



# Генеральная Ассамблея

Distr.: General  
9 April 2020  
Russian  
Original: English

## Комиссия международного права

Семьдесят вторая сессия

Женева, 27 апреля — 5 июня и 6 июля — 7 августа 2020 года

### Второй доклад об общих принципах права, подготовленный Специальным докладчиком Марсело Васкес-Бермудесом\*

#### Содержание

	<i>Стр.</i>
Введение .....	3
Часть первая: Общие положения .....	4
Часть вторая: Выявление общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем .....	6
I. Основной подход: двухэтапный анализ .....	7
II. Определение существования принципа, общего для основных правовых систем мира .....	8
III. Установление транспонирования в международно-правовую систему .....	25
IV. Отличие от методологии выявления международного обычного права .....	39
Часть третья: Выявление общих принципов права, сформированных в рамках международно-правовой системы .....	41
I. Общие соображения .....	41
II. Методология .....	44
III. Отличие от методологии выявления международного обычного права .....	58
Часть четвертая: Вспомогательные средства для определения общих принципов права .....	60
Часть пятая: Будущая программа работы .....	64

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



Приложение

Предлагаемые проекты выводов ..... 65

## Введение

1. На своей семидесятой сессии Комиссия постановила включить тему «Общие принципы права» в свою нынешнюю программу работы<sup>1</sup>.

2. На своей семьдесят первой сессии в 2019 году Комиссия провела общие прения<sup>2</sup> на основе первого доклада Специального докладчика, который носил вводный характер<sup>3</sup>. По завершении этих прений Специальный докладчик сделал, в частности, вывод о том, что:

а) члены Комиссии пришли к консенсусу относительно сферы охвата и формы окончательных результатов работы над этой темой. Тема должна охватывать правовую природу общих принципов права как источника международного права; истоки и соответствующие категории общих принципов права; функции общих принципов права и их связь с другими источниками международного права; и выявление общих принципов права. Что касается окончательного результата, то было решено, что он должен иметь форму выводов, сопровождаемых комментариями;

б) было выражено общее согласие с тем, что отправной точкой работы Комиссии является пункт 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда, проанализированный в свете практики государств и практики международных судов и трибуналов;

в) широкое распространение получило мнение о том, что «признание» является существенно важным условием существования общих принципов права;

г) члены Комиссии согласились с тем, что термин «цивилизированные нации» является анахронизмом и больше не должен использоваться. В современном мире все нации должны считаться цивилизованными;

д) члены Комиссии единодушно поддержали категорию общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, и согласились с общим подходом, согласно которому для выявления таких принципов необходим двухэтапный анализ;

е) многие члены Комиссии поддержали категорию общих принципов права, сформированных в рамках международно-правовой системы. В то же время были высказаны различные опасения в отношении, среди прочих вопросов, того, как следует выявлять такие принципы и как они соотносятся с международным обычным правом<sup>4</sup>.

3. Аналогичные мнения были высказаны государствами в Шестом комитете. Несколько делегаций согласились с предлагаемой сферой охвата этой темы. Некоторые делегации также согласились с тем, что отправной точкой работы Комиссии должен быть пункт 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда, однако термин «цивилизированные нации» является анахронизмом и более не должен использоваться<sup>5</sup>. Делегации также в целом согласились с описанием первой категории общих принципов права и ее релевантностью по отношению к данной теме. Большинство государств поддержало вторую категорию общих принципов права, однако были выражены некоторые сомнения относительно того, подпадает ли эта категория под сферу охвата этой темы, достаточна ли практика

<sup>1</sup> A/72/10, п. 267.

<sup>2</sup> A/CN.4/SR.3488-3494.

<sup>3</sup> A/CN.4/732.

<sup>4</sup> A/CN.4/SR.3494.

<sup>5</sup> A/CN.4/734, п. 33.

государств для того, чтобы сделать предметные выводы, или же такие принципы относятся к иному источнику международного права<sup>6</sup>. Делегации также подчеркнули, что Комиссии следует обратить внимание на различие между общими принципами права и международным обычным правом<sup>7</sup>.

4. На своей семьдесят первой сессии Комиссия просила государства представить информацию об их практике, касающейся общих принципов права<sup>8</sup>. На дату составления настоящего доклада письменные материалы представили четыре государства, за что Специальный докладчик им весьма признателен. Представление дополнительных материалов всегда приветствуется.

5. Настоящий доклад посвящен выявлению общих принципов права по смыслу пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда. В Части первой рассматриваются некоторые общие вопросы, касающиеся выявления. В ней упоминается о предварительных выводах, сделанных в ходе прений 2019 года по вопросу о выявлении, и кратко разъясняется общий подход Специального докладчика в настоящем докладе.

6. В Части второй речь идет о выявлении общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем. В главе I кратко излагается базовый подход к этому вопросу, предусматривающий, что для выявления общего принципа права, вытекающего из национальных правовых систем, необходим двухэтапный анализ. Главы II и III посвящены каждому из этапов этого анализа: определению существования принципа, общего для основных правовых систем мира, с одной стороны, и установлению того, что этот принцип транспонирован в международно-правовую систему — с другой. Наконец, в главе IV рассматривается различие между методологией выявления общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, и методологией выявления международного обычного права.

7. Часть третья доклада касается выявления общих принципов права, сформированных в рамках международно-правовой системы. В главе I упоминается об основных вопросах, которые были подняты в отношении этой категории общих принципов права в ходе прений в Комиссии и Шестом комитете в 2019 году, и разъясняется общий подход Специального докладчика в этом отношении. В главе II рассматривается методология определения наличия общих принципов права, сформированных в рамках международно-правовой системы. В главе III рассматривается различие между последней методологией и методологией выявления международного обычного права.

8. Часть четвертая посвящена вспомогательным средствам выявления общих принципов права. Наконец, в Части пятой кратко излагается будущая программа работы.

## Часть первая: Общие положения

9. Прежде чем перейти к конкретным аспектам рассматриваемого в настоящее время вопроса, необходимо сделать пять общих замечаний.

10. Во-первых, поскольку цель настоящей темы состоит в том, чтобы дать практические указания всем тем, кого можно призвать к применению общих принципов права, Специальный докладчик считает, что Комиссии нет

<sup>6</sup> Там же, п. 34.

<sup>7</sup> Там же.

<sup>8</sup> *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят четвертая сессия, Дополнение № 10 (A/74/10)*, п. 30.

необходимости заниматься сложными процессами, посредством которых общие принципы права возникают, изменяются или перестают существовать на систематической основе. Разумеется, Комиссия будет косвенно затрагивать такие процессы при разъяснении методологии выявления общих принципов права, поскольку эти вопросы явно взаимосвязаны. Однако основное внимание в работе Комиссии должно по-прежнему уделяться практическому разъяснению того, как продемонстрировать существование общего принципа права, а также его содержания в конкретный момент времени<sup>9</sup>.

11. Во-вторых, как уже упоминалось выше, как в Комиссии, так и в Шестом комитете было достигнуто общее согласие в отношении того, что признание является существенно важным условием существования общих принципов права<sup>10</sup>. Поэтому для выявления общего принципа права по смыслу пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда необходимо тщательно изучить все имеющиеся доказательства, свидетельствующие о том, что общий принцип права был «признан цивилизованными нациями». Это объективный критерий, который части вторая и третья ниже призваны прояснить на основе существующей практики и прецедентного права вместе с соответствующей литературой.

12. Третье общее замечание касается термина «цивилизованные нации», который используется в пункте 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда и который, как упоминалось в первом докладе, указывает на субъекты, чье признание требуется для существования общего принципа права<sup>11</sup>. В ходе прений в 2019 году членами Комиссии были выдвинуты различные полезные предложения для выбора альтернативного термина, который соответствовал бы современным реалиям<sup>12</sup>.

13. По мнению Специального докладчика, термин «международное сообщество» (“community of nations”) является наиболее подходящим. Такая формулировка использована в пункте 2 статьи 15 Международного пакта о гражданских и политических правах («общим принципам права, признанным *международным сообществом*») (“general principles of law recognized by the *community of nations*” [курсив добавлен]) — договора, участниками которого являются 173 государства, и поэтому она пользуется широким признанием<sup>13</sup>. Поскольку в пункте 2 статьи 15 содержится четкая ссылка на источник международного права, перечисленный в пункте 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда,

<sup>9</sup> Этот подход был также принят Комиссией при работе над темой «Выявление международного обычного права» (см. пункт 5)) комментария к выводу 1 выводов по этой теме, *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят третья сессия, Дополнение № 10 (A/73/10)*, стр. 136.

<sup>10</sup> *A/CN.4/732*, п. 164.

<sup>11</sup> Там же, п. 176.

<sup>12</sup> Были предложены такие термины, как «международное сообщество», «международное сообщество государств», «международное сообщество государств в целом», «международное сообщество в целом» и «сообщество наций». См. заявления г-жи Галван Телиш (*A/CN.4/SR.3489*, стр. 24); г-на Гомеса-Робледо (*A/CN.4/SR.3492*, стр. 11); г-на Хассуны (*A/CN.4/SR.3490*, стр. 27); г-на Хмуда (*A/CN.4/SR.3489*, стр. 16); г-на Нгуена (*A/CN.4/SR.3491*, стр. 15–16); г-на Нольте (*A/CN.4/SR.3492*, стр. 20–21); г-на Руды Сантолария (*A/CN.4/SR.3492*, стр. 15); г-на Штурмы (*A/CN.4/SR.3493*, стр. 18). См. также Sienho Yee, “We are all ‘civilized nations’: Arguments for cleaning up Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice”, в Yee (ed.), *Towards an International Law of Co-progressiveness, Part II: Membership, Leadership and Responsibility* (Leiden, Brill, 2014), pp. 21–35.

<sup>13</sup> International Covenant on Civil and Political Rights (New York, 16 December 1969), United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, No. 14668, p. 225. См. также заявление Германии (*A/C.6/74/SR.28*, п. 105); Перу (доступно на портале “PaperSmart”; URL: <https://papersmart.unmeetings.org/>); Сьерра-Леоне (*A/C.6/74/SR.31*, п. 110); Соединенные Штаты (доступно на портале “PaperSmart”).

его можно считать отражающим сегодняшнее толкование термина «цивилизированные нации». Соответственно, на протяжении всего настоящего доклада термин «международное сообщество» используется вместо термина «цивилизированные нации», когда речь идет о том, чье признание требуется для существования общего принципа права.

14. В-четвертых, следует напомнить, что в первом докладе проводилось различие между двумя различными категориями общих принципов права, которые подпадают под пункт 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда и которые Комиссии следует рассмотреть в своей работе: общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем, и общие принципы права, сформированные в рамках международно-правовой системы. Тщательно изучив все мнения, высказанные в Комиссии и Шестом комитете, Специальный докладчик считает, что различие между этими двумя категориями следует сохранить.

15. Наконец, Специальный докладчик хотел бы подтвердить свое мнение о том, что критерии определения существования общего принципа права должны быть строгими и не должны использоваться в качестве короткого пути к выявлению норм международного права. В то же время эти критерии должны быть достаточно гибкими, чтобы выявление общих принципов не рассматривалось как невозможная задача. Установление приемлемого баланса будет иметь ключевое значение для успешной работы Комиссии по данной теме<sup>14</sup>.

## **Часть вторая: Выявление общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем**

16. Первый доклад показал, что в практике и литературе хорошо известно, что общие принципы права по смыслу пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда включают принципы, вытекающие из национальных правовых систем<sup>15</sup>. Как упоминалось выше, в ходе обсуждения этой темы в 2019 году практически все члены Комиссии согласились с этой позицией. Несколько государств в Шестом комитете также выразили свое согласие в этом отношении. В частности, это касается таких стран, как Австралия<sup>16</sup>, Австрия<sup>17</sup>, Беларусь<sup>18</sup>, Чили<sup>19</sup>, Китай<sup>20</sup>, Куба<sup>21</sup>, Чешская Республика<sup>22</sup>, Эквадор<sup>23</sup>, Египет<sup>24</sup>, Сальвадор<sup>25</sup>, Эстония<sup>26</sup>, Франция<sup>27</sup>, Исламская Республика Иран<sup>28</sup>, Италия<sup>29</sup>, Малайзия<sup>30</sup>, Федеративные Штаты Микронезии<sup>31</sup>, Нидерланды<sup>32</sup>, Норвегия (от имени стран

<sup>14</sup> A/CN.4/SR.3494, стр. 6.

<sup>15</sup> A/CN.4/732, пп. 190–230.

<sup>16</sup> Доступно на портале “PaperSmart”.

<sup>17</sup> A/C.6/74/SR.31, п. 88.

<sup>18</sup> Там же, п. 95.

<sup>19</sup> A/C.6/74/SR.32, пп. 49–51.

<sup>20</sup> A/C.6/74/SR.27, пп. 95–96.

<sup>21</sup> A/C.6/74/SR.31, п. 135.

<sup>22</sup> A/C.6/74/SR.32, п. 104.

<sup>23</sup> A/C.6/74/SR.27, п. 37.

<sup>24</sup> A/C.6/74/SR.32, п. 90.

<sup>25</sup> Там же, п. 111.

<sup>26</sup> Там же, п. 118.

<sup>27</sup> A/C.6/74/SR.31, п. 122.

<sup>28</sup> Доступно на портале “PaperSmart”.

<sup>29</sup> A/C.6/74/SR.32, п. 33.

<sup>30</sup> Доступно на портале “PaperSmart”.

<sup>31</sup> A/C.6/74/SR.32, п. 54.

<sup>32</sup> A/C.6/74/SR.31, п. 153.

Северной Европы)<sup>33</sup>, Перу<sup>34</sup>, Филиппины<sup>35</sup>, Португалия<sup>36</sup>, Российская Федерация<sup>37</sup>, Сьерра-Леоне<sup>38</sup>, Словакия<sup>39</sup>, Испания<sup>40</sup>, Судан<sup>41</sup>, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии<sup>42</sup>, Соединенные Штаты Америки<sup>43</sup> и Вьетнам<sup>44</sup>. Широкая поддержка этой категории общих принципов права обеспечивает, по мнению Специального докладчика, прочную основу для продолжения работы Комиссии.

17. Было также достигнуто согласие в отношении того, что основной подход к определению общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, состоит из двухэтапного анализа: во-первых, определение существования принципа, общего для основных правовых систем мира; во-вторых, установление транспонирования этого принципа в международно-правовую систему<sup>45</sup>. В частности, в связи с этой методологией был поднят ряд вопросов:

- a) точный способ выражения признания;
- b) степень, в которой тот или иной принцип должен присутствовать в национальных правовых системах;
- c) что именно означает «международное сообщество» (“community of nations”) в этом контексте; и
- d) как отличить методологию выявления общих принципов права от методологии выявления международного обычного права.

18. Эти вопросы были должным образом учтены Специальным докладчиком и будут рассмотрены ниже.

## I. Основной подход: двухэтапный анализ

19. В первом докладе отмечается, что методология выявления общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, по общему мнению, состоит из двухэтапного анализа: во-первых, определение существования принципа, общего для основных правовых систем мира; во-вторых, установление транспонирования этого принципа в международно-правовую систему.

20. Двухэтапный анализ представляет собой комбинированную операцию, призванную продемонстрировать выполнение требования о признании в соответствии с пунктом 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда. Он служит объективной основой для определения того, существует ли какой-либо общий принцип права, вытекающий из национальных правовых систем, и каково содержание этого общего принципа права. Двухэтапный анализ является строгой проверкой; существование общего принципа права не может и не должно легко презюмироваться.

<sup>33</sup> Там же, п. 77.

<sup>34</sup> Доступно на портале “PaperSmart”.

<sup>35</sup> [A/C.6/74/SR.32](#), п. 3.

<sup>36</sup> Там же, п. 85.

<sup>37</sup> Там же, п. 78.

<sup>38</sup> [A/C.6/74/SR.31](#), п. 109.

<sup>39</sup> Там же, п. 118.

<sup>40</sup> [A/C.6/74/SR.32](#), п. 39.

<sup>41</sup> Там же, п. 28.

<sup>42</sup> Там же, п. 15.

<sup>43</sup> Доступно на портале “PaperSmart”.

<sup>44</sup> [A/C.6/74/SR.32](#), п. 59.

<sup>45</sup> [A/CN.4/SR.3494](#), стр. 6.

21. В первом докладе был поднят вопрос о том, каково точное значение термина «признание» в соответствии с пунктом 1 с) статьи 38 в контексте этой категории общих принципов права. Было отмечено, что иногда высказывается предположение о том, что требование о признании выполняется в тех случаях, когда тот или иной принцип присутствует в основных правовых системах мира<sup>46</sup>. Однако в первом докладе также ставился вопрос о том, какова роль признания, если таковое вообще требуется, в определении того, транспонирован ли такой принцип в международно-правовую систему<sup>47</sup>.

22. Как будет разъяснено более подробно ниже, признание в этом контексте означает существование в национальных правовых системах принципов, которые являются частью международного права при соблюдении определенных условий. Первый этап анализа призван продемонстрировать общее признание юридического принципа международным сообществом и раскрыть предметное содержание этого принципа. Второй этап анализа направлен на то, чтобы показать, что эти принципы также признаются международным сообществом как составляющие часть международного права, если они совместимы с основополагающими принципами международного права, с одной стороны, и если существуют условия для их адекватного применения в международно-правовой системе, с другой стороны.

## **II. Определение существования принципа, общего для основных правовых систем мира**

23. Первым этапом анализа для выявления общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, является определение существования принципа, общего для основных правовых систем мира. Эта методология прочно укоренилась в практике государств, международной юриспруденции и литературе и требует, по сути, проведения компаративного анализа национальных правовых систем, с тем чтобы показать, что тот или иной принцип является для них общим и, таким образом, признан международным сообществом. Именно на этом этапе двухэтапного анализа можно определить основное содержание общего принципа права, вытекающего из национальных правовых систем.

24. Для того чтобы пролить свет на эту часть методологии, в нижеследующих разделах рассматриваются вопросы о том, с какими национальными правовыми системами необходимо ознакомиться, как определить, что тот или иной принцип является для них общим, и какие материалы релевантны для целей компаративного анализа.

<sup>46</sup> A/CN.4/732, пп. 167–168.

<sup>47</sup> Там же, п. 170. См. также заявления г-на Мерфи (A/CN.4/SR.3490, стр. 14) и сэра Майкла Вуда (там же, стр. 8).



## А. «Основные правовые системы мира»

25. Первый вопрос, который необходимо решить, заключается в том, с какими национальными правовыми системами необходимо ознакомиться, с тем чтобы определить общий принцип права, подпадающий под первую категорию. Как будет показано, решающим критерием для обеспечения выполнения требования о признании является то, что компаративный анализ должен быть широким и репрезентативным, отражающим то, что можно назвать «основными правовыми системами мира»<sup>48</sup>.

26. Отправной точкой для настоящего анализа является пункт 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда, который сам по себе дает определенные ориентиры. Это положение требует, чтобы общий принцип права был признан международным сообществом, что предполагает, что для существования общего принципа права он должен быть общепризнан членами международного сообщества<sup>49</sup>. Этот подход подкрепляется принципом суверенного равенства государств, изложенным в статье 2, пункт 1, Устава Организации Объединенных Наций и Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций<sup>50</sup>, а также тем фактом, что, как было показано в первом докладе и признано членами Комиссии, общие принципы права являются частью общего международного права<sup>51</sup>. Поскольку, как указал Международный Суд в деле *Континентальный шельф Северного моря*, нормы общего международного права «имеют равную силу для всех членов международного сообщества»<sup>52</sup>, из этого следует, что такие нормы должны признаваться этими членами в целом. В контексте первого этапа анализа для выявления общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, это означает требование охватить как можно больше национальных правовых систем, чтобы обеспечить эффективное признание того или иного принципа международным сообществом.

27. Этот подход подтверждается практикой, в которой можно найти различные примеры ссылок на широкое признание того, что тот или иной принцип должен существовать в национальных правовых системах. Например, в деле «*Барселона трэкин*» Международный Суд сослался на «правила, общепринятые во

<sup>48</sup> См. п. 54 ниже.

<sup>49</sup> См. также статью 15, пункт 2, Международного пакта о гражданских и политических правах («общим принципам права, признанным международным сообществом»); статья 21, пункт 1 с), Статута Международного уголовного суда (Рим, 17 июля 1998 года), United Nations, *Treaty Series*, vol. 2187, No. 38544, p. 246 («общие принципы права, взятые ... из национальных законов правовых систем мира»). В своем отдельном мнении по делу *Континентальный шельф Северного моря* судья Аммон отметил, что текст пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда должен толковаться как «наделяющий его универсальной сферой охвата, не сопряженной с какой-либо дискриминацией между членами единого сообщества, основанного на суверенном равенстве». См. *North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969*, p. 3, Separate Opinion of Judge Fouad Ammoun, p. 101, at p. 135.

<sup>50</sup> Резолюция 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи от 24 октября 1970 года, приложение.

В резолюции, в частности, подтверждается, что «государства юридически равны».

<sup>51</sup> A/CN.4/732, пп. 160–161; A/CN.4/SR.3494, стр. 4.

<sup>52</sup> *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 49 выше), p. 39, para. 63.

внутренних правовых системах»<sup>53</sup>. Государства и другие международные суды и трибуналы также отметили требование о том, что тот или иной принцип должен быть признан в национальных правовых системах в целом<sup>54</sup> или что он должен существовать во «всех» правовых системах<sup>55</sup>, в «главных» или «основных» правовых системах<sup>56</sup>, или во «многих» правовых системах<sup>57</sup>, или «большинстве»<sup>58</sup> правовых систем.

<sup>53</sup> *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment, I.C.J. Reports 1970*, p. 3, at p. 38, para. 50. См. также *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2007*, p. 582, at p. 605, paras. 60–62; *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010*, p. 639, at p. 675, para. 104.

<sup>54</sup> См., например, *Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906, Judgment of 18 November 1960, International Court of Justice, I.C.J. Reports 1960*, p. 192, Counter-Memorial of Nicaragua, para. 56 (“ce qui se passe en général dans le droit interne” [что обычно имеет место в национальном праве]); *Questech, Inc. v. Iran*, Case No. 59, Award No. 191-59-1, 20 September 1985, Iran-United States Claims Tribunal, *Iran – United States Claims Tribunal Reports (IUSCTR)*, vol. 9, pp. 107 et seq., p. 122 («инкорпорированы в столь многие правовые системы»); *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), Judgment*, International Court of Justice, *I.C.J. Reports 1997*, p. 7, Reply of Slovakia, vol. I, para. 6.27 («обычное явление во внутренних контрактах»); Germany, Constitutional Court, Judgment, 4 September 2004, 2 BvR 1475/07, para. 20. («признанные правовые принципы, которые разделяют национальные правовые системы»); *Award in the Arbitration regarding the delimitation of the Abyei Area between the Government of Sudan and the Sudan People's Liberation Movement/Army*, Case No. 2008-7, Award, 22 July 2009, Permanent Court of Arbitration, *Reports of International Arbitral Awards (UNRIAA)*, vol. XXX, pp. 145–416, at p. 299, para. 401 («принципы контроля, применимые в международном публичном праве и национальных правовых системах в той мере, в какой практика последних является общепринятой»); *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/03/15, Award, 31 October 2011, International Centre for Settlement of Investment Disputes, para. 622 («правила, в основном применяемые in foro domestico»); Philippines, Supreme Court of the Philippines, *Mary Grace Natividad S. Poe-Llamanzares v. COMELEC*, Decision of 8 March 2016 (G.R. No. 221697; GR Nos. 221698–700), pp. 19, 21 («основные для правовых систем в целом»). См. также *Isaiah v. Bank Mellat*, Case No. 219, Award No. 35-219-2, 30 March 1983, Iran-United States Claims Tribunal, *IUSCTR*, vol. 2, pp. 237 et seq.; *Rockwell International Systems, Inc. v. Iran*, Case No. 430, Award No. 438-430-1, 5 September 1989, Iran-United States Claims Tribunal, *IUSCTR*, vol. 23, p. 171, para. 92; *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kunac and Zoran Vuković*, Case No. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T Judgment, 22 February 2001, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, para. 439; Germany, Constitutional Court, Judgment, 8 May 2007, BVerGE 118, 124, para. 63.

<sup>55</sup> См., например, *Queen case between Brazil, Norway and Sweden (1871)* («признанный законодательством всех стран») (в Henri La Fontaine, *Pasicrisie internationale 1794-1900: Histoire documentaire des arbitrages internationaux* (Bern, Stämpfli, 1902), p. 155); *Corfu Channel case, Judgment of April 9th 1949*, International Court of Justice, *I.C.J. Reports 1949*, p. 4, at p. 18 («признанный во всех системах права»); *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Decision on the motion to allow witnesses K, L and M to give their testimony by means of video-link conference, 28 May 1997, Trial Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, paras. 7–8 («признанный во внутреннем законодательстве всех цивилизованных государств»); *Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T Judgment, 2 September 1998, International Criminal Tribunal for Rwanda, para. 46 («признанный во всех правовых системах мира»); *Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, 15 July 1999, Appeals Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, para. 225 («необходимо будет показать, что большинство, если не все страны используют одно и то же понятие»); *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-A, Judgment, 20 February 2001, Appeals Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, para. 179 («признанный всеми правовыми системами»).

28. Вышеизложенная позиция, однако, не означает, что необходимо знакомиться с каждой национальной правовой системой мира для выявления общего принципа права<sup>59</sup>. Это сделало бы выявление общих принципов права крайне обременительным, а то и невозможным. Скорее, на практике появляется более прагматичный подход, когда государства и международные суды и трибуналы стремятся проводить широкий и репрезентативный компаративный анализ, охватывающий различные правовые семьи и регионы мира.

29. Практику государств в этом отношении можно обнаружить, в частности, в состязательных бумагах государств в международных судах и трибуналах. Например, в арбитражном разбирательстве *Урегулирование претензий по делу о судне «Алабама»* Соединенные Штаты при определении значения термина «должная осмотрительность», используемого в Вашингтонском договоре 1871 года, ссылались на римское право и законы Англии, «Америки» и «Европейского континента»<sup>60</sup>. Аналогичным образом, в деле *Фонд благочестивых дел*

<sup>56</sup> См., например, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgment, 10 December 1998, Trial Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, para. 178 («все основные правовые системы мира»); *Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1-A, Judgment on allegations of contempt against prior counsel, Milan Vujin, 31 January 2000, Appeals Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, para. 15 («общий для основных правовых систем мира»); *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, Case No. IT-95-16-T, Judgment, 14 January 2000, Trial Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, para. 677 («главные системы уголовного права мира»); *Certain Property (Liechtenstein v. Germany), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2005*, p. 6, Memorial of Liechtenstein, at p. 144, para. 6.5. («он применяется в основных системах внутреннего права»); Switzerland, Federal Council, “Rapport additionnel du Conseil fédéral au rapport du 5 mars 2010 sur la relation entre droit international et droit interne” (30 March 2011), *Federal Gazette*, p. 3401, at p. 3411; *Prosecutor v. Nikola Šainović et al.*, Case No. IT-05-87-A, Judgment, 23 January 2014, Appeals Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, para. 1644 («основные правовые системы мира»).

<sup>57</sup> См., например, *LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment*, International Court of Justice, *I.C.J. Reports 2001*, p. 466, Memorial of Germany, para. 4.125 («большое число национальных правовых систем»); *Prosecutor v. Radislav Krstić*, Case No. IT-98-33-A, Judgment, 19 April 2004, Appeals Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, para. 141 («[м]ногие национальные юрисдикции»); *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data (Timor-Leste v. Australia), Provisional Measures, Order of 3 March 2014, I.C.J. Reports 2014*, p. 147, Counter-Memorial of Australia, vol. I, paras. 4.15, 4.18, 4.21 («многие внутригосударственные правовые системы»).

<sup>58</sup> См., например, *Fabiani case (1896) (Pasicrisie internationale)* (сноска 55 выше), p. 356 («большинство законодательств»); *Libyan American Oil Company (Liamco) v. Libyan Arab Republic Relating to Petroleum Concessions*, Award, 12 April 1977, *International Legal Materials*, vol. 20 (January 1981), pp. 1–87, at p. 37 [72] («наиболее признанные правовые системы»); *Sea-Land Service, Inc. v. Iran*, Award No. 135-33-1, 20 June 1984, IUSCTR, vol. 6, p. 168 («кодифицированный или признанный в судебном порядке в подавляющем большинстве внутренних правовых систем мира»); *Aloeboetoe et al. v. Suriname*, Judgment (Reparations and Costs), 10 September 1993, Inter-American Court of Human Rights, Series C, No. 15, para. 62 («большинство правовых систем»); *El Paso v. Argentina* (сноска 54 выше), para. 623 («нормы и принципы, применяемые большинством национальных правовых систем»).

<sup>59</sup> Как отметил один из членов Комиссии, речь не идет о простых математических расчетах. См. заявление г-на Вуда (A/CN.4/SR.3490, стр. 9). Аналогичным образом, судья Танака считал, что «признание того или иного принципа цивилизованными нациями ... не означает признания всеми цивилизованными нациями» (*South West Africa, Second Phase, Judgment*, International Court of Justice, *I.C.J. Reports 1996*, p. 6, Dissenting Opinion of Judge Tanaka, p. 250, at p. 299).

<sup>60</sup> *Alabama claims of the United States of America against Great Britain*, Award of 14 September 1872, UNRIAA, vol. XXIX, pleading of the United States (at *Case of the United States, to Be Laid before the Tribunal of Arbitration, to Be Convened at Geneva under the Provisions of the Treaty between the United States of America and Her Majesty the Queen of Great Britain*,

Мексика и Соединенные Штаты полагались на римское право, а также на законы и судебную практику Бельгии, Германии, Испании, Мексики, Нидерландов, Пруссии, Соединенных Штатов и Франции для определения содержания принципа *res judicata*<sup>61</sup>.

30. Определенная современная государственная практика содержит более обширный компаративный анализ. Так, в деле *Право на проход*, чтобы продемонстрировать существование общего принципа права, который давал бы ей право на доступ к анклавной территории, Португалия провела компаративное исследование правовых систем 64 стран и утверждала, что в нем представлены все правовые семьи: «законодательство стран так называемого континентального (римского или романо-германского) права, стран «общего права», стран народной демократии, стран исламского права, стран скандинавского права, стран азиатского права»<sup>62</sup>. В деле *Некоторые фосфатные участки Науру* также провело компаративное исследование «степени признания доверительных и им подобных институтов в различных правовых системах мира». Исследование охватывало системы общего и континентального права в странах из различных регионов мира, включая Австралию, Аргентину, Бангладеш, Бельгию, Венгрию, Гану, Германию, Грецию, Данию, Индию, Ирландию, Испанию, Италию, Канаду, Кипр, Китай, Колумбию, Лихтенштейн, Мексику, Нигерию, Нидерланды, Новую Зеландию, Пакистан, Румынию, Сенегал, Соединенное Королевство, Соединенные Штаты, Финляндию, Францию, Чили, Швейцарию, Швецию, Шри-Ланку, Эфиопию, Южную Африку и Японию<sup>63</sup>.

31. Аналогичным образом, в деле *Авена и другие мексиканские граждане* Мексика, демонстрируя существование общего принципа права, касающегося исключения незаконно полученных доказательств, провела компаративный анализ, охватывающий системы континентального и общего права, и сослалась, в частности, на законодательство и прецедентное право, в частности, Германии, Италии, Канады, Мексики, Соединенного Королевства, Соединенных Штатов, Франции и Японии<sup>64</sup>.

32. В деле *Определенное имущество*, стремясь установить существование правила о неосновательном обогащении в качестве общего принципа права, Лихтенштейн опирался на римское право и отметил, что «этот принцип инкорпорирован во все или практически все внутренние правовые системы»<sup>65</sup>. Лихтенштейн сослался, в частности, на законодательство и судебную практику Австралии, Австрии, Германии, Италии, Канады, Нидерландов, Соединенного

*Concluded at Washington, May 8, 1871* (United States, Department of State, 1871), pp. 150–158).

<sup>61</sup> *United States vs. Mexico, Report of Jackson H. Ralston, Agent of the United States and of Counsel, in the matter of the case of the Pious Fund of the Californias* (Washington, D.C., Government Printing Office, 1902), Mexico's Response, pp. 7–8; Replication of the United States, pp. 7, 10; Conclusions of Mexico, p. 11; Statement and Brief on Behalf of the United States, pp. 32, 46–47, 50–52; Record of Proceedings, pp. 123, 130, 131, 235, 309. См. также *Affaire de l'indemnité russe (Russie, Turquie)*, Award, 11 November 1912, UNRIIAA, vol. XI, pp. 421–447, at pp. 439–440, в котором Османская империя выступала против существования обязательства государств выплачивать проценты по просроченным платежам и ссылалась на римское право и вытекающее из него законодательство стран континентального права в поддержку своей позиции.

<sup>62</sup> *Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgment of 12 April 1960*, International Court of Justice, *I.C.J. Reports 1960*, p. 6, Reply of Portugal, para. 543.

<sup>63</sup> *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia), Preliminary Objections, Judgment, International Court of Justice, I.C.J. Reports 1992*, p. 240, Memorial of Nauru, appendix 3.

<sup>64</sup> *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, International Court of Justice, I.C.J. Reports 2004*, p. 12, Memorial of Mexico, paras. 374–376.

<sup>65</sup> *Certain Property* (см. сноску 56 выше), Memorial of Liechtenstein, paras. 6.7–6.8.

Королевства, Соединенных Штатов, Франции и Швейцарии, а также на «правовые системы, основанные на исламском праве»<sup>66</sup>.

33. В деле *Вопросы, связанные с изъятием и удержанием некоторых документов и данных*, Тимор-Лешти опирался на три неисчерпывающих обзора национальных правовых систем с целью определения принципа, предусматривающего привилегию на сохранение адвокатской тайны. Эти обзоры охватывали 46 правовых систем, которые включали системы общего и континентального права, а также различные регионы мира (Африка, Азиатско-Тихоокеанский регион, Европа, Латинская Америка, Ближний Восток и Северная Америка)<sup>67</sup>. Оспаривая содержание общего принципа права, на который сослался Тимор-Лешти, Австралия подготовила собственное компаративное исследование, охватывающее 17 национальных правовых систем<sup>68</sup>.

34. В одном из недавних дел, рассмотренных Верховным судом Филиппин, было установлено следующее:

Доказательства петиционеров свидетельствуют о том, что по меньшей мере в шестидесяти странах Азии, Северной и Южной Америки и Европы принято законодательство о признании подкидышей своими гражданами. Сорок две (42) из этих стран следуют режиму *jus sanguinis*. Из шестидесяти только тридцать три (33) являются участниками Конвенции 1961 года о [сокращении] безгражданства; двадцать шесть (26) не подписали Конвенцию. Кроме того, Верховный судья ... отметил, что в 166 из 189 обследованных стран (или 87,83 процента) подкидыши признаются гражданами. Эти обстоятельства, включая практику стран *jus sanguinis*, показывают, что общепринятым принципом международного права является презумпция того, что подкидыши родились от граждан страны, в которой они обнаружены<sup>69</sup>.

35. Судебная практика международных судов и трибуналов подтверждает подход, который используется в практике государств, изложенной выше. Особенно релевантным в этом отношении является прецедентное право международных уголовных трибуналов, где можно найти материалы обширного компаративного анализа национальных правовых систем.

<sup>66</sup> *Ibid.*, paras. 6.8–6.13.

<sup>67</sup> *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data* (см. сноску 57 выше), Memorial of Timor-Leste, annexes 22 to 24. В исследование были включены следующие 46 юрисдикций: Австралия, Австрия, Бельгия, Болгария, Бразилия, Венгрия, Германия, Греция, Дания, Индонезия, Ирландия, Испания, Италия, Кипр, Китай, Латвия, Литва, Люксембург, Мальта, Мексика, Нидерланды, Новая Зеландия, Норвегия, Польша, Португалия, Республика Корея, Российская Федерация, Румыния, Саудовская Аравия, Сингапур, Словакия, Словения, Соединенное Королевство, Соединенные Штаты Америки, Таиланд, Турция, Финляндия, Франция, Чешская Республика, Швейцария, Швеция, Эстония, Южная Африка и Япония, а также Европейский союз и Гонконг (Китай).

<sup>68</sup> *Ibid.*, Counter-Memorial of Australia, vol. II, annex 51. Исследование охватывало законодательство и прецедентное право Австралии, Бельгии, Германии, Дании, Индии, Индонезии, Марокко, Мексики, Новой Зеландии, Российской Федерации, Словакии, Соединенного Королевства, Соединенных Штатов Америки, Тимора-Лешти, Уганды, Франции и Швейцарии. Мальта подготовила аналогичное компаративное исследование со ссылкой на общие принципы права для толкования статьи 62 Статута Международного Суда. См. *Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya), Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1981*, p. 3, Oral Arguments on the Application for Permission to Intervene, Third Sitting, 20 March 1981, morning, p. 341.

<sup>69</sup> Supreme Court of the Philippines, Decision of 8 March 2016 (см. сноску 54 выше), p. 21. Верховный суд прямо сослался на пункт 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда.

36. Например, в деле *Делалича* Апелляционная камера Международного трибунала по бывшей Югославии отклонила ходатайство защиты, касающееся ответственности в случае умственной неполноценности (основание, не предусмотренное в Уставе Трибунала). С этой целью в нем был проведен анализ систем общего права (Австралия, Багамские Острова, Барбадос, Англия, Шотландия, Сингапур, Южная Африка, Соединенные Штаты и Гонконг (Китай)) и систем континентального права (Хорватия, Франция, Германия, Италия, Япония, Российская Федерация, Турция и бывшая Югославия)<sup>70</sup>.

37. В деле *Павле Стругара*, подтверждая заключение Судебной камеры в отношении процессуальной правоспособности обвиняемого (также вопрос, который прямо не регулируется Уставом Трибунала), Апелляционная камера проанализировала законодательство и прецедентное право юрисдикций общего права (Австралия, Канада, Индия, Малайзия, Соединенное Королевство, Соединенные Штаты) и континентального права (Австрия, Бельгия, Босния и Герцеговина, Чили, Хорватия, Германия, Япония, Республика Корея, Черногория, Нидерланды, Российская Федерация, Сербия)<sup>71</sup>.

38. Аналогичным образом, в деле *Эрдемовича*, с тем чтобы определить, может ли принуждение представлять собой полностью самостоятельный аргумент защиты, Апелляционная камера провела компаративный анализ систем континентального права (Бельгия, Чили, Финляндия, Франция, Германия, Италия, Мексика, Нидерланды, Никарагуа, Норвегия, Панама, Польша, Испания, Швеция, Венесуэла (Боливарианская Республика) и бывшая Югославия) и систем общего права (Австралия, Канада, Индия, Малайзия, Нигерия, Южная Африка, Соединенные Штаты и Англия), а также уголовного права «других государств» (Китай, Эфиопия, Япония, Марокко, Сомали)<sup>72</sup>.

39. В деле *Фурунджии* Судебная камера Трибунала также опиралась на несколько национальных правовых систем (Аргентина, Австрия, Босния и Герцеговина, Чили, Китай, Франция, Германия, Индия, Италия, Япония, Нидерланды, Пакистан, Уганда, Замбия, а также Англия и Уэльс, бывшая Югославия и Новый Южный Уэльс (Австралия)) при поиске общего определения изнасилования<sup>73</sup>. Позднее в связи с делом *Кунараца* другая Судебная камера провела аналогичный анализ в целях расширения определения изнасилования, которое было дано Судебной камерой в деле *Фурунджии*<sup>74</sup>.

40. Примеры, подобные вышеприведенным, однако, не очень распространены. В других случаях суды и трибуналы проводили более ограниченный компаративный анализ, хотя и пытались обеспечить в определенной степени учет различных правовых семей, а также различных регионов мира.

41. Что касается межгосударственного арбитража, то, например, трибунал в деле *Возмещение убытков России* опирался на «римское право и его

<sup>70</sup> *Delalić* (2001) (см. сноску 55 выше), paras. 584–589.

<sup>71</sup> *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Case No. IT-01-42-A, Judgment, 17 July 2008, paras. 52–54.

<sup>72</sup> *Prosecutor v. Dražen Erdemović*, Case No. IT-96-22-A, Judgment, 7 October 1997, para. 19, referring to the Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, paras. 59–65. См. также *Prosecutor v. Kupreškić et al.*, Judgment, Trial Chamber (см. сноску 56 выше), paras. 680–688 and 693.

<sup>73</sup> *Furundžija* (см. сноску 56 выше), para. 180.

<sup>74</sup> *Kunarac* (см. сноску 54 выше), paras. 437–460 (со ссылкой на правовые системы Австралии, Австрии, Аргентины, Бангладеш, Бельгии, Боснии и Герцеговины, Бразилии, Германии, Дании, Замбии, Индии, Испании, Италии, Канады, Китая, Коста-Рики, Новой Зеландии, Норвегии, Португалии, Республики Корея, Соединенного Королевства, Соединенных Штатов, Сьерра-Леоне, Уругвая, Филиппин, Финляндии, Франции, Швейцарии, Швеции, Эстонии, Южной Африки и Японии).

производные» и пришел к выводу о том, что общий принцип ответственности государств предполагает особую ответственность в случае просрочки выплаты денежного долга<sup>75</sup>. В арбитражном разбирательстве по *Абьею* для определения правовых принципов, касающихся институционального контроля, трибунал сослался, в частности, на «континентальные европейские правовые системы» (в частности, Германию), а также на правовые системы Соединенного Королевства и Соединенных Штатов<sup>76</sup>.

42. В деле *Тадича* Апелляционная камера Международного трибунала по бывшей Югославии при рассмотрении своих полномочий по рассмотрению дел о неуважении к суду опиралась на системы общего права (Соединенное Королевство) и системы континентального права (Китай, Франция, Германия, Российская Федерация)<sup>77</sup>. Аналогичным образом, Судебная камера Международного уголовного трибунала по Руанде в деле *Мусемы* сослалась на некоторые системы континентального и общего права и сочла, что в них имеется достаточное сходство для определения преступления заговора с целью совершения геноцида<sup>78</sup>.

43. При рассмотрении дела *Коморские Острова* в Международном уголовном суде Палата предварительного производства определила, что существует «признанный в различных правовых системах принцип права, заключающийся в том, что стороны судебного разбирательства должны выполнять судебные решения» и что такой принцип «применяется ко всем этапам разбирательства в Суде». Для этого Палата, помимо международной судебной практики, сослалась на законодательство и прецедентное право Франции, Индии и Нигерии<sup>79</sup>.

44. Подобные примеры можно встретить и в инвестиционном арбитраже. Например, в деле *«Амко» против Индонезии* трибунал счел, что принцип *sunt servanda* является общим принципом права, признанным в системах континентального права (Франция), общего права (Соединенные Штаты) и исламского права (Ливия и Саудовская Аравия)<sup>80</sup>. Аналогичным образом, для определения принципов, регулирующих расчет убытков, трибунал сослался на

<sup>75</sup> *Affaire de l'indemnité russe* (сноска 61 выше), pp. 441–442.

<sup>76</sup> *Abyei arbitration* (см. сноску 54 выше), pp. 299–300, para. 402.

<sup>77</sup> *Tadić* (2000) (см. сноску 56 выше), paras. 15–17. См. также *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, Case No. IT-95-16-A, Judgment, 23 October 2001, Appeals Chamber, paras. 34–40; *Slobodan Milosević v. Prosecutor*, Case No. IT-02-54-AR73.7, Decision on interlocutory appeal of the Trial Chamber's decision on the assignment of defense counsel, 1 November 2004, Appeals Chamber, para. 12; *Prosecutor v. Sefer Halilović*, Case No. IT-01-48-AR73.2, Decision on interlocutory appeal concerning admission of record of interview of the accused from the bar table, 19 August 2005, Appeals Chamber, paras. 16–17; *Prosecutor v. Ante Gotovina et al.*, Case No. IT-06-90-AR73.2, Decision on Ivan Čermak's interlocutory appeal against Trial Chamber's decision on conflict of interest of attorneys Čedo Prodanović and Jadranka Sloković, 29 June 2007, Appeals Chamber, paras. 44–47.

<sup>78</sup> *Prosecutor v. Alfred Musema*, Case No. ICTR-96-13-T, Judgment and Sentence, 27 January 2000, paras. 186–191. Обвинитель Трибунала в деле *Багосоры* утверждал, что на основе обзора систем континентального права (Германия, Сенегал, Франция) и общего права (Соединенное Королевство и Соединенные Штаты) можно сделать вывод о существовании общего принципа права, предусматривающего неотъемлемое право на обжалование в отсутствие ясно выраженного положения об обратном. См. *Prosecutor v. Théoneste Bagosora et al.*, Case No. ICTR-98-37-A, Decision on the admissibility of the Prosecutor's appeal from the decision of a confirming judge dismissing an indictment against Théoneste Bagosora and 28 others, 8 June 1998, paras. 46–47.

<sup>79</sup> *Situation on the registered vessels of the Union of the Comoros, the Hellenic Republic and the Kingdom of Cambodia*, Case No. ICC-01/13, Decision on the "Application for judicial review by the Government of the Union of Comoros", 15 November 2018, Pre-Trial Chamber I, para. 107.

<sup>80</sup> *Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia*, Award, 20 November 1984, para. 248.

системы континентального права (Франция и Индонезия) и общего права (Соединенное Королевство и Соединенные Штаты)<sup>81</sup>. В деле «*Tотал*» против *Аргентины* трибунал счел, что защита обоснованных ожиданий является общим принципом права и что в последнее время она «признана как в юрисдикциях континентального права, так и в юрисдикциях общего права с четко определенными пределами». В поддержку этого трибунал опирался, в частности, на правовые системы Аргентины, Англии и Германии<sup>82</sup>. В деле «*Голд Резерв*» против *Венесуэлы* трибунал также счел, что «концепция обоснованных ожиданий присутствует в странах с различными правовыми традициями», и сослался на право таких стран, как Аргентина, Англия, Франция, Германия и Венесуэла<sup>83</sup>.

45. Судьи в своих индивидуальных мнениях также придерживались подхода, предусматривающего проведение (более или менее) широкого и репрезентативного компаративного анализа при выявлении общего принципа права. Например, в деле *Континентальный шельф Северного моря* судья Аммуна стремился показать, что принцип справедливости был «инкорпорирован в великие правовые системы современного мира, упомянутые в статье 9 Статута Суда», и что он «проявляется в праве стран Западной Европы и Латинской Америки ...»; в общем праве...; в мусульманском праве...; китайском праве ... советском праве ... индусском праве...; наконец, праве других азиатских стран и африканских стран»<sup>84</sup>.

46. В деле *Нефтяные платформы* в связи с вопросом о солидарной ответственности судья Симма провел «исследование различных юрисдикций общего права, а также французского, швейцарского и немецкого деликтного права» и пришел к выводу о существовании общего принципа права по смыслу пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда<sup>85</sup>. Позднее, в деле *Применение Временного соглашения от 13 сентября 1995 года*, судья Симма, оценивая, можно ли считать принцип *exemptio non adimpleti contractus* общим принципом права, сослался на корни этого принципа в римском праве и его «широкое признание ... в основных правовых традициях систем континентального и общего права»<sup>86</sup>.

47. Некоторые из приведенных выше примеров, как представляется, контрастируют со случаями, когда общий принцип права считался несуществующим из-за ограниченного числа национальных правовых систем, в которых он может быть найден, или из-за узкого компаративного анализа, представленного стороной в споре. Например, в деле *Юго-Западная Африка* Международный Суд отметил, что *actio popularis* «может быть известен некоторым

<sup>81</sup> *Ibid.*, paras. 266–267.

<sup>82</sup> *Total S.A. v. Argentine Republic*, Case No. ARB/04/01, Decision on Liability, 27 December 2010, International Centre for Settlement of Investment Disputes, para. 128. См. также *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon*, Case No. ARB/07/12, Award, 7 June 2012, International Centre for Settlement of Investment Disputes, para. 166; *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Case No. ARB(AF)11/2, Award, 4 April 2016, International Centre for Settlement of Investment Disputes, para. 546.

<sup>83</sup> *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, Case No. ARB(AF)/09/1, Award, 22 September 2014, International Centre for Settlement of Investment Disputes, para. 576. См. также Srinath Reddy Kethireddy, “Still the law of nations: Legitimate expectations and the sovereigntist turn in international investment law”, *Yale Journal of International Law*, vol. 44 (2019), p. 315, at p. 326.

<sup>84</sup> *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 49 выше), Separate Opinion of Judge Ammoun, p. 101, at pp. 140–141.

<sup>85</sup> *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2003, p. 161, Separate Opinion of Judge Simma, p. 324, at p. 354–358, paras. 66–74.

<sup>86</sup> *Application of the Interim Accord of 13 September 1995 (the former Yugoslav Republic of Macedonia v. Greece)*, Judgment of 5 December 2011, *I.C.J. Reports* 2011, p. 695, Separate Opinion of Judge Simma, at para. 12.



внутригосударственным системам права», однако его нельзя считать общим принципом права по смыслу пункта 1 с) статьи 38 его Статута<sup>87</sup>. Ссылка на «некоторые внутригосударственные системы права» может наводить на мысль о том, что Суд не счел *actoris popularis* достаточно признанным в национальных правовых системах на момент вынесения своего решения<sup>88</sup>.

48. Апелляционная палата Международного уголовного суда в своем решении от 10 ноября 2011 года сочла, что прецедентное право одного государства, представленное Прокурором, не может быть полезным для решения стоящего перед ней вопроса и что в любом случае не было выдвинуто доводов о том, что такое прецедентное право должно толковаться как устанавливающее общий принцип права по смыслу пункта 1 с) статьи 21 Римского статута<sup>89</sup>. Аналогичным образом, Палата предварительного производства Суда в своем решении от 20 июля 2011 года определила, что, исходя из предположения о наличии пробела в Римском статуте, «общий принцип права не может быть извлечен на основе изучения лишь пяти национальных юрисдикций, практика которых даже непоследовательна»<sup>90</sup>.

49. В деле *Лубанги* Судебная палата Международного уголовного суда также сочла, что наличие принципа в двух системах общего права не является достаточным для выявления общего принципа права в соответствии с пунктом 1 с) статьи 21 Римского статута:

Хотя эта практика [инструктажа свидетелей] в определенной степени признается в двух правовых системах, обе из которых основаны на традициях общего права, это не дает достаточных оснований для вывода о существовании общего принципа, основанного на устоявшейся практике национальных правовых систем. Судебная палата отмечает, что в представлениях обвинения в отношении национальной судебной практики не содержалось никаких ссылок на романо-германскую правовую систему<sup>91</sup>.

50. Хотя практика государств и судебная практика международных судов и трибуналов, о которой говорилось выше, по общему признанию, содержат некоторые расхождения (в терминологии и в используемой точной методологии), Специальный докладчик считает, что из них можно вывести общий подход: компаративный анализ для целей определения существования общего принципа права должен быть широким и репрезентативным и охватывать различные правовые семьи и различные регионы мира. Это необходимо для обеспечения того, чтобы было соблюдено требование о признании в соответствии с пунктом 1 с)

<sup>87</sup> *South West Africa* (см. сноску 59 выше), para. 88.

<sup>88</sup> См. Giorgio Gaja, "General principles in the jurisprudence of the ICJ", in Mads Andenas et al. (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law* (Leiden, Brill, 2019), pp. 35–43, at p. 39 (где отмечается, что более тщательное изучение внутригосударственных законов придало бы больший вес выявлению общего принципа права).

<sup>89</sup> *Situation in the Republic of Kenya, Prosecutor v. Kenyatta et al.*, No. ICC-01/09-02/11 OA3, Judgment, 10 November 2011, para. 62.

<sup>90</sup> *Situation in the Republic of Kenya, The Prosecutor v. Kenyatta et al.*, No. ICC-01/09-02/11, Decision with Respect to the Question of Invalidating the Appointment of Counsel to the Defence, 20 July 2011, paras. 25–27.

<sup>91</sup> *Situation in the Democratic Republic of the Congo, Prosecutor v. Lubanga*, No. ICC-01/04-01/06-1049, Decision Regarding the Practices Used to Familiarise Witnesses for Giving Testimony at Trial, 30 November 2007, Trial Chamber I, para. 41. См. также *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v. Ecuador*, Case No. 34877, Partial Award on the Merits, 30 March 2010, Permanent Court of Arbitration, para. 382 («принцип «упущенных шансов» не пользуется настолько широким признанием в правовых системах, чтобы его можно было рассматривать как «общий принцип права, признанный цивилизованными нациями»).

статьи 38 Статута Международного Суда, с учетом дополнительных условий, которые будут рассмотрены в следующей главе.

51. Во многих научных трудах используется аналогичный подход. Помимо ученых, которые отмечали, что для того, чтобы общий принцип права существовал, он должен быть общепризнан в национальных правовых системах<sup>92</sup>, другие, например, отмечали, что «одним из условий выявления общего принципа является его наличие во многих и разнообразных внутренних правовых системах»<sup>93</sup> и что «доктрина и судебная практика отсылают к понятию репрезентативности, которая должна быть достигнута путем определения того, является ли тот или иной принцип общим для основных правовых систем мира»<sup>94</sup>. Кроме того, утверждалось, что «все современные национальные законы можно объединить в несколько семей или правовых систем, которые в том, что касается общих принципов, достаточно последовательны, чтобы их можно было рассматривать в качестве “правовых систем”»<sup>95</sup>. Кроме того, как отметила Ассоциация международного права:

Также недостаточно «выявить» общий принцип среди основных правовых систем, если отсутствует достаточная географическая представленность, например, общий принцип, разделяемый европейскими странами континентального права, должен быть также определен в других странах континентального права, расположенных в разных географических районах и принадлежащих к разным цивилизациям<sup>96</sup>.

52. Категоризация национальных правовых систем по правовым семьям является хорошо известным методом в области компаративного права. Как отметил один из авторов, «усилия по компоновке юрисдикций во всем мире в несколько правовых семей на основе основополагающих общих характеристик их законодательства традиционно занимали центральное место в области компаративного права»<sup>97</sup>. Хотя точное определение «правовой семьи» может варьироваться в зависимости от используемых критериев<sup>98</sup> и наука компаративного права

<sup>92</sup> См. A/CN.4/732, п. 167. Чэн, в частности, отметил, что «признание этих принципов во внутреннем праве цивилизованных народов ... дает необходимое подтверждение и свидетельство юридического характера соответствующего принципа. Требование о «признании цивилизованными нациями» было призвано защитить от субъективности и возможного произвола со стороны судьи». См. Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (Cambridge University Press, 1953/2006), p. 25.

<sup>93</sup> Jaye Ellis, “General principles and comparative law”, *European Journal of International Law*, vol. 22 (2011), pp. 949–971, at p. 955.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 957. См. также Patrick Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (Oxford University Press, 2020), pp. 110–111.

<sup>95</sup> Alain Pellet and Daniel Müller, “Article 38”, в Andreas Zimmermann et al. (eds.), *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 3rd ed. (Oxford University Press, 2019), p. 928, para. 264. См. также Michael Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 46 (1977), pp. 37–53, at p. 46; Alain Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (Université de droit, d'économie et de sciences sociales, 1974), p. 239.

<sup>96</sup> International Law Association, Report of the Study Group on the use of domestic law principles in the development of international law, *Report of the Seventy-Eighth Conference, Sydney* (2018), pp. 1170–1242, at para. 214.

<sup>97</sup> Mariana Pargendler, “The rise and decline of legal families”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 60 (2012), pp. 1043–1074, at p. 1043. См. также H. Patrick Glenn, “Comparative legal families and comparative legal traditions”, in Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2019), p. 425; Jaakko Husa, “Classification of legal families today: Is it time for a memorial hymn?”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 56 (2004), pp. 11–38, at pp. 12–13.

<sup>98</sup> Pargendler, “The rise and decline of legal families” (см. сноску 97 выше), pp. 1047–1060.

продолжает эволюционировать в этом отношении<sup>99</sup>, в настоящее время часто используемая классификация включает в себя «англо-американскую», «дальневосточную», «германскую», «индуистскую», «исламскую», «скандинавскую (страны Северной Европы)» и «романскую» правовые семьи<sup>100</sup>.

53. Даже если государства и международные суды и трибуналы, как представляется, не придерживаются конкретной классификации правовых семей, компаративное право может быть полезным инструментом, который следует принимать во внимание при выявлении общего принципа права. Цель использования этого метода ясна: путем компоновки национальных правовых систем в семье действует определенная презумпция того, что нормы и принципы являются общими для всех этих систем, что облегчает выявление общего принципа. Однако эта презумпция не является абсолютной, и многое будет зависеть от каждого конкретного случая. Кроме того, в любом случае, по мнению Специального докладчика, следует принимать во внимание критерий, согласно которому в компаративном анализе также должны быть отражены различные регионы мира.

54. Что касается терминологии, используемой для целей работы Комиссии, то Специальный докладчик считает, что термин «основные правовые системы мира», используемый как в статье 9 Статута Международного Суда<sup>101</sup>, так и в статье 8 Положения о Комиссии международного права<sup>102</sup>, уместен для того, чтобы передать идею, согласно которой компаративный анализ должен быть широким и репрезентативным и охватывать различные правовые семьи и регионы мира. Поэтому при рассмотрении первого этапа анализа для выявления общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, предлагается формулировка «принципы, общие для основных правовых систем мира».

## **В. Принципы, которые являются «общими»**

55. Далее при анализе определяется существование принципов, общих для основных правовых систем мира. По сути, это эмпирическая оценка, с помощью которой сравниваются нормы, существующие в национальных правовых системах, с тем чтобы найти принцип, который является общим для всех этих систем. Именно посредством такого анализа можно определить основное содержание общего принципа права, вытекающего из национальных правовых систем.

56. В общем и целом, рассматриваемая сейчас работа, хотя и не является легкой, представляется относительно ясной: необходимо сравнить нормы, существующие в национальных правовых системах, и извлечь из них принцип, который является для них общим, или же вычленив сущность принципа, лежащего

<sup>99</sup> *Ibid.*, pp. 1044-1047; Glenn, "Comparative legal families and comparative legal traditions" (см. сноску 97 выше), p. 426.

<sup>100</sup> Pargendler, "The rise and decline of legal families" (см. сноску 97 выше), p. 1060. См. также Husa, "Classification of legal families today: Is it time for a memorial hymn?" (сноска 97 выше), p. 14; Konrad Zweigert and Hein Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3rd ed. (Tübingen, Mohr Siebeck, 1996).

<sup>101</sup> Статья 9 гласит: «При избрании избиратели должны иметь в виду, что не только каждый избранный в отдельности должен удовлетворять всем предъявляемым требованиям, но и весь состав судей в целом должен обеспечить представительство главнейших форм цивилизации и основных правовых систем мира».

<sup>102</sup> Статья 8 гласит: «При избрании избиратели должны иметь в виду, что каждое избираемое в Комиссию лицо должно удовлетворять предъявляемым требованиям и что весь состав Комиссии в целом должен обеспечивать представительство главнейших форм цивилизации и основных правовых систем мира».

в основе этих норм<sup>103</sup>. Результатом этой работы является, с учетом условий, которые анализируются в Разделе II ниже, принцип, способный достичь уровня общего принципа права, являющегося частью международного права, — юридический принцип, который, в общем, рассматривается как справедливый международным сообществом или как отражающий его коллективное сознание, или принцип, имманентно присущий любой правовой системе<sup>104</sup>.

57. Некоторая практика и прецедентное право проливают свет на этот вопрос. Например, в деле *Право прохода* Португалия утверждала, что компаративный анализ национальных правовых систем не требует «общности» существующих в них норм<sup>105</sup>. По мнению Португалии, хотя между внутренними законами разных государств, безусловно, могут существовать различия, поскольку они должны адаптироваться к конкретному контексту, в котором они применяются, для целей сравнительного анализа важен принцип, который может быть «выведен» из этих норм посредством процесса «экстрагирования» и «обобщения»<sup>106</sup>. Индия не оспаривала эту позицию, но утверждала, что принцип, на который ссылается Португалия, может не быть частью международного права<sup>107</sup>.

<sup>103</sup> См. Dumbery, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (сноска 94 выше), pp. 97–127; Daniel Costelloe, “The role of domestic law in the identification of general principles of law under Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice”, в Andenas et al., *General Principles and the Coherence of International Law* (см. сноску 88 выше), pp. 177–194, at p. 185; Brianna Gorence, “The constructive role of general principles in international arbitration”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 17 (2018), pp. 455–498, at p. 463; Eirik Bjorge, “Public law sources and analogies of international law”, *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 49 (2018), pp. 533–560, p. 537; Charles T. Kotuby and Luke A. Sobota, *General Principles of Law and International Due Process: Principles and Norms Applicable in Transnational Disputes* (Oxford University Press, 2017), pp. 19–21; Catherine Redgwell, “General principles of international law”, в Stefan Vogenauer and Stephen Weatherill (eds.), *General Principles of Law: European and Comparative Perspectives* (Oxford, Hart, 2017), pp. 5–19, at p. 16; Beatrice I. Bonafé and Paolo Palchetti, “Relying on general principles in international law”, in Catherine Brölmann and Yannick Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking* (Cheltenham, Edward Edgar, 2016), pp. 160–176, at p. 162; Stephan W. Schill, “General principles of law and international investment law”, в Tarcisio Gazzini and Eric De Brabandere (eds.), *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations* (Brill, 2012), pp. 133–181, at p. 148; Samantha Besson, “General principles in international law – Whose principles?”, в Samantha Besson and Pascal Pichonnaz (eds.), *Les principes en droit européen – Principes in European Law* (Geneva, Schulthess, 2011), p. 36; Ellis, “General principles and comparative law” (сноска 93 выше), p. 954; Tarcisio Gazzini, “General principles of law in the field of foreign investment”, *Journal of World Investment and Trade*, vol. 10 (2009), pp. 103–120, at p. 107; Fabián Raimondo, *General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2008), pp. 45–50; Julio A. Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional”, *Revista IIDH*, vol. 14 (1991), pp. 11–41, at p. 32; Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations” (сноска 95 выше), pp. 48–50; Paul de Visscher, “Cours général de droit international public”, в *Recueil des cours*, vol. 136 (1972), pp. 116–117; Hermann Mosler, “Rechtsvergleichung vor völkerrechtlichen Gerichten”, Rene Marcic et al. (eds.), *Internationale Festschrift für Alfred Verdross* (Munich, Wilhelm Fink, 1971), pp. 381–412, at pp. 384–385; Frances T. Freeman Jalet, “The quest for the general principles of law recognized by civilized nations – A study”, *UCLA Law Review*, vol. 10 (1963), pp. 1041–1086, at p. 1081.

<sup>104</sup> Pellet and Müller, “Article 38” (см. сноску 95 выше), p. 930; Prosper Weil, “Le droit international en quête de son identité : Cours général de droit international public”, в *Recueil des cours*, vol. 237 (1992), pp. 146–147.

<sup>105</sup> *Right of Passage* (см. сноску 62 выше), Reply of Portugal, para. 328.

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> См. п. 77 ниже.

58. В деле *Определенное имущество* Лихтенштейн также утверждал, что запрет на неосновательное обогащение является общим принципом права по смыслу пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда, и отмечал, что «[д]аже если существуют определенные различия в применении этого принципа в различных правовых системах, основополагающий принцип является одним и тем же»<sup>108</sup>.

59. Аналогичная методология изложена в судебной практике, особенно в области международного уголовного права. Например, в деле *Фурунджии* Судебная камера Международного трибунала по бывшей Югославии отметила следующее:

международные суды должны опираться на общие концепции и правовые институты, общие для всех основных правовых систем мира. Это предполагает процесс выявления общих знаменателей в этих правовых системах, с тем чтобы точно определить основные понятия, которые они разделяют<sup>109</sup>.

60. Эта аргументация была более подробно изложена другой Судебной камерой по делу *Кунараца*:

Ценность этих [внутренних] источников заключается в том, что они могут раскрывать «общие концепции и правовые институты», которые, если они являются общими для широкого круга национальных правовых систем, раскрывают международный подход к правовому вопросу, который может рассматриваться в качестве надлежащего ориентира в международном праве в этой области. При рассмотрении этих национальных правовых систем Судебная камера не проводит обзор основных правовых систем мира в целях выявления конкретного правового положения, принятого большинством правовых систем, а рассматривает на основе анализа национальных систем в целом вопрос о том, можно ли определить некоторые основные принципы или, если пользоваться формулировкой из решения по делу *Фурунджии*, «общие знаменатели» в правовых системах, воплощающих *принципы*, которые должны быть приняты в международном контексте<sup>110</sup>.

61. В деле *Эрдемовича* Апелляционная камера Международного трибунала по бывшей Югославии также сочла, что выявление общего принципа:

сопряжено с проведением обзора тех юрисдикций, судебная практика которых в практическом плане является доступной для нас в попытке выявить общую тенденцию, политику или принцип, лежащие в основе конкретных норм этой юрисдикции, которые согласуются с объектом и целью учреждения Международного трибунала<sup>111</sup>.

62. Апелляционный орган Всемирной торговой организации, не упоминая прямо общие принципы права, сослался на «широко принятый общий элемент» в национальных нормах, касающихся налогообложения нерезидентов, в целях

<sup>108</sup> *Certain Property* (см. сноску 56 выше), Memorial of Liechtenstein, para. 6.14.

<sup>109</sup> *Furundžija* (см. сноску 56 выше), para. 178.

<sup>110</sup> *Kunarac* (см. сноску 54 выше), para. 439.

<sup>111</sup> *Erdemović* (см. сноску 72 выше), para. 19, referring to the Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, para. 57. В том же деле судья Стивен отметил, что «в поисках общего принципа права исследование должно выходить за рамки фактических норм и должно быть направлено на выявление причины его создания и способ его применения... Поэтому общий принцип, регулирующий принуждение, с большей вероятностью можно найти в этих общих нормах, чем в конкретных исключениях, которые существуют в отношении конкретных преступлений» (Separate and Dissenting Opinion of Judge Stephen, para. 63).

толкования термина «доход из зарубежного источника» в сноске 59 Соглашения по субсидиям и компенсационным мерам<sup>112</sup>:

[П]одробные правила налогообложения нерезидентов существенно отличаются в разных государствах, причем некоторые государства применяют правила, которые с большей вероятностью могут облагать налогом доходы нерезидентов, чем правила, применяемые другими государствами. Однако, несмотря на различия, как представляется, в этих правилах есть широко признанный общий элемент. Общим элементом является то, что «иностранный» государство облагает нерезидента налогом на доход, полученный от деятельности нерезидента, имеющей какую-либо связь с этим государством<sup>113</sup>.

63. Некоторые отдельные судьи придерживались аналогичного подхода. Так, в консультативном заключении по вопросу о *Юго-Западной Африке*, рассматривая правовой характер мандатной системы в соответствии со статьей 22 Статута Лиги Наций, судья Макнейр высказал следующее мнение:

Международное право черпало и продолжает черпать многие из своих норм и институтов из частных правовых систем... Международное право не заимствует практику из этого источника путем простого привнесения институтов частного права «со всеми потрохами», готовых и сопровождаемых полным сводом правил. Было бы трудно согласовать такой процесс с применением «общих принципов права» ... по-настоящему, обязанность международных трибуналов в этом вопросе заключается в том, чтобы рассматривать любые характеристики или терминологию, которые напоминают нормы и институты частного права, как указание на политику и принципы, а не как прямой перенос этих норм и институтов<sup>114</sup>.

64. В деле *Нефтяные платформы* судья Симма выразил мнение о том, что общий принцип права, касающийся солидарной ответственности, может являться частью международного права, поскольку этот вопрос «был рассмотрен и решен [национальными] правовыми системами с поразительной последовательностью»<sup>115</sup>. В деле *Континентальный шельф Северного моря* судья Аммуун отметил, что общие принципы «являются единственными для законодательства различных стран мира, объединенных тождественностью правового обоснования, или *ratio legis*»<sup>116</sup>.

65. Когда достаточная общность в национальных правовых системах отсутствует, очевидный результат заключается в том, что общий принцип права по смыслу пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда не может считаться

<sup>112</sup> Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (Marrakesh, 15 April 1995), World Trade Organization, *Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, annex 1A: Multilateral Agreements on Trades and Goods, p. 299.

<sup>113</sup> United States – *Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*, Appellate Body Report, 14 January 2002 (WT/DS108/AB/RW), para. 143. В своих состязательных бумагах Соединенные Штаты привели примеры правил, применяемых в Бразилии, Канаде, Малайзии, Панаме, Саудовской Аравии, Соединенном Королевстве, Соединенных Штатах и Чили, а также Тайване, Китае (*ibid.*, fn. 121). Апелляционный орган также отметил, что «широко признанные принципы налогообложения возникают» на основе двусторонних и многосторонних договоров, касающихся двойного налогообложения (*ibid.*, paras. 141–142).

<sup>114</sup> *International status of South-West Africa, Advisory Opinion*, International Court of Justice, *I. C. J. Reports 1950*, p. 128, Separate Opinion of Judge McNair, p. 146, at p. 148. Исходя из этого, он нашел определенные «общие принципы», общие для «почти каждой правовой системы» (*ibid.*, p. 149).

<sup>115</sup> *Oil Platforms* (сноска 85 выше), Separate Opinion of Judge Simma, para. 66.

<sup>116</sup> *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 49 выше), Separate Opinion of Judge Ammoun, p. 101, at p. 135.

существующим. В деле *Авена и другие мексиканские граждане* Соединенные Штаты оспорили принцип исключения доказательств, полученных незаконным путем, на который ссылалась Мексика, на том основании, что последняя «завысила распространенность нормы об исключении в правовых системах во всем мире, не приняла во внимание ее различные формы и игнорирует тот факт, что он никогда не использовался для того, чтобы санкционировать исключение заявлений, сделанных ответчиком до получения консульской информации»<sup>117</sup>. Соединенные Штаты также отметили, что «практика [использования нормы об исключении в национальных правовых системах] ни в коей мере не является достаточно распространенной или последовательной, чтобы считаться “общим принципом права”»<sup>118</sup>, и далее подчеркнули различные способы, с помощью которых данная норма применялась на внутригосударственном уровне<sup>119</sup>. В деле *Применение Временного соглашения* Северная Македония также отметила в отношении принципа *exemptio non adimpleti contractus*, что «отсутствует последовательное понимание статуса, наличия и последствий этого исключения во внутренних правовых системах, что делает невозможным поддержку ... далеко идущего вывода о том, что он обрел статус общего принципа права, признанного цивилизованными нациями»<sup>120</sup>.

66. Аналогичным образом, Комиссия по претензиям Эритреи и Эфиопии в своем решении от 17 августа 2009 года определила следующее:

Эритрея представила это как требование о возмещении «косвенных убытков». Однако международное право не признает отдельной категории компенсированных «косвенных убытков», связанных с различными стандартами правовой причинно-следственной связи или другими отличительными правовыми элементами. Понятие косвенного ущерба играет значительную роль в одних национальных правовых системах, но не существует в других, и поэтому не может рассматриваться в качестве общего принципа права<sup>121</sup>.

67. В деле *Лубанги* Палата предварительного производства Международного уголовного суда сочла, что в отношении подготовки или ознакомления свидетелей невозможно определить соответствующий общий принцип права с учетом «различий в подходах, применяемых национальными судебными органами»<sup>122</sup>. Также в деле *Лубанги* Апелляционная палата Суда при рассмотрении принципа, запрещающего злоупотребление процессуальными нормами, обнаружила такие расхождения в национальных правовых системах, что она пришла к выводу о том, что «право приостанавливать производство в связи со злоупотреблением

<sup>117</sup> *Avena and Other Mexican Nationals* (см. сноску 64 выше), Counter-Memorial of the United States, para. 8.28.

<sup>118</sup> *Ibid.*, para. 8.29.

<sup>119</sup> *Ibid.*, paras. 8.29–8.33. В деле *Вопросы, связанные с изъятием и удержанием некоторых документов и данных* (см. сноску 57 выше), Австралия аналогичным образом оспорила то, что, по ее мнению, Тимор-Лешти считает «широкой и безоговорочной формулировкой» принципа, предусматривающего привилегию на сохранение адвокатской тайны, без учета «важных оговорок в отношении объема и содержания этой привилегии» в национальных правовых системах, а также «исключений из права ссылаться на привилегию на сохранение адвокатской тайны, [которые] широко приняты [во] внутреннем законодательстве в целях обеспечения того, чтобы этой привилегией нельзя было злоупотреблять» (Counter-Memorial of Australia, vol. I, paras. 4.36 and 4.39).

<sup>120</sup> *Application of the Interim Accord* (см. сноску 86 выше), Reply of North Macedonia (then the former Yugoslav Republic of Macedonia), para. 5.59.

<sup>121</sup> Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Final Award on Eritrea's Damages Claims, 17 August 2009, UNRIAA, vol. XXVI, pp. 505–630, at p. 575, para. 203.

<sup>122</sup> *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of Prosecutor v. Lubanga*, No. ICC-01/04-01-06, Decision on the Practices of Witness Familiarisation and Witness Proofing, 8 November 2006, para. 37.

процессуальными нормами, как указывалось, обычно не признается в качестве неперемennого полномочия суда, неотъемлемого атрибута судебной власти»<sup>123</sup>.

68. В другом деле Апелляционная палата Суда, проанализировав различные национальные правовые системы, установила, что «в природе общего принципа права не существует и не является общепринятым что-либо такое, что допускало бы возможность пересмотра решений нижестоящих судов, запрещающих или не разрешающих обжалование»<sup>124</sup>. В деле *Банда и Джербо*, требовавшего определения существования общего принципа права, устанавливающего запрет бывшим прокурорам присоединяться к защите сразу же после того, как они покидают группу обвинения, Апелляционная палата вновь отметила, что представленная ей практика в национальных правовых системах не является последовательной, и отвергла общий принцип права, на который была сделана ссылка<sup>125</sup>.

69. Таким образом, как представляется, если нормы в национальных правовых системах принципиально отличаются друг от друга, то общий принцип права не может считаться существующим.

### С. Релевантные материалы

70. Поскольку определение общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, требует в качестве первого шага компаративного анализа последних, вопрос о том, какие материалы для целей анализа являются релевантными, не является сложным. Практически во всех вышеупомянутых примерах анализ основывался, главным образом, на внутренних правовых источниках, исходящих от государств, таких как законодательство и решения национальных судов. Разумеется, необходимо учитывать особенности каждой национальной правовой системы для подбора конкретных материалов и определения их значимости в конкретном случае.

71. Из изложенной выше практики также следует, что все отрасли национальных правовых систем, включая то, что можно назвать «частным правом» и

<sup>123</sup> *Situation in the Democratic Republic of the Congo in the Case of Prosecutor v. Lubanga*, No. ICC-01/04-01/06, Judgment, 14 December 2006, paras. 32–35.

<sup>124</sup> *Situation in the Democratic Republic of the Congo*, No. ICC-01/04, Judgment on the Prosecutor's Application for Extraordinary Review of Pre-Trial Chamber I's 31 March 2006 Decision Denying Leave to Appeal, 13 July 2006, para. 32.

<sup>125</sup> *Situation in Darfur, Sudan, in the Case of the Prosecutor v. Abdallah Banda Abakaer Nourain and Saleh Mohammed Jerbo Jamus*, No. ICC-02/05-03/09 OA, Judgment, 11 November 2011, para. 33. См. также *Prosecutor v. Jadranko Prlić et al.*, No. IT-04-74-AR73.6, Decision on appeals against decision admitting transcript of Jadranko Prlić's questioning into evidence, 23 November 2007, Appeals Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, para. 50; *Prosecutor v. Ljube Bošković and Johan Tarčulovski*, No. IT-04-82-A Judgment, 19 May 2010, Appeals Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, para. 194 («Апелляционная камера отмечает, что Тарчуловски не выявил «общий принцип права» в поддержку своего аргумента. Тот факт, что заявления не были приемлемы в судах [бывшей югославской Республики Македония], не является достаточным для обоснования утверждения о существовании такого общего принципа права. В этой связи Апелляционная камера отмечает, что внесудебные заявления, сделанные обвиняемым, допустимы в ряде стран общего и континентального права»). См. также *Canfor Corporation, Tembec et al. and Terminal Forests Ltd. v. United States of America*, Order of the Consolidation Tribunal, 7 September 2005, para. 165.



«публичным правом», потенциально релевантны при выявлении общего принципа права<sup>126</sup>. Как представляется, это общее понимание и среди ученых<sup>127</sup>.

72. В ходе прений 2019 года был поднят вопрос о возможной роли международных организаций в формировании общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем<sup>128</sup>. По мнению Специального докладчика, практика международных организаций могла бы быть релевантной для целей выявления общего принципа права, в частности в том, что касается первого этапа двухэтапного анализа, о котором идет речь в данной главе. Хотя практика государств и судов в этом отношении представляется скудной<sup>129</sup>, в тех случаях, когда международной организации (такой как Европейский союз)<sup>130</sup> предоставляются полномочия издавать правила, которые являются обязательными для их государств-членов и непосредственно применимыми в правовых системах последних, эти правила могут быть приняты во внимание при проведении компаративного анализа.

### III. Установление транспонирования в международно-правовую систему

73. Вторым этапом анализа для выявления общих принципов права, подпадающих под первую категорию, является определение того, транспонирован ли в международно-правовую систему принцип, общий для основных правовых

<sup>126</sup> См., в частности, *El Paso v. Argentina* (носка 54 выше), para. 622 («нормы, в основном применяемые in foro domestico, в частных или публичных, материальных или процессуальных вопросах»); *South West Africa* (см. сноску 59 выше), Dissenting Opinion of Judge Tanaka, p. 294 («[П]оскольку «общие принципы права» не определены, слово «права» следует понимать как охватывающее все отрасли права, включая внутригосударственное право, публичное право, конституционное и административное право, частное право, коммерческое право, материальное и процессуальное право и т.д.»). В делах, рассмотренных международными уголовными трибуналами, выявление общих принципов права производилось со ссылкой на национальное уголовное право, которое может рассматриваться как часть «публичного права».

<sup>127</sup> См., например, Dumberry, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (сноска 94 выше), p. 33; International Law Association, Report of the Study Group on the use of domestic law principles in the development of international law (сноска 96 выше), para. 9; Gebhard Bücheler, *Proportionality in Investor-State Arbitration* (Oxford, Oxford University Press, 2015), p. 33; Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional” (сноска 103 выше), p. 30; Hersch Lauterpacht, “Some observations on the prohibition of ‘non liquet’ and the completeness of the law”, в Elihu Lauterpacht (ed.) *International Law: Being the Collected Papers of Hersch Lauterpacht*, vol. 2 (Cambridge, Cambridge University Press, 1975), pp. 213–237, at pp. 221–222; Wolfgang Friedmann, “The uses of ‘general principles’ in the development of international law”, *American Journal of International Law*, vol. 57 (1963), pp. 279–299, at pp. 281–282.

<sup>128</sup> См. заявления г-жи Галван Телиш (A/CN.4/SR.3489, стр. 25); г-на Гомеса-Робледо (A/CN.4/SR.3492, стр. 10); г-на Нгуена (A/CN.4/SR.3491, стр.13); г-на Пака (A/CN.4/SR.3489, стр. 22).

<sup>129</sup> См. *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data* (сноска 57 выше), Memorial of Australia, fn. 148; *Total v. Argentina* (сноска 82 выше), para. 130 («С точки зрения компаративного права релевантными являются принципы правовой системы Европейского сообщества (ныне — Европейского союза), отражающие правовые традиции 27 европейских стран как континентального, так и общего права., особенно в силу того, что признание принципа обоснованных ожиданий прямо основывается на международно-правовом принципе добросовестности»); *Gold Reserve v. Venezuela* (см. сноску 83 выше), para. 576.

<sup>130</sup> См., например, Paul Craig and Gráinne de Búrca, *EU Law: Texts, Cases and Materials*, 6th ed. (Oxford, Oxford University Press, 2015), pp. 198–223, касательно прямого действия подзаконных актов Европейского союза (регламенты, решения и директивы).

систем мира. Обоснование данного анализа самоочевидно: внутригосударственное право и международное право обладают уникальными особенностями и различаются по многим важным аспектам, а принципы, существующие во внутригосударственном праве, нельзя рассматривать как всегда действующие в нем. Поэтому транспонирование не происходит автоматически.

74. Эта часть методологии часто упоминается в литературе, хотя и в широком смысле и часто без подробного описания того, что именно подразумевается<sup>131</sup>. Государственная практика и прецедентное право дают, однако, полезные указания. Как будет показано ниже, транспонирование принципа *in foro domestico* в международно-правовую систему происходит в том случае, если: а) этот принцип совместим с основополагающими принципами международного права; и б) существуют условия для адекватного применения этого принципа в международно-правовой системе.

#### **А. Совместимость с основополагающими принципами международного права**

75. Государственная практика и судебная практика показывают, что для того, чтобы принцип, общий для основных правовых систем мира, был возведен в ранг общего принципа права по смыслу пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда, этот принцип должен быть совместим с основополагающими принципами международного права. Эта проверка на совместимость служит гарантией того, что правовой принцип не только признается международным сообществом как справедливый, но и способен существовать в более широких рамках международного права.

76. В предшествующей арбитражной практике это условие уже упоминалось. Например, в деле *Прибрежное рыболовство в Северной Атлантике* арбитражный трибунал отклонил принцип «международного сервитута», на который ссылались Соединенные Штаты, отметив, что такой принцип не будет совместим с принципом суверенитета:

[Э]та доктрина, будучи мало приспособленной к принципу суверенитета, который преобладал в государствах с системой конституционного правления, таких как Великобритания и Соединенные Штаты, и к нынешним международным отношениям суверенных государств, не нашла практически никакой поддержки со стороны современных специалистов по международному публичному праву. Таким образом, в интересах сообщества наций

<sup>131</sup> См., например, Pellet and Müller, “Article 38” (см. сноски 95 выше), pp. 930–932; Mads Andenas and Ludovica Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law”, в Andenas *et al.*, *General Principles and the Coherence of International Law* (см. сноски 88 выше), pp. 9–34, at p. 26; Ben Juratowitch and James Shaerf, “Unjust enrichment as a primary rule of international law”, *ibid.*, pp. 227–246, at p. 232; Abdulqawi A. Yusuf, “Concluding remarks”, *ibid.*, pp. 448 ff., at p. 451; Mathias Forteau, “General principles of international procedural law”, *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law* (2018), para. 16; Bjorge, “Public law sources and analogies of international law” (сноска 103 выше), p. 537; Bonafé and Palchetti, “Relying on general principles in international law” (см. сноску 103 выше), p. 163; Sienho Yee, “Article 38 of the ICJ Statute and applicable law: Selected issues in recent cases”, *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 7 (2016), pp. 472–498, at p. 487; Besson, “General principles in international law – Whose principles?” (сноска 103 выше), p. 37; Gazzini, “General principles of law in the field of foreign investment” (сноска 103 выше), p. 104; Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), *Oppenheim’s International Law*, vol. I, 9th ed. (Harlow, Longman, 1992), p. 37. Более подробный анализ этого вопроса см. Pellet, *Recherche sur les principes généraux de droit en droit international* (см. сноску 95 выше), pp. 272–320.

и участников настоящего Договора она могла бы быть подтверждена настоящим Трибуналом только на основании явно выраженных доказательств наличия международного контракта<sup>132</sup>.

77. Аналогичную аргументацию можно встретить в состязательной бумаге Индии в деле *Право прохода*. Индия оспаривала общий принцип права, на который ссылалась Португалия, на том основании, что он не будет совместим с понятием территориального суверенитета по международному праву:

Нет никакой реальной аналогии между владением физическим лицом частной собственностью и суверенитетом государства над своей территорией, причем последняя рассматривается в наши дни как пространство, в котором органы государства уполномочены международным правом осуществлять свою юрисдикцию в пределах норм, которые им навязывает закон, и в соответствии с ними<sup>133</sup>.

78. В деле *Некоторые фосфатные участки* Австралия также отвергла попытку Науру «импортировать» понятие «доверительного учреждения» из внутреннего права, с тем чтобы толковать обязательства по опеке в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, заявив следующее:

при рассмотрении характера обязательств Управляющей власти, Суд должен учитывать фактические положения Устава и Соглашения об опеке. Австралия отвергает попытку Науру перенести в эти договорные положения весь комплекс юридических прав и обязанностей, связанных с понятием «доверительные отношения» во внутреннем праве, особенно общем праве. Это означает полностью превратное толкование основополагающих элементов системы опеки Организации Объединенных Наций. Внутренние аналогии имеют ограниченное значение в этой области<sup>134</sup>.

79. Еще один пример — дела *Континентальный шельф Северного моря*. Германия пыталась доказать, что «принцип справедливой и взаимоприемлемой доли» является общим принципом права по смыслу пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда, применимым к делимитации континентального шельфа<sup>135</sup>. Дания и Нидерланды оспорили существование такого общего принципа права следующим образом:

<sup>132</sup> *North Atlantic Coast Fisheries Case (Great Britain, United States)*, Award, 7 September 1910, UNRIIAA, vol. XI, pp. 167–226, at p. 182.

<sup>133</sup> *Right of Passage* (см. сноску 62 выше), Counter-Memorial of India, para. 300. Индия далее отметила: «Следует ли отсюда, что нет никаких других ограничений территориального суверенитета, кроме тех, которые предусмотрены в соглашениях? Вовсе нет, и профессор Гугенхейм в своем устном выступлении в Суде осторожно напомнил об ограничениях на морское судоходство, которые, вне всяких сомнений, основываются на обычае. Мы отрицаем, что такие ограничения могут вытекать из общих принципов права в пользу весьма сомнительных аналогий с сервитутами, признанными в частном праве» (*ibid.*, para. 304). Индия также добавила, что «современная концепция территории состоит в том, что она представляет собой пространство, в котором данное государство обладает исключительной компетенцией осуществлять свои полномочия с учетом любых исключительных прав, согласованных им в пользу других государств, и тех гораздо меньших прав, которые вытекают из норм права, таких как право мирного прохода. Очевидно, что это не имеет ничего общего с правами пользования и распоряжения, которые являются составными элементами частной собственности» (*ibid.*, Rejoinder of India, para. 568).

<sup>134</sup> *Certain Phosphate Lands in Nauru* (см. сноску 63 выше), Counter-Memorial of Australia, para. 292. См. также Separate Opinion of Judge Shahabuddeen, p. 285.

<sup>135</sup> *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 49 выше), Memorial of Germany of 21 August 1967, para. 30 («Этот принцип, именуемый далее *принципом справедливой и взаимоприемлемой доли*, является основополагающим правовым принципом, вытекающим из концепции

Коротко говоря, Федеративная Республика Германия просит Суд применить в данном деле так называемый «общий принцип права», который предположительно существует в национальных правовых системах и который не является совместимым с принципами, на которых в международно-правовой системе основывается позитивное право, регулирующее этот вопрос. Хотя оба правительства никоим образом не ставят под сомнение значимость статьи 38 1) с), они считают, что подача апелляции в соответствии с этими условиями является полностью неприемлемой. Общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем, которые применялись в соответствии со статьей 38 1) с), всегда были принципами, признанными одинаково уместными в отношениях между государствами. Сама Федеративная Республика Германия говорит об общих принципах права, применимых в соответствии с пунктом 1 с) статьи 38, как о «следствии правовых убеждений и ценностей, признанных во всем мире». Как это можно говорить о принципе, который прямо противоречит принципам, признанным в самом международном праве как представляющие «правовые убеждения государств» в этом вопросе? Менее всего такое можно говорить, когда «правовые убеждения» государств были преднамеренно и недавно выражены в каком-то смысле, противоречащем предполагаемому принципу, в общей конвенции, предназначенной для кодификации права<sup>136</sup>.

80. Суд согласился с Данией и Нидерландами и отверг принцип, на который ссылалась Германия. Он пояснил, что предполагаемый принцип справедливой и взаимоприемлемой доли не может рассматриваться в качестве общего принципа права, поскольку он будет «совершенно чужд базовой концепции правомочия на континентальный шельф и не согласуется с ней»:

Более важным является тот факт, что доктрина справедливой и взаимоприемлемой доли, по-видимому, полностью расходится с тем, что Суд, несомненно, рассматривает как наиболее фундаментальную из всех норм права, касающихся континентального шельфа и закрепленных в статье 2 Женевской конвенции 1958 года, хотя и весьма независимо от нее, а именно то, что права прибрежного государства в отношении района континентального шельфа, представляющего собой естественное продолжение его сухопутной территории в море и под ним, существуют *ipso facto* и *ab initio* в силу его суверенитета над сушей и как продолжение его в порядке осуществления суверенных прав в целях разведки и разработки природных ресурсов морского дна...

Из этого следует, что даже в такой ситуации, как ситуация в Северном море, понятие о распределении еще не делимитированного района, рассматриваемого как единое целое (что лежит в основе доктрины справедливой и взаимоприемлемой доли), является совершенно чуждым и не согласуется с базовой концепцией права на континентальный шельф, согласно которой процесс делимитации по сути представляет собой проведение пограничной линии между районами, уже относящимися к тому или иному затрагиваемому государству<sup>137</sup>.

справедливого распределения благ, и общепризнанным принципом, имманентно присущим всем правовым системам, включая правовую систему международного сообщества»).

См. также Reply of Germany of 31 May 1968, paras. 7–11.

<sup>136</sup> *Ibid.*, Common Rejoinder of Denmark and the Netherlands of 30 August 1968, para. 117.

<sup>137</sup> *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 49 выше), paras. 19–20. Дания и Нидерланды также утверждали, что «заявленный принцип в том виде, в каком он сформулирован Федеративной Республикой Германия, категорически противоречит статьям 1, 2 и 3 Женевской конвенции о континентальном шельфе, которые в соответствии с предыдущей

81. В деле *Вопросы, связанные с изъятием и удержанием некоторых документов и данных*, Тимор-Лешти, не упоминая конкретно условие совместимости, попытался обосновать, что принцип, на который он ссылается, является частью международного права, заявив следующее:

Принцип, предусматривающий привилегию на сохранение адвокатской тайны, имеет основополагающее значение для верховенства права на международном уровне, поскольку он позволяет государствам свободно получать юридические консультации и помощь, не опасаясь вмешательства извне, в частности, с тем чтобы иметь возможность участвовать в процессах разрешения споров, в том числе в процессах, указанных в статье 33 Устава Организации Объединенных Наций (к которым в данном случае относятся, в частности, переговоры, арбитраж и судебное разбирательство). Таким образом, он лежит в основе принципа мирного разрешения международных споров, закрепленного в пункте 3 статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций и провозглашенного в ... Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами, в качестве одного из принципов международного права<sup>138</sup>.

82. Это условие совместимости также упоминалось в некоторых трудах ученых. По мнению одного из авторов, например, можно транспонировать только принципы *in foro domestico*, которые являются «не совместимыми с требованиями международного порядка»<sup>139</sup>. Было также отмечено, что «[е]сли [Всемирный] суд сочтет, что имеет место конвергенция соответствующих аспектов внутреннего законодательства, то дополнительным критерием должна стать совместимость принципа, вытекающего из внутреннего законодательства, с принципами и нормами международного права, в рамках которого этот принцип должен будет применяться»<sup>140</sup>. В качестве примера «невозможности транспонирования» был упомянут принцип согласия на юрисдикцию: «в то время как во внутригосударственной сфере основополагающая норма заключается в том, что любой спор может быть передан на рассмотрение судьи, в международном праве в отсутствие явно выраженного согласия государства-ответчика преимущественную силу имеет противоположный принцип»<sup>141</sup>.

---

и более поздней практикой государств определяют суверенные права прибрежных государств путем ссылки на делимитированное пространство» (*Common Rejoinder of Denmark and the Netherlands of 30 August 1968*, para. 20).

<sup>138</sup> *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data* (см. сноску 57 выше), Memorial of Timor-Leste, para. 6.4.

<sup>139</sup> Weil, “Le droit international en quête de son identité” (сноска 104 выше), p. 147, со ссылкой на Jules Basdevant, “Règles générales du droit de la paix”, *Recueil des cours*, vol. 58 (1936), pp. 471 ff., at pp. 501–502 («Следует ... отметить, что эти принципы действительно могут быть транспонированы в международный порядок, что они не противоречат установленной норме международного права, поскольку существует согласие о том, что такое транспонирование может быть осуществлено только в отсутствие конвенционной или обычной нормы»). См. также Bjorge, “Public law sources and analogies of international law” (сноска 103 выше), p. 538.

<sup>140</sup> Gaja, “General principles in the jurisprudence of the ICJ” (см. сноску 88 выше), p. 39. См. также Barberis, “Los Principios Generales de Derecho como Fuente del Derecho Internacional” (сноска 103 выше), pp. 36–38. См. также Antonio Remiro Brotons, *Derecho Internacional* (Tirant lo Blanch, 2007), p. 515.

<sup>141</sup> Pellet and Müller, “Article 38” (см. сноску 95 выше), p. 270; Basdevant, “Règles générales du droit de la paix” (см. сноску 139 выше), p. 502. См. также *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Nos. 46827/99 and 46951/99, Judgment, 4 February 2005, Grand Chamber, European Court of Human Rights, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Caflisch, Türmen and Kovler, para. 161 («Что касается общих принципов права, признанных цивилизованными нациями, то вполне может существовать широко распространенная норма об обязательных

83. В свете вышеизложенного можно сделать вывод о том, что для транспонирования в международно-правовую систему принципа, общего для основных правовых систем мира, он должен быть совместим с основополагающими принципами международного права или, заимствуя термины, используемые Данией и Нидерландами в деле *Континентальный шельф Северного моря*, «принципы, на которых в международно-правовой системе зиждется позитивное право, регулирующее этот вопрос». К ним относятся, как отмечалось выше, принцип суверенитета, понятие территориального суверенитета, базовая концепция правомочия на континентальный шельф и принципы, изложенные в Декларации о дружественных отношениях. Эта проверка на совместимость служит гарантией того, что правовой принцип не только признается международным сообществом как справедливый, но и способен существовать в более широких рамках международного права.

84. Следует подчеркнуть, что это условие для транспонирования требует, чтобы принцип *in foro domestico* был совместим только с основополагающими принципами международного права, как они определены выше. По мнению Специального докладчика, поскольку между источниками международного права, перечисленными в пункте 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда, отсутствует иерархия, общие нормы международного конвенционного и обычного права, которые не имеют такого характера, сами по себе не могут препятствовать транспонированию того или иного принципа в международно-правовую систему. Любая возможная коллизия между общим принципом права и последним должна быть урегулирована путем применения коллизионных норм, таких как *lex specialis*. Речь идет о вопросе, который касается функций общих принципов права и их связи с другими источниками международного права и который Специальный докладчик намерен более подробно рассмотреть в одном из будущих докладов.

## **В. Условия для адекватного применения принципа в международно-правовой системе**

85. Второе требование для транспонирования принципа, общего для основных правовых систем мира, связано с существованием условий, которые позволяют адекватно применять этот принцип в международно-правовой системе. Это призвано обеспечить, чтобы данный принцип мог надлежащим образом служить своей цели в международном праве, избегая искажений или возможных злоупотреблений. На практике эта часть методологии часто формулируется как требующая изучения структуры национальных правовых систем, в частности процессуальных рамок, в которых применяются нормы или принципы, и определения того, позволяет ли структура, существующая на международном уровне, адекватно применять этот принцип.

86. Примером в этом отношении является дело *Тадича*, в котором Апелляционная камера Международного трибунала по бывшей Югославии рассматривала аргумент о том, что в соответствии с международными конвенциями по правам человека уголовное обвинение должно определяться трибуналом, «созданным

---

временных мерах на внутригосударственном уровне, основанная на норме обязательной юрисдикции, применимой на этом уровне. В отличие от этого ... эта норма не превалирует на международном уровне, и поэтому она не может применяться как таковая на этом уровне. Иными словами, этот принцип не может быть транспонирован на работу международных судов»).

на основании закона»<sup>142</sup>. Апелляционная камера отметила, что принцип, согласно которому трибунал должен быть создан на основании закона, является «общим принципом права, налагающим международное обязательство, которое применяется только к отправлению уголовного правосудия во внутригосударственном контексте». В то же время она считала, что международный уголовный трибунал «должен опираться на верховенство права и предоставлять все гарантии, закрепленные в соответствующих международных документах». Тогда можно сказать, что суд «создан на основании закона»<sup>143</sup>.

87. Затем Камера проанализировала различные возможные толкования термина «созданный на основании закона». Первым возможным толкованием стало толкование Европейским судом по правам человека статьи 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (Европейская конвенция по правам человека)<sup>144</sup>, согласно которой выражение «созданный на основании закона» означает созданный законодательным органом. Апелляционная камера отклонила это толкование как применимое к ее собственному созданию, отметив следующее:

Очевидно, что разделение на законодательную, исполнительную и судебную ветви власти, которое в значительной степени соблюдается в большинстве внутренних систем, не применяется ни к международному контексту, ни, более конкретно, к созданию такой международной организации, как Организация Объединенных Наций. Среди главных органов Организации Объединенных Наций разделение полномочий между судебными, исполнительными и директивными органами не является четким. Что касается судебной функции, то Международный Суд, безусловно, является «главным судебным органом»... Однако в системе Организации Объединенных Наций нет законодательного органа в техническом смысле этого слова и, в более общем плане, мировое сообщество не имеет парламента. Иными словами, не существует корпоративного органа, официально уполномоченного принимать законы, непосредственно имеющие обязательную юридическую силу для субъектов международного права.

Очевидно, что невозможно классифицировать органы Организации Объединенных Наций по указанным признакам, которые существуют в национальном законодательстве государств. Действительно, податель апелляции согласился с тем, что учредительная структура Организации Объединенных Наций не следует системе распределения полномочий, часто встречающейся в национальных конституциях. Следовательно, элемент разделения властей, содержащийся в требовании о том, чтобы трибунал был «создан на основании закона», не находит применения в международно-правовой системе. Вышеупомянутый принцип может налагать на государства лишь обязательство, касающееся функционирования их собственных национальных систем<sup>145</sup>.

88. Затем Камера рассмотрела толкование, согласно которому «созданный на основании законом» означает «в соответствии с принципом верховенства права». Ссылаясь на подготовительные материалы Международного пакта о гражданских и политических правах и решения Комитета по правам человека,

<sup>142</sup> *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a "DULE"*, Case No. IT-94-1-A, Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction, 2 October 1995, Appeals Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, para. 41.

<sup>143</sup> *Ibid.*, para. 42.

<sup>144</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedom (Rome, 4 November 1950), vol. 213, No. 2889, p. 221.

<sup>145</sup> *Tadić*, Decision, 2 October 1995 (см. сноску 142 выше), para. 43.

Межамериканской комиссии по правам человека и Межамериканского суда по правам человека, она поддержала это толкование:

Это представляется наиболее разумным и наиболее вероятным значением данного термина в контексте международного права. Для того чтобы такой трибунал был создан в соответствии с принципом верховенства права, он должен быть создан в соответствии с надлежащими международными стандартами; он должен обеспечивать все гарантии справедливости, беспристрастности и объективности в полном соответствии с международно признанными документами по правам человека.

Такое толкование гарантии того, что трибунал будет «создан на основании закона», подтверждается анализом [статьи 14] Международного пакта о гражданских и политических правах... Важным соображением при определении того, был ли трибунал «создан на основании закона», является не то, был ли он «создан на основании закона» или был учрежден для конкретной цели или ситуации; важно, чтобы он был создан компетентным органом согласно соответствующим правовым процедурам и чтобы он [sic] соблюдал требования процессуальной справедливости<sup>146</sup>.

89. В деле *Делалича и др.* Судебная камера Трибунала сочла, что «принципы законности [nullum crimen sine lege и nulla poena sine lege] существуют и признаются во всех основных системах уголовного правосудия мира», но что «неясно, в какой степени они признаны в рамках международно-правовой практики, помимо и отдельно от существования национальных правовых систем ... из-за различий в методах криминализации поведения в национальных и международных системах уголовного правосудия»<sup>147</sup>. Затем Судебная камера выразила следующее мнение:

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

... Поэтому можно предположить, что принципы законности в международном уголовном праве отличаются от соответствующих им принципов в национальных правовых системах с точки зрения их применения и стандартов. Они, по-видимому, отличаются тем, что преследуют очевидную цель поддержания равновесия между сохранением справедливости и объективности по отношению к обвиняемым и учитывают необходимость сохранения мирового порядка. С этой целью затронутое государство или затронутые государства должны принимать во внимание, в частности, следующие факторы: природа международного права; отсутствие международной законодательной политики и стандартов; специальные процессы технической разработки проектов; и основная посылка о том, что нормы международного уголовного права будут воплощены в национальном уголовном праве различных государств<sup>148</sup>.

90. Аналогичным образом, в деле *Фурунджии* Судебная камера отметила, что,

<sup>146</sup> *Ibid.*, para. 45.

<sup>147</sup> *Prosecutor v. Zejnil Delalić et al.*, Case No. IT-96-21-T Judgment, 16 November 1998, Trial Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, para. 403.

<sup>148</sup> *Ibid.*, paras. 404–405.



поскольку «международные судебные процессы имеют ряд особенностей, отличающих их от национальных уголовных процессов», при использовании понятий национального законодательства необходимо учитывать специфику международного уголовного судопроизводства. Таким образом, удается избежать механического переноса или транспонирования из национального законодательства в международное уголовное судопроизводство, а также сопутствующих искажений уникальных черт такого судопроизводства<sup>149</sup>.

91. В своем отдельном мнении по делу «*Барселона трэкин*» судья Фицморис, также рассматривая этот вопрос, указал следующее:

[П]режде всего необходимо учитывать концепцию и структуру компаний в соответствии с системами их происхождения, которые являются системами частного или внутреннего права, — и, кроме того, настаивать на том принципе, что при использовании концепций частного права или обращении с институтами частного права в области международного права они не должны искажаться или перерабатываться таким образом, который не соответствует их истинному характеру в рамках создавшей их системы или систем. Однако, хотя это так, едва ли не менее важно помнить о том, что условия в международной сфере иногда весьма отличаются от тех, которые существуют на внутригосударственном уровне, и те нормы, которые эти условия полностью оправдывают, могут оказаться менее обоснуемыми, если их строго применять, когда они транспонируются на международный уровень. Игнорирование этой меры предосторожности может привести к обратному искаженному результату, а именно к тому, что обусловленность применения нормы или смягчающие ее действие факторы, предусмотренные на внутреннем уровне, могут не найти адекватного отражения на международном уровне, что может привести к парадоксальной, аномальной и несправедливой ситуации<sup>150</sup>.

92. Дела, в которых принцип, общий для основных правовых систем мира, не рассматривался в качестве транспонированного в международно-правовую систему в силу отсутствия условий для его адекватного применения на международном уровне, также служат ориентиром. Например, в деле *Арбитражное решение, вынесенное королем Испании*, Никарагуа сочло, что некоторые понятия недействительности судебных или арбитражных решений во внутригосударственном праве не могут быть надлежащим образом применены в международном праве из-за отсутствия судебной системы, аналогичной той, которая существует в государствах:

Никарагуа сочло целесообразным указать ... причину, по которой международное право отличается в этом отношении от решения, принятого в национальном законодательстве, которое в некоторых случаях допускает относительную ничтожность или оспоримость. Эту причину следует искать в отсутствие, как правило, средства правовой защиты, которое по инициативе одной из сторон может достоверно подтвердить действительность поданных жалоб, в то время как в национальном законодательстве, как правило, соответствующие стороны сами решают, использовать ли для этого

<sup>149</sup> *Furundžija* (см. сноску 56 выше), para. 178. См. также *El Paso v. Argentina* (сноска 54 выше), para. 622 («нормы, в основном применяемые in foro domestico, в частных или публичных, материальных или процессуальных вопросах при условии, что после адаптации они пригодны для применения на уровне международного публичного права»).

<sup>150</sup> *Barcelona Traction* (см. сноску 53 выше), Separate Opinion of Judge Fitzmaurice, p. 65, at p. 67, para. 5.

те же средства правовой защиты, что и средства правовой защиты, имеющиеся для судебного пересмотра решения<sup>151</sup>.

93. В деле *Вопросы, связанные с изъятием и удержанием некоторых документов и данных*, Австралия придерживалась аналогичного подхода в отношении принципа, который предусматривает привилегию на сохранение адвокатской тайны и на который ссылается Тимор-Лешти. Австралия отметила следующее:

Суд должен придерживаться ... взвешенного подхода к признанию любого такого принципа в международном праве. Это особенно актуально, учитывая отсутствие учрежденных судебных органов или механизмов для оценки притязания на привилегию в соответствии с международным правом. Насколько известно Австралии, это первый случай, когда государство претендует на нечто такое, что приближается к привилегии на сохранение адвокатской тайны, рассматриваемой Судом, и, как косвенно признает Тимор-Лешти, нет никаких процедур или процессуальных гарантий, которые могли бы помочь Суду в вынесении независимых решений по таким притязаниям. В отличие от этого, во внутренних правовых системах существуют сложные и устоявшиеся механизмы разрешения притязаний на признание привилегии, которые могут учитывать, среди прочих факторов, надлежащую характеристику соответствующих документов и применимость соответствующих исключений (в том числе исключение в отношении уголовных преступлений)<sup>152</sup>.

94. Еще одним показательным примером является недавнее дело в Федеральном конституционном суде Германии, в котором Аргентина утверждала, что существует общий принцип права по смыслу пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда, основанный на «признанных на внутрисударственном уровне принципах законодательства о несостоятельности» и предусматривающий, что государства имеют право отказаться от обслуживания долга по облигациям, держателями которых являются частные кредиторы, которые, в отличие от большинства кредиторов, не согласились на конверсию долга, произведенную государством-эмитентом в контексте национального кризиса задолженности, и добиваются полного погашения долга. Конституционный суд отклонил аргумент Аргентины, заявив следующее:

Однако предполагаемый общий принцип права, на который ссылается заявитель, предполагает наличие всеобъемлющего свода норм, регулирующих процедуру банкротства государств на уровне международного права. В частности, заявитель ссылается на принцип добросовестности в контексте (неизбежной) неплатежеспособности государства. Даже если предположить, что конкретные требования, вытекающие из принципа добросовестности, а именно равное отношение к кредиторам и целостность упорядоченного производства по делу о несостоятельности, являются

<sup>151</sup> *Award made by the King of Spain* (см. сноску 54 выше), Rejoinder of Nicaragua, para. 51.

<sup>152</sup> *Questions relating to the Seizure and Detention of Certain Documents and Data* (см. сноску 57 выше), Counter-Memorial of Australia, para. 4.38. В деле *Некоторые фосфатные участки* Австралия аналогичным образом утверждала в связи с транспонированием понятия «доверительное учреждение» во внутренние правовые системы следующее: «Необходимость проявления осторожности при переводе норм из области частного права в международное право подчеркивается существенно различающимся характером отношений. В частном праве доверительное учреждение обычно поддерживает деловые или личные отношения, сопряженные с ограниченным и идентифицированным имуществом или активами. В отличие от этого, в положениях Устава об опеке речь идет об осуществлении полного диапазона правительственных функций от имени всего субъекта самоопределения. Эти две ситуации несопоставимы» (*Certain Phosphate Lands* (см. сноску 63 выше), Counter-Memorial of Australia, para. 298).

принципом, который в целом признается во внутреннем законодательстве, и даже если эти конкретные требования действительно признаются в основных правовых семьях ... для переноса этого принципа в ситуации, регулируемые международным правом, потребуется, по крайней мере, наличие всеобъемлющего свода норм, регулирующих банкротство государства... Конкретные требования, которые, по мнению заявителя, вытекают из принципа добросовестности в отношении законодательства о несостоятельности, могут соответствующим образом применяться на уровне международного права только в том случае, если имеется также независимый регулятивный или контролирующий орган, уполномоченный следить за соблюдением этих норм и способный обеспечить справедливую сбалансированность интересов всех затрагиваемых сторон...

Принципы законодательства о несостоятельности, на которые ссылается заявитель, составляют неотъемлемую часть подробного внутреннего режима законодательства о несостоятельности, который предусматривает процессуальные нормы, в том числе для защиты интересов миноритарных кредиторов, соблюдение которых контролируется нейтральным судом, как правило, судом по делам о банкротстве. Без процессуальной базы, основанной на верховенстве права и допускающей пересмотр решений, отрицательно сказывающихся на меньшинстве [кредиторов], отсутствует существенная предпосылка для перевода [этого принципа] на уровень международного права. Из этого следует, что нельзя ссылаться на отдельные принципы, вытекающие из законодательства о несостоятельности на основании пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда...<sup>153</sup>.

95. Аналогичным образом судья Симма в отношении *exceptio non adimpleti contractus* отметил следующее:

Разумеется, вопрос заключается в возможности транспонирования такой концепции, разработанной *in foro domestico*, на международно-правовой уровень с соответствующими поправками, которые необходимо будет внести, чтобы такой общий принцип играл конструктивную роль и на международном уровне. Проблема, с которой мы сталкиваемся в этой связи, заключается в том, что в полностью развитых национальных правовых системах функциональная синаллагма будет действовать под контролем судов, т. е., по крайней мере, такой контроль будет всегда доступен, если сторона, затрагиваемая ее применением, не согласится с наличием условий, необходимых для обращения к нашему принципу. Однако то, с чем мы сталкиваемся на уровне международного права, слишком часто будет являться случаем невыполнения договорных обязательств, сопровождающимся ссылкой на наш принцип, но без возможности беспристрастного рассмотрения вопроса о законности этих мер. В отсутствие судебного контроля возникает опасность того, что наш принцип станет, таким образом, объектом злоупотреблений; вопрос о законности часто будет оставаться спорным<sup>154</sup>.

96. На это условие для транспонирования в международно-правовую систему принципов, универсальных для основных правовых систем мира, ученые ссылались, хотя и использовали различную терминологию и более или менее

<sup>153</sup> Germany, Federal Constitutional Court, Judgment, 3 July 2019 (2 BvR 824/15), paras. 38–39.

<sup>154</sup> *Application of Interim Accord* (см. сноску 86 выше), Separate Opinion of Judge Simma, para. 13. См. также Marcelo G. Kohen, *Possession contestée et souveraineté territoriale* (Presses Universitaires de France, 1997), pp. 20–21, где приводятся аналогичные причины, по которым принцип погасительной давности, существующий в национальных правовых системах, не может быть транспонирован в международно-правовую систему.

подробно анализировали этот вопрос. Было предложено, например, «проверять соответствие [общего принципа] международному правопорядку»<sup>155</sup> или возводить в ранг общих принципов права по смыслу пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда только те принципы *in foro domestico*, которые «уместны в контексте международных отношений»<sup>156</sup>. Другие отмечали, что принципы *in foro domestico* становятся общими принципами права «в той мере, в какой они применимы к отношениям государств»<sup>157</sup>, и что нельзя «применять к международному праву одну и ту же нормативную концепцию, которая применяется к национальному праву», предостерегая от «любого поспешного копирования принципов национального права для использования в международных отношениях»<sup>158</sup>.

### С. Доказательства, подтверждающие транспонирование

97. Из практики государств и судебной практики международных судов и трибуналов явствует, что в некоторых случаях международные документы, в частности договоры, могут рассматриваться как доказательство того, что принцип, общий для основных правовых систем мира, транспонируется в международно-правовую систему.

98. Например, в делах *Континентальный шельф Северного моря* Дания и Нидерланды оспаривали предполагаемый общий принцип права, на который ссылалась Германия, поскольку, в частности, последняя не «пыталась привести примеры применения этого предполагаемого “принципа” в международных конвенциях»<sup>159</sup>.

99. В деле *Авена и другие мексиканские граждане* Мексика утверждала, что принцип исключения доказательств, полученных незаконным путем, помимо того, что он общепризнан в национальных правовых системах, был также признан в документах, регулирующих деятельность международных уголовных трибуналов, в статье 15 Конвенции против пыток и других жестоких,

<sup>155</sup> Andenas and Chiussi, “Cohesion, convergence and coherence of international law” (см. сноску 131 выше), p. 27.

<sup>156</sup> Vjorge, “Public law sources and analogies of international law” (сноска 103 выше), p. 538. См. также Lord Lloyd-Jones, “General principles of law in international law and common law”, Speech at the Conseil d’État, Paris, 16 February 2018 («в той мере, в какой они могут надлежащим образом применяться в совершенно ином контексте международного права»).

<sup>157</sup> James Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 9th ed. (Oxford, Oxford University Press, 2019), p. 32; Redgwell, “General principles of international law” (сноска 103 выше), p. 16; Jennings and Watts, *Oppenheim’s International Law* (сноска 131 выше), p. 37.

<sup>158</sup> Maarten Bos, “The recognized manifestations of international law”, *German Yearbook of International Law*, vol. 20 (1977), pp. 9–76, at p. 41. См. также An Hertogen, “The persuasiveness of domestic law analogies in international law”, *European Journal of International Law*, vol. 29 (2018), pp. 1127–1148; International Law Association, Report of the Study Group on the use of domestic law principles in the development of international law (сноска 96 выше), para. 211; Rumiana Yotova, “Challenges in identification of the ‘general principles of law recognized by civilized nations’: The approach of the International Court of Justice”, *Cambridge Journal of Comparative and Contemporary International Law*, vol. 3 (2017), pp. 269–323, at p. 320; Bonafé and Palchetti, “Relying on general principles in international law” (см. сноску 103 выше), p. 164; Christian Tomuschat, “Obligations arising for States with or against their will”, в *Recueil des cours*, vol. 241 (1993), p. 315; Michael Akehurst, “Equity and general principles of law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25 (1976), pp. 801–825, at p. 816.

<sup>159</sup> *North Sea Continental Shelf* (см. сноску 49 выше), Common Rejoinder of Denmark and the Netherlands of 30 August 1968, para. 19.

бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания<sup>160</sup> и в статье 8 (3) Межамериканской конвенции о правах человека<sup>161</sup>.

100. В деле *Определенное имущество* Лихтенштейн, продемонстрировав, что неосновательное обогащение является принципом, общим для национальных правовых систем и не противоречащим международному праву, далее заявил, что этот принцип был «инкорпорирован в международное право», поскольку он «стимулирует различные правовые режимы в международном публичном праве», такие как нормы международного права, касающиеся правопреемства государств, компенсации за экспроприацию собственности и оценки для целей компенсации<sup>162</sup>.

101. В деле *Применение Временного соглашения* Северная Македония оспорила существование предполагаемого общего принципа права, на который ссылалась Греция (exertio non adimpleti contractus), на том основании, в частности, что аргументы Греции были основаны «на ограниченных и старых источниках, которые существовали до принятия современных норм международного права, касающихся договоров и ответственности государств»<sup>163</sup>, а также что этот принцип «не был включен в Венскую конвенцию 1969 года о праве международных договоров, за исключением статьи 60»<sup>164</sup>.

102. Международный Суд также неоднократно отмечал, что принцип *res judicata*, «как он отражен в статьях 59 и 60 его Статута», является общим принципом права, который защищает судебную функцию суда или трибунала и участников дела, по которому было вынесено окончательное решение<sup>165</sup>.

103. В деле *Тадича* Судебная камера Международного трибунала по бывшей Югославии сочла, что принцип *non-bis-in-idem*, который «в той или иной форме фигурирует во внутреннем правовом кодексе многих государств ... приобрел определенный международный статус, поскольку он сформулирован в статье 14 (7) Международного пакта о гражданских и политических правах»<sup>166</sup>. В том же деле Апелляционная камера вынесла решение по вопросу о неуважении к суду в свете «общих для основных правовых систем мира общих принципов права, разработанных и уточненных (где это применимо) в международной

<sup>160</sup> Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (New York, 10 December 1984), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1465, No. 24841, p. 133.

<sup>161</sup> *Avena and Other Mexican Nationals* (см. сноску 64 выше), Memorial of Mexico, paras. 377–379. American Convention on Human Rights: “Pact of San José, Costa Rica” (San José, 22 November 1969), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1144, No. 17955, p. 123.

<sup>162</sup> *Certain Property* (см. сноску 56 выше), Memorial of Liechtenstein paras. 6.23–6.25.

<sup>163</sup> *Application of Interim Accord* (см. сноску 86 выше), Reply of North Macedonia, para. 5.55.

<sup>164</sup> *Ibid.*, para. 5.56.

<sup>165</sup> См., например, *Maritime Delimitation in the Caribbean Sea and the Pacific Ocean (Costa Rica v. Nicaragua)* and *Land Boundary in the Northern Part of Isla Portillos (Costa Rica v. Nicaragua)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2018*, p. 139, at para. 68; *Question of the Delimitation of the Continental Shelf between Nicaragua and Colombia beyond 200 Nautical Miles from the Nicaraguan Coast (Nicaragua v. Colombia)*, Preliminary Objections, Judgment, *I.C.J. Reports 2016*, p. 100, at para. 58. Однако см. также *International status of South-West Africa* (сноска 114 выше), at p. 132, и *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, *I.C.J. Reports 2007*, p. 43, at para. 419, где принципы *in foro domestico*, по-видимому, не рассматривались как транспонированные в свете особого значения, придаваемого терминам в некоторых договорах.

<sup>166</sup> *Prosecutor v. Duško Tadić a/k/a “DULE”*, Case No. IT-94-1-T, Decision on the defence motion on the principle of non-bis-in-idem, 14 November 1995, Trial Chamber, International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, para. 9. Однако Трибунал применял этот принцип не в качестве общего принципа права, а в качестве обязательного для него принципа «в той мере, в какой он фигурирует в Статуте, и в той форме, в какой он там фигурирует» (*ibid.*).

судебной практике»<sup>167</sup>. После обзора внутренних норм, касающихся неуважения к суду в различных правовых системах, Апелляционная камера дополнительно рассмотрела соответствующие положения в своих Правилах процедуры и доказывания, а также историю их разработки<sup>168</sup>.

104. Аналогичный подход можно обнаружить в судебной практике Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов. Например, в деле «*Си ленд сервисиз, инк.*» против Ирана Трибунал по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов, констатируя, что неосновательное обогащение «кодифицировано или признано в судебном порядке в подавляющем большинстве внутригосударственных правовых систем мира», отметил, что оно также «широко признается в качестве нормы, вошедшей в состав категории общих принципов права, которые могут применяться международными арбитражными трибуналами»<sup>169</sup>. В другом деле Трибунал пришел к выводу о том, что «концепция изменения обстоятельств ... в своей основной форме была инкорпорирована во многие правовые системы настолько, что ее можно рассматривать как общий принцип права; она также нашла широкое признание в статье 62 Венской конвенции о праве международных договоров»<sup>170</sup>.

105. Другие арбитражные трибуналы также опирались на международные документы, подтверждающие транспонирование общих принципов права в международно-правовую систему. В деле «*Салини Коштруттори С.п.А.*» и «*Италстрайд С.п.А.*» против Иордании трибунал пришел к выводу о том, что принцип, согласно которому истец должен доказать факты, на которые он опирается в обоснование своего иска (*actori incumbat probatio*), является «хорошо устоявшимся принципом права», поскольку, в частности, он был «включен в такие основные документы, как Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (статья 24 (1)) или Статут Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов (статья 24 (1))»<sup>171</sup>. Аналогичным образом, в деле «*Салука инвестментс Б.В.*» против Чешской Республики в связи с требованием о наличии тесной связи для предъявления встречного иска трибунал сослался на соответствующие положения Регламента Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (Регламент ЮНСИТРАЛ), Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств<sup>172</sup> и Декларации об урегулировании взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов Америки и отметил, что «эти положения в том виде, в каком они толкуются и применяются в упомянутых решениях, отражают общий правовой принцип в отношении характера тесной связи, которую встречный иск должен иметь с первичным иском, для того чтобы трибунал, обладающий юрисдикцией в отношении первичного иска, имел юрисдикцию и в отношении встречного иска»<sup>173</sup>.

<sup>167</sup> *Tadić* (2000) (см. сноску 56 выше), para. 15.

<sup>168</sup> *Ibid.*, paras. 19–29.

<sup>169</sup> *Sea-Land Service v. Iran* (см. сноску 58 выше), p. 168.

<sup>170</sup> *Questech, Inc. v. Iran* (см. сноску 54 выше), p. 122. См. также *Rockwell v. Iran* (сноска 54 выше), p. 171, para. 92; *Isaiah v. Bank Mellat* (сноска 54 выше), p. 237.

<sup>171</sup> *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan*, Case No. ARB/02/13, Award, 31 January 2006, International Centre for Settlement of Investment Disputes, para. 73.

<sup>172</sup> Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Washington, 18 March 1965), vol. 575, No. 8359, p. 159.

<sup>173</sup> *Saluka Investments B.V. v. Czech Republic*, Case No. 2001–03, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, 7 May 2004, Arbitral Tribunal, Permanent Court of Arbitration, para. 76. См. также *United States — Countervailing Measures Concerning Certain Products from the European Community*, Panel Report, 31 July 2002 (WT/DS212/R), World Trade Organization, paras. 7.49–7.50.

106. В свете вышеизложенного можно сделать вывод о том, что в тех случаях, когда тот или иной принцип, являющийся общим для основных правовых систем мира, находит свое отражение на международном уровне, будь то в договорах или других международных документах, это может служить доказательством того, что данный принцип транспонирован в международно-правовую систему. Логика этого, по-видимому, заключается в том, что если международное сообщество выражает таким образом свое согласие с применимостью такого принципа на международном уровне, то это подразумевает, что данный принцип считается совместимым с основополагающими принципами международного права и что международно-правовая система обеспечивает условия для надлежащего применения этого принципа.

#### IV. Отличие от методологии выявления международного обычного права

107. Последний вопрос, который надлежит рассмотреть, — это различие между методологией выявления общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, и методологией выявления международного обычного права. По мнению Специального докладчика, в свете положений вышеизложенных глав это различие является четким и путаницы между этими двумя источниками быть не должно.

108. В своих Выводах о выявлении международного обычного права, принятых к сведению в резолюции 73/203 Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций от 20 декабря 2018 года, Комиссия в выводе 2 определила, что «[д]ля определения существования и содержания нормы международного обычного права необходимо выявить, имеется ли всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы (*opinio juris*)». Что касается возможных форм практики, то в выводе 6 упоминаются, в частности, «законодательные и административные акты», а также «решения национальных судов». Кроме того, что касается форм доказательства *opinio juris*, то вывод 10 включает «решения национальных судов»<sup>174</sup>.

109. Эти формы практики и доказательства *opinio juris* перекликаются с материалами, имеющими отношение к выявлению общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, которые, как пояснялось выше, по существу являются внутренними правовыми источниками, такими как национальное законодательство и решения национальных судов. Однако это частичное совпадение должно отвечать определенным требованиям.

110. Во-первых, для того чтобы национальное законодательство и решения национальных судов были релевантными для целей выявления международного обычного права, они должны сопровождаться *opinio juris* или убеждением в том, что государство действует в соответствии с правом или обязательством по международному праву. Это, однако, не является необходимым для возникновения

<sup>174</sup> См. также пункт 5) комментария к выводу 10 Выводов о выявлении международного обычного права, A/73/10, на стр. 158 («Национальное законодательство, хотя оно по большей части и является продуктом политических решений, может стать ценным свидетельством признания в качестве правовой нормы, особенно если в нем особо оговаривается (например, в связи с принятием законодательства), что оно основано на международном обычном праве или вводит его в действие). Подобные заявления могут содержаться и в решениях национальных судов, излагающих свое мнение по вопросам международного права»).

общего принципа права: релевантным является то, как национальное законодательство и суды регулируют и решают по существу внутренние вопросы<sup>175</sup>.

111. Кроме того, второй этап анализа для выявления общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем (т. е. определение транспонирования), является уникальным для этого источника международного права. При выявлении нормы международного обычного права такого анализа не требуется.

112. В свете произошедших к настоящему времени событий Специальный докладчик предлагает следующие проекты выводов:

*Проект вывода 4*

*Выявление общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем*

Для определения существования и содержания общего принципа права, вытекающего из национальных правовых систем, необходимо установить:

- а) существование принципа, общего для основных правовых систем мира; и
- б) его транспонирование в международно-правовую систему.

*Проект вывода 5*

*Определение существования принципа, общего для основных правовых систем мира*

1. Для определения существования принципа, общего для основных правовых систем мира, необходим компаративный анализ национальных правовых систем.
2. Компаративный анализ должен быть широким и репрезентативным и охватывать различные правовые семьи и регионы мира.
3. Компаративный анализ включает в себя оценку национального законодательства и решений национальных судов.

*Проект вывода 6*

*Установление транспонирования в международно-правовую систему*

Принцип, общий для основных правовых систем мира, транспонируется в международно-правовую систему, если:

- а) он совместим с основополагающими принципами международного права; и

<sup>175</sup> См. также Michael Wood, "Customary international law and the general principles of law recognized by civilized nations", *International Community Law Review*, vol. 21 (2019), pp. 307–324, at p. 318 («необходимо изучить, как государства регулируют правоотношения, возникающие на внутригосударственном уровне»); Bin Cheng, *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals* (сноска 92 выше), p. 24 («В определении третьего источника международного права также присутствует элемент признания со стороны цивилизованных наций, но отсутствует требование о всеобщей практике. Таким образом, объектом признания является уже не правовой характер нормы, подразумеваемой в международной практике, а существование определенных принципов, являющихся по своей природе правовыми»). См. также Dumbery, *A Guide to General Principles of Law in International Investment Arbitration* (см. сноску 94 выше), p. 20; Costelloe, "The role of domestic law in the identification of general principles of law under Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice" (см. сноску 103 выше), p. 185; Bonafé and Palchetti, "Relying on general principles in international law" (см. сноску 103 выше), p. 167.



b) существуют условия для его адекватного применения в международно-правовой системе.

## Часть третья: Выявление общих принципов права, сформированных в рамках международно-правовой системы

### I. Общие соображения

113. В первом докладе по этой теме, помимо общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем, рассматривается вторая категория общих принципов права в соответствии с пунктом 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда: принципы, сформированные в рамках международно-правовой системы<sup>176</sup>. В этой части доклада рассматривается методология их выявления.

114. Прежде всего следует напомнить о том, что мнения относительно этой категории общих принципов права в Комиссии разошлись. Многие члены Комиссии в целом поддержали идею о том, что могут существовать принципы, которые берут свое начало исключительно в рамках международно-правовой системы<sup>177</sup>. Другие члены, однако, не исключая возможность существования второй категории, выразили в связи с этим определенную озабоченность<sup>178</sup>. Эти

<sup>176</sup> A/CN.4/732, пп. 231–253.

<sup>177</sup> См. заявления г-на Ауреску (A/CN.4/SR.3491, стр. 11); г-на Сиссе (A/CN.4/SR.3492, стр. 24) (который утверждает, что «текст пункта 1 с) статьи 38, соответствующие подготовительные материалы и история этого положения противоречат аргументам некоторых авторов, которые утверждают, что следует включить только [категорию общих принципов, вытекающих из национальных правовых систем]. Общий характер текста и отсутствие каких-либо четких указаний на то, что авторы намеревались ограничить этот пункт только этой категорией, оправдывают более широкое, более либеральное толкование этого понятия»); г-жи Галван Телиш (A/CN.4/SR.3489, р. 24) (которая отмечает, что «еще один свод общих принципов может проистекать из международно-правовой системы или самих международных отношений. Эта идея также находит широкую поддержку на практике и доктрине»); г-на Гомеса-Робledo (A/CN.4/SR.3492, стр. 11); г-на Гроссмана (A/CN.4/SR.3493, стр. 8) (который отмечает, что «существование общих принципов права, сформированных в рамках международно-правовой системы, также соответствует необходимости идентифицировать некоторые всеобъемлющие черты в рамках этой системы. Они могут обеспечивать надлежащие решения в ситуациях, которые возникают не в национальных системах и поэтому в противном случае останутся неурегулированными... [Они] могут также содействовать регулированию аспектов, в отношении которых достигнут широкий консенсус, но при этом они не открывают больших возможностей для развития практики государств»); г-на Хуана (A/CN.4/SR.3493, стр. 14); г-на Джалло (A/CN.4/3491, стр. 8); г-жи Лехто (A/CN.4/SR.3492, стр. 17) (которая отмечает, что «[т]екст статьи 38, ставший впоследствии пунктом 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда, не исключает, однако, других видов общих принципов, и история разработки показывает, что [этот] текст также представляет собой компромисс между двумя концепциями общих принципов»); г-на Нгуена (A/CN.4/SR.3491, стр. 14); г-на Нолте (A/CN.4/SR.3492, стр. 21–22) (который заявил, что «[в] зависимости от предварительных условий их формирования категорию «общих принципов, формируемых в рамках международной правовой системы», можно было бы рассматривать как форму общих принципов в соответствии с пунктом 1 с) статьи 38»); г-жи Орал (A/CN.4/SR.3492, стр. 7); г-на Руды Сантолария (A/CN.4/SR.3492, стр. 14); г-на Сабоя (A/CN.4/SR.3491, стр. 18–19); г-на Глади (A/CN.4/SR.3489, стр. 3); г-на Валенсия-Оспины (A/CN.4/SR.3489, стр. 10) (который отмечает, что «[другие принципы] относятся к международному правопорядку (такие, как принцип согласия на установление юрисдикции)»).

<sup>178</sup> См. заявления г-на Аргуэльо Гомеса (A/CN.4/SR.3492, стр. 4); г-на Хмуда (A/CN.4/SR.3489, стр. 16); г-на Мурасэ (A/CN.4/SR.3489, стр. 9); г-на Мерфи (A/CN.4/SR.3490, стр. 16–17); г-на Пака (A/CN.4/SR.3489, стр. 18–19). г-на Раджпугта

опасения, по сути, касаются очевидной недостаточности или неубедительности практики в отношении этой категории общих принципов права; трудности проведения различия между ней и международным обычным правом; и опасности того, что критерии выявления этих общих принципов права могут быть недостаточно строгими, в результате чего на нормы международного права будет слишком легко ссылаться.

115. Различные мнения были также высказаны в Шестом комитете. Большинство государств в общем плане согласилось с тем, что существует вторая категория общих принципов права, подпадающая под пункт 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда<sup>179</sup>. Другие, не заняв четкой позиции, призвали Комиссию продолжить изучение этого вопроса<sup>180</sup>. Некоторые другие делегации выразили сомнения относительно ее существования<sup>181</sup>.

116. Необходимо изложить некоторые общие замечания в отношении обеспокоенности, выраженной в Комиссии и Шестом комитете. Специальный докладчик согласен с тем, что к вопросу о том, что работа Комиссии должна основываться на достаточной практике, следует подходить с большой осторожностью, особенно когда речь идет о теме, касающейся одного из источников международного права. В контексте, в частности, второй категории общих принципов права сложность выявления соответствующей практики заключается, во-первых, в том, что прямая ссылка на пункт 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда при упоминании таких принципов делается в очень редких случаях. Во-вторых, терминология, используемая на практике, по общему признанию, является неточной. Поэтому решение вопроса о том, был ли в том или ином конкретном

(A/CN.4/SR.3490, стр. 22); г-на Штурмы (A/CN.4/SR.3493, стр. 18). г-на Вуда (A/CN.4/SR.3490, стр. 5 и 10).

<sup>179</sup> См. заявления Австрии (A/C.6/74/SR.31, п. 88) (в которых говорится, что «при определенных обстоятельствах могут также существовать общие принципы права, «сформированные в рамках международной правовой системы»»); Беларуси (A/C.6/74/SR.31, п. 95); Китая (A/C.6/74/SR.27, п. 96); Эквадора (A/C.6/74/SR.27, п. 37); Эстонии (доступно на портале «PaperSmart»); Италии (A/C.6/74/SR.32, п. 34); Нидерландов (A/C.6/74/SR.31, п. 153) (которые заявили, что «ряд общих принципов права берет свое начало в международной правовой системе, и эта позиция находит поддержку в практике государств и прецедентном праве международных судов и трибуналов. Одним из таких общих принципов международного права является, например, свобода открытого моря»); Норвегии (от имени стран Северной Европы) (A/C.6/74/SR.31, п. 77) (которая отметила, что «статья 38, пункт 1 с), не исключает возможности того, что общие принципы права будут вытекать не только из национальных правовых систем, но и из иных источников»); Перу (доступно на портале «PaperSmart») (которое заявило, что «общий принцип права может вытекать либо из национальных правовых систем в результате транспонирования из таких систем в международное право, либо из самой международно-правовой системы»); Португалии (A/C.6/74/SR.32, п. 87); Российской Федерации (там же, п. 79); Сьерра-Леоне (A/C.6/74/SR.31, п. 106) (которое заявило, что «[в] некоторых областях международного права, в частности в международном уголовном праве, общие принципы права, вытекающие из национального и международного права, имеют особенно важное значение»); Испании (A/C.6/74/SR.32, п. 39, и заявление на портале «PaperSmart») (которая заявила, что «существуют две широкие категории общих принципов права, а именно принципы, вытекающие из национальных правовых систем, и принципы, которые вместо этого были сформированы в международно-правовой системе»); Судана (там же, п. 28); Узбекистана (доступно на портале «PaperSmart»).

<sup>180</sup> См. заявления Австралии (доступно на портале «PaperSmart»); Чили (A/C.6/74/SR.32, п. 47); Хорватии (A/C.6/74/SR.25, п. 57); Кубы (A/C.6/74/SR.31, пп. 138–139); Республики Корея (A/C.6/74/SR.32, п. 121); Микронезии (Федеративные Штаты) (там же, п. 54); Филиппин (там же, п. 4); Вьетнама (там же, п. 59).

<sup>181</sup> См. заявления Чешской Республики (A/C.6/74/SR.32, п. 104); Ирана (Исламская Республика) (доступно на портале «PaperSmart»); Словакии (A/C.6/74/SR.31, п. 118); Соединенного Королевства (A/C.6/74/SR.32, п. 15); Соединенных Штатов (доступно на портале «PaperSmart»).

случае задействован или применен какой-либо общий принцип права, сформированный в рамках международно-правовой системы, или, скорее, норма международного конвенционного или обычного права, часто зависит от толкования. В-третьих, в некоторых случаях может иметь место определенное дублирование между первой и второй категориями общих принципов права, если принцип, который может рассматриваться как подпадающий под вторую категорию, может быть также отражен в национальных правовых системах (это можно сказать, например, о принципе *pacta sunt servanda*).

117. По мнению Специального докладчика, недостаточное количество ссылок на пункт 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда на практике не является непреодолимым препятствием. В первом докладе поясняется, что история разработки и текст пункта 1 с) статьи 38 подтверждают существование второй категории общих принципов права. Как будет показано в следующей главе, на практике существуют примеры, которые, судя по всему, подтверждают это. Мнения, высказанные государствами в Шестом комитете, также свидетельствуют о том, что сфера применения пункта 1 с) статьи 38 выходит за рамки общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем.

118. Что касается неточности терминологии, используемой на практике, а также в литературе (в частности, употребление таких терминов, как «общие принципы международного права» и «принципы международного права»), то Специальный докладчик считает, что каждый случай должен быть тщательно проанализирован в его контексте. Эти термины могут отсылать к общим принципам права, сформированным в рамках международно-правовой системы. В других случаях те, кто их использует, могут иметь в виду нормы международного конвенционного или обычного права или даже общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем. Для решения этой проблемы важным критерием является определение того, выявлена ли в конкретном случае норма согласно соответствующей методологии.

119. Что касается вопроса о частичном совпадении двух категорий общих принципов права, подпадающих под пункт 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда, то Специальный докладчик считает, что следует избегать размывания различий между ними. Как показано в первом докладе и в настоящем докладе, общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем, получили широкое признание на практике и в литературе, а методология их выявления имеет свои особенности. Методология выявления общих принципов права, сформированных в рамках международно-правовой системы, отличается. Требуется определить существование принципа, признанного международным сообществом, установив, что тот или иной принцип получил широкое признание в договорах и других международных документах; лежит в основе общих норм международного конвенционного или обычного права; или имманентно присущ основным чертам и основополагающим требованиям международно-правовой системы.

120. Как и практически все члены Комиссии и государства в Шестом комитете, Специальный докладчик также считает, что общие принципы права, сформированные в рамках международно-правовой системы, и нормы международного обычного права должны быть четко разграничены. Этот вопрос возникает в связи с озабоченностью по поводу того, что критерии выявления общих принципов права, подпадающих под вторую категорию, должны быть достаточно строгими и что эти общие принципы не должны рассматриваться в качестве легкого способа отсылки к нормам международного права. Несколько подробнее этот вопрос рассматривается в главе III ниже.

## II. Методология

121. Практика государств и судебная практика проливают в некоторой степени свет на то, каким образом следует выявлять общие принципы права, сформированные в рамках международно-правовой системы. Поскольку эти принципы, по мнению Специального докладчика, подпадают под действие пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда, важнейшим условием их существования является их признание, которое, как и в отношении первой категории, должно быть широким и представительным, отражающим общее понимание международного сообщества. В данном контексте признание может рассматриваться как принимающее три различные формы. Во-первых, тот или иной принцип может быть широко признан в договорах и других международных документах. Во-вторых, принцип может лежать в основе общих норм международного конвенционного или обычного права. И наконец, принцип может быть имманентно присущ основным чертам и основополагающим требованиям международно-правовой системы. Однако следует отметить, что эти формы признания не являются взаимоисключающими. Как будет показано ниже, в некоторых случаях они могут сосуществовать.

### A. Принципы, широко признанные в договорах и других международных документах

122. Первый способ определения общих принципов права, сформированных в рамках международно-правовой системы, заключается в том, чтобы удостовериться, что тот или иной принцип был широко инкорпорирован в договоры и другие международные документы, такие как резолюции Генеральной Ассамблеи.

123. Принципы международного права, признанные Уставом Нюрнбергского трибунала и нашедшие выражение в решении этого Трибунала (Нюрнбергские принципы), можно рассматривать как пример возникших таким образом общих принципов права. Нюрнбергские принципы были инкорпорированы в Устав Международного военного трибунала 1945 года<sup>182</sup> и применялись Международным военным трибуналом для судебного преследования и наказания главных военных преступников европейских стран оси (Нюрнбергский трибунал). 11 декабря 1946 года Генеральная Ассамблея единогласно приняла резолюцию 95 (I), в которой она подтвердила «принципы международного права, признанные Статутом Нюрнбергского трибунала и нашедшие выражение в решении Трибунала»<sup>183</sup>. Генеральная Ассамблея также поручила Комитету по прогрессивному развитию международного права и его кодификации сформулировать эти принципы<sup>184</sup>.

124. На своей первой сессии Комиссия рассмотрела вопрос о том, следует ли ей установить, в какой степени Нюрнбергские принципы представляют собой «принципы международного права», и постановила, что, «поскольку Нюрнбергские принципы были подтверждены Генеральной Ассамблеей, задача Комиссии ... заключается не в том, чтобы выразить какое-либо понимание этих принципов

<sup>182</sup> Charter of the International Military Tribunal annexed to the London Agreement of 8 August 1945 for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, United Nations, *Treaty Series*, vol. 82, p. 302.

<sup>183</sup> Резолюция 95 (I) Генеральной Ассамблеи от 11 декабря 1946 года.

<sup>184</sup> Там же.

как принципов международного права, а в том, чтобы просто сформулировать их»<sup>185</sup>.

125. Нюрнбергские принципы, как представляется, впоследствии рассматривались государствами в качестве общих принципов права по смыслу пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда во время принятия Международного пакта о гражданских и политических правах и Европейской конвенции по правам человека. Как отмечалось в первом докладе, подготовительные материалы обоих договоров показывают, что при включении пункта 2 статьи 15 и пункта 2 статьи 7 в каждом из этих документов намерение сторон заключалось в

<sup>185</sup> *Yearbook of the International Law Commission 1950*, vol. II, p. 374, para. 96. См. также *Yearbook ... 1949*, vol. I, p. 133, para. 35; *Yearbook ... 1950*, vol. II, p. 189, para. 36.

Нюрнбергские принципы предусматривают следующее:

*«Принцип I*

Всякое лицо, совершившее деяние, которое представляет собой преступление по международному праву, несет за него ответственность и подлежит наказанию.

*Принцип II*

То обстоятельство, что по внутреннему праву не установлено наказания за деяние, которое представляет собой преступление по международному праву, не освобождает лицо, совершившее это деяние, от ответственности по международному праву.

*Принцип III*

То обстоятельство, что лицо, совершившее деяние, которое представляет собой преступление по международному праву, действовало в качестве главы государства или ответственного должностного лица правительства, не освобождает это лицо от ответственности по международному праву.

*Принцип IV*

То обстоятельство, что лицо действовало во исполнение приказа своего правительства или начальника, не освобождает это лицо от ответственности по международному праву, если сознательный выбор был фактически для него возможен.

*Принцип V*

Всякое лицо, обвиняемое в преступлении по международному праву, имеет право на справедливое рассмотрение дела на основе фактов и права.

*Принцип VI*

Преступления, указанные ниже, наказуются как преступления по международному праву:

а) Преступления против мира:

- i) планирование, подготовка, развязывание или ведение агрессивной войны или войны в нарушение международных договоров, соглашений или заверений;
- ii) участие в общем плане или заговоре, направленных к осуществлению любого из действий, упомянутых в подпункте i);

б) Военные преступления: нарушения законов или обычаев войны, в том числе, но не исключительно, убийства, истязания или увод в рабство или для других целей гражданского населения оккупированной территории, убийства или истязания военнопленных или лиц, находящихся в море, убийства заложников или ограбление общественной и частной собственности, бессмысленное разрушение городов и деревень или разорение, неоправданное военной необходимостью;

с) Преступления против человечности: убийство, истребление, порабощение, ссылка и другие жестокости, совершенные в отношении гражданского населения, или преследования по политическим, расовым или религиозным мотивам, если такие действия совершаются или такие преследования имеют место при выполнении какого-либо преступления против мира или какого-либо военного преступления, или в связи с таковыми.

*Принцип VII*

Соучастие в совершении преступления против мира, военного преступления или преступления против человечности, указанные в принципе VI, является преступлением по международному праву».

дальнейшем «подтверждении и укреплении» Нюрнбергских принципов<sup>186</sup>. Что касается правовой природы принципов, то государства обратили внимание, в частности, на тот факт, что они включены в Устав Международного военного трибунала и подтверждены в резолюции 95 (I) Генеральной Ассамблеи, а также на то, что они соответствуют целям Устава Организации Объединенных Наций, резолюции 96 (I) Генеральной Ассамблеи, в которой геноцид квалифицируется в качестве преступления по международному праву, и Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказания за него<sup>187</sup>.

126. Правовая природа Нюрнбергских принципов как общих принципов права также упоминалась в прецедентном праве. Например, в деле *Колк и Кислый против Эстонии* Европейский суд по правам человека отметил следующее:

Хотя Нюрнбергский трибунал был создан для судебного преследования главных военных преступников европейских стран оси за преступления, совершенные ими до или во время Второй мировой войны, Суд отмечает, что универсальная действительность принципов, касающихся преступлений против человечности, была впоследствии подтверждена, в частности, резолюцией 95 Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций (11 декабря 1946 года), а затем и Комиссией международного права. Соответственно, ответственность за преступления против человечности не может ограничиваться только гражданами определенных стран и только деяниями, совершенными в конкретные временные рамки Второй мировой войны. В этом контексте Суд хотел бы подчеркнуть, что в статье I b) Конвенции о неприменимости срока давности к военным преступлениям и преступлениям против человечества прямо указано, что к преступлениям против последней категории не применяются никакие сроки давности, независимо от даты их совершения и независимо от того, были ли они совершены во время войны или в мирное время. После присоединения к вышеуказанной Конвенции Эстонская Республика взяла на себя обязательство по осуществлению указанных принципов.

Пункт 2 статьи 7 Конвенции в ясно выраженной форме предусматривает следующее: «Настоящая статья не препятствует осуждению и наказанию любого лица за совершение какого-либо деяния или за бездействие, которое в момент его совершения являлось уголовным преступлением в соответствии с общими принципами права, признанными цивилизованными странами». Это касается и преступлений против человечности, в отношении которых в Уставе Нюрнбергского международного трибунала была закреплена норма о том, что на них не распространяется срок давности<sup>188</sup>.

<sup>186</sup> См. A/2929, para. 96; A/4625, paras. 15–16; A/C.3/SR.1008, paras. 2–3 and 14; A/C.3/SR.1010, para. 9; A/C.3/SR.1012, para. 15; A/C.3/SR.1013, paras. 14–15, 17; Council of Europe, European Commission of Human Rights, Preparatory work on article 7 of the European Convention on Human Rights, Information document prepared by the Secretariat of the Commission (DH (57) 6), p. 4.

<sup>187</sup> См. A/C.3/SR.1008, p. 135, para. 14; A/C.3/SR.1012, para. 15; A/C.3/SR.1013, paras. 14–15. Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Paris, 9 December 1948). *Ibid.*, vol. 78, No. 1021, page 292.

<sup>188</sup> *Kolk and Kislyiy v. Estonia* (dec.), Application Nos. 23052/04 and 24018/04, Decision on Admissibility, 17 January 2006, Fourth Section, European Court of Human Rights, Reports of Judgments and Decisions (ECHR), 2006-I. See also *Vasiliauskas v. Lithuania* [Grand Chamber], Application No. 35343/05, Judgment, 20 October 2015, Grand Chamber, European Court of Human Rights, ECHR 2015, paras. 187–190 (где подтверждается предыдущая прецедентная практика Суда, согласно которой пункт 2 статьи 7 Европейской конвенции является лишь «контекстуальным разъяснением шкалы ответственности [пункт 1 статьи 7], включенным

127. На основе вышесказанного можно сделать вывод о том, что Нюрнбергские принципы были признаны международным сообществом в качестве общих принципов права, сформированных в рамках международно-правовой системы, в результате комбинированного воздействия: их включения в Устав Международного военного трибунала, их применения Нюрнбергским трибуналом и их единодушного подтверждения в резолюции 95 (I) Генеральной Ассамблеи. Статус Нюрнбергских принципов как общих принципов права по смыслу пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда, как представляется, подтверждается подготовительными материалами Международного пакта о гражданских и политических правах и Европейской конвенции по правам человека.

128. В консультативном деле *Оговорки к Конвенции по геноциду* Международный Суд, судя по всему, учитывал существование определенных общих принципов права, признанных международным сообществом и не вытекающих из национальных правовых систем, при определении того, какого рода оговорки могут быть сделаны к Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него и какие возражения могут быть к ней приняты. В своем консультативном заключении Суд заявил, в частности, следующее:

Решение этих проблем следует искать в особенностях Конвенции по геноциду. Истоки и характер этой Конвенции, цели, преследуемые Генеральной Ассамблеей и договаривающимися сторонами, отношения, существующие между положениями Конвенции *inter se* и между этими положениями и этими целями, содержат элементы толкования воли Генеральной Ассамблеи и сторон. История принятия Конвенции свидетельствует о том, что Организация Объединенных Наций намеревалась осудить геноцид и карать за него как за «преступление по международному праву», связанное с лишением права на существование целых человеческих групп; такое лишение права на существование оскорбляет человеческую совесть, приносит огромные потери человечеству и противоречит нравственному закону, а также духу и целям Объединенных Наций» (резолюция 96 (I) Генеральной Ассамблеи, 11 декабря 1946 года). Первое следствие этой концепции состоит в том, что принципы, лежащие в основе Конвенции, — это принципы, которые признаны цивилизованными нациями как обязательные для государств, даже если не предусмотрено соответствующее договорное обязательство. Второе следствие заключается в универсальном характере как осуждения геноцида, так и сотрудничества, необходимого «для избавления человечества от этого отвратительного бедствия» (преамбула Конвенции). Конвенция по геноциду была, таким образом, задумана как Генеральной Ассамблеей, так и договаривающимися сторонами в качестве конвенции определенного универсального значения. Она была фактически одобрена 9 декабря 1948 года резолюцией, которая была единогласно принята 56 государствами<sup>189</sup>.

129. В резолюции 96 (I) Генеральной Ассамблеи, на которую сослался Суд, также отмечалось, что преступление геноцида «противоречит нравственному закону, духу и целям Объединенных Наций», и утверждалось, что «геноцид, с точки зрения международного права, является преступлением, которое осуждается цивилизованным миром, и за совершение которого подлежат наказанию главные виновники и соучастники, независимо от того, являются ли они

для обеспечения того, чтобы не возникало сомнений в обоснованности судебного преследования после Второй мировой войны в отношении преступлений, совершенных во время этой войны... Таким образом, ясно, что составители Конвенции не намеревались допускать какого-либо общего исключения из правила об отсутствии обратной силы»).

<sup>189</sup> *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion of 28 May 1951, I.C.J. Reports 1951, p. 15, at p. 23.*

частными лицами, государственными должностными лицами или государственными деятелями, и независимо от того, совершено ли преступление по религиозным, расовым, политическим или каким-либо другим мотивам»<sup>190</sup>.

130. По мнению Специального докладчика, формулировки, используемые Судом, могут быть истолкованы как отсылающие к общим принципам права по смыслу пункта 1 с) статьи 38 Статута («признанные цивилизованными нациями в качестве обязательных для государств»). Как отметил Суд, соответствующие принципы (в отношении осуждения преступления геноцида и наказания за него) «лежат в основе» Конвенции и являются обязательными для государств даже в отсутствие Конвенции. Признание этих принципов международным сообществом можно считать отраженным в Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказания за него, а также в резолюции 96 (I) Генеральной Ассамблеи.

131. Еще одним примером общих принципов права, подпадающих под вторую категорию и возникших в результате их инкорпорации в договоры, являются принципы, воплощенные в клаузуле Мартенса, которая впервые появилась в преамбулах Гагской конвенции (II) 1899 года о законах и обычаях сухопутной войны и Гагской конвенции (IV) 1907 года о законах и обычаях сухопутной войны<sup>191</sup>. Она гласит следующее:

Впредь до того времени, когда представится возможность издать более полный свод законов войны, Высокие Договаривающиеся Стороны считают уместным засвидетельствовать, что в случаях, не предусмотренных принятыми ими постановлениями, население и воюющие остаются под охраною и действием начал международного права, поскольку они вытекают из установившихся между образованными народами обычаев, из законов человечности и требований общественного сознания.

132. Эта клаузула была включена в ряд других договоров, последовавших за Гагскими конвенциями, таких как Женевские конвенции 1949 года и Дополнительные протоколы к ним<sup>192</sup>. В более поздней формулировке клаузулы Мартенса говорится о «принципах международного права, проистекающих из

<sup>190</sup> Резолюция 96 (I) Генеральной Ассамблеи от 11 декабря 1946 года.

<sup>191</sup> Hague Conventions respecting the laws and customs of war on land (The Hague, 18 October 1907): Convention (II) respecting the limitation of the employment of force for the recovery of contract debts (Hague Convention II); Convention (IV) respecting the laws and customs of war on land (Hague Convention IV), *The Hague Conventions and Declarations 1 of 1899 and 1907*, J. B. Scott (ed.) (New York, Oxford University Press, 1915).

<sup>192</sup> См. Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field (Geneva, 12 August 1949), United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, No. 970, p. 31, art. 63; Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea (Geneva, 12 August 1949), United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, No. 971, p. 85, art. 62; Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War (Geneva, 12 August 1949), *ibid.*, No. 972, p. 135, art. 142; Geneva Convention relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Geneva, 12 August 1949), United Nations, *Treaty Series*, vol. 75, No. 973, p. 287, art. 158; Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I), 1977, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, № 17512, p. 330, arts. 35, para. 3 and 55; Protocol additional (II) to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Geneva, 8 June 1977), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1125, No. 17513, p. 658, preamble; Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects (Geneva, 10 October 1980), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1342, No. 22495, p. 184, preamble.



установившихся обычаев, принципов гуманности и требований общественного сознания»<sup>193</sup>.

133. Клаузула Мартенса отсылает к «началам международного права, поскольку они вытекают... из законов человечности и требований общественного сознания» как части законов войны, применяемых параллельно с «началами международного права, поскольку они вытекают из установившихся между образованными народами обыкновений (usages)» (т. е. обычая (custom)). Законы (или принципы) человечности и требования (или диктаты) общественного сознания рассматриваются некоторыми государствами как общие принципы права, признанные международным сообществом, а не вытекающие из национальных правовых систем. Например, в консультативном деле *Законность угрозы ядерным оружием или его применения* Науру заявило следующее:

Клаузула Мартенса, как представляется, требует применения общих принципов права. В ней говорится о законах человечности и требованиях общественного сознания. Таким образом, общие принципы права, признанные цивилизованными нациями, как представляется, воплощают в себе принципы человечности и общественного сознания. Поэтому бесчеловечное оружие и орудия, оскорбляющие общественное сознание, запрещены<sup>194</sup>.

134. Аналогичным образом, в ходе прений в Шестом комитете в 2019 году Норвегия (от имени стран Северной Европы) высказала мысль о том, что клаузула Мартенса «является примером принципа, сформированного в рамках международно-правовой системы»<sup>195</sup>.

135. Общие принципы права, возникшие в результате их включения в договоры и другие международные документы, можно также найти в области международного экологического права<sup>196</sup>. Одним из возможных примеров является принцип «платит загрязнитель», который прямо предусмотрен или закреплен в нескольких договорах по окружающей среде и в соответствии с которым загрязнитель несет расходы по предотвращению, контролю и сокращению загрязнения<sup>197</sup>. В некоторых недавних договорах в преамбулах принцип «загрязнитель

<sup>193</sup> См. Дополнительный протокол (I) к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов, статья 1, п. 2.

<sup>194</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Letter dated 15 June 1995 from counsel appointed by Nauru, together with Written Statement of the Government of Nauru, p. 13.

<sup>195</sup> Заявление Норвегии (от имени стран Северной Европы) (A/C.6/74/SR.31, п. 77).

<sup>196</sup> Мнение о том, что могут существовать некоторые общие принципы по смыслу пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда, специфичные для области экологического права и не всегда вытекающие из национальных правовых систем см., например, *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*, Judgment, International Court of Justice, I.C.J. Reports 2010, p. 14, Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, p. 135, at paras. 6, 28, 48, 52; Makane Moïse Mbengue and Brian McGarry, "General principles of international environmental law in the case law of international courts and tribunals", в Andenas et al., *General Principles and the Coherence of International Law* (см. сноску 88 выше), pp. 408–441, at pp. 408–413. Однако авторы также отмечают, что, «поскольку основной свод международного экологического права называется «принципами», т. к. он в значительной степени возник из универсальных документов «мягкого права» (таких, как Рио-де-Жанейрская декларация), в этом смысле эти нормы могут рассматриваться как свод норм международного обычного права» (p. 420).

<sup>197</sup> См., например, Convention on Third Party Liability in the Field of Nuclear Energy (Paris, 29 July 1960) United Nations, *Treaty Series*, vol. 956, No. 13706, p. 251; Vienna Convention on Civil Liability for Nuclear Damage (Vienna, 21 May 1963), *ibid.*, vol. 1063, No. 16197, p. 265; Convention for the Protection of the Mediterranean Sea against Pollution (Barcelona, 16 February 1976), *ibid.*, vol. 1102, No. 16908, p. 27, art. 12; ASEAN Agreement on the Conservation of Nature and Natural Resources (Kuala Lumpur, 9 July 1985), UNEP *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment* (Cambridge, 1991) vol. 2, p. 144, art. 10 (d); Convention on the Protection of Alps (Salzburg, Austria, 7 November 1991), United

платит» упоминается как «общий принцип международного экологического права»<sup>198</sup>.

136. Помимо договоров, принцип «загрязнитель платит» включен в некоторые международные документы. В частности, принцип 16 Рио-де-Жанейрской декларации по окружающей среде и развитию<sup>199</sup> предусматривает следующее:

Национальные власти должны стремиться содействовать интернализации экологических издержек и использованию экономических средств, принимая во внимание подход, согласно которому загрязнитель должен, в принципе, покрывать издержки, связанные с загрязнением, должным образом учитывая общественные интересы и не нарушая международную торговлю и инвестирование<sup>200</sup>.

137. По мнению Специального докладчика, принцип «загрязнитель платит» можно считать общим принципом права по смыслу пункта 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда на том основании, что его признание международным сообществом может быть установлено на основании инкорпорации этого принципа в ряд широко признанных договоров и других международных документов<sup>201</sup>.

---

Nations, *Treaty Series*, vol. 1917, No. 32724, p. 135, art. 2, para. 1; Convention for the Protection of the Marine Environment of the North-East Atlantic (Paris, 22 September 1992), *ibid.*, vol. 2354, No. 42279, p. 67, art. 2, para. 2 (b); Agreement on the European Economic Area (Brussels, 13 December 1993), *Official Journal of the European Communities*, vol. 37, No. L 1, p. 3, art. 73, para. 2; Convention on the Protection and Use of Transboundary Watercourses and International Lakes (Helsinki, 17 March 1992), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1936, No. 33207, p. 309, art. 2, para. 5 (b); Agreements on the Protection of the Rivers Meuse and Scheldt (Charleville Mezieres, France, 26 April 1994), *International Legal Materials*, vol. 34 (1995), p. 851, art. 3, para. 2 (d); Convention on Cooperation for the Protection and Sustainable Use of the Danube River (Sofia, 29 June 1994), *Official Journal of the European Communities*, vol. 52, No. L 342, p. 19, art. 2, para. 4; Protocol to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter (London, 7 November 1996), *London Convention 1972: Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter and 1996 Protocol* (London, International Maritime Organization, 2003), p. 15, art. 3, para. 2; Convention on the Protection of the Rhine (Bern, 12 April 1999), *Official Journal of the European Communities*, vol. 43, No. L 289, p. 31, art. 4 (d). См. также Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, 2nd ed. (Cambridge University Press, 2003), pp. 279–281.

<sup>198</sup> См., например, International Convention on Oil Pollution Preparedness, Response and Cooperation (London, 30 November 1990), United Nations, *Treaty Series*, vol. 1891, No. 32194, p. 106.

<sup>199</sup> Доклад Конференции Организации Объединенных Наций по окружающей среде и развитию, Рио-де-Жанейро, 3–14 июня 1992 года, том I: Резолюции, принятые Конференцией (A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I); издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.93.1.8), резолюция 1, приложение, стр. 3, на стр. 6.

<sup>200</sup> См. также Organization for Economic Cooperation and Development: Recommendation of the Council on Guiding Principles concerning International Aspects of Environmental Policies, OECD/LEGAL/0102 (1972), annex, paras. 2–5; Recommendation of the Council on the Implementation of the Polluter-Pays Principle, OECD/LEGAL/0132 (1974); Recommendation of the Council concerning the Application of the Polluter-Pays Principle to Accidental Pollution, OECD/LEGAL/0251 (1989); Recommendation of the Council on the Use of Economic Instruments in Environmental Policy, OECD/LEGAL/0258 (1991).

<sup>201</sup> См. также Pierre-Marie Dupuy and Jorge E. Viñuales, *International Environmental Law*, 2nd ed. (Cambridge, Cambridge University Press, 2018), p. 81 («На первый взгляд [принцип «загрязнитель платит»] представляется как простой вариант обязанности по возмещению ущерба, причиненного другим лицам, в том виде, в каком он применяется в экологическом контексте. Однако такое ограниченное понимание лишило бы этот принцип какого-либо самостоятельного содержания, учитывая, что такая обязанность прочно укоренилась в

## В. Принципы, лежащие в основе общих норм международного конвенционного или обычного права

138. Общие принципы права, сформированные в рамках международно-правовой системы, могут быть также выявлены путем установления того, что они лежат в основе общих норм международного конвенционного или обычного права<sup>202</sup>. В этих случаях признание, требуемое для существования общего принципа в соответствии с пунктом 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда, как представляется, вытекает из общего признания норм, в основе которых они лежат. Эта методология, по сути, дедуктивна.

139. Например, в деле *Пролив Корфу* Международный Суд пришел к следующему выводу:

Обязательства, которые несут албанские власти, состоят в том, что они должны были сообщить в интересах судоходства в целом о существовании минных полей в территориальных водах Албании, а также предупредить приближающиеся британские военные корабли о неминуемой опасности, которую для них представляют минные поля. Такие обязательства основываются не на Гаагской конвенции № VIII от 1907 года, применимой во время войны, а на определенных общепризнанных принципах, а именно: элементарные соображения гуманности, которые даже в большей степени должны проявляться в условиях мира, чем во время войны; свобода морского сообщения; и обязанность каждого государства не разрешать умышленно использовать его территорию для совершения деяний, направленных на ущемление прав других государств<sup>203</sup>.

140. Суд не применял Гаагскую конвенцию, которая применима только во время войны, и в любом случае Албания не являлась ее стороной. Тем не менее он определил некоторые обязательства, основанные на «общих и хорошо признанных принципах», которые можно считать выведенными из существующих норм международного конвенционного или обычного права<sup>204</sup>, и применил эти принципы для принятия решения по рассматриваемому делу.

141. В консультативном деле *Законность угрозы ядерным оружием или его применения* Индонезия, как представляется, аналогичным образом стремилась выявить общий принцип права путем выведения из договорных положений. Она утверждала, что «поддержку принципа, согласно которому угроза совершения незаконного деяния также является незаконной, можно найти в международно-

---

международном обычном праве благодаря как принципу непричинения вреда, так и принципу предотвращения»).

<sup>202</sup> Bonafé and Palchetti, “Relying on general principles in international law” (см. сноску 103 выше), р. 162. Авторы добавляют, что «международное право является отправной точкой для получения общих принципов, которые впоследствии могут применяться к другим ситуациям, не подпадающим под первоначальную сферу действия соответствующих норм» (*ibid.*).

<sup>203</sup> *Corfu Channel* (см. сноску 55 выше), р. 22. В своих состязательных бумагах Соединенное Королевство просило Суд объявить, в частности, что Албания «не уведомила о существовании [мин], как того требует Гаагская конвенция VIII 1907 года, в соответствии с общими принципами международного права и гуманности» (*ibid.*, р. 10). В своем Контрмеморандуме Албания заявила, что, даже если она не стала участником Конвенции, она признала, что она связана изложенными в ней нормами даже в мирное время в силу их «деклараторного характера» (Counter-Memorial of Albania, para. 84). См. также Rejoinder of Albania, para. 27.

<sup>204</sup> См. Bonafé and Palchetti, “Relying on general principles in international law” (см. сноску 103 выше), р. 163; Yotova, “Challenges in identification of the ‘general principles of law recognized by civilized nations’” (сноска 158 выше), р. 299.

правовых документах и *opinio juris*, а также в общих принципах права, признанных цивилизованными нациями»<sup>205</sup>.

142. Выдвигая этот аргумент, Индонезия в целом ссылалась на договоры, запрещающие владение оружием массового уничтожения и его производство, на Нюрнбергские принципы, Протокол I к Женевской конвенции и Конвенцию о предупреждении преступления геноцида и наказании за него<sup>206</sup>.

143. В деле *Фурунджии*, столкнувшись с «серьезным расхождением» в отношении того, как государства криминализируют на внутригосударственном уровне<sup>207</sup> насильственное проникновение в рот, Судебная камера Международного трибунала по бывшей Югославии сочла, что она должна была «установить, [может ли] быть достигнуто надлежащее решение посредством использования общих принципов международного уголовного права или, если такие принципы отсутствуют, посредством применения общих принципов международного права»<sup>208</sup>. Хотя Камера не объяснила разницу между этими двумя терминами и не указала, на какой из них она полагается, она постановила следующее:

[Н]асильственное введение мужского полового органа в рот является посягательством на человеческое достоинство особенно бесчеловечным и унижающим. Основное предназначение норм международного гуманитарного права и международных норм и стандартов в области прав человека состоит в том, чтобы защищать достоинство человека независимо от того, является он мужского или женского пола. Общий принцип уважения человеческого достоинства лежит в основе международного гуманитарного права и международных норм и стандартов в области прав человека и, в действительности, является смыслом их существования; действительно, в современных условиях он приобрел столь огромное значение, что распространился на всю совокупность норм международного права. Этот принцип имеет целью защитить личное достоинство человека от любого посягательства, которое может заключаться в физическом насилии, унижениях или действиях, наносящих ущерб чести, самоуважению или душевному комфорту человека. И тот факт, что сексуальное насилие в такой грубой форме, как насильственное проникновение в рот, квалифицируется как изнасилование, является частью этого принципа<sup>209</sup>.

144. Таким образом, Судебная камера, как представляется, определила и применила «общий принцип уважения человеческого достоинства» на том основании, что он лежит в основе «международного гуманитарного права и международных норм и стандартов в области прав человека».

145. В свете вышеизложенного Специальный докладчик приходит к выводу о том, что тот или иной принцип может считаться сформированным в рамках международно-правовой системы, когда он лежит в основе общих норм международного конвенционного и обычного права. Эти принципы «признаны» по смыслу пункта 1 с) статьи 38 Статута в силу их широкого признания через посредство соответствующих договоров и обычных норм. Методология их выявления носит, по существу, дедуктивный характер: необходимо рассмотреть конкретные нормы международного права и вывести принципы, лежащие в их основе. Выявленный таким образом принцип может применяться независимо от соответствующих норм международного конвенционного или обычного права и

<sup>205</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, CR 1995/25, 3 November 1995, p. 37, para. 77.

<sup>206</sup> *Ibid.*, paras. 78–79.

<sup>207</sup> *Furundžija* (см. сноску 56 выше), para. 182.

<sup>208</sup> *Ibid.*

<sup>209</sup> *Ibid.*, para. 183.

даже в отсутствие последних. Этот принцип, другими словами, не является частью норм, из которых он был выведен.

### С. Принципы, присущие основным чертам и основополагающим требованиям международно-правовой системы

146. Третий способ выявления общих принципов права, подпадающих под вторую категорию, — это установление того, что они присущи основным чертам и основополагающим требованиям международно-правовой системы, которая является творением международного сообщества.

147. Примером в этом отношении является принцип согласия на юрисдикцию, который может рассматриваться как неотъемлемый в международно-правовой системе в силу ее структуры: это является необходимым следствием того, что суверенные государства равны, а судебная система, в которую в обязательном порядке могут передаваться споры, аналогичная национальной правовой системе, отсутствует. Этот принцип является причиной разработки различных международных документов и находит отражение в них, и на него часто ссылаются в прецедентном праве. В деле *Монетарное золото*, например, Международный Суд отметил, что «вынесение решения о международной ответственности Албании без ее согласия противоречило бы прочно утвердившемуся принципу международного права, закрепленному в Статуте Суда, а именно принципу, согласно которому Суд может осуществлять юрисдикцию в отношении государства только с его согласия»<sup>210</sup>. Никарагуа также сослалось на этот принцип в деле *Спор о сухопутной, островной и морской границе* в качестве «принципа общего международного права», который «закреплен в положениях статьи 62 [Статута Международного Суда]»<sup>211</sup>. В этом деле Камера Суда, отвечая на вопрос о том, необходима ли юрисдикционная связь для вступления Никарагуа в дело в соответствии со статьей 62 Статута, отметила, что «она должна рассмотреть общий принцип консенсуальной юрисдикции в его связи с институтом вступления в дело»<sup>212</sup>. В этой связи Камера отметила, что «здесь не может быть никаких сомнений в важности этого общего принципа», и сослалась на дело *Концессии Мавроматиса в Палестине*, в котором Постоянная Палата сочла, что она действует «с учетом того факта, что ее юрисдикция ограничена, что она неизменно основана на согласии ответчика и существует только в той степени, в какой это согласие было дано»<sup>213</sup>. В то же время можно также сказать, что принцип согласия на юрисдикцию широко признается в договорах и, таким образом, удовлетворяет требованию о первой форме признания на международном уровне. Как упоминалось выше, различные формы признания не являются взаимоисключающими.

148. В деле *Право прохода* Португалия утверждала, что общие принципы права по смыслу статьи 38 1) с) Статута Международного Суда включают не только общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем, но и

<sup>210</sup> *Case of the monetary gold removed from Rome in 1943 (Preliminary Question), Judgment of June 15th, 1954, I.C.J. Reports 1954*, p. 19, at p. 32.

<sup>211</sup> *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, General List No. 75 (1986), Application for Permission to Intervene by the Government of Nicaragua, International Court of Justice, p. 6.

<sup>212</sup> *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1990*, p. 92, at pp. 132–133, para. 94.

<sup>213</sup> *Ibid.*, p. 133, para. 95. См. также para. 99.

общие принципы права, присущие международно-правовому порядку<sup>214</sup>. Что касается последнего, то Португалия заявила следующее:

Среди принципов международного права есть ряд принципов, фундаментальный характер которых обусловлен тем, что они тесно связаны со структурой этого права. Это, как справедливо отметил Соренсен, принципы, «присущие международно-правовой системе, какой мы ее знаем в наше время». «Без них», уточнил он, «структура международного сообщества будет радикально изменена, и поэтому исторически они были частью международного права с самого начала международного правопорядка в его современной форме» .... И он добавил: «Среди наиболее значимых из этих аксиоматических принципов, вытекающих из прецедентного права Суда, необходимо указать на принципы независимости и равенства государств, которые, в свою очередь, являются частью традиционного понятия суверенитета»<sup>215</sup>.

149. Вместе с тем Индия отвергла точку зрения Португалии, заявив, в частности, что «принципы международного публичного права» не подпадают под пункт 1 с) статьи 38 Статута (который, по ее мнению, включает в себя только принципы, вытекающие из национальных правовых систем) и что «общие принципы международного публичного права не имеют иного содержания, кроме того, которое вытекает из обычных и договорных норм»<sup>216</sup>. Международный Суд не принял решения по этому вопросу.

150. В деле *Пограничный спор (Буркина-Фасо/Мали)* Камера Международного Суда сослалась на принцип *uti possidetis juris* в качестве общего принципа, логически связанного с явлением независимости. Камера отметила следующее:

Поскольку обе Стороны ... прямо просили Камеру разрешить их спор на основе, в частности, «принципа незыблемости границ, унаследованных от колонизации», Камера не может пренебречь принципом *uti possidetis juris*, применение которого обеспечивает это уважение незыблемости границ. Хотя для целей данного дела нет необходимости показывать, что в вопросах деколонизации этот принцип является вполне сложившимся принципом международного права, Камера, тем не менее, хотела бы подчеркнуть его общую сферу применения ввиду его исключительной важности для Африканского континента, включая обе стороны, участвующие в данном деле.

<sup>214</sup> *Right of Passage* (см. сноску 62 выше), Reply of Portugal, para. 335. Португалия добавила: «Это общие принципы, которые присущи международному правопорядку, и поэтому было бы бесполезно искать их проявления во внутренних правовых порядках» (*ibid.*).

<sup>215</sup> *Ibid.*, para. 338.

<sup>216</sup> *Ibid.*, Counter-Memorial of India, paras. 295–296. Индия далее отметила, что она не оспаривает существование общих принципов международного публичного права, на которые ссылалась Португалия и которые, по ее мнению, «играют важную роль в доктрине и международной жизни» и «выражают существенно важные тенденции права, фундаментальные чувства и идеи, определяющие его развитие». Однако, по мнению Индии, «они являются лишь частью позитивного права в той мере, в какой их применение подтверждается согласованностью с тем или иным источником, указанным в статье 38» (*ibid.*, para. 297). В своей реплике Индия добавила, что «эти общие принципы, уточненные в том виде, в каком они выведены из существующих норм позитивного права, имеют свою основу в позитивном праве. Из этого следует, что в тех случаях, когда предполагаемый общий принцип оспаривается, необходимо доказать его существование, указав нормы позитивного права, которые, как утверждается, служат основой для формулирования общего принципа. Нельзя также допускать, чтобы общий принцип был сформулирован расплывчато и размашисто, существенно отходя от основных норм позитивного права, или чтобы общий принцип можно было вывести посредством чисто логического процесса без малейшего учета основополагающих элементов позитивного права» (*ibid.*, Rejoinder of India, para. 571. См. также para. 574).

В этой связи следует отметить, что принцип *uti possidetis*, по-видимому, впервые был упомянут и применен в испаноязычной Америке, поскольку именно на этом континенте впервые было отмечено явление деколонизации, связанное с образованием ряда суверенных государств на территории, ранее принадлежавшей лишь одному государству-метрополии. Тем не менее этот принцип не является нормой, относящейся только к какой-либо одной конкретной системе международного права. Это — принцип, имеющий общую сферу применения и логически связанный с явлением обретения независимости, где бы это ни происходило. Его несомненное предназначение заключается в предупреждении возникновения угрожающей независимости и стабильности вновь образованных государств опасности, которая исходит от братоубийственной борьбы, провоцируемой оспариванием границ после ухода управлявшей данными территориями державы<sup>217</sup>.

Камера далее отметила, что «[т]от факт, что новые африканские государства уважают административные границы и границы, установленные колониальными державами, следует рассматривать не просто как практику, способствующую постепенному появлению принципа международного обычного права, ограниченного по своему воздействию Африканским континентом так же, как ранее оно было ограничено испаноязычной Америкой, а как применение в Африке нормы с общей сферой охвата»<sup>218</sup>. Она также напомнила, что этот принцип был отражен в заявлениях лидеров африканских стран, в Хартии Организации африканского единства и в резолюции AGH/Res.16 (I), принятой на первой сессии Конференции глав африканских государств в 1964 году<sup>219</sup>. Камера также сослалась на «несколько различных аспектов этого принципа в его хорошо известном применении в испаноязычной Америке» и подчеркнула тот факт, что «суть принципа заключается в его главной цели — обеспечении уважения территориальных границ на момент достижения независимости». По мнению Камеры, этот принцип применим не только на Американском континенте, но и к сторонам в споре, поскольку *uti possidetis* является «принципом общего характера, логически связанным с этой формой деколонизации, где бы она ни происходила»<sup>220</sup>. Камера добавила, что обязательство уважать ранее существовавшие границы в случае правопреемства государств «вытекает из общей нормы международного права, независимо от того, выражена ли эта норма в формуле *uti possidetis* или нет. Поэтому многочисленные торжественные заявления о незыблемости границ, существовавших на момент обретения независимости африканскими государствами ... явно носят декларативный, а не учредительный характер; они признают и подтверждают существующий принцип»<sup>221</sup>.

151. Это решение проливает свет на различие между процессом формирования общих принципов права, сформированных в рамках международно-правовой системы, и процессом формирования норм международного обычного права. Для появления нормы международного обычного права необходимо наличие всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы (сопровожаемой *opinion juris*), в то время как для появления общего принципа права ключевое значение имеет «признание» международным сообществом. Аргументация

<sup>217</sup> *Frontier Dispute, Judgment, I.C.J. Reports 1986*, p. 554, at p. 565, para. 20.

<sup>218</sup> *Ibid.*, para. 21.

<sup>219</sup> *Ibid.*, pp. 565–566, para. 22.

<sup>220</sup> *Ibid.*, p. 566, para. 23.

<sup>221</sup> *Ibid.*, para. 24. См. также p. 567, para. 26 («применимость принципа *uti possidetis* в данном случае не может быть оспорена только потому, что в 1960 году, когда Мали и Буркина-Фасо обрели независимость, Организации африканского единства, которая должна была провозгласить этот принцип, еще не существовало, а вышеупомянутая резолюция, призывающая к уважению ранее существовавших границ, датируется только 1964 годом»).

Камеры наводит на мысль о том, что на момент вынесения решения *uti possidetis* еще не рассматривался как норма международного обычного права, а воспринимался как «общий принцип», который «логически связан с явлением независимости». Этот принцип, по мнению Камеры, применялся к африканским государствам еще до того, как они прямо признали его в декларациях, Хартии Организации африканского единства и резолюции AGH/Res.16 (I). В свете этого можно сделать вывод о том, что принцип *uti possidetis juris* был определен в качестве общего принципа права на основе установления того, что он логически связан с феноменом независимости или присущ ему, что имеет место только при функционировании международно-правовой системы, которая создана международным сообществом. Свидетельства, подтверждающие такое признание, могут быть найдены в позиции государств, признающих существование этого принципа<sup>222</sup>.

152. В настоящее время принцип *uti possidetis*, как правило, считается также нормой международного обычного права. Таким образом, этот принцип можно рассматривать как пример общего принципа права, который после его последовательного применения государствами приобрел дополнительный статус международного обычного права. Как представляется, ничто не мешает норме быть одновременно и общим принципом права, и нормой международного обычного права<sup>223</sup>.

153. Еще одним делом, в котором Международный Суд, как представляется, применил аналогичную аргументацию, является дело *Рыбные промыслы между Норвегией и Соединенным Королевством*. При определении того, согласуются ли некоторые делимитационные линии норвежской рыболовной зоны (в частности, используемые исходные линии) с нормами международного права, существовавшими на соответствующий момент (1935–1951 годы), Суд установил следующее:

Из этого вовсе не следует, что в отсутствие норм, носящих технически точный характер, о существовании которых утверждает правительство Соединенного Королевства, делимитация, проведенная правительством Норвегии в 1935 году, не подпадает под действие некоторых принципов, которые позволяют судить о ее юридической силе по международному праву. Делимитация морских районов всегда имеет международный аспект; она не может зависеть только от воли прибрежного государства, нашедшей выражение в его внутреннем законодательстве. Хотя акт делимитации является, конечно, но необходимостью односторонним актом, юридическая сила такой делимитации по отношению к другим государствам зависит от международного права.

<sup>222</sup> Giorgio Gaja, “General principles of law”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2013), para. 19 («Пункт 1 с) статьи 38 Статута Международного Суда требует, чтобы общий принцип права был «признан цивилизованными нациями». Когда тот или иной принцип является лишь частью международного права, признание этого принципа будет отражать отношение к нему со стороны международного сообщества и, следовательно, главным образом государств. Иными словами, для того чтобы принцип существовал, необходимо, чтобы государства признали, хотя и имплицитно, что этот принцип применяется к их *международным отношениям*»).

<sup>223</sup> Можно отметить, что в одном из последующих дел Сальвадор утверждал, что принцип *uti possidetis* является нормой международного обычного права, а также общим принципом права. См. *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nicaragua intervening)*, Memorial of El Salvador, para. 3.4. Сальвадор также отметил, что этот принцип применим «к любой делимитации границ между государствами, которые стали независимыми после периода подчинения одной и той же колониальной державе» (*ibid.*).



В этой связи следует отметить, что некоторые основополагающие соображения, вытекающие из самой природы территориального моря, проливают свет на некоторые критерии, которые, хотя и не совсем точные, могут служить для судов надлежащей основой для их решений и могут быть адаптированы к различным рассматриваемым фактам<sup>224</sup>.

154. Исходя из этого, Суд сослался на такие соображения, как «тесная зависимость территориального моря от сухопутной территории», «более или менее тесная взаимосвязь, существующая между некоторыми морскими районами и сухопутными образованиями, которые их разделяют или окружают», и «определенные экономические интересы, характерные для того или иного региона», для решения стоящего перед ним вопроса<sup>225</sup>.

155. В деле *Купрешичича* Судебная камера Международного трибунала по бывшей Югославии, рассмотрев вопрос о том, что общий принцип уголовного права, общий для всех основных правовых систем мира, не может быть найден, прибегла к «общему принципу права, согласующемуся с основополагающими характеристиками и основными требованиями международного уголовного правосудия»<sup>226</sup>. Для того чтобы выявить этот принцип, она сформулировала следующий вывод:

В этой связи два основных требования ... приобретают первостепенное значение в связи с нынешним статусом международного уголовного права. Одним из них является требование о полной защите прав обвиняемого. Другое требование заключается в том, чтобы Обвинитель и, в более общем плане, Международный трибунал были в состоянии осуществлять все полномочия, прямо или косвенно вытекающие из Устава или присущие их функциям, которые необходимы им для эффективного выполнения своей миссии в интересах правосудия<sup>227</sup>.

156. В отношении первого требования Судебная камера отметила «рудиментарное состояние» норм международного уголовного права и сочла, что «[п]ри таком положении дел права обвиняемого не были бы удовлетворительным образом защищены», если бы Судебная камера должна была осуждать лиц за конкретные преступления и любые другие преступления, основанные на тех же фактах, которые не были упомянуты в обвинительном заключении<sup>228</sup>. Она также сочла, что такой подход будет нарушать пункт 4 а) статьи 21 Устава Трибунала, который предусматривает, что обвиняемый должен быть «в срочном порядке и подробно» уведомлен о «характере и основаниях предъявляемого ему обвинения»<sup>229</sup>. Что касается второго требования, то, по ее мнению,

эффективное выполнение Трибуналом своих функций в интересах правосудия оправдывает вывод о том, что любые возможные ошибки обвинения не должны затягивать уголовное разбирательство, когда какое-либо дело, тем не менее, как представляется, было изложено обвинением, а его возможные недостатки в формулировке обвинения не таковы, чтобы ущемлять или ограничивать права защиты<sup>230</sup>.

<sup>224</sup> *Fisheries case, Judgment of December 18th, 1951: I.C.J. Reports 1951*, p. 116, at pp. 132–133.

<sup>225</sup> *Ibid.*, p. 133.

<sup>226</sup> *Kupreškić et al.*, Judgment, Trial Chamber (см. сноску 56 выше), para. 738.

<sup>227</sup> *Ibid.*, para. 739.

<sup>228</sup> *Ibid.*, para. 740.

<sup>229</sup> *Ibid.*

<sup>230</sup> *Ibid.*, para. 741.

Исходя из баланса этих двух требований, Судебная камера выработала ряд руководящих принципов для целей своего решения<sup>231</sup>.

157. Таким образом, в данном случае, как представляется, общие принципы права были выявлены исходя из «основополагающих черт и основных требований» международного уголовного права. Можно считать, что «признание» международным сообществом вытекает из основополагающих черт и требований этого правового свода.

158. В свете вышеизложенного можно сделать вывод о том, что общие принципы права, сформированные в рамках международно-правовой системы, можно выявить, выведя тот или иной принцип из основных черт и основополагающих требований международно-правовой системы, которая, опять же, является творением международного сообщества.

### **III. Отличие от методологии выявления международного обычного права**

159. Как упоминалось выше, в Комиссии и Шестом комитете было достигнуто общее согласие в отношении того, что необходимо проводить четкое различие между общими принципами права, сформированными в рамках международно-правовой системы, и международным обычным правом. Этот вопрос рассматривается ниже.

160. Различие между этими двумя источниками основывается, прежде всего, на методе их выявления. Как отмечалось выше, для того чтобы норма международного обычного права существовала, должна существовать всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы (сопровождаемая *opinio juris*). Общие принципы права, напротив, должны быть признаны международным сообществом.

161. Формы, в которых признание может осуществляться для целей общих принципов права, подпадающих под вторую категорию, уже разъяснялись выше. Что касается принципов, широко признанных в договорах и других международных документах, то может показаться, что они частично дублируют друг друга, учитывая, что материалы, с помощью которых может быть установлено требование о признании, также служат доказательством для определения наличия нормы международного обычного права.

162. Согласно выводу 11 Выводов о выявлении международного обычного права, договорные нормы могут быть релевантными при выявлении нормы международного обычного права в трех случаях: во-первых, когда она кодифицирует ранее существовавшую обычную норму, т. е. когда существует всеобщая практика, которая породила норму, уже существовавшую на момент заключения договора; во-вторых, когда договорная норма приводит к кристаллизации нормы международного обычного права, которая начала возникать до заключения договора, т. е. договор побуждает к продолжению практики, принятой в качестве нормы права, до тех пор, пока не появится обычная норма; в-третьих, когда договорная норма кладет начало всеобщей практике, признанной в качестве правовой нормы, тем самым порождая новую норму международного обычного права.

<sup>231</sup> *Ibid.*, paras. 742–743. Еще одним возможным примером принципа, присущего основным чертам и основополагающим требованиям международно-правовой системы, является принцип свободы открытого моря, упомянутый Нидерландами в ходе прений в Шестом комитете в 2019 году (A/C.6/74/SR.31, п. 153).

163. Кроме того, в выводе 12 поясняется, что резолюции международных организаций и межправительственных конференций могут служить свидетельством для установления существования нормы международного обычного права или способствовать ее развитию. Положение в такой резолюции может рассматриваться как отражающее норму международного обычного права, если установлено, что это положение соответствует всеобщей практике, признанной в качестве правовой нормы (*opinio juris*).

164. Во всех упомянутых случаях речь шла о том, что в конечном итоге необходимо установить, что существует всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы (сопровождаемая *opinio juris*), т. е. два составных элемента международного обычного права.

165. В случае общих принципов права, подпадающих под вторую категорию, нет необходимости искать всеобщую практику и ее признание в качестве правовой нормы (*opinio juris*). Важное значение имеет четкое признание в договорах и других международных документах существования правового принципа с общей сферой применения. Из этих документов следует, что международное сообщество признает существование независимого общего принципа, имеющего универсальную силу. Каждое дело должно анализироваться в его контексте с учетом текста соответствующего документа и намерений участников переговоров.

166. Что касается принципов, лежащих в основе общих норм международного конвенционного и обычного права, то они также должны быть выявлены с использованием отдельной методологии. Как объяснялось выше, подход здесь, по сути, дедуктивный. В этой связи можно напомнить, что в своих комментариях к Выводам о выявлении международного обычного права Комиссия отметила следующее:

При этом двухэлементный подход не исключает определенную степень дедукции как вспомогательного инструмента, в пользовании которым следует проявлять осторожность, в особенности при рассмотрении возможных норм международного обычного права, действующих на фоне норм, изложенных в более общих формулировках, чем те, из которых вытекают они сами, и отражающих всеобщую практику, признанную в качестве правовой нормы, или при формулировании заключения о том, что возможные нормы международного права являются частью «неделимого режима»<sup>232</sup>.

167. По мнению Специального докладчика, вывод, на который ссылается Комиссия, отличается от вывода, позволяющего выявить общие принципы права, сформированные в рамках международно-правовой системы. Следует отметить, что «степень дедукции» для целей двухэлементного подхода представляется очень узкой. Ее можно использовать «в качестве подспорья» в применении двухэлементного подхода, т. е. при установлении наличия всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы (сопровождаемой *opinio juris*).

168. В случае общих принципов права, сформированных в рамках международно-правовой системы, дедуктивный метод не ограничивается общими нормами международного обычного права, а включает также общие нормы конвенционного права. Применение дедукции не помогает установить существование всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы, а является основным критерием для установления существования правового принципа, который имеет общую сферу охвата и может применяться к ситуации, изначально не предусмотренной нормами, из которых он был выведен. Аналогичные

<sup>232</sup> Пункт 5) комментария к выводу 2, [A/73/10](#), на стр. 140.

соображения могут быть применимы и к принципам, присущим основным чертам и основополагающим требованиям международно-правовой системы, для которых методология выявления, как пояснялось выше, также является дедуктивной.

169. Последний момент, который следует принять во внимание, — это характер общих принципов права, подпадающих под вторую категорию. По крайней мере, некоторые из этих принципов представляются в качестве норм широкого характера, которые не обязательно подразумевают какое-либо конкретное обязательство действовать таким образом, чтобы защитить их общую направленность. Это было предложено Международным Судом в его недавнем решении по делу *Иммунитеты и уголовно-процессуальные действия*, где он заявил следующее:

Статья 4 [Конвенции Организации Объединенных Наций против транснациональной организованной преступности] содержит ссылку не на нормы международного обычного права, включая государственный иммунитет, который вытекает из суверенного равенства, а на сам принцип суверенного равенства. Статья 4 касается только общих принципов международного права. В своем обычном значении статья 4 1) не налагает, посредством ссылки на суверенное равенство, обязательства на государства-участники действовать в соответствии со многими нормами международного права, которые защищают суверенитет в целом, а также всеми оговорками, касающимися этих норм<sup>233</sup>.

170. Этот вопрос будет более подробно рассмотрен в будущем докладе, посвященном функциям общих принципов права.

171. В свете вышеизложенного Специальный докладчик предлагает следующий проект вывода:

*Проект вывода 7*

*Выявление общих принципов права, сформированных в рамках международно-правовой системы*

Для определения существования и содержания общего принципа права, сформированного в международно-правовой системе, необходимо установить, что:

- a) принцип широко признан в договорах и других международных документах;
- b) принцип лежит в основе общих норм международного конвенционного или обычного права; или
- c) принцип присущ основным чертам и основополагающим требованиям международно-правовой системы.

## **Часть четвертая: Вспомогательные средства для определения общих принципов права**

172. Пункт 1 d) статьи 38 Статута Международного Суда предусматривает следующее:

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

<sup>233</sup> *Immunities and Criminal Proceedings (Equatorial Guinea v. France), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2018*, p. 292, at p. 321, para. 93.

...

d) 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.

173. В своих Выводах о выявлении международного обычного права Комиссия подробно рассмотрела вопрос о том, какое значение следует придавать вспомогательным источникам для определения норм права. Вывод 13 гласит:

1. Решения международных судов и трибуналов, в частности Международного Суда, касающиеся существования и содержания норм международного обычного права, являются вспомогательным средством установления таких норм.

2. В соответствующих случаях могут приниматься во внимание решения национальных судов, касающиеся существования и содержания норм международного обычного права, в качестве вспомогательного средства для определения таких норм.

174. В комментарии к этому выводу далее поясняется, в частности, что роль судебных решений заключается в «оказании помощи» в выявлении норм международного обычного права и что термин «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, международное обычное право и общие принципы права)»<sup>234</sup>. В тоже время использование этого термина «не подразумевает ..., что такие решения не важны для выявления международного обычного права»<sup>235</sup>.

175. Вывод 14 гласит:

Доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву разных наций могут служить вспомогательным средством для определения норм международного обычного права.

176. В комментарии также поясняется, что доктрины «сами по себе не являются источником международного права, но они могут использоваться в целях определения существования и содержания норм международного обычного права»<sup>236</sup>.

177. Специальный докладчик не видит причин отходить от вышеуказанного подхода для целей настоящей темы. Термин «правовые нормы» в пункте 1 d) статьи 38 Статута, истолкованный в его контексте, четко включает все три источника международного права, упомянутые в этом положении. Поэтому судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву могут использоваться в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм.

178. На судебные решения часто ссылаются для определения наличия (или отсутствия) общих принципов права, в частности тех, которые вытекают из национальных правовых систем, а также их содержания. В качестве лишь одного из примеров можно привести дело *Пролив Корфу*, в котором Международный Суд постановил, что использование косвенных доказательств в дополнение к признанию их во «всех системах права» было «признано международными

<sup>234</sup> Пункт 1) комментария к выводу 13, A/73/10, на стр. 168.

<sup>235</sup> Пункт 2), там же.

<sup>236</sup> Пункт 2) комментария к выводу 14, там же, на стр. 170.

решениями»<sup>237</sup>. В деле *Острова Педра-Бранка/Бату-Путех* Суд также отметил, что «[э]то общий принцип права, который подтвержден судебной практикой настоящего Суда и предусматривает, что сторона, которая выдвигает тот или иной факт в поддержку своих притязаний, должна установить этот факт»<sup>238</sup>. В рамках арбитражного разбирательства по делу *Охраняемый морской район на Чагосе* трибунал отметил, что «частая ссылка [на принцип эстоппеля] в международном разбирательстве добавила ясность в отношении сферы охвата этого принципа»<sup>239</sup>. В деле *ЮКОСа* арбитражный трибунал отклонил доктрину «чистых рук», на которую ссылалась Российская Федерация, отметив, в частности, что последняя не привела «ни одного решения, принятого большинством голов, когда международный суд или арбитражный трибунал применял принцип «нечистых рук» в межгосударственном споре или споре между инвесторами и государствами»<sup>240</sup>.

179. Доктрины ученых также неоднократно использовались для выявления общих принципов. На это вспомогательное средство ссылались, например, для того чтобы продемонстрировать, что тот или иной принцип является общим для основных правовых систем мира<sup>241</sup>. Научные труды могут быть особенно полезны для преодоления лингвистических барьеров при компаративном обследовании национальных правовых систем. Однако, как отметила Комиссия в своих Выводах о выявлении международного обычного права, необходимо проявлять осторожность при использовании трудов ученых, поскольку их ценность для определения существования той или иной нормы международного права может быть различной<sup>242</sup>.

<sup>237</sup> *Corfu Channel* (см. сноску 55 выше), p. 18.

<sup>238</sup> *Sovereignty over Pedra Branca/Pulau Batu Puteh, Middle Rocks and South Ledge (Malaysia/Singapore), Judgment, I.C.J. Reports 2008*, p. 12, at p. 31, para. 45.

<sup>239</sup> *Chagos Marine Protected Area (Mauritius v. United Kingdom)*, Case No. 2011-03, Award, 18 March 2015, Permanent Court of Arbitration, para. 436. В деле *Определенное имущество Лихтенштейн* аналогичным образом попытался разъяснить содержание принципа неосновательного обогащения, сославшись на прецедентное право Трибунала по урегулированию взаимных претензий Ирана и Соединенных Штатов. См. *Certain Property* (см. сноску 56 выше), Memorial of Liechtenstein, paras. 6.33–6.34.

<sup>240</sup> *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation*, Case No. AA 227, Final Award, 18 July 2014, Permanent Court of Arbitration, para. 1362. В деле *Обязательство договориться о доступе к Тихому океану* Международный Суд отметил, что, несмотря на ссылки на обоснованные ожидания, которые можно встретить в арбитражных решениях по спорам между инвесторами и государствами, «из таких ссылок не следует, что в общем международном праве существует принцип, который порождает бы обязательство на основе того, что можно считать обоснованными ожиданиями». См. *Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Judgment, I.C.J. Reports 2018*, p. 507, at p. 559, para. 162.

<sup>241</sup> См., например, *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Appellate Body Report, 12 October 1998 (WT/DS58/AB/R), para. 158; *Certain Property* (см. сноску 56 выше), Memorial of Liechtenstein, paras. 6.10–6.15; *North Sea Continental Shelf* (сноска 49 выше), Separate Opinion of Judge Ammoun, p. 101, at pp. 140–141; *Oil Platforms* (сноска 85 выше), Separate Opinion of Judge Simma, paras. 66–73; *Erdemović* (сноска 72 выше), Joint Separate Opinion of Judge McDonald and Judge Vohrah, paras. 59–60; *Gold Reserve v. Venezuela* (сноска 83 выше), para. 576; *Sea-Land Service v. Iran* (см. сноску 58 выше), paras. 60–61.

<sup>242</sup> Пункт 2) комментария к выводу 14, [A/73/10](#), на стр. 170. Богдан, например, отметил: «Необходимо помнить, что общие принципы права следуют за развитием внутренних правовых систем. Поэтому более старые сравнительные исследования можно использовать только с осторожностью, так как они могут в значительной степени уже устареть». См. Bogdan, “General principles of law and the problem of lacunae in the law of nations” (сноска 95 выше), p. 51.

180. Другие виды материалов, такие как государственные и частные инициативы по кодификации, также учитывались при определении существования и содержания принципа, общего для национальных правовых систем. Например, некоторые трибуналы опирались на разработанные Международным институтом унификации частного права (УНИДРУА) Принципы международных коммерческих договоров в отношении принципов, которые могут быть взяты из внутреннего договорного права, отмечая, что они являются «своего рода международным сводом права договоров, отражающим нормы и принципы, применяемые в большинстве национальных правовых систем»<sup>243</sup>. Аналогичным образом, для выявления норм и принципов, существующих в правовой системе Соединенных Штатов, делались ссылки на Свод норм (второе издание) (Контракты)<sup>244</sup>, Свод норм (Деликты)<sup>245</sup> и Свод норм (Реституция)<sup>246</sup>.

181. В свете вышеизложенного Специальный докладчик предлагает следующие проекты выводов:

*Проект вывода 8*  
*Решения судов и трибуналов*

1. Решения международных судов и трибуналов, в частности Международного Суда, касающиеся существования и содержания общих принципов права, являются вспомогательным средством для определения таких принципов.

2. В соответствующих случаях могут приниматься во внимание решения национальных судов, касающиеся существования и содержания общих принципов права, в качестве вспомогательного средства для определения таких принципов.

*Вывод 9*  
*Доктрины*

Доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву разных наций могут служить вспомогательным средством для определения общих принципов права.

<sup>243</sup> *El Paso v. Argentina* (сноска 54 выше), пара. 623. См. также *Eureka B.V. v. Republic of Poland*, Partial Award, 19 August 2005, para. 174. См. также Jarrod Hepburn, “The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and investment treaty arbitration: A limited relationship”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64 (2015), pp. 905–934, at pp. 914–915. К числу других документов, направленных на кодификацию общепризнанных принципов в национальных правовых системах, могут относиться Конвенция ОЭСР по борьбе с подкупом иностранных должностных лиц при осуществлении международных коммерческих сделок (Париж, 17 декабря 1997 года; URL: <http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>) и Принципы содействия ответственному суверенному кредитованию и заимствованию, принятые Конференцией Организации Объединенных Наций по торговле и развитию (ЮНКТАД) (см. International Law Association, Report of the Study Group on the use of domestic law principles in the development of international law (сноска 96 выше), para. 202).

<sup>244</sup> *Amco v. Indonesia* (см. сноску 80 выше), para. 266.

<sup>245</sup> *Oil Platforms* (сноска 85 выше), Separate Opinion of Judge Simma, para. 68.

<sup>246</sup> *Certain Property* (см. сноску 56 выше), Memorial of Liechtenstein, para. 6,12. См. также Rudolf B. Schlesinger, “Research on the general principles of law recognized by civilized nations”, *American Journal of International Law*, vol. 51 (1957), pp. 734–753.

## **Часть пятая: Будущая программа работы**

182. С учетом прений, состоявшихся до настоящего времени в Комиссии и Шестом комитете, в следующем докладе по этой теме будут рассмотрены функции общих принципов права и их взаимосвязь с другими источниками международного права.



## Приложение

### Предлагаемые проекты выводов

#### Проект вывода 4

##### **Выявление общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем**

Для определения существования и содержания общего принципа права, вытекающего из национальных правовых систем, необходимо установить:

- a) существование принципа, общего для основных правовых систем мира; и
- b) его транспонирование в международно-правовую систему.

#### Проект вывода 5

##### **Определение существования принципа, общего для основных правовых систем мира**

1. Для определения существования принципа, общего для основных правовых систем мира, необходим компаративный анализ национальных правовых систем.
2. Компаративный анализ должен быть широким и репрезентативным и охватывать различные правовые семьи и регионы мира.
3. Компаративный анализ включает в себя оценку национального законодательства и решений национальных судов.

#### Проект вывода 6

##### **Установление транспонирования в международно-правовую систему**

Принцип, общий для основных правовых систем мира, транспонируется в международно-правовую систему, если:

- a) он совместим с основополагающими принципами международного права; и
- b) существуют условия для его адекватного применения в международно-правовой системе.

#### Проект вывода 7

##### **Выявление общих принципов права, сформированных в рамках международно-правовой системы**

Для определения существования и содержания общего принципа права, сформированного в международно-правовой системе, необходимо установить, что:

- a) принцип широко признан в договорах и других международных документах;
- b) принцип лежит в основе общих норм международного конвенционного или обычного права; или
- c) принцип присущ основным чертам и основополагающим требованиям международно-правовой системы.

**Проект вывода 8**  
**Решения судов и трибуналов**

1. Решения международных судов и трибуналов, в частности Международного Суда, касающиеся существования и содержания общих принципов права, являются вспомогательным средством для определения таких принципов.

2. В соответствующих случаях могут приниматься во внимание решения национальных судов, касающиеся существования и содержания общих принципов права, в качестве вспомогательного средства для определения таких принципов.

**Проект вывода 9**  
**Доктрины**

Доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву разных наций могут служить вспомогательным средством для определения общих принципов права.

**Сводный проект выводов**

**Проект вывода 1**  
**Сфера охвата**

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

**Проект вывода 2**  
**Требование о признании**

Для того, чтобы общий принцип права существовал, он должен быть общепризнан [международным сообществом].

**Проект вывода 3**  
**Категории общих принципов права**

Общие принципы права включают в себя принципы:

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

**Проект вывода 4**  
**Выявление общих принципов права, вытекающих из национальных правовых систем**

Для определения существования и содержания общего принципа права, вытекающего из национальных правовых систем, необходимо установить:

- a) существование принципа, общего для основных правовых систем мира; и
- b) его транспонирование в международно-правовую систему.

**Проект вывода 5****Определение существования принципа, общего для основных правовых систем мира**

1. Для определения существования принципа, общего для основных правовых систем мира, необходим компаративный анализ национальных правовых систем.
2. Компаративный анализ должен быть широким и репрезентативным и охватывать различные правовые семьи и регионы мира.
3. Компаративный анализ включает в себя оценку национального законодательства и решений национальных судов.

**Проект вывода 6****Установление транспонирования в международно-правовую систему**

Принцип, общий для основных правовых систем мира, транспонируется в международно-правовую систему, если:

- a) он совместим с основополагающими принципами международного права; и
- b) существуют условия для его адекватного применения в международно-правовой системе.

**Проект вывода 7****Выявление общих принципов права, сформированных в рамках международно-правовой системы**

Для определения существования и содержания общего принципа права, сформированного в международно-правовой системе, необходимо установить, что:

- a) принцип широко признан в договорах и других международных документах;
- b) принцип лежит в основе общих норм международного конвенционного или обычного права; или
- c) принцип присущ основным чертам и основополагающим требованиям международно-правовой системы.

**Проект вывода 8****Решения судов и трибуналов**

1. Решения международных судов и трибуналов, в частности Международного Суда, касающиеся существования и содержания общих принципов права, являются вспомогательным средством определения таких принципов.
2. В соответствующих случаях могут приниматься во внимание решения национальных судов, касающиеся существования и содержания общих принципов права, в качестве вспомогательного средства для определения таких принципов.

**Проект вывода 9****Доктрины**

Доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву разных наций могут служить вспомогательным средством для определения общих принципов права.