей любые практические наработки, которые могут быть полезны для изучения этого вопроса, в частности, соответствующие элементы сложившейся судебной практики и франкоязычной доктрины»); Гана (от имени Группы африканских государств), стенограмма заявления, блок I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в архиве Отдела кодификации] («Группа африканских государств принимает к сведению решение Комиссии включить тему «Вспомогательные средства для определения норм международного права» ...в свою долгосрочную программу работы»).

⁴¹ Франция, стенограмма заявления, блок I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в архиве Отдела кодификации].

⁴² Можно даже говорить о том, что в заявлении Группы африканских государств была косвенно выражена поддержка, поскольку далее она призвала Комиссию рассмотреть возможность использования сбалансированного подхода при выборе и добавлении новых тем, а также при назначении специальных докладчиков. См. Гана (от имени Группы африканских государств), стенограмма заявления, блок I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в архиве Отдела кодификации].

включить эту тему «в программу работы только по завершении рассмотрения темы “Общие принципы права”»⁴³.

31. Чешская Республика «с интересом» отметила включение данной темы в долгосрочную программу работы, однако заявила, что «хотела бы подчеркнуть, что перенос какой-либо темы из уже существующего перечня, содержащегося в долгосрочной программе, в текущую программу Комиссии следует осуществлять только после тщательного рассмотрения этого вопроса и надлежащего разъяснения того, почему Комиссия отдает предпочтение той или иной теме перед другими темами из перечня, включенного в долгосрочную программу»⁴⁴.

32. Около пяти государств, высказавших замечания, выразили, как показалось, некоторые сомнения⁴⁵. В частности, Нидерланды отметили, что понимают желание Комиссии продолжить изучение Статута Международного Суда, однако считают предпочтительным, «чтобы КМП сосредоточилась на таких вопросах, которые более актуальны для международной практики»⁴⁶. Австрия, хотя и поддержала эту тему в ходе прений в 2022 году, высказалась более прямо, указав на то, что исследование вспомогательных средств не является «столь же остроактуальным и практически значимым для государств, как другие темы, фигурирующие в долгосрочной программе работы»⁴⁷. Таиланд предположил, что ввиду ограниченного использования вспомогательных средств для определения норм международного права могут возникнуть определенные трудности с привлечением интереса государств-членов к этой теме и получением от них информации⁴⁸.

33. Независимо от того, полностью ли упомянутые государства одобрили рассматриваемую здесь тему или же поделились имеющимися у них отдельными опасениями, некоторые из них высказали полезные замечания. Специальный докладчик считает все комментарии крайне ценными. Поэтому, хотя он — что естественно — не всегда соглашается со всеми делегациями в вопросах существа, он намерен всегда проявлять деликатность при их рассмотрении и подвергать их тщательному осмыслению. Более того, конструктивные замечания и критика, высказываемые теми государствами, которые могут казаться более критически настроенными, в прошлом давали специальным докладчикам и Комиссии возможность усовершенствовать свою работу над многими темами. С учетом этого представляется неизменно ценным предметное участие государств в обсуждении рассматриваемых тем. В конце концов, предполагается, что работа

⁴³ См. Словакия, стенограмма заявления, блок I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в архиве Отдела кодификации]. Следует отметить, что в ходе прений, состоявшихся в 2022 году, Словакия высказалась в поддержку данной темы.

⁴⁴ Чешская Республика, A/C.6/76/SR.17, п. 81.

⁴⁵ См. заявления Австрии (A/C.6/76/SR.18, п. 56); Ирана (A/C.6/76/SR.16, п. 66); Нидерландов (A/C.6/76/SR.18, п. 50); Румынии (A/C.6/76/SR.17, п. 28); Таиланда (A/C.6/76/SR.18, п. 21).

⁴⁶ Нидерланды, A/C.6/76/SR.18. В ходе прений, состоявшихся в 2022 году, Нидерланды не высказывались по вопросу о вспомогательных средствах для определения норм международного права. См. в этой связи A/C.6/77/SR.23, пп. 120–123.

⁴⁷ Австрия, A/C.6/76/SR.18, п. 56. Австрия, выступая с заявлением в 2022 году, высказалась в поддержку данной темы, о чем говорится в следующем разделе, в котором подводятся итоги прений, состоявшихся в 2022 году. Вполне вероятно, что первоначальные колебания Австрии на самом деле отражают ее давнюю позицию, которую она на протяжении нескольких лет выражала в Шестом комитете и согласно которой Комиссии следует в приоритетном порядке включить в свою текущую программу работы тему «Универсальная уголовная юрисдикция». В 2018 году по предложению автора настоящего доклада эта тема была добавлена в долгосрочную программу работы.

⁴⁸ Таиланд, A/C.6/76/SR.18, п. 21.

Комиссии должна приносить пользу в первую очередь государствам и их различным органам. То же справедливо и в отношении данной темы.

34. Что касается сферы охвата темы, то большинство государств, высказавших замечания, в целом приветствовали желание Комиссии прояснить смысл статьи 38 (пункт 1 d)). Однако небольшая группа делегаций предложила, чтобы при проведении анализа Комиссия ограничилась только этим положением статьи. Исламская Республика Иран обратилась к Комиссии с просьбой «принять во внимание имеющиеся ограничения в отношении использования вспомогательных средств, и в частности то ограничение, которое установлено в статье 59 того же Статута и касается относительной силы решений Суда. Кроме того, при разработке данной темы Комиссии не следует слишком углубляться в рассмотрение как судебных решений, так и доктрин наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву. Соответственно, в данном исследовании следует ограничиться вопросами выявления и применения обоих этих компонентов»⁴⁹.

35. Бразилия, косвенным образом затрагивая критику, встречающуюся в литературе по международному праву, в отношении, возможно, чрезмерной опоры на судебные решения и научные труды из определенных регионов мира, призвала Комиссию «надлежащим образом уч[есть] вклад всех регионов мира в разработку [данной темы]»⁵⁰.

36. Выступив в аналогичном ключе, Беларусь рекомендовала использовать «справедливые нормативные критерии для выявления норм на основе доктринальных источников, отражающих степень их принятия и признания в различных географических регионах»⁵¹. Делегация одной из азиатских стран приветствовала возможное проведение данного исследования, однако, как и Бразилия, призвала Комиссию принять во внимание широкий спектр практики разных стран⁵². В соответствующих частях настоящего доклада Специальный докладчик представляет свои первоначальные предложения относительно охвата данной темы и приглашает государства высказать свои комментарии по этому поводу. При этом он полностью согласен с тем, что в работе Комиссии как главного кодификационного органа различных наций должны быть представлены основные правовые системы и регионы мира. Это также согласуется с Положением о Комиссии и с ее практикой. Исходя из этого, он намерен всегда учитывать это важное соображение⁵³. Безусловно, он твердо намерен также соблюдать научную строгость.

В. Прения, состоявшиеся в 2022 году в Генеральной Ассамблее

37. Мнения, выраженные государствами в ходе прений в 2022 году, во многом повторяют замечания, прозвучавшие в ходе прений 2021 года. По этой причине ниже, во избежание повторений, мы сосредоточимся только на двух ярко выраженных тенденциях.

⁴⁹ Иран, A/C.6/76/SR.16, п. 66.

⁵⁰ Бразилия, A/C.6/76/SR.17, п. 27.

⁵¹ Беларусь, A/C.6/76/SR.16, стенограмма заявления, блок I, <https://www.un.org/en/ga/sixth/76/ilc.shtml> [имеется в архиве Отдела кодификации].

⁵² Китай, A/C.6/76/SR.17, п. 5.

⁵³ См. Положение о Комиссии международного права, ст. 8. Хотя в Положении говорится о формировании состава Комиссии из избираемых членов, это дает основания полагать, что и в работе Комиссии тоже должны быть отражены «главнейшие формы цивилизации и основные правовые системы мира».

38. Во-первых, ознакомление с содержанием прений в Шестом комитете (в 2022 году) в ходе семьдесят седьмой сессии Генеральной Ассамблеи подтверждает, что большинство государств, высказавшихся по рассматриваемой теме, заявили о своей твердой поддержке решения Комиссии включить эту тему в текущую программу работы. Как и следовало ожидать, многие из тех государств, которые положительно отнеслись к включению этой темы в долгосрочную программу работы, в общем и целом также поддержали перенос этой темы в текущую повестку дня. В ряде случаев некоторые делегации — например, Австрия, Бразилия, Румыния и Словакия, — которые вначале выражали определенные сомнения, описанные в предыдущем разделе, по всей видимости, согласились с решением Комиссии провести исследование и назначить специального докладчика. Среди присутствовавших было и несколько делегаций, которые не участвовали в прениях в Генеральной Ассамблее, проходивших в 2021 году. Они тоже одобрили эту тему.

39. Перечень тех, кто в ходе прений в 2022 году поддержал решение Комиссии подробнее заняться этой темой, насчитывал 22 государства. Среди них были Австралия⁵⁴, Австрия⁵⁵, Армения⁵⁶, Бразилия⁵⁷, Индия⁵⁸, Иордания⁵⁹, Колумбия⁶⁰, Малайзия⁶¹, Норвегия (выступавшая от имени Северных стран)⁶², Португалия⁶³, Румыния⁶⁴, Словакия⁶⁵, Соединенное Королевство⁶⁶, Соединенные Штаты Америки⁶⁷, Сьерра-Леоне⁶⁸, Турция⁶⁹, Уганда⁷⁰, Филиппины⁷¹, Эстония⁷² и Южная Африка⁷³.

⁵⁴ Австралия, [A/C.6/77/SR.21](#), п. 82.

⁵⁵ Австрия, [A/C.6/77/SR.22](#), п. 43.

⁵⁶ Армения, [A/C.6/77/SR.24](#), п. 13.

⁵⁷ Бразилия, [A/C.6/77/SR.22](#), п. 87.

⁵⁸ Индия, [A/C.6/77/SR.22](#), п. 48.

⁵⁹ Иордания, [A/C.6/77/SR.29](#), para. 108.

⁶⁰ Колумбия, [A/C.6/77/SR.22](#), п. 124.

⁶¹ Малайзия, [A/C.6/77/SR.22](#), п. 31.

⁶² Норвегия (от имени Северных стран), [A/C.6/77/SR.21](#), п. 43; см. [A/C.6/77/SR.29](#), para. 91 (Помимо этого, Северные страны затронули один из вопросов существа, заявив, что «хотя Северные страны согласны с основными утверждениями, содержащимися в проектах выводов 8 и 9 [проектах выводов по общим принципам права], «они считают их включение излишним и нецелесообразным. Вопрос о релевантности судебных решений и доктрин при определении норм международного права лучше всего рассматривать в контексте работы, непосредственно касающейся вспомогательных средств для определения норм международного права, — темы, которая недавно была включена в программу работы Комиссии»).

⁶³ Португалия, [A/C.6/77/SR.23](#), п. 7.

⁶⁴ Румыния, [A/C.6/77/SR.22](#), п. 111.

⁶⁵ Словакия, [A/C.6/77/SR.22](#), п. 97.

⁶⁶ Соединенное Королевство, [A/C.6/77/SR.23](#), п. 86.

⁶⁷ Соединенные Штаты, [A/C.6/77/SR.22](#), п. 12.

⁶⁸ Сьерра-Леоне, [A/C.6/77/SR.23](#), п. 37. Помимо этого, Сьерра-Леоне, как и ряд других делегаций, подчеркнуло, что, по его мнению, Комиссии следовало бы добавить в свою текущую программу работы тему «Универсальная уголовная юрисдикция».

⁶⁹ Турция, [A/C.6/77/SR.23](#), п. 66.

⁷⁰ Уганда, [A/C.6/77/SR.25](#), п. 5.

⁷¹ Филиппины, [A/C.6/77/SR.22](#), п. 25.

⁷² Эстония, [A/C.6/77/SR.22](#), п. 105.

⁷³ Южная Африка, [A/C.6/77/SR.23](#), п. 82.

40. Во-вторых, как следует из изложенного выше, изменилось число делегаций, ранее занимавших нейтральную позицию или колебавшихся. Тем не менее в замечаниях Таиланда⁷⁴, Франции⁷⁵ и Чешской Республики⁷⁶ были выражены мнения, весьма сходные с теми позициями, которые они заняли в 2021 году, при этом по меньшей мере одна делегация, выступавшая по данной теме в 2021 году, не затронула ее в 2022 году. Несколько делегаций подняли вопросы по существу, которые будут должным образом приняты во внимание.

41. В целом, завершая эту главу, в которой освещаются ключевые аспекты прений по данной теме, состоявшихся в 2021 и 2022 годах в Генеральной Ассамблее, можно прийти к очевидному выводу о том, что подавляющее большинство государств, высказавшихся по поводу включения темы вспомогательных средств для определения норм международного права в долгосрочную или текущую программу работы, в целом приветствовали или поддержали решение Комиссии выявить и рассмотреть проблемные вопросы в рамках данной темы. Специальный докладчик благодарен всем делегациям, представившим информацию по данной теме, и надеется на их дальнейшее участие в ее обсуждении в рамках предстоящих прений. Кроме того, он выражает надежду на то, что делегации других стран из всех региональных групп воспользуются ежегодно предоставляемой возможностью поделиться мнениями относительно работы Комиссии над данной темой.

⁷⁴ Таиланд, [A/C.6/77/SR.23](#), п. 114.

⁷⁵ Франция, [A/C.6/77/SR.25](#), п. 44.

⁷⁶ Чешская Республика, [A/C.6/77/SR.22](#), п. 122. Возможно, эта делегация находилась в том же положении, что и Австрия, о которой говорилось выше. Чешская делегация давно придерживается мнения, на протяжении нескольких лет высказываемого ею в Шестом комитете, о том, что Комиссии следует в приоритетном порядке включить в свою текущую программу работы тему «Универсальная уголовная юрисдикция», которая в 2018 году по предложению автора настоящего доклада была добавлена в долгосрочную программу работы.

III Сфера охвата темы и итоговый результат работы

A. Вопросы, предлагаемые на рассмотрение Комиссии

42. В плане разработки данной темы, который был утвержден Комиссией на ее семьдесят первой сессии в 2021 году и служит основой для проведения настоящего исследования, содержится напоминание о центральном значении источников в международной правовой системе. Кроме того, в нем подчеркивается та определяющая роль, которую играет Комиссия, систематически изучая и разъясняя основополагающие источники международного права, указанные в статье 38, пункт 1, Статута Международного Суда. Доскональное изучение Комиссией статьи 38 Статута Международного Суда началось с подготовки в 1960-х годах свода проектов статей о праве международных договоров (пункт 1 а)) и продолжилось работой над вопросами обычного права, которая была начата в 2012 году и вылилась в принятие в 2018 году свода проектов выводов о выявлении международного обычного права (пункт 1 b)), а совсем недавно Комиссия приступила к исследованию общих принципов права (пункт 1 с)). Работа над последней из перечисленных тем началась в 2019 году, и первое чтение соответствующего документа, как ожидается, будет проведено в 2023 году. После этого в 2025 году должно состояться второе и последнее чтение. К настоящему моменту Комиссия уже на протяжении нескольких десятилетий занимается систематическим рассмотрением первых трех подпунктов пункта 1 статьи 38 Статута Международного Суда, в которых говорится об источниках международного права: международных договорах, обычном международном праве и общих принципах права. Результаты проделанной в этом отношении работы будут там, где это целесообразно, учтены в настоящем и последующих докладах на эту тему.

43. Вместе с тем в плане разработки этой темы, подготовленном в 2021 году, также поясняется, что пока еще недостаточно изучены другие аспекты пункта 1 статьи 38, упоминаемые в подпункте d), а именно *судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций*, подлежащие применению Судом в качестве вспомогательных средств для определения правовых норм. Эти вспомогательные средства, которые очевидным образом подразделяются на две различные категории, но призваны выполнять сходную вспомогательную функцию, пока не были всесторонне изучены Комиссией в целях прояснения той значительной роли, которую они играют в развитии различных областей международного права. При этом, как и в случае предшествующей работы Комиссии, посвященной собственно источникам, среди различных аспектов вспомогательных средств, их взаимодействия и взаимосвязи с источниками имеются такие, в отношении которых существует неопределенность. Более того, ведутся некоторые споры о природе и месте судебных решений в контексте определения норм международного права, и остаются открытыми аналогичные вопросы в отношении роли доктрин наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций. С учетом этого для обеспечения максимальной определенности, предсказуемости и единообразия международного права, Комиссия (и ряд государств, участвующих в работе Шестого комитета) сочла полезным рассмотреть и непосредственно вспомогательные средства для определения норм международного права, завершив этим изучение статьи 38, пункт 1.

44. На данном этапе, принимая во внимание представленный в 2021 году план разработки темы, Специальный докладчик предлагает Комиссии рассмотреть следующие вопросы. Перечень этих вопросов носит скорее иллюстративный,

нежели исчерпывающий характер. Задача в данном случае состоит в том, чтобы сформировать достаточную основу, которая позволит членам Комиссии и государствам представить ответные замечания по поводу предлагаемой сферы охвата темы. Как следствие, разбор намеченных ниже вопросов не преследует цели ограничить данную тему жесткими рамками, поскольку с точки зрения полезности, конечно же, необходимо, чтобы другие потенциальные вопросы или аспекты, связанные с этой темой, оставались открытыми для возможного рассмотрения Комиссией.

45. В целом, если говорить об основных вопросах, подлежащих рассмотрению, то предлагается, чтобы в рамках своего исследования Комиссия рассмотрела ключевые основополагающие вопросы, касающиеся вспомогательных средств, в целях уточнения и разъяснения того, как судебные решения, доктрины и, возможно, другие вспомогательные средства используются в практике государств, международных судов и трибуналов, а также других соответствующих субъектов, таких как экспертные органы, в процессе выявления, определения и применения норм международного права. Никойм образом не исключая возможности рассмотрения других вопросов или аспектов, которые могут более отчетливо проявиться по ходу работы над темой, можно предложить Комиссии в общих чертах проанализировать три основополагающих направления, или компонента, данной темы.

1. Происхождение, природа и сфера применения вспомогательных средств

46. В рамках первого направления, или компонента, исследования данной темы будет предпринята попытка разъяснить природу категории вспомогательных средств в контексте определения норм международного права. Крайне важными здесь являются три субкомпонента: во-первых, выяснение происхождения вспомогательных средств; во-вторых — вопросы терминологии; и в-третьих — связанный с этим вопрос о сфере применения. Важным является вопрос о выборе между узким (традиционным) и широким (современным) подходами, который способен существенно повлиять на полезность вклада Комиссии в разработку этой темы. Основополагающий вопрос, требующий рассмотрения, заключается в том, ограничивается ли совокупность вспомогательных средств исключительно судебными решениями и доктринами наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций или же охватывает и другие вспомогательные средства ввиду неисчерпывающего характера статьи 38, пункт 1 d) Статута Международного Суда, а также, что очень важно, с учетом практики государств и международных судов и трибуналов.

47. При определении сферы охвата темы и уточнении терминологии, в отношении которой на практике, по-видимому, существует некоторая путаница, можно было бы рассмотреть как традиционное понимание статьи 38 (пункт 1 d)), так и историю ее разработки, и, что особенно важно, специфику ее применения в течение последних нескольких десятилетий. Это, в частности, подразумевает уточнение объема таких ключевых понятий, как «судебные решения» и «доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву». Что касается первого из них, то следует рассмотреть те распоряжения, которые выносятся судами общей юрисдикции и другими судебными органами, обсудить, входят ли в число таких распоряжений консультативные заключения, а также сопоставить роль распоряжений национальных и международных судов в разрешении вопросов международного права. Можно было бы изучить сферу применения вышеназванных «доктрин», вопрос о том, насколько широка или узка эта категория, кто может формировать такие доктрины, а также каков их вес. В частности, задавшись целью внести больше ясности в эту область, к какой категории следует отнести труды, созданные широким кругом разнообразных

экспертных органов? Считаются ли их труды доктринами? Как обстоит дело с решениями или мнениями некоторых из этих экспертных органов, особенно тех, которые выполняют официальный мандат, и каковы различия между их материалами и материалами частных экспертных групп или судов *simpliciter*. Кроме того, следует принять во внимание взаимодействие и взаимоотношения таких органов с государствами. Предварительный разбор некоторых из этих вопросов приводится в последующих частях этого доклада.

2. Взаимосвязь между вспомогательными средствами и источниками международного права

48. В рамках второго направления, или компонента, данной темы, в котором в известной мере можно усмотреть главную ценность исследования данной темы, основное внимание сосредоточено на функциях и взаимосвязи вспомогательных средств, перечисленных в подпункте 1 d), и источников международного права, а именно международных договоров, правового обычая и общих принципов права, фигурирующих в подпунктах 1 a)–c) статьи 38 Статута Международного Суда. В этой связи рассмотрению подлежат, в частности, такие вопросы, как вес и значение, придаваемые вспомогательным средствам, в особенности судебным решениям международных судов и трибуналов в контексте разъяснения и развития международного права, а также доктринам наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций. Следует рассмотреть идею о том, что судебные органы, формулируя свои выводы по итогам толкования и применения международных договоров, правового обычая и общих принципов права могут выявлять обязательства, юридически связывающие государства, международные организации и другие органы, а также что эти выводы могут служить источниками таких обязательств. Необходимо уточнить взаимосвязь между статьями 38 и 59 и понятием прецедента или предполагаемого отсутствия такового в международном праве, а также то, как это затрагивает права третьих лиц. Вопрос о судебном прецеденте обсуждается уже давно. Однако для данной темы он представляется особенно важным с учетом как связанных с ним теоретических концепций, так и реального положения дел в юридической практике, с которым неизбежно соглашаются государства. Правоведение, приобретающее все более эмпирическую направленность и фиксирующее фактическое развитие прецедентов в международных судах и трибуналах, помогло бы установить или, по крайней мере, подтвердить закономерности, которые могут встречаться в юридической практике, что позволило бы Комиссии сделать полезные выводы.

3. Дополнительные вспомогательные средства для определения норм международного права

49. Третье направление, или компонент, рассматриваемой темы, в зависимости от выбора узкого или широкого подхода к вопросу о вспомогательных средствах, возможно, позволит разъяснить, что представляют собой дополнительные вспомогательные средства, которые не являются ни судебными решениями, ни доктринами наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций. Здесь Комиссия могла бы абстрагироваться от предмета своего исследования и дать более общую картину, не ограниченную строгими рамками двух категорий, упоминаемых в статье 38 (пункт 1 d). Принимая во внимание очевидно неисчерпывающий характер этого положения, стоит проанализировать вопрос о развитии вспомогательных средств с течением времени в практике государств и международных организаций, а также международных судов и трибуналов. Такой анализ, по всей вероятности, покажет, что на протяжении последних нескольких десятилетий государства обращаются к международным

трибуналам с просьбами использовать различные правовые инструменты для урегулирования споров между государствами. При этом они изучают источники обязательств государств, связанные с теми источниками права, которые прямо упоминаются в статье 38, пункт 1, но не ограничивающиеся ими. Два современных источника обязательств государств в международном праве: односторонние акты/декларации государств и резолюции международных организаций — упоминаются в этой связи, пожалуй, наиболее часто. Исходя из этого, они рассматриваются в настоящем докладе. Мы могли бы также рассмотреть, сообразуясь с практикой и литературой в соответствующей сфере, вопрос о том, существуют ли дополнительные вспомогательные средства, такие как справедливость, религиозное право или соглашения между государствами и международными предприятиями.

50. Еще один, последний вопрос — вопрос о согласованности⁷⁷ и единстве международного права — тоже может отразиться на сфере охвата и, следовательно, на полезности и сложности нашей темы, а значит, упомянуть его необходимо. Этот вопрос возникает потому, что одной из основ, на которых зиждется данная тема, несомненно, является анализ судебных решений. Как разъяснялось в плане разработки темы, подготовленном в 2021 году, в некоторых случаях возникает опасение, что различные международные суды и трибуналы могут одновременно рассматривать один и тот же спор и, действуя таким образом, могут прийти к противоречивым решениям/выводам относительно одного и того же международно-правового вопроса. Это, в свою очередь, порождает, среди прочего, полемику об их институциональной компетентности и об иерархических отношениях *inter se*⁷⁸. В плане разработки темы признается, что указанные выше вопросы действительно возникают на практике, однако выражается мнение о том, что, хотя обеспокоенность по поводу коллидирующих судебных решений имеет определенное значение, ее рассмотрение означало бы выход за рамки настоящей темы. Этот вывод был сделан без подробного обсуждения данного конкретного вопроса.

51. Учитывая значимость этого вопроса, который, кажется, естественным образом возникает при изучении роли судебных решений как вспомогательного средства для определения норм международного права и, как представляется, косвенным образом фигурирует в комментариях по меньшей мере одного государства (а именно Португалии), Специальный докладчик считает, что именно Комиссии в целом теперь надлежит определить, следует ли оставить данный вопрос в стороне при рассмотрении настоящей темы. Специальный докладчик считает своим долгом затронуть этот аспект с единственной целью получить от Комиссии соответствующие указания. Он готов предоставить более подробную информацию по этому вопросу, который, в зависимости от высказанных на этот счет мнений, он мог бы рассмотреть более предметно в будущих докладах.

⁷⁷ Анализ различных этапов полемики по данному вопросу и возможной текущей позиции специалистов по международному праву относительно презюмируемой фрагментации в результате растущего влияния судебных процедур на международное право см. Chiara Giorgetti and Mark Pollack (eds.) *Beyond Fragmentation: Cross-Fertilization, Cooperation and Competition among International Courts and Tribunals* (Cambridge: Cambridge University Press, 2022), p. 6. Более раннее по времени подробное рассмотрение возможных случаев конкуренции юрисдикций в контексте кажущегося увеличения числа международных судов и трибуналов см. Yuval Shany, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals* (Oxford: Oxford University Press, 2003).

⁷⁸ См. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/76/10)*, приложение, гл. IV, п. 27.

В. Проекты выводов как конечный результат работы

52. Специальный докладчик поддерживает решение Комиссии от 2021 года, согласно которому наиболее подходящей формой для представления результатов работы над данной темой являются проекты выводов, сопровождаемые комментариями. Как указано в плане разработки темы⁷⁹, выбор в пользу проектов выводов отражает и дополняет подход, применявшийся Комиссией недавно при работе над несколькими темами, как то: «Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров»⁸⁰, «Выявление международного обычного права»⁸¹, «Общие принципы права»⁸² и «Выявление и правовые последствия императивных норм общего международного права (*jus cogens*)»⁸³ — темами, в рамках которых рассматривались источники и смежные вопросы международного права.

53. Тем не менее вопрос о том, что представляют собой «проекты выводов» на практике, уже поднимался в контексте других упомянутых тем как членами Комиссии, так и государствами в Шестом комитете. Их обеспокоенность, по-видимому, отчасти связана с тем, что результаты различных исследований Комиссии в окончательном виде все чаще приобретают формат проектов выводов вместо традиционного, более привычного для государств формата проектов статей. Обеспокоенность вызывает и вопрос о практической значимости такого выбора. С учетом этого в связи с данным вопросом необходимо высказать два кратких, но важных соображения.

54. Во-первых, следует подчеркнуть, что еще до того, как несколько делегатов Шестого комитета обратились к Комиссии с призывами уточнить определение проектов выводов, в Комиссии уже шли обсуждения сложного вопроса о том, какие последствия влечет за собой выбор проектов выводов в качестве формы представления результатов работы по сравнению с иным оформлением итогов рассмотрения других тем, например в виде проектов статей. Этот вопрос возник в контексте ее работы, касавшейся других форм представления результатов. Затем эта проблематика была затронута в доступном для всеобщего ознакомления докладе ее постоянной рабочей группы по методам работы — надлежащего вспомогательного органа, занимающегося такими вопросами⁸⁴. Как было указано в докладе Комиссии Генеральной Ассамблеи за 2022 год, обсуждение данного вопроса о номенклатуре и различных других вопросов в рамках этой рабочей группы будет продолжаться еще несколько лет до окончания пятилетнего периода 2023–2027 годов⁸⁵. Любые сделанные ею выводы, как обычно, будут направлены государствам и Генеральной Ассамблее для получения отзывов. Из вышеизложенного следует, что при всей важности данного вопроса было бы неправильным затрагивать и тем более пытаться решить его в рамках настоящего доклада.

⁷⁹ Там же, приложение, п. 8.

⁸⁰ *Yearbook... 2018*, vol. II (Part Two), chap. IV, pp. 23–82, paras. 39–52 (имеется также в документе под условным обозначением [A/73/10](#)).

⁸¹ *Ibid.*, chap. V, pp. 89–112, paras. 53–66.

⁸² *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/77/10)*, гл. VIII, сс. 358–376 (первое чтение планируется завершить до конца текущего пятилетнего периода).

⁸³ Там же, гл. IV, сс. 11–101.

⁸⁴ Там же, гл. X (раздел C.2), сс. 401–402, п. 255.

⁸⁵ Там же, с. 402, п. 256.

55. Во-вторых, в практике Комиссии в любом случае пока не было выработано универсального определения понятия «проекты выводов». По всей видимости, основным ориентиром при выборе формы представления результатов служат конкретные потребности, которые призвано удовлетворить рассмотрение той или иной темы. Тем не менее, дабы развеять любые возможные опасения по поводу намерений, которыми продиктовано использование формата проектов выводов в случае данной темы, следует сделать одно важное уточнение. В том смысле, в котором термин «проекты выводов» используется здесь, его следует понимать как результат процесса аргументированного обсуждения и изложение заново существующих норм в связи с практикой, сложившейся в отношении вспомогательных средств при определении норм международного права. Их основное предназначение состоит в разъяснении права на основе существующей практики. Соответственно, содержание таких проектов выводов, в соответствии с Положением о Комиссии и ее сложившейся практикой в отношении новейших источников и смежных тем, служит прежде всего отражением усилий по кодификации и, возможно, включает также элементы прогрессивного развития международного права.

56. В целом, завершая освещение этого вопроса, можно сказать, что, если Комиссия утвердила проекты выводов в качестве окончательного формата при рассмотрении существа статьи 38, подпункты 1 b)-c), Статута Международного Суда, то для нее будет логичным использовать тот же формат представления результатов применительно к вспомогательным средствам для определения норм международного права, фигурирующим в подпункте 1 d). Любое отклонение от этого подхода, решение о котором уже было принято Комиссией в 2021 году, вызовет ненужную путаницу и породит ненужные сомнения.

С. Терминологические пояснения

57. Последний аспект, рассматриваемый в настоящей главе, касается терминологии. При подготовке настоящего доклада Специальный докладчик выяснил, что при обращении к данной теме в практике и в научной литературе используется широкий спектр различных терминов. С учетом этого он, надеясь устранить для Комиссии возможность различного толкования при работе над настоящим докладом и данной темой или, по крайней мере, свести эту возможность к минимуму, полагает, что было бы полезно обеспечить единое понимание ключевых терминов. В этой связи стоит высказать два соображения.

58. Во-первых, в качестве отправного пункта следует указать, что упоминание в рамках данной темы «вспомогательных средств для определения правовых норм» является отсылкой к термину, содержащемуся в статье 38 (пункт 1 d)) Статута Международного Суда. Для преследуемых нами целей в настоящем докладе и в рамках данной темы будет использоваться термин «вспомогательные средства для определения норм *международного права*», но по сути его следует считать эквивалентным термину «вспомогательные средства для определения *правовых норм*». Другими словами, термин «правовые нормы», содержащийся в Статуте Международного Суда, часто, хотя и не всегда, будет заменяться термином «нормы международного права». Это делается ради соответствия названию темы, выбор которого был призван подчеркнуть основную задачу текущего проекта, заключающуюся в определении норм *международного права*. Важно отметить, что при этом ни в коей мере не подразумевалась возможность рассмотрения понятия «правовые нормы» как более широкого по сравнению с понятием «нормы международного права», и, соответственно, это обстоятельство никоим образом не должно ограничивать сферу охвата данной темы.

59. Проще говоря — и здесь мы подошли ко второму и последнему соображению, касающемуся терминологии, — в статье 38 (пункт 1 d)) Статута Международного Суда прямо упоминаются две категории «средств», которые в ходе разработки Статута Постоянной палаты международного правосудия и Статута Международного Суда были охарактеризованы как «вспомогательные», а именно «судебные решения» и «доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций». Вместо термина «судебные решения» для краткости может использоваться термин «решения», а «доктрины» иногда могут быть названы учениями, трудами, научными исследованиями, литературой, работами и даже материалами или мнениями. Оба термина следует понимать в самом широком смысле. В отдельных англоязычных текстах термин “publicists” («специалисты по публичному праву»), имеющий несколько архаичное звучание, может быть заменен другими терминами, более распространенными в современном обиходе — например, “scholars” («ученые»), “jurists” («юристы»), “authors” («авторы»), “writers” («исследователи») или “commentators” («комментаторы»). Толкование этих терминов, о котором было сказано выше, в общем и целом согласуется с предшествующей работой Комиссии⁸⁶.

60. В заключение следует сказать, что Комиссия, обратившись к данной теме и рассмотрев основные вопросы, изложенные выше, а также любые другие смежные вопросы, которые могут возникнуть в ходе этой работы, своим исследованием, как ожидается, окажет ценную методическую помощь государствам, международным организациям, национальным и международным судам и трибуналам и всем — включая правоведов и специалистов-практиков в области международного права, — у кого могут возникнуть основания разобраться в существе вопроса о вспомогательных средствах для определения норм международного права.

⁸⁶ Используемые термины в большинстве случаев соответствуют терминологии, которая использована Комиссией в выводах о выявлении международного обычного права. См. в этой связи выводы 13 и 14 и сопроводительные комментарии к ним в докладе Комиссии Генеральной Ассамблее Организации Объединенных Наций за 2018 год, о которых говорится в меморандуме Секретариата.

IV Методология

61. Обратимся теперь к методологии. Специальный докладчик предлагает Комиссии, в соответствии с ее Положением и сложившейся практикой⁸⁷, придерживаться принятой ею методологии и при работе над данной темой. Для этого ей потребуется максимально досконально и объективно изучить широкий спектр первоисточников, посвященных им материалов, а также юридической литературы по данной теме, рассмотрев их в комплексе. С этой целью исследовательская работа, проделанная Специальным докладчиком для подготовки его докладов, будет дополнена материалами, которые представят другие члены Комиссии. Вся информация, полученная от государств, будь то в рамках заявлений, сделанных в ходе ежегодных прений по этой теме в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи, или в порядке ответов на конкретные запросы, будет внимательно изучена и принята к сведению. То же самое относится и к исследованиям, проводимым Секретариатом во исполнение просьб Комиссии.

62. В работе над данной темой следует ориентироваться прежде всего на практику государств. В этой связи может возникнуть вопрос о том, что следует подразумевать под практикой государств. Разумеется, практика государств может принимать самые различные формы. Комиссия попыталась уточнить, каковы наиболее распространенные формы практики государств, в рамках подготовленных ею в 2018 году выводов о выявлении международного обычного права. Она пояснила, что практика государства, по ее мнению, *включает* поведение этого государства в порядке осуществления его исполнительных, законодательных, судебных или других функций — например, публичные заявления, решения соответствующих международных и национальных судов и трибуналов; а также национальные законы, указы и другие документы; договоры и другие международные документы, включая *travaux préparatoires* (подготовительные материалы), при наличии таковых; обмена информацией в дипломатическом порядке, а также заявления в универсальных и региональных международных судах и трибуналах. В той мере, в которой это актуально для целей данной темы, будет также рассмотрена практика международных организаций⁸⁸ как универсального, так и регионального характера.

63. С учетом характера данной темы, в рамках которой фокус направлен на вспомогательные средства для определения правовых норм, и в первую очередь на *судебные решения*, особое внимание следует уделить практике международных судов и трибуналов. Не стоит забывать, что первоначально статья 38 задумывалась как рекомендация для проведения судебного процесса в том или ином конкретном суде. В связи с этим, как и в соответствующих предыдущих исследованиях Комиссии, посвященных источникам международного права, внимание будет уделено работе Международного Суда и его предшественника, Постоянной палаты международного правосудия, на решения которой он часто ссылается в качестве обоснования⁸⁹. Хотя решения межгосударственных арбитражных

⁸⁷ См. в этой связи *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/76/10)*, приложение, пп. 32–34, 39 (в которых, в частности, содержатся ссылки на статьи 20 и 24 Положения о КМП).

⁸⁸ Как будет показано далее, здесь проводится различие между практикой международных организаций как таковых и практикой международных судов и трибуналов, включая их решения.

⁸⁹ См. (наряду с многими другими возможными примерами, содержащимися в решениях и консультативных заключениях) дело *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of Charter)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1948, p. 57 at p. 63 («Суд считает данную формулировку достаточно четкой; соответственно, он не находит

судов и не являются судебными решениями сами по себе, они будут рассмотрены в рамках данной темы — как и в рамках предыдущих тем, над которыми работала Комиссия. Это представляется оправданным, поскольку межгосударственные и другие арбитражные суды часто применяют нормы международного права и поскольку как государства, так и международные суды в любом случае ссылаются на их распоряжения при рассмотрении споров, касающихся вопросов международного права⁹⁰.

64. Не ставя под сомнение общую значимость решений внутригосударственных судов, которые тоже должны приниматься во внимание, стоит рассмотреть практику международных (или де-факто являющихся таковыми) судов и трибуналов. К ним относятся, в частности, Международный Суд Организации Объединенных Наций, Международный трибунал по морскому праву, специальные международные уголовные трибуналы по бывшей Югославии и по Руанде, Специальный суд по Сьерра-Леоне, а также органы по урегулированию споров Всемирной торговой организации. Также будет упомянута практика региональных судов и трибуналов, в том числе Африканского суда и Африканской комиссии по правам человека и народов, Суда Европейского союза, Европейского суда по правам человека, Межамериканского суда по правам человека и Межамериканской комиссии по правам человека, а также договорных органов по правам человека. Тем не менее, хотя мы будем ссылаться на практику конкретных судов и трибуналов, цель заключается в выработке выводов общего характера, применимых в равной степени ко всем судам — не только существующим в настоящее время, но и тем, которые могут быть созданы в будущем.

65. По мнению Специального докладчика, учитывая, что в настоящем исследовании речь идет о вспомогательных средствах, при использовании столь разнообразной судебной практики всегда следует иметь в виду по меньшей мере два важных соображения. Во-первых, в отношении других международных судов можно было бы задать вопрос, применяют ли эти судебные органы методологию, подобную той, которая принята Международным Судом, особенно с учетом их собственных специфических правовых основ. Во-вторых, хотя формально он не обязан следовать решениям таких судов, было бы важно

нужным отступать от последовательной практики Постоянной палаты международного правосудия, согласно которой нет необходимости обращаться к подготовительным материалам, если текст той или иной конвенции сам по себе сформулирован достаточно четко») и дело *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, p. 174 at p. 182 («согласно международному праву, Организация должна считаться обладающей теми полномочиями, которые, хотя и не предусмотрены прямо в Уставе, предоставлены ей в силу необходимой презумпции того, что они имеют принципиальное значение для выполнения ею своих обязанностей»). Далее он отметил, что «данный принцип права был применен Постоянной палатой международного правосудия к Международной организации труда в консультативном заключении № 13 от 23 июля 1926 года (Advisory Opinion No. 13 of July 23rd 1926, Series B, № 13, p. 18) и должен быть применен к Организации Объединенных Наций»). Подчеркивая свою верность практике этого судебного органа, Суд вместе с тем, в других решениях, напротив, проводит различие между своими собственными постановлениями и постановлениями ПППП, как это имело место, например, в решении по делу *Nuclear Tests (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 253 at p. 270, para. 54.

⁹⁰ В научной литературе более раннего периода данный вопрос относился к разряду дискуссионных, и в ней велась активная полемика по поводу того, являются ли решения арбитражных судов «судебными решениями», о которых говорится в статье 38, пункт 1 d). Хотя этот вопрос будет рассмотрен далее в настоящем докладе, на данном этапе достаточно подчеркнуть, что в практическом отношении здесь нет реальной проблемы, поскольку Суд в своей практике ссылается на такие решения. Прекрасный анализ данного вопроса см. Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge: Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996), p. 35.

рассмотреть вопрос о том, признают ли Международный Суд и государства, занимаясь вопросами международного права, эти решения одной из форм убедительных вспомогательных средств безотносительно к тому, что они могут являться свидетельствами практики государств.

66. Разумеется, в дополнение к практике государств будут также изучены соответствующие научные работы, посвященные теме источников и вспомогательных средств для определения норм международного права. Представляется важным изучить широкий спектр научных работ, особенно с учетом характера данной темы, а также буквы и духа статьи 38, подпункт 1 d) Статута. Будут приложены максимальные усилия, чтобы принять к сведению все многообразие точек зрения по данной теме. К ним можно отнести, опять же в соответствии со сложившейся практикой, труды как отдельных ученых, так и групп экспертов, созданных частным образом или по инициативе государств.

67. Специальный докладчик будет чрезвычайно благодарен за любые материалы соответствующего характера на различных языках, предложенные членами Комиссии и государствами. Это должно помочь обеспечить более широкую представленность основных правовых систем, языков и регионов мира.

68. И наконец, как и в случае с другими недавно выполненными исследованиями, Комиссия могла бы снабдить свое исследование многоязычной библиографией. Ценность библиографии заключается прежде всего в том, что она сможет стать отправным пунктом для исследований правоведов и других ученых, которым может понадобиться обратиться к вопросу о вспомогательных средствах. Опасность здесь, конечно же, заключается в том, что библиография по своей природе, будучи создана, остается впредь в неизменном виде. Соответственно, она может быстро устареть. В то же время обширная библиография, приведенная в конце работы по данной теме, может оказаться полезной в той мере, в какой она сможет служить для будущих исследователей удобным справочником по опубликованным на тот момент основным научным трудам по данной теме⁹¹. С учетом огромного количества публикаций на данную тему, вероятно, было бы оправданным подходить к ним с определенной долей избирательности. Отсюда напрашивается вопрос о том, какими критериями следует руководствоваться при применении такого избирательного подхода. Можно было бы предложить включить в число основных критериев отбора то, насколько качественными и репрезентативными являются соответствующие публикации с точки зрения основных правовых систем, регионов и языков мира. Как и в вышеуказанном случае, Специальный докладчик будет крайне признателен членам Комиссии и государствам за предложения относительно соответствующих первоисточников и посвященных им материалов, пригодных для включения в многоязычную библиографию.

⁹¹ Идея о составлении библиографии уже была изложена в плане разработки рассматриваемой темы. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/76/10)*, приложение, гл. VI, п. 38 v).

V

Предшествующая работа Комиссии, касающаяся вспомогательных средств

69. Для целей настоящего доклада необходимо напомнить о работе, проведенной Комиссией ранее и представляющейся особенно актуальной для рассмотрения данной темы. Исходя из этого в настоящей главе Специальный докладчик, в значительной степени опираясь на меморандум Секретариата, стремится представить некоторую справочную информацию, которая позволит Комиссии там, где это целесообразно, отталкиваться от результатов предшествующей работы. В настоящий доклад он включил основные моменты и сопроводительные пояснения. Однако ввиду имеющихся ограничений по объему здесь рассматриваются не все аспекты. Для того чтобы составить себе более полную картину, членам Комиссии рекомендуется читать эту главу в совокупности с меморандумом Секретариата.

70. Нет ничего удивительного в том, что Комиссия, с учетом ее масштабной работы над темой источников международного права в течение нескольких последних десятилетий, прибегала к вспомогательным средствам в рамках практически всех тем, над которыми она работала. Тем не менее, как будет показано в дальнейшем, подобное использование этих средств отнюдь не всегда входит в сферу действия статьи 38 (пункт 1 d))⁹². Это подтверждается меморандумом Секретариата, который «применяет широкий подход в том смысле, что, приводя примеры таких ссылок на судебные решения и доктрины, он не занимает какой-либо позиции относительно того, использовала ли Комиссия эти материалы как вспомогательные средства по смыслу статьи 38, пункт 1 d))»⁹³. Такая позиция представляется закономерной. Ведь в конечном счете именно Комиссия должна провести обзор проделанной ею в прошлом работы, систематизированной в материале Секретариата, на предмет того, констатировала ли она прямо или косвенно, что «конкретная ссылка на судебные решения или доктрины в рамках ее работы»⁹⁴ является либо не является использованием таких материалов в качестве вспомогательных средств по смыслу статьи 38 (пункт 1 d) Статута Международного Суда.

71. Что касается формы, то в меморандуме Секретариата содержится ряд замечаний относительно предыдущей работы Комиссии, которые могут быть особенно актуальны для данной темы. В этой связи в меморандуме, после рассмотрения нескольких предварительных вопросов (в разделе «Введение») вначале говорится о понятийном осмыслении и понимании Комиссией судебных решений и доктрин как средств для определения норм международного права (гл. II), включая трактовку таких элементов, как «вспомогательные средства», «судебные решения» и «доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций», а затем дается оценка использования Комиссией судебных решений и доктрин в своей работе (гл. III, разд. A). Глава III содержит примеры использования судебных решений и доктрин для определения норм международного договорного права, обычного международного права и общих принципов права (разд. B). Затем в меморандуме дается обзор того, как Комиссия ссыалась на судебные решения и доктрины при рассмотрении более

⁹² Меморандум Секретариата «Вспомогательные средства для определения норм международного права: элементы результатов предыдущей работы Комиссии международного права, которые могли бы иметь особое отношение к данной теме» (Меморандум Секретариата), [A/CN.4/759](#), п. 3.

⁹³ Там же.

⁹⁴ Там же.

общих вопросов, касающихся международной правовой системы и взаимосвязей между источниками и нормами международного права (гл. III, разд. С), а в заключение представлен разбор того, каким именно образом Комиссия инкорпировала судебные решения и доктрины в свои методы работы (гл. IV)⁹⁵.

72. Все направления, охваченные в меморандуме Секретариата, могут служить источниками ценной аналитической информации, которую следует учесть в работе Комиссии над данной темой, однако для целей настоящего доклада в этой главе внимание будет сосредоточено на использовании судебных решений и доктрин в практике Комиссии. Прочие аспекты, разъясненные в меморандуме, в особенности понятийное осмысление вспомогательных средств, возможно, актуальны для других частей настоящего доклада, посвященных теоретическим вопросам. Использование Комиссией вспомогательных средств в связи с более фундаментальными вопросами, касающимися международно-правовой системы и взаимосвязей между источниками международного права, а также критерии для определения ценности различных вспомогательных средств будут рассмотрены главным образом в будущих докладах Специального докладчика.

А. Оценка Комиссией статьи 24 Положения о Комиссии и вопроса о вспомогательных средствах

73. Прежде чем перейти к основным изложенным в меморандуме замечаниям, касающимся практики использования Комиссией вспомогательных средств, чрезвычайно важно рассмотреть некоторые предварительные замечания в отношении статьи 24 Положения о Комиссии⁹⁶, к которым также привлекает внимание Секретариат, и отметить нижеследующее.

74. В 1950 году Комиссия представила Генеральной Ассамблее доклад, в котором рассматривались «способы и средства, при помощи которых материалы, свидетельствующие о существовании обычного международного права, стали бы более доступными» и обращалось внимание на следующее закрепленное в Положении различие⁹⁷:

Статья 24 Положения о Комиссии очевидно отступает от той классификации, которая нашла себе место в статье 38 Статута Суда, ибо статья 24 относит судебные решения по вопросам международного права к категории материалов, свидетельствующих о существовании обычного международного права. Это отступление, однако, можно обосновать логически, потому что в таких решениях, и особенно в решениях международных судов, могут формулироваться и применяться принципы и нормы обычного международного права. Кроме того, решения национальных судов любого государства могут указывать на существование в этом государстве известной практики⁹⁸.

⁹⁵ Там же, резюме.

⁹⁶ Статья 24 Положения о Комиссии гласит:

«Комиссия рассматривает способы и средства, делающие более доступными при помощи которых материалы, свидетельствующие о существовании обычного международного права, стали бы более доступными, как, например, путем компиляции и опубликования документов, определяющих установившуюся практику государств, судебных решений национальных и международных судов по вопросам международного права, и представляет о том доклад Генеральной Ассамблее».

⁹⁷ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), п. 10.

⁹⁸ *Yearbook... 1950*, vol. II, p. 368, para. 30 (имеется также в документе под условным обозначением [A/1316](#), с. 6, п. 30).

75. В вышеупомянутом докладе Комиссии далее говорится следующее:

Сведения о практике, которой придерживаются государства, можно найти в самых разнообразных материалах. Имеющееся в статье 24 Положения Комиссии указание на «документы, определяющие установившуюся практику государств» (*documents concerning State practice — documents établissant la pratique des Etats*), не дает еще критерия, чтобы судить о характере таких «документов». Вряд ли нужно перечислять все многочисленные категории материалов, в которых раскрывается практика государств в связи с каждой из многих проблем, возникающих в международных отношениях⁹⁹.

76. Комиссия, однако, представила неисчерпывающий перечень «категорий», или видов, свидетельств обычного международного права, к которым были отнесены тексты международных актов, решения международных судов, решения национальных судов, национальное законодательство, дипломатическая корреспонденция, заключения, получаемые различными правительствами от своих юрисконсультов, и практика международных организаций¹⁰⁰.

В. Стандартные виды использования Комиссией вспомогательных средств в своей работе

77. С учетом всего вышесказанного авторы меморандума, отмечая признание Комиссией важности вспомогательных средств, в особенности судебных решений в контексте обычного международного права, анализируют общий подход Комиссии к использованию судебных решений. Помимо этого, они приводят конкретные примеры того, как Комиссия использует судебные решения и постановления судов, а также доктрины, включая труды отдельных ученых и экспертных органов.

78. Секретариат дает двоякую оценку подхода Комиссии к использованию судебных решений и доктрин. Во-первых, характер и масштабы использования Комиссией судебных решений и доктрин в качестве обоснования варьируются в зависимости от характера рассматриваемой темы и средств, с помощью которых обеспечивалось развитие права в этой области¹⁰¹. Например, в случае с темой «Односторонние заявления государств», где развитие права в основном происходило благодаря межгосударственной практике и вытекающим из нее решениям Международного Суда, Комиссия ссыалась главным образом на решения Международного Суда. Комиссия охарактеризовала комментарии к принятым ею впоследствии Руководящим принципам как «...пояснительные замечания, содержащие обзор судебной практики Международного Суда и соответствующей практики государств»¹⁰².

79. Напротив, в случае с темой ответственности государств Комиссия, определяя основные нормы международного права, касающиеся ответственности государств за их международно-противоправные деяния, рассмотрела большой объем разнообразных материалов, включая дела, находившиеся в производстве Постоянной палаты международного правосудия и Международного Суда,

⁹⁹ *Ibid.*, para. 31 (имеется также в документе под условным обозначением [A/1316](#), с. 6, п. 31).

¹⁰⁰ *Ibid.*, para. 31, and at pp. 368–372, paras. 32–78 (имеется также в документе под условным обозначением [A/1316](#), п. 31, и сс. 6–10, пп. 32–78).

¹⁰¹ См. Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), замечание 20, пп. 65–69.

¹⁰² Руководящие принципы, применимые к односторонним заявлениям государств, способным привести к возникновению юридических обязательств, *Ежегодник... 2006*, т. II (часть вторая), с. 196, сноска 873.

арбитражные решения, распоряжения региональных судов по правам человека, заключения экспертных договорных органов, дела комиссий по рассмотрению претензий и судебные решения и доктрины национального уровня¹⁰³. Кроме того, в статьях о дипломатической защите, согласно которым «государство может осуществить свое право на предъявление претензий международного характера другим государствам от имени своих пострадавших граждан при условии, что они исчерпали внутренние средства правовой защиты, Комиссия вновь рассмотрела соответствующие нормы и принципы, определенные Постоянной палатой международного правосудия и Международным Судом¹⁰⁴, а также ряд решений других судов и трибуналов и доктрин, имеющих отношение к определению ею норм и принципов, содержащихся в проектах статей»¹⁰⁵.

80. Комиссия часто ссыалась на решения Постоянной палаты международного правосудия и Международного Суда и на ряд других материалов, чтобы подтвердить или обосновать правила и принципы, почерпнутые из многочисленных многосторонних договоров, деклараций и других подобных международных документов, положений и резолюций, принятых международными организациями и имеющих отношение к теме международной ответственности в случае ущерба от трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности¹⁰⁶.

81. Вторая оценка Секретариатом общего подхода Комиссии к использованию вспомогательных средств показала, что Комиссия опирается как на судебные решения, так и на доктрины в контексте как кодификации международного права, так и его прогрессивного развития¹⁰⁷. Это отражено в рамках многих тем и — если говорить о работе, проводившейся в недавнем прошлом, — особенно наглядно проявилось в тексте принципов, касающихся защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, в котором Комиссия ссыалась, среди прочего, на судебные решения и доктрины в качестве оснований для формулирования принципов, которые содержат «положения разной нормативной силы, включая положения, отражающие обычное международное право, и положения, содержащие рекомендации для его прогрессивного развития»¹⁰⁸.

82. В пункте 1 комментария к принципу 3 Комиссия, помимо ссылок на соответствующие международные договоры, ссыалется на два дела Международного Суда¹⁰⁹, а также на ряд исследований, руководств и комментариев

¹⁰³ См. комментарии к статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001*, т. II (часть вторая), п. 77.

¹⁰⁴ См., например, пункты 3) и 4) комментария к статье 1 о дипломатической защите, текст, принятый во втором чтении, с комментариями, *Ежегодник... 2006*, т. II (часть вторая), с. 28.

¹⁰⁵ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), п. 68. См., например, пп. 6) и 7) комментария к статье 4, п. 3) комментария к статье 6 и п. 3) комментария к статье 7 о дипломатической защите, *Ежегодник... 2006*, там же, с. 32 и сс. 36–37.

¹⁰⁶ См. п. 3) общего комментария к статьям о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, *Ежегодник... 2001*, т. II (часть вторая), с. 180.

¹⁰⁷ См. Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), замечание 21, пп. 70–78.

¹⁰⁸ Там же, п. 71. См., например, комментарий 4 к статье 3, статьи, относящиеся к морскому праву, с комментариями, *Yearbook... 1956*, vol. II, p. 265 (имеется также в документе под условным обозначением A/3159, с. 14). Пункт 4) комментария к принципу 3, принципы, касающиеся защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/77/10)*, сс. 115–116.

¹⁰⁹ Пункты 1)–10) комментария к принципу 3, принципы, касающиеся защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/77/10)*, сс. 115–119, сноски 345–360, в которых содержатся ссылки на дело *Military and Paramilitary Activities*

Международного комитета Красного Креста (МККК)¹¹⁰ в качестве обоснований для обязательств по обычному международному праву, сформулированных в принципе 3, в котором говорится об общей обязанности усилить защиту окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, и в том числе об обязанности по ознакомлению личного состава вооруженных сил с правом вооруженных конфликтов, а также об обязанности государств в той мере, в которой это возможно, использовать свое влияние для предотвращения и пресечения нарушений права вооруженных конфликтов¹¹¹.

83. По поводу использования Комиссией вспомогательных материалов при разработке принципов, касающихся защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, Секретариатом высказывается любопытное замечание:

[Т]е аспекты проекта принципа, о которых сказано, что они являются отражением действующих правовых обязательств (*lex lata*), обосновываются в основном ссылками на положения международных договоров и решения Международного Суда, тогда как аспекты, выходящие за пределы действующих правовых обязательств (*de lege ferenda*), обосновываются в основном доктринами¹¹².

84. Это замечание находит подтверждение и в комментариях к статьям о защите людей в случае бедствий, разработанным с опорой не только на основные международные акты¹¹³ и соответствующие международные акты, не имеющие

in and against Nicaragua и на консультативное заключение относительно дела *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*.

¹¹⁰ Пункты 1)–10) комментария к принципу 3, там же, сс. 115–119, сноски 345–360, в которых содержатся ссылки на исследование МККК «Обычное международное гуманитарное право», опубликованное МККК Руководство по защите природной среды во время вооруженных конфликтов и комментарии МККК к Женевским конвенциям 1949 года и Дополнительным протоколам 1977 года.

¹¹¹ Меморандум Секретариата, A/CN.4/759, п. 72. Ссылка на доктрину МККК «также приводится в обоснование пункта 2 принципа 3, который, как указано в комментарии к нему, в некоторых отношениях распространяется на добровольные меры и, следовательно, за пределы обычных и договорных обязательств государств», см. пп. 11)–13), сноски 361–363 комментария к принципу 3, A/77/10, с. 119.

¹¹² Меморандум Секретариата, A/CN.4/759, п. 74: «Этот подход демонстрируется также, например, в пункте 4) комментария к принципу 4, касающемуся обозначения охраняемых зон, — здесь Комиссия, желая проиллюстрировать виды экологических районов, которые могут подпадать под действие данного принципа, ссылается, в частности, на Руководство по защите природной среды во время вооруженных конфликтов, опубликованное МККК, и на Руководство Сан-Ремо по международному праву, применимому к вооруженным конфликтам; см. пункт 4) комментария к принципу 4 принципов, касающихся защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, A/77/10, с. 121. См. также пункт 11) комментария к принципу 8, касающемуся перемещения людей, где Комиссия ссылается на различные публикации Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по делам беженцев, Управления Верховного комиссара Организации Объединенных Наций по правам человека, Программы Организации Объединенных Наций по окружающей среде и Международной организации по миграции в обоснование расширительного толкования понятий “местонахождение” и “транзит” применительно к районам, в которых следует принимать меры по предотвращению, смягчению и устранению вреда окружающей среде, см. пункт 11) комментария к принципу 8 принципов, касающихся защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, A/77/10, с. 138».

¹¹³ Включая Устав Организации Объединенных Наций, Всеобщую декларацию прав человека 1948 года и международные пакты о гражданских и политических правах и об экономических, социальных и культурных правах 1966 года.

обязательной силы, «но и на ряд публикаций и других документов, которые можно рассматривать как “доктрины”»¹¹⁴.

85. В комментарии к статье 10 статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров Комиссия, утверждая, что обязательства по обычному международному праву продолжают применяться независимо от прекращения или приостановления действия договорных обязательств, сослалась при этом на статью 43 Венской конвенции о праве международных договоров, а также на *dictum* Международного Суда в деле *Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее*¹¹⁵.

86. Несмотря на это, Секретариат полагает, что, хотя приведенные выше примеры могут служить иллюстрациями определенной тенденции, проявляющейся в том, что при кодификации действующих норм международного права Комиссия в рамках своего подхода ссылается преимущественно на положения международных договоров, другие международные документы и решения международных судебных органов, эту тенденцию все же не следует рассматривать в качестве единого метода, применяемого Комиссией. Так, в комментарии к статье 3 (Общий принцип) статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров, которая характеризуется как имеющая преимущественную юридическую силу, Комиссия, устанавливая общий принцип правовой стабильности и континуитета, основывается исключительно на решениях национальных судебных органов (Соединенного Королевства и Соединенных Штатов) и на доктринах, включая резолюцию о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров, принятую в 1985 году Институтом международного права, «Международное право» Оппенгейма и *The Law of Treaties* Мак-Нэра, когда констатирует существование правовой нормы: «становится очевидным, что по нормам современного международного права существование вооруженного конфликта *ipso facto* не прекращает и не приостанавливает действия существующих соглашений»¹¹⁶.

С. Использование Комиссией судебных решений международных и других судов в качестве обоснований

87. В меморандуме приводятся несколько замечаний, касающихся использования Комиссией судебных решений, в подтверждение того, что они часто встречаются в ее работе. Шесть общих замечаний посвящены непосредственно использованию Комиссией решений Постоянной палаты международного

¹¹⁴ Включая Руководство по внутригосударственному содействию и регулированию международной помощи при чрезвычайных ситуациях и помощи в проведении первичных восстановительных работ, разработанное Международной федерацией обществ Красного Креста и Красного Полумесяца, резолюцию о гуманитарной помощи, принятую Институтом международного права, и Руководящие принципы использования иностранных военных ресурсов и средств гражданской обороны для оказания помощи в случае бедствий (Руководящие принципы Осло), подготовленные Управлением Организации Объединенных Наций по координации гуманитарных вопросов; см. в целом комментарии к статьям 4 и 5, статьи о защите людей в случае бедствий, *Ежегодник... 2016*, т. II (часть вторая), сс. 37–40.

¹¹⁵ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), п. 78; пп. 1) и 2) комментария к статье 10 статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров с комментариями к ним, *Ежегодник... 2011*, т. II (часть вторая), с. 142.

¹¹⁶ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), п. 77, п. 2) комментария к статье 3 статей о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров с комментариями к ним, *Ежегодник... 2011*, т. II (часть вторая), сс. 131–132.

правосудия и Международного Суда. Ниже вкратце излагается содержание этих замечаний.

88. *Во-первых*, в меморандуме подтверждается, что среди судебных решений, которыми руководствуется Комиссия, она придает особое значение решениям Постоянной палаты международного правосудия и Международного Суда, о чем говорит тот факт, что начиная с 1949 года Комиссия при рассмотрении большинства тем ссылалась на решения Постоянной палаты международного правосудия и/или Международного Суда¹¹⁷. Особая значимость этих решений прослеживается и в том, какая важность и какой вес придаются им в комментариях Комиссии, в том числе в комментариях к некоторым из ее основополагающих трудов, включая статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния и статьи о праве международных договоров¹¹⁸. Примеры, приведенные в меморандуме, содержатся в комментарии к статье 1 статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния¹¹⁹, в комментарии к статье 6 статей о праве международных договоров¹²⁰ и в материалах темы «Односторонние акты государств»¹²¹.

89. *Во-вторых*, Комиссия во многих случаях рассматривала решения Постоянной палаты международного правосудия и Международного Суда как изложение действующих норм международного права и прямо ссылалась на текст этих решений в качестве оснований для формулирования положений либо формулировала их близко к тексту этих решений¹²². Некоторые принятые Комиссией формулировки проектов статей, выводов, принципов и т. д. взяты из таких решений¹²³. Например, в статьях о морском праве в комментарии отмечается, что некоторые нормы, содержащиеся в тексте, принятом в первом чтении, были переформулированы, для того чтобы привести их в соответствие с выводами Международного Суда в деле *Рыбные промыслы*¹²⁴. В эти же статьи включено

¹¹⁷ Меморандум Секретариата, A/CN.4/759, замечание 22, пп. 79–83.

¹¹⁸ Там же, п. 80.

¹¹⁹ См. статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001*, т. II (часть вторая): п. 2) комментария к статье 1, п. 77, в котором содержатся ссылки на *Phosphates in Morocco, Judgment*, 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 74, p. 10 at p. 28; *Corfu Channel, Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1949, p. 4, at p. 23; *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment*, I.C.J. Reports 1986, p. 14, at p. 142, para. 283, and p. 149, para. 292; и *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment*, I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p. 38, para. 47; *Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9*, p. 21; и *ibid.*, *Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 29.

¹²⁰ См. статьи о праве международных договоров, *Yearbook... 1966*, vol. II (имеется также в документе под условным обозначением A/6309/Rev.1): п. 4) комментария к статье 6, п. 38, дело *Legal Status of Eastern Greenland, P.C.I.J. (1933), Series A/B, No. 53*, p. 71; и п. 1) комментария к статье 15, п. 38, дело *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, P.C.I.J. (1926), Series A, No. 7*, p. 30.

¹²¹ См. руководящие принципы, применимые к односторонним заявлениям государств, способным привести к возникновению юридических обязательств, *Ежегодник... 2006*, т. II (часть вторая): п. 2) общего комментария, с. 197, в котором содержатся ссылки на *Nuclear Tests (Australia v. France), Judgment*, I.C.J. Reports 1974, p. 253, и *Nuclear Tests (New Zealand v. France), ibid.*, p. 457; и п. 1) комментария к руководящему принципу 4, с. 198, в котором содержится ссылка на *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda), Jurisdiction and Admissibility, Judgment*, I.C.J. Reports 2006, p. 28.

¹²² Меморандум Секретариата, A/CN.4/759, замечание 23, пп. 84–100.

¹²³ Там же, п. 84.

¹²⁴ Статьи, относящиеся к морскому праву, *Yearbook... 1956*, vol. II (имеется также в документе под условным обозначением A/3159): в п. 2) комментария к статье 5, касающейся прямых исходных линий, с. 267 английского текста, указывается, что «Комиссия считает это решение Суда, которое было вынесено по данному вопросу

«постановление, которым формально запрещается стеснять проход через проливы, служащие для судоходства между двумя частями открытого моря. Выбор выражения «проливы», обычно используемого в контексте международного судоходства между двумя частями открытого моря, «был подсказан авторам текстом решения Международного Суда по делу *Пролив Корфу*»¹²⁵.

90. В статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния содержатся многочисленные примеры положений, основанных на решениях Постоянной палаты международного правосудия и Международного Суда, а также на решениях других международных судов и трибуналов¹²⁶. Сюда относятся положения об обязанности государства предоставить возмещение вреда, причиненного противоправным деянием, и о форме такого возмещения, которые были разработаны на основе материалов дела *Factory at Chorzów*, и

большинством голосов 10 голосов против 2, изложением действующего права и приняла поэтому указанное решение за основу при составлении текста данной статьи...»; в п. 4) комментарий к статье 5, с. 267 английского текста, отмечается, что на своей седьмой сессии в 1955 году «...Комиссия внесла в текст несколько изменений, которыми имелось в виду привести его в еще большее соответствие с решением Суда по упомянутому делу о рыболовных промыслах»; в п. 1) комментарий к статье 7, касающейся заливов, с. 269 английского текста, Комиссия отметила, что «принимая это постановление, Комиссия восполнила тот пробел, на который указала Гаагская кодификационная конференция 1930 года и снова указал Международный Суд в своем решении по делу о рыболовных промыслах».

¹²⁵ П. 3) комментарий к статье 17, там же, с. 273 английского текста.

¹²⁶ Меморандум Секретариата, A/CN.4/759, п. 86. См. статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001*, т. II (часть вторая): п. 2) комментарий к статье 2, сс. 36–37, в котором содержится ссылка на *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I.C.J. Reports 1980*, p. 3, at p. 29, para. 56. Ср. page 41, para. 90. См. также *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14, at pp. 117–118, para. 226; и *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment, I.C.J. Reports 1997*, p. 7, at p. 54, para. 78; п. 4) комментарий к статье 3, с. 40, в котором содержатся ссылки на *Fisheries, Judgment, I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at p. 132; *Nottebohm, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1953*, p. 111, at p. 123; *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants, Judgment, I.C.J. Reports 1958*, p. 55, at p. 67; *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1988*, p. 12, at pp. 34–35, para. 57; и *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989*, p. 15, at p. 51, para. 73; п. 3) комментарий к статье 3, с. 40, в котором содержится ссылка на дело S.S. “*Wimbledon*”, 1923, P.C.I.J., Series A, No. 1, p. 15, at pp. 29–30; п. 1) комментарий к статье 53, с. 164 («Текст данного проекта статьи идентичен тексту статьи 51 проектов статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния. За исключением нескольких новых слов, в нем воспроизводится формулировка требования, о котором было заявлено Международным Судом по делу *Проект «Габчикова — Надьмарош»*, согласно которому «последствия контрмер должны быть соразмерны причиненному вреду, с учетом соответствующих прав»); п. 7) комментарий к статье 2, с. 38, в котором сделаны ссылки на *Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9*, p. 21; и *ibid., Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 29; *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949*, p. 174, at p. 184; *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior affair*, UNRIAA, vol. XX (Sales No. E/F.93.V.3), p. 215 (1990), p. 251, para. 75; п. 3) комментарий к статье 31, с. 109, в котором сделаны ссылки на *Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9*, p. 21; и *ibid., Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17*, p. 47; п. 8) комментарий к статье 48, с. 155, в котором приводится ссылка на дело Международного Суда *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3.

ссылка на дело *Барселона трэкин* в статье 48 статей об ответственности государств.

91. Еще два примера того, как Комиссия при формулировании положений прямо ссылается в качестве обоснования на текст решений Международного Суда, можно найти, во-первых, в статьях о несудоходных видах использования международных водотоков, где Комиссия в комментарии указывает, что формулировки, используемые в пункте 2 статьи 17, касающейся переговоров, «в основном были взяты из решения Международного Суда по делу о юрисдикции в области рыболовства (Соединенное Королевство против Исландии) и арбитражного решения по делу об озере Лану»¹²⁷. Во-вторых, в комментарии к статьям о гражданстве физических лиц в связи с правопреемством государств подчеркивается, что при формулировании требования о наличии «действительной» связи между физическим лицом и государством в намерения авторов входило «использование терминологии Международного Суда по делу *Ноттебом*»¹²⁸.

92. Третье замечание Секретариата по поводу использования Комиссией решений Постоянной палаты международного правосудия и Международного Суда заключается в том, что Комиссия во многих случаях использует решения Постоянной палаты международного правосудия и Международного Суда для содержательного наполнения или обоснования положений, при этом не обязательно формулируя их на основе текста этих решений¹²⁹. Эти решения используются Комиссией для содержательного наполнения и подкрепления своей работы практически по всем темам. К примеру, иногда она указывает, что ее работа «соответствует» практике Международного Суда¹³⁰ или вдохновлена ею.¹³¹ Что касается использования практики Постоянной палаты международного правосудия и Международного Суда для тех целей, о которых говорится в рамках данного соображения, то такие ссылки, в отличие от ссылок, на которые распространяется предыдущее соображение, обычно рассматриваются в комментариях.

93. Например, в статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния Комиссия в общем комментарии к главе V, в которой говорится об обстоятельствах, исключающих противоправность, указала, что такие обстоятельства не аннулируют и не прекращают соответствующих обязательств;

¹²⁷ См. п. 3) комментария к статье 17 о праве несудоходных видов использования международных водотоков, *Ежегодник...* 1994, т. II (часть вторая), с. 128, в котором сделаны ссылки на *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. Iceland) (Federal Republic of Germany v. Iceland), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1974*, pp. 3 and 175, и *Lake Lanoux Arbitration*, UNRIAA, vol. XII (Sales No. 63.V.3), pp. 281 *et seq.*

¹²⁸ П. 5) комментария к статье 19 о гражданстве физических лиц в связи с правопреемством государств, *Ежегодник...* 1999, т. II (часть вторая), с. 44.

¹²⁹ Меморандум Секретариата, A/CN.4/759, замечание 24, пп. 101–105.

¹³⁰ П. 9) комментария к руководящему положению 1.5.3, касающемуся оговорок, *Ежегодник...* 2011, т. II (часть третья), с. 84. («Эти утверждения соответствуют практике Международного Суда, и в частности его постановлению от 4 декабря 1998 года по делу *Рыбопромысловая юрисдикция между Испанией и Канадой*»).

¹³¹ См., например, п. 7) комментария к принципу 9, касающемуся защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, A/77/10, с. 142. «Кроме того, пункт 1 проекта принципа вдохновлен решением Международного Суда по делу *Некоторые мероприятия (Коста-Рика против Никарагуа)*, в котором Суд постановил, что “с учетом принципов международного права, регулирующих последствия международно-противоправных деяний, включая принцип полного возмещения ущерба, компенсация должна быть выплачена за ущерб, причиненный окружающей среде самой по себе”». См. также п. 5) комментария к принципу 19, касающемуся защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, A/77/10, сс. 186–187. («Ссылка на экологические соображения в обоих положениях заимствована из консультативного заключения Международного Суда по делу *Законность угрозы ядерным оружием или его применения и соответствует духу этого документа*»).

скорее, они оправдывают или извиняют их неисполнение, пока такое обстоятельство сохраняется. Комиссия сочла, что «подобное различие четко прослеживается в решениях международных трибуналов»¹³², в частности в решении Международного Суда по делу *Проект «Габчиково — Надьмарош»*. Это различие лежит в основе статей, вошедших в главу V, однако о нем говорится только в комментарии.

94. В статьях о дипломатической защите решение Постоянной палаты международного правосудия послужило основанием для формулирования принципа, согласно которому каждое государство самостоятельно решает вопрос о том, кто именно является его гражданином¹³³. Этот принцип лежит в основе текста статьи 4, но не воспроизводится в самой статье. Помимо этого, примеры такой практики можно найти в руководящих принципах, применимых к односторонним заявлениям государств, способным привести к возникновению юридических обязательств¹³⁴, и в статьях о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности¹³⁵.

95. В-четвертых, в ряде случаев Комиссия ссылается на решения Международного Суда в качестве авторитетных оснований для выбора цели рассмотрения данной темы¹³⁶, примером чего служит ссылка на консультативное заключение Международного Суда по делу *Законность угрозы ядерным оружием или его применения* вкупе с принципом 2 Рио-де-Жанейрской декларации по окружающей среде и развитию, приводимая Комиссией в статьях о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности в подтверждение того, что цель разработки данной темы — предотвращение трансграничного вреда от опасных видов деятельности — представляет собой одну из целей, ставших «частью международного права»¹³⁷.

96. В-пятых, в ряде случаев Комиссия также ссылается на решения Постоянной палаты международного правосудия и Международного Суда в качестве авторитетных оснований для демонстрации или признания факта развития

¹³² Пп. 2) и 3) общего комментария к главе V статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001*, т. II (часть вторая), с. 84, в котором приводятся ссылки на *Case concerning the difference between New Zealand and France concerning the interpretation or application of two agreements concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair*, UNRIIAA, vol. XX (Sales No. E/F.93.V.3), p. 215 (1990), p. 251, para. 75, и *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, p. 7, at p. 63, para. 101; см. также p. 38, para. 47.

¹³³ П. 2) комментария к статье 4 о дипломатической защите, *Ежегодник... 2006*, т. II (часть вторая), с. 31, *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco (French Zone)*, Advisory Opinion, P.C.I.J. Reports, Series B, No. 4, 1923, p. 6, at p. 24.

¹³⁴ П. 3) комментария к руководящему принципу 5, применимому к односторонним заявлениям государств, способным привести к возникновению юридических обязательств, *Ежегодник... 2006*, т. II (часть вторая), с. 199, в котором содержатся ссылки на *Nuclear Tests, (Australia v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974, p. 269, para. 49, и *Nuclear Tests (New Zealand v. France)*, Judgment, I.C.J. Reports, p. 474, para. 51.

¹³⁵ П. 11) комментария к статье 1 о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, *Ежегодник... 2001*, т. II (часть вторая), с. 183, в котором сделана ссылка на *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, p. 16, at p. 54, para. 118.

¹³⁶ См. Меморандум Секретариата, A/CN.4/759, замечание 25, п. 106.

¹³⁷ Общий комментарий, п. 3), статьи о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, *Ежегодник... 2001*, т. II (часть вторая), с. 180, в котором приводится ссылка на дело *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, I.C.J. Reports 1996, p. 226 at pp. 241–242, para. 29.

международного права¹³⁸. Так, в статьях о дипломатической защите Комиссия «сослалась на решения [Постоянной палаты международного правосудия] и [Международного Суда] в комментариях, дабы продемонстрировать, что международное право претерпело развитие, отойдя от позиции, которая была выражена в 1924 году (в деле *Mavrommatis* [Постоянной палаты международного правосудия]) и согласно которой государство, выступая на стороне одного из своих субъектов, утверждает свое собственное право¹³⁹, и заняв к настоящему времени позицию (в делах *ЛаГранды* и *Авена* [Международного Суда]), согласно которой в международном праве признается существование — с точки зрения действующих норм права международных договоров или обычного международного права — определенных прав, предусматривающих защиту физических лиц»¹⁴⁰.

97. В подтверждение этого соображения Секретариат приводит дополнительные примеры ссылок такого рода — так, в статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния содержится ссылка на формулировку, использованную Постоянной палатой международного правосудия для разъяснения роли компенсации в международном праве¹⁴¹. В комментариях к руководящим положениям об охране атмосферы Комиссия отметила наличие в деле *Целлюлозные заводы* указания на то, «что проводить оценку воздействия на окружающую среду необходимо в том случае, если планируемая промышленная деятельность сопряжена с возможным риском оказания “значительного негативного влияния в трансграничном контексте, особенно когда это касается общих ресурсов”»¹⁴², а в комментариях к принципам, касающимся защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, Комиссия сослалась на дело *Проект «Габчиково — Надьмарош»*, говоря о развитии правовой базы в области эксплуатации и сохранения природных ресурсов, экологических соображениях и устойчивости¹⁴³.

98. Последнее из соображений Секретариата, которое особенно применимо к решениям Международного Суда и Постоянной палаты международного правосудия, заключается в том, что Комиссия редко в прямой форме выражает несогласие с тем или иным решением Международного Суда¹⁴⁴. Яркий пример этого содержится в комментарии к статье 48 статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, касающейся призыва к ответственности государством, не являющимся потерпевшим государством. Комиссия сослалась на «широко критиковавшееся в свое время решение» Международного Суда от 1966 года по делу *Юго-Западная Африка, второй этап*, «от которого авторы

¹³⁸ Меморандум Секретариата, A/CN.4/759, замечание 26, пп. 107–110.

¹³⁹ П. 3) комментария к статье 1 о дипломатической защите, *Ежегодник... 2006*, т. II (часть вторая), с. 28, в котором приводится ссылка на *Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2*, p. 12.

¹⁴⁰ П. 4) комментария к статье 1 статей о дипломатической защите, *Ежегодник... 2006*, т. II (часть вторая), с. 28, в котором приводится ссылка на *LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2001*, p. 466 at pp. 493–494, paras. 76–77; и *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment of 31 March 2004, I.C.J. Reports 2004*, p. 12, at pp. 35–36, para. 40.

¹⁴¹ П. 3) комментария к статье 36 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001*, том II (часть вторая), с. 119.

¹⁴² Пункт 4) комментария к руководящему положению 4 об охране атмосферы, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/76/10)*, сс. 34–35.

¹⁴³ П. 7) комментария к принципу 20, касающемуся защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/77/10)*, с. 195.

¹⁴⁴ См. A/CN.4/759, замечание 27, п. 111.

статьи 48 преднамеренно отступили»¹⁴⁵. Тем самым Комиссия заложила основу для включения в статьи концепции обязательств *erga omnes* и, соответственно, права третьих государств (т. е. иных, чем потерпевшее государство), у которых имеется признаваемая законом заинтересованность в исполнении таких обязательств, призвать к ответственности государство-нарушителя¹⁴⁶.

99. В излагаемых далее соображениях, содержащихся в меморандуме Секретариата, не упоминаются особо или исключительно решения Постоянной палаты международного правосудия и Международного Суда, как это делается в рамках предыдущих шести соображений, однако в основе такого использования Комиссией судебных решений, с которым связаны эти соображения, в большинстве случаев все же лежат решения Международного Суда и Постоянной палаты международного правосудия. Это, однако, не следует считать свидетельством того, что решения других международных судов и трибуналов не важны или не представлены в работе Комиссии.

100. В меморандуме Секретариата отмечается, что Комиссия также принимает во внимание решения других — как судебных, так и несудебных — органов по урегулированию споров¹⁴⁷, и при этом поясняется, что «Комиссия часто приводит обширные ссылки на решения региональных судов¹⁴⁸ и трибуналов, арбитражных судов, национальных судов, комиссий по рассмотрению претензий¹⁴⁹, а иногда и на решения согласительных комиссий»¹⁵⁰.

¹⁴⁵ П. 7) комментария к статье 48 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001*, т. II (часть вторая), сноска 725.

¹⁴⁶ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), п. 111.

¹⁴⁷ См. там же, замечание 28, пп. 112–122.

¹⁴⁸ П. 5) комментария к принципу 5, касающемуся защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/77/10)*, с. 125, в котором отмечается, что п. 1 данного принципа «опирается на практику решений региональных судов и трибуналов», и приводятся ссылки на решения Межамериканского суда по правам человека и Африканского суда по правам человека и народов, касающиеся защиты общин коренных народов».

¹⁴⁹ См., например, статьи о высылке иностранцев, *Ежегодник... 2014*, т. II (часть вторая): п. 1) комментария к статье 3, с. 30, в котором отмечается, что право на высылку «в частности... было признано в нескольких арбитражных постановлениях и решениях комиссий по урегулированию взаимных претензий, а также в различных решениях региональных судов и комиссий», и приводится ссылка, среди прочего, на решения Мексиканской комиссии по рассмотрению претензий, Итало-венесуэльской смешанной комиссии по рассмотрению претензий, Бельгийско-венесуэльской смешанной комиссии по рассмотрению претензий и Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов; п. 6) комментария к статье 20, с. 50, в котором отмечается, что, хотя в соответствующем положении прямо не затрагивается вопрос об имущественных правах враждебных иностранцев во время вооруженного конфликта, «следует отметить, что вопрос об имущественных правах в случае вооруженного конфликта тщательно разрабатывался Комиссией по рассмотрению взаимных претензий Эритреи и Эфиопии». См. также упоминания о работе Компенсационной комиссии Организации Объединенных Наций в контексте принципов, касающихся защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, — например, в п. 6) комментария к принципу 9, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/77/10)*, сс. 141–142.

¹⁵⁰ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), п. 112. См., например, п. 8) комментария к руководящему положению 2.9.8 Руководства по практике в отношении оговорок, содержащий ссылку на решение Постоянного третейского суда относительно делимитации границы между Эритреей и Эфиопией, *Decision regarding delimitation of the border between Eritrea and Ethiopia*, decision of 13 April 2002, United Nations, Reports of International Arbitral Awards, vol. XXV (United Nations publication, Sales No. E/F.05.V.5), p. 111, para. 3.9; в указанном пункте комментария отмечается, что «особенную трудность представляет

101. В меморандуме вначале приводятся различные примеры случаев, в которых Суд использует решения международных и региональных органов, а затем примеры ссылок на решения внутригосударственных судов. Что касается первого типа примеров, то в комментарии к статье 1 об ответственности государств за международно-противоправные деяния Комиссия ссылается на решения арбитражных судов и дела согласительных комиссий, которые «неоднократно подтверждали» принцип, предусматривающий, что каждое международно-противоправное деяние государства влечет за собой международную ответственность этого государства¹⁵¹.

102. В комментарии к статье 4 о дипломатической защите приводится консультативное заключение Межамериканского суда по правам человека в поддержку вывода Комиссии о том, что «сегодня конвенции, особенно в области прав человека, требуют, чтобы при предоставлении гражданства государства соблюдали международные стандарты»¹⁵². В рамках этой же темы решения Европейского суда по правам человека используются «для обоснования широкого подхода к вопросу о тех средствах правовой защиты в рамках внутригосударственного права, включая административные средства защиты, которые должны быть исчерпаны, прежде чем государство гражданства будет вправе предъявить то или иное требование от имени одного из своих субъектов»¹⁵³.

103. В общем комментарии к статьям о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности Комиссия ссылается на арбитражное решение по делу *Trail Smelter* как на решение, в котором «получил подтверждение» «хорошо разработанный принцип предотвращения», позднее вновь постулированный в принципе 21 Стокгольмской декларации, принципе 2 Рио-де-Жанейрской декларации и резолюции 2995 (XXVII) Генеральной Ассамблеи от 15 декабря 1972 года¹⁵⁴. Комиссия еще раз ссылается на арбитражное дело *Trail Smelter* как

собой определение того, когда и конкретно в каких обстоятельствах бездействие по отношению к заявлению о толковании равносильно согласию», *Ежегодник... 2011*, т. II (часть вторая), с. 231.

¹⁵¹ См. статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001*, т. II (часть вторая), п. 2) комментарий к статье 1, п. 77, в котором приводятся ссылки на дела *Claims of Italian Nationals Resident in Peru*, UNRIAA, vol. XV (Sales No. 66.V.3), pp. 399–411; и *Dickson Car Wheel Company (USA v. United Mexican States)*, UNRIAA, Vol. IV (Sales No. 1951.V.1), p. 669 at p. 678 (1931). См. также п. 2) комментарий к статье 1, п. 77, в котором содержится ссылка на дело *Case concerning the difference between New Zealand concerning the interpretation or application of two agreements concluded on 9 July 1986 between the two States and which related to the problems arising from the Rainbow Warrior Affair*, UNRIAA, vol. XX (Sales No. E/F.93.V.3), p. 215 (1990), и п. 1) комментарий к статье 13, с. 71, содержащий ссылку на дело *Island of Palmas (Netherlands/United States of America)*, UNRIAA, vol. II (Sales No. 1949.V.1), p. 829, at p. 845 (1928).

¹⁵² П. 6) комментарий к статье 4 о дипломатической защите, текст, принятый во втором второго чтении, с комментариями, *Ежегодник... 2006*, т. II (часть вторая), с. 32, в котором приводится ссылка на консультативное заключение Межамериканского суда по правам человека относительно *Proposed Amendments to the Naturalization Provisions of the Political Constitution of Costa Rica* (Advisory Opinion OC-4/84 of 19 January 1984, Series A, No. 4, para. 38).

¹⁵³ Меморандум Секретариата, A/CN.4/759, п. 114, в котором приводится ссылка на пп. 3)–5) комментарий к статье 14 о дипломатической защите, текст, принятый во втором чтении, с комментариями, *Ежегодник... 2006*, т. II (часть вторая), сс. 50–51, в котором приводится ссылка на *De Becker v. Belgium, Application No. 214/56, Decision of 9 June 1958*, European Commission and Court of Human Rights, *Yearbook of the European Convention on Human Rights 1958-1959*, p. 238.

¹⁵⁴ Меморандум Секретариата, A/CN.4/759, п. 115, в котором упоминается п. 4) общего комментария к статьям о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов

на источник «основного принципа, согласно которому государство должно обеспечить выплату оперативной и адекватной компенсации в связи с опасными видами деятельности»¹⁵⁵.

104. В комментарии к статьям о дипломатической защите ссылки на дела комиссий по рассмотрению претензий приводятся в обоснование выводов Комиссии по ряду вопросов, включая определенные аспекты норм, касающихся предъявления требований в отношении лиц с двойным гражданством¹⁵⁶ и претензий со стороны корпораций¹⁵⁷.

105. В качестве заключительного примера использования Комиссией работы международных органов по разрешению споров можно привести ссылки на решения Компенсационной комиссии Организации Объединенных Наций (ККООН), сделанные Комиссией в контексте принципов, касающихся распределения убытков, с тем чтобы обосновать расширительное толкование понятия «экологический ущерб» и возможность выплаты компенсации в связи с ущербом природным ресурсам, не имеющим коммерческой ценности¹⁵⁸.

106. В меморандуме также говорится о ситуациях, в которых Комиссия ссылалась в качестве обоснования на практику внутригосударственных судов. Первый из приводимых примеров такого рода относится к статьям о дипломатической защите, где Комиссия, опираясь на решения внутригосударственных судов, делает вывод, «согласно которому имеется определенного рода обязательство, каким бы ограниченным оно ни было, о защите государством своих граждан за рубежом, если те подвергаются серьезному нарушению их прав человека. Это

деятельности, *Ежегодник... 2001*, т. II (часть вторая), с. 180, содержащий ссылку на дело *Trail Smelter*, UNRIAA, vol. III (Sales No. 1949.V.2), pp. 1905 *et seq.*

¹⁵⁵ П. 6) комментария к принципу 4, касающемуся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности, *Ежегодник... 2006*, т. II (часть вторая), в котором приводится ссылка на дело *Trail Smelter*, UNRIAA, vol. III (Sales No. 1949.V.2), pp. 1905 *et seq.*

¹⁵⁶ См. п. 3) комментария к статье 7 о дипломатической защите, *Ежегодник... 2006*, т. II (часть вторая), с. 41, в котором приводится ссылка на дела *Mathison, Stevenson* (Британско-венесуэльской смешанной комиссии по рассмотрению претензий), *Brignone и Miliani* (Итало-венесуэльской смешанной комиссии по рассмотрению претензий), UNRIAA, vol. IX (Sales No. 59.V.5), pp. 485 and 494, и vol. X (Sales No. 60.V.4), pp. 542 and 584. См. также там же, сс. 38–39, ссылку на рассмотренный Италией и Америкой согласительной комиссией иск *Mergé*, 10 June 1955, UNRIAA, vol. XIV (Sales No. 65.V.4), p. 236.

¹⁵⁷ Пп. 1)–3) комментария к статье 10 о дипломатической защите, там же, сс. 42–43, в которых приводятся ссылки на рассмотренное Американо-венесуэльской смешанной комиссией по рассмотрению претензий дело *Orinoco Steamship Company Case*, UNRIAA, vol. IX, p. 180.

¹⁵⁸ В п. 18) комментария к принципу 2, касающемуся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности, *Ежегодник... 2006*, т. II (часть вторая), с. 81, в котором приводится ссылка на доклад и рекомендации Группы уполномоченных в отношении пятой партии претензий «F4» (S/AC.26/2005/10), говорится следующее: «ККООН являлась вспомогательным органом Совета Безопасности, созданным в 1991 году в соответствии с резолюцией 687 (1991) Совета Безопасности для рассмотрения претензий и выплаты компенсации за потери и ущерб, понесенные непосредственно в результате вторжения Ирака в Кувейт и его оккупации. Она не являлась судебным органом, а состояла из групп уполномоченных, которые рассматривали и оценивали претензии, поданные правительствами, международными организациями, компаниями и частными лицами». См. также п. 11) комментария к принципу 6, сс. 105–106. Из других международных трибуналов по рассмотрению претензий в этих комментариях упоминаются Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов и Суд по разбирательству исков, связанных с проведением ядерных испытаний на Маршалловых островах.

лежит в основе формулировки Комиссии в статье 19 о том, что государству “следует” осуществлять дипломатическую защиту в соответствующих случаях¹⁵⁹».

107. В комментариях к проекту кодекса преступлений против мира и безопасности человечества Комиссия сослалась на принятые на национальном уровне судебные решения по вопросу о том, «налагают ли законы войны обязанность на армейского командира принимать такие соответствующие меры в рамках своих полномочий, которые позволяли бы ему контролировать подчиненных ему военнослужащих и препятствовать совершению ими деяний в нарушение законов войны»¹⁶⁰.

108. Последние из приводимых в меморандуме примеров использования норм внутригосударственного права содержатся в комментарии к статье 10 о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности¹⁶¹, комментарии к принципам, касающимся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности¹⁶², и в принятом в первом чтении тексте статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции¹⁶³.

109. В меморандуме Секретариата отмечается, что Комиссия часто принимает во внимание те значения конкретных терминов, которые придаются им международными судами и трибуналами¹⁶⁴, особенно «когда они проливают свет на значение, которое следует придать конкретным терминам, рассматриваемым Комиссией»¹⁶⁵. Это прослеживается в статьях об ответственности государств за

¹⁵⁹ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), п. 118, в котором приводится ссылка на п. 3) комментария к статье 2 о дипломатической защите, *Ежегодник... 2006*, т. II (часть вторая), с. 30, содержащий ссылки на *Rudolf Hess*, ILR, vol. 90 (1992), p. 387; *Abbasi and Juma v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs and Secretary of State for the Home Department*, Decision of the Supreme Court of Judicature-Court of Appeal (Civil Division) of 6 November 2002, ILM, vol. 42 (2003), p. 358; *Kaunda and Others v. President of the Republic of South Africa and Others*, Constitutional Court Decision of 19 and 20 July 2004 and 4 August 2004, The South African Law Reports 2005, p. 235.

¹⁶⁰ П. 2) комментария к статье 6 кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник... 1996*, т. II (часть вторая), с. 30, со ссылкой на дело *Yamashita*, рассмотренное Верховным судом Соединенных Штатов, и дела *The German High Command Trial* и *The Hostages Trial*, рассмотренные Военным трибуналом Соединенных Штатов.

¹⁶¹ [A/CN.4/759](#), п. 119, в котором содержится ссылка на статьи о предотвращении трансграничного вреда от опасных видов деятельности, *Ежегодник... 2001*, т. II (часть вторая): п. 4) комментария к статье 10, с. 197, в котором цитируется решение Государственного суда Германии от 18 июня 1927 года по делу *Streitsache des Landes Württemberg und des Landes Preussen gegen das Land Baden* (Вюртемберг и Пруссия против Бадена), *betreffend die Donauversinkung, Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen* (Berlin), т. 116, приложение, сс. 18 и далее немецкого текста; и ссылка на п. 14) комментария к принципу 2, с. 80, в котором приводится цитата из *Burgess v. M/V Tamano*, opinion of 27 July 1973, United States District Court, Maine, Federal Supplement, vol. 370 (1973), p. 247.

¹⁶² Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), п. 119, в котором приводится ссылка на п. 8) комментария к принципу 3, касающемуся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности, *Ежегодник... 2006*, т. II (часть вторая), содержащий ссылку на дела *Blue Circle Industries PLC v. Ministry of Defence*, The All England Law Reports 1998, vol. 3, p. 385; и *Merlin and another v. British Nuclear Fuels PLC*, The All England Law Reports 1990, vol. 3, p. 711.

¹⁶³ П. 31 комментария к статье 2 об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/77/10)*, с. 212, со ссылкой на решения национальных судов Германии, Италии, Соединенного Королевства, Соединенных Штатов и Франции.

¹⁶⁴ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), замечание 29, пп. 123–126.

¹⁶⁵ Там же, п. 123.

международно-противоправные деяния, где Комиссия ссылается на практику Межамериканского суда по правам человека, который «интерпретировал насильственное или недобровольное исчезновение как длящееся противоправное деяние, то есть как деяние, которое продолжается до тех пор, пока соответствующее лицо не будет обнаружено¹⁶⁶».

110. Секретариат приводит в обоснование этого замечания еще три примера, первым из которых является ссылка Комиссии на использование терминов «орган» и «агент» в статьях об ответственности международных организаций, где Комиссия заявила, что Международный Суд «при рассмотрении статуса лиц, действующих от имени Организации Объединенных Наций, придавал значение лишь тому факту, что на то или иное лицо были возложены функции органом Организации Объединенных Наций¹⁶⁷».

111. Кроме того, в выводах о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров Комиссия указала, что общее правило относительно «последующей практики при применении договора» было сформулировано Трибуналом по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов, который вынес вердикт о том, что такая практика должна быть «...практикой участников договора и быть такой практикой, которая устанавливает согласие участников в отношении толкования этого договора¹⁶⁸».

112. И наконец, в статьях о предупреждении преступлений против человечности и наказании за них Комиссия сослалась на толкование понятий «широкомасштабный» и «систематический» в рамках определения «преступлений против человечности», использованного в практике Международного трибунала по бывшей Югославии, Международного уголовного трибунала по Руанде и Международного Суда¹⁶⁹.

113. Секретариат отметил, что в некоторых случаях Комиссия ссылается на особые или несогласные мнения, в которых выражена определенная точка зрения или более подробно разъяснены основания того или иного решения, вынесенного каким-либо судом или трибуналом¹⁷⁰, если это помогает уяснить решение данного суда или трибунала или мотивировку, на которой оно основывается¹⁷¹. Так, в комментариях к статьям об ответственности государств за международно-противоправные деяния Комиссия сослалась на несогласное мнение судьи Швебеля в качестве обоснования позиции, согласно которой доктрина «чистых рук»

¹⁶⁶ Там же. П. 4) комментария к статье 14 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001*, т. II, часть вторая, с. 69, в котором приводится ссылка на дело *Blake*, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 36, para. 67 (1998).

¹⁶⁷ П. 2) комментария к статье 6 об ответственности международных организаций, *Ежегодник... 2011*, т. II (часть вторая), с. 64, см. также п. 4) комментария к статье 6.

¹⁶⁸ П. 9) комментария к выводу 5 о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров, *Yearbook... 2018*, vol. II (Part Two), p. 40 (имеется также в документе под условным обозначением A/73/10, сс. 41–42), в котором, в частности, цитируются материалы рассмотренного Трибуналом по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов дела *United States of America et al. v. Islamic Republic of Iran et al.*, Award No. 108-A-16/582/591-FT, Iran-United States Claims Tribunal Reports, vol. 5 (1984), p. 57, at p. 71.

¹⁶⁹ Пп. 10)–16) комментария к статье 2 о предупреждении преступлений против человечности и наказании за них, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/74/10)*, сс. 35–39.

¹⁷⁰ Меморандум Секретариата, A/CN.4/759, замечание 30, пп. 127–130.

¹⁷¹ Там же, п. 127.

упоминается главным образом в контексте допустимости исков в международных судах и трибуналах, хотя и редко применяется на практике¹⁷².

114. Кроме того, «в заключительном докладе Рабочей группы по обязательству выдавать или осуществлять судебное преследование (*aut dedere aut judicare*)» Комиссия сослалась на те несогласные и особые мнения по решениям Международного Суда, в которых рассматривается типология договоров, содержащих «формулу *aut dedere aut judicare*»¹⁷³.

115. Другой пример, на котором основывается это замечание, содержится в комментарии к статьям о дипломатической защите, в котором приводятся ссылки на особые мнения судей Международного Суда, например, «в пользу исключения, позволяющего государству гражданства или национальности акционеров корпорации предъявлять иск к государству, в котором она была учреждена, когда это государство несет ответственность за причинение вреда корпорации»¹⁷⁴. В рамках той же темы Комиссия сослалась на несогласное мнение судьи Оды по делу *Элетроники Сикула С.п.А.*, рассмотренному Международным Судом, в качестве дополнительного обоснования «“общих принципов права в отношении компаний”, а не на муниципальное право для обеспечения прав иностранных акционеров в обстоятельствах, когда компания учреждена в государстве, совершающем противоправное деяние»¹⁷⁵.

116. Комиссия сослалась также на особое мнение судьи Альвареса по делу *Пролив Корфу* в своих комментариях к статьям о защите людей в случае бедствий¹⁷⁶, а также на особые мнения судей по делу *Нефтяные платформы*¹⁷⁷.

¹⁷² См. п. 9) комментария к главе V и сноску 319, статьи об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001*, т. II (часть вторая), п. 77, в котором приводится ссылка на несогласное мнение судьи Швебеля по делу *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 14 at pp. 392–394.

¹⁷³ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), п. 128, в котором приводится ссылка на заключительный доклад Рабочей группы по обязательству выдавать или осуществлять судебное преследование (*aut dedere aut judicare*), *Ежегодник... 2014*, т. II (часть вторая), с. 114, п. 11: «в своем особом мнении к постановлению Международного Суда по делу *Вопросы, касающиеся обязательств осуществлять судебное преследование или выдавать* от 20 июля 2012 года судья Юсуф также рассматривает вопрос о типологии «договоров, содержащих формулу *aut dedere aut judicare*» и разбивает их на две обширные категории».

¹⁷⁴ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), п. 129, в котором приводится ссылка на п. 10) комментария к статье 11 о дипломатической защите, *Ежегодник... 2006*, vol. II (часть вторая), с. 46, в котором упоминаются особые мнения судей Фицмориса, Джессапа и Танаки по делу *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited, Second phase, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3 at p. 48; «Однако Комиссия приняла решение о более ограниченном по своему охвату исключении», см. статью 11, п. b), о дипломатической защите, там же, с. 44.

¹⁷⁵ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), п. 129, в котором приводится ссылка на п. 4), сноску 162, комментария к статье 12 о дипломатической защите, *Ежегодник... 2006*, там же, с. 48, содержащий ссылку на *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Judgment, I.C.J. Reports 1989*, p. 15.

¹⁷⁶ П. 4) комментария к статье 10, статьи о защите людей в случае бедствий, *Ежегодник... 2016*, т. II (часть вторая), п. 49, в котором цитируется особое мнение судьи Альвареса по делу *Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949*, p. 39 at p. 43.

¹⁷⁷ *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports 2003*, p. 161, at pp. 278–279 (separate opinion of Judge Buergenthal), 326–334 (separate opinion of Judge Simma), 236–240 (separate opinion of Judge Higgins), 261 (separate opinion of Judge Koopmans). Заключительный доклад Исследовательской группы по фрагментации международного права, *Yearbook... 2006*, vol. I (Part Two), addendum two, p. 93, paras. 455–457 (имеется также в документе под условным обозначением [A/CN.4/L.682](#)). На особые мнения судей Комиссия ссылается также при упоминании статьи 103 Устава Организации

117. Предпоследнее замечание Секретариата относительно судебных решений заключается в том, что в некоторых случаях Комиссия ссылается на судебные решения, чтобы напомнить о практике, которой государства следуют в своих состязательных бумагах, или же прямо ссылается на состязательные бумаги такого рода, представленные в каком-либо международном судебном органе в связи с тем или иным вопросом права¹⁷⁸. Секретариат добавляет, что Комиссия ссылается также на заявления государств в международных судах и трибуналах и на решения международных судов и трибуналов, отражающие позиции и практику государств в отношении того или иного конкретного вопроса права¹⁷⁹.

118. Так, в статьях о праве международных договоров Комиссия высказала следующее утверждение: «нет никаких сомнений в том, что принцип, согласно которому отсутствие возражений считается указанием на согласие на оговорку, вошел в практику государств: действительно, сам суд в деле *Оговорки к Конвенции по геноциду* говорил об “очень большом применении” в международной практике “молчаливого согласия на оговорку”»¹⁸⁰.

119. В комментарии к статье 12 о правопреемстве государств в отношении договоров Комиссия сослалась на заявления Таиланда и Камбоджи по делу *Храм Прахвихеа*¹⁸¹, а в статьях о клаузулах о наиболее благоприятствуемой нации Комиссия сослалась на состязательные бумаги, представленные Соединенными

Объединенных Наций, *ibid.*, p. 74, para. 356, ссылаясь, например, на *Application of the Convention of 1902 Governing the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, *Judgment of 28 November 1958*, *I.C.J. Reports 1958*, p. 55, at p. 107 (separate opinion of Judge Moreno Quintana); *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*, *Preliminary Objections, Judgment of 21 December 1962*, *I.C.J. Reports 1962*, p. 319, at p. 407 (separate opinion of Judge Jessup); *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1971*, p. 16, at p. 99 (separate opinion of Judge Ammoun); *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) (Tunisia v. Libyan Arab Jamahiriya)*, *Judgment*, *I.C.J. Reports 1985*, p. 192, at pp. 232–233 (separate opinion of Judge Ruda).

¹⁷⁸ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), замечание 31, пп. 131–136.

¹⁷⁹ Там же, п. 131. См. также замечание 17 в докладе, озаглавленном «Формирование и доказательства существования международного обычного права: элементы результатов предыдущей работы Комиссии международного права, которые могли бы иметь особое отношение к данной теме», Меморандум Секретариата, 14 марта 2013 года, документ [A/CN.4/659](#), с. 30, содержащее, в частности, ссылку на п. 10) комментария к статье 5 о праве несудоходных видов использования международных водотоков, *Ежегодник... 1994*, т. II (часть вторая), с. 108 (в котором «решения международных судов и трибуналов» включены в «обзор всех имеющихся данных общей практики государств, признаваемых в качестве права»). См. также п. 4) комментария к статье 39 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001*, т. II (часть вторая), с. 133 (в котором дела *Delagoa Bay Railway* и *S.S. “Wimbledon”* упоминаются в качестве свидетельств «практики государств» в том, что касается «возможности учета фактора усугубления ущерба потерпевшим государством при определении размера соответствующего возмещения»).

¹⁸⁰ П. 23) комментария к статьям 16 и 17 о праве международных договоров, *Yearbook... 1966*, vol. II, p. 208 (имеется также в документе под условным обозначением A/6309/Rev.1, с. 141), в котором цитируется *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*, *I.C.J. Reports 1951*, p. 15, at p. 21, также см. п. 4) комментария к статье 59, с. 257 английского текста, содержащий ссылки на состязательные бумаги, представленные Францией в связи с делом *Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco*, Китаем в связи с делом *Denunciation of the Treaty of 2 November 1865 between China and Belgium* и Францией в связи с делом *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex*.

¹⁸¹ П. 7) комментария к статье 12 о правопреемстве государств в отношении договоров, *Ежегодник... 1974*, т. II (часть первая), с. 240.

Штатами Международному Суду в связи с делом *Права граждан Соединенных Штатов Америки в Марокко*¹⁸².

120. В комментариях к статьям об ответственности международных организаций за международно-противоправные деяния Комиссия отметила, что «то мнение, что государства-члены как общее правило не могут считаться несущими международную ответственность за международно-противоправные деяния организации, отстаивалось несколькими государствами в спорных случаях»¹⁸³.

121. Последнее замечание, высказываемое Секретариатом относительно судебных решений, заключается в том, что, согласно наблюдениям Комиссии, решения международных трибуналов могут, несмотря на отсутствие у них формального прецедентного значения, влиять на принятие решений другими международными трибуналами¹⁸⁴. Об этом свидетельствуют результаты анализа многочисленных арбитражных решений в заключительном докладе Исследовательской группы по клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации, в котором Комиссия указала следующее:

Хотя суды отмечали, что решения других судов не имеют формальной значимости с точки зрения создания прецедента, стремление к обеспечению последовательности, несомненно, оказывало влияние на процесс принятия решений¹⁸⁵.

D. Использование Комиссией доктрин и материалов экспертных органов в качестве обоснований

122. Что касается использования Комиссией судебных решений и доктрин, то в меморандуме Секретариата в завершение приводится ряд замечаний, касающихся второго основополагающего направления подпункта 1 d) статьи 38, а именно доктрин наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву. В первом из замечаний указывается, что Комиссия ссылается на труды, доктрины и научные исследования, а также на мнения ученых с целью указать на то, что присутствующий в ее работе тот или иной подход к какой-либо норме международного права пользуется одобрением или поддержкой¹⁸⁶.

123. В меморандуме Секретариата отмечается также, что в отдельных случаях Комиссия стремится уточнить, что она не следует подходу, принятому в различных научных трудах¹⁸⁷. Так, в рамках работы над Руководством по практике в отношении оговорок к международным договорам Комиссия указала, что сочла «целесообразным не прибегать в данном руководящем положении к выражению

¹⁸² П. 21) комментария к статье 10 о клаузулах о наиболее благоприятствуемой нации, *Ежегодник... 1978*, т. II (часть вторая), с. 40.

¹⁸³ П. 3) комментария к статье 62 об ответственности международных организаций за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2011*, т. II (часть вторая), с. 95.

¹⁸⁴ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), замечание 32, п. 137.

¹⁸⁵ Заключительный доклад Исследовательской группы по клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации, *Ежегодник... 2015*, т. II (часть вторая), с. 128, п. 135.

¹⁸⁶ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), замечание 33, пп. 138–142. См., например, п. 2) комментария к руководящему положению 2.3 об оговорках к международным договорам, *Ежегодник... 2011*, т. II (часть третья), с. 135, в котором Комиссия отметила, что правило, согласно которому выражение согласия на обязательность договора является последним моментом, когда может быть сформулирована оговорка, «единодушно признано учеными-юристами».

¹⁸⁷ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), замечание 34, пп. 143–144.

“соглашение в упрощенной форме”, которое широко применяется французскими правоведом, но не фигурирует в Венских конвенциях»¹⁸⁸.

124. Кроме того, в комментарии к статьям о дипломатической защите Комиссия указала, что в научных трудах содержатся «некоторые аргументы в пользу» той точки зрения, что в случае смерти гражданина до официального предъявления требования это требование может быть сохранено, поскольку оно приобрело «характер, затрагивающий государство»¹⁸⁹. Тем не менее Комиссия ввиду наличия таких решений Комиссии по рассмотрению претензий, в которых предусматривается обратное, пришла к выводу о том, что среди источников отсутствует окончательное мнение по этому вопросу, и потому представляется нецелесообразным предлагать в этой связи какую бы то ни было норму¹⁹⁰.

125. Комиссия, опять же согласно меморандуму Секретариата, неоднократно приводила обширные ссылки на научные труды при рассмотрении темы распределения убытков¹⁹¹.

126. Кроме того, в меморандуме отмечается, что в рамках некоторых тем Комиссия ссылалась на доктрины с целью предоставить справочную информацию о рассматриваемой области соответствующего права и ее развитии. Это утверждение проиллюстрировано рядом примеров¹⁹².

127. Секретариат отметил также, что в некоторых ситуациях Комиссия при формулировании собственных текстов учитывала толкование положений международных договоров экспертными договорными органами¹⁹³. В целом Комиссия ссылается на толкования экспертных договорных органов, включая Комитет по

¹⁸⁸ Там же, п. 143; п. 4) комментария к руководящему положению 2.2.2 об оговорках к международным договорам, *Ежегодник...* 2011, т. II (часть третья), с. 133.

¹⁸⁹ П. 14) комментария к статье 5 статей о дипломатической защите, *Ежегодник...* 2006, т. II (часть вторая), с. 35, в котором приводится ссылка на Edwin M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims* (New York: The Banks Law Publishing Co., 1922), p. 628.

¹⁹⁰ П. 14) комментария к статье 5 статей о дипломатической защите, *Ежегодник...* 2006, там же, с. 35, в котором приводится ссылка на требование *Eschautier (Great Britain v. United Mexican States)*, Decision of 24 June 1931, UNRIIA, vol. V (Sales No. 1952.V.3), p. 209.

¹⁹¹ См. принципы, касающиеся распределения убытков в случае трансграничного вреда, причиненного в результате опасных видов деятельности, *Ежегодник...* 2006, т. II (часть вторая): п. 9) и сноски 306 общего комментария, с. 70, в которых приводится ссылка на Patricia W. Birnie and Alan E. Boyle, *International Law and the Environment*, 2nd ed., Oxford University Press, 2002, p. 113, и п. 7) комментария к принципу 1, с. 74, в котором приводится ссылка на P. Wetterstein “A proprietary or possessory interest: A *conditio sine qua non* for claiming damages for environmental impairment?” в P. Wetterstein (ed.), *Harm to the Environment: the Right to Compensation and Assessment of Damage* (Oxford, Clarendon Press, 1997), pp. 29–54, at p. 30; и H. Xue, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge University Press, 2003, pp. 19–105 and 113–182.

¹⁹² Меморандум Секретариата, A/CN.4/759, замечание 35, пп. 145–146.

¹⁹³ Там же, замечание 36, пп. 147–152.

правам человека¹⁹⁴, Комитет против пыток¹⁹⁵ и Комитет по экономическим, социальным и культурным правам¹⁹⁶ в различных текстах¹⁹⁷.

128. Аналогичным образом Комиссия ссылается на результаты работы Комитета по правам человека над рядом вопросов, включая право на установление истины¹⁹⁸ и право на справедливое судебное разбирательство, отмечая в статьях о преступлениях против человечности, что «Комитет по правам человека считал право на справедливое судебное разбирательство одним из «важнейших элементов защиты прав человека» и «одним из процессуальных средств обеспечения верховенства закона»»¹⁹⁹.

129. В комментарии к статьям о высылке иностранцев Комиссия сослалась на руководящие принципы, разработанные Комитетом против пыток в ходе рассмотрения заявлений, в которых утверждалось, что высылка иностранцев в те или иные государства противоречит Конвенции против пыток²⁰⁰.

¹⁹⁴ См., например, п. 6 комментария к статье 18 о высылке иностранцев, *Ежегодник... 2014*, т. II (часть вторая), с. 46, в котором Комиссия отметила, что «критерий «справедливого баланса», по-видимому также совместим с подходом, принятым Комитетом по правам человека при рассмотрении соответствия данной меры высылки статье 17 Международного пакта о гражданских и политических правах».

¹⁹⁵ В п. 3) комментария к статье 8 о предупреждении преступлений против человечности и наказании за них, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/74/10)*, сс. 104–105, указано, что соответствующее положение содержит требование, согласно которому «расследование должно проводиться всякий раз, когда имеются «разумные основания полагать», что преступление было совершено. По мнению Комитета против пыток, такое мнение возникает, когда соответствующая информация представляется компетентным органам или доводится до их сведения; при этом не требуется, чтобы жертвы в официальном порядке подавали жалобы в эти органы».

¹⁹⁶ См. например, п. 3) комментария к статье 11 о защите людей в случае бедствий, *Ежегодник... 2016*, т. II (часть вторая), с. 55, в котором приводится ссылка на замечание общего порядка № 12 Комитета по экономическим, социальным и культурным правам о праве на достаточное питание. П. 14) комментария к выводу 13 о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров, *Yearbook...2018*, vol. II (Part Two), р. 94 (имеется также в документе под условным обозначением [A/73/10](#), сс. 122–123). См. также п. 11) комментария к принципу 10, касающемуся защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/77/10)*, сс. 150–151, содержащий ссылку на принятое Комитетом по экономическим, социальным и культурным правам замечание общего порядка № 14 (2000) о праве на наивысший достижимый уровень здоровья (ст. 12), в котором Комитет установил связь между деградацией окружающей среды и здоровьем человека.

¹⁹⁷ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), п. 147.

¹⁹⁸ П. 24) комментария к статье 12 о предупреждении преступлений против человечности и наказании за них, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/74/10)*, сс. 130–131, в котором говорится, что в решениях Комитета по правам человека право на информацию или право на установление истины рассматривается «в качестве способа прекратить или не допустить психологическую пытку семей жертв насильственных исчезновений или тайных казней».

¹⁹⁹ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), с. 49: «Поэтому в пункте 1 проекта статьи 11 говорится о справедливом обращении, «включая справедливое судебное разбирательство»»; п. 5) комментария к статье 11 о предупреждении преступлений против человечности и наказании за них, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/74/10)*, с. 118, содержащий ссылку на принятое Комитетом по правам человека замечание общего порядка № 32 (2007) о праве на равенство перед судами и трибуналами и на справедливое судебное разбирательство, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят вторая сессия, Дополнение № 40 (A/62/40)*, т. I, приложение VI, п. 2.

²⁰⁰ Пп. 2)–4) комментария к статье 24 о высылке иностранцев, *Ежегодник... 2014*, т. II (часть вторая), сс. 55–57.

130. В отдельных случаях Комиссия опиралась на наработки, сделанные договорными органами в процессе толкования определенных документов. Например, в проекте кодекса преступлений против мира и безопасности человечества Комиссия включила в предлагаемое определение преступления геноцида слова «принятие мер по предотвращению деторождения в среде такой группы», отметив, что словосочетание «принятие мер» используется для указания на необходимость наличия элемента принуждения и сославшись при этом на статью II, подпункт d), Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него и на результаты работы Комитета по ликвидации дискриминации в отношении женщин²⁰¹.

131. В выводах о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров Комиссия сослалась на использование Международным Судом²⁰² и различными региональными судами по правам человека²⁰³ мнений, высказанных экспертными договорными органами; а в комментарии к статьям о защите людей в случае бедствий Комиссия, говоря об обязанности государств сотрудничать друг с другом, сослалась, в частности, на различные замечания общего порядка Комитета по экономическим, социальным и культурным правам²⁰⁴.

132. Помимо этого, при рассмотрении нескольких тем Комиссия ссыалась на труды экспертных органов и других учреждений²⁰⁵. В отдельных случаях Комиссия относит результаты работы частных учреждений к элементам доктрины²⁰⁶. В процессе изучения нескольких тем Комиссия ссыалась на результаты работы частных учреждений в рамках проведения собственных исследований. Речь идет, в частности, о следующих темах:

- Право международных договоров²⁰⁷

²⁰¹ П. 16) комментария к статье 17 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник... 1996*, т. II (часть вторая), содержащий ссылку на доклад Комитета по ликвидации дискриминации в отношении женщин (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок седьмая сессия, Дополнение № 38 (A/47/38)*), гл. I, п. 22.

²⁰² П. 21) комментария к выводу 13 о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров, *Yearbook... 2018*, vol. II (Part Two), p. 86 (имеется также в документе под условным обозначением [A/73/10](#)).

²⁰³ П. 22) комментария к выводу 13 о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров, *ibid.*, pp. 86–87.

²⁰⁴ П. 2) комментария к статье 7 о защите людей в случае бедствий, *Ежегодник... 2016*, т. II (часть вторая), п. 49, в котором в сноске 84 приводится ссылка на замечания общего порядка №№ 2, 3, 7, 14 и 15 Комитета по экономическим, социальным и культурным правам.

²⁰⁵ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), замечание 37, пп. 153–155, см. п. 7) комментария к проекту вывода 9 о выявлении и правовых последствиях императивных норм общего международного права (*jus cogens*), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/77/10)*, сс. 51–52. («В этом пункте в качестве примеров таких других вспомогательных средств названы материалы экспертных органов и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных государств, которые называют также научной литературой»).

²⁰⁶ См., например, п. 12) комментария к руководящему положению 1.4 Руководства по практике в отношении оговорок, сноску 243, в *Ежегоднике... 2011*, т. II (часть третья), с. 73. («Имманентно условный характер оговорки подчеркивается в определениях, предложенных многими авторами, в том числе Гарвардской школой права (Research in International Law of the Harvard Law School, “Draft Convention on the Law of Treaties”, AJIL, 1935, Supplement No. 4, p. 843...»).

²⁰⁷ В п. 1) комментария к проекту статьи 28 о праве международных договоров отмечается, что «в 1956 году Институт международного права принял резолюцию, где в нескольких осторожных выражениях сформулировал две статьи, содержащие ряд основных принципов толкования». *Yearbook... 1966*, vol. II, p. 218 (имеется также в документе под

- Гражданство физических лиц в связи с правопреемством государств²⁰⁸
- Клаузулы о наиболее благоприятствуемой нации в международных договорах²⁰⁹
- Предотвращение и наказание преступлений против дипломатических агентов и других лиц, имеющих право на защиту в соответствии с международным правом²¹⁰
- Ответственность государств за международно-противоправные деяния²¹¹
- Право несудоходных видов использования международных водотоков²¹²

условным обозначением A/6309/Rev.1). Ссылки на Гарвардский проект, посвященный праву международных договоров, содержатся в п. 3) комментария 3 к руководящему положению 2.2.1 Руководства по практике в отношении оговорок, *Ежегодник ... 2011*, т. II (часть третья), с. 125.

²⁰⁸ См., например, п. 4) комментария к статье 26 о гражданстве физических лиц в связи с правопреемством государств, *Ежегодник... 1999*, т. II (часть вторая), с. 51, в котором упоминается правило о том, что государство-преемник предоставляет свое гражданство затрагиваемым лицам, имеющим обычное место жительства на его территории, и отмечается, что «аналогичное положение, касающееся случая отделения, было включено в пункт b) статьи 18 проекта конвенции о гражданстве, подготовленного юридическим факультетом Гарвардского университета», при этом приводится ссылка на публикацию Harvard Law School, *Research in International Law, I. Nationality*, Supplement to the *American Journal of International Law*, vol. 23 (Cambridge, Mass., 1929), p. 13. В тексте упоминается резолюция Института международного права о коллизии норм права в отношении гражданства (натурализации и экспатриации), *Annuaire de l'Institut de droit international*, т. 15, часть II (1896 год), сс. 270–271 французского текста, в п. 2) комментария к статье 12 о гражданстве физических лиц в связи с правопреемством государств, *Ежегодник... 1999*, т. II (часть вторая), с. 38.

²⁰⁹ В статьях о клаузулах о наиболее благоприятствуемой нации Комиссия несколько раз ссылалась на работу, завершенную Институтом международного права в 1936 году. См., например, п. 2) комментария к статье 16, *Ежегодник... 1978*, т. II (часть вторая), с. 53 («Норма, предлагаемая в этой статье, применяется к клаузулам о наиболее благоприятствуемой нации независимо от того, имеют ли они безусловный характер или принимают форму клаузулы, обусловленной любой формой возмещения, в частности взаимным режимом. Эта норма была изложена в пункте 2 резолюции Института международного права, принятой на его сороковой сессии в 1936 году...»).

²¹⁰ См., например, сноску 473 к п. 3) комментария к статье 7 о предотвращении и наказании преступлений против дипломатических агентов и других лиц, имеющих право на защиту в соответствии с международным правом, *Ежегодник... 1972*, т. II, с. 395, в которой приводится ссылка на «...статью 2 проекта конвенции о выдаче преступников, подготовленного отделом исследования международного права Гарвардского юридического факультета (Supplement to the *American Journal of International Law*, Washington D.C. (January and April 1935), vol. 29, Nos. 1 and 2, p. 21)».

²¹¹ См., например, п. 6) комментария к статье 50 об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001*, т. II (часть вторая), с. 161, в котором отмечается, что «Институт международного права в своей резолюции 1934 года заявил, что, принимая контрмеры, государство должно “воздерживаться от любых жестких мер, которые противоречили бы законам гуманности и требованиям общественного сознания”», и приводится ссылка на *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 38 (1934), p. 710.

²¹² См. п. 12) комментария к статье 2 о праве несудоходных видов использования международных водотоков, *Ежегодник... 1994*, т. II (часть вторая), с. 101, в сноске 184 к которому содержатся ссылки на Нью-Йоркскую резолюцию, принятую в 1958 году Ассоциацией международного права (ILA, *Report of the Forty-eighth Conference, New York, 1958*, London, 1959, annex II, p. 99) и на Хельсинкские правила использования вод международных рек (*Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, London, 1967, pp. 484 *et seq.*, частично воспроизводятся в документе A/CN.4/274, сс. 155 и далее, п. 405). См. Зальцбургскую резолюцию, принятую Институтом международного права на его сессии в Зальцбурге в 1961 году и озаглавленную «Использование международных

- Фрагментация международного права²¹³
- Право трансграничных водоносных горизонтов²¹⁴
- Ответственность международных организаций²¹⁵
- Правопреемство государств в отношении договоров²¹⁶

неморских вод (за исключением судоходства) (*Annuaire de l'Institut de droit international* (Bâle), vol. 49, t. II (1961), pp. 381–384), и Афинскую резолюцию, принятую Институтом международного права на его сессии в Афинах в 1979 году и озаглавленную «Загрязнение рек и озер и международное право», *ibid.*, vol. 58, t. II (1980), p. 196. Межамериканская ассоциация адвокатов, частная группа экспертов в области права, приняла в 1957 году резолюцию, затрагивающую «любой водоток или систему рек или озер... которые могут пересекать или разделять территорию двух или более государств... и именуется далее “системой международных вод”» (Inter-American Bar Association, Proceedings of the Tenth Conference held at Buenos Aires from 14 to 21 November 1957 (2 volumes) (Buenos Aires, 1958), pp. 82–83; воспроизводится в документе A/5409, с. 208 английского текста, п. 1092). См. также п. 5) комментария к статье 24 о праве несудоходных видов использования международных водотоков, *Ежегодник... 1994*, т. II (часть вторая), с. 138, в котором приводится ссылка на резолюцию о международных правилах относительно использования международных водотоков (Мадридская резолюция; легла в основу статьи 5 Декларации Монтевидео), принятую Институтом международного права на его сессии в Мадриде в 1911 году (*Annuaire de l'Institut de droit international*, 1911 (Paris), vol. 24, p. 366), воспроизводится в документе A/5409, с. 200 английского текста, п. 1072.

²¹³ См. заключительный доклад исследовательской группы по фрагментации, *Yearbook... 2006*, vol. II, part one, addendum two, p. 88, para. 431, в котором приводится ссылка на резолюцию Института международного права о толковании международных договоров, *Annuaire de l'Institut de droit international*, т. 46 (сессия в Гранаде), сс. 364–365 французского текста.

²¹⁴ См. п. 5) общего комментария («В 2004 году Комиссия также провела неофициальные совещания с Комитетом по водным ресурсам Ассоциации международного права и хотела бы выразить ему признательность за его комментарии по проектам статей, принятым Комиссией в первом чтении, а также дать высокую оценку Берлинских правил Ассоциации международного права, принятых в 2004 году») и п. 1) комментария к проекту статьи 2 о праве трансграничных водоносных горизонтов с комментариями к ним, *Ежегодник... 2008*, т. II (часть вторая), сс. 29–30.

²¹⁵ В статьях об ответственности международных организаций приводится ссылка на резолюцию Института международного права, озаглавленную «Правовые последствия для государств-членов невыполнения международными организациями своих обязательств перед третьими сторонами», в п. 5) комментария к статье 62, *Ежегодник... 2011*, т. II (часть вторая), с. 119. Помимо этого, Комиссия ссылается на проект, предложенный Комитетом по ответственности международных организаций Ассоциации международного права (Report of the Seventy-first Conference held in Berlin, 16–21 August 2004, London, 2004, p. 200). См. п. 1) комментария к статье 14 (*Ежегодник... 2011*, т. II (часть вторая), с. 77); п. 8) комментария к статье 7 (там же, с. 67); п. 7) комментария к статье 8 (там же, с. 71); комментарий к статье 11 (там же, с. 75); п. 7) комментария к статье 45 (там же, с. 103).

²¹⁶ См. п. 27) комментария к статье 31 о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов с комментариями, *Ежегодник... 1981*, т. II (часть вторая), с. 90, в котором приводится ссылка на ILA, Report of the Fifty-fourth Conference, held at The Hague, 23rd–29th August 1970, London, 1971, p. 108. См. также п. 7) комментария к руководящему положению 5.1.1 Руководства по практике в отношении оговорок к международным договорам, *Ежегодник... 2011*, т. II, часть третья, сс. 386–387. См. п. 6) комментария к статье 3 о защите людей в случае бедствий, *Ежегодник... 2016*, т. II (часть вторая), стр. 33, в котором упоминается, что на включение в текст такого элемента, как «массовая гибель людей», повлиял принятый в 1995 году Кодекс поведения Международного движения Красного Креста и Красного Полумесяца и неправительственных организаций при осуществлении операций помощи в случае стихийных бедствий и катастроф, опубликованный в *Международном журнале Красного Креста*, т. 36 (1996 год), № 310, приложение VI.

- Высылка иностранцев²¹⁷
- Последствия вооруженных конфликтов для международных договоров²¹⁸
- Защита людей в случае бедствий²¹⁹
- Последующие соглашения и последующая практика в связи с толкованием договоров²²⁰
- Защита окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами²²¹

133. Упомянутая выше тенденция не ограничивается лишь недавними темами. В ходе рассмотрения вопросов морского права Комиссия начиная с середины 1950-х годов ссылаясь на результаты работы частных экспертных кодификационных органов и коллективов ученых. Несколько примеров таких ссылок можно

(«[Презумпция сохранения оговорок, сформулированных государством-предшественником] была уже предложена г-ном Д. П. О'Коннелом, докладчиком Ассоциации международного права по теме «Правопреемство новых государств в отношении договоров и некоторых других обязательств их предшественников», за год до того, как сэр Хамфри Уолдок высказался в поддержку данной идеи»); см. *Ежегодник... 2011*, т. II (часть третья), сс. 386–387.

²¹⁷ П. 2) комментария к статье 5 о высылке иностранцев, *Ежегодник... 2014*, т. II (часть вторая), сс. 32–33, содержащий ссылку на *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers* [Международные правила допуска и высылки иностранцев], принятые 9 сентября 1892 года на женеvской сессии Института международного права, ст. 30.

²¹⁸ П. 2) комментария к статье 3 о последствиях вооруженных конфликтов для международных договоров, *Ежегодник... 2011*, т. II (часть вторая), с. 132, сноска 407, в которой содержится ссылка на Institute of International Law, *Yearbook*, vol. 61, Part I, Session of Helsinki (1985), pp. 8–9.

См. также п. 4) комментария к статье 3 о защите людей в случае бедствий, *Ежегодник... 2016*, т. II (часть вторая), с. 32, в котором приводится ссылка на резолюцию о гуманитарной помощи, принятую Институтом международного права, Institute of International Law, *Yearbook*, vol. 70, Part II, Session of Bruges (2003), p. 263.

²²⁰ См., например, п. 11) комментария к выводу 13 о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров, *Yearbook... 2018*, vol. II (Part Two), p. 84, имеется также в документе под условным обозначением [A/73/10](#), сс. 121–122 («Вместе с тем суждения экспертных договорных органов могут порождать последующее соглашение или последующую практику... Эта возможность была признана государствами, Комиссией, а также Ассоциацией международного права и многими авторами»).

²²¹ Ссылки на результаты работы Института международного права, касающуюся вопроса о применении силы, пункт 3) комментария к принципу 20, касающемуся защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/77/10)*, с. 194 (сноска 784: «Как резюмирует Институт международного права, «оккупирующая держава может распоряжаться ресурсами оккупированной территории только в той мере, в какой это необходимо для текущего управления территорией и удовлетворения основных потребностей населения»). См. Institute of International Law, *Yearbook*, vol. 70, Part II, Session of Bruges (2003), pp. 285 et seq.; URL: <http://www.idi-iil.org>, Declarations, at p. 288); и на разработанное МККК Руководство по защите природной среды во время вооруженных конфликтов — в пункте 4) комментария к принципу 4, там же, с. 121 («Совсем недавно в Руководстве МККК по защите природной среды во время вооруженных конфликтов было рекомендовано обеспечить возможность обозначения районов, имеющих особое экологическое значение или особо уязвимых экологически, как демилитаризованных зон»).

найти там, где рассматриваются аспекты морского права, касающиеся использования флага²²² и пиратства²²³.

134. Наконец, в статьях о дипломатической защите Комиссия сослалась на соответствующий Гарвардский проект конвенции и резолюцию *Института международного права*²²⁴.

135. Секретариат далее отметил, что в рамках некоторых тем Комиссия прибегала к формулировкам, разработанным на основе трудов специализированных частных экспертных органов как в области кодификации, так и в других областях, или заимствованных у них²²⁵. Соответствующие примеры относятся к 1994 году, когда, разрабатывая проект устава постоянного международного уголовного суда, Комиссия позаимствовала формулировки из документа, подготовленного ранее участниками первого Конгресса Организации Объединенных Наций по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, проведенного в 1955 году, отметив в комментарии, что, «хотя тюремные

²²² П. 2) комментария к статье 29, относящейся к морскому праву, *Yearbook... 1956*, vol. II, p. 279 (имеется также в документе под условным обозначением A/3159, с. 29). («Исходя из этой идеи, Институт международного права еще в 1896 году принял некоторые правила для предоставления разрешений пользоваться флагом. На своей седьмой сессии Комиссия сочла, что в несколько измененной форме эти правила приемлемы, отдавая, однако, себе отчет в том, что для достижения желаемых практических результатов государства должны вырабатывать более подробные правила, когда вводят изложенные выше принципы в свои законы»).

²²³ См. п. 1) комментария к статье 38, относящейся к морскому праву, *Yearbook... 1956*, vol. II, p. 282 (имеется также в документе под условным обозначением A/3159, с. 32). («Работа Комиссии над составлением статей о пиратстве была значительно облегчена результатами исследований, которые были произведены юридическим факультетом Гарвардского университета и закончились разработкой в 1932 году, под руководством профессора Джозефа Бингема, проекта конвенции, состоящего из девятнадцати статей, с комментариями. Комиссия смогла в целом одобрить сделанные на основании этих исследований выводы»).

²²⁴ П. 3) комментария к статье 6 и п. 2) комментария к статье 7 о дипломатической защите, *Ежегодник... 2006*, т. II (часть вторая), сс. 36–37, в которых приводятся ссылки на пункт 3 статьи 23 опубликованного в 1960 году Гарвардского проекта конвенции о международной ответственности государств за ущерб иностранцам, воспроизведенного в L.B. Sohn and R. R. Baxter, “Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens”, *AJIL*, vol. 55, No. 3 (July 1961), p. 548; и на статью 4 а) резолюции о национальном характере международного требования, предъявляемого государством в связи с вредом, причиненным физическому лицу, которая была принята Институтом международного права на его сессии в Варшаве сессии в 1965 году, *Tableau des résolutions adoptées (1957–1991)*, Paris, Pedone, 1992, p. 56, at p. 58.

²²⁵ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), замечание 38, пп. 156–162. См., например, п. 1) комментария к статье 4 о гражданстве физических лиц в связи с правопреемством государств, *Ежегодник... 1999*, т. II (часть вторая), с. 29, в котором приводится ссылка на *Report of the experts of the Council of Europe on the citizenship laws of the Czech Republic and Slovakia and their implementation* (Council of Europe (Strasbourg, 2 April 1996), document DIR/JUR(96)4), para. 54. См. также заключительный доклад Рабочей группы по обязательству выдавать или осуществлять судебное преследование (*aut dedere aut judicare*), *Ежегодник... 2014*, т. II (часть вторая), с. 117, п. 18, сноска 447, в которой, в частности приводится ссылка на *Report of the African Union-European Union Technical ad hoc Expert Group on the Principle of Universal Jurisdiction* (8672/1/09/Rev.1). См. также п. 2) комментария к статье 19 о высылке иностранцев, *Ежегодник... 2014*, т. II (часть вторая), сс. 46–47, где Комиссия ссылается на «Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, содержащийся в приложении к резолюции 43/173 Генеральной Ассамблеи от 9 декабря 1988 года». См. также ссылку на доклад, испрошенный Генеральным секретарем Организации Объединенных Наций у Управления по координации гуманитарных вопросов, в п. 9) комментария к проекту статьи 13 о защите людей в случае бедствий, *Ежегодник... 2016*, т. II (часть вторая), с. 61.

учреждения будут и далее управляться соответствующими национальными органами, порядок и условия тюремного заключения должны соответствовать международным стандартам, в частности Минимальным стандартным правилам обращения с заключенными»²²⁶. Еще один пример, относящийся к раннему периоду, содержится в опубликованном в 1994 году комментарии к статьям о несудоходных видах использования международных водотоков²²⁷.

136. Среди примеров более позднего времени можно отметить использование Комиссией работы, проделанной ранее Ассоциацией международного права, для обоснования того, что «значительное» воздействие является тем порогом, начиная с которого можно говорить о трансграничном ущербе, причиненном опасными видами деятельности²²⁸.

137. В статьях о защите людей в случае бедствий в комментарии к подпункту e) статьи 3 Комиссия указала, что «формулировка основана как на Руководящих принципах использования иностранных военных ресурсов и средств гражданской обороны для оказания помощи в случае бедствий (также известных как «Руководящие принципы Осло»), так и на Рамочной конвенции по оказанию помощи в области гражданской обороны»²²⁹. В этих же статьях Комиссия несколько раз сослалась на другие документы, разработанные частными экспертными органами²³⁰.

²²⁶ П. 2) комментарий к статье 59 проекта устава международного уголовного суда, *Ежегодник... 1994*, т. II (часть вторая), с. 72, сноска 111, в которой приводится ссылка на первый вариант правил: *First United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Geneva, 22 August-3 September 1955* (United Nations publication, Sales No. 1956.IV.4), annex I, pp. 67–73.

²²⁷ П. 2) комментарий к статье 12 о праве несудоходных видов использования международных водотоков, *Ежегодник... 1994*, т. II, часть вторая, сс. 127–128, в котором приводится ссылка на принятые Советом управляющих ЮНЕП в 1978 году (решение 6/14 от 19 мая 1978 года) «Принципы поведения в области окружающей среды для руководства государств в вопросах охраны и гармоничного использования природных ресурсов, разделяемых двумя или более государствами», в которых определение «значительного» воздействия охватывает «любое существенное воздействие на разделяемый природный ресурс и [исключает] незначительные воздействия» (UNEP, *Environmental Law: Guidelines and Principles*, No. 2, *Shared Natural Resources* (Nairobi, 1978)).

²²⁸ Статья X Хельсинкских правил использования вод международных рек (International Law Association, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, London, 1967, p. 496); и статья 16 Берлинских правил справедливого использования и устойчивого развития вод, *Report of the Seventy-first Conference, Berlin, 16–21 August 2004*, London, 2004, p. 334.

²²⁹ П. 24) комментарий к статье 3 о защите людей в случае бедствий, *Ежегодник... 2016*, т. II (часть вторая), с. 36.

²³⁰ См. статьи о защите людей в случае бедствий, *Ежегодник... 2016*, т. II (часть вторая): п. 6) комментарий к статье 4, с. 38, в котором приводятся ссылки на Руководящие принципы по вопросу о перемещении лиц внутри страны, 11 февраля 1998 года, [E/CN.4/1998/53/Add.2](#), приложение, и на документ *Mohonk Criteria for Humanitarian Assistance in Complex Emergencies* (Мохонкские критерии оказания гуманитарной помощи в сложных чрезвычайных обстоятельствах), подготовленный Рабочей группой по этическим и правовым вопросам гуманитарной помощи; и п. 2) комментарий к статье 5 о защите людей в случае бедствий, там же, с. 39, сноска 59, в которой приводится ссылка на Межучрежденческий постоянный комитет, Руководящие принципы МПК по защите лиц при стихийных бедствиях (Вашингтон, округ Колумбия, Проект Брукингского института и Бернского университета по проблемам внутренне перемещенных лиц, 2011 год); п. 7) комментарий к статье 6, сс. 41–42, в котором приводится ссылка на Руководство Международной федерации обществ Красного Креста и Красного Полумесяца (МФКК); и п. 3) комментарий к статье 15, в котором приводится ссылка на опубликованный в 2013 году Типовой закон о содействии и регулировании международной помощи при чрезвычайных ситуациях и помощи в проведении первичных восстановительных работ.

138. Наконец, в комментарии к принципам, касающимся защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, Комиссия отметила, что принцип 10, в котором говорится об обязанности коммерческих предприятий проявлять должную осмотрительность, содержит элементы, разработанные «на основе понятия “районов, затронутых конфликтом, и районов повышенного риска”, которое используется в разработанных ОЭСР [Организацией экономического сотрудничества и развития] Руководящих принципах должной осмотрительности для ответственного управления цепочкой поставок полезных ископаемых [из районов, затронутых конфликтом, и районов повышенного риска]», а также в регламенте Европейского союза о полезных ископаемых зоны конфликта²³¹».

139. Еще одно замечание, содержащееся в меморандуме, заключается в том, что в рамках некоторых тем Комиссия стремилась дать понять, что она не придерживается подхода, которому следуют частные экспертные органы²³².

Е. Использование Комиссией результатов собственной предшествующей работы в качестве обоснования

140. Помимо вышеперечисленного, Секретариат отметил, что Комиссия часто ссылается на собственную проделанную ранее работу²³³. Особенно наглядным примером этого являются ссылки на работу Комиссии над Нюрнбергскими принципами. При рассмотрении тем, связанных с международным уголовным правом, Комиссия часто ссылалась на проделанную ею ранее работу над Нюрнбергскими принципами и приговор, вынесенный на Нюрнбергском процессе. В 1951 году в комментариях к проекту кодекса преступлений против мира и безопасности человечества Комиссия отметила, что положения статьи 1, касающейся принципа индивидуальной ответственности за преступления по международному праву, содержатся в Статute и приговоре Нюрнбергского трибунала, сославшись при этом на формулировку из Нюрнбергских принципов, согласно которой «всякое лицо, совершившее какое-либо действие, признаваемое согласно международному праву преступлением, несет за него ответственность и подлежит наказанию»²³⁴.

141. В 1996 году Комиссия вновь сослалась на утверждение, содержащееся в указанном решении, и на результаты работы Комиссии над Нюрнбергскими принципами, отметив, что «за нарушение международного права могут быть

²³¹ См. принципы, касающиеся защиты окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/77/10)*: п. 6) комментарий к принципу 10, с. 147; п. 8) комментарий к принципу 10, сс. 148–149; п. 10) комментарий к принципу 10, с. 150, в котором приводятся ссылки на документ «Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека: осуществление рамок Организации Объединенных Наций, касающихся “защиты, соблюдения и средств правовой защиты”» (A/HRC/17/31, приложение), и на ОЭСР, «Окружающая среда и Руководство ОЭСР для транснациональных предприятий: корпоративные инструменты и подходы». URL: <https://www.oecd.org/env/35914666.pdf>.

²³² Меморандум Секретариата, A/CN.4/759, замечание 39, пп. 163–164.

²³³ Там же, замечание 40, пп. 165–171.

²³⁴ Комментарий к статье 1 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Yearbook...1951*, vol. II (Part Two), p. 135 (имеется также в документе под условным обозначением A/1858, с. 14) содержащий ссылку на принцип I Принципов международного права, признанных Статутом Нюрнбергского трибунала и нашедших выражение в решении этого Трибунала, *Yearbook...1950*, vol. II, para. 97 (имеется также в документе под условным обозначением A/1316, п. 97).

наказаны и отдельные лица»²³⁵, а также что «отдельные лица имеют международные обязательства, которые превышают национальный долг повиновения, наложенный отдельным государством»²³⁶.

142. В статьях о преступлениях против человечности Комиссия сослалась на Нюрнбергские принципы²³⁷, говоря об общих нормах в отношении уголовной ответственности физических лиц по международному праву. Помимо этого, Комиссия, среди прочего, сослалась также на проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1954 года и проект кодекса преступлений против мира и безопасности человечества 1996 года с целью напомнить о том, что факт нахождения лица, совершившего уголовное преступление, в официальной должности с материально-правовой точки зрения не является основанием для исключения уголовной ответственности²³⁸.

143. Другие примеры ссылок Комиссии на результаты ее собственной работы содержатся в ее материалах, посвященных использованию последующих соглашений и последующей практики в связи с толкованием договоров²³⁹, а также в статьях о высылке иностранцев, где она ссылается на результаты собственной работы по вопросу об ответственности государств за международно-противоправные деяния²⁴⁰.

144. В проектах выводов о выявлении и правовых последствиях императивных норм общего международного права (*jus cogens*) Комиссия сослалась в качестве обоснований на некоторые из разработанных ею ранее материалов. Например, в комментарии к проекту вывода 17, касающегося взаимосвязи между такими нормами и обязательствами *erga omnes*, Комиссия указала, что соответствующая «формулировка основана на статьях Комиссии об ответственности государств за международно-противоправные деяния, в которых обязательства *erga omnes* определяются как включающие обязательства, “которые вытекают из императивных норм общего международного права”»²⁴¹.

²³⁵ См. п. 7) комментария к статье 1 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник... 1996*, т. II (часть вторая), с. 20.

²³⁶ П. 11) комментария к статье 1 проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, *Ежегодник... 1996*, т. II (часть вторая), с. 21.

²³⁷ См. п. 2) комментария к статье 6 о предупреждении преступлений против человечности и наказании за них, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/74/10)*, с. 78.

²³⁸ См. пп. 28) и 29) комментария к статье 6 о предупреждении преступлений против человечности и наказании за них, там же, сс. 89–90.

²³⁹ П. 23) комментария к выводу 13 о последующих соглашениях и последующей практике в связи с толкованием договоров, *Yearbook... 2018*, vol. II (Part Two), p. 87 (имеется также в документе под условным обозначением *A/73/10*, с. 127).

²⁴⁰ См. п. 2) комментария к статье 30 о высылке иностранцев, *Ежегодник... 2014*, т. II (часть вторая), с. 65. Было отмечено, что «основополагающий принцип полного возмещения государством вреда, причиненного международно-противоправным деянием, закреплен в статье 31 статей об ответственности государств, в то время как статья 34 предусматривает различные формы возмещения, такие как реституция (статья 35), компенсация (статья 36) и сатисфакция (статья 37)».

²⁴¹ П. 4) комментария к проекту вывода 17 о выявлении и правовых последствиях императивных норм общего международного права (*jus cogens*), *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/77/10)*, с. 76, в котором приводится ссылка на п. 7) общего комментария к главе III части второй статей, *Ежегодник... 2001*, т. II (часть вторая) и исправление, сс. 135–136. Аналогичный пример содержится в комментарии к проекту вывода 19, в котором Комиссия отметила, что «пункт 1 проекта вывода 19, который основан на пункте 1 статьи 41 статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, предусматривает, что государства должны сотрудничать, с тем чтобы положить конец серьезным нарушениям обязательств, вытекающих из императивных норм общего международного

145. Более того, разрабатывая все те же проекты выводов об императивных нормах, Комиссия решила присоединить к ним приложение, содержащее «неисчерпывающий перечень норм, которые Комиссия в прошлом упоминала в качестве имеющих императивный характер». Комиссия подчеркнула, что включила в этот перечень «со ссылкой на предыдущую работу Комиссии виды норм, которые обычно определялись как имеющие императивный характер», воздержавшись от «самостоятельной оценки этих норм на данный момент времени»²⁴². Тем самым Комиссия сослалась на результаты своей предшествующей работы, содержащиеся в статьях о праве международных договоров, статьях об ответственности государств за международно-противоправные деяния и заключительном докладе исследовательской группы по фрагментации международного права²⁴³.

146. Наконец, в отношении использования Комиссией судебных решений и доктрин Секретариат кратко отмечает, что Комиссия ссыалась на определенные виды доктрин наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву как на отражение практики государств²⁴⁴. Сюда относится случаи упоминания о том, как практика государств отражена в трудах частных кодификационных и других экспертных органов, в том числе в тех публикациях депозитариев международных договоров, в которых содержится информация о ратификациях, заявлениях, оговорках и других актах государств²⁴⁵. Среди других примеров можно назвать научные публикации, содержащие компиляции решений внутригосударственных судов. Так, в статьях о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности Комиссия, ссылаясь на сборники решений национальных судов, отмечала отсутствие в практике государств единого подхода к вопросу о составных частях и политических подразделениях федеративных государств²⁴⁶.

147. В комментарии к статьям о преступлениях против человечности Комиссия сослалась на практику государств, а также на исследование, опубликованное МККК, и отметила, что «на основе подробного анализа практики государств, а также международной и национальной судебной практики в исследовании

права (*jus cogens*)», п. 2) комментария к проекту вывода 19, там же, сс. 80–81, в котором приводится ссылка на п. 3) комментария к статье 41 статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, *Ежегодник... 2001*, т. II (часть вторая) и исправление, с. 138.

²⁴² П. 3) комментария к проекту вывода 23 о выявлении и правовых последствиях императивных норм общего международного права (*jus cogens*), там же, сс. 96–97.

²⁴³ См. там же, пп. 7)–14) на сс. 98–100.

²⁴⁴ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), замечание 41, пп. 172–174.

²⁴⁵ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), п. 172. См., например, в руководстве по практике в отношении оговорок комментарий 3 к руководящему положению 1.5.1, сноску 270, *Ежегодник... 2011*, т. II (часть третья), с. 78, содержащую ссылку на документ МККК, озаглавленный “Geneva Conventions of 12 August 1949 for the Protection of War Victims — Reservations, declarations and communications made at the time of or in connection with ratification, accession or succession” (DDM/JUR/91/1719-CRV/1).

²⁴⁶ См. например, п. 11) комментария к статье 2 о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, *Ежегодник... 1991*, т. II (часть вторая), сс. 16–17, сноску 34, среди перечисленных решений упоминается практика Франции, например, в деле *Etat de Ceard v. Dorr et autres* (1932) (Dalloz, Recueil periodique et critique de jurisprudence, 1933 (Paris), part 1, p. 196 et seq.). См. также *Dumont v. State of Amazonas* (1948) (Annual Digest... 1948 (Лондон), vol. 15, case No. 44, p. 140). В отношении Италии см. *Somigli v. Etat de São Paulo du Brésil* (1910) (Revue de droit international privé et de droit penal international (Darras) (Paris), vol. VI (1910), p. 527). В отношении Бельгии см. *Feldman v. Etat de Bahia* (1907) (Pasirisie beige, 1908 (Brussels), vol. II, p. 55, или Supplement to AJIL (Washington, D.C.), vol. 26, No. 3 (July 1932), p. 484). См. также рассмотренное в Соединенных Штатах дело *Molina v. Comision Reguladora del Mercado de Henequen* (1918) (Hackworth, op. cit., vol. II, pp. 402–403) и, применительно к Австралии, дело *Commonwealth of Australia v. New South Wales* (1923) (Annual Digest... 1923–1924 (London), vol. 2 (1933), case No. 67, p. 161).

МККК в своем исследовании 2005 года по обычному международному гуманитарному праву сформулировал... общую норму для военных преступлений...»²⁴⁷ и что «в пункте 3 проекта статьи 6 используется аналогичная формулировка для общего стандарта в отношении ответственности командиров/других начальников в контексте преступлений против человечности»²⁴⁸.

Г. Замечания Специального докладчика в отношении использования Комиссией вспомогательных средств

148. В завершение настоящей главы, основываясь на вышеизложенном, можно предложить по крайней мере *четыре* предварительных соображения относительно практики использования Комиссией вспомогательных средств для определения норм международного права.

149. *Во-первых*, в работе Комиссии преобладают вспомогательные средства, которые, по общему мнению, делятся на две основные категории: судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву. Однако характер и пределы их использования наряду с другими материалами различаются и во многом зависят от потребностей, продиктованных спецификой рассматриваемой темы. Эти средства отражают в основном материально-правовые, но также и методологические аспекты, и Комиссия активно ссылается как на судебные решения, так и на доктрины в целях осуществления своего мандата по оказанию помощи государствам в кодификации и прогрессивном развитии международного права.

150. *Во-вторых*, если говорить о судебных решениях как вспомогательных средствах, то работа Комиссии показывает, что им принадлежит весьма важная роль в контексте оказания ею помощи государствам в деле кодификации и прогрессивного развития международного права. Ссылки на судебные решения не только используются для выявления или подтверждения существования и содержания норм международного права, но в некоторых случаях служат также основанием для собственно формулирования норм и принципов международного права, а также источником прав или обязательств. Из этого можно заключить, что, хотя в теории судебные решения относят к «вспомогательным», реальное положение дел, наблюдаемое в практике Комиссии, позволяет говорить о том, что они могут быть приравнены к первичным источникам международного права. Если данное утверждение верно, то в дальнейшем следует рассмотреть вопрос о том, находит ли очевидное несоответствие между теорией и реальностью свое отражение в практике международных судов и трибуналов, и в частности в практике Международного Суда. Было бы логичным предположить, что ответ на данный вопрос будет утвердительным. Более сложной задачей может оказаться оценка вытекающих из этого последствий.

151. В этой связи стоит упомянуть и такой момент, касающийся использования Комиссией судебных решений: на основании многочисленных примеров, приведенных в меморандуме Секретариата, создается впечатление, что Комиссия чаще ссылается на дела Постоянной палаты международного правосудия и Международного Суда, нежели на другие судебные решения, из чего явствует, что они считаются более авторитетными. С одной стороны, это представляется естественным. Как подчеркивает Комиссия в своих собственных трудах,

²⁴⁷ П. 21) комментария к статье 6 о предупреждении преступлений против человечности и наказании за них, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/74/10)*, сс. 86–87.

²⁴⁸ П. 22) комментария к статье 6 о предупреждении преступлений против человечности и наказании за них, там же.

распоряжения Международного Суда как главного судебного органа Организации Объединенных Наций имеют большой вес. Кроме того, это, возможно, служит отражением взаимодополняемости работы Комиссии как главного кодификационного органа Организации Объединенных Наций и работы Суда как главного судебного органа, занимающегося урегулированием споров общего характера между государствами в рамках современного международного права.

152. Вместе с тем выбор Комиссией того судебного органа, на который она считает нужным сослаться, в обычных условиях был продиктован главным образом рассматриваемой темой и наличием соответствующей судебной практики. В частности, имеется ряд других тем, в рамках которых довольно значительную роль играют распоряжения других международных судов, таких как международные уголовные трибуналы, а в некоторых случаях эти распоряжения составляют главную основу для ее работы. Такова ситуация — если привести лишь несколько примеров — в области международного уголовного права, что отразилось в разработке Принципов международного права, признанных Статутом Нюрнбергского трибунала и нашедших выражение в приговоре этого Трибунала, проекта кодекса преступлений против мира и безопасности человечества, проектов статей о предупреждении преступлений против человечности и наказании за них и проектов статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. Суть заключается в том, что независимо от того, идет ли речь о формулировании принципов на основе решения одного трибунала и его учредительного документа, как в случае с Нюрнбергскими принципами, о кодификации или об опоре на то или иное решение какого-либо международного суда для представления статей, в большинстве исследований по упомянутым темам естественным образом содержится множество ссылок на судебные решения Международного трибунала по бывшей Югославии, Международного уголовного трибунала по Руанде, Специального суда по Сьерра-Леоне, чрезвычайных палат в судах Камбоджи и Международного уголовного суда. То же самое можно сказать и о решениях Международного трибунала по морскому праву применительно к вопросам, касающимся морского права. Помимо этого, следует отметить, что распоряжения национальных и региональных судов и трибуналов и других судебных органов используются также для разъяснения смысла применимых норм права и положений комментария.

153. *Третье* предварительное соображение Специального докладчика, которое можно вывести, опираясь на изложенные в меморандуме Секретариата замечания широкоохватного характера в отношении использования судебных решений и юридических трудов, заключается в том, что Комиссия использует первые чаще, чем вторые. Это вполне закономерно и не свидетельствует о том, что судебные решения более важны или более актуальны, нежели доктрины. Скорее, по мнению Специального докладчика, это является следствием того, что первые и вторые выполняют разные функции. Возможно, это также отражает то обстоятельство, что в силу самой природы вещей и даже безотносительно к вопросам легитимности именно в судебных решениях, если говорить об обычных условиях, зачастую более конкретно разъясняется та или иная потенциальная международно-правовая норма — как в процессе толкования международного договора, так и при установлении наличия либо отсутствия международно-правового обычая или общего принципа права. Некоторые из этих вопросов рассматриваются далее в настоящем докладе.

154. *Четвертое и последнее* предварительное замечание заключается в том, что, если говорить о доктринах специалистов по публичному праву, то Комиссия в своей работе, как представляется, иногда руководствуется ими в целях выявления практики государств. Он также придает разный вес трудам отдельных ученых и трудам экспертных групп. В настоящем докладе не проводится

систематический анализ деятельности экспертных органов, поскольку этому будет посвящен один из будущих докладов, однако в целом создается впечатление, что единство мнений, отраженное в научных трудах, по-видимому, имеет больший вес, чем мнение одного или немногих авторитетов. Экспертные группы изначально пользуются более широким одобрением, вероятно, не только из-за более высокого качества их материалов, но и в некоторых случаях в силу их взаимоотношений и взаимодействия с государствами. Такие виды использования трудов экспертов, прослеживающиеся также в материалах международных судов и трибуналов, согласуются с историей разработки соответствующих документов. Специальный докладчик вернется к этому вопросу в соответствующих частях настоящего доклада.

VI

Природа и функция источников в международной правовой системе

A. Краткий обзор места источников в международном праве

155. Вопрос о природе и функции источников является фундаментальным для любой дискуссии в международном праве. Поэтому, прежде чем обратиться к вспомогательным средствам для определения правовых норм, которые по своей природе должны рассматриваться в связи с источниками международного права, представляется полезным начать с некоторых общих замечаний о более широком контексте относительно природы международной правовой системы в сравнении с национальными правовыми системами. Цель этого заключается не в том, чтобы обеспечить всеобъемлющий подход, а в том, чтобы рассмотреть определенный комплекс теоретических вопросов, которые часто возникают в научных дебатах об источниках международного права и представляются особенно актуальными. Ни в задачи настоящего доклада, ни в задачи рассмотрения данной темы не входит разрешение порой жарких теоретических дебатов об источниках международного права. В данном случае речь идет об оценке некоторых ключевых вопросов, связанных с источниками международного права в той степени, в которой они, вероятно, впоследствии будут иметь отношение к практической работе Комиссии по данной теме.

156. В предварительном порядке следует отметить аксиому, что международное право как свод норм права, который в первую очередь регулирует отношения между суверенными государствами, не имеет централизованных органов, таких как законодательная, исполнительная или судебная власть, которые являются нормой в национальных правовых системах. Во внутригосударственных правовых системах, имеющих иерархический характер, законодательный орган может принять конституцию, законодательный или иной нормативно-правовой акт, который затем может быть введен в действие исполнительной властью. Законодательный орган можно считать формальным источником права, поскольку он, как правило, наделен правотворческой властью в государстве. При возникновении споров о толковании и применении законодательства между субъектами права, будь то физическими или юридическими лицами, или теми и другими, суды с обязательной юрисдикцией обычно выступают в качестве арбитров для разрешения споров.

157. В отличие от национальных правовых систем, где существуют конкретные методы выявления источников права, международное право децентрализовано. Не существует глобального законодательного органа или власти, способной принимать универсальные законы, автоматически обязательные для всех субъектов права, в первую очередь государств, а также международных организаций и других соответствующих субъектов. Отсутствие в международной сфере законодательной власти влечет за собой различные последствия²⁴⁹.

158. В международном праве также не существует эквивалента исполнительной ветви власти, которая бы вводила законы в действие. В равной степени не существует международных судов с автоматической обязательной юрисдикцией для разрешения споров между сторонами путем толкования и применения права. Система урегулирования споров на международном уровне основана на

²⁴⁹ Gerald Fitzmaurice, "Some problems regarding the formal sources of international law" в Jill Barrett and Jean-Pierre Gauci (eds.) *British Contributions to International Law, 1915-2015*, 3rd ed. (Leiden; Boston: Brill Nijhoff, 2021) pp. 476-496 at p. 479.

согласии, что отражает природу суверенитета, как и альтернативные средства разрешения споров, обозначенные в статье 33 Устава Организации Объединенных Наций и включающие переговоры, примирение, арбитраж и судебное разбирательство. В такой горизонтальной, в отличие от вертикальной, правовой системе метод поиска права «намного сложнее»²⁵⁰. Действительно, как справедливо объяснил Малколм Шоу, в международном праве «мы, таким образом, сталкиваемся с проблемой обнаружения, где искать право и как можно определить, является ли конкретное предложение правовой нормой»²⁵¹.

159. Ситуация становится еще более сложной, учитывая, что в такой неиерархической системе, как международное право, «те субъекты международного права, которые связаны международными нормами и принципами, сами же их и создали»²⁵². Действительно, как утверждал Роберт Й. Дженнингс в 1981 году, «никогда еще не было такого времени, когда было бы столько путаницы и сомнений относительно проверок действительности — или источников — международного права, как в настоящее время»²⁵³. Кроме того, как справедливо напомнил Хью Терлвей, существует «анархическая природа мировых дел», которую международные юристы должны принимать во внимание, так же как и периодические столкновения «суверенитетов»²⁵⁴. Одним словом, по своей природе международная правовая система отличается от муниципальных правовых систем и создает проблемы с точки зрения выявления источников права, обязательных для субъектов этого права.

160. Сегодня, несмотря на вышеизложенные и связанные с этим сомнения в обратном, было признано, что «международное право действительно существует и может быть установлено»²⁵⁵. Поэтому у него есть «источники», из которых могут быть извлечены нормы, применимые в конкретной ситуации для регулирования отношений между субъектами права, прежде всего государствами (но также и международными организациями). Доктрина «источников» в этом отношении стала, как объяснил Оскар Шактер, писавший в 1991 году, «в прошлом веке главным интеллектуальным инструментом обеспечения объективных стандартов юридического подтверждения», а «сегодня закладывает поддающиеся проверке условия для установления и подтверждения юридических предписаний»²⁵⁶. Условиями в данном контексте являются, конечно, наблюдаемые проявления воли государств, которые можно найти в источниках, в частности в нормах, содержащихся в договорах, обычном международном праве и общих принципах права. Последнее также может быть отражено во вспомогательных средствах определения норм права, например, когда в решении суда выражается норма международного права.

²⁵⁰ Alexander Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 9th ed. (New York: Routledge, 2022), p. 35.

²⁵¹ Malcom N. Shaw, *International Law*, 9th ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), p. 59.

²⁵² Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, p. 35.

²⁵³ R.Y. Jennings, "What is International Law and how do we tell when we see it?" в Basil S. Markesinis and JHM Willems (eds), *The Cambridge-Tilburg Law Lectures, Third Series 1980* (New York: Kluwer 1983), pp. 3–32 at p. 5.

²⁵⁴ Thirlway, "The sources of international law," in Malcolm Evans, *International Law*, 3rd ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2010), pp. 95–109 at p. 97.

²⁵⁵ Shaw, *International Law*, p. 59.

²⁵⁶ Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 1st ed. (Springer, 1991), pp. 35–37.

В. Определение понятия «источники» в международном праве

161. Выявление и прояснение источников имеет первостепенное значение для любой правовой системы, будь то национальная или международная, поскольку правотворчество — это не статичная деятельность, а скорее динамичный и непрерывный процесс. В публикации *Max Planck Encyclopedia of International Law* (Энциклопедия международного права Макса Планка) отмечается, что «разговор об «источниках международного права» предполагает, что в международном праве существуют правовые, т. е. обязательные для исполнения, нормы»²⁵⁷.

162. Однако вопреки тому, чего можно было бы ожидать для такого основополагающего понятия для международного правопорядка, как источники международного права, даже термин «источники» порождает некоторые трудности. Единого общепризнанного определения просто не существует²⁵⁸. Этот термин, который на латыни звучит как *fons juris*, и родственные ему «источник права», или «*source de droit*», понимаются по-разному²⁵⁹. Для настоящих целей представляется достаточным принять определение, которое предлагает Шоу, когда он описывает «источники» как ссылку на «те положения, которые действуют в рамках правовой системы на техническом уровне»²⁶⁰. Или, как еще удобнее выразился Ян Синклер, «то, что придает содержанию норм международного права характер закона»²⁶¹. Другими словами, когда международные юристы говорят об источниках, они обычно имеют в виду в техническом смысле то, откуда право черпает свою силу.

С. Различие между «формальными» и «материальными» источниками

163. Вышеприведенное определение источников, согласно которому они могут рассматриваться как нормы международного права, имеющие обязательную юридическую силу для государств, кажется достаточно простым. Со своей стороны, Ян Браунли, как и многие другие, понимал источники так, как они определены в предыдущем абзаце. Но затем он идет дальше, проводя различие между двумя вариантами использования термина «источники». Это различие проводится между так называемыми «материальными» и «формальными» источниками. По его мнению, под последним «могут пониматься *источник обязательной силы международного права как такового*, а также *литературные источники права как источники информации*» (курсив добавлен). В публикации *International Law* («Международное право») Оппенгейма это различие объясняется тем, что формальные источники — это источники, из которых правовая

²⁵⁷ R. Wolfrum, “Sources of International Law”, *Max Planck Encyclopedia of International Law*, URL: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1471?rskey=2OJLVE&result=1&prd=MPIL>.

²⁵⁸ Еще в 1925 году П.Е. Корбетт утверждал, что нам следует избавиться от термина «источники» из-за чрезвычайного разнообразия его значений. См. в этом отношении Percy E. Corbett, “*The Consent of States and the Sources of the Law of Nations*”, 6 Br. Yearb. Int. Law, vol. 6 (1925) p, 20 at p.30.

²⁵⁹ Для дальнейшего обсуждения источников международного права, в частности *moyens auxiliaires des determination des regles de droit*, см. Mathias Forteau, Alina Miron and Alain Pellet, *Droit International Public* (Paris, LGDJ, 9th edition, 2022), p. 492-511.

²⁶⁰ Shaw, *International Law*, p. 66.

²⁶¹ Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2nd ed. (Manchester Univ. Press, 1984), p. 2.

норма черпает свою юридическую силу, а материальные источники обеспечивают материальное содержание этой нормы²⁶².

164. В несколько иной формулировке Алена Пелле, формальные источники международного права — это «процессы, посредством которых нормы международного права становятся юридически значимыми», в то время как материальные источники «можно определить как политические, социологические, экономические, моральные или религиозные истоки правовых норм»²⁶³. В обеих вышеупомянутых концепциях «исключаются такие безусловные источники, как разум или мораль, а также более функциональные источники, такие как библиотеки и журналы»²⁶⁴. В основном, когда юристы-международники ссылаются на источники, «имеется в виду исследование процесса возникновения норм международного права»²⁶⁵. Со своей стороны, Герберт Бриггс, признавая трудности термина «источники», описал его как «методы или процедуры, с помощью которых создается международное право»²⁶⁶.

165. «Материальный» или «исторический смысл» слова «источники» часто противопоставляется «формальному» или «юридическому» смыслу этого термина. Как объяснил Джеймс Кроуфорд, если «материальные источники предоставляют доказательства существования норм, которые, будучи установленными, являются обязательными и имеют общее применение», то *формальные* источники «представляют собой те методы создания норм общего применения, которые являются юридически обязательными по своему назначению»²⁶⁷. В этом отношении *материальный* и неюридический смысл источников — это ссылка на «причинное или историческое влияние, объясняющее фактическое существование определенной нормы права в данном месте и в данное время», в то время как в юридическом смысле «термин означает критерии, при которых правовая норма действует в данной правовой системе, о которой идет речь»²⁶⁸.

166. В целом, можно сказать, что формальные источники придают нормам обязательный характер, в то время как материальные источники отражают фактическое содержание правил. Существует принципиальное различие «между тем, что вдохновляет содержание права, и тем, что придает этому содержанию обязательный характер права»²⁶⁹. Это различие носит не только теоретический характер, но и практический. По сути, оно служит основой для разделения обязательных норм права и юридически необязательных норм, права *de lege lata* (право как оно есть) и права *de lege ferenda* (право, каким оно должно быть).

²⁶² Sir Robert Jennings & Sir Watts Arthur, *Oppenheim's International Law*, 6th ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 1996), p. 23; цитируется в: Shagufta Omar, "Sources of International law In the light of the Article 38 of the International Court of Justice", *Int'l Islamic Univ.* (2011), URL: <http://ssrn.com/abstract=1877123>.

²⁶³ A Pellet, "Article 38 of the Statute of the International Court of Justice" in Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat (eds) *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2019) pp.677-792 at p 774, para 111.

²⁶⁴ Shaw, *International Law*, p. 66.

²⁶⁵ Ibid.

²⁶⁶ Herbert Briggs, *The Law of Nations: cases, documents, and Notes*, 2nd ed., (New York, Appleton-Century-Crofts, 1952), p. 44.

²⁶⁷ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2019), p. 20-23.

²⁶⁸ Orakhelashvili, Akehurst's *Modern Introduction to International Law*, p. 35.

²⁶⁹ Fitzmaurice, *Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law*, p. 479.

167. Однако в контексте международного права, в отличие от муниципального права, понятие «формального источника» может быть подвергнуто критике как «неудобное и вводящее в заблуждение»²⁷⁰. Это связано с тем, что идея формального источника, как утверждается, напоминает читателю «конституционный механизм законотворчества, существующий в государствах», который попросту не существует для «создания норм международного права»²⁷¹. В рамках этой концепции, с точки зрения международного права, различие между *формальными* и *материальными* источниками представляется довольно сложным для обоснования, поскольку оно может отвлекать внимание от некоторых более важных проблем своей попыткой установить четкое разделение материальных и процессуальных элементов²⁷². В любом случае, в конечном счете, важнее всего те источники, которые свидетельствуют о наличии консенсуса между государствами относительно существования конкретных норм и практики²⁷³. Поэтому в рамках этой концепции прямо ставится вопрос о том, где можно найти нормы, обязательные для государств, и рассматривается главный вопрос о том, куда могут обращаться юристы-международники для выявления источников международно-правовых обязательств.

D. Роль пункта 1 статьи 38 и источники международного права в сравнении с источниками обязательств

168. На фоне децентрализованной международной правовой системы, возможно, неудивительно, что именно в контексте статьи 38 Статута Международного Суда мы имеем то, что широко признано «наиболее авторитетным и полным изложением» источников международного права²⁷⁴. В пункте 1 статьи 38, который был назван «известным — или печально известным — положением»²⁷⁵, устанавливается норма, которая гласит, что Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, применяет международные договоры, как общие, так и специальные, устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами; международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы; общие принципы права, признанные «цивилизованными нациями»; и «в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм» судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций. На судебные решения распространяются положения статьи 59, которая предусматривает, что решение Суда обязательно лишь для участвующих в деле сторон и лишь по данному делу.

169. Хотя статья 38 в основном фиксирует давнюю практику арбитражных судов, которые возникли как специальные средства разрешения споров между государствами до официального создания Постоянной палаты международного правосудия в 1921 году, в этом положении не содержится прямого упоминания термина «источники». Статья также не опирается на запутанное и, возможно, бесполезное различие между формальными и материальными источниками,

²⁷⁰ Ian Brownlie, *Principles of public international law*, 6th ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2003), p. 3.

²⁷¹ Brownlie, *Principles of public international law*, p. 3.

²⁷² Shaw, *International Law*, p. 60.

²⁷³ R. Goodman, "Human Rights Treaties, Invalid Reservations and State Consent", *Amsterdam J Int'l L.*, vol. 96 (2002), p. 531 at p. 531.

²⁷⁴ См. также Antonio Cassese, *International Law*, 2nd ed. (United States of America: Oxford Univ. Press, 2003) — «Это наиболее авторитетное определение, хотя ряд ученых ставят его под сомнение».

²⁷⁵ Pellet, "Article 38", p. 774, para 111.

хотя утверждается, что международные договоры и обычаи являются формальными источниками, а общие принципы права, судебные решения и доктрины — материальными или квазиформальными источниками²⁷⁶. По сути статья 38 «касается непосредственно “судебного права”»²⁷⁷. Действительно, сугубо с технической точки зрения, статья 38 является лишь конкретным указанием Суду относительно источников права, на которые он должен опираться при разрешении споров между государствами.

170. Однако статья 38 важна не только потому, что она является положением применимого права Статута Международного Суда. Скорее, ее важность обусловлена ее широким и общим признанием в качестве статьи, отражающей обычное международное право. Это широкое признание в отношении самого института является как явным, так и неявным. Если говорить о явном выражении, то, в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, статья 92 определяет Суд как главный судебный орган сообщества наций, закрепляя судебное урегулирование споров в рамках экосистемы коллективной безопасности Организации Объединенных Наций. Таким образом, как только государство приобретает членство, оно автоматически признает юрисдикцию Международного Суда. Как утверждает Адемола Абасс, «поскольку работа Суда заключается в разрешении споров между членами ООН [Организации Объединенных Наций] (которые также являются его собственными членами), важно, чтобы Суд применял нормы международного права — как указано в статье 38 1)²⁷⁸».

171. Кроме того, также говоря о явном выражении, существуют прямые ссылки на статью 38 в других международных документах, например в статье 28²⁷⁹ Общего акта о мирном разрешении международных споров 1928 года и статье 33²⁸⁰ Факультативного арбитражного регламента Постоянной палаты третейского суда по урегулированию споров между двумя государствами. Другие специализированные правовые инструменты основываются на статье 38, как, например, в случае статьи 21 Римского статута Международного уголовного суда, где говорится о применимом праве в этом трибунале, а также в статье 31 Протокола о Статуте Африканского суда по правам человека, касающейся применимого права в Африканском суде по правам человека и народов²⁸¹.

²⁷⁶ Fitzmaurice, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, p. 493.

²⁷⁷ R.Y Jennings, “General Course on Principles of International Law”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 121 (Leiden: Sijthoff, 1967), p.121.

²⁷⁸ Ademola Abass, *Complete International Law: Text, Cases and Material*”, 2nd ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2014), p. 28.

²⁷⁹ General Act of Arbitration (Pacific Settlement of International Disputes) (Geneva, 26 September 1928), League of Nations, Treaty Series, vol. 93, p. 343, Art. 28.

²⁸⁰ Permanent Court of Arbitration Optional Rules for Arbitrating Disputes Between Two States, 32 I.L.M. 572 (Cambridge Univ. Press, 1993)), art. 33, at <https://www.cambridge.org/core/journals/international-legal-materials/article/abs/permanent-court-of-arbitration-optional-rules-for-arbitrating-disputes-between-two-states/84C1DC6592E5EC2657D0A38EEC22B891>.

²⁸¹ Статья 31 Протокола Малабо гласит: «При выполнении своих функций Суд принимает во внимание: а) Учредительный акт; b) международные договоры, как общие, так и специальные, ратифицированные спорящими государствами; c) международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы; d) общие принципы права, признанные повсеместно или африканскими государствами; e) с учетом положений пункта 1 статьи 46 настоящего Статута, судебные решения и труды наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций, а также постановления, директивы и решения Союза как вспомогательные средства для определения норм права; f) любые другие нормы права, имеющие отношение к рассмотрению дела. 2. Эта статья не ограничивает право Суда разрешать дело *ex aequo et bono*, если стороны с этим согласны». African Union, *Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights* (1 July 2008), URL: https://au.int/sites/default/files/treaties/36398-treaty-0045__protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_

172. Аналогичный пример можно найти в статье 42 Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств, которая предписывает суду разрешать спор в соответствии «с такими нормами права, которые могут быть согласованы Сторонами», а при отсутствии такого соглашения — путем применения права «Договаривающегося государства, являющегося Стороной в споре (включая его нормы коллизионного права), и такие нормы международного права, которые могут быть применены»²⁸². Если оставить в стороне аспекты, касающиеся квалификации вопроса, требующего выбора норм внутреннего или международного права, и тот факт, что трибуналы могут также не приводить выводы о *populi* и уполномочены, кроме того, решать спор *ex aequo et bono*, бесспорно, что выражение «международное право» в данном положении «следует понимать в смысле, придаваемом ему статьей 38 1) Статута Международного Суда, с учетом того, что статья 38 была разработана для применения к межгосударственным спорам»²⁸³.

173. Хотя пункт 1 статьи 38 Статута Международного Суда обладает некоторой общностью применения, это не единственное положение, касающееся значимости судебных решений для арбитров. Здесь стоит упомянуть три примера. Первый, наиболее далекий от него, касается Карибского суда, который, действуя в рамках своей «первоначальной юрисдикции», связан строгим правилом *stare decisis*. Согласно статье 221 *пересмотренного Чагуарамасского договора о создании Карибского сообщества, включая единый рынок и экономику КАРИКОМ*, «решения Суда являются юридически обязательными прецедентами для сторон в разбирательствах в Суде, если только такие решения не были пересмотрены в соответствии со статьей 219»²⁸⁴.

174. Аналогичный подход применяется также в контексте Соглашения о Европейской экономической зоне, статья 6 которого предусматривает, что положения Соглашения, которые по существу идентичны положениям европейского законодательства, «должны толковаться согласно соответствующим постановлениям Суда Европейских Сообществ, принятым до даты подписания настоящего Соглашения»²⁸⁵. Это положение также включает оговорку («без ущерба для будущего развития прецедентного права»), которая фактически включает в себя дату прекращения действия.

175. Вторая, промежуточная модель содержится в упомянутой выше статье 21 Римского статута, в которой прописано право, подлежащее применению Международным уголовным судом. В этой связи статья 21 2) более конкретно рассматривает вопрос о применении судебных решений Международного

[of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e.pdf](#). Исчерпывающий комментарий к Малабскому протоколу см. в Charles C. Jalloh, Kamari M. Clarke and Vincent O. Nmeihelle (eds.), *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights in Context: Development and Challenges* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019).

²⁸² International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), "Convention on the Settlement of Investment Disputes" (14 October 1966), U.N.T.S. 8359, Art. 45, at https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID_Convention_EN.pdf (visited 7 February 2023).

²⁸³ ICSID, "Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States" (1993) vol. 1, ICSID Reports, pp. 23-34 at p. 31. См. также *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia*, ICSID Case No. ARB/00/1, Award, 24 January 2003, para. 300.

²⁸⁴ См. CARICOM Secretariat, Revised Treaty of Chaguaramas Establishing the Caribbean Community including the CARICOM Single Market and Economy (Bahamas, 5 July 2001), URL: https://caricom.org/documents/4906-revised_treaty-text.pdf.

²⁸⁵ Agreement on the European Economic Area, OJ No L 1, 3.1.1994, p. 3; and EFTA States' official gazettes (efta.int).

уголовного суда. Они не указаны в качестве вспомогательных средств, как в статье 38 1) d). Это положение отличается от статьи 38 в нескольких отношениях: во-первых, оно относится только к решениям Международного уголовного суда без какой-либо иерархии между ними; во-вторых, оно предусматривает, что Суд *может*, а не «должен», применять этот материал; в-третьих, в нем разъясняется, что применяются «принципы и нормы права, истолкованные в его предыдущих решениях», а не сами решения.

176. Существуют и другие примеры. Например, в торговые соглашения обычно включаются положения о том, что текст самого Соглашения о свободной торговле должен толковаться в соответствии с существующим прецедентным правом. Например, статья 516 Соглашения о торговле и сотрудничестве между Европейским союзом и Соединенным Королевством предусматривает, что «при толковании и применении положений настоящей части учитываются соответствующие толкования, содержащиеся в докладах групп экспертов ВТО и Апелляционного органа, принятые Органом по урегулированию споров ВТО, а также в арбитражных решениях в рамках Договоренности о правилах и процедурах, регулирующих разрешение споров»²⁸⁶. Такие положения часто встречаются, когда речь идет не просто о текстуальном сходстве, а об эквивалентной защите по правилам более чем одного соглашения (или комплексов соглашений), участниками которых являются оба государства.

177. Как показано в предыдущих разделах, пункт 1 статьи 38 и, вместе с ним, его отношение к роли судебных решений, в принципе, являются положениями ограниченного применения, которые могут быть вытеснены другими нормативно-правовыми положениями, составляющими *lex specialis*. Однако статья 38 Статута Международного Суда понимается как положение более общего применения по двум взаимосвязанным причинам. Первая, как уже отмечалось, заключается в том, что она обычно рассматривается как авторитетное изложение источников международного права; во-вторых, она как таковая часто включается путем ссылки или в качестве резервного положения в документы, касающиеся вынесения решений не Международным Судом.

178. В своей публикации *Law of Nations* («Право наций») Бриерли идет еще дальше, утверждая, что это положение «является текстом высочайшего авторитета, и мы можем справедливо предположить, что оно выражает обязанность любого трибунала, призванного осуществлять международное право»²⁸⁷. Эта позиция, утверждающая центральную роль статьи 38, нашла поддержку в статьях 74 и 83 Конвенции Организации Объединенных Наций по морскому праву²⁸⁸. Авторитетный характер статьи привел к очевидному консенсусу о том, что она действительно отражает обычное международное право. В собственных более ранних и недавних работах Комиссии, хотя в некоторых случаях они отражают более широкий спектр источников, статья 38 берется за отправную точку и признается как ее общая применимость, так и ее авторитетный статус²⁸⁹. Это было особенно заметно в работе Комиссии над двумя другими положениями

²⁸⁶ Trade and Cooperation Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community, of the one part, and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, of the other part, Brussels and London, 30 December 2020.
URL: [https://eurlex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22021A0430\(01\)&from=EN](https://eurlex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:22021A0430(01)&from=EN).

²⁸⁷ Andrew Clapham, Brierly's Law of Nations An Introduction to the Role of International Law in International Relations, 7th ed. (Oxford: Oxford Univ. Press 2012), p. 56.

²⁸⁸ Конвенция по морскому праву (Монтего-Бей, 10 декабря 1982 года), 1833 U.N.T.S. 397.

²⁸⁹ См. article 12 of the 1953 Draft Convention on Arbitral Procedure, *Yearbook ... 1953*, vol. II, p. 210, and article 10 of the 1958 Draft Convention on Arbitral Procedure, *Yearbook ... 1958*, vol. II, p. 84.

статьи 38, а именно над выявлением обычного международного права и общих принципов права²⁹⁰.

179. С другой стороны, в соответствии с этой формулировкой, хотя мы в свое время более подробно рассмотрим это положение, статья 38 подвергалась критике по разным основаниям. Как верно отмечает Пелле, «мало положений договорного права, если таковые вообще существуют, вызвали столько комментариев, дебатов, критики, похвалы, предупреждений, увлеченности, как статья 38 Статута»²⁹¹. Для наших ограниченных целей суть критики на данном этапе сводится к трем ключевым аспектам.

180. Во-первых, речь идет о том, как составлено положение. Те, кто его критикует, утверждают, что оно «плохо составлено»²⁹², что оно «неясно», «дефектно» или даже «излишне формалистично»²⁹³. Действительно, как предполагает один автор, можно по-разному воспринимать статью 38, в том числе «как избыточное и бесполезное положение, в лучшем случае как неуклюжую и устаревшую попытку определить международное право, в худшем — как корсет, парализующий высший судебный орган мира»²⁹⁴. С другой стороны, как справедливо заметил тот же автор, истина о статье 38 может находиться где-то посередине. С этой точки зрения статья 38 «не заслуживает ни чрезмерной похвалы, ни резкой критики», поскольку ее также можно рассматривать более позитивно «как наиболее удачное и краткое описание» права, которое Международный Суд «должен применять, обеспечивая полезное руководство, позволяющее избежать *non liquet*, а также произвола и фантазий в толковании и применении норм международного права»²⁹⁵.

181. Во-вторых, и более предметно, статья 38 подвергается критике, поскольку считается, что, по словам Дженнингса, «при любом взгляде на значение списка в статье 38 возникает логическая трудность с точки зрения принятия его в качестве изложения источников международного права»²⁹⁶. Эта трудность будет обусловлена тем, что сам Статут Суда, будучи договором, относится к первому пункту списка, состоящего из трех частей, в пункте 1 статьи 38.

²⁹⁰ См. «Несколько членов подтвердили, что пункт 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда многие считают авторитетным заявлением относительно источников международного права и что отправной точкой работы Комиссии являются общие принципы права по смыслу статьи 38 как один из источников международного права», доклад КМП, A/77/10, 2022 год, гл. VIII, п. 106., с. 362. Специальный докладчик по работе КМП над общими принципами международного права выразил мнение, что «если принять позицию, согласно которой статья 38 ограничивается применимым правом данного суда, то придется заключить, что источников международного права общего характера не существует [...] такая позиция несостоятельна, поскольку приведет к неприемлемой фрагментации международного права, а также к правовой неопределенности, что сделает невозможным функционирование международной правовой системы», доклад КМП, A/77/10, 2022 год, глава VIII, пункт 132, стр. 367.

²⁹¹ Pellet, «Article 38», p. 679.

²⁹² Certain Norwegian Loans (France v. Norway), Judgment, Dissenting Opinion of Judge Basdevant, (July 6, 1957).

²⁹³ Pellet, «Article 38», p. 677.

²⁹⁴ Ibid., p. 680.

²⁹⁵ Ibid., 679.

²⁹⁶ Jennings, «General Course on Principles of International Law», p. 121 («Более того, при любом взгляде на значение списка в статье 38 возникает логическая трудность с точки зрения принятия его в качестве изложения источников международного права; поскольку Статут Международного суда, будучи договором, сам относится к первой категории списка».)

182. Третий вопрос в связи со статьей 38, часто встречающийся в литературе, заключается в том, содержит ли она исчерпывающий список всех источников международного права. Возможны, по крайней мере, две интерпретации. Есть те, среди которых Георг Шварценбергер, кто предположил, что данное положение действительно содержит исчерпывающий список источников международного права²⁹⁷. Вторая, более правдоподобная интерпретация заключается в том, что статья 38 не является исчерпывающей. Это связано с тем, что в ней нет и никогда не предусматривалось цели перечислять все источники международного права, а лишь излагается директива для судей в отношении того, к чему в первую очередь следует обращаться при определении применимых норм международного права — этот тезис активно отстаивается Фицморисом²⁹⁸.

183. Тем не менее, если утверждение о неполноте было трудно оспорить в начале 1920-х годов, когда было разработано положение, то это не составит труда сделать и сегодня. Джон Дугард и Дире Тлади предполагают, что, хотя список, содержащийся в статье 38, возможно, был полным при составлении проекта в конце 1920-х годов, «он больше не отражает точно все материалы и формы практики государств, которые составляют сегодняшние источники международного права»²⁹⁹. С течением времени после принятия Статута Суда и с учетом динамизма международных отношений, ведущих к адаптации практики государств, очевидный пробел в этом положении стал более заметным. Далее они высказывают мнение, что усилия «по привнесению новых изменений в отношении источников права в категории источников, признанных в статье 38», неизбежно приведут «к расширению этих источников за пределы тех, которые первоначально предполагались в 1920 году»³⁰⁰. С другой стороны, Росс и другие предположили, что статья 38 формально не может быть основой для доктрины источников международного права³⁰¹. В лучшем случае статья 38 является формальным источником того, что должен применять Суд, и, с этой точки зрения, «явно отражает абстрактное представление о том, каковы источники международного права в целом»³⁰².

184. Однако аргументы, ставящие под сомнение статью 38, глубже в том смысле, что среди источников, которые она действительно включает в свою сферу действия, есть такие, которые не являются «подлинными источниками»³⁰³. В то же время, хотя очевидно, что настоящий доклад не подходит для разрешения старых научных дебатов по данному положению, как справедливо отметил другой автор, несмотря на всю критику этой часто цитируемой оговорки о применимом праве, реальность такова, что все альтернативные формулировки, предложенные для ее замены на сегодняшний день, не получили распространения³⁰⁴. Были даже внесены предложения о внесении в нее поправок, однако они оказались безуспешными. Таким образом, с учетом этого труда и

²⁹⁷ G. Schwarzenberger, “International Law as Applied by International Courts and Tribunals” in Jill Barrett and Jean-Pierre Gauci (eds.) *British Contributions to International Law, 1915–2015*, 3rd ed. (Leiden; Boston: Brill Nijhoff, 2021), pp. 96–106 at p. 96.

²⁹⁸ Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, p. 494.

²⁹⁹ J Dugard and D Tladi “Sources of International Law” in John Dugard, Max Du Plessis, Tiyanjana Maluwa, Dire Tladi (ed.), *Dugard’s International Law: A South African Perspective*, 5th ed. (South Africa: Juta & Company Ltd. 2019), pp. 28–48 at p. 28.

³⁰⁰ Dugard et. al, “Sources of International Law”, p. 28.

³⁰¹ Процитировано в Fitzmaurice, Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, p. 494.

³⁰² Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, p. 494.

³⁰³ Ibid.

³⁰⁴ Pellet, “Article 38”, p. 681.

столетней истории этого положения, место статьи 38 в Статуте Международного Суда представляется вполне надежным.

185. Отчасти это объясняется не только тем, что, как утверждается, она прочно вошла в обычное международное право, и это, вероятно, самый важный момент, но и тем, что она в основном хорошо работает на практике. Во многом именно это является ключевым аспектом. Действительно, как заключили те юристы, которые имели возможность вернуться к ней в преддверии создания Международного Суда еще в 1945 году, факт заключается в том, что это положение «вызвало больше споров в доктрине, чем трудностей на практике»³⁰⁵. Это замечание остается актуальным и сегодня, спустя столетие после создания ее формулировки. Таким образом, несмотря на очевидные недостатки статьи 38, в том числе в отношении тех аспектов, которые сегодня могли бы рассматриваться как более приемлемые, если бы в нее были внесены поправки, устраняющие уже ставшее постыдным различие между цивилизованными и нецивилизованными нациями³⁰⁶, факт заключается в том, что предполагаемые проблемы не «помешали» Международному Суду — как и другим международным судам — «разрешать переданные ему международные споры или давать консультативные заключения и принимать, когда это необходимо, инновационные или творческие решения»³⁰⁷.

186. Последний теоретический момент в рассуждениях об источниках, который представляется актуальным для данной главы и будущей работы по этой теме, — это различие, иногда проводимое в научной литературе между источниками международного права и источниками международных обязательств. Здесь основной аргумент опирается на труды Фицмориса, который в своей влиятельной статье утверждал, что статья 38 *не может* быть ссылкой на *источники* международного права³⁰⁸. Вместо этого он предложил разделить формальные источники обязательств от формальных источников права, и хотя эти два понятия могут совпадать, они не обязательно являются одним и тем же. Формальные источники, по его мнению, черпают присущую им силу из естественного права. С этой точки зрения, например, договоры в их надлежащем понимании являются *источниками обязательств*, а не права, и в этом отношении даже так называемые «правотворческие договоры» на самом деле не создают право; скорее, они устанавливают обязательства³⁰⁹.

187. В основе этого различия, которое, по-видимому, также может отражать разницу между подходом юристов, специализирующихся на континентальном и общем праве, к международному праву (первые, как утверждается, предпочитают договоры, а вторые — обычное право), лежит то, что для того, чтобы назвать положение источником, необходимо, чтобы в нем содержались нормы общего действия и применения к субъектам правовой системы, а не конкретных обязанностей или обязательств с их стороны. Среди тех, кто оспаривает различие между источниками права и источниками обязательств, некоторые, похоже, отвергают идею о том, что право обязательно должно быть ограничено нормами

³⁰⁵ Доклад Исследовательской группы Комиссии международного права, *Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права*, A/CN.4/L.682 (18 июля 2006 года); UNCIO (Selected Documents version, US Government Printing Office, 1946), 843/868.

³⁰⁶ Статут Международного суда, ст. 38 1) c) (1945 год) («общие принципы права, признанные цивилизованными нациями»); и S. Yee, “Article 37 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases”, J. Int. Disp. Settlement, vol. 7(2) (2016), p. 472.

³⁰⁷ Pellet, “Article 38”, p. 680.

³⁰⁸ Fitzmaurice, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, p. 494.

³⁰⁹ Ibid. Аналогичное мнение было высказано и другими в отношении односторонних актов.

общего действия, поскольку права и обязательства государств могут вытекать как из общих и конкретных договоров, так и из обычного права³¹⁰.

188. В любом случае, когда речь идет о вспомогательных средствах, не предполагается, чтобы данное исследование пыталось, если бы это было возможно, разрешить такие теоретические дебаты, которые в своей основе сводятся к определению места позитивизма и естественного права в международном праве, а скорее, чтобы оно просто было принято к сведению Комиссией. Приняв их к сведению, следует рассмотреть их возможные последствия для практических аспектов работы над данной темой. Это единственная причина затронуть здесь то, что в противном случае могло бы стать абстрактной дискуссией об источниках права в сравнении с источниками обязательств.

189. По мнению Специального докладчика, если не вдаваться полностью в академические дебаты, то различие между источниками права и источниками обязательств имеет отношение к данной теме, поскольку оно также имеет практические последствия. Помимо прочего, оно полезно с точки зрения осмысления источников и связанных с ними вспомогательных средств. Причина в том, что нормы, содержащиеся в договорах, обычном праве и общих принципах права, важны, но сами по себе не являются единственным возможным основанием для принятия государствами юридических обязательств по международному праву. Это утверждение можно проиллюстрировать, например, ссылкой на практику, касающуюся односторонних заявлений, которые при определенных обстоятельствах способны создавать юридические обязательства. То же самое можно сказать и о резолюциях международных организаций. Если отбросить вопрос о том, можно ли считать такие акты или резолюции формальными источниками обязательств, подобно тем, которые вытекают из перечня формальных источников, содержащегося в статье 38 Статута Международного Суда, то это различие, по крайней мере, позволяет сосредоточить внимание не столько на формальном источнике в договоре, международном обычае или общих принципах права, сколько на правовых последствиях в отношении обязательства государств. Мы вернемся к этому вопросу в главе IX настоящего доклада, в которой, напомним, рассматривается вопрос о возможном существовании дополнительных вспомогательных средств.

Е. Отсутствие формальной иерархии в источниках

190. Как уже указывалось в предыдущем разделе настоящей главы, юристы поставили ряд вопросов относительно статьи 38. Теперь мы сосредоточимся на двух аспектах, которые представляются особенно актуальными для рассматриваемой темы: во-первых, устанавливается ли в пункте 1, в котором в определенной последовательности перечислены договоры (подпункт 1 а)), международный обычай (подпункт 1 б)) и общие принципы права (подпункт 1 с)), иерархию источников международного права; во-вторых, роль и статус «вспомогательных средств» в контексте пункта 1 статьи 38, а именно различие между первичными и вторичными источниками, или так называемыми «правотворческими» и «правоопределяющими» институтами. Или, говоря иначе, может ли Суд в силу подпункта 1 d) развивать или даже создавать право.

³¹⁰ Примеры других, кто выражал (серьезные) сомнения по поводу различия, проведенного Фицморисом, см. в Hugh Thirlway, *International Customary Law and Codification* (Leiden: Sijthoff, 1971), pp. 25-27; George Abi-Saab, "Cours general de droit international public", *Recueil des cours*, vol. 207 (1987), pp. 194-195; M.H. Mendelson, "Are Treaties Merely a Source of Obligation?", in William E. Butler (ed.), *Perestroika and International Law* (Leyden: Martinus Nijhoff Publishers, 1990), pp. 81-88 at p. 87.

191. Перейдем к первому вопросу — иерархии. В ходе разработки статьи 38 было внесено предложение о том, чтобы статья предусматривала, что источники, содержащиеся в ней, должны рассматриваться «в нижеуказанном порядке»³¹¹. В конечном итоге, как будет показано в следующей главе, где излагается история разработки данного положения, составители Статута рассматривали вопрос о последовательности. Они также рассмотрели вопрос об иерархии. Однако после некоторых дебатов они не приняли решения о сохранении формальной иерархии между источниками. Общее мнение заключалось в том, что могут рассматриваться все источники, а в некоторых случаях — даже одновременно. Таким образом, договоры, обычаи и общие принципы права были поставлены в равное правовое положение в Статуте³¹², даже если с практической точки зрения некоторые из этих источников могут оказаться более полезными и иметь большее практическое значение.

192. В международном праве также не существует конкретной общей нормы, предусматривающей иерархию источников³¹³. При этом «отсутствие жесткой и формальной иерархии в доктрине источников не должно, однако, скрывать тот факт, что государства, судебные органы и правоведы исторически выражали явные предпочтения определенным источникам и таким образом установили неформальную иерархию, если не градацию силы, то, по крайней мере, важности или превосходства в правотворческих процессах»³¹⁴. Этому мнению вторят некоторые ученые, которые отмечают, что «на практике все больше полагаются на договоры и обычное международное право». Эмпирическое превосходство этих двух источников, оба из которых базируются на согласии государств, подчеркивает консенсуальную основу международного права. В современном международном праве произошли важные изменения в иерархии норм. Если в классическом международном праве все нормы и правила имели равный рейтинг, то сегодня определенные нормы, известные как императивные нормы общего международного права (*jus cogens*), имеют более высокий статус в нормативной иерархии источников. Обязательства по Уставу Организации Объединенных Наций также обладают нормативным превосходством над другими нормами международного права»³¹⁵. Дэвид Кеннеди, со своей стороны, предполагает, что «для создания внутренне согласованной и достаточно независимой схемы власти, по-видимому, необходимо установить определенную иерархию. В противном случае схема может породить одинаково авторитетные нормы, между которыми придется выбирать на основе их содержания»³¹⁶.

193. Мнения ученых по этому поводу разделились, хотя, как утверждал Фицморис еще в 1958 году, сомнительно, что дебаты об иерархии источников вообще являются «плодотворной линией исследования»³¹⁷. При этом, по крайней мере формально, большинство ученых не считают, что в статье 38 существует формальная иерархия источников. Важно, что Комиссия в своей собственной предыдущей работе также придерживалась такого же мнения. На данном этапе не существует убедительных причин для пересмотра этой позиции.

³¹¹ Alexander Orakhelashvili, *Akehurst Modern Introduction to International Law*, (Routledge, 2022), p. 56.

³¹² *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят шестая сессия, Дополнение № 10 (A/76/10)*, приложение «Вспомогательные средства для определения норм международного права», пункт 9.

³¹³ Dugard et. al., “Sources of International Law” pp. 28–29.

³¹⁴ M. Prost, *Hierarchy and the Sources of International Law: A Critical Perspective*, at <https://core.ac.uk/download/pdf/76978461.pdf> (visited 8 February 2023).

³¹⁵ Dugard et. al., “Sources of International Law” pp. 28–29.

³¹⁶ D. Kennedy, “The Sources of International Law”, *AJIL*, vol 2 (1) (1987), pp. 1–96 at pp. 19–20.

³¹⁷ Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, p. 495.

194. Хотя можно утверждать, что не существует иерархии между договорами (подпункт 1 а)), обычаями (подпункт 1 b)) и общими принципами права (подпункт 1 с)), по крайней мере формально, как это предполагается в положении, формулировка пункта 1 статьи 38 во всей его полноте указывает на разделительную линию между первыми тремя подпунктами пункта 1 статьи 38 и подпунктом 1 d), указывающим на вспомогательные средства. Вспомогательные средства, включающие судебные решения и доктрины специалистов по публичному праву, на самом деле не предполагают, хотя это и может показаться, подчинения другим источникам, упомянутым в статье. Они считаются материальными или документальными источниками³¹⁸. Они похожи на официальные источники в том смысле, что могут служить местом, где судьи могут найти нормы, которые они обязаны применять, как и в трех других подпунктах, хотя формально решения обязательны для сторон спора только в отношении конкретного дела. Если говорить об их последней упомянутой роли, когда на них опираются, несмотря на отсутствие формального прецедента, вспомогательные средства используются для подтверждения существования нормы права или имеющего юридическую силу для государств обязательства по международному праву³¹⁹.

195. Тем не менее в литературе, по-видимому, существуют некоторые разногласия по поводу толкования списка, содержащегося в пункте 1 статьи 38. С одной стороны, постулируется, что статья содержит один «глобальный» список источников международного права, что означает, что судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву, упомянутые в подпункте d), могут быть таким же источником права, как и любой другой источник, указанный в подпунктах а)–с) пункта 1 статьи 38³²⁰. Это мнение поддерживает Дженнингс, который утверждает: «Я считаю формулировку статьи 38 принципиально важной и не вижу больших трудностей в том, чтобы рассматривать любое вспомогательное средство для определения норм права как источник права не просто по аналогии, а непосредственно»³²¹.

196. Несмотря на то, что в пункте 1 статьи 38 представлен только один список источников, первые три источника чаще всего рассматриваются как первичные или официальные источники, в то время как источники, указанные в подпункте d), часто описываются как вторичные или дополнительные источники. «Вспомогательный» и «дополнительный», в конце концов, синонимичны в английском языке.

³¹⁸ Fitzmaurice, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, 490 (утверждая, «что тот факт, что арбитражные и судебные решения представляют собой материальные источники права, никто не будет оспаривать... Однако при дальнейшем размышлении, кажется, становится ясно, что если такие решения не могут быть классифицированы как непосредственные формальные источники права, то также неудовлетворительно рассматривать их как просто один из различных материальных источников права».)

³¹⁹ В своей статье, процитированной в предыдущей сноске, Фицморис иллюстрирует этот момент, ссылаясь на практику на примере дела Международного Суда *Рыбные промыслы (Соединенное Королевство против Норвегии)*.

³²⁰ A.Z. Borda, “A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, *Eur. J. Int. Law*, vol. 24(2) pp. 649–661 at p. 652.

³²¹ R. Y. Jennings, “The Judiciary, International and National, and the Development of International Law”, *ICLQ, Quarterly*. Vol. 45(1) (1996) pp. 1–12 at pp. 3–4. См. также M. Shahabuddeen, “Judicial Creativity and Joint Criminal Enterprise”, in Shane Darcy and Joseph Powderly (eds.) *Judicial Creativity at the International Criminal Tribunals* (New York: Oxford University Press, 2010), pp. 184–203 at p. 186.

197. Однако другие считают, что включение в пункт 1 статьи 38 «вспомогательных средств для определения правовых норм» указывает на то, что судебные решения и доктрины вообще не являются источниками права. Это мнение поддерживает Джеймс Кроуфорд, который считает, что «судебные решения не являются формальным источником права, но во многих случаях они рассматриваются как доказательство права. Ясная и последовательная предыдущая судебная практика во всей ее совокупности будет оказывать большое влияние в любом конкретном деле. Однако ее ценность не сводится к прецедентам, как они понимаются в традиции общего права»³²². Этот же подход поддерживают Дугард и другие, которые пишут, что «судебные решения... сами по себе не представляют нормы международного права, а являются лишь способом выявления норм международного права»³²³. Предположительно, этот аргумент также применим, возможно, даже с большей силой, к другому вспомогательному средству, а именно к «доктринам наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву».

198. Согласно этой школе мысли, пункт 1 статьи 38 устанавливает два отдельных списка, первый из которых (подпункты а)–с)) включает формальные источники, из которых могут быть извлечены нормы международного права, а второй — средства, с помощью которого эти нормы могут быть выявлены и определены. Эту точку зрения поддерживает Шварценбергер, который утверждает, что пункт 1 статьи 38 «касается двух разных вопросов. Подпункты а)–с) указывают истоки происхождения норм международного права. В подпункте d) перечислены некоторые средства для определения предполагаемых норм международного права»³²⁴. С другой стороны, Фицморис усмотрел «недостаток» в статье 38 в том, что она, среди прочего, не проводит различия между формальными и материальными источниками и, за одним исключением, не устанавливает «никакой системы приоритета применения»³²⁵. По его мнению, договоры и обычаи в подпунктах а) и b) представляют собой формальные источники, а общие принципы права и судебные решения в подпунктах с) и d) — *материальные* источники. Примечательно, что тот же автор не считает, что судебные решения и доктрины находятся на одном уровне. Первые более важны, поскольку, по его мнению, решения международных судов являются, по меньшей мере, «квазиформальным» источником права³²⁶.

Г. Вспомогательные средства как «правотворческие процессы» и «правоопределяющие институты»

199. В принципе, в пункте 1 статьи 38 нет иерархии формальных источников. Первые три — это формальные источники. О последних, вспомогательных средствах, говорят как о материальных источниках. Независимо от их квалификации, история разработки пункта 1 статьи 38, а также решения некоторых международных судов и трибуналов свидетельствуют о практической дифференциации перечисленных источников³²⁷. Например, хотя в статье 20 3) Устава Специального суда по Сьерра-Леоне указано, что «[с]удьи Апелляционной камеры Специального суда руководствуются решениями Апелляционной камеры

³²² Crawford, Brownlie's Principles of Public International Law, p. 35.

³²³ Dugard, et. al., "Sources of International Law", p. 45.

³²⁴ Schwarzenberger, "International Law as Applied by International Courts and Tribunals", p. 96–98.

³²⁵ Fitzmaurice, "Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law", p. 494.

³²⁶ Ibid., p. 495.

³²⁷ См. Godifridus J.H. Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, (Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1986).

Международного трибунала по бывшей Югославии и по Руанде», Специальный суд по Сьерра-Леоне подчеркнул, что это положение никоим образом не должно толковаться как подразумевающее, что судебные решения Международного трибунала по бывшей Югославии и Международного уголовного трибунала по Руанде могут быть прямыми источниками³²⁸. Кроме того, Судебная камера Международного трибунала по бывшей Югославии в деле *Купрешикича и др.* постановила, что: «Будучи международным по своей природе и применяя международное право *principialiter*, Трибунал не может не опираться на устоявшиеся источники международного права и, в этих рамках, на судебные решения. Какое значение следует придавать таким решениям? Судебная камера придерживается мнения, что они должны использоваться только в качестве «вспомогательного средства для определения норм права»³²⁹.

200. Эти две категории/списки были классифицированы как «правотворческие процессы», относящиеся к формальным источникам международного права, содержащимся в подпунктах а)–с) пункта 1 статьи 38, и «правоопределяющие институты», обозначающие вспомогательные средства для определения норм международного права, содержащиеся в подпункте d)³³⁰. Шварценбергер объясняет, что «[...] в случае правотворческих процессов акцент делается на формах, с помощью которых создается любая конкретная норма международного права, в случае правоопределяющих институтов — на том, как предполагаемая норма должна быть проверена»³³¹.

201. Эта позиция подтверждается фактической формулировкой статьи 38 1) d), а именно «определение правовых норм», которая, по мнению бывшего судьи Международного Суда Шахабуддина, «вероятно, ограничена определением в смысле установления существующего права»³³². Учитывая историю разработки данного положения, «...есть весомый аргумент [...] что ссылка на “определение правовых норм” представляла собой решение, которое просто разъяснит существующее право, а не приведет к появлению нового права»³³³.

202. Следствием такого подхода, согласно которому судьи не могут создавать международное право, а лишь разъясняют его, может быть недооценка влияния, которое судебные решения оказывают на международное право³³⁴. Ван Хоф предостерег от интерпретации классификации судебных решений как «вспомогательных», как будто имеющих меньшую важность, поскольку «авторитет и убедительная сила судебных решений иногда могут придать им большее значение, чем они имеют формально»³³⁵. Рудольф Бернхардт также предостерегает,

³²⁸ *Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao*, Judgment, Case No. SCSL-04-15-T, SCSL, Trial Chamber, 2 Mar. 2009, at 295 ('RUF Trial Judgment'). Комментарий о юридическом вкладе Специального суда по Сьерра-Леоне см. в статье Charles C. Jalloh, *The Legal Legacy of the Special Court for Sierra Leone* (Cambridge: Cambridge University Press, 2020).

³²⁹ *Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic*, also known as 'Vlado', Judgment, IT-95-16-T, ICTY Trial Chamber, 14 Jan. 2000, at 540 ('Kupreskic et al. Trial Judgment') at p. 540.

³³⁰ Schwarzenberger, "International Law as Applied by International Courts and Tribunals", pp. 96–98.

³³¹ *Ibid.*, pp. 26–27.

³³² Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge: Cambridge Univ. Press 1996), p. 76.

³³³ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 77.

³³⁴ Shane Darcey, *Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law*, (Cambridge: Cambridge Univ. Press 2014), p. 21.

³³⁵ Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, p. 170. См. также Schwarzenberger, "International Law as Applied by International Courts and Tribunals" p. 96–98 (Отмечая, что

что классификация судебных решений как вспомогательных «недооценивает роль решений международных судов в процессе нормотворчества»³³⁶.

203. Со своей стороны, Шахабуддин в процитированной выше работе утверждал, что вспомогательные средства, в частности судебные решения, могут занимать более высокое положение, чем это часто кажется. Это связано с тем, что, во-первых, они могут служить материалом для определения существования и содержания нормы права в той мере, в какой это следует из решений Международного Суда и других судов. Во-вторых, хотя этот аспект является деликатным, судебные решения (по крайней мере, решения самого Международного Суда) могут играть более значительную роль, осуществляя определение нормы права на основе более раннего решения: «Новое решение, которым норма права была определена на основе более ранних решений, не является вспомогательным средством; оно является источником новой нормы международного права; оно принимается только Судом. После определения нормы в новом решении Суд в последующих делах будет применять норму права, определенную в этом решении; за пределами этого решения, возможно, не будет очевидно, что норма права существует»³³⁷. Антонио Кассезе, первый Председатель Международного трибунала по бывшей Югославии, выразил схожее мнение, отметив большую значимость судей и, косвенно, их решений, когда речь идет о международном праве, поскольку, по его мнению, «законодатели очень часто совершенно бессильны». Законодатели часто не могут принимать решения, и здесь судьи вступают в дело и принимают решения вместо законодателей»³³⁸.

204. В то время как в «Международном праве» Оппенгейма в 1905 году, до принятия Статута Постоянной палаты международного правосудия и Статута Международного Суда, в качестве двух «исключительных» источников международного права признавались только договоры и обычай, он отметил, что судебные решения и научные труды могут «влиять на рост международного права путем возникновения случаев применения, которые постепенно превращаются в обычай, или путем побуждения членов семьи народов к заключению таких договоров, которые устанавливают правовые нормы для будущего международного поведения»³³⁹. Автор отмечает, что, хотя судебные решения не могут создавать международное право, они играют важную роль в его развитии³⁴⁰. Шахабуддин справедливо указывает на ошибочность этого аргумента: «Если решения Суда не могут создавать право, но могут способствовать его развитию, предположительно, это развитие в конечном итоге приводит к созданию нового права; и каким бы незначительным оно ни было в каждом отдельном случае, постепенно оно приобретает вес. Не соответствует действительности предположение о том, что Суд может развивать право только в ограниченном смысле доведения истинного смысла существующего права в отношении конкретных фактов [...]»³⁴¹.

205. Второй вопрос, который широко обсуждался в соответствующей литературе, заключается в том, могут ли вспомогательные средства, и в частности судебные решения, развивать или формировать международное право. Этот

«практическое значение понятия “вспомогательные средства” в статье 38 1) d) не стоит преувеличивать»).

³³⁶ R. Bernhardt, “Custom and treaty in the law of the sea”, in *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, vol. 205 (1887), p. 270.

³³⁷ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 76.

³³⁸ Robert Badinter & Stephen Breyer, *Judges in Contemporary Democracy*, (New York: NYU Press, 2004), p. 33.

³³⁹ Lassa F.L. Oppenheim, *International Law*, (London: Longmans, Green and Co., 1905), p. 24.

³⁴⁰ Lassa F.L. Oppenheim, *International Law*, 9th ed (London: Longman, Green and Co., 1992), ch. I, p. 41.

³⁴¹ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 76.

вопрос поднимает интересные и порой деликатные темы, касающиеся роли судей и принятия судебных решений в процессе судебных разбирательств. Можно выделить, по крайней мере, три группы мнений. Во-первых, есть авторы, выражающие мнение, что судебные решения могут создавать право, а Фитцморис связывает вопрос о том, является ли решение Суда формальным или квазиформальным источником права, с вопросом о том, является ли оно «авторитетным и обязательным»³⁴². Судебные решения, в том числе национальных судов, имели вес в ряде дел Международного Суда. В качестве примеров в этой связи можно отметить следующие решения: *Ордер на арест от 11 апреля 2002 года (Демократическая Республика Конго против Бельгии)*³⁴³, *Конго против Франции*³⁴⁴, Кассационный суд Франции по делу *Каадафи* и дело *Германия против Италии*³⁴⁵. Кроме того, судебные решения и постановления различных международных судов фактически содержат многочисленные ссылки на решения национальных судов, а также на судебную практику друг друга и часто рассматриваются как предлагающие такое толкование права, которое имеет значительный вес в формировании основных аспектов некоторых сводов правовых норм³⁴⁶.

206. Важность судебных решений для установления существования или отсутствия норм международного права можно проиллюстрировать на примере работы Комиссии. Это включает, как указано в главе V настоящего доклада, посвященной выявлению обычного международного права, общие принципы права и выявление императивных норм общего международного права (*jus cogens*). В комментарии к выводу 13 о выявлении обычного международного права, например, Комиссия отметила, что, хотя «“вспомогательное средство” обозначает собой вспомогательную роль таких решений при прояснении правовых положений, тогда как сами эти решения не являются источником международного права (каковым являются договоры, обычное международное право и общие принципы права)» [...] в то же время использование термина «не подразумевает и не должно подразумевать, что такие решения не важны для выявления обычного международного права»³⁴⁷. Вышеприведенные обсуждения можно вспомнить в той мере, в какой они подтверждают, как указано в меморандуме Секретариата, что Комиссия даже опиралась на решения Суда для формулирования норм международного права по материально-правовым темам, включая статьи об ответственности государств.

207. Херш Лаутерпахт отметил, что «многие акты судебного законодательства на самом деле могут совершаться под видом установления обычного международного права»³⁴⁸. Но, хотя это возможно, и верно, опасения могут возникнуть и в случае бесконтрольности судебной власти. В контексте международного уголовного права, в качестве конкретного примера, Илиас Бантекас весьма критически оценивает опору на судебные решения и доктрины в качестве источника международного права, отмечая, что «избирательность и скрытность международных уголовных трибуналов в последнее десятилетие возвела решения международных и национальных судов, а также мнения юристов в ранг, по сути,

³⁴² Fitzmaurice, “Some Problems Regarding the Formal Sources of International Law”, p. 493.

³⁴³ Arrest Warrant of 11 April 2000 (Congo v. Belgium), Judgment, ICJ Reports 2000, at p. 3.

³⁴⁴ Certain Criminal Proceedings in France (Congo v. France), discontinued by Order of 16 November 2010.

³⁴⁵ Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, p. 99.

³⁴⁶ Darcy, Judges, Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law, p. 28.

³⁴⁷ Выводы о выявлении обычного международного права с комментариями, *Ежегодник Комиссии международного права*, 2018, том II, часть II, на с. 168.

³⁴⁸ Hersch Lauterpacht, *Development of International Law by the International Court*, (London: Stevens & Sons Ltd, 1958), p. 368.

первичных источников международного права»³⁴⁹. Он критикует «возвышенный статус судебных решений и мнений юристов» и, указывая на отсутствие последовательной методологии в судебной практике некоторых трибуналов *ad hoc*, добавляет, что «избирательность и использование дополнительных источников и их медленное возвышение до уровня первичных источников вызывает тревогу, если не страх»³⁵⁰.

208. В целом, приведенное выше обсуждение, рассматривающее вспомогательные средства в более широком контексте богатой практики и литературы об источниках, было призвано проиллюстрировать, что существуют аспекты вспомогательных средств, их взаимодействия и связи с источниками, которые могут показаться неопределенными и неурегулированными. Путаница начинается с понятия источника международного права. Она продолжается в дебатах, возникших в результате попыток ученых провести различие между формальными и материальными источниками, между первичными и вторичными источниками или между источниками права и источниками обязательств и, в конечном итоге, касается вопросов иерархии или отсутствия таковой в источниках. Вопрос о том, существует ли в рамках подкатегории вспомогательных средств разница между весом, который следует придавать судебным решениям и доктринам, по-видимому, связан с усилием дифференциации, которое могло бы позволить полагаться на наиболее авторитетные источники. С учетом вышеизложенного статус и роль вспомогательных средств в рамках пункта 1 статьи 38, а также взаимосвязь и взаимоотношения между вспомогательными средствами и договорами, международным обычаем и общими принципами права необходимо будет дополнительно изучить во втором докладе Специального докладчика. В этом контексте было бы полезно поразмышлять над замечаниями, содержащимися в меморандуме Секретариата о том, как сама Комиссия использовала вспомогательные средства в процессе оказания помощи государствам в кодификации и прогрессивном развитии международного права. Только на этом этапе можно делать однозначные выводы. Тем не менее должно быть очевидно, что, как минимум, формальный «вспомогательный» статус судебных решений на практике не соответствует их фундаментальной роли и значению в развитии и укреплении международного права.

³⁴⁹ I. Bantekas, "Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law", *Int. Crim. Law Rev.*, vol 6 (2006), pp. 121–136 at p. 129.

³⁵⁰ Bantekas, 'Reflections on Some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law', p. 132.

VII

История разработки подпункта 1 d) статьи 38 Статута Международного Суда

209. Статью 38 Статута Международного Суда, которую многие считают авторитетным изложением источников международного права и материальной основой для работы Комиссии по данной теме³⁵¹, стоит изложить полностью. Она гласит:

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

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

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

210. Помимо статьи 38, важной является также статья 59, которая соответствует оговорке к подпункту 1 d) и гласит следующее:

Решение Суда обязательно лишь для участвующих в деле сторон и лишь по данному делу.

211. Прежде чем перейти к подробному анализу вышеуказанных положений, сосредоточив внимание на обычном значении, которое следует придать терминам в их контексте и в свете их объекта и цели, представляется полезным сначала внимательно изучить историю разработки подпункта. В соответствии со статьей 32 Венской конвенции о праве международных договоров можно прибегнуть к дополнительным средствам толкования³⁵². Они включают в себя

³⁵¹ Действительно, по словам Дженнингса, «Таким образом, статья 38 может рассматриваться двояко. Она должна применяться самим Международным Судом, поскольку она является частью Статута, которым он руководствуется; но на нее также могут ссылаться другие трибуналы и не только, поскольку теперь она может рассматриваться как авторитетное изложение источников международного права благодаря общей практике, признающей статью как таковую. Она регулирует деятельность Международного Суда, потому что она содержится в его Статуте: она дает общее руководство, поскольку она стала рассматриваться как удобное изложение принятой практики». См. R.Y Jennings, "General Course on Principles of International Law", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 121 (Leiden: Sijthoff, 1967), p. 331.

³⁵² Статья 32 Венской конвенции о праве международных договоров гласит: «Возможно обращение к дополнительным средствам толкования, в том числе к подготовленным материалам и к обстоятельствам заключения договора, чтобы подтвердить значение, вытекающее из применения статьи 31, или определить значение, когда толкование в соответствии со статьей 31: а) оставляет значение двусмысленным или неясным; или б) приводит к результатам, которые являются явно абсурдными или неразумными»;

подготовительные материалы и обстоятельства заключения договора³⁵³. Любые толкования, вытекающие из *подготовительных материалов*, могут служить подтверждением смысла, который следует придать этим положениям.

212. Прежде всего, необходимо привести два довода. Во-первых, как широко известно, но, возможно, все же полезно напомнить, вышеуказанные положения заимствованы из двух взаимосвязанных документов, в частности Статута Постоянной палаты международного правосудия и Статута Международного Суда. Бесспорно, последний был основан на первом. Связь между ними обусловлена не только их общей нормативной базой, но и преемственностью работы первого, в том числе в части судебной практики.

213. Во-вторых, с исторической точки зрения, Постоянная палата была учреждена в соответствии со статьей 14 Устава Лиги Наций³⁵⁴. Суд, связанный с Лигой Наций, но независимый от нее, должен был служить органом для судебного разрешения споров международного характера, передаваемых ему сторонами. Это должно было стать дополнением к Третьейскому суду, учрежденному конвенциями 1899³⁵⁵ и 1907³⁵⁶ годов. В принятом Статуте Суда предусматривалось, в частности в статье 38, право, которое должен применять Суд. Таким образом, в рамках изучения истории разработки следует учитывать различные форумы, в которых рассматривался статут в преддверии создания Постоянной палаты. В основном это касалось трех основных органов: во-первых, Совета и, во-вторых, Ассамблеи Лиги Наций — органов Лиги, поддержку которым оказывал постоянный секретариат; и, в-третьих, специального Консультативного комитета юристов, созданного в соответствии с мандатом, предусмотренным статьей 14 Устава Лиги³⁵⁷.

А. Разработка Статута Постоянной палаты международного правосудия Консультативным комитетом юристов (1920)

214. В отличие от источников, таких как договоры, обычное право и общие принципы права, непохоже, что до начала работы Консультативного комитета юристов от государств поступали предложения о включении вспомогательных

Венская конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 426.

³⁵³ Там же.

³⁵⁴ Статья 14 гласит: «Совету поручается изготовить проект Постоянной [п]алаты [м]еждународного ... [правосудия] и представить его Членам Лиги. Эта Палата будет вести все споры международного характера, которые Стороны передадут ей. Она будет давать также консультативные заключения по всем спорам и по всем вопросам, которые будут внесены в нее Советом или Собранием»; Лига Наций, *Устав Лиги Наций* (Париж, 28 июня 1919 года).

³⁵⁵ Конвенция (II) о законах и обычаях сухопутной войны (Гаага, 29 июля 1899 года).

³⁵⁶ Конвенция (IV) о законах и обычаях сухопутной войны (Гаага, 18 октября 1907 года).

³⁵⁷ На своем втором заседании, состоявшемся в Лондоне в феврале 1920 года, Совет постановил назначить Комитет для подготовки планов по созданию Постоянной палаты международного правосудия, как это предусмотрено статьей 14 Устава: «Совету поручается изготовить проект Постоянной [п]алаты [м]еждународного ... [правосудия] и представить его Членам Лиги». Эта Палата будет вести все споры международного характера, которые Стороны передадут ей. Она будет давать также консультативные заключения по всем спорам и по всем вопросам, которые будут внесены в нее Советом или Собранием». Были назначены следующие правовые эксперты: Минейчиро Адачи (Япония); Рафаэль Альтамира (Испания); Кловиш Бевилакуа (Бразилия), которого позже заменил Рауль Фернандиш; Барон Декамп (Бельгия); Франсис Хагеруп (Норвегия); Альбер де Лапрадель (Франция); В.С. Дж. Лодер (Нидерланды); Лорд Филлимор (Соединенное Королевство); Артуро Риччи-Бусатти (Италия) и Элиху Рут (США).

средств в качестве источника права. В этом отношении, даже на уровне экспертов, в первоначальном предложении, похоже, не рассматривалась роль судебных решений и доктрин³⁵⁸. Эти вопросы казались второстепенными по отношению к основной задаче и, как таковые, не волновали составителей. На уровне Консультативного комитета юристов первая часть обсуждения проекта статута была связана с организацией и структурой Суда. Примерно к 13-му заседанию, 1 июля 1920 года, когда были намечены общие контуры будущего суда, Комитет перешел к рассмотрению права, которое могло бы применяться новым судом.

215. Барон Декамп, председатель Консультативного комитета юристов, предложил следующее положение:

При разрешении международных споров судья должен руководствоваться следующими нормами; они будут учитываться им в указанном порядке:

1. международное конвенционное право, как общее, так и специальное, устанавливающее правила, прямо принятые государствами;
2. международный обычай как практика между нациями, признанная ими в качестве правовой нормы;
3. нормы международного права, признанные правосознанием цивилизованных наций;
4. международная судебная практика как средство применения и развития права³⁵⁹.

216. Аспекты предложения Председателя Декампа, касающиеся «международного конвенционного права» (то есть договоров) и «международного обычая» (то есть обычного международного права), не вызвали существенных разногласий³⁶⁰. Г-н Элиху Рут, американский член Консультативного комитета юристов, открыл дебаты, выразив поддержку расширению полномочий Суда в отношении применения норм, содержащихся в конвенциях и позитивном международном праве. У него есть сомнения по поводу других аспектов, которые не разделяет г-н Лодер, член Комитета от Нидерландов, который не согласен с г-ном Руттом и считает, что обязанностью Суда будет развитие права, «созревание» общепризнанных обычаев и принципов и их кристаллизация в позитивные нормы; одним словом, для «создания международной судебной практики»³⁶¹. Профессор де Лапрадель, член Консультативного комитета от Франции, не считал полезным наличие такого положения, предложенного Председателем, и если бы такое положение было необходимо, он предпочел бы гораздо более краткую формулировку, гласящую просто, что «Суд вершит суд на основе права, справедливости и равенства»³⁶².

217. Что казалось более спорным и считалось «решающим вопросом», так это «какое право судьи должны применять (и должны ли), когда ни договорное право, ни международный обычай не содержат соответствующую норму»³⁶³. Это

³⁵⁸ См. также Sondre Torp Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), p. 21.

³⁵⁹ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, pp. 293, 306.

³⁶⁰ Ibid., p. 295.

³⁶¹ Ibid., p. 294.

³⁶² Ibid., pp. 295–96.

³⁶³ A. Pellet, “Article 38 of the Statute of the International Court of Justice” в Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat (eds) *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, 3rd ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2019) pp.677-792 at p. 828, а также O. Spiermann, “The History of Article 38”, Samantha Besson and Jean d’Aspremont (eds) *The Oxford Handbook on the Sources of International Law*, (Oxford University Press, 2017).

вызвало продолжительные дебаты об общих принципах права и, что особенно важно для наших целей, об их соотношении с «международной судебной практикой»³⁶⁴. На том раннем этапе не было никакого упоминания о роли доктрины или науки, не говоря уже об их вспомогательном статусе. Это дополнение последовало позже, когда Декамп предложил включить в качестве источника права «совместное учение авторов, чьи мнения имеют авторитет»³⁶⁵. Он стремился найти баланс, с одной стороны, соглашаясь с тем, что Суд не должен выступать в роли законодателя, и в то же время не лишая его возможности выносить решения на основе справедливости и равенства. На том же заседании г-н Хагеруп, член от Норвегии, напомнил о предыдущих соответствующих прецедентах и отметил необходимость установления правила, чтобы избежать возможности объявления Судом себя некомпетентным (*non liquet*) из-за отсутствия норм. Он согласен, как это отражено в скандинавском предложении, с тем, что Суд может прибегать к принципу справедливости, но только в случае согласия сторон³⁶⁶.

218. На 14-м заседании³⁶⁷, 2 июля 1920 года, составители вернулись к этому вопросу. В своей речи Председатель Декамп затронул вопрос о праве, которое будет применяться Судом, отметив, что «принципы, которыми должен руководствоваться судья при разрешении переданных ему споров, имеют жизненно важное значение»³⁶⁸. Что касается международной судебной практики, он заявил, что «не позволить судье использовать существующую международную судебную практику как средство определения права наций» означало бы «лишить его одного из самых ценных ресурсов»³⁶⁹. Он подчеркнул, что, по его мнению, единственный вопрос, который остается открытым, заключается в том, следует ли «добавить объективную справедливость в качестве дополнения к остальному в условиях, которые рассчитаны на предотвращение произвольных решений»³⁷⁰. В конце концов, объективная справедливость, по крайней мере для него, была «естественным принципом, который должен применять судья»³⁷¹. Он подчеркнул, что, по его мнению, в отличие от мнения г-на Рута, судьи наделяются возможностью «использовать совместную доктрину авторов, чьи мнения имеют авторитет»³⁷². Он, как и канцлер Кент, считал, что, «когда большая часть юрисконсультов согласна с определенной нормой, презумпция в пользу этой нормы становится сильной, и лишь тот, кто глумится над правосудием, будет оспаривать это»³⁷³.

219. На 15-м заседании, состоявшемся 3 июля 1920 года, продолжились дебаты о том, как международные судьи должны применять право. Усилия были направлены на то, как достичь компромисса, учитывая противоположные позиции некоторых членов по итогам дискуссий предыдущих дней. Г-н Рауль Фернандиш, бразильский (альтернативный) представитель в Консультативном комитете

³⁶⁴ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, pp. 310–315.

³⁶⁵ Ibid., p. 323. «[С]овершенно невозможно и крайне одиозно говорить судье, что, хотя в конкретном деле возможно совершенно справедливое решение, фразу: “Вы должны принять решение, равносильное отказу от правосудия”, лишь по причине отсутствия определенной конвенции или обычая».

³⁶⁶ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 296.

³⁶⁷ На 12-м заседании 30 июня 1920 года г-н Риччи-Бусатти в контексте обсуждения юрисдикции Постоянной палаты отметил, что им еще предстоит обсудить вопрос о материальном праве, подлежащем применению. *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920*, p. 270.

³⁶⁸ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, p. 322.

³⁶⁹ Ibid., p. 322.

³⁷⁰ Ibid., pp. 322–323.

³⁷¹ Ibid., p. 323.

³⁷² *Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920*, p. 323.

³⁷³ Ibid.

юристов, попытался примирить мнения председателя и г-на Рута. Он согласился с тем, что задача судей не состоит в том, чтобы заниматься законодательной деятельностью; с другой стороны, он считал, что ограничение их только источниками лишает их возможности вершить правосудие, затрагивающее правовые отношения между государствами, во многих делах. Он считал, что международные судьи, как и национальные судьи, могут выявить скрытое правило, применяя принципы, которые не были отвергнуты ранее правовыми традициями спорящих государств³⁷⁴.

220. Г-н Рут и лорд Филлимор, представитель Великобритании в Консультативном комитете юристов, представили альтернативный проект, в котором упоминалось «мнение авторов как средство применения и развития права»³⁷⁵. Примечательно, что в нем была представлена четырехчастная структура того, что впоследствии станет пунктом 1 статьи 38. Декамп предложил, что в пункте 3 он может принять положение, предложенное г-ном Рут, и что в пункте 4 «судья должен использовать авторитет судебных решений и согласующиеся с ними доктрины юристов лишь в качестве вспомогательных и дополнительных средств»³⁷⁶. Ключевой момент заключался в том, что судьи должны были в первую очередь применять нормы международного права. И после этого они могут рассматривать вспомогательные средства как элемент, хотя и только *в интерпретации*; ранжируя вспомогательные средства в иерархическом порядке по отношению к источникам.

221. Г-н Риччи-Бусатти, представлявший Италию, не имел претензий по существу проекта. Он согласился с мнением г-на Рута «в нескольких аспектах, особенно в отношении невозможности того, чтобы Суд выступал в качестве законодателя»³⁷⁷. Но у него были опасения по поводу последовательного порядка упоминания источников и некоторых источников права. По его мнению, судьи могут рассматривать упомянутые источники одновременно. Что касается фактических источников, то у него не возникло трудностей с договорами и обычаями (упомянутыми, соответственно, в номерах 1 и 2), и что касается общих принципов права (номер 3), то накануне он высказал свое понимание их значения³⁷⁸, а именно, что: «речь идет не о создании норм, которых не существует, а о применении общих норм, которые позволяют решить данный вопрос»³⁷⁹, и он выразил сожаление в связи с тем, что не был включен принцип справедливости³⁸⁰. Что касается номера 4, то он «вряд ли думал, что можно найти согласующиеся доктрины, касающиеся пунктов, в отношении которых не существует

³⁷⁴ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, pp. 331, and 346.

³⁷⁵ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, Annex 1 p. 344. Текст с поправками, представленный г-ном Рут:

«Следующие нормы должны применяться Судом в пределах его компетенции, описанной выше, для разрешения международных споров; они будут учитываться в указанном порядке:

1. международное конвенционное право, как общее, так и специальное, устанавливающее правила, прямо принятые государствами, являющимися сторонами спора;
2. международный обычай как признанная практика между нациями, принятая ими в качестве правовой нормы;
3. общие принципы права, признанные цивилизованными нациями;
4. авторитет судебных решений и мнений авторов как средство применения и развития права».

³⁷⁶ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, p. 332.

³⁷⁷ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, p. 314.

³⁷⁸ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, p. 332.

³⁷⁹ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, p. 315.

³⁸⁰ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, p. 332.

общепризнанных норм»³⁸¹. Кроме того, «он категорически отрицал, что мнения авторов могут рассматриваться как *источник права*, подлежащий применению Судом»³⁸². Он выразил удивление тем, что г-н Рут согласился с такой формулировкой, и представил на рассмотрение свой предпочтительный альтернативный текст³⁸³.

222. Со своей стороны, профессор де Лапрадель, в целом поддерживая проект, выразил обеспокоенность некоторыми текстуальными предложениями Риччи-Бусатти. Например, по его мнению, оговорка в предложении о том, что Суд должен принимать во внимание «как можно больше»³⁸⁴ судебных решений, не является достаточно точной. Что касается специалистов по публичному праву, то они почти никогда не были согласны в вопросах права. По его мнению, это говорит о том, что положение, предусмотренное в пункте 4 предложения Рута, «лишает их работы значимости»³⁸⁵. В любом случае, по его мнению, «судебная практика важнее доктрины, поскольку судьи при вынесении приговора преследуют практическую цель»³⁸⁶. По его мнению, если есть желание включить доктрину в качестве источника, то она должна быть в любом случае «ограничена согласующимися доктринами квалифицированных авторов в странах, вовлеченных в дело»³⁸⁷. Более того, «безусловно, необходимо было бы провести классификацию: различные выражения доктрины были бы расположены в порядке, соответствующем их важности»³⁸⁸. В этом отношении «резолуции Института международного права» должны приниматься во внимание в значительной степени. Здесь он предположил, что можно обращаться как к работам отдельных ученых, так и к коллективу экспертов, но считает, что больший вес, скорее всего, придется придать последним.

223. В ответ Председатель Декамп согласился с тем, что, в зависимости от дела, судьи могут изучать источники одновременно. Он уточнил свою позицию в отношении того, как договоры и обычаи связаны с общими принципами с точки зрения заполнения лакун, чтобы избежать *non-liquet*, и, наконец, в отношении судебных решений и доктрины и был поражен тем, что Риччи-Бусатти «не принимал доктрину как элемент толкования»³⁸⁹. Ранее Декамп выразил мнение о том, что элементы в номере 4 являются «элементами толкования»³⁹⁰. Ведь, по его мнению, «этот элемент может носить лишь вспомогательный характер; судья

³⁸¹ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, p. 332.

³⁸² Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, p. 332.

³⁸³ Его предложение было поправкой к предложению председателя и лорда Филлимора, которая предусматривало следующее:
«Нормы, которые Суд должен применять для разрешения любого международного спора, переданного на его рассмотрение, вытекают из следующих источников:

1. международные конвенции, общие или специальные, устанавливающие правила, прямо принятые государствами, являющимися сторонами спора;
2. международный обычай как доказательство общей практики среди указанных государств, признанной ими в качестве правовой нормы;
3. общие принципы права, признанные цивилизованными нациями;

Суд принимает во внимание судебные решения, вынесенные им по аналогичным делам, и мнения наиболее квалифицированных авторов различных стран в качестве средств применения и развития права».

См. приложение 4 Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, p. 351.

³⁸⁴ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, p. 334.

³⁸⁵ Ibid., 336.

³⁸⁶ Ibid.

³⁸⁷ Ibid.

³⁸⁸ Ibid.

³⁸⁹ Ibid.

³⁹⁰ Ibid., p. 334.

должен использовать его только в качестве дополнительного способа разъяснения норм международного права. Доктрина и судебная практика, несомненно, не создают право; но они помогают определить нормы, которые существуют. Судья должен использовать и судебную практику, и доктрину, но они должны служить в качестве *разъяснения*»³⁹¹.

224. Что касается важности доктрины, то, как отметил лорд Филлимор, она «общепризнана в качестве источника международного права»³⁹². Действительно, по его мнению, «нет необходимости говорить, что речь идет только о мнениях широко признанных авторов»³⁹³. Однако Риччи-Бусатти выразил сомнение в том, что государства «примут нормы, которые будут результатом доктрины, а не их собственной воли или их обычаев»³⁹⁴. Позднее, развивая эту мысль, последний счел возможным принимать во внимание «судебную практику и доктрину»³⁹⁵, но полагал, что «недопустимо ставить их на один уровень с позитивными нормами права»³⁹⁶.

225. Отвечая де Лапраделю на различные поднятые им вопросы, председатель Декамп выразил сожаление в связи с тем, что де Лапрадель не оценил ценность принятия доктрины как элемента толкования. Ведь, по его мнению, «этот элемент может носить лишь вспомогательный характер; судья должен использовать его только в качестве дополнительного способа разъяснения норм международного права»³⁹⁷. По его мнению, «[д]октрина и судебная практика не создают право; они помогают определить нормы, которые существуют. Он отметил, что «[с]удья должен использовать и судебную практику, и доктрину, но они должны служить лишь в качестве разъяснения»³⁹⁸. Он подчеркнул, что «право судьи использовать элементы, упомянутые в этом пункте, не является опасным, поскольку оно будет использоваться только в разъяснительных и дополнительных целях»³⁹⁹.

226. В результате дополнительных дебатов и переговоров по тексту была внесена поправка, исключающая формулировку «согласующиеся», чтобы удовлетворить опасения де Лапраделя. Разногласия между Декампом и Риччи-Бусатти в конечном итоге не были разрешены. В новой редакции, после дальнейшего обмена мнениями между Декампом, де Лапраделем и Филлимором, предложение по обновленному пункту 4 было согласовано следующим образом:

«Авторитет судебных решений и доктрин наиболее квалифицированных авторов различных наций»⁴⁰⁰.

Тем не менее Риччи-Бусатти считал, что этот текст должен быть пересмотрен. Поэтому он высказался за более краткую формулировку. Он также не был согласен с включением ссылки на «в следующем порядке» в текст всей статьи, поскольку эта вступительная фраза является лишней и подразумевает иерархию. По его мнению, предложенная формула для статьи не позволяет признать, что различные источники «могут применяться одновременно» и что «природа каждого источника» различна⁴⁰¹. Во всяком случае,

³⁹¹ Ibid., p. 336.

³⁹² Ibid., p. 333.

³⁹³ Ibid.

³⁹⁴ Ibid., pp. 333–334.

³⁹⁵ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, p. 334.

³⁹⁶ Ibid.

³⁹⁷ Ibid., p. 336.

³⁹⁸ Ibid.

³⁹⁹ Ibid., p. 337.

⁴⁰⁰ Ibid.

⁴⁰¹ Ibid.

после внесения предложений по тексту, он высказал мнение о том, что «судебная практика и доктрина не могут быть поставлены на один уровень с другими источниками и не должны использоваться одинаково; хотя судья всегда должен иметь их в виду»⁴⁰².

227. После вышеуказанных обсуждений, с учетом дебатов, предложение Рута с поправками было предварительно принято в первом чтении в следующей редакции:

«Следующие нормы должны применяться Судом в пределах его компетенции, описанной выше, для разрешения международных споров; они будут учитываться в указанном порядке:

1. международное конвенционное право, как общее, так и специальное, устанавливающее правила, прямо принятые государствами, являющимися сторонами спора;
2. международный обычай как признанная практика между нациями, принятая ими в качестве правовой нормы;
3. общие принципы права, признанные цивилизованными нациями;
4. авторитет судебных решений и мнений авторов как средство применения и развития права».

Вышеприведенный текст был снабжен сноской с целью отразить ход дискуссии и дать дополнительные пояснения. Она гласит:

Данный текст был принят в предварительном порядке, за исключением окончательной редакции для второго чтения, и со следующими изменениями:

- a. Преамбула; читать: «Следующие нормы *права* должны применяться»
- b. № 4; читать: «авторитет судебных решений и доктрин наиболее квалифицированных авторов различных наций» и т. д.

228. В последующем варианте предложения о применимом праве, представленном председателем Декампом и лордом Филлимором, с поправками г-на Риччи-Бусатти, некоторые формулировки были скорректированы. Он включал в себя вводную часть и три пункта о международных конвенциях, международном обычае и общих принципах права. В качестве последнего пункта, без номера, было предложено следующее:

Суд принимает во внимание судебные решения, вынесенные им по аналогичным делам, и мнения наиболее квалифицированных авторов различных стран в качестве средств применения и развития права»⁴⁰³.

⁴⁰² Ibid., p. 338.

⁴⁰³ См. Annex 4 Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, p. 351:

«Нормы, которые Суд должен применять для разрешения любого международного спора, переданного на его рассмотрение, вытекают из следующих источников:

1. международные конвенции, общие или специальные, устанавливающие правила, прямо принятые государствами, являющимися сторонами спора;
2. международный обычай как доказательство общей практики среди указанных государств, признанной ими в качестве правовой нормы;
3. общие принципы права, признанные цивилизованными нациями;

229. На 27-м заседании 19 июля 1920 года Комитет обсудил текст вышеуказанного пересмотренного предложения. Председатель предложил внести следующее дополнение в статью 31 (на то время), добавив в пункт 4: «в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм»⁴⁰⁴. Предложение встретило возражения. Лорд Филлимор, занимая позицию, которая впоследствии будет оспариваться⁴⁰⁵, «указал, что судебные решения констатируют, но не создают право»⁴⁰⁶. Риччи-Бусатти сохранил свои первоначальные возражения против первоначального проекта статьи, упомянутые выше⁴⁰⁷. Де Лапрадель высказался против любого изменения первых трех источников и за то, чтобы полностью исключить четвертый пункт. По его мнению, законы, обычаи и общие принципы права «не могут применяться без ссылки на судебную практику и доктрину[ы]»⁴⁰⁸. Поэтому он счел, что эту фразу следует исключить, утверждая, что: «Источник права, упомянутый под этим заголовком, не может быть четко определен»⁴⁰⁹. Он проголосовал против четвертого пункта.

230. Статья была принята, поскольку она уже получила поддержку большинства членов Комитета. Но, как предположил один автор,⁴¹⁰ окончательный итоговый текст можно рассматривать как намеренно двусмысленную формулировку, которая не разрешила существенных разногласий между двумя лагерями (Рут и Филлимор; Декамп и Риччи-Бусатти). Однако, учитывая текст, который был в конечном итоге принят, его ссылка на вспомогательные средства может фактически указывать на то, что позиция, согласно которой вспомогательным средствам не может быть предоставлен статус источников, была в конечном итоге включена в статью 38⁴¹¹.

231. На 30-м заседании 21 июля 1920 года Декамп, комментируя французскую версию текста, предложил заменить выражение “en ordre successif” на слово “successivement”⁴¹². Это изменение было согласовано. По существу пункта 4 он предложил компромиссный вариант:

Суд принимает во внимание судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм⁴¹³.

232. Риччи-Бусатти хотел заменить выражение «судебное толкование» на выражение «определение правовых норм»⁴¹⁴. Предложение было отклонено. Риччи-Бусатти проголосовал против статьи, которая на том этапе гласила следующее:

Статья 31 — Суд в пределах своей юрисдикции, определенной в статье 29, применяет в порядке очередности следующее:

⁴⁰⁴ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, p. 584.

⁴⁰⁵ Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge: Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996) pp. 587–602.

⁴⁰⁶ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 584.

⁴⁰⁷ Ibid.

⁴⁰⁸ Ibid.

⁴⁰⁹ Ibid.

⁴¹⁰ Michael Peil, “Scholarly Writings as a Source of Law: A Survey of the Use of Doctrine by the International Court of Justice”, *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1 (2012), p. 136.

⁴¹¹ Godifridus J.H. Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, (Netherlands: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1986), p. 169–170.

⁴¹² Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, p. 620.

⁴¹³ Ibid.

⁴¹⁴ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, p. 620.

1. международные конвенции, как общие, так и специальные, устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами;
2. международный обычай как доказательство всеобщей практики, которая признана в качестве правовой нормы;
3. общие принципы права, признанные цивилизованными нациями;
4. правовые нормы, вытекающие из судебных решений и доктрин наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм.

233. 22 июля 1920 года, когда Комитет подошел к концу обсуждения этой статьи, была принята статья 35 с измененной нумерацией. Де Лапрадель по-прежнему высказывал свои опасения⁴¹⁵. Он утверждал, что, по его мнению, пункт 3 выше должен звучать так: «Общие принципы права, признанные цивилизованными нациями, согласно их истолкованию в судебных решениях и доктрине наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций»⁴¹⁶. Тем не менее, поскольку он знал, что его предпочтения по этому пункту не разделяют его коллеги, он воздержался от голосования вместе с Хагерупом. Риччи-Бусатти проголосовал против статьи. Статья 35 была принята. Окончательный вариант текста, принятый Комитетом и ставший статьей 38, предусматривал следующее:

Суд в пределах его компетенции, определенной в статье 34, применяет в порядке очередности следующее:

...

4. судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм.

234. 24 июля 1920 года Консультативный комитет юристов принял доклад, содержащий проекты статей Статута Постоянной палаты международного правосудия, который он представил Совету Лиги Наций. Несколькими государствами был внесен ряд предложений по изменению Статута Постоянной палаты международного правосудия⁴¹⁷. Среди них была и Аргентина. В рамках аргентинской поправки предлагался новый текст статьи 38.

235. Подкомитет Третьего комитета Первой ассамблеи Лиги Наций, который был органом, которому Совет в конечном итоге передал проекты статей, отклонил предложенный Аргентиной новый текст проекта статьи. Предложение, среди прочего, было направлено на «ограничение полномочий Суда по приданию судебным решениям характера прецедентов»⁴¹⁸. Напротив, по мнению

⁴¹⁵ Ibid. p. 645.

⁴¹⁶ Ibid.

⁴¹⁷ Обсуждение см. в Malgosia M. Fitzmaurice "History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice" in Samantha Besson and Jean d'Aspremont (eds), *The Oxford Handbook of Sources of International Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2017), pp. 179–202 at p. 190.

⁴¹⁸ League of Nations, Documents Concerning the Action Taken by the Council of the League of Nations under Article 14 of the Covenant and the Adoption of the Assembly of the Statute of the Permanent Court (1921), p. 50.

подкомитета, «считается, что одной из важных задач Суда является содействие, посредством своей судебной практики, развитию международного права»⁴¹⁹.

236. Подкомитет внес два текстовых предложения по внесению изменений в статьи. Во-первых, в начале он счел излишним сохранять слова «пределы юрисдикции Суда, определенные в статье 34», а также фразу «в следующем порядке»⁴²⁰. Последней более существенной поправкой стало добавление нового положения, призванного придать Суду большую гибкость, позволив ему, в случае необходимости и с согласия сторон, выносить решение *ex aequo et bono*⁴²¹. Это стало основой пункта 2 нынешней статьи 38: «Эти постановления не ограничивают право Суда разрешать дело *ex aequo et bono*, если стороны с этим согласны».

237. Помимо этих поправок, изменения в проекте статьи 35, которая в этом процессе стала статьей 38, не были значительными и были рекомендованы Генеральной Ассамблее Лиги, которая в конечном итоге приняла их. Статут Постоянной палаты международного правосудия был открыт для подписания 16 декабря 1920 года, а к моменту следующего заседания Ассамблеи в сентябре 1921 года он был ратифицирован большинством государств-членов и, таким образом, вступил в силу.

В. Поправки Комитета юристов (1929 год)

238. Статут Постоянной палаты международного правосудия был изменен один раз, в 1929 году. В связи с переизборами членов Суда, которые должны состояться в 1930 году, французский делегат предложил на сессии Ассамблеи 1928 года пересмотреть Статут Суда. В соответствии с резолюцией, принятой Ассамблеей 20 сентября 1928 года, 13 декабря того же года Совет учредил Комитет юристов, который должен был «сообщить, какие изменения представляются желательными в различных положениях Статута Суда»⁴²².

239. Комитет юристов проводил заседания с 11 по 19 марта 1929 года. Что касается непосредственно вспомогательных средств, то во время их обсуждения 15 марта 1929 года сэр Сесил Херст «указал, что во французском тексте пункта 1 статьи 35 нет эквивалентного выражения для слов «различных наций» в английском тексте»⁴²³. Дионизио Анцилотт также высказал свои соображения по поводу этого расхождения. Он заметил, что в итальянском тексте есть слова, соответствующие дополнительным словам в английском тексте. Для решения этого вопроса Комитет решил включить во французский текст слова «*des diverses nations*»⁴²⁴, чтобы привести его в буквальное соответствие с английским (и итальянским) текстом. Править английский текст не потребовалось.

240. В ходе дальнейших дебатов по поводу пересмотра Статута Постоянной палаты международного правосудия, представленного в предлагаемых поправках к Статуту Суда, было отмечено, что было внесено только одно предложение по изменению статьи 38. Председатель Комитета юристов пояснил, что у Комитета:

⁴¹⁹ Ibid., p. 68.

⁴²⁰ Ibid., p. 145.

⁴²¹ Ibid., p. 157.

⁴²² League of Nations Committee of Jurists on the Statute of the Permanent Court of International Justice, “Minutes of the Session held at Geneva, March 11th — 19th, 1929” (C. 166. M. 66. 1929) Annex 9. p. 110, URL: https://www.icj-cij.org/public/files/permanent-court-of-international-justice/serie_D/D_minutes_statut_PCIJ_11au19march_1929.pdf.

⁴²³ Ibid., p. 62.

⁴²⁴ Ibid.

имеется лишь очень незначительная и чисто формальная поправка к № 4 статьи 35. Она заключается в добавлении во французском тексте нескольких слов, которые встречаются в английском тексте. В указанном пункте 4 статьи 38 после слов “la doctrine des publicistes les plus qualifiés” следует добавить слова “des différentes nations”. Статья 35, № 4, во французском тексте будет выглядеть следующим образом:

“Sous réserve de la disposition de l’article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit”⁴²⁵.

С. Незначительные дополнения к статье 38 в ходе Конференции Организации Объединенных Наций (1945 год)

241. Следующий этап эволюции статьи 38 произошел во время переговоров о создании Организации Объединенных Наций и разработки Статута Международного Суда, который в значительной степени повторял Статут Постоянной палаты международного правосудия. В обсуждениях Комиссии IV, посвященных судебной организации, статья 38 Статута Постоянной палаты международного правосудия осталась практически нетронутой. В Первом комитете, который относился к Комиссии IV, которой было поручено подготовить проект Статута Международного суда, преобладающее настроение отразилось в замечании Франции, которое прозвучало в тот день, о том что «хотя статья 38 сформулирована небезукоризненно, будет трудно составить лучший проект за время, имеющееся в распоряжении Комитета»⁴²⁶. Эти настроения нашли отражение в сообщении Неофициального межсоюзнического комитета: «...хотя формулировка этого положения открыта для критики, она хорошо зарекомендовала себя на практике, и ее рекомендуется сохранить»⁴²⁷.

242. Было два небольших исключения. В предложении от 12 мая 1945 года делегация Чили сочла необходимым прямо упомянуть применение международного права, среди прочих причин, потому что это «лучше определит функции Суда как органа международного права в соответствии с неоднократной практикой Суда и историей его формирования»⁴²⁸. Таким образом, Чили предложила следующий текст для вступительной части:

Суд, задача которого решать переданные ему споры на основании международного права, применяет:

243. Комитет единогласно принял несколько измененный вариант предложения, исключив слова «задача которого» и заменив их словами «который обязан»⁴²⁹. Как пояснялось в докладе Первого комитета, «пробел в старом Статуте в отношении этого пункта не помешал [Постоянной палате международного правосудия] считать себя органом международного права; но дополнение подчеркнет этот характер нового суда»⁴³⁰. Это изменение было разъяснением, которое, по сути, ликвидировало пробел, который уже был устранен в судебной практике. Действительно, в нескольких делах, например в деле *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Merits*, Постоянная палата международного правосудия

⁴²⁵ Ibid., p. 116.

⁴²⁶ Pellet, “Article 38,” p. 689.

⁴²⁷ Documents of the United Nations Conference on International Organization, vol. XIV, at p. 435. (1945).

⁴²⁸ Ibid., at p. 493.

⁴²⁹ Ibid., at p. 285.

⁴³⁰ Ibid., at p. 392.

рассматривала себя с «точки зрения международного права и Суда, который является его органом»⁴³¹. В *Brazilian Loans* тот же суд считал себя «трибуналом международного права»⁴³². Эта линия мышления была повторена нынешним Судом, который в деле *Пролив Корфу, существо дела*, счел себя обязанным «обеспечить соблюдение международного права, органом которого он является»⁴³³.

244. Второе предложение о внесении поправки в статью 38 также поступило из Северной и Южной Америки. Возвращаясь к вопросу, который был прямо рассмотрен Консультативным комитетом юристов в 1920-х годах, Колумбия отметила вопрос о порядке перечисления источников в статье 38, предложив добавить в пункт 1 фразу «в последовательном порядке»⁴³⁴. Это было продиктовано необходимостью разъяснить, что решения Суда будут выноситься с учетом договорных обязательств сторон. Колумбия фактически отметила, что, хотя аналогичное предложение было сделано в 1920 году, представители Суда в то время объяснили, что в этой связи не возникло никаких трудностей с использованием статьи 38. В конечном итоге предложение было отклонено. Колумбия в своем заявлении согласилась с тем, что ее поправка не приведет к существенному изменению толкования статьи, и выразила убежденность в том, что новый Суд будет придавать первостепенное значение договорным обязательствам государств, как это было в случае с Постоянной палатой международного правосудия⁴³⁵.

D. Замечания Специального докладчика из истории разработки статьи 38

245. В целом, на основании вышеизложенного обсуждения удивительной истории разработки подпункта 1 d) статьи 38 Статута Постоянной палаты международного правосудия (который был в значительной степени перенесен в Статут Международного Суда), на рассмотрение Комиссии можно предложить следующие четыре предварительных замечания.

246. Во-первых, что касается подпункта 1 d), история разработки содержит полезные разъяснения относительно намерений составителей. В этой связи история подтверждает, что с момента разработки статьи 38 существовали разногласия относительно роли судебных решений и доктрин наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву как вспомогательных средств в процессе определения норм международного права. Различные члены Консультативного комитета юристов разошлись во мнениях относительно того, применяют ли судьи только право или же в процессе применения позитивного права им разрешается разъяснять, развивать или даже создавать новое право. Некоторые эксперты рассматривали роль развития права как неизбежную и, в значительной степени, присущую судебной функции. Это подтверждается практикой Постоянной палаты международного правосудия и Международного Суда. Это также подтверждается практикой других международных судов и трибуналов. В конечном итоге, по мнению экспертов из этого лагеря, судья международного суда не должен быть поставлен в невыгодное положение по сравнению с судьями национальных судов.

⁴³¹ Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland), Merits, P.C.I.J. Series A 1926, No. 7 at 19.

⁴³² The Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France (France v. Brazil), Merits, P.C.I.J. Series A, No. 15 at 124.

⁴³³ Corfu Channel, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1949, p. 4, at p. 35.

⁴³⁴ Documents of the United Nations Conference on International Organization, vol. XIII, at p. 287 (1945).

⁴³⁵ См. Pellet, "Article 38", p. 690.

247. Напротив, как отражено в комментариях некоторых экспертов, для международного судьи, по сравнению с судьями национальных судов, развитие права является даже более важной функцией, учитывая законодательные пробелы в международном праве и медленный процесс формирования обычного права. Особую озабоченность всех экспертов Консультативного комитета юристов, в отношении которой они, похоже, были единодушны, вызывало то, что судьи какого-либо международного суда могут легкомысленно заявить о некомпетентности Суда выносить решения по делам, поскольку они не смогли найти норму позитивного права, которая была бы применима. Заявления *non-liquet* подрывали бы существование судебного трибунала. Они также подрывали бы мирное урегулирование споров, по этой причине, как и в национальных системах, они должны делать все возможное, чтобы избежать таких ситуаций и выносить решение по рассматриваемым ими вопросам, прибегая, в случае необходимости, к указаниям, которые могут быть получены из вспомогательных средств. В данном случае, как представляется, были члены Консультативного комитета юристов, которые видели тесную связь между функциями, выполняемыми общими принципами права и вспомогательными средствами для определения норм международного права.

248. Во-вторых, что касается доктрин, то члены Консультативного комитета юристов, очевидно, считали, что в первую очередь мнения ученых помогут объективно определить, какие нормы существуют и были согласованы государствами в договорах или в рамках обычного международного права или проявляются в общих принципах права. Научные труды должны носить вспомогательный характер в смысле возможного научного обоснования вывода о существовании правовой нормы, которая может быть применена в конкретном деле. В этом смысле простое отстаивание отдельными авторами определенной позиции или принципа не обязательно свидетельствует о его существовании. Скорее, согласие ряда авторов по отдельности или групп экспертов относительно существования принципа или нормы может служить основанием для презумпции в пользу существования этой нормы, поскольку вероятность того, что норма будет правильной, высока, если анализ был объективным и баланс мнений авторов совпадал. В этой связи работы экспертных органов будут иметь больший вес. Понятие презумпции предполагает, что научные взгляды могут быть опровергнуты в той мере, в какой они не имеют достаточной поддержки. В итоге на уровне Консультативного комитета юристов в целом и, в конечном итоге, на уровне Лиги было принято, что судебные решения и доктрина могут быть использованы в качестве дополнительного способа определения существования и содержания норм международного права. Это наблюдение сегодня отражено на практике, и его трудно оспорить.

249. В-третьих, что касается часто встречающегося вопроса о том, является ли категория судебных решений более важной, чем категория доктрин, дебаты по которому находят отклик в некоторых научных кругах и сегодня, то дебаты в Консультативном комитете юристов показывают, что существовало такое мнение, что судебные решения более важны. Но, похоже, это была позиция меньшинства. Большинство других членов придерживались мнения, что, по крайней мере на уровне принципа, и то, и другое полезно в процессе определения существования или отсутствия той или иной нормы международного права. Важно отметить, что, как показала практика, международные суды, как и национальные, предпочитают опираться на судебные решения, а не на труды ученых. Это не должно удивлять, хотя и здесь есть свои нюансы, зависящие, например, от конкретного трибунала или рассматриваемой области международного права. Однако это не означает, что доктрины менее актуальны или менее важны. По мнению Специального докладчика, как будет разъяснено позже и, при

необходимости, развито в будущих докладах, вопрос заключается не столько в том, находятся ли судебные решения или доктрины в некой нормативной иерархии между собой, сколько в том, чтобы понять, что два прямо упомянутых вспомогательных средства фактически выполняют функции, которые дополняют друг друга в соответствии с подпунктом 1 d) статьи 38. Их объединяет то, что они служат способом помочь международным судам обеспечить принципиальное решение практической правовой проблемы.

250. В-четвертых, говоря в более общем плане о пункте 1 статьи 38, Консультативный комитет юристов провел некоторые обсуждения вопроса о том, сколько внимания следует уделять установлению последовательного порядка применения источников. Мы вернемся к этому вопросу ниже. Пока достаточно отметить, что некоторые члены Консультативного комитета считали, что в отношении договоров, обычаев и общих принципов права необходима четкая формулировка, предусматривающая последовательный порядок применения, как способ направлять, если не ограничивать или контролировать, судебную задачу, в то время как другие считали, что эта идея подразумевается перечислением, которое они могут проходить систематически. Некоторые эксперты Консультативного комитета также высказали более нюансированную точку зрения о том, что каждый из трех источников может применяться одновременно и что следует допускать широкую меру судебного усмотрения. Действительно, по крайней мере один из членов Комитета считает, что такие вопросы, как порядок рассмотрения применимого права, лучше всего оставить на усмотрение судей. Другой член Комитета считал, что более широкая формулировка, оставляющая судье еще более широкое поле для использования средств, была бы даже лучше. При этом, что касается основных источников, даже если судебные решения и доктрины считаются релевантными, уточнение, что они являются «вспомогательными средствами», в большей или меньшей степени подчеркивает, что источники, связанные с этим термином, являются дополнительными, вспомогательными или иными неосновными источниками права, а также средствами для выявления или, говоря языком положения, «определения» применимых правовых норм. Это наблюдение может совпасть с мнением тех, кто утверждает, что вспомогательные средства являются материальными источниками. Вопрос о том, что означает квалификация вспомогательных средств как материального источника, будет кратко рассмотрен в главе IX.

251. Подробно обсудив историческую эволюцию статьи 38, в частности подпункта 1 d), в следующей главе представляется целесообразным рассмотреть как текст этого положения, так и то, как оно применялось в практике Постоянной палаты международного правосудия и Суда. Данный текстовый анализ, как предполагается, базируется на обычном значении терминов.

VIII

Текстуальный анализ элементов подпункта 1 d)
статьи 38 Статута Международного Суда

А. Вступительная часть пункта 1: «Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, применяет»

252. Пункт 1 статьи 38 Статута гласит: «Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, применяет...». Необходимо сделать два предварительных замечания. Во-первых, эта вступительная часть содержится в главе II Статута. Эта глава состоит из пяти статей и касается «компетенции Суда» и касается основной функции, которая возложена на «Суд»⁴³⁶, т. е. «решать»⁴³⁷ переданные ему споры. В этом и заключается его первостепенная функция. В пункте 1 также косвенно подчеркивается важность юрисдикции по спорам, которая основана на согласии государств, которые должны представить спор, по которому затем должно быть принято решение. Это разъясняет, что Суд не обладает общей компетенцией по разрешению межгосударственных споров, а лишь ограниченной компетенцией, когда стороны соглашаются передать свои споры на судебное разрешение. Кроме того, Суд может прибегнуть к источникам, не указанным в пункте 1 статьи 38 Статута, которые, очевидно, включают вспомогательные средства, для принятия решения по спору на основе того, что является разумным и справедливым (*ex aequo et bono*). Это полномочие, содержащееся в пункте 2 статьи 38, которое, возможно, ошибочно помещено в положение о применимом праве вместо юрисдикции⁴³⁸, не использовалось государствами и, возможно, даже является мертвой буквой⁴³⁹.

253. Во-вторых, и это больше говорит о средствах, с помощью которых Суд должен действовать при разрешении спора, это то, что он должен делать это «в соответствии с международным правом». На первый взгляд, согласно этому прямому указанию, можно утверждать, что Суд не может полагаться на *национальные законы*⁴⁴⁰ спорящих государств для разрешения их споров по существу. Он

⁴³⁶ Это положение адресовано «Суду» в целом. Именно на этот орган в целом и направлена данная деятельность, хотя, конечно, отдельные судьи, действующие в своем личном качестве, могут подходить к использованию судебных решений и доктрин самыми разными способами.

⁴³⁷ Статут Международного Суда (Статут МС), Статья 38, URL: www.ijc-cij.org/en/statute.

⁴³⁸ Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2015*, vol. II (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2016), p. 593, 596 (утверждая, в частности, что «положение относится скорее к юрисдикции Суда, чем к праву, который будет применяться Судом...» и «тот факт, что Статут содержит прямое положение о полномочиях Суда решать дело *ex aequo et bono*, может в некоторой степени затруднить общую способность Суда решать споры»).

⁴³⁹ Право решать дела на основе принципа *ex aequo et bono* у Суда не возникло. Однако на эти полномочия ссылались и другие трибуналы, как, например, в двух латиноамериканских спорах о границах, разрешенных арбитрами в 1930-х годах. См. A. Orakhelashvili, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, 9th ed. (New York: Routledge, 2022), p. 55. Можно отметить, что Суд рассматривал эти полномочия и взаимосвязь между пунктом 2 и пунктом 1 статьи 38 в нескольких делах, в частности в деле *South West Africa (Second Phase)* [1966] 6, 48 (paras. 89–90), the *North Sea Continental Shelf Case* [1969] 3, 48 (para. 88); *Territorial and Maritime Dispute* (Nicaragua v. Honduras) [2007] 659, 741, 748 (paras. 271 and 294) и *Fronter Dispute* (Burkina Faso/Mali) [1986] 554, 567 (paras. 27–28).

⁴⁴⁰ Здесь можно провести различие между опорой на национальное законодательство и опорой на решения национальных судов, применяющих международное право. В конечном итоге, однако, это различие не имеет большого значения, поскольку решения национальных судов могут интерпретировать и национальное законодательство. Вывод заключается в том, что

может сделать это только в соответствии с *международным правом*, которое является правовым режимом, регулирующим отношения между соответствующими государствами. При этом практика ясно показывает, что Суд может опираться на судебные *решения национальных судов*, применяющих международное право, и даже на *национальное право*, как это было в отношении последнего, например, в деле «*Барселона трэкин*»⁴⁴¹. Национальное право может оставаться актуальным даже для международных судов, особенно когда национальное право может быть основой для регулирования определенных вопросов. В любом случае, эта часть положения, как уже говорилось выше, была добавлена в Статут Международного Суда в 1945 году на основании предложения Чили, призванного «лучше определить функции Суда как органа международного права в соответствии с неоднократной практикой Суда и историей его формирования»⁴⁴².

254. Первый комитет, отметив, что отсутствие такой ссылки в старом статуте не мешало суду-предшественнику «считать себя органом международного права», включил предложенный текст, поскольку посчитал, что это дополнение «подчеркнет характер нового Суда» как органа международного права⁴⁴³. Такая направленность, учитывая необходимость развития судебного урегулирования споров как средства разрешения разногласий между государствами, вполне объяснима. Но в нем также четко подчеркивается функция Суда в разрешении спорных дел между государствами.

решения национальных судов, особенно когда речь идет о вопросах международного права, остаются актуальными и для международных судов и трибуналов.

⁴⁴¹ См. *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, Judgment, I.C.J. Reports 1970, p. 3 at paras. 38 and 50. Суд определил, что в контексте разрешения этого спора между Бельгией и Испанией при определении корпоративной правосубъектности соответствующих компаний международное право «должно было признать корпоративное образование как институт, созданный государствами в области, по существу входящей в их внутреннюю юрисдикцию». Это в свою очередь требует того, чтобы при возникновении правовых споров, касающихся прав государств в отношении обращения с компаниями и акционерами — сфера, в которой международное право не установило своих собственных норм, — он обращался к соответствующим нормам внутреннего права. Следовательно, ввиду значимости для настоящего дела прав юридического лица и его акционеров по муниципальному праву, Суд должен уделить внимание природе и взаимосвязи этих прав». И далее, в статье 50, Суд заявил: «Переходя теперь к международно-правовым аспектам дела, Суд должен, как уже было указано, исходить из того, что настоящее дело по существу включает в себя факторы, которые вытекают из внутреннего права, — различие и общность между компанией и акционером — и которые каждая из сторон, сколь широкими ни были бы ее толкования, может принимать за отправную точку в своей аргументации. Если бы Суд вынес решение по этому делу без учета соответствующих институтов внутреннего права, то это безосновательно создало бы серьезные юридические трудности. Была бы утрачена связь с реальностью, поскольку не существует соответствующих институтов международного права, к которым мог бы прибегнуть Суд. Таким образом, как уже отмечалось, Суд должен не только принимать во внимание внутрисударственное право, но и ссылаться на него. Международное право отсылает к нормам, общепринятым во внутренних правовых системах, признающих компанию с ограниченной ответственностью, капитал которой представлен акциями, а не к внутреннему праву какого-либо конкретного государства. Ссылаясь на такие нормы, суд не может их изменять, тем более деформировать».

⁴⁴² Observations by the Chilean Delegation on Article 38 of the Statute of the Proposed International Court of Justice, 13 Doc. U.N. Conf. on Int'l Org. 493, 493 (1945).

⁴⁴³ См. Manley O. Hudson, «The Twenty-Fourth Year of the World Court», AJIL, vol. 40 (1946), p. 1 at p. 35 (утверждая, что «никаких сомнений по этому поводу никогда не высказывалось; Действительно, Постоянная палата без обиняков часто называла себя «органом международного права» или органом, обладающим мандатом на применение международного права». По сути, это же мнение было повторено в ее основных договорах: см. Manley O Hudson, *The Permanent Court of International Justice 1920-1942 — A Treatise* (New York: The Macmillan Company, 1943), p. 605, para. 545.

255. Возможно, будет полезно проиллюстрировать, как это положение применялось на практике. Как предшественник, так и Международный Суд ссылались на статью 38 в ряде дел. Например, в деле *Военная и полувоенная деятельность в Никарагуа и против нее (Никарагуа против Соединенных Штатов Америки)*, *существо дела*, были указаны «источники международного права, которые статья 38 требует от Суда применять», и «источники права, перечисленные в статье 38 Статута»⁴⁴⁴. Ссылки на статью 38 связаны с аспектами, относящимися к конкретным возникающим делам. В деле *Континентальный шельф (Тунис/Ливия)* Международный Суд напомнил, что «хотя Суд, конечно, обязан учитывать все правовые источники, указанные в пункте 1 статьи 38 Статута Суда, при определении соответствующих принципов и норм права, применимых к делимитации, он также обязан, в соответствии с пунктом 1 а) этой статьи, применять положения Специального соглашения»⁴⁴⁵.

256. Аналогичным образом, в деле *О заливе Мэн*⁴⁴⁶ Камера Суда определила, что «Суд в своих рассуждениях по данному вопросу, очевидно, должен начать со ссылки на пункт 1 статьи 38 Статута Суда. Для цели Камеры на данном этапе ее рассуждений, которая заключается в установлении принципов и норм международного права, которые в целом регулируют предмет делимитации морских пространств, будет сделана ссылка на конвенции (статья 38, пункт 1 а)) и международный обычай (пункт 1 b)), в определение которых судебные решения (пункт 1 d)) либо Суда, либо арбитражных судов уже внесли существенный вклад»⁴⁴⁷.

257. Наконец, в плане подборки примеров из множества возможных, в деле *Делимитация морских пространств в районе между Гренландией и Ян-Майеном (Дания против Норвегии)* Суд рассмотрел «источники, перечисленные в статье 38 Статута Суда», которые, как он определил, он «должен рассмотреть» в отношении «права, применимого к рыболовной зоне»⁴⁴⁸.

258. Несмотря на вышесказанное, во вступительной части пункта 1, как утверждается, недооцениваются две дополнительные функции Суда. Во-первых, в пункте 1 статьи 38 недооценивается важная функция, которую Суд выполняет в качестве главного судебного органа Организации Объединенных Наций, давая консультативные заключения по просьбе соответствующих органов и специализированных учреждений. Статья 38, которая, как уже отмечалось выше, является частью главы Статута о компетенции Суда, не содержит упоминания о его консультативной юрисдикции. Кроме того, более конкретная глава о консультативных заключениях в Статуте Суда не содержит прямого упоминания о статье 38.

259. Но даже в отсутствие формальной ссылки на свою консультативную функцию⁴⁴⁹ в пункте 1 статьи 38, Суд также выполняет эту важную консультативную

⁴⁴⁴ *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14 at p. 38; p. 82.

⁴⁴⁵ *Continental Shelf (Tunisia/ Libyan Arab Jamahiriya)*, Judgment, I.C.J. Reports 1982, p. 18. at p. 37.

⁴⁴⁶ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 246.

⁴⁴⁷ *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1984, p. 246 at p. 290-91.

⁴⁴⁸ *Case Concerning Maritime Delimitation in the area between Greenland and Jan Mayen (Denmark v. Norway)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1993, p. 38 at 61, para 52.

⁴⁴⁹ Подробный анализ см. в статье М. Bennouna, "The Advisory Function of the International Court of Justice in the Light of Recent Developments", в М. Cherif Bassiouni, Gomula Joanna, Paolo Mengozzi, John G. Merrills, Rafael Nieto Navia, Anna Oriolo, William Schabas, Anna Vigorito (eds.), *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence:*

функцию «в соответствии с международным правом». Иначе и быть не может, поскольку было бы странно, если бы Суд при выполнении своей судебной функции опирался в первую очередь не на международное право, а на какой-либо свод законов. Вопрос о том, действительно ли последнее дополнение к пункту 1 статьи 38 также применяется к консультативным заключениям, фактически возник при принятии предложенной чилийской поправки. В ходе обсуждения было обращено внимание на другую статью Статута, которая, в принципе, как представляется, решает этот вопрос⁴⁵⁰. То, что это была правильная правовая позиция, подчеркивается тем фактом, что статья 68 прямо предусматривает, что «[n]ри осуществлении своих консультативных функций Суд, помимо указанного, руководствуется постановлениями настоящего Статута, относящимися к спорным делам, в той мере, в какой Суд признает их применимыми» (курсив добавлен)⁴⁵¹.

260. Во-вторых, и хотя этот вопрос может оказаться деликатным и поэтому заслуживает осторожного подхода, по мнению некоторых авторов, в пункте 1 статьи 38 также «игнорируются важные подразумеваемые или производные функции, такие как вклад Суда в развитие международного права через его правотворческую или, конечно, правоустанавливающую роль»⁴⁵². Этот вопрос уже обсуждался на уровне Консультативного комитета юристов, как указано в предыдущей главе. Несмотря на то, что Суд не имеет «формального мандата на развитие международного права, Суд оказал огромное влияние на развитие международного права» и «многие нормы, которые юристы-международники считают самими собой разумеющимися, возникли или развились благодаря практике Суда»⁴⁵³.

261. Что касается формулировки, предписывающей, что Суд «применяет» судебные решения и доктрины в качестве вспомогательных средств для определения правовых норм, был задан вопрос о том, предполагалось ли, что «применяет» относится только к источникам, указанным в подпунктах а)-с), или же они также охватывают вспомогательные средства, предусмотренные подпунктом d). Можно привести и уже приводился аргумент, что формулировка «применяет» относится только к первому, а не к последнему. Судья Шахабуддин, выступая в научном качестве, отметил, что Суд может непосредственно применять договоры, обычаи и общие принципы права при разрешении переданных ему споров — с возможной оговоркой в отношении общих принципов права⁴⁵⁴. С другой стороны, Суд не может «применять» судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций, поскольку они предназначены служить лишь в качестве вспомогательного средства

Global Trends: Law, Policy & Justice Essays in Honour of Professor Giuliana Ziccardi Capaldo (Oxford: Oxford University Press, 2013).

⁴⁵⁰ Nineteenth Meeting of Committee IV/1, June 6 1945, 13 Doc. U.N. Conf. on Int'l Org. p. 279, at p. 285 (1945). См. Alain Pellet 'Article 38' in A. Zimmermann, C. Tomuschat, K. Oellers-Frahm, and C. Tams (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (Oxford: Oxford University Press, 2012) pp. 853–854 and 868–870.

⁴⁵¹ Статут Международного Суда, статья 68, URL: www.ijc-cij.org/en/statute.

⁴⁵² Pellet and Müller, "Article 38 of the Statute of the International Court of Justice" in Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat (eds) *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, 3rd ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2019), pp. 677–792 at p. 837.

⁴⁵³ D Tladi, "The Role of the International Court of Justice in the Developing of International Law" in Carlos Espositoand and Kate Parlett (eds) *The Cambridge companion to the International Court of Justice* (United Kingdom: Cambridge University Press, 2023), pp. 68–85 at p. 68, 84.

⁴⁵⁴ Moisés Montiel Mogollón, "The Content-Based Problems Surrounding the Persistent Objector Doctrine", *Mich J. Int'l L.* (2022), p.301 at p. 339.

«для определения правовых норм»⁴⁵⁵. Действительно, и здесь кроется тонкое различие, спор должен быть разрешен посредством «применения правовых норм, а не вспомогательных средств для определения правовых норм»⁴⁵⁶.

262. Текстуальное прочтение, соответствующее стандартным нормам толкования договоров, может предполагать, что «применяет» может также охватывать то, что подпадает под подпункт d). Если этот аргумент верен, то дальнейший вопрос будет заключаться в том, делает ли текст в отношении последних, о которых прямо сказано, что они являются «вспомогательными средствами», обязательными или принудительными для Суда консультации с «судебными решениями» и «доктринами наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций». Трудно понять, как при прочтении текста можно сказать, что Суд обязан применять доктрины. Действительно, на практике более вероятно, что наука будет служить подтверждением результатов, полученных в результате оценки существования нормы в договоре, обычном международном праве или общих принципах права.

263. На этот счет были выдвинуты различные точки зрения. И Дженнингс, и Лаутерпахт, похоже, предполагают, что Суд обязан обращаться к трудам наиболее выдающихся специалистов по публичному праву. Но, как отмечали Хелмерсен и другие, практика Суда, не предполагающая обязательного цитирования доктрин, не означает, что он не может обращаться к таким работам, но без их цитирования⁴⁵⁷. Если последнее толкование верно, то, с этой точки зрения, в формулировке статьи 38 присутствует противоречие. Это связано с тем, что Статут предписывает Суду *применять* судебные решения и доктрины специалистов по публичному праву для определения норм международного права и в то же время применять их только *в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм*⁴⁵⁸.

264. Иначе говоря, категория вспомогательных средств не состоит, собственно говоря, из элементов, которые применяет Суд. Скорее, она служит для Суда подспорьем в *выявлении* источников, перечисленных в статье 38 1) а)-с)⁴⁵⁹. Вот почему некоторые утверждают, что они являются материальными источниками. Тем не менее другие предлагают иное прочтение подпункта d) в свете вступительной части. Вступительная часть требует, чтобы Суд во всех случаях разрешал споры в соответствии с международным правом, что означает, что он должен принимать решения в соответствии с нормами права, определенными им на основе судебных решений как вспомогательных средств для определения этих норм⁴⁶⁰.

265. В целом, пункт 1 представляет собой указание Суду, что при разрешении споров в соответствии с международным правом он должен применять источники, перечисленные в подпунктах а)-с), и в процессе этого он может учитывать

⁴⁵⁵ Mogollón, "The Content-Based Problems Surrounding the Persistent Objector Doctrine", p. 339.

⁴⁵⁶ См. T. Treves, "Aspects of legitimacy of decisions of international courts and tribunals" в Rüdiger Wolfrum and Volker Röben (eds) *Legitimacy in international law* (Berlin: Springer, 2008), pp 169–188; M. Sourang, "Jurisprudence and Teachings" in Mohammed Bedjaoui (ed) *International Law: Achievements and Prospects* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishing, 1991), pp. 283–287 at p.285.

⁴⁵⁷ Helmersen *The Application of Teachings by the ICJ*, p. 45.

⁴⁵⁸ P. Allott, "Language, Method and the Nature of International Law", Br. Yearb. Int. Law, vol. 45 (1971), pp. 79–135 at p. 118.

⁴⁵⁹ P. Tomka, "Article 38 du Statut de la CIJ: *incomplet*" in *Dictionnaire des idées reçues en droit international* (Paris, Pedone, 2017), pp. 39–42 at p. 40.

⁴⁶⁰ Mohamed Shahabuddeen, *Precedent in the World Court* (Cambridge: Cambridge Univ. Press 1996), p. 76.

подпункт d), рассматривающий судебные решения и научные работы в качестве вспомогательных средств при определении норм.

В. Значение термина «судебные решения»

266. Статья 38 1) d) Статута Международного Суда требует, чтобы Суд применял «с оговоркой, указанной в статье 59» «судебные решения»... «в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм». Ни Устав Организации Объединенных Наций (Глава XIV), ни Статут, ни вторичные документы Суда, например Регламент Суда или Практические директивы, не содержат каких-либо определений термина «судебное решение». Хотя это может означать, что его отсутствие объясняется очевидностью ответа, что вполне вероятно, тем не менее было бы полезно затронуть вопрос о том, что означает термин «судебные решения». Помимо очевидных элементов, существуют вопросы, касающиеся сферы охвата термина «судебные решения», что поднимает несколько смежных вопросов, которые могут потребовать дальнейшего изучения Комиссией.

267. На данном этапе мы можем выделить три очевидных вопроса. Во-первых, распространяется ли этот термин на решения самого Суда. Во-вторых, распространяется ли он на консультативные заключения и арбитражные решения или на решения арбитражных судов. В-третьих, и наконец, охватывает ли он решения национальных или муниципальных судов. Эти вопросы рассматриваются ниже. Мы начнем с обычного значения ключевых терминов, рассмотренных по отдельности, а затем взятых вместе.

268. Существуют различные обычные значения каждого из терминов «судебный» и «решения». Давайте рассмотрим те из них, которые наиболее актуальны для наших целей. «Судебный» (“judicial”) означает, согласно Оксфордскому словарю английского языка, «относящийся или имеющий отношение к разбирательству в суде, к функции судьи в таком разбирательстве или к отправлению правосудия; вытекающий из решения суда или установленный им; то, что было сказано или сделано в суде и, таким образом, считается действительным или допустимым»⁴⁶¹.

269. Вторым значением термина «судебный» является «относящийся к судье или судьям или подобающий им». Дальнейший диапазон значений — это «относящийся к человеку, группе людей или учреждению: имеющий функцию судейства; наделенный полномочиями судить дела; «постановление, решение или определение»; «[правовое] суждение; решение или приговор, вынесенные на основании закона»; и «связанный с вынесением приговора или принятием решения о чем-либо»; формирующий или выражающий суждение; связанный к вынесением суждения; относящийся к суждению; критический».

270. Согласно тому же словарю, термин «решение» (“decision”) означает «действие, факт или процесс подведения итога или завершения конкурса, спора и т.д.»; постановление в отношении спорного вопроса; урегулирование, разрешение». Другой родственный смысл: «Действие, факт или процесс прихода к заключению относительно рассматриваемого вопроса»; действие или факт принятия решения относительно какого-либо мнения, образа действий и т.д; пример этого»⁴⁶². Последнее релевантное значение — это «результат этого действия или процесса»; то, что было решено; заключение, приговор, резолюция; выбор»⁴⁶³.

⁴⁶¹ “Judicial.” Oxford English Dictionary (OED 3d ed. 2013). URL: www.oed.com. Judicial: “Senses relating to the administration of justice, or to the exercise of judgment generally.”

⁴⁶² “Decision.” Oxford English Dictionary (OED 3d ed. 2013). URL: www.oed.com.

⁴⁶³ Ibid.

271. Термин “decision” («определение») встречается в Статуте Международного Суда четырнадцать раз. По-видимому, оно используется как синоним «постановления, вынесенного судом»⁴⁶⁴. Все государства — члены Организации Объединенных Наций являются *ipso facto* участниками Статута, и, присоединяясь к Уставу Организации Объединенных Наций, каждое из них обязуется выполнить «решение» Суда по любому делу, в котором оно является стороной. Это практически все, что можно найти в Статуте о значении решения. Однако такое прочтение соответствует обычному словарному значению, о котором говорилось выше.

272. Связанный с ним термин “judgement” («решение») встречается в Статуте девятнадцать раз. В этом контексте, в частности, говорится о многочисленных процедурных этапах в суде. В этой связи предусмотрено, что после завершения слушаний камера удаляется «для обсуждения решений»⁴⁶⁵ (ст. 54 2)), которое может быть вынесено на официальных языках Суда, или английском, или французском (ст. 39), в решении «должны быть приведены соображения, на которых оно основано» (ст. 56) и «решение окончательно и не подлежит обжалованию»⁴⁶⁶, без каких-либо препятствий для сторон, в случае спора о смысле или объеме решения, обращающихся к Суду с просьбой «истолковать» его⁴⁶⁷ (ст. 60) или пересмотреть его (ст. 61)⁴⁶⁸.

273. В целом, хотя это в некоторой степени очевидно, термин «судебные решения» следует воспринимать как отсылку к решению, постановлению или определению суда или органа или учреждения в рамках подведения итога, прекращения спора или урегулирования какого-либо вопроса. Хотя в обычной ситуации такое решение, особенно судебное, принимается судом, представляется возможным, чтобы решение принималось другим соответствующим органом. Таким образом, по мнению Специального докладчика, более широкий термин “decisions” может охватывать решения, вынесенные арбитражными комиссиями, как специальными, так и постоянными. Оно также охватывает решения, принятые, например, Органом по урегулированию споров Всемирной торговой организации⁴⁶⁹. По крайней мере, такие решения также могут пониматься как квазисудебные решения и охватывать решения, принятые в отношении процедур рассмотрения индивидуальных жалоб договорными органами, такими как Комитет по правам человека. Вышеизложенное понимание в целом совпадает с позицией Комиссии по этим вопросам в других смежных темах.

274. Дальнейшего рассмотрения требуют еще два вопроса. Во-первых, распространяется ли термин «судебные решения» на определения самого Суда. Оговорка в начале статьи 38 1) d) «с оговоркой, указанной в статье 59»⁴⁷⁰, подразумевает, что рассматриваемые решения Суда должны быть предыдущими

⁴⁶⁴ Ср. Статут Международного Суда, URL: www.ijc-cij.org/en/statute, слово “judicial”. Oxford English Dictionary (OED 3d ed. 2013). URL: www.oed.com.

⁴⁶⁵ Статут Международного Суда, статья 54 2), URL: www.ijc-cij.org/en/statute.

⁴⁶⁶ Статут Международного Суда, статьи 39, 56, 60.

⁴⁶⁷ Там же, статья 60.

⁴⁶⁸ Там же, статья 60.

⁴⁶⁹ Ранний анализ толкования термина «решения» в международном экономическом праве, в частности в отношении системы разрешения споров Всемирной торговой организации в соответствии с Генеральным соглашением по тарифам и торговле (ГАТТ) 1994 года по аналогии со статьей 38 1) d) Устава Международного Суда Апелляционным органом, см. в David Palmer and Petros C. Mavroidis, “The WTO Legal System: Sources of Law” AJIL, vol. 92 (1998), p. 398. Недавнее рассмотрение вопроса о прецеденте в контексте ВТО можно найти в работе Niccolo Ridi, “Rule of Precedent and Rules on Precedent” in Eric De Brabandere (ed.), *International Procedure in Interstate Litigation and Arbitration: A Comparative Approach* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021), pp. 354-400.

⁴⁷⁰ Там же, статья 38 1) d).

решениями Суда, которые, согласно толкованию, также включают решения его предшественника, Постоянной палаты международного правосудия. Эта формальная позиция подтверждает, что решения Международного Суда, в принципе, обязательны лишь для участвующих в деле сторон и лишь по конкретному делу. «Решение» (“decision”) — это узкий технический термин, который не обязательно совпадает с его обоснованием. Решение ограничено оговоркой в статье 59.

275. Вопрос о взаимосвязи между статьей 59 и статьей 38 будет рассмотрен в последующих докладах. На данный момент, поскольку в статье 38 1) d) нет явного ограничения значения судебных решений, широкое толкование категории судебных решений является достаточным для вывода о том, что судебные решения включают определения самого Суда. Это подтверждает и Дире Тлади, который отмечает, что «нет необходимости говорить, что термин «судебные решения» включает определения Международного Суда...»⁴⁷¹. Действительно, ссылка на статью 59, по словам некоторых авторов, «явно побуждает Суд принимать во внимание свою собственную судебную практику в качестве привилегированного средства определения норм права, подлежащих применению в конкретном деле»⁴⁷². Логика, последовательность, предсказуемость и правовая стабильность требуют от Международного Суда как судебного органа следовать своим прошлым решениям, независимо от формальной позиции в Статуте. То же самое, вероятно, будет справедливо и в отношении других международных судебных органов. Практика во многих областях международного права служит тому подтверждением. Напротив, приверженность прецедентной практике, очевидно, привела к обратному интуитивному явлению, когда судьи настолько полагаются на предыдущие решения, что иногда даже не могут должным образом истолковать ту или иную отличную договорную формулировку⁴⁷³.

276. Во-вторых, с самых первых дней его существования юристы спорили о том, включает ли в себя термин «судебные решения» консультативные заключения. Консультативное заключение, как следует из его обычной формулировки, является судебным мнением по правовому вопросу⁴⁷⁴. Различные международные суды и трибуналы, включая региональные суды, наделены компетенцией выносить консультативные заключения⁴⁷⁵. Но наиболее известным и значимым из них для наших целей является Суд, который прямо наделен такими полномочиями в соответствии со статьей 96 Устава Организации Объединенных Наций, которая предусматривает, что Генеральная Ассамблея и Совет Безопасности «могут запрашивать [от Международного Суда] консультативные заключения по

⁴⁷¹ Tladi, *The Role of the International Court of Justice in the Developing of International Law*, p. 70.

⁴⁷² Pellet, “Article 38”, p. 855.

⁴⁷³ См. в этой связи Wolfgang Alschner, *Investment Arbitration and State-Driven Reform: New Treaties, Old Outcomes* (Oxford: Oxford University Press, 2022) (где отмечается следующее: «обсуждает, как прецедент обосновывает толкование новых договоров на старой судебной практике, тем самым создавая окончательное средство для предотвращения нововведений в договорах нового поколения»; и объясняется, «что предпочтение трибуналов следовать предыдущим делам, институциональные стимулы, способствующие цитированию прошлых решений, неэффективный контроль и самоподкрепление прецедентного права не позволяют избежать опоры на прецедент в урегулировании споров между инвесторами и государством»).

⁴⁷⁴ “Advisory opinion.” Oxford English Dictionary (OED 3d ed. 2011). URL: www.oed.com. «Словосочетания: консультативное заключение: сущ. Право (изначально амер.) необязательное заявление по какому-либо вопросу права, сделанное судом до рассмотрения дела или в отношении гипотетического вопроса или ситуации».

⁴⁷⁵ «Консультативное заключение, как и судебное решение, излагает право на основе фактов, которые были доступны суду на момент принятия решения». См. S. Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, (Leyden, A.W. Sijthoff, 1965), p. 310.

любому юридическому вопросу»⁴⁷⁶. Однако эти полномочия не являются исключительными, поскольку Генеральная Ассамблея может также дать разрешение другим органам и специализированным учреждениям Организации Объединенных Наций делать такие запросы «по юридическим вопросам, возникающим в пределах их круга деятельности»⁴⁷⁷. Тем не менее, в принципе, консультативное заключение не охватывается сферой применения понятия «решения» (“decisions”)⁴⁷⁸ Международного Суда в статье 94 1) Устава Организации Объединенных Наций.

277. Лаутерпахт заметил, что статья 38 1) d), в которой содержится ссылка на «решения», как может показаться, непреднамеренно исключает консультативные заключения⁴⁷⁹. Этот аргумент может быть подкреплён историей разработки Статута Постоянной палаты международного правосудия, которому формально было отказано в таком положении на уровне Лиги Наций, хотя при первоначальной разработке проекта Консультативным комитетом юристов такая функция консультативного заключения была предусмотрена. Именно через принятие регламента суда консультативная функция в результате вернулась обратно, что в конечном итоге привело к ее официальному включению в Статут Международного Суда. Эта точка зрения получила бы поддержку в той мере, в какой оговорка в пункте 1 статьи, ставшей в итоге статьей 38, относительно статьи 59 была введена в то время, когда суд-предшественник был наделен только юрисдикцией по спорам. С другой стороны, когда разрабатывался пункт 4 статьи 38, он — на уровне экспертов — включал консультативные заключения. В любом случае, и это, пожалуй, самый важный момент, хотя, в принципе, консультативные заключения носят лишь рекомендательный характер и не имеют обязательной силы для запрашивающего их органа, подход Суда к ним в его практике не был иным. Таким образом, «оно является столь же авторитетным изложением права, как и решение, вынесенное в ходе спорного разбирательства»⁴⁸⁰.

278. Роль консультативных заключений Суда заслуживает особого внимания. Уже давно ведутся дебаты об «эффекте» консультативных заключений, что может придать им особый характер согласно статье 38 1) d) Статута Международного Суда⁴⁸¹. Как уже было сказано, текстуально консультативные заключения Международного Суда, как и другие консультативные заключения других международных судов, не являются обязательными. Это означает, что ни запрашивающий орган Организации Объединенных Наций, ни государства, затронутые определениями, содержащимися в консультативном заключении, не обязаны его выполнять. Как заявил Роберт Дженнингс: «Совет — это просто совет, а не обязательное решение суда»⁴⁸². Тем не менее признано, что консультативные заключения, которые являются итогом всеобъемлющего процесса представления записок, разрабатываются с той же строгостью, что и решения по спорным делам в Международном Суде. Статус Суда как главного судебного органа Организации Объединенных Наций вызвал вопросы относительно «прецедентной

⁴⁷⁶ Устав Организации Объединенных Наций, статья 96 а), URL: <https://www.un.org/en/about-us/un-charter/chapter-14>.

⁴⁷⁷ Устав Организации Объединенных Наций, там же, статья 96 b).

⁴⁷⁸ Там же, статья 94 1).

⁴⁷⁹ H. Lauterpacht, “Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law”, *Brit. Y.B. Int’l L.*, vol. 10 (1929), p. 65 at p. 65.

⁴⁸⁰ Lauterpacht, “Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law”, p. 185.

⁴⁸¹ См., например, Pierre D’Argent, “Advisory Opinions,” Article 65 of the Statute of the International Court of Justice in Andreas Zimmermann, Christian J. Tams, Karin Oellers-Frahm, Christian Tomuschat (eds) *The Statute of the International Court of Justice A Commentary*, 3rd ed. (Oxford: Oxford Univ. Press, 2019), paras 48–51.

⁴⁸² R.Y. Jennings, “Advisory Opinions of the International Court of Justice” in *Boutros Boutros-Ghali Amicorum Discipulorumque Liber* (Bruylant, 1998) p.531 at p. 532.

ценности» консультативных заключений Международного Суда, которые могут повлиять на правовые дела государств, помимо их необязательного характера.

279. В недавнем решении по делу *О делимитации морской границы между Маврикием и Мальдивскими Островами в Индийском океане*⁴⁸³ Специальная камера Международного трибунала по морскому праву придала «юридическую силу» консультативному заключению Международного Суда по *Чагосу*⁴⁸⁴. Аргумент заключался в том, что, хотя индивидуальное мнение юридически не обязывает ни одно государство, как это сделала бы резолютивная часть судебного решения по спорному делу, оно было составлено по тщательно разработанной процедуре и с такой же строгостью, как и любое решение Международного Суда⁴⁸⁵. Особая убедительность, которую это придает консультативным заключениям Международного Суда, получила широкое признание в науке⁴⁸⁶. Соответственно, «правовые вопросы, разъясненные Судом, с позитивистской точки зрения, являются «правом» и «становятся полноценной частью судебной практики Суда»⁴⁸⁷. Исходя из этих соображений, Специальная камера рассмотрела части консультативного заключения Международного суда по *Чагосу* в качестве de facto прецедента в деле *Маврикий/Мальдивские Острова*⁴⁸⁸. Это мнение противоречит их технически необязательной природе, субсидиарному характеру по статье 38 1) d) Статута Международного Суда и формальному отсутствию прецедента в международном праве.

280. Из приведенного выше обсуждения обычного значения термина «судебные решения», как подтверждается практикой Суда, ясно, что решения и определения Суда в целом схожи по своему правовому характеру. Поэтому они имеют существенный вес⁴⁸⁹. Из этого следует, что судебное решение включает в себя не только итоговое решение, вынесенное судом, но и консультативные заключения, а также любые постановления, вынесенные в рамках сопутствующих или промежуточных производств in limine litis. К последним относятся, по крайней мере со времен дела *Ла Гранд*, постановления о временных мерах, вынесенные Судом. Вышеуказанное прочтение соответствует позиции Комиссии по теме выявления обычного международного права, где в комментарии к выводу 13, касающемуся вспомогательных средств, она пояснила, что «термин «решения» включает судебные решения и консультативные заключения, а также постановления по процедурным и промежуточным вопросам»⁴⁹⁰. Этот момент, а также

⁴⁸³ Dispute Concerning Delimitation of the Maritime Boundary between Mauritius and Maldives in the Indian Ocean (Mauritius/Maldives) (Preliminary Objections) (International Tribunal for the Law of the Sea, Case No 28, 28 January 2021) ('Delimitation in the Indian Ocean').

⁴⁸⁴ Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2019, p. 95.

⁴⁸⁵ Karin Oellers-Frahm, "Lawmaking Through Advisory Opinions?" Ger. Law J., vol. 12 (5) (2011), p. 1033 at 1046.

⁴⁸⁶ D'Argent, "Article 65", p. 1808.

⁴⁸⁷ Оэллере-Фрам считает консультативные заключения «erga omnes судебным заявлением о том, что является — по мнению суда — правом в целом», см. Oellers-Frahm, "Lawmaking Through Advisory Opinions?", p. 1053.

⁴⁸⁸ Подробное обсуждение см. в Fabian Simon Eichberger, "The Legal Effect of ICJ Advisory Opinions Redefined? The Mauritius/Maldives Delimitation Case — Judgment on Preliminary Objections", Melb. J. Int'l L., vol. 22 (2) (2021), p. 383, pp. 396–400.

⁴⁸⁹ Manley O. Hudson, "Advisory Opinions of National and International Courts" Harv. L. Rev., vol. 37(8) (1924), pp. 970–1001 («Это правда, что такие мнения не требуют действий, как действий требует решение Суда. Но они представляют собой формулировку права и мнения, которая несет в себе большой моральный авторитет. И в этом смысле кажется, что они имеют какую-то обязывающую силу».); далее «В этих обстоятельствах трудно понять, чего не хватает консультативным заключениям Постоянной палаты международного правосудия, чтобы придать им качество «юридичности» в полном смысле этого слова».

⁴⁹⁰ Ежегодник... 2018, т. II (Часть вторая), с. 6.

другие связанные с ним вопросы, более подробно разъясняются в меморандуме Секретариата (см. главу V настоящего доклада).

281. Вышеизложенное обсуждение касается решений Суда или Камеры, действующей в качестве коллегиального органа⁴⁹¹. Оно не относится к отдельным мнениям⁴⁹². Такие мнения высказывают отдельные судьи. Они могут быть либо согласными, либо несогласными, а может быть, даже частично согласными и частично несогласными. Они также могут быть заявлениями⁴⁹³. Такие мнения «не являются частью решения суда; независимо от их внутренних достоинств, именно решение Суда имеет юридическую силу»⁴⁹⁴. Что касается их, а также заявлений, отдельных или особых мнений к постановлениям Суда, следует подчеркнуть, что такие мнения играют полезную роль, поскольку они могут прояснить основу решения или предоставить дополнительные основания или даже рассмотреть вопросы, поднимавшиеся сторонами или решением соответствующего суда или трибунала. Как пояснил сам Суд в неофициальном документе:

[С]уществует неразрывная связь между [его] решениями и любыми особыми мнениями, будь то согласные или несогласные, которые прилагаются к ним отдельными судьями. Предусмотренный в Статуте институт отдельного мнения... предоставляет судьям возможность объяснить свои позиции в голосовании. В таких сложных делах, как те, которые обычно рассматривает Суд, с пунктами постановляющей части, иногда разделенными на несколько взаимосвязанных вопросов, по каждому из которых проводится голосование, простой утвердительный или отрицательный голос судьи может вызвать ошибочные догадки, которые его предусмотренное в Статуте право приложить мнение может позволить ему предотвратить или развеять.... Не только прилагаемые мнения развивают или оспаривают решение, но также и аргументация самого решения, которое рассматривается, в конечном счете, с учетом мнений, не может быть полностью оценена в отрыве от них⁴⁹⁵.

282. При этом, поскольку это мнения отдельных судей, они относятся к названному судье, а не к трибуналу или суду в целом. Это означает, что следует проявлять осторожность. В той мере, в какой они отражают конкретные взгляды отдельного судьи и, в некоторых случаях, идут дальше в решении вопросов, которые не обсуждались и не рассматривались судом или трибуналом в целом. В то же время отдельные судебные заключения часто полезны для объяснения

⁴⁹¹ Ст. 95, Регламент Международного Суда («В решении указывается, кем оно постановлено: Судом или камерой, — и приводятся», среди прочего, «фамилии участвовавших в нем судей;» и «число и фамилии судей, составивших большинство»). Можно отметить, что некоторые из этих требований, например указание фамилий и числа судей, отражают изменения, внесенные в регламент Суда в 1978 году.

⁴⁹² Статья 57 Статута Международного Суда гласит: «Если решение, в целом или в части, не выражает единогласного мнения судей, то каждый судья имеет право представить свое особое мнение».

⁴⁹³ Там же, статья 95 2) предусматривает, что «[л]юбой судья» может «приобщить к решению свое индивидуальное мнение как при несогласии, так и при согласии с мнением большинства»; судья, который желает зафиксировать свое согласие или несогласие без указания мотивов, может сделать это в форме заявления. То же относится и к выносимым Судом постановлениям».

⁴⁹⁴ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 192.

⁴⁹⁵ См. Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций, сорок первая сессия, пункты 110 и 114 повестки дня, Бюджет по программам на двухгодичный период 1986–1987 годов, Объединенная инспекционная группа, Издания Международного Суда, записка Генерального секретаря, Добавление, Замечания Международного Суда, 5 декабря 1986 года, [A/41/591/Add.1](#) от 5 декабря 1986 года, приложение II.

элементов, которые могут отсутствовать в самом решении. В этом смысле они, вероятно, эквивалентны доктринам.

283. Третий вопрос, отмеченный выше, относительно того, распространяется ли вспомогательное средство для определения норм права, указанное в статье 38 1) d), также на решения национальных или муниципальных судов, не является новой. Для ясности, под национальными судами (в отличие от международных судов и трибуналов) здесь подразумеваются суды или трибуналы, которые могут действовать в рамках внутренней правовой системы, функционирующей, как правило, на основе национального законодательства, включая так называемые «гибридные» суды со смешанной предметной юрисдикцией и смешанным составом⁴⁹⁶. Мнения по вопросу, который, как можно было подумать, должен был быть разрешен к настоящему моменту, о том, подпадают ли судебные решения национальных судов под действие данного положения, можно разделить на три лагеря. К первому лагерю относятся те, кто утверждает, что ссылка на решения включает решения муниципальных судов⁴⁹⁷. Второй лагерь включает тех, кто не рассматривает решения муниципальных судов как подпадающие под параметры статьи 38 1) d)⁴⁹⁸. Наконец, есть и те, для кого решения национальных судов лучше рассматривать как элементы практики государств, или, возможно, как находящиеся на пересечении доказательств практики и *opinio juris*⁴⁹⁹. Последнее мнение кажется слишком ограниченным.

284. Переходим к роли судебных решений национальных судов: для наших целей представляется излишним затягивать дискуссию по этому вопросу по трем следующим веским причинам. Во-первых, чисто текстуально в статье 38 1) d) нет ничего, что позволило бы предположить, что квалификация термина требует ограничения «судебных решений» только решениями международных судов и трибуналов. На самом деле практика международных судов, включая Международный Суд, ставит этот вопрос вне всяких споров.

285. Во-вторых, хотя формулировка «международная судебная практика» может навести на размышления, в истории разработки положения нет ничего, подтверждающего намерение ограничить судебные решения таким образом, чтобы исключить решения национальных судов. Действительно, как отмечает Лаутерпахт, писавший почти столетие назад, в 1929 году, «едва ли найдется отрасль международного права», которая «не рассматривалась в муниципальных судах»⁵⁰⁰. В этом контексте уклонение от рассмотрения таких решений действительно может свидетельствовать о некоем вызове, «вредном отношении»⁵⁰¹, которое, возможно, «уменьшило возможности воспользоваться уроком судебного рассмотрения международного права в мире, в котором такие возможности встречаются нечасто»⁵⁰².

286. В-третьих, хотя в литературе иногда высказываются сомнения, очевидно, что на практике международные суды и другие субъекты часто ссылаются на решения национальных судов в качестве вспомогательных средств для определения норм международного права, например в связи с дебатами о контексте или

⁴⁹⁶ Комиссия в контексте темы выявления обычного международного права предложила рабочие определения терминов «международные суды и трибуналы» и «гибридные» суды, что является удобной отправной точкой для наших целей.

⁴⁹⁷ Hugh Thirlway, *The Sources of International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2019), p. 124.

⁴⁹⁸ Ibid.

⁴⁹⁹ Pellet, "Article 38", p. 854.

⁵⁰⁰ H. Lauterpacht, "Decisions of Municipal Courts as a Source of International Law" *Brit. Yearb. Int. Law*, vol. 10 (1929), p. 65 at p. 67.

⁵⁰¹ Ibid.

⁵⁰² Ibid.

существовании норм обычного международного права. Здесь можно отметить, что решения национальных судов выполняют двойную функцию в том смысле, что, помимо того, что они служат вспомогательными средствами, они также являются показателями практики государства и могут служить основой для поиска *opinio juris*. В выводах о выявлении обычного международного права Комиссия отметила, что практика государства состоит из поведения этого государства при осуществлении его исполнительной, законодательной, судебной или других функций⁵⁰³. Решения национальных судов считались актуальными как форма доказательства судебной практики государства. Они также могут быть вспомогательными средствами.

287. Хотя практика может принимать самые разные формы и нет заранее определенной иерархии, она включает «решения национальных судов»⁵⁰⁴. Эта закономерность проявляется в обширной практике Международного Суда, а также Постоянной палаты международного правосудия. Например, в деле *Ордер на арест*⁵⁰⁵ Суд вынес решение по вопросу о том, существует ли иммунитет для министров иностранных дел на основании, в частности, пересмотра решений национальных судов, таких как решение Палаты лордов по делу *Пиночета* и по делу *Каддафи* во Франции, как форма государственной практики в соответствии с обычным международным правом, в следующих выражениях:

Суд внимательно изучил практику государств, включая положения внутригосударственного законодательства и немногочисленные решения верховных судов государств, например Суда Палаты лордов Соединенного Королевства и Кассационного суда Франции. Он не смог вывести на основании этой практики какую-либо действующую норму обычного международного права, содержащую исключение из правила предоставления иммунитета от уголовной юрисдикции и неприкосновенности действующим министрам иностранных дел, когда последние подозреваются в совершении военных преступлений или преступлений против человечества⁵⁰⁶.

288. В другом деле, *Юрисдикционные иммунитеты государства (Германия против Италии: со вступлением в дело Греции)*, Суд, постановив, что государство имеет право на иммунитет в отношении *acta jure imperii*, совершенного его вооруженными силами на территории другого государства, рассмотрел *in extenso* решения национальных судов Египта, Италии и Великобритании, а также немецких судов, в частности при вынесении своего определения⁵⁰⁷. Есть и другие примеры, отражающие этот тип подхода.

⁵⁰³ Выводы о выявлении обычного международного права с комментариями, *Ежегодник... 2018*, том II (Часть вторая), стр. 2, Вывод 5.

⁵⁰⁴ *Ежегодник... 2018*, т. II (Часть вторая), с. 132.

⁵⁰⁵ *Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000* (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2002, No. 121, p. 3.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 24, para. 58.

⁵⁰⁷ «Далее Суд обращается к практике государств в виде решений национальных судов относительно иммунитета государства в отношении действий вооруженных сил. Вопрос о том, имеет ли государство право на иммунитет в разбирательствах, касающихся деликтов, предположительно совершенных его вооруженными силами, когда они находятся на территории другого государства или посещают его с согласия последнего, неоднократно рассматривался национальными судами. Решения судов Египта (*Bassionni Amrane v. John*, *Gazette des Tribunaux mixtes d'Egypte*, January 1934, p. 108; *Annual Digest*, Vol. 7, p. 187), Бельгии (*S.A. Eau, gaz, électricité et applications v. Office d'aide mutuelle*, *Cour d'appel*, Brussels, *Pasicrisie belge*, 1957, Vol. 144, 2nd Part, p. 88; *ILR*, Vol. 23, p. 205) и Германии (*Immunity of the United Kingdom*, *Court of Appeal of Schleswig*, *Jahrbuch für Internationales Recht*, 1957, Vol. 7, p. 400; *ILR*, Vol. 24, p. 207) являются более ранними примерами того, как национальные суды подтверждали иммунитет, когда действия иностранных вооруженных сил характеризовались как *acta jure imperii*. С тех пор несколько

289. Такую же зависимость от решений национальных судов можно обнаружить и в деле *Lotus*⁵⁰⁸. В этом классическом деле Постоянная палата международного правосудия рассмотрела роль решений национальных судов в формировании международного права о юрисдикции⁵⁰⁹. Однако Постоянная палата также постановила, что указания, предусмотренные в статье 38 1) d), «просто соответствуют устоявшемуся правилу, согласно которому международные трибуналы, постоянные или временные, рассматривающие дела между независимыми государствами, не должны рассматривать решения судов одного государства по вопросам международного права как обязательные для других государств, но, придавая таким решениям вес, причитающийся судебному выражению мнения, принятого в конкретной стране, должны следовать им как авторитету только в той мере, в какой они могут быть признаны согласующимися с международным правом — правом, общим для всех стран»⁵¹⁰.

290. В некоторых областях международного права, например в международном уголовном праве, именно решения национальных судов обеспечили или обогатили применение международного права. Причина в том, что как материальные, так и процессуальные аспекты международного уголовного права все еще находятся на относительно зачаточном этапе в международном праве. Последнее отчасти объясняется тем, что международным законодателям трудно «примирить весьма разнообразные и часто противоречащие друг другу национальные традиции в области уголовного права и процесса путем принятия общих правил, способных должным образом учесть эти традиции»⁵¹¹. С другой стороны, напротив, особенно после Второй мировой войны, «было разработано огромное количество судебной практики по международным преступлениям»⁵¹². Этот свод судебной практики имел «неоценимое значение для определения существующего права»⁵¹³ и послужил основой для конкретного применения международного уголовного права. Это относится к самым ранним этапам зарождения данной области, начиная со Второй мировой войны.

291. Например, Международный военный трибунал в Нюрнберге в ходе вынесения приговора, обсуждая источники права, определил, что право войны следует искать не только в договорах, но и «в обычаях и практике государств, которые постепенно получили всеобщее признание, и из общих принципов

национальных судов постановили, что государство обладает иммунитетом в отношении ущерба, причиненного военными кораблями (*United States of America v. Eemshaven Port Authority*, Supreme Court of the Netherlands, *Nederlandse Jurisprudentie*, 2001, No. 567; ILR, Vol. 127, p. 225 ; *Allianz Via Insurance v. United States of America* (1999), Cour d'appel, Aix-en-Provence, 2nd Chamber, judgment of 3 September 1999, ILR, Vol. 127, p. 148) или военных учений (*FILT-CGIL Trento v. United States of America*, Italian Court of Cassation, *Rivista di diritto internazionale*, Vol. 83, 2000, p. 1155; ILR, Vol. 128, p. 644). Суды Соединенного Королевства постановили, что обычное международное право требует иммунитета при разбирательстве деликтов, совершенных иностранными вооруженными силами на территории Соединенного Королевства, если данные действия были *acta jure imperii* (*Littrell v. United States of America* (No. 2), Court of Appeal, [1995] 1 Weekly Law Reports (WLR) 82; ILR, Vol. 100, p. 438; *Holland v. Lampen-Wolfe*, House of Lords, [2000] 1 WLR 1573; ILR, Vol. 119, p. 367)."

⁵⁰⁸ *The Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey)*, Judgment, P.C.I.J., Series A 1927, No 10, pp. 23, 26 and 28–9.

⁵⁰⁹ Ibid. para. 254.

⁵¹⁰ Ibid para. 253.

⁵¹¹ *Prosecutor v. Zoran Kupreškić, ICTY Trial Judgment*, Case No. IT-95-16-T. 14 January 2000, p. 133, para. 539. <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>.

⁵¹² Ibid., p. 213, para. 537. <https://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>.

⁵¹³ Ibid., p. 215, para. 541.

правосудия, применяемых юристами и практикуемых *военными судами*»⁵¹⁴. Много десятилетий спустя аналогичный подход был применен Международным трибуналом по бывшей Югославии, где, например, Судебная камера по делу *Купрешича* определила, что, будучи «международной по своей природе и применяя международное право *principaliter*»⁵¹⁵, она обязана полагаться на устоявшиеся источники международного права и, в этих рамках, на судебные решения.

292. Здесь, ссылаясь на статью 38 1) d), которая, по ее мнению, «декларирует обычное международное право»⁵¹⁶, Судебная камера Международного трибунала по бывшей Югославии посчитала, что они (то есть судебные решения) должны использоваться только в качестве «вспомогательного средства для определения правовых норм»⁵¹⁷. Затем он рассмотрел вопрос о значимости и весе, который следует придавать решениям *национальных* судов по сравнению с решениями *международных* судов. Он определил, что решения международных уголовных судов и трибуналов могут иметь «большую ценность»⁵¹⁸ и во многих случаях «не меньшую ценность могут иметь решения по международным преступлениям, вынесенные национальными судами»⁵¹⁹ при определенных обстоятельствах. Действительно, судебные процессы по военным преступлениям, проведенные союзными державами в соответствии с Законом № 10 Контрольного совета в их соответствующих зонах оккупации, стали важным источником прецедентного права, которое оказалось весьма актуальным для современных международных уголовных судов, не только Международного трибунала по бывшей Югославии, но и Международного уголовного трибунала по Руанде, Специального суда по Сьерра-Леоне и Международного уголовного суда.

293. Более того, опыт национальных судов в применении уголовного права и процедуры гораздо глубже, поэтому национальные суды служат не только источником общих принципов права, которые как источник права могут применяться в контексте конкретных разбирательств, но и основой для восполнения судебных пробелов там, где нормы международного права могут отсутствовать или быть недостаточно разработаны. Речь идет о том, что при изучении судебной практики государств, подтвержденной решениями национальных судов, можно вывести нормы обычного права, а также общие принципы права. Хотя верно, что уголовные аспекты международного права вытекают из источников, изложенных в статье 38 Статута Международного Суда, как утверждает Бассиуни, не менее верно и то, что сфера применения этих источников расширилась и включает в себя высокую степень взаимообогащения с национальным уголовным правом⁵²⁰. Этот процесс помогает гармонизировать как материальные, так и процессуальные аспекты в международной и национальной системах уголовного правосудия.

⁵¹⁴ Judgment of the Nuremberg International Military Tribunal International Military Tribunal, October 1946, p. 54: [IMTJudgment.Endversion+Deckblatt \(crimeofaggression.info\)](#).

⁵¹⁵ *Prosecutor v. Zoran Kupreškić, ICTY Trial Judgment*, Case No. IT-95-16-T. 14 January 2000, para. 540.

⁵¹⁶ Ibid.

⁵¹⁷ Ibid.

⁵¹⁸ Там же, п. 541.

⁵¹⁹ Ibid.

⁵²⁰ M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, 2nd ed. (Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 2013), p. 11. (Далее автор объясняет особенности международного уголовного права и проблемы дисциплины, которая, с одной стороны, пересекается с ориентированной на суверенитет Вестфальской системой, с другой стороны, в то же время стремится направить ответственность на отдельных лиц).

294. Обширная практика международных уголовных судов подтверждает это утверждение. Достаточно привести лишь несколько примеров. Например, в деле *Павле Стругар*⁵²¹ Апелляционная камера Международного трибунала по бывшей Югославии поддержала подход Судебной камеры к определению того, был ли обвиняемый в состоянии предстать перед судом. Этот вопрос не был предусмотрен Статутом Трибунала. Поэтому судьи провели анализ, в частности, прецедентного права национальных судов в различных юрисдикциях общего и континентального права, прежде чем вынести решение о том, что такая норма обязательно должна стать частью международного права.

295. Аналогичным образом, в деле *Эрдемовича*⁵²² Апелляционная камера Международного трибунала по бывшей Югославии рассмотрела вопрос о том, существует ли норма обычного международного права, касающаяся наличия или отсутствия принуждения в качестве защиты. Рассмотрев статус принуждения как частичной или полной защиты в системах общего и континентального права, Апелляционная камера также обсудила некоторые прецеденты по принуждению в национальных судах. Это прецедентное право позволило определить, существует ли такая защита и если да, то как ее следует применять в контексте международного трибунала.

296. В деле *Фурунджия*⁵²³ Апелляционная камера Международного трибунала по бывшей Югославии изучила не только национальные правовые системы, но и прецедентное право различных стран общего права, включая Великобританию, Австралию, Южную Африку, Канаду и Соединенные Штаты, а также некоторых стран континентального права, таких как Германия и Швеция, в процессе определения того, как национальные правовые системы толкуют требование беспристрастности судей. Это включало сравнительный анализ применения теста на видимость предвзятости. В конце концов, она определила, что существует общее правило, согласно которому судья должен быть не только субъективно лишен предвзятости, но и в окружающих обстоятельствах не должно быть ничего такого, что объективно создавало бы видимость предвзятости⁵²⁴.

297. В любом случае, в соответствии с вышеизложенным, Комиссия в своих исследованиях, посвященных путям и средствам, делающим более доступными свидетельства из области обычного международного права⁵²⁵, а в последнее время — выявлению обычного международного права⁵²⁶, придерживается мнения, что решения национальных судов также могут иметь значение в процессе определения существования и содержания норм международного права, хотя они являются лишь вспомогательными средствами для определения таких норм⁵²⁷. Другими словами, как отмечается в меморандуме Секретариата, рассмотренном в главе V настоящего доклада, решения национальных судов имеют «двойную роль»: «как форма государственной практики, а также как

⁵²¹ Pavle Strugar, ICTY Appeals Chamber, Case No. IT-01-42-A, 23 June 2008, URL: <https://www.icty.org/x/cases/strugar/acord/en/080623.pdf>.

⁵²² Dražen Erdemović, ICTY Appeals Chamber, Case No. IT-96-22-A, 7 October 1997, URL: <https://www.icty.org/x/cases/erdemovic/acjug/en/erd-aj971007e.pdf>.

⁵²³ Prosecutor v. Anto Furundžija, ICTY Appeals Chamber, Case No. IT-95-17/1-A, 21 July 2000, URL: <https://www.icty.org/x/cases/furundzija/acjug/en/fur-aj000721e.pdf>.

⁵²⁴ Там же, п. 189.

⁵²⁵ Комиссия международного права, «Пути и средства, делающие более доступными свидетельства из области обычного международного права». URL: https://legal.un.org/ilc/guide/1_4.shtml.

⁵²⁶ Комиссия международного права, «Выявление обычного международного права». URL: https://legal.un.org/ilc/guide/1_13.shtml.

⁵²⁷ Выводы о выявлении обычного международного права, на с. 2, п. 2, Вывод 3, комментарий п. 3, Вывод 6, п. 2.

вспомогательное средство для определения норм международного права»⁵²⁸. Нет веских причин для того, чтобы нынешний докладчик рекомендовал Комиссии отступить от этой продуманной позиции, которая также нашла поддержку среди государств.

298. При этом, несмотря на то, что уже должно быть очевидно, что решения национальных судов играют важную роль, следует принять во внимание три дополнительных аспекта, если не сказать оговорки. Во-первых, потенциальная ценность таких решений будет различной и будет зависеть от множества соображений. Это включает в себя характер правового вопроса, на который направлено решение, качество аргументации в решении, а также суд или орган, который его принял (при прочих равных условиях, чем выше суд, тем больше вероятность того, что оно будет восприниматься как имеющее больший вес). Эти аспекты в определенной степени касаются внутренней согласованности решения и того, насколько оно соответствует стандартам, ожидаемым от трибунала при определении наличия или отсутствия применимых норм международного права. Например, решение, направленное на применение нормы обычного международного права для решения конкретного вопроса, скорее всего, будет считаться более приемлемым, если оно вытекает из тщательного изучения вопроса о том, существует ли общая практика, принятая в качестве закона. По этой же причине плохо обоснованное решение, не соответствующее этому тесту, вряд ли будет принято.

299. Более внешний аспект решения, который также свидетельствует о качестве решения, заключается в том, последовали ли ему другие суды или трибуналы в пределах или, что более существенно, за пределами соответствующей юрисдикции, а также государства. Как заключила Комиссия в отношении обычного международного права, и этот тезис, вероятно, можно сформулировать гораздо шире, «другие соображения могут, в зависимости от обстоятельств, включать характер суда или трибунала; размер большинства, которым было принято решение; а также правила и процедуры, применяемые судом или трибуналом»⁵²⁹.

300. Во-вторых, несмотря на вышеуказанные достоинства ссылки на такие решения в качестве вспомогательных средств, решения национальных судов, претендующие на изложение норм международного права, следует рассматривать с осторожностью. Это связано с тем, что они могут отражать узкоспециальный взгляд или основываться на особенностях соответствующих правовых систем⁵³⁰. Это признается Комиссией в отношении двух тем, связанных с источниками⁵³¹. Камера Международного трибунала по бывшей Югославии по делу *Кунпрешича*, упомянутому выше, также предупредила, что международные уголовные суды «всегда должны тщательно оценивать решения других судов, прежде чем полагаться на их убедительный авторитет в отношении действующего права»⁵³². Кроме того, она считает, что они должны «применять более строгий уровень проверки к национальным решениям, чем к международным, поскольку последние, по крайней мере, основаны на том же своде правовых норм, который применяется международными судами, в то время как первые склонны применять национальное законодательство, или в первую очередь это законодательство,

⁵²⁸ Меморандум Секретариата, A/CN.4/759, п. 15.

⁵²⁹ *Ежегодник... 2018*, том II (Часть вторая).

⁵³⁰ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, 9th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2019), p. 41.

⁵³¹ Выводы о выявлении обычного международного права с комментариями, *Ежегодник Комиссии международного права, 2018*, том II (Часть вторая), с. 2.

⁵³² *Prosecutor v. Zoran Kupreškić*, ICTY Trial Judgment, Case No. IT-95-16-T. 14 January 2000, para. 542.

или же толковать международные нормы через призму национального законодательства»⁵³³.

301. И, наконец, в-третьих, недавняя практика государств показывает, что, по крайней мере в некоторых предметных областях, может быть трудно провести границу между решениями национальных судов и решениями международных судов. Это связано с тем, что, особенно в некоторых областях, таких как международное уголовное право, растет практика создания государствами судов, описываемых как «гибридные» или «смешанные» по своему характеру.

302. Хотя с точки зрения статьи 38 1) d) Статута Международного Суда может быть полезно разделить различные категории судебных решений на две категории (решения национальных и международных судов) и, возможно, даже смешанную категорию (решения гибридных судов), во многих отношениях решающее значение, вероятно, имеет не различие между судебными решениями национальных судов и судебными решениями международных судов как таковое, «а, скорее, различие между судебными решениями судов и трибуналов, применяющих в основном национальное право («национальные судебные решения»), и решениями судов и трибуналов⁵³⁴, применяющих в основном международное право («международные судебные решения»)»⁵³⁵. С этой точки зрения, вместо того чтобы излишне заострять внимание на категоризации, акцент следует делать не на характере или типе самого суда или трибунала, а, скорее, на *характере или типе права*, которое он применяет. Эта позиция, по-видимому, соответствует позиции Судебной камеры Международного трибунала по бывшей Югославии по делу *Купрешича*⁵³⁶.

С. Значение термина «доктрины»

303. Статья 38 1) d) Статута Международного Суда предписывает Суду применять «...судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм». Как и категория «судебные решения», составляющая первую часть данного подпункта, ни Устав Организации Объединенных Наций (глава XIV), ни Статут, ни вторичные документы Суда, в частности Регламент Суда или Практические директивы, не содержат каких-либо определений термина «доктрины». Декамп, который, как уже говорилось выше, предложил первоначальный текст, ставший этой статьей, был единственным членом Консультативного комитета, который использовал термин «*доктрины авторитетных юрисконсультов*»⁵³⁷. В своей практике Суд и его предшественник не имели оснований для определения доктрин как категории. Также термин «доктрины» не был определен в отдельных мнениях судей, которые чаще других ссылаются на доктрины в своих особых мнениях. Поэтому представляется целесообразным изучить обычное значение этого термина с целью прояснения предполагаемой цели этой части директивы для Суда.

⁵³³ Ibid., pp. 213–215, para. 537–541.

⁵³⁴ Трибуналы в этом смысле, предположительно, включают решения органов по урегулированию споров Всемирной торговой организации.

⁵³⁵ Aldo Z. Borda, “A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, *European Journal of International Law*, vol 24, No. 2 (2013), p. 649 at p. 658.

⁵³⁶ *Prosecutor v. Zoran Kupreškić*, ICTY Trial Judgment, Case No. IT-95-16-T. 14 January 2000.

⁵³⁷ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, p. 324.

304. Текст вступительной части в пункте 1 гласит, что Суд «применяет» доктрины в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм. Прежде чем перейти к анализу текста, возникает предварительный вопрос о том, *требуется* ли текст статьи 38 от Суда или *дозволяет* Суду изучать доктрины. Как и в отношении других аспектов, вероятно, наиболее обсуждаемого положения Статута Международного Суда, мнения ученых, как представляется, разделились. На первый взгляд, текст обязывает судей заниматься этим. Например, Лаутерпахт утверждает, что статья «обязательна в своей ссылке на «доктрины специалистов по публичному праву» как на вспомогательный источник права, подлежащий применению Судом»⁵³⁸. Ссылаясь на Соренсена, он считает, что история разработки «не подтверждает никаких предположений о том, что полномочия, предоставленные таким образом Суду, *должны* оставаться *номинальными*» (курсив добавлен)⁵³⁹. Другими словами, он указал, что, хотя существует практика «неизбирательного цитирования авторов в письменных и устных заявлениях сторон», он не считает, что «проблема всегда может быть решена путем полного игнорирования мнений авторов»⁵⁴⁰. Из этого следует, что обширное цитирование научных работ в записках и во время устных выступлений было воспринято как бесполезное и, возможно, даже как проблематичное. Другой автор, Дженнингс, по-видимому, согласен с тем, что существует обязательство рассматривать доктрины. Он заявляет, что Суд «обязан... обращаться к трудам наиболее выдающихся специалистов по публичному праву»⁵⁴¹.

305. Но, как заметил недавно другой автор, обращение к научным работам не обязательно означает, что судьи признают или цитируют эти работы⁵⁴². Неофициальные данные, которые он нашел, включая интервью с судьями, похоже, подтверждают обратное; что на самом деле больше консультаций с академическими работами, чем их формального цитирования — по крайней мере, в той мере, в какой это касается самого Суда в его мнениях большинства⁵⁴³. К практическому использованию доктрин мы вернемся ниже. На данный момент представляется целесообразным сначала уточнить, что такое доктрина.

306. Словарное значение существительного “teaching” («доктрина»), которое *не* определено в контексте статьи 38 1) d), поскольку оно может быть очевидным, — это «работа преподавателя»; и “teachings” («доктрины» во множественном числе) — это «идеи конкретного человека или группы, особенно о политике, религии или обществе, которые преподаются другим людям»⁵⁴⁴. Для наших целей, таким образом, доктрины — это идеи конкретного человека или группы людей по международным правовым вопросам, которые преподаются другим. Хелмерсен, в контексте своего подробного исследования доктрин, считает, что «определение ясно в своей основе: академические книги и статьи в журналах, которые не выпускаются государствами, межправительственными организациями или судами и трибуналами и которые могут быть использованы для поиска ответа на юридические вопросы»⁵⁴⁵.

⁵³⁸ Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1982), p. 24.

⁵³⁹ Ibid. p. 25.

⁵⁴⁰ Lauterpacht, *The Development of International Law*, p.25.

⁵⁴¹ Robert Y. Jennings, “The Progressive Development of International Law and its Codification”, *The British Yearbook of International Law*, vol. 24 (1947), p. 301 at p. 308.

⁵⁴² Sondre Torp Helmersen, “Scholarly-Judicial Dialogue in International Law”, *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 16 (2017), p. 464 at pp. 472–473.

⁵⁴³ Ibid. p. 474.

⁵⁴⁴ См. Oxford Advanced Learner's Dictionary на веб-сайте OxfordLearnersDictionaries.com.

⁵⁴⁵ Helmersen *The Application of Teachings by the ICJ*, p. 45.

307. Если значение доктрин очевидно, а это, похоже, так, то какова тогда сфера его применения. Это более сложный вопрос. Доктрины, как в их обычном значении, так их синонимический ряд, очевидно, являются широкой категорией. Их значение включает в себя как письменные работы, так и лекции. Но, хотя именно эти аспекты сразу приходят на ум, когда возникает упоминание о доктринах, это значение не следует понимать так узко. На самом деле, возможно, их лучше понимать более широко, учитывая возможности, которые может предоставить технический прогресс. Действительно, в своей предыдущей работе Комиссия определила, что и «доктрины», и «труды» «следует понимать в широком смысле»⁵⁴⁶. Она также посчитала, что в эту категорию входят «учения в неписьменной форме, такие как лекции и аудиовизуальные материалы»⁵⁴⁷. Специальный докладчик согласен с этим. Таким образом, мы можем сделать вывод, что доктрины состоят из письменных трудов, или доктрины как таковой, а также из записанных лекций, аудиовизуальных материалов и, если на то пошло, любого другого формата распространения, который может быть разработан в будущем.

308. Какую бы форму ни принимали доктрины, причин для обращения к научным трудам много. Для наших целей особенно важными представляются три аспекта. Во-первых, доктрины могут играть роль ключевого элемента толкования норм международного права. Для удобства мы можем назвать это интерпретационной функцией доктрины. Доктрины должны были служить лишь вспомогательными элементами для толкования; они не могут быть источником. Это видно из процесса разработки данного положения, в котором, как и в случае с общими принципами права, сторонники рассматривали доктрины как способ помочь судьям выявить, истолковать, определить или разъяснить существование норм или принципов, которые затем могли бы помочь им избежать объявления *non-liquet*. В этом смысле, как пояснил Председатель Декамп, судьи могут прибегать к договорам в процессе определения того, как лучше применять договоры, обычаи и общие принципы права, и при этом могут обращаться к научным трудам в качестве доказательства существования позитивных норм международного права⁵⁴⁸. Они, проще говоря, носят вспомогательный характер, но являются полезными ресурсами при выявлении применимых норм международного права.

309. Во-вторых, доктрины могут продвигать, в зависимости от авторитета и убедительности автора, взгляды, которые могут «повлиять на поведение государств и таким образом косвенно со временем способствовать изменению фактического права»⁵⁴⁹. Это то, что мы можем назвать убеждающей функцией доктрин. В историческом плане эта функция означает, что систематический анализ правовых аспектов может быть полезен и обеспечивать определенную степень влияния конкретных авторов, хотя это будет зависеть от того, насколько авторитетными они считаются.

310. В-третьих, доктрины, особенно подготовленные коллективом экспертов, могут играть ведущую роль в кодификации или прогрессивном развитии права или продвигать реформу права еще до того, как это захотят сделать государства

⁵⁴⁶ Комиссия международного права (A/CN.4/710/Rev.1) Вывод 14, пункт 1 [выводы о выявлении обычного международного права] [2018].

⁵⁴⁷ Комиссия международного права (A/CN.4/710/Rev.1) Вывод 14, пункт 1. См. также Майкл Вуд, Третий доклад по теме «Выявление международного обычного права», подготовленный Специальным докладчиком (A/CN.4/682), с. 121, и Charles C. Jalloh “Statement on the Identification of Customary International Law Statement of the Chairperson of the Drafting Committee”, p. 15.

⁵⁴⁸ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th — July 24th 1920, p. 318-319.

⁵⁴⁹ James L Brierley, *The Law of Nations*, (Oxford University Press, 1955) 5th ed., p. 66.

и другие международные субъекты⁵⁵⁰. Это можно охарактеризовать как функцию кодификации или прогрессивного развития доктрин. Если привести несколько примеров, то в международном праве, вероятно, никто не сможет отрицать основополагающее влияние таких авторов, как Гроций, или, если взять относительно недавний пример, Гидель, который, как говорят, первым выдвинул теорию прилежащей зоны как способ систематического согласования практики государств в области морского права, или Шериф-Бассиуни в области международного уголовного права⁵⁵¹. Аналогичным образом трудно отрицать влияние доктрин, подготовленных Ассоциацией международного права, Гарвардским научно-исследовательским институтом международного права, МККК или экспертами договорных органов Организации Объединенных Наций, уполномоченных государством, в определенных областях международного права. Здесь работы отдельных ученых могут даже пересекаться с работами экспертных групп, оказывая огромное влияние на формирование основных норм международного права, как, например, утверждает Бонайя Годана в отношении права международных водотоков⁵⁵². Годана отметил, что мнения таких авторов, как Х.А. Смит⁵⁵³, и Института международного права при принятии им Мадридской резолюции 1911 года и Хельсинкских правил 1966 года оказали особое влияние на развитие этого свода норм права⁵⁵⁴. Это, конечно, лишь один из многих возможных примеров. Можно привести дополнительные примеры из другой области международного права и с участием другого типа субъектов, имеющих тесные связи с государствами. В праве вооруженных конфликтов никто не может отрицать значительную роль МККК, который, помимо своего различного вклада, после примерно десятилетней работы под руководством экспертов подготовил монументальное изложение обычного международного гуманитарного

⁵⁵⁰ См. в этой связи Sandesh Sivakumaraan, "Beyond States and Non-State Actors: The Role of State-Empowered Entities in the Making and Shaping of International Law", *Colombia J. of Trans'l L.*, vol. 55 (2017), p. 343.

⁵⁵¹ См. F. Woolridge, *Contiguous Zone*, EPIL I (1993), 779–83.

⁵⁵² Bonaya Godana, *Africa's Shared Water Resources: Legal and Institutional Aspects of the Nile, Niger and Senegal River Systems* (Boulder: Lynne Rienner, 1985), p. 24.

⁵⁵³ См. Herbert Arthur Smith, *The Economic Uses of International Rivers*, (London: P.S. King, 1931) (работа, которая была описана как «веха в развитии доктрины справедливого распределения»), C.B. Bourne, "The Right to Utilize the Waters of International Rivers", *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 3 (1965), pp. 187–264. Есть и другие примеры в других областях международного права, например право вооруженных конфликтов, в отношении которого Институт международного права принял руководство в Оксфорде 9 сентября 1880 года. Институт, который не предлагал заключить договор, стремился четко сформулировать общепринятые идеи своей эпохи, которые, по его мнению, могут быть использованы в качестве основы для национального законодательства. Документ оказался чрезвычайно influential. [The Laws of War on Land. Oxford, 9 September 1880. \(umn.edu\)](http://www.umn.edu). Аналогичное влияние на право войны со стороны ученого в области международного права оказала работа профессора Колумбийской школы права Фрэнсиса Либера, в которой излагались правила ведения военных действий, провозглашенные президентом Авраамом Линкольном для федеральной армии Соединенных Штатов во время Гражданской войны в Америке 24 апреля 1863 года. [Кодекс Либера](#), как стали называть Общий приказ № 100: Инструкции по управлению армиями Соединенных Штатов в полевых условиях, впоследствии вдохновил и способствовал формированию усилий по кодификации законов войны во многих других странах. Среди них были Пруссия, Нидерланды (1871 год), Франция (1887 год), Швейцария (1878 год), Сербия (1879 год), Испания (1889 год), Португалия (1890 год), Италия (1896 год) и Соединенное Королевство (1884 год). Впоследствии он лег в основу Брюссельской декларации 1874 года и Гаагских конвенций о сухопутной войне 1899 и 1907 годов. Комментарии см. в R. Baxter, "The First Modern Codification of the Law of War: Francis Lieber and General Orders No. 100" *IRRC*, vol. 25 (1964), p. 25 и Theodor Meron, "Francis Lieber's Code and Principles of Humanity" *Colum. J. of Transnat'l L.* vol. 36 (1998), p. 269.

⁵⁵⁴ См. International Law Association, Report of the Fifty-Second Conference, Helsinki, 1966.

права, применимого как в международных, так и в немеждународных вооруженных конфликтах⁵⁵⁵. В области морского права, указывая на диалектическую взаимосвязь между доктринами, практикой и судебными решениями и конкретными примерами, Пенелопа Ридингс утверждает, что научные работы могут прямо или косвенно влиять на формирование и вклад в развитие морского права в международных трибуналах⁵⁵⁶.

311. Примечательно, что государственная практика на национальном уровне, в том числе судебная, предусматривала аналогичную роль доктринам. Подтверждением этому может служить мнение судьи Грея из Верховного суда Соединенных Штатов, который в цитируемом во многих местах отрывке из дела *Paquete Habana*, которое предшествовало разработке Статута Постоянной палаты международного правосудия на 20 лет, отметил, что оно подтверждает вспомогательную роль доктрин и для национальных судов:

Международное право является частью нашего права и должно устанавливаться и применяться судами соответствующей юрисдикции, как только вопросы права, зависящие от него, должным образом представляются для их решения. Для этой цели, когда нет договора и контролирующего исполнительного или законодательного акта или судебного решения, необходимо прибегнуть к обычаям и нравам цивилизованных наций, а в качестве их подтверждения — к трудам юристов и комментаторов, не для спекуляций их авторов относительно того, каким должно быть право, а для достоверного доказательства того, каково право на самом деле⁵⁵⁷. (Курсив добавлен)

312. Последующая практика судов Соединенных Штатов подтвердила приверженность в основном тому же пониманию места доктрин в определении применимых норм международного права. Например, в относительно недавнем деле *Flores v. Southern Peru Copper Corporation* Апелляционный суд Соединенных Штатов по Второму округу сослался на статью 38 Статута Международного Суда как на перечень источников и подчеркнул место источников в пункте 1 d), а именно судебных решений и доктрин как вторичных или вспомогательных по отношению к первым трем источникам⁵⁵⁸.

313. Аналогичным образом в деле *Sosa v. Alvarez-Machain* Верховный суд Соединенных Штатов постановил, что определение текущего состояния международного права должно осуществляться путем ссылки сначала на договоры, если таковые имеются, а затем на оценку наличия контролирующих законодательных

⁵⁵⁵ См. в этой связи Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005) Vols. I and II. См. также Jean-Marie Henckaerts, "Study on Customary International Humanitarian Law: A Contribution to the Understanding and Respect for the Rule of Law in Armed Conflict," IRRC vol. 87 (2005), p. 175. С другой стороны, учитывая динамичное взаимодействие между работой экспертных органов и государств, аспекты исследования МККК не обязательно были приняты всеми государствами. См., например, John B. Bellinger III & William J. Haynes II, "A US Government Response to the International Committee of the Red Cross Study Customary International Humanitarian Law", IRRC, vol. 89 (2007), p. 443; and Jean-Marie Henckaerts, "Customary International Humanitarian Law: A Response to US Comments", IRRC, vol. 89 (2007) 473.

⁵⁵⁶ Penelope J. Ridings, "The Influence of Scholarship on the Shaping and Making of the Law of the Sea", *Int'l J. of Marine and Coastal Law* 38 (2023), p. 11-38.

⁵⁵⁷ U.S. Supreme Court, *The Paquete Habana*; *The Lola*, 175 US 677, 8 January 1900, p. 720. Председатель Верховного суда Фуллер, выражая несогласие, предупредил авторов, что «их объяснения могут быть убедительными, но не авторитетными».

⁵⁵⁸ United States, Second Circuit Court of Appeals, 406 F.3d 65, Judgment, 2003, p. 83.

актов или судебных решений, а в их отсутствие — на работы юристов и комментаторов⁵⁵⁹.

314. Наконец, в деле *United States v. Yousef* Второй округ определил, что, хотя труды не являются источниками, они «полезны для разъяснения или уточнения установленного правового принципа или совокупности правовых норм» и в этом отношении могут помочь «пролить свет на конкретный вопрос международного права только в тех случаях, когда необходимо также прибегнуть к мнениям, решениям и актам государств, и только затем в меньшей степени, чем к более авторитетным доказательствам, таким как собственные заявления государства, право и инструкции для его агентов»⁵⁶⁰.

315. Практика других государств отражает аналогичный подход. В Сьерра-Леоне этот вопрос был удобно объяснен следующим образом: «рассмотрение вопросов международного права национальными судами Сьерра-Леоне предполагает частую опору на судебные решения других национальных и международных судов, рассматривающих тот же вопрос»⁵⁶¹. Эти моменты были проиллюстрированы ссылкой на решение Верховного суда Сьерра-Леоне по делу S.C. No. 1/2003, *Issa Hassan Sesay et al vs. The President of the Special Court, the Registrar of the Special Court and the Attorney-General and Minister of Justice* (Исса Хассан Сесай и др. против Председателя Специального суда, Секретаря Специального суда и Генерального прокурора и Министра юстиции), где в связи с вопросом об иммунитете должностных лиц судьи сослались на решение судов Соединенного Королевства по делу *Пиночета*⁵⁶² и на дело Международного Суда *Ордер на арест*⁵⁶³. В этом же решении приводится пример использования судами этого государства научных трудов, что, по сути, позволяет сделать вывод о том, что «доктрины специалистов по публичному праву могут быть использованы для разъяснения соответствующих моментов или подтверждения толкования, принятого судами»⁵⁶⁴.

316. Рассмотренные выше функции доктрин (т. е. их функции толкования, убеждения и кодификации) не предполагают, что они имеют или могут претендовать на полномочия по созданию права. Конечно, не напрямую. То, что их мнения играют косвенную доказательную функцию и даже в этом отношении продолжают подчиняться первоисточникам, видно из практики государств и национальных и международных судов и трибуналов⁵⁶⁵. Такая роль интерпретаторов, аналитиков, кодификаторов и даже реформаторов права не является уникальной.

⁵⁵⁹ United States, U.S. Supreme Court, 542 U.S. 734, 2004, p. 730, 734. (quoting *The Paquete Habana*, 175 U.S. at 700). Следует обратить внимание на то, что в данном деле Суд не рассматривал роль неконтролирующих судебных решений, таких как те, о которых говорится в статье 38 1) d) Статута Международного Суда.

⁵⁶⁰ 327 F.3d 56 (2d Cir. 2003).

⁵⁶¹ См. Sierra Leone submission to the International Law Commission, 18 January 2023, para 8.

⁵⁶² United Kingdom, House of Lords, *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte*, Case no. [2002] 1 AC 61, 25 November 1998; *Ex parte Pinochet Ugarte* (No 2), Case no. [2002] 1 AC 119, 17 December 1998; *Ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3), Case no. [2000] 1 AC 147, 24 March 1999.

⁵⁶³ Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000.

⁵⁶⁴ См. Sierra Leone submission to the International Law Commission, 18 January 2023, para 8.

⁵⁶⁵ См. в этой связи представление Соединенных Штатов, которые, в свою очередь, сослались на решения судов Соединенных Штатов по делу *The Paquete Habana* («работы юристов и комментаторов могут рассматриваться как достоверное доказательство того, каково право на самом деле, только в случае отсутствия применимого договора или контролирующего внутреннего законодательства») и по делу *Sosa v. Alvarez-Machain* («Суд оценил текущее состояние международного права, о котором свидетельствуют, прежде всего, договоры и «контролирующие законодательные акты или судебные решения», а в их отсутствие — «работы юристов и комментаторов»).

Она является общепризнанной и соответствует той функции, которую наука выполняет в целом в любой другой правовой системе, будь то национальной, региональной или международной.

317. Что касается практики международных судов, когда речь идет об использовании научности по смыслу статьи 38 1) d) Статута Международного Суда, то здесь проявляются различные подходы. Известно, что до сих пор в решениях/мнениях большинства Суда и его предшественников доктрины практически не фигурируют. Согласно одному эмпирическому исследованию, из более чем 155 дел на момент проведения исследования, он ссылаясь на доктрины только в семи случаях⁵⁶⁶. Эти дела настолько малочисленны по сравнению с более чем 70-летней историей Международного Суда, что их можно упомянуть вкратце. Они включают выводы по делу *Спор о сухопутной, островной и морской границе*⁵⁶⁷, консультативное заключение по *Намибии*⁵⁶⁸, дело *Остров Касикили/Седуду*⁵⁶⁹, решение по делу *Никарагуа*⁵⁷⁰, дело *Геноцид в Боснии*⁵⁷¹, дело *Ноттебом* (вторая фаза)⁵⁷² и консультативное заключение по *Ядерному оружию*⁵⁷³. Его предшественник в некотором смысле развил эту практику⁵⁷⁴, что видно из нескольких ссылок на доктрины в деле *Lotus*⁵⁷⁵, *Certain German Interests in Polish Upper Silesia*⁵⁷⁶, деле *Jaworzina*⁵⁷⁷, деле *Wimbledon*⁵⁷⁸ и консультативном заключении по Австро-германскому таможенному союзу⁵⁷⁹.

318. Кажущаяся традиция не приводить многочисленные ссылки на доктрины в решениях Международного Суда может ввести в заблуждение. Это не должно приводить к ошибочному выводу о том, что с учеными не советуются и они не полезны судьям. Напротив, научная литература, похоже, широко используется не только в заявлениях государственных⁵⁸⁰ адвокатов и юристов в Международном Суде и других международных судах, но и для разъяснения контекста тех или иных правовых норм. Действительно, хорошо известно, что, поскольку ссылки на доктрины в решениях Суда обычно ограничены, в индивидуальных мнениях отдельных судей часто цитируются доктрины. Эта закономерность, которая также является проявлением практики времен Постоянной палаты международного правосудия, также предполагает, что они могли возникнуть в ходе обсуждений, но не были сохранены в мнениях большинства. Ценность доктрин,

⁵⁶⁶ Sondre Torp Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, p. 45.

⁵⁶⁷ Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/ Honduras), Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1990, p. 92.

⁵⁶⁸ Legal Consequences for States of Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 267 (1970), Advisory Opinion, I.C.J., 1971, p. 16.

⁵⁶⁹ Kasikili/Sedudu Island (Bots. V. Namib.), 1999 I.C.J. 1045 (Dec. 13).

⁵⁷⁰ Military and paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 14.

⁵⁷¹ Application of the Convention on the Prevention and punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 43.

⁵⁷² Nottebohm Case (second phase), Judgment of April 6th, 1955: I.C.J. Reports 1955, p. 4.

⁵⁷³ Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 66.

⁵⁷⁴ A/CN.4/691, cc. 9–11, пункт 18.

⁵⁷⁵ The Case of the S.S. "Lotus" (France v. Turkey).

⁵⁷⁶ Certain German Interests in Polish Upper Silesia (Germany v. Poland).

⁵⁷⁷ Question of Jaworzina, Advisory Opinion, P.C.I.J. Series B 1923, No. 8 (Dec. 6).

⁵⁷⁸ S.S. Wimbledon (U.K. v. Japan), Advisory Opinion, P.C.I.J. Series A 1923, No. 1. (Aug. 17).

⁵⁷⁹ Customs Regime between Germany and Austria, Advisory Opinion, P.C.I.J. Series A/B 1923, No. 41 (Sept. 5).

⁵⁸⁰ Например, в своем представлении по данной теме, рассмотренном в главе II настоящего доклада, Соединенные Штаты подтверждают, что часто цитируют научные работы в своих состязательных бумагах по международным делам.

используемых в качестве справочных материалов, показывает, что они на самом деле имеют больший вес, чем можно предположить на основании одного лишь количества цитирований. Существуют даже анекдотические свидетельства того, что проекты судебных решений в ранних версиях могут содержать ссылки на доктрину, которые впоследствии по ряду сложных причин исключаются из судебных решений. Более того, в отличие от этого, в некоторых международных судах часто встречаются многочисленные ссылки на доктрины, если не в поддержку правовых предложений, то как форма их подтверждения.

319. Если доктрины обычно не цитируются в делах Международного Суда, который является главным судебным органом Организации Объединенных Наций и может рассматриваться как высшая судебная инстанция, можно предположить, что такая нерешительность в отношении открытого использования научных работ будет характерна и для других международных судов. Такое предположение, в той мере, в какой оно было сделано, было бы ошибочным. Некоторые международные суды и трибуналы, например международные уголовные трибуналы, а также региональные комиссии и суды по правам человека, более открыты для использования и признания научных авторитетов в своих решениях и постановлениях⁵⁸¹. Например, Судебная камера Специального суда по Сьерра-Леоне в деле *Revolutionary United Front* (Объединенный революционный фронт) в разделе, посвященном правовым выводам, процитировала несколько научных работ. При толковании статьи 6 3) Устава Специального суда по Сьерра-Леоне, предусматривающей ответственность начальников, Камера, ссылаясь на ведущее пособие по международному уголовному праву, «поддержала принцип, согласно которому ответственность начальников в настоящее время прочно закреплена в обычном международном праве»⁵⁸², не проведя при этом никакой независимой оценки существования практики государств и *opinio juris* на этот счет. Аналогичное применение трудов можно найти в Международном трибунале по бывшей Югославии, в частности в делах *Тадича*, *Кунараца* и *Крноелаца*⁵⁸³ и в Международном уголовном трибунале по Руанде в делах *Акайесу*⁵⁸⁴, *Мусемы*⁵⁸⁵,

⁵⁸¹ Подробный анализ см. в Nora Stappert, 'A New Influence of Legal Scholars? The Use of Academic Writings at International Criminal Courts and Tribunals', LJIL, vol. 31 (2018), p. 963.

⁵⁸² См. SCSL, *The Prosecutor v. Issa Hasan Sesay, Morris Kallon and Augustine Gbao* (RUF case), SCSL-04-15 para. 282, fn. 507 citing to Gerhard Werle, *Principles of International Criminal Law* (The Hague: T.M.C. Asser Press, 2005), p. 372. В следующем предложении Камера сослалась на решение Апелляционной камеры МТБЮ по делу *Челебичи* (в пункте 195 — «принцип, согласно которому военные и другие начальники могут нести уголовную ответственность за действия своих подчиненных, прочно укоренился в конвенционном и обычном праве».).

⁵⁸³ A/CN.4/691, пункты 45–46; См. *Prosecutor v. Duško Tadić*, Opinion and Judgment, Case No. IT-94-1-T, T.Ch., 7 May 1997 paras. 638–643, 650–655, 657–658, 669, 678–687, 694 and 696; *Prosecutor v. Kunarac et al.*, Judgment, Case No. IT-96-23-T and IT-96-23/1-T, T.Ch., 22 February 2001. Para. 519–537. См. также *Prosecutor v. Krnojelac*, Judgment, Case No. IT-97-25-T, T.Ch.II, 15 March 2002, para. 58, footnote 197.

⁵⁸⁴ См. *Prosecutor v. Akayesu*, Judgment, Case No. ICTR-96-4-T, T.Ch.I, 2 September 1998.

⁵⁸⁵ *Prosecutor v. Musema*, Judgment, Case No. ICTR-96-13-A, T.Ch.I, 27 January 2000.

*Багилишемы*⁵⁸⁶, *Нахиманы и др.*⁵⁸⁷, *Гакумбичи*⁵⁸⁸, *Багосоры и др.*⁵⁸⁹, *Серомбы*⁵⁹⁰, *Бикинди*⁵⁹¹ и *Нсабониманы*⁵⁹².

320. В Международном уголовном суде в судебном решении по делу Лубанги были сделаны многочисленные ссылки на научные журналы и монографии⁵⁹³. То же самое можно сказать и о многих других судебных решениях Международного уголовного суда, число которых слишком велико, чтобы их упоминать. Более того, в Международном уголовном суде, очевидно, опираясь на практику предшествующих ему специальных трибуналов, таких как Международный трибунал по бывшей Югославии, Международный уголовный трибунал по Руанде, Специальный суд по Сьерра-Леоне и чрезвычайные палаты в судах Камбоджи, возникла практика, которая придает большее значение работам академиков в рамках процесса *amicus curiae* или «друг суда».

321. В этом процессе выделяются три аспекта. Во-первых, Международный уголовный суд, включая его Апелляционные палаты, в соответствии с правилом 103 приглашает ученых высказать свое мнение и подать официальное ходатайство в качестве *amicus curiae* или друзей суда по материально-правовым вопросам, таким как возмещение ущерба и иммунитет. Примечательно, что, хотя обычно ученые могут подать заявку на получение такого статуса, чтобы предложить свою точку зрения, что они и делают в некоторых случаях, в ряде таких случаев приглашение распространяется по решению самого Международного уголовного суда. Процесс «правила 103» — это тот же механизм, который другие, включая государства-участники Римского статута и международные организации (а также неправительственные организации), используют (а также приглашаются к использованию) для представления мнений Международному уголовному суду.

322. Во-вторых, в рамках формирующейся практики, которая может вызывать одобрение одних и порицание других, Международный уголовный суд включает научные аргументы и мнения в свой процесс, при этом ученым предоставляются конкретные вопросы и время для аргументации правовых моментов перед палатами во время устных слушаний⁵⁹⁴. Это, вероятно, дает значительное влияние определенным ученым, выступающим в качестве интервентов.

323. Наконец, хотя трудно сделать твердые выводы о том, в какой степени Международный уголовный суд опирался на те научные работы, которые он включал в свои окончательные решения, очевидно, что мнения приглашенных ученых использовались, как минимум, для подтверждения правильности определенных правовых интерпретаций. Это очевидно, например, в обсуждениях вопроса о

⁵⁸⁶ *Prosecutor v. Bagilishema*, Judgment, Case No. ICTR-95-1A-T, T.Ch.I, 7 June 2001; *Prosecutor v. Bagilishema*, Judgment, Case No. ICTR-95-1A-A, A.Ch., 3 July 2002.

⁵⁸⁷ *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Judgment and Sentence, Case No. ICTR-99-52-T, T.Ch.I, 3 December 2003; *Prosecutor v. Nahimana et al.*, Judgment, Case No. ICTR-99-52-A, A.Ch., 28 November 2007.

⁵⁸⁸ *Prosecutor v. Gacumbitsi*, Judgment, Case No. ICTR-2001-64-A, A.Ch. 7 July 2006.

⁵⁸⁹ *Prosecutor v. Bagosora and Nsengiyumva*, Judgment, Case No. ICTR-98-41-A, A.Ch., 14 December 2011.

⁵⁹⁰ *Prosecutor v. Seromba*, Judgment, Case No. ICTR-2001-66-A, A.Ch., 12 March 2008.

⁵⁹¹ *Prosecutor v. Bikindi*, Judgment, Case No. ICTR-01-72-T, T.Ch.III, 2 December 2008.

⁵⁹² *Prosecutor v. Ntabonimana*, Judgment, Case No. ICTR-98-44D-A, A.Ch., 29 September 2014.

⁵⁹³ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Trial Judgment, Case No. ICC-o0//04/ol/o6, Trial Chamber I, 14 March 2012.

⁵⁹⁴ См. работу, поднимающую вопросы о дальновидности, представительности и легитимности, возникающие в связи с этой практикой, Sarah Williams, Hannah Woolaver and Emma Palmer, *The Amicus Curiae in International Criminal Justice* (Hart Publishing, 2021).

толковании Международным уголовным судом элементов преступлений против человечности⁵⁹⁵.

D. Значение выражения «наиболее квалифицированные специалисты по публичному праву»

324. Как уже упоминалось выше, статья 38 1) d) гласит, что Суд должен учитывать доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву. Объектом оценки, которая обязательно связана с определением норм права, являются «специалисты по публичному праву». Последние, то есть ученые, должны быть одними из наиболее квалифицированных. В связи с этим возникает вопрос о том, кто именно является специалистом по публичному праву или ученым. Интересно, что словарное значение термина “publicist” («специалист по публичному праву») — это «эксперт или автор трудов по праву наций или международному праву»⁵⁹⁶. Что касается Комиссии, то в одном из связанных с ней проектов термин «специалист по публичному праву» в основном содержит в себе тот же смысл⁵⁹⁷. В комментарии к выводу 14 о выявлении обычного международного права поясняется, что этот термин «охватывает всех тех, чьи труды могут прояснить вопросы международного права»⁵⁹⁸. По всей видимости, нет никаких веских причин отступать от этого понимания.

325. Очевидно, однако, что, согласно простым положениям Статута Международного Суда, быть экспертом в предмете (международного права) является необходимым, но не достаточным условием. Это связано с оговоркой, которая указывает, что полагаться можно только на самых квалифицированных специалистов по публичному праву — что, по словам Комиссии, не исключая других и не отвлекаясь от качества самой работы, является ссылкой, подчеркивающей, что «внимание следует уделять трудам авторов, наиболее авторитетных в соответствующей области»⁵⁹⁹. Тем не менее, в конечном счете, было также уточнено, что качество трудов имеет большее значение, чем репутация автора. Среди факторов, которые следует учитывать при оценке качества, — подход, принятый автором, и добросовестность работы.

326. Предыдущее понимание подтверждается этимологией термина “publicist”, который отчасти является французским. Термин “publicist”, очевидно, использовался во Франции примерно в середине восемнадцатого века для обозначения эксперта в области публичного права. Если в обыденной речи этот термин обозначает «публициста» и является синонимом слова «автор», то использование его во множественном числе (то есть publicists), особенно в сочетании со словом «доктрины», позволяет предположить, что речь идет не столько об одном авторе, сколько о коллективных мнениях нескольких авторов⁶⁰⁰. Последнее обычное значение соответствует истории разработки, рассмотренной выше, где в первоначальных предложениях и последующих обсуждениях Консультативного

⁵⁹⁵ См. в качестве примера *Amicus Curiae Observations of Professors Robinson, DeGuzman, Jalloh and Cryer, Prosecutor v. Laurent Gbagbo*, ICC-02-/11-01/11, 9 October 2013 (где выражается обеспокоенность по поводу излишне жестких подходов к толкованию преступлений против человечности и предлагаются более широкие толкования).

⁵⁹⁶ “Publicists.” Oxford English Dictionary (OED 3d ed. 2013). URL: www.oed.com.

⁵⁹⁷ Ibid.

⁵⁹⁸ Комиссия международного права, Пути и средства обеспечения большей доступности доказательств международного обычного права, A/CN.4/710/Rev.1, Вывод 14, пункт 4.

⁵⁹⁹ Пути и средства обеспечения большей доступности доказательств международного обычного права, A/CN.4/710/Rev.1, Вывод 14, пункт 4.

⁶⁰⁰ См. Omri Sender, “The Importance of Being Earnest: Purpose and Method in Scholarship on International Law” *Case W. Res. J. Int’l L.*, vol. 53 (2022), p.54 at p. 58.

комитета юристов основное внимание должно было быть уделено «совместной доктрине авторов, чьи мнения имеют авторитет»⁶⁰¹. Также были сделаны ссылки на «согласующиеся доктрины»⁶⁰². По мнению одного из авторов, «кажется очевидным, что члены [Консультативного комитета юристов]... вероятно, имели в виду труды лишь нескольких выдающихся авторов и, возможно, основные трактаты. Экспоненциальное распространение международно-правовых трудов произойдет только позже»⁶⁰³.

327. Экспертные группы, по природе вещей, были бы более авторитетными источниками доктрин. В этом отношении следует провести различие между «частными» экспертными органами и «публичными» экспертными органами. Другой полезный способ подхода к этим структурам, как утверждает Сандеш Сивакмуран, заключается в том, являются ли они «уполномоченными государством» или нет⁶⁰⁴. Примерами частных экспертных групп могут служить Институт международного права, Гагская академия международного права, Ассоциация международного права и Гарвардский научно-исследовательский институт права. Примеры последних, а именно органов, уполномоченных государством, возможно, наиболее ярко включают работу независимых экспертных органов, которые извлекают пользу из диалога или взаимодействия с государствами⁶⁰⁵. Прекрасным примером последнего является МККК, который сыграл важную роль в развитии современного международного гуманитарного права⁶⁰⁶.

328. Тем не менее предложенная здесь двухкомпонентная классификация не является исчерпывающей и даже может иметь исключения. С одной стороны, могут существовать органы, которые, как представляется, обладают характеристиками как публичных, так и частных. С другой стороны, существуют такие органы, как Комиссия или Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, которые находятся в особых отношениях с государствами отчасти благодаря их прямому мандату на оказание помощи государствам в кодификации и развитии международного права. Последние

⁶⁰¹ Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, p. 323.

⁶⁰² Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th – July 24th 1920, pp. 332 and 336.

⁶⁰³ Sender, “The Importance of Being Earnest: Purpose and Method in Scholarship on International Law”, p. 57.

⁶⁰⁴ См. Sandesh Sivakumaraan, “Beyond States and Non-State Actors: The Role of State-Empowered Entities in the Making and Shaping of International Law”, *Columbia J. of Trans'l L.*, vol. 55 (2017), p. 351 («Структура, уполномоченная государством, — это, по сути, структура, которую государства уполномочили выполнять определенные функции»).

⁶⁰⁵ A. Pellet, “Le droit international à la lumière de la pratique”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 414 (2021), at p. 182; см. также M. Sourang, “Jurisprudence and Teachings” in M. Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects* (Paris, UNESCO and Dordrecht, Nijhoff, 1991), pp. 283–288, at pp. 283–284, 285; T. Treves, “The Expansion of International Law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 398 (2020), pp. 9–398, at p. 190.

⁶⁰⁶ МККК пользуется высоким авторитетом, например, со стороны Апелляционной камеры МТБЮ в решении по делу *Тадича* по ходатайству защиты о подаче промежуточной апелляции по вопросу о юрисдикции (2 октября 1995 года), пункт 109 («Как хорошо известно, МККК очень активно содействует развитию, осуществлению и распространению международного гуманитарного права. С актуальной для нас точки зрения, а именно с точки зрения возникновения обычных норм в отношении внутренних вооруженных конфликтов, МККК внес замечательный вклад, призывая стороны вооруженных конфликтов соблюдать международное гуманитарное право. ... Он показывает, что МККК содействовал и способствовал распространению общих принципов гуманитарного права на внутренние вооруженные конфликты. Поэтому практические результаты, достигнутые МККК в деле побуждения к соблюдению международного гуманитарного права, следует рассматривать как элемент реальной международной практики; это элемент, который сыграл заметную роль в возникновении или кристаллизации обычных норм»).

учреждения, а также другие созданные государствами органы лучше рассматривать в отдельной категории, учитывая их официальные мандаты, а не как экспертные группы ученых, занимающихся научными работами. В собственной работе Комиссии, как указано в меморандуме Секретариата, экспертным органам придается больший вес, чем науке, что интуитивно также представляется правильным.

Е. Значение понятия «различные нации»

329. Специалисты по публичному праву должны быть «различных наций». Синонимы термина «различные»⁶⁰⁷ — «разные, разнообразные, несколько и многие», в то время как «нации» — это явно ссылка на группу людей, образующих государство. Комиссия истолковала фразу так, как она используется в Статуте, и «подчеркивает важное значение охвата» «работ, представляющих основные правовые системы и регионы мира и составленных на разных языках»⁶⁰⁸.

330. Стремление к репрезентативности вытекает из универсалистского характера или, по крайней мере, универсалистского стремления международного права как свода норм права, который в первую очередь регулирует отношения между различными суверенными государствами. Если во время разработки Статута Постоянной палаты международного правосудия количество государств составляло менее трети от того, что существует сегодня, и еще меньше было разнообразия в «невидимом колледже международного права»⁶⁰⁹, из которого можно было бы с уверенностью брать наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву, то сегодня вполне логично, что судьи, в той мере, в какой они ссылаются или принимают во внимание академические труды, обращаются к трудам авторов из различных стран мира⁶¹⁰. Это требование, которое, согласно здравому смыслу, не означает, что Суд должен изучать индивидуальные произведения сотен авторов в процессе определения каждой нормы права, подлежащей применению, однако предполагает, что должны быть предприняты напряженные усилия — в большей степени, чем в настоящее время, — чтобы хотя бы в малой степени обеспечить представительство различных наций и регионов мира.

331. Вышеизложенные аргументы согласуются с правилами, установленными для представительного состава Всемирного суда, и с другими положениями статьи 38, которые связывают формирование международного права с понятием общего согласия⁶¹¹. В этой связи было замечено: «При изучении доктрин специалистов по публичному праву крайне необходимо учитывать мнения, возникшие

⁶⁰⁷ “Various”, Oxford English Dictionary (OED 3d ed. 2013). URL: www.oed.com.

⁶⁰⁸ A/CN.4/710/Rev.1, Вывод 14, пункт 4.

⁶⁰⁹ Oscar Schachter, “The Invisible College of International Lawyers” NULR, vol. 72 (1977), p. 217. But see A Peters, ‘International Legal Scholarship under Challenge’, in J d’Aspremont, T Gazzini, A Nollkaemper & W Werner (eds) *International Law as a Profession* (Cambridge University Press, Cambridge, 2017) at p. 119 (где утверждается, что «невидимый колледж» можно понимать как «элитный колледж ученых развитого мира, колледж, в котором ученые из так называемого глобального Юга низведены до роли вечных студентов»).

⁶¹⁰ Когда Лига Наций была основана, в нее входило 41 государство-член. К моменту своего распада она насчитывала 63 государства-члена. Хотя это означало, что большинство стран мира были ее членами, и хотя она имела универсалистские устремления, ей не удалось достичь этой цели, поскольку многие страны были колонизированы. Постоянная палата международного правосудия обладала юрисдикцией для рассмотрения споров в отношении 45 государств.

⁶¹¹ M. Virally, “The Sources of International Law” in M. Sørensen (ed.), *Manual of Public International Law* (London, Macmillan, 1968), pp. 116–174, at p. 153.

или преобладающие во всех различных регионах мира; и именно по этой причине, помимо индивидуальных работ, особым авторитетом пользуются труды научных обществ с международным составом, таких как Институт международного права»⁶¹².

332. В то же время, хотя в уставах международных судов, таких как Международный Суд, может быть написано одно, фактическая практика цитирования международных судов и трибуналов говорит о том, что существуют определенные взгляды и определенные авторы, чьи работы более распространены в международных трибуналах. Этот вопрос может стать поводом для неудобных разговоров. Однако, по мнению Специального докладчика, эту проблему следует непосредственным образом рассматривать, а не замалчивать. В этой связи в качестве примера можно привести тот факт, что Суд в редких случаях, когда он ссылается на ученых, как правило, цитирует в основном одну и ту же группу авторов. Сообщается, что 10 наиболее цитируемых авторов — все из западных стран, и все они мужчины⁶¹³.

333. Более фундаментальная проблема, конечно, была отмечена критически настроенными учеными, такими как Джеймс Тую Гатий⁶¹⁴ и Антея Робертс⁶¹⁵, среди прочих, которые поставили под сомнение степень, в которой международное право может рассматриваться как действительно международное как в том, как право развивалось исторически, так и в том, как создаются знания о международном праве. Специалисты-практики, формирующие доводы в Суде, как правило, представляют определенные регионы. В эмпирическом исследовании первых 50 лет⁶¹⁶ работы Международного Суда, с 1948 по 1998 годы, ученые много лет назад продемонстрировали преобладание юристов из стран Организации экономического сотрудничества и развития в разбирательствах в Суде. Много

⁶¹² Ibid.

⁶¹³ В ходе целенаправленного исследования доктрин и их применения Судом Хелмерсен показывает, что десять наиболее цитируемых авторов — это Шабтай Розенн, Херш Лаутерпахт, Джеральд Фицморис, Мэнли О. Хадсон, Ласса Оппенгейм, Роберт Дженнингс, Чарльз де Вишер, Иэн Браунли, Артур Уоттс и Джулиус Стоун. Большинство авторов — граждане Соединенного Королевства или Соединенных Штатов. Их количество лишь незначительно улучшилось с точки зрения разнообразия, когда автор расширил исследование, чтобы установить 40 самых цитируемых персон. Из 40 человек только один (Эдуардо Хименес де Аречага) является представителем страны глобального Юга — Уругвая. Все остальные были из группы западноевропейских и других государств. См. *The Application of Teachings by the ICJ*.

⁶¹⁴ James Thuo Gathii, “The Promise of International Law: A Third World View” *Grotius Lecture Presented at the 2020 Virtual Annual Meeting of the American Society of International Law* (29 August 2020).

⁶¹⁵ В качестве иллюстративной книги, оспаривающей ортодоксальную точку зрения об универсальности международного права, см. Anthea Roberts, *Is International Law International?* (Oxford: Oxford University Press, 2017).

⁶¹⁶ См., например, Kurt Taylor Gaubatz and Matthew MacArthur, “How International is International Law?”, *Michigan J. of Int’l Law*, vol. 22 (2001), p. 239 (где утверждается «степень монополии Запада на международную правовую практику в Международном Суде» и заявляется, что это «господство предполагает, что “международное” право не является настолько международным, как предполагает его название»; и что «доминирование Запада в международной правовой практике не станет сюрпризом ни для кого, кто изучал разбирательства Международного Суда»). Утверждение Гаубатца и Макатура о том, что перепредставленность западных юристов в делах Международного Суда может частично объясняться отсутствием адвокатов с достаточным опытом из развивающихся стран, ведущих дела в Международном Суде, было оспорено. См. James Thuo Gathii, “Decolonizing the ICJ Mafia” (неопубликованная рукопись, находится у автора, готовится к изданию в 2023 году). К более поздним эмпирическим исследованиям относятся Shashank P. Kumar & Cecily Rose, “A Study of Lawyers Appearing before the International Court of Justice, 1999–2012,” *Eur. J. Int’l L.*, vol. 25 (2014) 893.

лет спустя, при американском председателе, судье Джоан Э. Донохью⁶¹⁷, вопрос о представительности адвокатов Международного Суда, похоже, приобрел большую значимость и, похоже, теперь является частью обсуждения официальными лицами суда вопросов представительства. По иронии судьбы, в течение десятилетий до этого судьи⁶¹⁸ и ученые⁶¹⁹, в основном из Африки, Азии, Ближнего Востока и Латинской Америки, оспаривали то, насколько универсалистские утверждения международного права могут быть поддержаны без существенного учета мнения глобального Юга⁶²⁰.

Г. Значение понятия «вспомогательные средства»

334. Что касается термина в статье 38 1) d) «в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм», в частности слов «вспомогательное средство», то здесь уместны три кратких комментария. Во-первых, термин «вспомогательный» заимствован из латинского “subsidiaries”, которое обозначает то, что оказывает помощь, то есть «второстепенный», «дополнительный» или «вторичный», «нечто вспомогательное или второстепенное»; что-то, что обеспечивает дополнительную поддержку или помощь; вспомогательное средство, помощь», тогда как второй термин, «средство», означает «посреднический агент или инструмент»⁶²¹; «нечто интерферирующее или вмешивающееся»⁶²². Заимствованное значение терминов предполагает существование чего-то другого, противопоставление тому, что является вспомогательным, например, слов «основное»

⁶¹⁷ Judge Joan E. Donoghue, President, Int'l Ct. Just., *Reflections on the 75th Anniversary of the International Court of Justice*, U.N. Chron. (Apr. 16, 2021), <https://www.un.org/en/chronicle/reflections-75th-anniversaryinternational-court-justice> (last visited 11 February 2023) («Однако каждый раз, когда я смотрю на делегации, представляющие стороны, меня поражает, что их состав слишком напоминает группы лиц, собравшихся в 1945 году для разработки Устава Организации Объединенных Наций и Статута Суда. Очень мало советников из развивающихся стран, и почти все, независимо от национальности, — мужчины»).

⁶¹⁸ См. раннее критическое высказывание по этому поводу Christopher Weeramantry, “A Response to Berman: In the Wake of Empire,” in Weeramantry & Nathaniel Berman, *The Grotius Lecture Series*, vol. 14, *Am. U. Int'l L. Rev.* (1999), p. 1555, <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1339&context=auilr> (last visited 11 February 2023).

⁶¹⁹ См. Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty And International Law* (2005); Alejandro Alvarez, *American Problems In International Law* (Michigan: Gale Publisinh, 1909); R. P. Anand, “New States and International Law” *JILI*, vol. 15(3) (1972), pp. 522-524; Wang Tieya, “The Third World and International Law” in R. St. J. Macdonald & D. M. Johnston, *The Structure and Process of International Law* (The Hague: Martinus Nijhof, 1983); Onuma Yusaki, *International Law In A Transcivilizational World* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017); Georges Abi-Saab, “The Newly Independent States and the Rules of International Law: An Outline”, *Howard L.J.* vol. 8 (1962) p. 95; Mohammed Bedjaoui, *Towards A New International Order* (New York: Holmes & Meier Publishing, 1976); Taslim O. Elias, *Africa and the Development Of International Law* (Netherlands: Martinus Nijhof, 1974); B.S Chimni, *International Law And World Order: A Critique Of Contemporary Approaches*, 2nd ed. (Cambridge: Cambridge University Press, 2017); Upendra Baxi, *Human Rights in a Posthuman World: Critical Essays* (Oxford: Oxford University Press, 2009); Christopher G. Weeramantry, *Nauru: Environmental Damage Under International Trusteeship* (Oxford: Oxford University Press, 1992); Cynthia Farid, “Legal Scholactivists in the Third World: Between Ambition, Altruism and Access,” *Windsor Yearbook of Access to Justice*, vol. 33 (2016), p.57.

⁶²⁰ Полезную статью, в которой объясняется происхождение TWAIL и составляется полезная начальная библиография по ней, см. James T. Gathii, “TWAIL: A Brief History of its Origins, its Decentralized Network, and a Tentative Bibliography” *Trade L. and Dev.*, vol. 3 (2011), p. 26.

⁶²¹ “Subsidiary.” Oxford English Dictionary (OED 3d ed. 2013). URL: www.oed.com.

⁶²² “Means.” Oxford English Dictionary (OED 3d ed. 2013). URL: www.oed.com.

средство или «главное» средство. Однако ни один из этих антонимов не включен в Статут. Для наших целей, как и некоторые авторы, мы могли бы использовать термины «основной» или «главный». Шварценбергер отметил это, утверждая, что существование вспомогательной категории подразумевает, что «основные средства для определения норм права должны существовать»⁶²³.

335. Во-вторых, что более существенно, французский вариант вспомогательного средства (*moyen auxiliaire*) подчеркивает дополнительный характер этих средств. Это указывает, если не подтверждает, на то, что и судебные решения, и доктрины имеют подчиненный статус по отношению к основным средствам, перечисленным в пункте 1 а)–с) статьи 38, а именно: договорам, обычаям или общим принципам права. Другими словами, они являются вспомогательными, поскольку сами по себе не являются источниками. В любом случае, что касается двух «вспомогательных средств», в данной категории, по-видимому, не проводится формального различия между судебными решениями и доктринами. Авторы высказывают разные мнения по этому поводу. Некоторые считают эти два понятия одинаково важными и не имеющими значимых нормативных различий, в то время как другие авторы считают судебные решения более важными; доктрины в меньшей степени. Эти дебаты имеют некоторые практические последствия.

336. Например, и Фицморис, и Шварценбергер выразили сомнения по поводу доктрин, высказавшись в пользу судебных решений. Первый, как известно, утверждал, что «[решение] — это факт: мнение, каким бы убедительным оно ни было, остается мнением»⁶²⁴. Далее он утверждал, что дело не столько в том, что судебные решения по своей сути имеют больший вес, чем научные, сколько в том, что они оказывают «более прямое и непосредственное влияние на реалии международной жизни»⁶²⁵. Таким образом, он пришел к выводу, что было ошибкой ставить судебные решения «на одну ступень с доктринами наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву, а тем более совместно характеризовать их как “вспомогательное средство для определения правовых норм”»⁶²⁶. Он счел формулировку доктрин «совершенно неуместной» в отношении судебных решений, которые, по его мнению, никогда не могут быть вспомогательным средством определения⁶²⁷. Шварценбергер, в свою очередь, заявил, что к ссылке на доктрины специалистов по публичному праву в пункте 1 статьи 38 следует подходить с осторожностью, утверждая, что ученым было предоставлено «завышенное положение»⁶²⁸.

337. В-третьих, хотя этот вопрос может быть рассмотрен в одном из последующих докладов Специального докладчика, ряд авторов предположили, что квалификация термина «вспомогательный» в статье 38 1) d) «служит для квалификации средств в отношении суда или трибунала, выносящего определение»⁶²⁹. Это объясняется тем, что «в тех случаях, когда суд или трибунал берется за определение норм права с помощью первоочередных средств, например, посредством

⁶²³ Schwarzenberger, “International Law as Applied by International Courts and Tribunals”, p. 122.

⁶²⁴ Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law” in Jill Barrett and Jean-Pierre Gauci (eds.) *British Contributions to International Law, 1915–2015*, 3rd ed. (Leiden; Boston: Brill Nijhoff, 2021) pp. 476–496 at p. 494.

⁶²⁵ Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, p. 494.

⁶²⁶ Ibid. 495.

⁶²⁷ Ibid.

⁶²⁸ Georg Schwarzenberger “The Inductive Approach to International Law”, *Harvard Law Review*, vol. 60, (1947), p. 539 at p. 560.

⁶²⁹ A.Z. Borda, “A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, *Eur. J. Int. Law*, vol. 24(2) pp. 649–661 p. 650.

судебного толкования, такие средства могут быть охарактеризованы как “основные”»⁶³⁰. С другой стороны, если суд или трибунал «полагается на подсобные средства» в ходе проверки наличия или отсутствия нормы, такие средства можно считать «вспомогательными»⁶³¹. Другими словами, как судебные решения, так и доктрины могут быть использованы только «для толкования договора, а также для выяснения содержания обычного международного права или общего принципа права»⁶³². Эта операция может также применяться в рамках самой категории вспомогательных средств, так что «оговорки могут также использоваться при определении содержания других вспомогательных средств, которые, в свою очередь, могут использоваться для толкования договора или установления содержания обычного международного права или общих принципов права»⁶³³.

338. Наконец, как поясняется в меморандуме Секретариата, Комиссия подробно остановилась на значении термина «вспомогательные средства» как в тексте выводов, так и в комментариях по теме выявления обычного международного права, а также при выявлении и правовых последствиях императивных норм общего международного права (*jus cogens*)⁶³⁴.

G. Значение фразы «для определения правовых норм»

339. Фраза «определение правовых норм», если читать ее вместе с вступительной частью пункта 1 статьи 38, предписывающей Суду применять договоры, обычное право и общие принципы права, по сути, является конечной целью данного положения. Более ранние термины относятся к более ранним стадиям процесса. В этой связи, как уже говорилось выше, текст наделяет обе категории, судебные решения и доктрины, статусом «вспомогательного средства для *определения* правовых норм» (курсив добавлен). Исходя из простого, обычного смысла положения, судебная задача ясна: определить, какую правовую норму следует применять. «Определение» имеет двойное значение, если рассматривать его в форме существительного «определение» и в форме глагола «определять». Как существительное оно может означать «установление» (средство для выяснения правила, доказательство).

340. В соответствии с этим значением, Шахабуддин утверждает, что «“определение” [...] ограничивается определением в смысле выяснения существующего права». Опираясь на подготовительные материалы Консультативного комитета юристов, он отмечает, что «веский аргумент в пользу того, что ссылка на “определение правовых норм” подразумевает решение, которое просто разъяснит существующее право, а не приведет к появлению новой правовой нормы»⁶³⁵.

341. Но «определять» как глагол может иметь значение «решать» (устанавливать право)⁶³⁶. Определить — это «точно установить путем наблюдения, осмотра, расчета и т. д.». Оно также означает «решительно или авторитетно установить, объявить, провозгласить, заявить» или «решить или установить

⁶³⁰ Ibid., at p.656.

⁶³¹ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, at p. 27.

⁶³² Ibid.

⁶³³ Ibid.

⁶³⁴ Меморандум Секретариата, [A/CN.4/759](#), замечание 2, пп. 17–20.

⁶³⁵ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 77.

⁶³⁶ M. Mendelson, “The Formation of Customary International Law”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 272 (1998), pp. 155–410, at p. 202, footnote 95, also E. Roucouinas, “Rapport entre ‘moyens auxiliaires’ de détermination du droit international”, *Thesaurus Acroasium*, vol. 19 (1992), pp. 259–284, at p. 263.

заранее»; постановить, предписать»⁶³⁷. Шахабуддин считает, не обязательно соглашаясь с этим, что значение слова «определять», изложенное выше, может быть применимо здесь, отмечая, что «в юридическом контексте значение не ограничивается обнаружением или выявлением того, что уже существует; оно может включать в себя возникновение нового правового явления. Именно так это слово часто используется в юридических документах; если бы не «определение», то определяемый вопрос не мог бы иметь никакого существования в праве»⁶³⁸. Разница в значениях может просто отражать тонкую грань между правотворчеством и определением правовых норм, разница между которыми, по мнению Дженнинга, «скорее в степени, чем в роде»⁶³⁹. Учитывая вышесказанное, Шахабуддин заключает, что «представляется спорным, что ссылка в пункте 1 d) статьи 38 Статута на «определение правовых норм» может быть прочитана как включающая определение новых норм права решением самого Суда, которое основано на более ранних судебных решениях или трудах специалистов по публичному праву»⁶⁴⁰.

342. Статья 38 предписывает Суду «применять» судебные решения и доктрины как вспомогательное средство для определения правовых норм. В этом отношении в формулировке статьи 38 имеется явное противоречие, поскольку Статут предписывает Суду применять судебные решения и доктрины специалистов по публичному праву, а также применять их в качестве средства для определения правовых норм⁶⁴¹. Эта категория, собственно говоря, не состоит из элементов, которые применяет Суд: она служит для того, чтобы помочь Суду в выявлении источников, перечисленных в статье 38 1) а)–с)⁶⁴².

343. Представляется, что по сравнению с предыдущими тремя подпунктами, а именно с а) по с), в подпункте 1) d) статьи 38 1) d) происходит изменение регистра⁶⁴³. Формальные источники права, изложенные в первых трех подпунктах, являются источниками, в то время как в последнем подпункте говорится о «средстве определения правовых норм», то есть о доказательстве их существования и содержания. Судебные решения и доктрины не порождают правовые нормы: можно сказать, что они играют роль только в последующем, с целью оказания помощи в определении существования и толковании правовых норм⁶⁴⁴. Иными словами, обе категории применяются, но только в качестве средства для установления существования договорной нормы, нормы обычного права, общего принципа права или другого источника обязательства, составляющего позитивное право⁶⁴⁵.

⁶³⁷ “Determine.” Oxford English Dictionary (2nd edn., 1989), IV, p. 550.

⁶³⁸ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 77.

⁶³⁹ R.Y. Jennings, “General Course on Principles of International Law” in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 121 (Leiden: Sijthoff, 1967), p. 341.

⁶⁴⁰ Shahabuddeen, *Precedent in the World Court*, p. 78.

⁶⁴¹ P. Allott, “Language, Method and the Nature of International Law”, *Br. Yearb. Int. Law*, vol. 45 (1971), p. 79–135 at p. 118.

⁶⁴² P. Tomka, “Article 38 du Statut de la CIJ: incomplet” in *Dictionnaire des idées reçues en droit international* (Paris, Pedone, 2017), pp. 39–42, at p. 40.

⁶⁴³ Pellet, “Le droit international à la lumière de la pratique” in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 414 (Leiden: Sijthoff, 1967), pp. 9–547, at p. 181.

⁶⁴⁴ *Ibid.*

⁶⁴⁵ Helmersen, *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, p. 29.

Н. Замечания Специального докладчика в отношении элементов вспомогательных средств

344. Хотя Специальный докладчик намерен при необходимости вернуться к некоторым из вышеуказанных вопросов в последующих докладах, на данный момент он хотел бы предложить несколько предварительных замечаний, основанных на тексте и практике в отношении вспомогательных средств.

345. Во-первых, как подтверждает текст статьи 38, вспомогательные средства не являются источниками, по крайней мере, не в том формальном смысле, как первые три источника, перечисленные в статье. Как указал Розенн, вспомогательные средства в подпункте d) пункта 1 являются «хранилищем, из которого можно извлечь нормы, содержащиеся в подпунктах а), b) и с)»⁶⁴⁶. В этом смысле судебные решения и доктрины не являются источниками права как такового. Скорее, это «документальные “источники”, указывающие, где Суд может найти доказательства существования норм, которые он обязан применять в силу трех других подпунктов»⁶⁴⁷.

346. При этом на практике, как было показано выше, суды, включая Международный Суд, действительно опираются на свои предыдущие судебные решения в большей степени, чем на доктрины. Это естественно. Ведь, в конце концов, судьям нет смысла изобретать колесо при разрешении нового спора. Действительно, предшествующая судебная практика «часто используется для определения или разъяснения правовой нормы, а не для создания такой нормы, то есть не столько в качестве обязательных прецедентов, сколько в качестве прецедентов, оказывающих убедительное влияние»⁶⁴⁸. Как отметил Лаутерпахт, «многие акты судебного законодательства на самом деле могут совершаться под видом установления международного обычного права»⁶⁴⁹. И это несмотря на очевидное формальное ограничение, вытекающее из статьи 59, согласно которой решения Суда обязательны лишь для участвующих в деле сторон и лишь по данному делу. Существует определенная «двусмысленность в роли Суда в развитии международного права — с одной стороны, Статут исключает *stare decisis*, а с другой стороны, как признается, Суд играет центральную роль в развитии международного права»⁶⁵⁰. Действительно, благодаря практике, «постоянное пополнение судебных прецедентов создает то, что в настоящее время является значительным массивом прецедентного права»⁶⁵¹. Мало того, «результатом этого стало включение разумной модификации в кажущуюся жесткость пункта 1 d) статьи 38»⁶⁵². Последствия распространились и на другие международные суды.

⁶⁴⁶ Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, vol. III, (Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), p. 1553. There is increasing empirical studies clarifying the practice of the ICJ and other international tribunals. See, for instance, Ridi, “The Shape and Structure of the ‘Usable Past’: An Empirical Analysis of the Use of Precedent in International Adjudication”, 10 *Journal of International Dispute Settlement* (2019) 200; and Alschner and Charlotin, “The Growing Complexity of the International Court of Justice’s Self-Citation Network”, 29 *European Journal of International Law* (2018) 83.

⁶⁴⁷ Pellet and Müller, “Article 38”, p. 854.

⁶⁴⁸ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, p. 1609.

⁶⁴⁹ Hersch Lauterpacht, *Development of International Law by the International Court*, (London: Stevens & Sons Ltd, 1958), p. 368.

⁶⁵⁰ Tladi, “The Role of the International Court of Justice in the Developing of International Law”, p. 70.

⁶⁵¹ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court, 1920-2005*, p. 1553.

⁶⁵² Ibid.

347. Использование Судом и другими трибуналами предыдущих судебных решений оказалось влиятельным с точки зрения установления стандартов для них и даже для государств⁶⁵³, для других органов, играющих роль в кодификации и прогрессивном развитии международного права, таких как Генеральная Ассамблея (принимавшая, например, Нюрнбергские принципы на основе работы Комиссии, которая в основном опиралась на устав и решение одного трибунала), сама Комиссия (которая в значительной степени опирается на решения Постоянной палаты международного правосудия и Международного Суда), Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), и для национальных судов.⁶⁵⁴ И наоборот, «одно исключение из очевидного пренебрежения Суда к правовой доктрине: в своих решениях и консультативных заключениях Суд все чаще прибегает к работе Комиссии международного права, чтобы истолковать кодификационные конвенции, подготовленные Комиссией, или привести доказательства существования обычных норм, цитируя проекты статей Комиссии»⁶⁵⁵.

348. Второе предварительное замечание, связанное с вышеизложенным, заключается в том, что в доктринальном плане два вспомогательных источника, а именно судебные решения и доктрины, поставлены в один ряд в подпункте 1 d) статьи 38 Статута Международного Суда. Различия между ними не проводилось, поскольку на стадии разработки проекта в 1920 году считалось — по крайней мере, некоторыми членами Консультативного комитета юристов — что оба могут служить в качестве источников доказательств для выяснения наличия или отсутствия норм позитивного права. Однако, что касается доктрин, то, как показывает практика, насколько редко они цитируются в решениях большинства по сравнению с отдельными мнениями, они относительно менее важны по сравнению с судебными решениями. Действительно, некоторые сомневались, уместно ли ставить их на один уровень⁶⁵⁶. Но, хотя можно убедительно утверждать, что они не должны быть таковыми, Пелле справедливо отмечает, что критика против постановки судебных решений и доктрин на один уровень интеллектуально неуместна: «В абстрактном смысле и те, и другие выполняют одну и ту же функцию; они являются средствами установления того, что данная норма носит правовой характер, поскольку относится к формальному источнику права. Однако в конкретном плане они, конечно, не могут быть ассимилированы; хотя доктрина играет незаметную (но, вероятно, эффективную) роль в этой связи, использование судебной практики Судом, по сути, выходит далеко за рамки того, что подразумевает выражение “вспомогательное средство”»⁶⁵⁷.

349. Несмотря на критику в адрес статьи 38, она «оказала неоспоримое влияние на развитие международного права и права международного судебного разбирательства»⁶⁵⁸. Как выразился Сёренсен относительно предполагаемого согласия

⁶⁵³ См. меморандум Секретариата, A/CN.4/759, замечание 32, пункты 137–138.

⁶⁵⁴ Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1920–2005, p 1617.

⁶⁵⁵ Pellet and Müller, *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, “Article 38”, p. 792.

⁶⁵⁶ См. Fitzmaurice, “Some problems regarding the formal sources of international law”, pp. 496.

⁶⁵⁷ Pellet, “Article 38”, p. 784.

⁶⁵⁸ Ibid. at p. 69. См. также Charles Rousseau, *Droit International Public*, Tome 1 (Paris: Sirey, 1970), at p. 59; Max Sørensen, *Les sources du droit international: étude sur la jurisprudence de la Cour permanente de justice internationale*, (Copenhagen: Einar Munksgaard, 1946), p. 40.

между статьей 38 и международным правом, общая позиция была закреплена в силу самого существования статьи 38 и присущих ей полномочий⁶⁵⁹.

350. Наконец, по данному вопросу Специальный докладчик хотел бы услышать мнения членов Комиссии о последствиях этих предварительных замечаний и, в частности, о взаимосвязи между вспомогательными средствами и основными источниками.

⁶⁵⁹ Sørensen, *Les sources du droit international*, p. 40: 'la concordance prétendue entre cet article et le droit international commun s'est consolidée en vertu de l'existence même de l'article 38 et de son autorité inhérente'.

IX

Дополнительные вспомогательные средства для определения норм международного права

А. Неисчерпывающий характер статьи 38 ставит под сомнение существование других вспомогательных средств

351. Как уже должно быть ясно на основании вышеизложенных глав, статья 38 1) d) Статута Международного Суда по существу предусматривает, что «судебные решения» и «доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву» должны применяться «в качестве вспомогательных средств для определения норм права». Однако такие вспомогательные средства для определения норм права прямо не ограничиваются судебными решениями и доктринами. Это объясняется тем, что — как уже говорилось в связи с историей разработки — пункт 1 статьи 38 является директивой для Суда и не обязательно исчерпывающим перечислением источников международного права.

352. Поскольку статья 38 не является исчерпывающей, да и не предполагалось, что она будет таковой, возникает вопрос о том, какие еще источники права остаются. И после того, как эти другие источники права будут определены, можно будет рассмотреть вопрос о том, какие из них схожи с формальными источниками, указанными в подпунктах 1 а)–с), а какие из них будут относиться к вспомогательным средствам согласно подпункту 1 d). Если есть такие, которые могут подпадать под последнюю категорию — вспомогательные средства, то далее следует рассмотреть вопрос о том, можно ли их рассматривать в рамках данной темы.

353. Возможны как минимум два мнения. Прежде всего, для того чтобы Комиссия могла принести больше пользы в международное право своими усилиями по разъяснению места вспомогательных средств в определении норм международного права, следует продолжить рассмотрение вспомогательных средств, прямо не упомянутых в Статуте Международного Суда. Это не источники, взятые из воздуха. Скорее, это конкретные источники, идентифицируемые в практике международных судов, в частности Международного Суда как главного судебного органа Организации Объединенных Наций. И наоборот, можно привести аргумент, что даже после определения других вспомогательных средств, на которые ссылаются государства, те вспомогательные средства, которые прямо не упомянуты в статье 38 1) d), могут рассматриваться вне рамок данной темы.

354. В целом, принимая во внимание обсуждение в главе III относительно двух возможных путей рассмотрения данной темы в узком или широком смысле, Специальный докладчик теперь, в условиях полной прозрачности, кратко (по соображениям экономии места) рассмотрит основу для возможного рассмотрения дополнительных вспомогательных средств для определения норм международного права. Поэтому с единственной целью получить обратную связь от членов Комиссии ниже он представит некоторые полезные сведения, которые должны помочь в определении пути продвижения вперед по этому важному вопросу. В ожидании результатов обсуждения этого вопроса, сначала предоставив членам и государствам в Шестом комитете возможность поделиться своими соображениями, он не счел целесообразным формулировать какие-либо проекты выводов.

В. Сфера охвата других вспомогательных средств в рамках установленных категорий

355. В литературе приводятся различные варианты того, что можно считать дополнительными источниками международного права. Это не должно удивлять, учитывая характер пункта 1 статьи 38. Основными примерами, встречающимися в научных исследованиях, являются односторонние акты, резолюции или решения международных организаций, соглашения между государствами и международными предприятиями, религиозное право (включая шариат и исламское право), справедливость и мягкое право⁶⁶⁰. Вопрос в том, какие из них, если таковые имеются, подпадают под категорию источников, и какие из них являются вспомогательными, чтобы потенциально подпасть под сферу охвата данной темы. Здесь есть два уровня аргументации. На первом уровне можно считать, что то, какие вспомогательные средства подпадают под сферу действия пункта 1 статьи 38 или выходят за ее пределы, будет зависеть от того, насколько широко толкуются «судебные решения» и «доктрины». На втором уровне аргументации это будет зависеть от того, в какой степени, как предлагается в главе VI настоящего доклада, можно принять аргумент Фицмориса о том, что сосредоточение внимания юристов-международников на источниках обязательств, а не на источниках права, является потенциально более перспективным путем в выявлении норм, которые могут связывать государства как первичные субъекты международного права.

356. До сих пор, в предыдущей части настоящего доклада судебные решения определялись как решения международных судов и трибуналов, а также консультативные заключения и отдельные постановления, принятые в ходе разбирательства. Они также включают решения муниципальных и региональных судов по вопросам международного права. Под доктринами обычно понимаются труды ученых, написанные индивидуально или в составе групп авторов, образующих экспертные группы. При этом судебные решения национальных судов, как правило, признаются подпадающими под действие статьи 38 1) d)⁶⁶¹. В некоторых случаях можно сказать, что судебные решения и доктрины специалистов по публичному праву «практически сходятся или пересекаются в отношении особых и несогласных мнений» отдельных судей⁶⁶².

357. Тексты, подготовленные уполномоченными или, лучше сказать, созданными государством органами, такими как Комиссия, следует рассматривать отдельно от «доктрин специалистов по публичному праву». Их тексты составляются под эгидой официальных учреждений и могут отражать участие государств и/или их представителей в работе. Это отличает их от «доктрин специалистов по публичному праву»⁶⁶³. Разумеется, несмотря на то, что речь может идти об официальной роли, высказывания экспертов не являются «судебными решениями». Поэтому они не подпадают под сферу действия пункта 1 статьи 38. Поскольку они, как правило, не создают, но иногда разъясняют или выводят нормы, которые можно назвать обязательными для государств, и не издаются в контексте конкретных дел, их можно считать вспомогательными средствами для определения норм международного права.

⁶⁶⁰ Thirlway, *The Sources of International Law* (2nd edition, Oxford University Press 2019) p. 24–34.

⁶⁶¹ E.g. Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 140, однако см. Pellet and Müller, “Article 38”, in Andreas Zimmermann et al. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3rd Edition, 2019) p. 819, p. 954.

⁶⁶² Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 133.

⁶⁶³ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pp. 38–39.

358. В публикации *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission* («Обзор международного права в связи с работой по кодификации Комиссии международного права» 1949 года) говорится, что некоторые тексты Комиссии международного права (КМП) «по меньшей мере относятся к категории трудов наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву, упомянутых в статье 38», но добавляется, что «их авторитет будет значительно выше», отчасти благодаря «ресурсам Организации Объединенных Наций»⁶⁶⁴.

359. В Третьем докладе по теме «Выявление обычного международного права», подготовленном Специальным докладчиком, тексты КМП рассматриваются под заголовком «труды»⁶⁶⁵, но этого не сделано в более позднем тексте проектов выводов о выявлении обычного международного права (принятом в первом чтении)⁶⁶⁶. В комментариях действительно говорилось, что работы Комиссии «заслуживают особого рассмотрения» в контексте выявления обычного международного права⁶⁶⁷, но в проекте вывода о доктринах специалистов по публичному праву такие работы не упоминались⁶⁶⁸. Некоторые авторы утверждают, что работы КМП являются доктринами⁶⁶⁹, в то время как другие придерживаются противоположной точки зрения⁶⁷⁰. Однако другие, похоже, не уверены⁶⁷¹.

360. Комиссия изучила собственные работы. В соответствии со своим мандатом она не считает их доктринами, а тем более судебными решениями. Однако ее работам приписывается определенный авторитет. В связи с этим в части пятой выводов о выявлении обычного международного права Комиссия затронула этот вопрос в общем комментарии⁶⁷². Она определила свой мандат, заключающийся в оказании помощи государствам в прогрессивном развитии и кодификации международного права, статус вспомогательного органа Генеральной Ассамблеи, всеобъемлющие методы работы и тесное взаимодействие с Генеральной

⁶⁶⁴ *Survey of International Law in Relation to the Work of Codification of the International Law Commission: Preparatory work within the purview of article 18, paragraph 1, of the of the International Law Commission — Memorandum submitted by the Secretary-General*, A/CN.4/Rev.1, p. 16.

⁶⁶⁵ Майкл Вуд, Третий доклад по теме «Выявление международного обычного права», A/CN.4/682, пункты 55–67.

⁶⁶⁶ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят седьмая сессия, Дополнение № 10 (A/77/10)*, гл. IV, сс. 111–112.

⁶⁶⁷ *Ежегодник... 2018*, т. II (Часть вторая), с. 160.

⁶⁶⁸ Там же, с. 134.

⁶⁶⁹ E.g. Michael Wood, “Teachings of the most Highly Qualified Publicists (Art. 38 (1) ICJ Statute) in *Max Planck Encyclopedia of International Law*, (2017) para 11; American Law Institute, *Restatement of the Foreign Relations Law of the United States*, 3d ed. (Philadelphia, PA: American Law Institute Publishers, pg. 38; Fernando Lusa Bordin, “Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law”, *ICLQ*, vol. 63 (2004), p. 535 at p.537.

⁶⁷⁰ G. Fitzmaurice, “The Contribution of the Institute of International Law to the Development of International Law” in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 138 (1973) p.203 at p. 220.

⁶⁷¹ André Oraison, “L’Influence des Forces Doctrinales Academiques sur les Prononces de la C.P.J.I. et de la C.I.J.” *RBDI*, vol. 32 (1999) p. 205 at 208; J Dugard and D Tladi “Sources of International Law” in John Dugard, Max Du Plessis, Tiyanjana Maluwa, Dire Tladi (ed.), *Dugard’s International Law: A South African Perspective*, 5th ed. (South Africa: Juta & Company Ltd. 2019), pp. 28–48 at 37–38; Borda, “A Formal Approach to Article 38(1)(d) of the ICJ Statute from the Perspective of the International Criminal Courts and Tribunals”, p. 656–657.

⁶⁷² Выводы о выявлении обычного международного права с комментариями, *Ежегодник Комиссии международного права, 2018*, том II, часть II, на с. 160.

Ассамблеей среди соответствующих соображений (однако итоговая значимость, придаваемая ее работам, зависит от нескольких дополнительных факторов).

361. Безусловно, Комиссия имеет конкретный мандат и издает различные документы, включая доклады специальных докладчиков, рекомендации и выводы Комиссии в целом. Окончательным результатам процесса обсуждения, будь то проекты статей, проекты принципов или проекты выводов, часто приписывается определенный авторитет. Отчеты специальных докладчиков по своей природе ближе к доктринам, чем тексты, принятые Комиссией коллективно. Несмотря на это, доклады специальных докладчиков готовятся под эгидой официального учреждения, часто на основе, по крайней мере, неофициального мандата, что, возможно, отличает их от обычных «доктрин специалистов по публичному праву»⁶⁷³. Такие доклады затем обсуждаются Комиссией в целом, а их результаты доводятся до сведения государств, которые, в свою очередь, могут выразить свое мнение по этим результатам.

362. Существует множество других органов, созданных государствами. К ним относятся ЮНСИТРАЛ и договорные органы, созданные в соответствии с многосторонними договорами по правам человека (Комитет по правам человека⁶⁷⁴, Комитет по экономическим, социальным и культурным правам⁶⁷⁵, Комитет по ликвидации расовой дискриминации⁶⁷⁶, Комитет против пыток⁶⁷⁷, Комитет по ликвидации дискриминации в отношении женщин⁶⁷⁸, Комитет по правам ребенка⁶⁷⁹, Комитет по трудящимся-мигрантам⁶⁸⁰, Комитет по насильственным исчезновениям⁶⁸¹ и Комитет по правам инвалидов)⁶⁸². Эти экспертные органы выполняют различные функции, включая авторитетное толкование обязательств государств по соответствующим документам посредством, например, издания общих комментариев и, в некоторых случаях, рассмотрения индивидуальных жалоб, поданных против государств. В выводах Комиссии о последующих соглашениях и последующей практике в отношении толкования договоров говорится, что работа таких договорных органов «может порождать последующее соглашение или последующую практику участников по пункту 3 статьи 31 или последующую практику по статье 32 [Венской конвенции о праве международных договоров] или отсылать к ним»⁶⁸³.

⁶⁷³ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, p. 39.

⁶⁷⁴ Международный пакт о гражданских и политических правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, p. 225.

⁶⁷⁵ Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (Нью-Йорк, 16 декабря 1966 года) United Nations, *Treaty Series*, vol. 993, p. 35.

⁶⁷⁶ Международный пакт о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Нью-Йорк, 7 марта 1966 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 660, p. 1.

⁶⁷⁷ Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (Нью-Йорк, 10 декабря 1984 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, p. 133.

⁶⁷⁸ Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (Нью-Йорк, 18 декабря 1979 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1249, p. 59.

⁶⁷⁹ См. также Конвенцию о правах ребенка (Нью-Йорк, 20 ноября 1989 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1577, p. 81.

⁶⁸⁰ Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей (18 декабря 1990 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2220, p. 164.

⁶⁸¹ Международная конвенция для защиты всех лиц от насильственных исчезновений (20 декабря 2006 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2716, p. 90.

⁶⁸² Конвенция о правах инвалидов (Нью-Йорк, 13 декабря 2006 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2515, p. 122.

⁶⁸³ *Ежегодник... 2018*, т. II (Часть вторая), с. 16.

363. Специальные процедуры Совета по правам человека, издающие доклады, также могут считаться созданными государствами органами. Существуют также региональные кодификационные органы, созданные государствами или международными организациями, такие как Межамериканский юридический комитет, Азиатско-африканская консультативно-правовая организация, Комитет юристических советников по международному публичному праву и Комиссия Африканского союза по международному праву.

364. Тексты, подготовленные частными органами, такими как Институт международного права, напротив, должны рассматриваться как «доктрины»⁶⁸⁴.

365. МККК утверждает, что имеет «гибридную природу»⁶⁸⁵ как «частная ассоциация», зарегистрированная в Швейцарии, чьи «функции и деятельность», тем не менее, «санкционированы международным сообществом государств»⁶⁸⁶. Государства играют незначительную, если вообще какую-либо, роль в создании текстов МККК⁶⁸⁷. Тексты, подготовленные МККК, можно было бы, в качестве отправной точки, квалифицировать как «доктрины специалистов по публичному праву»⁶⁸⁸. Такого мнения придерживался английский апелляционный суд в деле *Сердар Мохаммед и другие против министра обороны*, где он постановил, что «институциональные взгляды МККК также квалифицируются как “доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций”, поэтому они квалифицируются как вспомогательный источник для определения норм международного права: Статут Международного Суда, Статья 38 1) d)»⁶⁸⁹.

366. В число других частных экспертных органов, помимо Института международного права, входят Ассоциация международного права, Гарвардский исследовательский институт, Американский институт права и Институт им. Т.М.К. Ассера. Все они часто публикуют различные материалы, а в случае Американского института права — авторитетные переиздания по различным темам, включая международное право.

367. Большинство из вышеперечисленных органов были упомянуты Комиссией в ходе ее работы, о чем подробно говорится в меморандуме Секретариата. В некоторых случаях Комиссия опиралась на их выводы или полагалась на них, а в некоторых случаях не соглашалась с их выводами. Ссылки на такие органы также можно увидеть в работах специальных докладчиков. Например, во *Втором докладе об общих принципах права* было отмечено, что «государственные и частные инициативы по кодификации также учитываются при определении существования и содержания принципа, общего для национальных правовых систем»⁶⁹⁰.

⁶⁸⁴ Вывод 14 п. 5 включает «результаты работы международных органов, участвующих в кодификации и развитии международного права» в рамках обсуждения «доктрин».

⁶⁸⁵ Gabor Rona, “The ICRC’s status: in a class of its own”, ICRC (17 February 2004) <icrc.org/eng/resources/documents/misc/5w9fjy.htm>.

⁶⁸⁶ Gabor Rona, “The ICRC’s status: in a class of its own”, ICRC (17 February 2004) <icrc.org/eng/resources/documents/misc/5w9fjy.htm>; similarly Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press 2007), p. 204–205.

⁶⁸⁷ Alan Boyle and Christine Chinkin, *The Making of International Law* (Oxford University Press 2007), p. 205.

⁶⁸⁸ Gideon Boas, *Public International Law: Contemporary Principles and Perspectives* (Edward Elgar 2012) p. 115.

⁶⁸⁹ *Serdar Mohammed and others v. Secretary of State for Defence* [2015] EWCA Civ 843, para 171.

⁶⁹⁰ Комиссия международного права, Второй доклад об общих принципах права, A/CN.4/741, с. 63, п.180

С. Потенциальные варианты вспомогательных средств

368. Как указывалось ранее, исходя из практики, существуют различные возможные источники международного права в той мере, в какой наша задача состоит в определении основы для юридических связывающих обязательств для государств в соответствии с международным правом. Как уже отмечалось ранее, в целях начала дискуссии по этому вопросу, два наиболее распространенных примера, обычно встречающихся в литературе, кратко рассматриваются по очереди в последующих пунктах: односторонние акты государств, включая заявления государственных должностных лиц, которые могут привести к возникновению юридических обязательств, и резолюции и решения международных организаций, являющиеся основой обязательств, которые могут быть и были признаны в судебных решениях, которые, как утверждалось ранее в настоящем докладе, могут рассматриваться как материальные источники.

369. Что касается односторонних актов, то в теоретическом плане их можно рассматривать либо как основной источник обязательств для государств, либо как вспомогательное средство для определения норм права. Односторонние акты, конечно, могут быть обязательными для государств, как подтвердил Международный Суд в делах «О ядерных испытаниях». В нем Суд заявил, что «общеизвестно, что заявления, которые делаются в форме односторонних актов и касаются правовых или фактических ситуаций, могут повлечь за собой возникновение правовых обязательств»⁶⁹¹. Будучи признанным в решении Международного Суда, вопрос заключается в том, можно ли рассматривать само решение как вспомогательное средство для определения существования и содержания норм международного права.

370. *Руководящие принципы Комиссии, применимые к односторонним заявлениям государств, способным привести к возникновению юридических обязательств*, предполагают то же самое, поскольку первый руководящий принцип берет за основу то, что «[з]аявления, сделанные публично и отражающие волю взять на себя обязательства, могут иметь следствием возникновение юридических обязательств»⁶⁹². Поскольку такие заявления являются юридически обязательными при соблюдении определенных условий, их не следует считать «вспомогательными средствами». Более правдоподобным представляется мнение, что они просто не подпадают под действие пункта 1 статьи 38⁶⁹³. По предварительному мнению Специального докладчика, они не могут иметь естественного места в пункте 1 статьи 38 Статута Международного Суда. Они даже могут считаться «незавершенными договорами»⁶⁹⁴ или, в более широком смысле, источниками юридических обязательств в определенных обстоятельствах. Почему, будучи источниками юридически связывающих обязательств, они должны квалифицироваться как вспомогательные средства, а не как первичные источники международного права, представляется неясным. Поэтому, принимая во внимание предыдущую работу Комиссии по данной теме, вероятно, нет необходимости включать такие возможные источники обязательств государств по международному праву в настоящее исследование, посвященное вспомогательным средствам для определения норм международного права.

⁶⁹¹ Nuclear Tests (*Australia v. France; New Zealand v. France*), Judgments, ICJ Reports (1974), p. 253 and 457, para. 43 and para. 46. См. также Legal Status of Eastern Greenland, Judgment, PCIJ, Series A/B, No. 53, p. 22, 73.

⁶⁹² Ежегодник... 2006, т. II (Часть вторая), с. 175, п. 176.

⁶⁹³ E.g. Alain Pellet and Daniel Müller, "Article 38", in Andreas Zimmermann and others (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary* (3rd Edition, 2019) p. 819, p. 853.

⁶⁹⁴ Thirlway, *The Sources of International Law*, p. 51.

371. Положения резолюций или решений, принятых международными организациями или межправительственными конференциями, могут быть обязательными или необязательными. В тех случаях, когда положения резолюций имеют обязательную силу, они будут являться источниками связующих обязательств для соответствующих государств. В этой связи хорошо известно, что некоторые резолюции Совета Безопасности являются обязательными для государств-членов Организации Объединенных Наций. Это следует из действия главы VII Устава Организации Объединенных Наций и статей 24 и 25, где государства-члены «соглашаются подчиняться решениям Совета Безопасности и выполнять их». Существуют также резолюции Совета Безопасности, которые могут быть необязательными, например, принятые на основании Главы VI Устава Организации Объединенных Наций, которые могут иметь другие юридические последствия. Классификация резолюций как обязательных или необязательных влечет за собой юридические последствия для государств-членов Организации Объединенных Наций и, в отношении обязательных резолюций, затрагивает статью 103 Устава, которая предусматривает, что противоречащие обязательства, вытекающие из любых других международных соглашений, уступают место обязательствам, имеющим преимущественную силу в соответствии с Уставом. Резолюции Совета Безопасности не являются договорами, даже если они черпают свою обязательную силу из договора⁶⁹⁵.

372. Генеральная Ассамблея, как пленарный орган организации, может принимать резолюции по различным вопросам в соответствии со статьями 10–14 Устава Организации Объединенных Наций. Статья 10 уполномочивает Генеральную Ассамблею «обсуждать любые вопросы или дела в пределах настоящего Устава или относящиеся к полномочиям и функциям любого из органов, предусмотренных настоящим Уставом», и «делать рекомендации Членам Организации Объединенных Наций или Совету Безопасности или и Членам Организации и Совету Безопасности по любым таким вопросам или делам»⁶⁹⁶. И, наконец, в соответствии со статьей 13 Генеральная Ассамблея «организует исследования и делает рекомендации в целях», среди прочего, поощрения прогрессивного развития международного права и его кодификации»⁶⁹⁷. С этой целью резолюцией, к которой прилагалось Положение, Генеральная Ассамблея учредила Комиссию, «целью которой является содействие прогрессивному развитию международного права и его кодификации», но Генеральная Ассамблея может также проводить свою собственную независимую работу в этой области — как она это делала в прошлом через Шестой комитет (по правовым вопросам).

373. Исторически сложилось так, что, когда Генеральная Ассамблея принимала резолюции по общим вопросам международного права, степень их принятия на этом универсальном форуме служила доказательством мнения государств в определении норм международного права, признанных как Международным Судом, так и Комиссией. Некоторые так называемые правотворческие резолюции включают Нюрнбергские принципы⁶⁹⁸, Декларацию о предоставлении независимости колониальным странам и народам⁶⁹⁹, Декларацию о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций⁷⁰⁰, Декларацию правовых принципов, регулирующих деятельность государств по

⁶⁹⁵ Pellet and Müller, “Article 38”, p. 857.

⁶⁹⁶ Организация Объединенных Наций, *Устав Организации Объединенных Наций*, 1945 год, 1 UNTS XVI, статья 10.

⁶⁹⁷ *Устав Организации Объединенных Наций*, статья 13.

⁶⁹⁸ Резолюция Генеральной Ассамблеи [95 \(I\)](#), 11 декабря 1946 года.

⁶⁹⁹ Резолюция Генеральной Ассамблеи [1514 \(XV\)](#), 14 декабря 1960 года.

⁷⁰⁰ Резолюция Генеральной Ассамблеи [2625 \(XXV\)](#) от 24 октября 1970 года.

исследованию и использованию космического пространства⁷⁰¹, Рио-де-Жанейрскую декларацию по окружающей среде и развитию⁷⁰² и Декларацию Организации Объединенных Наций о правах коренных народов⁷⁰³.

374. Учитывая вышеприведенное обсуждение и оценку Комиссией роли резолюций в других темах, возникает вопрос, можно ли (также) характеризовать их как форму вспомогательных средств в той степени, в которой норма международного права формулируется в приговоре или решении международного суда или трибунала на основе признания взглядов или положений, выраженных в резолюции, принятой органом универсального членства. Если резолюция рассматривается как материальный источник, подобно судебному решению, то вполне можно утверждать, что она является вспомогательным средством для определения нормы международного права. Международный Суд в различных случаях высказывался по обоим вопросам, и в той мере, в какой Комиссия примет решение об их изучении в рамках данной темы, эти решения и мнения, а также предыдущие выводы по другим смежным темам станут основной базой для нашего рассмотрения.

D. Разграничение вспомогательных средств и доказательств существования норм международного права

375. Если принято решение рассмотреть один из вышеуказанных вопросов, например, место резолюций международных организаций, то такие вспомогательные средства необходимо будет отличать от источников, которые служат доказательством существования нормы или элементов нормы. Хотя при необходимости этот вопрос может быть рассмотрен в будущем докладе, на данном этапе целесообразно изложить ряд аспектов.

376. Для того, чтобы показать, что тот или иной договор существует, можно использовать сборник договоров. Было бы неверно называть сборник договоров вспомогательным средством для определения норм права. Сборник договоров как таковой не играет никакой роли в толковании договора. Вспомогательные средства для определения норм международного права — это средства, которые, напротив, используются для содержания, качества и убедительности их идей о праве. Они могут, например, помочь в толковании договора.

377. Необязательные резолюции и подобные документы могут быть использованы в качестве доказательства существования нормы обычного права или общего принципа права. В качестве альтернативы они могут быть использованы для оценки содержания, качества и убедительности их идей об общих принципах права. В первом докладе Специального докладчика об общих принципах права было признано, что «для выявления общего принципа права необходимо тщательно изучить имеющиеся доказательства, свидетельствующие о том, что он был признан»⁷⁰⁴. Во втором докладе отмечалось, что «другие виды материалов» (помимо судебных решений и доктрин специалистов по публичному праву), «такие как государственные и частные инициативы по кодификации,

⁷⁰¹ Резолюция Генеральной Ассамблеи [1962 \(XVIII\)](#), 13 декабря 1963 года.

⁷⁰² Резолюция Генеральной Ассамблеи [47/190](#), 22 декабря 1992 года.

⁷⁰³ Резолюция Генеральной Ассамблеи [61/295](#), 13 сентября 2007 года.

⁷⁰⁴ Марсело Васкес-Бермудес, Первый доклад об общих принципах права (5 апреля 2019 года), [A/CN.4/732](#), сс. 51–52, пункт 165.

также учитывались при определении существования и содержания принципа, общего для национальных правовых систем»⁷⁰⁵.

378. В заключение данного раздела следует отметить, что выявление вспомогательных средств зависит не только от типологии инструментов, но и от их применения в конкретном случае. Любой источник, инструмент или текст, обязательный или необязательный, который может вдохновить на юридические аргументы, может быть использован в качестве вспомогательного средства для определения норм права в конкретном случае. В то же время инструмент, который потенциально может быть использован в качестве вспомогательного средства, вместо этого может быть использован в качестве доказательства существования норм международного права.

Е. Вопросы значимости

379. Различные вспомогательные средства будут иметь разный уровень «значимости» или «авторитета». Уровень также может различаться в разных системах, в том смысле, что одно вспомогательное средство может иметь разную значимость в разных контекстах. Например, решения одного международного суда или трибунала обычно имеют большое значение для самого этого суда или трибунала, но они могут считаться менее важными для другого суда или трибунала, который может вместо этого отдать предпочтение своим собственным решениям. Мы также видим это в практике Комиссии.

380. Вес «других» вспомогательных средств может зависеть от «тщательности и объективности», с которой они были составлены. Об этом свидетельствуют выводы Комиссии о выявлении обычного международного права, когда она обсуждает «ценность» «результатов работы международных органов, занимающихся кодификацией и развитием международного права», а также «степени, в которой этот результат призван отразить существующее право»⁷⁰⁶. Комиссия также предположила, что ее собственные результаты «заслуживают особого рассмотрения» отчасти из-за «тщательности процедур»⁷⁰⁷, но их «значимость» отчасти зависит от «источников, на которых она опирается»⁷⁰⁸. «Значимость» также зависит от «этапа ее работы»⁷⁰⁹, что может означать, что более поздние стадии в большей степени выигрывают от тщательности процесса разработки. В отдельных мнениях Международного Суда, похоже, «качество» считается важным для определения «значимости» доктрины⁷¹⁰. То же самое может относиться и к другим вспомогательным средствам. Качество, по-видимому, является одной из причин того, что работы, подготовленные Комиссией, считаются важными для Международного Суда, поскольку они создаются в результате тщательного процесса разработки⁷¹¹. Бордин предполагает, что тщательная редакционная «процедура [...] может установить презумпцию в пользу мнения, одобренного в незаконодательной кодификации»⁷¹².

⁷⁰⁵ Марсело Васкес-Бермудес, Второй доклад об общих принципах права (9 апреля 2022 года), [A/CN.4/741](#), с. 63, пункт 180.

⁷⁰⁶ Вывод 14, пункт 5. *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят третья сессия, Дополнение № 10*. ([A/73/10](#)), с. 171.

⁷⁰⁷ Там же, с. 160.

⁷⁰⁸ Там же.

⁷⁰⁹ Там же.

⁷¹⁰ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pp. 110–114.

⁷¹¹ Ibid., p. 87–88.

⁷¹² Fernando Lusa Bordin, “Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law” ICLQ, vol. 63 (2014), p. 535 at p 560.

381. Наличия экспертных знаний у лиц, участвующих в составлении текста, является еще одним фактором, который может повлиять на его значимость⁷¹³. Этот фактор упоминается Комиссией в *выводах о выявлении обычного международного права* как фактор, влияющий на «ценность» «результатов работы международных органов, занимающихся кодификацией и развитием международного права»⁷¹⁴. Он также предлагается Комиссией в выводах о выявлении обычного международного права и рассматривается отдельными судьями Международного Суда, применяющими доктрины специалистов по публичному праву.⁷¹⁵ Это еще одна причина, по которой работы, подготовленные Комиссией, считаются важными, поскольку ее члены должны быть «лицами с признанным авторитетом в области международного права»⁷¹⁶. Бордин также предполагает, что «авторство» как фактор может установить презумпцию в пользу мнения, одобренного в незаконодательной кодификации»⁷¹⁷.

382. Другим важным фактором может быть то, насколько хорошо вспомогательные средства вписываются в мандат учреждения. «Мандат» упоминается Комиссией в *выводах о выявлении обычного международного права* как фактор, влияющий на «ценность» «результатов работы международных органов, занимающихся кодификацией и развитием международного права»⁷¹⁸. Комиссия в том же документе предположила, что ее собственный результат «заслуживает особого рассмотрения» отчасти из-за ее «уникального мандата». Вспомогательные средства часто создаются организациями, которым государства выдали соответствующий мандат. Вспомогательное средство, которое полностью подпадает под такой мандат, может иметь большую значимость, чем то, которое выходит за его пределы. Некоторые институты имеют общий мандат, например Комиссия, которая уполномочена разрабатывать и кодифицировать «международное право», будь то публичное или частное⁷¹⁹. Другие институты могут иметь более узкий и специализированный мандат. Тот факт, что Международный Суд в деле *Диалло* считал, «что он должен придавать большую значимость толкованию, которое было принято» Комитетом по правам человека⁷²⁰ и подпадало под узкоспециализированный мандат Комитета, поддерживает эту точку зрения. В деле *Комитета по ликвидации расовой дискриминации*, напротив, Суд «внимательно рассмотрел позицию, занятую Комитетом КЛРД», но не последовал ей⁷²¹.

383. Уровень согласия или несогласия, стоящий за вспомогательным средством, также может иметь значение. Комиссия упомянула «поддержку внутри органа» как фактор, влияющий на «ценность» «результатов работы международных органов, занимающихся кодификацией и развитием международного права» в своих *выводах о выявлении обычного международного права*⁷²². Судьи

⁷¹³ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, p. 129.

⁷¹⁴ Вывод 14, пункт 5. Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят третья сессия, Дополнение № 10. (A/73/10), с. 171.

⁷¹⁵ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pp. 107–110.

⁷¹⁶ КМП, Положение о Комиссии международного права, 1947, Статья 2 1).

⁷¹⁷ См. Bordin, “Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law”.

⁷¹⁸ Вывод 14, пункт 5. Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят третья сессия, Дополнение № 10. (A/73/10), с. 171.

⁷¹⁹ КМП, Положение о Комиссии международного права, 1947, Статья 1 1).

⁷²⁰ *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 639, para 66.

⁷²¹ *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2021, p. 71, para 101.

⁷²² Вывод 14, пункт 5. Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят третья сессия, Дополнение № 10. (A/73/10), с. 171.

Международного суда, похоже, считают, что это имеет отношение к значимости доктрин специалистов по публичному праву⁷²³. Степень единодушия, которое стоит за судебным решением, может повлиять на его значимость⁷²⁴. Если говорить о других вспомогательных средствах, то резолюции международных организаций обычно принимаются с участием государств, которые либо голосуют за или против, либо воздерживаются от голосования. Резолюция с меньшим количеством голосов «против» или воздержавшихся должна иметь относительно большую значимость. Высокий уровень согласия может быть особенно значимым, если согласные стороны представляют разные географические регионы или культуры⁷²⁵. Бордин также предполагает, что «представительство» как фактор «может установить презумпцию в пользу мнения, одобренного в незаконодательной кодификации»⁷²⁶.

384. Связанный с этим фактор, который может повлиять на «ценность» «результатов работы международных органов, занимающихся кодификацией и развитием международного права», также упомянутый в выводах о выявлении обычного международного права, — это «восприятие данного результата государствами и другими сторонами», то есть уровень согласия *за пределами* соответствующего органа⁷²⁷. Комиссия предположила, что ее собственные результаты «заслуживают особого рассмотрения» отчасти из-за «ее тесных отношений с Генеральной Ассамблеей и государствами», но их ценность зависит, в первую очередь, от восприятия «результатов ее работы государствами»⁷²⁸.

385. Это, по-видимому, предполагает, что вспомогательные средства, не подпадающие под действие пункта 1 статьи 38 Статута Международного Суда, могут быть подвержены тем же факторам, определяющим значимость, что и средства, подпадающие под действие пункта 1 статьи 38. Хотя пункт 1 статьи 38 не является исчерпывающим, в некоторых отношениях, в конечном счете, не имеет значения, что подпадает под него, а что нет. В обоих случаях необходимо выполнить одну и ту же операцию. Один из вышеперечисленных вопросов будет полезно рассмотреть в дальнейшем, опять же, в зависимости от того, будет ли принято решение о включении дополнительных вспомогательных средств, которые прямо не упомянуты в Статуте Международного Суда. Это решение Комиссия будет принимать в зависимости от того, насколько члены Комиссии выскажутся в поддержку его рассмотрения в рамках данной темы. По мнению Специального докладчика, существуют убедительные соображения в пользу рассмотрения резолюций и множество противоположных соображений против включения односторонних актов, способных создавать юридически связывающие обязательства, которые, в конце концов, уже были отдельно рассмотрены в качестве темы Комиссией.

⁷²³ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pp. 120–123.

⁷²⁴ E.g. Daniel Naurin and Øyvind Stiansen, “The Dilemma of Dissent: Split Judicial Decisions and Compliance With Judgments From the International Human Rights Judiciary”, *Comparative Political Studies*, vol. 53 (2020), p. 959 at p. 960.

⁷²⁵ Helmersen, *The Application of Teachings by the ICJ*, pp. 122–123.

⁷²⁶ Bordin, “Reflections of Customary International Law: The Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law”, p. 560.

⁷²⁷ Вывод 14, пункт 5. Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят третья сессия, Дополнение № 10. (A/73/10), с. 171.

⁷²⁸ Там же, с. 160.

X

Заключение и будущая программа работы

386. Учитывая всесторонний анализ, содержащийся в различных главах этого первого доклада, основанный на практике и опирающийся на самую актуальную и, безусловно, обширную литературу по данной теме, Специальный докладчик с удовлетворением предлагает на рассмотрение Комиссии следующие проекты выводов:

Проект вывода 1

Сфера охвата

Настоящие проекты выводов касаются способа применения вспомогательных средств для определения существования и содержания норм международного права.

Проект вывода 2

Категории вспомогательных средств для определения правовых норм

Вспомогательные средства для определения норм международного права включают:

- а) решения национальных и международных судов и трибуналов;
- б) доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций;
- с) любые иные средства, вытекающие из практики государств или международных организаций.

Проект вывода 3

Критерии оценки вспомогательных средств для определения правовых норм

Вспомогательные средства, применяемые для определения норм международного права, оцениваются на основе качества представленных доказательств, экспертных знаний вовлеченных сторон, соответствия официальному мандату, уровня согласия между вовлеченными сторонами и восприятия государствами и другими сторонами.

Проект вывода 4

Решения судов и трибуналов

- а) Решения международных судов и трибуналов по вопросам международного права являются особенно авторитетными средствами для выявления или определения существования и содержания норм международного права;
- б) Для целей пункта а) особое внимание уделяется решениям Международного Суда;
- с) Решения национальных судов могут применяться — при определенных обстоятельствах — в качестве вспомогательных средств для выявления или определения существования и содержания норм международного права.

Проект вывода 5

Доктрины

Доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций, особенно те, которые отражают совпадающие взгляды ученых, могут служить вспомогательными средствами для выявления или определения существования и содержания норм международного права.

387. Специальный докладчик предлагает следующую предварительную программу для работы Комиссии, хотя она может быть изменена на основе фактического хода работы над темой и решения о сфере охвата, изложенного в предыдущих главах (в частности, в главах III и IX).

388. Во втором докладе, который должен быть представлен в 2024 году, Специальный докладчик вернется к обсуждению функции вспомогательных средств, сосредоточившись, в частности, на судебных решениях и их связи с первичными источниками международного права, а именно договорами, обычным международным правом и общими принципами права.

389. В третьем докладе, который должен быть представлен в 2025 году, предлагается проанализировать доктрины и, при необходимости, другие вспомогательные средства. В частности, в нем пойдет речь о роли, которую играют работы отдельных, а также созданных государствами или уполномоченных государствами органов и частных экспертных органов, а также региональных и других кодификационных органов в качестве вспомогательных средств в определении норм международного права. Также в этом докладе будут рассмотрены различные вопросы, которые возникнут в результате прений в Комиссии и на основе комментариев государств. Таким образом, это предоставит возможность оценить уже принятые проекты выводов с целью повышения их общей согласованности.

390. Если вышеуказанный график будет сохранен, можно надеяться, что первое чтение всего текста проектов выводов может быть завершено в 2025 году, а с учетом обычного годового срока, предоставляемого государствам и другим сторонам для представления своих письменных комментариев, завершение второго чтения состоится в 2027 году.

Приложение

Проекты выводов, предложенные Специальным докладчиком

Проект вывода 1

Сфера охвата

Настоящие проекты выводов касаются способа применения вспомогательных средств для определения существования и содержания норм международного права.

Проект вывода 2

Категории вспомогательных средств для определения правовых норм

Вспомогательные средства для определения норм международного права включают:

- а) решения национальных и международных судов и трибуналов;
- б) доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций;
- с) любые иные средства, вытекающие из практики государств или международных организаций.

Проект вывода 3

Критерии оценки вспомогательных средств для определения правовых норм

Вспомогательные средства, применяемые для определения норм международного права, оцениваются на основе качества представленных доказательств, экспертных знаний вовлеченных сторон, соответствия официальному мандату, уровня согласия между вовлеченными сторонами и восприятия государствами и другими сторонами.

Проект вывода 4

Решения судов и трибуналов

- а) Решения международных судов и трибуналов по вопросам международного права являются особенно авторитетными средствами для выявления или определения существования и содержания норм международного права;
- б) Для целей пункта а) особое внимание уделяется решениям Международного Суда;
- с) Решения национальных судов могут применяться — при определенных обстоятельствах — в качестве вспомогательных средств для выявления или определения существования и содержания норм международного права.

Проект вывода 5

Доктрины

Доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций, особенно те, которые отражают совпадающие взгляды ученых, могут служить вспомогательными средствами для выявления или определения существования и содержания норм международного права.