

КОММЕНТАРИЙ К КОНСУЛЬТАТИВНОМУ ЗАКЛЮЧЕНИЮ МЕЖДУНАРОДНОГО СУДА ОТ 19 ИЮЛЯ 2024 ГОДА ОТНОСИТЕЛЬНО ПРАВОВЫХ ПОСЛЕДСТВИЙ ПОЛИТИКИ И ДЕЙСТВИЙ ИЗРАИЛЯ НА ОККУПИРОВАННОЙ ПАЛЕСТИНСКОЙ ТЕРРИТОРИИ, ВКЛЮЧАЯ ВОСТОЧНЫЙ ИЕРУСАЛИМ, И НЕЗАКОННОСТИ ПРОДОЛЖАЮЩЕГОСЯ ПРИСУТСТВИЯ ИЗРАИЛЯ НА ОККУПИРОВАННОЙ ПАЛЕСТИНСКОЙ ТЕРРИТОРИИ

ЛУЧКИН Ф. В.

Лучкин Филипп Вадимович — Юриконсульт нотариуса Московской области, Москва, Россия (fvluchkin@gmail.com).
ORCID: 0009-0000-6053-9540.

Аннотация

В статье анализируются основные и наиболее спорные вопросы, затронутые в Консультативном заключении Международного Суда (далее также — Суд) от 19 июля 2024 года *относительно правовых последствий политики и действий Израиля на оккупированной палестинской территории, включая Восточный Иерусалим, и незаконности продолжающегося присутствия Израиля на оккупированной палестинской территории* (далее — Консультативное заключение, Заключение). Данное Заключение в отношении арабо-израильского конфликта является вторым в практике Суда и логически продолжает Консультативное заключение от 13 июля 2004 года *относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории*, включающей Иерусалим и его окрестности. В Заключении от 19 июля 2024 года Суд подтверждает бесспорный для большей части международного сообщества факт нарушения Израилем норм международного права в Палестине. О высокой степени очевидности свидетельствуют слова судьи Себутинде, которая, не согласившись почти по всем пунктам Заключения с большинством судей, заметила, что выявление нарушения в настоящем случае сводится к решению «незамысловатой математической задачи». Однако Консультативное заключение поднимает вопросы, по которым судьи не смогли выработать единую позицию. В частности, Международный Суд на основании нарушения *jus in bello* признал неправомерной оккупацию как таковую, что, в свою очередь, обусловило вывод о наличии у Израиля обязанности покинуть территорию Западного берега, сектора Газа и Восточного Иерусалима «как можно скорее». Несмотря на высокую вероятность того, что мировое сообщество положительно воспримет Заключение, интересным и неоднозначным остается ход рассуждений Суда. Судьи пришли к одинаковым выводам, которые, однако, уже можно считать необъективными ввиду самой формулировки запроса и политической обстановки. При этом особые мнения и декларации показывают, что у судей нет единого видения того, из чего эти выводы проистекают. С помощью сопоставления текста Консультативного заключения с особыми мнениями и декларациями судей в настоящей статье проанализированы следующие вопросы: проблема двустороннего спора как предмета Консультативного заключения, проблема определения фактов, являющихся предметом изучения Международного Суда, основания дискриминации, право народов на самоопределение как норма *jus cogens*, продолжающаяся оккупация и аннексия, неправомерность оккупации в силу нарушения норм *jus in bello*, а также вопросы ответственности.

Ключевые слова

Международный Суд, Израиль, Палестина, оккупация, аннексия, права человека, дискриминация, апартеид

Для цитирования: Лучкин Ф. В. Комментарий к Консультативному заключению Международного Суда от 19 июля 2024 года *относительно правовых последствий политики и действий Израиля на оккупированной палестинской территории, включая Восточный Иерусалим, и незаконности продолжающегося присутствия Израиля на оккупированной палестинской территории* // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 4. 78–94.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.24748>

Введение

19 июля 2024 года Международный Суд вынес Консультативное заключение в ответ на вопросы, поставленные Генеральной Ассамблеей ООН (далее также — ГА ООН) в Резолюции 77/247 от 30 декабря 2022 года¹:

а) Каковы правовые последствия продолжающегося нарушения Израилем права палестинского народа на самоопределение, его длительной оккупации, заселения и аннексии палестинской

¹ General Assembly. Israeli practices affecting the human rights of the Palestinian people in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem : resolution / adopted by the General Assembly. A/RES/77/247. Para 18. 87 государств проголосовали за принятие Резолюции, 26 — против, 53 — воздержались (General Assembly official records, 77th session: 56th plenary meeting, Friday, 30 December 2022, New York, P. 5. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/4012919?ln=ru&v=pdf> (дата обращения: 14.10.2024)). Примечательно, что судья Себутинде в особом мнении обратила внимание на результаты голосования по резолюции как на предмет критики (Dissenting Opinion of Vice-President Sebutinde. §37. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-02-enc.pdf> (далее — DO Sebutinde); дата обращения: 14.10.2024).

территории, оккупируемой с 1967 года, включая меры, направленные на изменение демографического состава, характера и статуса Священного города Иерусалима, и принятия им соответствующего дискриминационного законодательства и мер?

б) Как политика и действия Израиля, о которых говорится <...> выше, влияют на правовой статус оккупации, и каковы правовые последствия этого статуса для всех государств и Организации Объединенных Наций?

Это уже второй запрос консультативного заключения по поводу арабо-израильского конфликта (первое было вынесено в 2004 году²). Суд работал над подготовкой Заключения, имея в производстве как минимум два спора, связанных с конфликтом: *Южная Африка против Израиля*³ и *Никарагуа против Германии*⁴. Важность Заключения очевидна хотя бы в силу количества участников процесса — пятьдесят четыре государства и три организации⁵ (в течение шести дней перед Судом выступили пятьдесят три участника⁶). Консультативное заключение было принято подавляющим большинством, однако говорить о единодушии даже среди судей не приходится. В настоящем комментарии по итогам сопоставления текстов Консультативного заключения, особых мнений и деклараций судей проанализированы наиболее спорные аспекты Заключения.

1. Юрисдикция и дискреция Суда

Вопрос юрисдикции — единственный, по которому все пятнадцать судей сошлись во мнениях. Между тем Суду были представлены шесть «убедительных причин» (англ.: *compelling reasons*)⁷, ввиду которых ему следует воспользоваться дискрецией, предоставленной ст. 65 Статута Суда, и отклонить запрос ГА ООН.

Первая причина, на которую также указывали и в ходе подготовки заключения о строительстве стены⁸, была обозначена представителем Соединенного Королевства еще на этапе принятия Резолюции 77/247: «...без согласия обеих сторон неуместно просить Суд вынести консультативное заключение по вопросу, представляющему собой по сути двусторонний спор»⁹. Обход принципа согласия сторон, действительно, может служить основанием для отказа вынести консультативное заключение¹⁰, но не в этом случае, поскольку запрос затронул обязанности ООН и «более широкие вопросы международного мира и безопасности», в том числе некоторые обязательства *erga omnes*¹¹. Может показаться, что здесь не обошлось без лукавства: если двусторонний конфликт попадает в сферу ответственности ООН, то он перестает быть двусторонним. Вместе с тем разве не обречен любой достаточно серьезный международный конфликт попасть в эту сферу? Отвечая на этот вопрос, уместно обратиться к сопутствующему нормативному аргументу судьи Тлади: «Нет никаких сомнений в том, что международная правовая система вышла за рамки эры чисто двусторонних отношений»¹². В отсутствие строгого дихотомического разделения международно-правовых споров на двусторонние и недвусторонние¹³ «тот факт, что <...> Суду, возможно, придется выносить решения по правовым вопросам, в отношении которых Палестина и Израиль высказали различные мнения, не превращает настоящий случай в двусторонний спор»¹⁴.

² ICJ. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*. Advisory Opinion of 9 July 2004. § 24–35 (далее — Wall Advisory Opinion).

³ ICJ. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide in the Gaza Strip (South Africa v. Israel)*.

⁴ ICJ. *Alleged Breaches of Certain International Obligations in respect of the Occupied Palestinian Territory (Nicaragua v. Germany)*.

⁵ ICJ. *Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*. Advisory Opinion of 19 July 2024. § 7, 9, 15 (далее — Israel Advisory Opinion).

⁶ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 21.

⁷ ICJ. *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*. Advisory Opinion of 25 February 2019. § 64–65; *Idem*. *Western Sahara*. Advisory Opinion of 16 October 1975. § 19; ICJ. *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Advisory Opinion of 28 May 1951. P. 19.

⁸ ICJ. *Wall Advisory Opinion*. § 46–50; Separate opinion of Judge Koroma (далее — SO Koroma). § 3.

URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-01-EN.pdf> (дата обращения: 14.10.2024).

⁹ General Assembly official records, 77th session : 56th plenary meeting. Friday, 30 December 2022. New York. A/77/PV.56 (Resumption 1). P. 4.

¹⁰ ICJ. *Western Sahara*. Advisory Opinion of 16 October 1975. § 33; см также: ICJ. *Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965*. Advisory Opinion of 25 February 2019. § 85.

¹¹ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 34, 35; также см.: ICJ. *Wall Advisory Opinion*. § 49.

¹² Declaration of Judge Tladi (далее — D Tladi). § 11.

URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-14-en.pdf> (дата обращения: 14.10.2024).

¹³ Также см.: SO Koroma. § 3.

URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-01-EN.pdf> (дата обращения: 14.10.2024).

¹⁴ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 34.

С этим подходом в особом мнении¹⁵ выразила несогласие судья Себутинде. Однако ее позиция, вероятно, определялась не столько приверженностью принципу согласия сторон, сколько двумя опасениями: во-первых, в производстве Суда находятся два спора, предмет которых может пересекаться с вопросами ГА ООН, поэтому ответ на запрос подвергает риску беспристрастность Суда (англ.: *judicial integrity*)¹⁶; во-вторых, в двусторонних спорах участие обеих сторон и их состязательность упрощают для Суда задачу поиска справедливого решения¹⁷, в то время как отсутствие состязательности между сторонами, напротив, требует более активного участия Суда в разрешении спора.

Второе опасение косвенно указывает на то, что у Суда может отсутствовать достаточная информация для вынесения консультативного заключения. На возможной недостаточности информации основывается следующий аргумент в пользу отклонения запроса. Если суть заключения касается спора между двумя сторонами, неучастие одной из них ставит Суд в неудобное положение, поскольку необходимо либо полагаться на аргументы лишь одной стороны конфликта, либо предполагать или же додумывать аргументы другой стороны. И поскольку среди многочисленных участников процесса, выступивших перед Судом, нет представителей Израиля, его позиция в целом представлена скудно:

Израиль не принимал активного участия в настоящем процессе. Израиль представил Суду письменное заявление на пяти страницах, включая приложения. Он предпочел не участвовать в устном разбирательстве, несмотря на то что до начала этого разбирательства Суд выделил Израилю три часа для изложения своей точки зрения. Столько же времени было выделено государству Палестина, имеющему статус наблюдателя, то есть в шесть раз больше, чем любому другому участнику¹⁸.

Как верно замечает судья Себутинде, тот факт, что формулировка запроса, использованная ГА ООН, указывает лишь на политики и действия Израиля, оставляя остальных участников конфликта за скобками, способствовал созданию асимметрии, которую Суду необходимо было преодолеть¹⁹. Запрос прямо не затрагивает действия Палестины, поэтому Суду ради сохранения беспристрастности необходимо прибегнуть к расширительному толкованию Резолюции 77/247. Игнорирование этой необходимости равносильно признанию, что в конфликте, являющемся предметом запроса, участвует исключительно Израиль. Иными словами, отсутствие упоминания других участников конфликта в Резолюции 77/247 не означает, что их ролью можно пренебречь. Указания на действия Палестины в качестве аргументов Израиля могли бы служить обоснованием для широкого прочтения запроса ГА ООН, но фактически Суду пришлось собственными силами исправлять ангажированность формулировки вопросов. В итоге Суд все же счел, что он обладает достаточным количеством информации для вынесения Заключения²⁰.

Третьим аргументом, который Суд также отверг, являлось опасение негативного влияния Заключения на ход израильско-палестинских переговоров об урегулировании конфликта. Суд не стал анализировать возможность подобного пагубного влияния, хотя соответствующие опасения высказывались еще при принятии Резолюции 77/247²¹. Суд лишь указал, что субъективная оценка и предположения о негативном воздействии не могут быть убедительной причиной отклонения

¹⁵ DO Sebutinde. § 47, 66.

¹⁶ Ibid. Также см.: Joint Opinion of Judges Tomka, Abraham and Aurescu (далее — JO Tomka, Abraham and Aurescu). § 14. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-04-en.pdf> (дата обращения: 14.10.2024).

¹⁷ DO Sebutinde. § 6, 42.

¹⁸ Separate opinion of Judge Cleveland. § 4.

URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-13-en.pdf> (дата обращения: 14.10.2024) (далее — SO Cleveland); также см.: *Israel Advisory Opinion*. § 21; D Tladi. § 4; Separate Opinion of Judge Nolte (далее — SO Nolte). § 7. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-08-en.pdf> (дата обращения: 14.10.2024).

¹⁹ DO Sebutinde. § 42.

²⁰ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 47, 77; см. иное мнение: JO Tomka, Abraham and Aurescu, § 16–17, а также SO Nolte, § 15–17.

²¹ Представитель Великобритании прямо заявил, что обращение в Суд не поможет «вернуть стороны на путь диалога», а представитель Румынии выразил неуверенность в том, что обращение за заключением «служит общей цели содействия достижению справедливого, прочного и согласованного урегулирования конфликта», указав, что это не поможет, но помешает возобновлению прямых, предметных и продуктивных переговоров (General Assembly official records, 77th session : 56th plenary meeting. Friday, 30 December 2022. New York. A/77/PV.56 (Resumption 1). P. 4, 6).

запроса²². Судья Себутинде, напротив, указывает: заключение, затрагивающее обязанности только одной стороны, подрывает переговорный процесс²³.

Четвертый аргумент, отсылающий к возможному негативному влиянию на деятельность Совета Безопасности ООН, был отвергнут Судом по тем же соображениям, что и третий: это субъективная оценка и предположение²⁴. Пятым аргументом, который был отвергнут как не имеющий отношения к делу, являлось соображение о формулировке запроса ГА ООН, будто бы свидетельствующей о желании получить не консультацию (англ.: *assistance*), но подтверждение (англ.: *confirmation*) конкретных правовых суждений²⁵.

Последним аргументом послужила сама формулировка запроса ГА ООН — предвзятая и не вполне ясная²⁶. Суд посчитал, что эта проблема может быть им решена самостоятельно, а потому она не является препятствием для вынесения Заключения. Суд в соответствии со своей практикой²⁷ взял на себя сложную задачу интерпретировать поставленные вопросы и определить их объем и значение. Насколько хорошо он справился — вопрос открытый.

2. Смысл вопросов Генеральной Ассамблеи ООН

Суд фактически оставил без внимания отсутствие упоминания в вопросах ГА ООН второй стороны конфликта — Палестины. Но корректно ли выносить консультативное заключение о нарушениях одной стороны конфликта без анализа нарушений другой? Даже с учетом того, что формулировку запроса ему предлагает ГА ООН, Суду ради сохранения статуса «судебного органа» не следует игнорировать существование других участников конфликта, о которых Резолюция 77/247 умалчивает. Даже если в ГА ООН наличествует консенсус по вопросу «кто виноват», Суду, чтобы не стать политическим органом, нежелательно принимать этот консенсус как истину, к которой следует обратиться в попытке ответить на вопрос с точки зрения права. Благодаря контекстуальной рамке, в которую Суд поместил запрос ГА ООН, было возможно рассмотреть «политики и действия» и второй стороны конфликта²⁸. Уже тот факт, что предметом рассмотрения выступил конфликт, то есть взаимодействие двух сторон, стал бы убедительным обоснованием для широкого толкования Резолюции 77/247: если не все, то подавляющее число соответствующих политик и действий Израиля — это воздействие на вторую сторону конфликта²⁹; а права каждого государства в этом регионе «жить в мире в безопасных и признанных границах, не подвергаясь угрозам применения силы или ее применению»,³⁰ можно назвать «взаимными непреложными правами, которые создают непреложные правовые обязанности»³¹.

Сложно спорить с тем, что ГА ООН очерчивает границы своего запроса не столько указанием на факты, сколько с помощью правовой оценки, задавая вопрос о последствиях нарушений международного права, а не о последствиях конкретных событий. Суд интерпретировал предпосылку противоправности политик и действий Израиля как отдельный вопрос: действительно ли они нарушают международное право³². Таким образом, здесь возникает проблема логического толка: если перед ответом на вопрос о следствиях нужно с помощью правовой квалификации определить их причину, то необходимо сформулировать предмет правовой оценки. Какие именно факты могут оцениваться как нарушение права на самоопределение, аннексия, дискриминация и так далее? ГА ООН не указала прямо на эти факты, но лишь провозгласила их существование и

²² ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 40.

²³ DO Sebutinde. § 43–44; также см.: SO Cleveland § 5. Однако судья Тлади считает, что «ситуация на ОПТ является одним из немногих случаев в международном праве, когда сложно найти юридические и политические аргументы, которые противоречили бы праву палестинцев на самоопределение и говорили в пользу продолжительной израильской оккупации палестинской территории и подчинения палестинского народа» (DO Tladi. § 4).

²⁴ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 42.

²⁵ Ibid. § 36.

²⁶ Ibid. § 29, 48.

²⁷ ICJ. *Wall Advisory Opinion*. § 38–39.

²⁸ Например: UN Human Rights Council. *Situation of Human Rights in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem, with a Focus on Collective Punishment: Report of the Special Rapporteur on the Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied since 1967*. A/HRC/44/60. § 21–22.

URL: https://documents.un.org/symbol-explorer?s=A/HRC/44/60&i=A/HRC/44/60_1411010 (дата обращения: 14.10.2024).

²⁹ Это также позволило использовать терминологию, однозначно ставящую Израиль и Палестину в равное положение (см. Separate opinion of Judge Gómez Robledo. § 4–17, далее — SO Gómez).

³⁰ UN. Security Council. Resolution 242 (1967). 22 November 1967. S/Res/242 (1967). § 1(ii).

³¹ Separate opinion of Judge Elaraby. § 3.1.

URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-06-EN.pdf> (дата обращения: 14.10.2024).

³² ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 42; ICJ. *Wall Advisory Opinion*. § 39.

квалифицировала как нарушение международного права. Это делает запрос абстрактным, в отличие от запроса о подготовке заключения о строительстве стены, сформулированного в резолюции ES-10/24 от 8 декабря 2003 года³³. Получается, что Суд полностью свободен в определении конкретных фактических обстоятельств, которые должны быть рассмотрены в Заключении³⁴. В результате именно ввиду отсутствия необходимой информации, например, судья Нольте не согласился с квалификацией политик и действий Израиля как апартеида или расовой сегрегации³⁵, а судьи Томка, Абрахам и Ауреску указали на отсутствие у Суда достаточной информации для подготовки заключения о ситуации в секторе Газа³⁶ и разрешения вопроса о правомерности оккупации *ab initio*³⁷.

Важно упомянуть, что в вопросе о наличии у Израиля (после вывода им войск в 2005 году) прав и обязанностей оккупирующей державы применительно к сектору Газа Суд, как и Международный Комитет Красного Креста³⁸, придерживался³⁹ функционального подхода: оккупация является не бинарным статусом, но скорее шкалой, и в зависимости от степени контроля у оккупирующего государства возникают соответствующие обязанности⁴⁰. По этой причине сектор Газа, который находился и находится под некоторой степенью контроля со стороны Израиля, рассматривается вместе с Восточным Иерусалимом и Западным берегом как оккупированные территории.

3. Вопрос «А»: политики и действия Израиля

3.1. Политика переселения

Переселение Израилем своих граждан на оккупированные территории находилось в фокусе внимания международного сообщества на протяжении долгого времени и стало предметом рассмотрения Суда в 2004 году⁴¹. Двадцать лет спустя вопрос был изучен более детально.

В тексте Заключения Суд не всегда описывает конкретные факты, составляющие политики и действия Израиля, нарушающие международное право, и часто ссылается на документы органов ООН, содержащие не только факты, но и их оценку. Например, напомнив, что организация и стимулирование переселения населения оккупирующей державы на оккупированные территории подпадают под запрет абз. 6 ст. 49 Женевской конвенции от 12 августа 1949 года о защите гражданского населения во время войны (далее — IV ЖК), Суд почти не анализирует, какие действия Израиля нарушили запрет и почему. Суд либо указывает на определенные меры, либо ссылается на документы органов ООН. Можно составить список мер, которые Суд в итоге счел подпадающими под запрет: (1) менее строгое соблюдение экологических правовых норм, регулирующих промышленную деятельность на оккупированных территориях, субсидии на размещение израильских промышленных объектов на оккупированной территории⁴²; (2) предоставление территориям статуса, подразумевающего возможность предпринимателям пользоваться такими преимуществами как «более низкие цены на землю, субсидии на строительство инфраструктуры и льготный режим налогообложения»⁴³; (3) недостаточность контроля за соблюдением трудовых прав палестинцев со

³³ ICJ. *Wall Advisory Opinion*. § 40.

³⁴ Ibid. § 46; SO Nolte. § 5.

³⁵ SO Nolte. § 15–17.

³⁶ JO Tomka, Abraham and Aurescu. § 16–17.

³⁷ Ibid. § 33.

³⁸ International Committee of the Red Cross. Commentary of 2016 to the Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949. URL: https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gci-1949/article-2/commentary/2016?activeTab=undefined#index_Точ452041599 (дата обращения: 14.10.2024); Milanovic M. *The occupation of Gaza in the ICJ Palestine Advisory Opinion* // EJIL: Talk!. 23 July 2024. URL: <https://www.ejiltalk.org/the-occupation-of-gaza-in-the-icj-palestine-advisory-opinion/> (дата обращения: 14.10.2024); иная точка зрения: Shany Y. *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: a Comment on Bassiouni v. Prime Minister of Israel* // Hebrew University International Law Research Paper. 2009. № 13-09. P. 6–8. URL: <https://ssrn.com/abstract=1350307>, а также: ECtHR. *Sargsyan v. Azerbaijan*. Application no. 40167/06. Judgment (Merits) of 16 June 2015. § 94.

³⁹ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 93–94.

⁴⁰ Separate opinion of Judge Iwasawa (далее — SO Iwasawa). § 7–8. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-07-enc.pdf> (дата обращения: 14.10.2024). Gross A. *Rethinking Occupation: The Functional Approach* // *Opinio Juris*. 23 April 2012. URL: <http://opiniojuris.org/2012/04/23/rethinking-occupation-the-functional-approach/> (дата обращения: 14.10.2024).

⁴¹ ICJ. *Wall Advisory Opinion*. § 120.

⁴² UN. Economic and Social Repercussions of the Israeli Occupation on the Living Conditions of the Palestinian People in the Occupied Palestinian Territory, Including Jerusalem, and of the Arab Population in the Occupied Syrian Golan. A/53/163 | E/1998/79. 14 July 1998. § 21.

⁴³ UN Human Rights Council. Database of all Business Enterprises Involved in the Activities Detailed in Paragraph 96 of the Report of the Independent International Fact-Finding Mission to Investigate the Implications of the Israeli Settlements on the Civil, Political,

стороны израильских должностных лиц⁴⁴; (4) предпочтение международных и израильских коммерческих предприятий при выдаче лицензий и разрешений⁴⁵; (5) установление обязанности предприятий в отношениях с потребителями «до заключения любой сделки четко заявить о том, что они не готовы или не способны оказывать услуги в поселениях»⁴⁶; (6) запрет компаниям, предоставляющим услуги потребителям, отказывать в предоставлении любой услуги на основании нахождения потребителя на оккупированной территории⁴⁷; (7) легализация поселений, возведенных с нарушением израильского права⁴⁸; (8) постройка гражданской инфраструктуры таким образом, который интегрирует поселения с территорией Израиля, усиливает оккупацию и быстро увеличивает количество поселенцев⁴⁹, и т. д. Таким образом, только некоторые факты, составившие нарушение запрета, Суд прямо обозначил в Заключении, в то время как значительная (если не большая) часть описания обстоятельств составляет ссылки на выводы, содержащиеся в документах ООН.

Суд не воспользовался уже сформулированными «общими особенностями»⁵⁰ политик и действий Израиля, но старался дать им собственную оценку. Однако стиль, в котором изложены его умозаключения, не позволяет отделить выводы самого Суда от оценок фактов, сделанных авторами документов, на которые он ссылается. Подобный способ изложения, являясь вполне понятным следствием ограниченных возможностей Суда, не добавляет убедительности сделанным выводам.

Помимо уже указанного нарушения абз. 6 ст. 49 IV ЖК, Суд также выявил *нарушение статей 46, 52, и 55 Гаагской конвенции (IV) о законах и обычаях сухопутной войны и Приложения к ней: Положение о законах* (далее — IV ГК)⁵¹. В 2004 году Суд указал, что Израиль нарушает ст. 46, 52 IV ГК и ст. 53 IV ЖК, производя конфискации и реквизиции с целью строительства стены⁵². Эта позиция была расширена и применена к конфискации и реквизиции земель для иных целей (помимо строительства стены), способствующих политике переселения⁵³. Конфискация и реквизиция основывалась на избирательном толковании оттоманского земельного законодательства, которое позволило Израилю объявить публичной собственностью большое количество земельных участков, к которым палестинцы не всегда сохраняют доступ⁵⁴ и которые почти всегда⁵⁵ предоставляются израильским поселениям⁵⁶.

Кроме того, Суд установил *нарушение ст. 55 IV ГК, ст. 55 IV ЖК*. Израиль использовал природные ресурсы, в том числе воду, в интересах своего населения и в ущерб местному населению следующим образом: (1) предоставил полномочия по регулированию водоснабжения израильской компании «Мекорот»; (2) израильские поселения обладали приоритетом над палестинскими в вопросе водоснабжения⁵⁷; (3) в условиях ограниченного доступа к водам реки Иордан было введено требование получать разрешение израильских военных властей на строительство новых объектов водоснабжения и на обслуживание существующих⁵⁸; (4) палестинцы вынуждены покупать питьевую

Economic, Social and Cultural Rights of the Palestinian People Throughout the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem. A/HRC/37/39 (далее — A/HRC/37/39). § 43; UN Human Rights Council. Israeli Settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the Occupied Syrian Golan. A/HRC/34/39. § 24.

⁴⁴ UN Human Rights Council. Report of the Independent International Fact-Finding Mission to Investigate the Implications of the Israeli Settlements on the Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights of the Palestinian People throughout the occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem. A/HRC/22/63 (далее — A/HRC/22/63). § 94–95.

⁴⁵ A/HRC/37/39. § 44.

⁴⁶ Ibid. § 45.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 116.

⁴⁹ Ibid. § 117.

⁵⁰ Ibid. § 77.

⁵¹ Ibid. § 122.

⁵² ICJ. *Wall Advisory Opinion*. § 132.

⁵³ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 123.

⁵⁴ Ibid. § 120.

⁵⁵ «99.76% (about 674,459 dunams) of state land allocated for any use in the Occupied West Bank was allocated for the needs of Israeli settlements. The Palestinians were allocated, at most, only 0.24% (about 1,625 dunams)» [99,7% (около 674 459 дунамов) государственной земли, выделенной для использования на оккупированном Западном берегу, было отдано под нужды израильских поселений. Палестинцам было выделено, самое большее, всего 0,24% (около 1 625 дунамов)] — Peace Now. *Allocation of State Land in the West Bank—For Israelis Only*, 2018. URL: https://peacenow.org.il/wp-content/uploads/2018/07/Lands_Allocated_to_Palestinians_ENG.pdf (дата обращения: 14.10.2024).

⁵⁶ UN Human Rights Council. *Israeli Settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and in the Occupied Syrian Golan. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights*. A/HRC/52/76. § 8.

⁵⁷ «[П]алестинцы не имеют доступа к рециркулированной Израилем воде, которой пользуются поселения, и вынуждены использовать запасы более дорогой питьевой воды в ирригационных целях. В случае нехватки воды вентили водоснабжения палестинских общин перекрываются; для поселений этого не делается» — A/HRC/22/63. § 84.

⁵⁸ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 128. Из-за чего 77% воды палестинцы вынуждены получать из-под земли — UN. *Economic and Social Repercussions of the Israeli Occupation on the Living conditions of the Palestinian People in the Occupied Palestinian*

воду по высоким ценам⁵⁹ в основном у официальных поставщиков⁶⁰; (5) 86% минеральных ресурсов находятся под юрисдикцией и используются администрациями израильских поселений; (6) продолжалась выдача разрешений на добычу природных ресурсов израильским компаниям, притом что, несмотря на соглашения Осло⁶¹, с 1994 года палестинским компаниям не было выдано ни одного разрешения на открытие новых карьеров⁶².

Суд также счел, что *нарушены ст. 43 IVГК и ст. 64 IVЖК*. Напомнив, что оккупирующее государство обладает полномочиями в сфере правового регулирования только в порядке исключения и на конкретных основаниях⁶³, Суд процитировал вывод Независимой международной комиссии по расследованию событий на оккупированной палестинской территории, включая Восточный Иерусалим, и в Израиле о существовании двух правовых систем на оккупированной территории (военное право и израильское внутреннее право, применяемое экстратерриториально), отдельного регулирования дорожного движения, а также институционально и законодательно разделенных режимов строительства и строительного планирования⁶⁴. Суд также указал на следующие обстоятельства. Палестинцы находятся под гражданской и уголовной юрисдикцией израильских военных судов, а не местных, тогда как израильские граждане подпадают под юрисдикцию израильских гражданских судов⁶⁵. Военные власти применяют к поселенцам (как гражданам, так и евреям без израильского гражданства) внутреннее право Израиля⁶⁶. Местные и региональные советы поселенцев *de facto* получили полномочия по принятию решений по гражданским вопросам на территории поселений⁶⁷. На территории Восточного Иерусалима применяется право суверенной территории Израиля.

Судом было установлено *нарушение абз. 1 ст. 49 IVЖК*. Суд напомнил, что запрет охватывает именно принудительное перемещение (англ.: *forcible transfers and deportations*)⁶⁸, то есть не распространяется на перемещение, основанное на согласии или желании (в том числе если перемещаемые мотивированы дискриминацией в отношении лиц, пользующихся защитой⁶⁹). Однако «принудительное» означает также ситуации, когда у покровительствуемых лиц нет другого выбора, кроме как покинуть оккупированную территорию⁷⁰. Суд посчитал нарушением запрета на депортирование рассмотренное выше дискриминационное законодательство. Суд в соответствии с обычным значением, которое придается терминам абз. 1 ст. 49 IVЖК, включил в объем запрета принудительное перемещение *внутри оккупированной территории*, подкрепив такое прочтение систематическим и телеологическим толкованием⁷¹, а также исключил возможность оправдать такое перемещение на основании абз. 2 ст. 49 IVЖК, поскольку подобное исключение может иметь место только при условии временного характера эвакуации⁷². Кроме того, обращают на себя внимание различные трактовки значения слова «принудительное»: «отсутствие какого-либо выбора» (англ.: *no*

Territory, Including East Jerusalem, and of the Arab Population in the Occupied Syrian Golan. Note by the Secretary-General. A/78/127 | E/2023/95. § 62.

⁵⁹ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 128; при этом «стоимость такой воды может в шесть раз превышать тариф по всей стране (т. е. 1,5 долл. за кубометр)», а расходы на воду могут составлять 15% расходов домохозяйств» — UN Human Rights Council. *Allocation of Water Resources in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem*. Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights. A/HRC/48/43. § 43.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ UN. *Economic and Social Repercussions of the Israeli Occupation on the Living Conditions of the Palestinian People in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem, and of the Arab Population in the Occupied Syrian Golan*. Note by the Secretary-General. A/73/87 | E/2018/69. § 74.

⁶² ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 131.

⁶³ Ibid. § 134.

⁶⁴ Ibid. § 135; UN General Assembly. *Report of the Independent International Commission of Inquiry on the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and Israel*. Note by the Secretary-General. A/77/328 (далее — A/77/328). § 46. См. SO Iwasawa. § 9–11.

⁶⁵ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 136.

⁶⁶ Ibid. § 136.

⁶⁷ Ibid. § 137.

⁶⁸ В тексте конвенции на русском языке не используется слово «принудительное» в отношении перемещения и депортации. Однако аутентичными языками конвенции являются английский и французский — ст. 150 IVЖК.

⁶⁹ «Конференция, в частности, имела в виду положение находящихся под защитой лиц, которые в силу принадлежности к этническому или политическим меньшинствам могли подвергнуться дискриминации или преследованиям и вследствие могли пожелать покинуть страну. Чтобы должным образом учесть это законное желание, Конференция решила косвенно разрешить добровольную передачу и только запретить "принудительную" передачу» — International Committee of the Red Cross. *Commentary of 1958 to the Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War*. Geneva, 12 August 1949. URL: <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gciv-1949/article-49/commentary/1958?activeTab=> (дата обращения: 14.10.2024).

⁷⁰ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 145.

⁷¹ Ibid. § 144.

⁷² Ibid. § 146.

choice but to leave) в § 145 и «наличие небольшого выбора» (англ.: *often leave little choice <...> but to leave*) § 147 Заключения. Едва ли Суд подразумевал, что в какой-то степени у палестинцев есть свободный выбор (англ.: *genuine choice*⁷³). Однако отсутствие физического принуждения не исключает не только возможности принудительного перемещения, но и добровольного. На этом основании можно говорить, что в определении «принудительное» акцент сделан не на отсутствии выбора у перемещаемых лиц, но на наличии со стороны оккупирующего государства мер, явно направленных на возникновение риска необходимости покинуть оккупированную территорию (то есть оставляющих мало выбора). Однако на практике эта разница не имеет большого значения.

Суд также обозначил нарушение п. 1 ст. 6, ст. 7 Международного пакта о гражданских и политических правах (далее — МПГПП), ст. 46 IVГК, ст. 27 IVЖК. Политика Израиля по переселению, по мнению Суда и органов ООН, на позиции которых он ссылается, привела к росту насилия между палестинцами и поселенцами, а также между палестинцами и силами безопасности Израиля. Власти часто не вмешивались в насилие со стороны поселенцев по отношению к палестинцам или даже поддерживали поселенцев; был создан «общий климат безнаказанности» из-за недостаточности правовой защиты палестинцев⁷⁴; службы безопасности применяли излишнюю и непропорциональную силу по отношению к палестинским демонстрантам⁷⁵.

3.2. Дискриминация и апартеид

Определение дискриминации Суд начал со ссылок на пять международных договоров (п. 3 ст. 1 Устава ООН, п. 3 ст. 27 IVЖК, п. 1 ст. 2, ст. 26 МПГПП, п. 2 ст. 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (далее — МПЭСКП) и п. 1 ст. 1 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (далее — МКЛРД)), а также Всеобщую декларацию прав человека, указывая, что эти положения содержат принцип недискриминации, который составляет международный обычай⁷⁶. По-видимому, под этим принципом Суд понимает «концепцию различного обращения с лицами, принадлежащими к разным группам»⁷⁷.

Суд рассматривает только случаи дискриминации индивидов, относящихся к одной группе — палестинцам, и тем самым ограничивает предмет своего исследования по основанию, которое составляет дискриминацию. Например, в § 195 Суд, рассматривая законодательство о гражданстве и въезде в Израиль, указывает на невозможность получения разрешения на пребывание в Восточном Иерусалиме для «жителей Западного берега, не являющихся поселенцами» (англ.: *non-settler inhabitants of the West Bank*), однако после этого замечания Суд рассуждает о негативных последствиях этого регулирования для палестинцев и для палестинских женщин в частности.

В данном случае основанием дискриминации является не национальность, а статус поселенца. Индивид, подвергнувшийся такой дискриминации, может относиться к обеим группам одновременно (палестинцы и не-поселенцы), а может только к одной (не-поселенцы). Множественная дискриминация, действительно, сложная проблема, а интерсекциональность вряд ли можно назвать бесспорной теорией⁷⁸, однако для права основание различия является ключевым элементом идеи дискриминации. Если рассматривать дискриминацию как классификацию, то природа последней как логической операции предполагает обращение к одному основанию для деления родового понятия на виды, в связи с чем возможна следующая трактовка § 190: Суд сначала классифицирует людей на палестинцев и не-палестинцев, а потом изучает случаи, когда индивиды из первой группы подвергались дискриминации со стороны Израиля. Таким образом, Суд не искал множественную дискриминацию, а сам отделил палестинцев от остальных групп населения оккупированных территорий, а после искал проявление дискриминационного отношения к индивидам этой группы. Этот нюанс усложняет восприятие текста Заключения: трудно отличить, когда фраза «дискриминация палестинцев» означает дискриминацию по признаку национальности, а когда означает

⁷³ «Именно отсутствие свободного выбора делает перемещение незаконным» — ICTY. *Prosecutor v. Milorad Krnojelac [Appeals Chamber]*. Case № IT-97-25-A. Judgement of 17 September 2003. § 229.

⁷⁴ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 151.

⁷⁵ Ibid. § 152.

⁷⁶ См. Schabas W. A. *The Customary International Law of Human Rights*. Oxford : Oxford University Press, 2021. P. 53–67.

⁷⁷ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 190; Судья Чарльзворт несколько модифицирует это определение, добавляя требование «unjustified», что представляется более корректным — Declaration of Judge Charlesworth (далее — D Charlesworth). § 2. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-10-en.pdf> (дата обращения: 14.10.2024).

⁷⁸ Altman A. *Discrimination* // The Stanford Encyclopedia of Philosophy / ed. by E. Zalta. 2020. URL: <https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/discrimination/> (дата обращения: 31.01.2025).

дискриминацию по иному основанию (например, религии, полу, месту жительства и т. д.) в отношении индивидов, входящих в группу «палестинцы».

Таким образом, Суд не уделил должного внимания определению оснований, по которым индивиды различаются в политике и действиях Израиля⁷⁹, тогда как именно основание является важным элементом определения дискриминации⁸⁰. Более того, в данном подходе (и в том факте, что границы анализа Суда прямо не оговорены⁸¹) содержится указание на то, что защитой от дискриминационного законодательства пользуются только представители палестинского народа. Если исключение Судом из сферы анализа дискриминации по отношению к израильтянам можно обосновать особенностями формулировки запроса ГА ООН и соображениями процессуальной экономии, то исключение тех, кто живет на оккупированных территориях и не относит себя ни к палестинскому, ни к израильскому народу, как минимум неоднозначно. К тому же запрет дискриминации не применяется к группе индивидов, эта гарантия предоставляется каждому индивиду в отдельности. Отсюда, когда Суд рассматривает вопрос о дискриминации палестинцев⁸², он неизбежно создает неопределенность в своем рассуждении: о каких именно индивидах идет речь?

Понятия народа или нации с момента обретения современного значения и социальной роли нельзя назвать ни однозначными, ни объективными. Исследуя парадоксальную природу нации, Б. Андерсон выявляет следующие ее свойства:

это воображенное политическое сообщество, и воображается оно как что-то неизбежно ограниченное, но в то же время суверенное. <...> Оно воображенное, поскольку члены даже самой маленькой нации никогда не будут знать большинства своих собратьев-по-нации, встречаться с ними или даже слышать о них, в то время как в умах каждого из них живет образ их общности⁸³.

Если гарантия предоставляется не сообществу в целом, но образующим его конкретным индивидам, то ограничение аргументации столь необъективным⁸⁴ критерием будет мешать ясности и внятности рассуждения. Поэтому представляется, что Суд более убедительно и удачно ответил бы на эту часть вопроса ГА ООН, если бы интерпретировал его иным способом: не как вопрос о существовании и последствиях дискриминации в отношении палестинцев («осуществлялась ли в отношении палестинцев дискриминация по каким-либо основаниям?»), а как вопрос о существовании и последствиях дискриминации на основании принадлежности к палестинскому народу («осуществлял ли Израиль дискриминацию на основании принадлежности к палестинскому народу?»).

Суд в обозначенных им рамках назвал три политики Израиля, которые образуют дискриминацию и нарушения прав человека.

Так, *нарушением п. d(i) ст. 5 МКЛРД, ст. 12, 17 МПГПП и ст. 10 МПЭСКП* была признана политика Израиля по выдаче разрешений на пребывание (далее — ВНЖ). Эта политика подразумевает: (1) требование обладать ВНЖ для палестинцев, не имеющих гражданства, для проживания в Восточном Иерусалиме⁸⁵; (2) высокие требования для получения и сохранения ВНЖ и большое количество оснований для лишения ВНЖ в том числе за «нарушение верности государству» и приговор к тюремному заключению за «террористический акт»⁸⁶; (3) крайне ограниченные

⁷⁹ Все выводы о наличии нарушений прав человека тремя указанными политиками и действиями Израиля Суд в § 223 назвал дискриминацией «основанной на, среди прочего, расе, религии или этническом происхождении», что никак не объясняется. И как абсолютно верно отметила судья Чарльзуорт «[X]отя это верно, такой подход затмевает другие виды дискриминации, которые влияют на повседневную жизнь палестинцев» — D Charlesworth. § 10.

⁸⁰ «[Л]юбое различие, исключение, ограничение или предпочтение или иное дифференцированное обращение, которое прямо или косвенно осуществляется на запрещенных основаниях для дискриминации и целью или результатом которого является умаление или отрицание признания, реализации или осуществления наравне с другими [их] прав» UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights. General Comment No. 20. Non-Discrimination in Economic, Social and Cultural Rights (art. 2, para. 2, of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights). E/C.12/GC/20. § 7. Более того, Суд сам признает значение этого элемента в § 191, см. также SO Nolte. § 17.

⁸¹ Например, аналогично §§ 180–184.

⁸² «Суд принимает во внимание, что все члены палестинской группы могут сталкиваться с различным обращением не одинаково и что некоторые члены группы могут подвергаться различному обращению по нескольким основаниям» — ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 190; судья Чарльзуорт отмечает важное значение этого утверждения — D Charlesworth. § 2.

⁸³ Андерсон Б. Воображаемые сообщества. Размышления об истоках и распространении национализма / пер. с англ. В. Николаева; Вступ. ст. С. Баньковской. М.: «КАНОН-пресс-Ц», «Кучково поле», 2001. С. 30–31.

⁸⁴ Также см. Declaration of President Salam (далее — D Salam). § 21–22. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-01-en.pdf> (дата обращения: 14.10.2024).

⁸⁵ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 193.

⁸⁶ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 193; 194; A/77/328. § 59.

возможности в получении ВНЖ для воссоединения с семьей⁸⁷. В этой части Суд подкрепил свое умозаключение ссылками на выводы соответствующих органов ООН.

Нарушение п. 1 ст. 2, ст. 17, 26 МПГПП, п. 2 ст. 2 МПЭСКП, и ст. 2 МКЛРД Суд нашел в ограничениях перемещения, которые заключаются в (1) установлении пропускных режимов⁸⁸ и затруднении, ограничении или запрете пользования инфраструктурой, (2) отсутствии процедуры получения некоторых разрешений на арабском языке⁸⁹, (3) закрытии пропускных пунктов в религиозные праздники⁹⁰, (4) причастности израильских служб безопасности к разрушению дорог и иной инфраструктуры, которой пользуются палестинцы⁹¹. Суд также напомнил: в 2004 году он уже пришел к выводу, что стена и сопутствующий ей режим создаст ограничения в передвижении, имеющие дискриминационный характер⁹².

Нарушение ст. 33 IVЖК, п. 1 ст. 2, п. 1 ст. 17, ст. 26 МПГПП, п. 2 ст. 2 МПЭСКП и ст. 2 МКЛРД Суд усмотрел в сносе недвижимого имущества в качестве наказания. Эта мера⁹³ израильских властей основывается на положении 119(1) Правил обороны (чрезвычайное положение) 1945 года, которое со ссылкой на ст. 43 IVГК и ст. 64 IVЖК Израиль считает действующим правом на оккупированных территориях, хотя эта позиция подвергалась критике с разных сторон⁹⁴. Суд не воспользовался возможностью высказаться по этому вопросу, сославшись на то, что это не охватывается запросом⁹⁵, однако прямо признал: применение этого положения нарушает запрет на коллективные наказания. Эта квалификация не зависит от признания Израилем этих мер уголовным наказанием или административным актом⁹⁶. Тем не менее Суд признал применение этой меры дискриминацией, ссылаясь на Доклад Генерального секретаря от 2 октября 2023 года, где зафиксировано, что «[и]зраильские власти продолжали и расширяли практику опечатывания и сноса домов, принадлежащих семьям палестинцев, которые предположительно были причастны к нападениям на израильтян и их убийствам. Такая практика применялась только в отношении палестинцев, но не в отношении других лиц, обвиняемых в аналогичных преступлениях»⁹⁷.

Международный Суд также установил *нарушение п. 1 ст. 2, п. 1 ст. 17, ст. 26 МПГПП, п. 2 ст. 2 МПЭСКП, ст. 2 МКЛРД*. Политика выдачи разрешений на строительство и снос зданий в связи с отсутствием таких разрешений основана на соглашениях Осло⁹⁸, однако Суд указал на диспропорцию в зонировании территории для палестинцев⁹⁹, а также в выдаче разрешений на строительство¹⁰⁰. Символическим можно назвать то, что Еврейский национальный фонд, созданный в 1901 году с целью приобретения земли в регионе для еврейских поселений, в августе 2022 года выделил средства на покупку земли в закрытой военной зоне, принадлежащей палестинцам¹⁰¹. Как следствие неполучения разрешения на строительство осуществляется процедура сноса на основании военного приказа 1797¹⁰², которую можно критиковать с процессуальной стороны¹⁰³, однако основным предметом внимания Суда являлось то обстоятельство, что «приказ в принципе разрешает снос как

⁸⁷ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 195.

⁸⁸ Ibid. § 199, 201.

⁸⁹ Ibid. § 200; UN Human Rights Council. *Human Rights Situation in the Occupied Palestinian Territory, Including East Jerusalem Report of the Secretary-General*. A/HRC/31/44. § 15.

⁹⁰ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 203.

⁹¹ Ibid. § 204.

⁹² Ibid. § 201, 206; ICJ. *Wall Advisory Opinion*. § 134.

⁹³ См. International Committee of the Red Cross. *Israel/Occupied Palestinian Territory, House Demolition under Regulation 119*. URL: <https://casebook.icrc.org/case-study/israeloccupied-palestinian-territory-house-demolition-under-regulation-119> (дата обращения: 14.10.2024).

⁹⁴ Al-Haq S. D. *Israel's Punitive House Demolition Policy Collective Punishment in Violation of International Law*. Alhaq.org. P. 11–16. URL: https://www.alhaq.org/cached_uploads/download/alhaq_files/publications/Israels_Punitive_House_Demolition_Policy.pdf (дата обращения: 14.10.2024); Kremnitzer M., Saba-Habesch L. *House demolitions // Laws*. 2015. Vol. 4. № 2. P. 219–220. URL: <https://www.mdpi.com/2075-471X/4/2/216> (дата обращения: 14.10.2024).

⁹⁵ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 209.

⁹⁶ Kremnitzer M., Saba-Habesch L. *Op. cit.* P. 226.

⁹⁷ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 210, 213.

⁹⁸ UN-Habitat, Palestine. *Spatial Planning in Area C of the Israeli Occupied West Bank of the Palestinian Territory*. Report of an International Advisory Board. P. 10. URL: <https://unhabitat.org/sites/default/files/download-manager-files/IAB%20Report%20on%20Area%20C.pdf> (дата обращения: 14.10.2024).

⁹⁹ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 214.

¹⁰⁰ Ibid. § 215.

¹⁰¹ A/77/328. § 38.

¹⁰² См. UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs. *New Legislation Impedes Challenges to Demolitions and Seizures in the West Bank*. URL: <https://www.ochaopt.org/content/new-legislation-impedes-challenges-demolitions-and-seizures-west-bank> (дата обращения: 14.10.2024).

¹⁰³ См.: ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 217; *Destructive Planning Policies*. Bimkom.org. URL: <https://bimkom.org/eng/wp-content/uploads/BimkomDemolitionsChangesReport.pdf> (дата обращения: 14.10.2024).

палестинских, так и израильских строений, которые признаются “новыми”. С момента вступления приказа в силу в 2019 году и до середины 2020 года для сноса палестинских строений было выдано в пять раз больше постановлений, чем для сноса израильских. Поскольку в поселениях и “передовых поселениях” активно ведется несанкционированное строительство, эти цифры свидетельствуют о дискриминационном применении приказа в отношении палестинцев¹⁰⁴. Утверждение о дискриминационном характере этой политики Суд подкрепил ссылками на выводы иных органов ООН¹⁰⁵.

Не давая определения апартеида и расовой сегрегации, Суд тем не менее пришел к заключению о нарушении Израилем запрещающей их ст. 3 МКЛРД, указав на физическое¹⁰⁶ и юридическое¹⁰⁷ разделение палестинцев и поселенцев. Отсутствие определения (в условии отсутствия такового и в самой МКЛРД) — неоднозначное явление. Судья Тлади, например, не видит в этом проблемы, говоря, что «если мы сравним политику южноафриканского режима апартеида с действиями Израиля [на оккупированных территориях], то невозможно не прийти к выводу, что они схожи»¹⁰⁸. Судья Нольте, напротив, считает, что по этой причине (а также по причине отсутствия достаточной информации у Суда) § 229 нельзя воспринимать буквально и он не является выводом о том, что меры Израиля достигли уровня апартеида¹⁰⁹. По его мнению, в Консультативном заключении (и, в частности, по поводу апартеида) Суд не делает окончательных правовых выводов (англ.: *determination*), а дает лишь правовую характеристику (англ.: *characterisation*)¹¹⁰.

Несколько судей предложили дефиниции терминов ст. 3 МКЛРД, основываясь на толковании МКЛРД с помощью Международной конвенции о пресечении преступления апартеида и наказании за него и Римского статута, которые в данном случае напрямую неприменимы¹¹¹. Примечательно, что, дав сходные определения с разной степенью детализации, судьи пришли к разным выводам. Судья Брант, используя эволюционное толкование МКЛРД¹¹², и судья Тлади¹¹³ нашли все описанные ими элементы состава апартеида. Но вот судья Нольте, сославшись на п. 3(с) ст. 31 и ст. 32 Венской конвенции о праве международных договоров и сформулировав дефиницию, не посчитал возможным констатировать наличие состава ввиду отсутствия элемента *dolus specialis*¹¹⁴. В любом случае вывод о нарушении ст. 3 МКЛРД никак явно не повлиял на дальнейшие рассуждения Суда.

3.3. Право народов на самоопределение

Если в 2004 году Суд указывал, что строительство стены затрудняло реализацию палестинским народом права на самоопределение¹¹⁵, то спустя двадцать лет он же констатирует, что они лишены этого права сейчас, а его существование в будущем находится под угрозой¹¹⁶. При этом Суд признал за правом на самоопределение характер *erga omnes*¹¹⁷ и *jus cogens*¹¹⁸, хотя на ход его рассуждений последний статус почти не повлиял¹¹⁹. Право на самоопределение умалывается нарушением территориальной целостности путем аннексии оккупированных территорий¹²⁰; ограничением на перемещения между Западным берегом, Восточным Иерусалимом и сектором Газа, а также строительством стены, что является действиями, направленными на рассеивание (англ.: *dispersing*)

¹⁰⁴ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 218; UN General Assembly. *Israeli Settlements in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem, and the Occupied Syrian Golan Report of the Secretary-General*. A/78/554. § 33.

¹⁰⁵ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 219.

¹⁰⁶ *Ibid.* § 227.

¹⁰⁷ *Ibid.* § 228.

¹⁰⁸ D Tladi. § 37.

¹⁰⁹ SO Nolte. § 8, 15.

¹¹⁰ *Ibid.* § 5–6.

¹¹¹ Declaration of Judge Brant. § 9. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-11-en.pdf> (дата обращения: 14.10.2024, далее — D Brant); SO Nolte. § 9.

¹¹² D Brant. § 9.

¹¹³ D Tladi. § 36–41.

¹¹⁴ *Ibid.* § 11–15. См. SO Iwasawa. § 12–13.

¹¹⁵ ICJ. *Wall Advisory Opinion*. § 144, 160.

¹¹⁶ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 243.

¹¹⁷ *Ibid.* § 274.

¹¹⁸ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 233; Суд говорит о праве на самоопределение как норме *jus cogens* «в ситуации иностранной оккупации», но по мнению судьи Тлади, это не следует понимать так, что в иных ситуациях этого статуса право на самоопределение не имеет — D Tladi. § 14. Также см. SO Cleveland. § 31–34; SO Gómez § 18–27; Declaration of Judge Xue (далее — D Xue). § 3, 5. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-06-en.pdf> (дата обращения: 14.10.2024).

¹¹⁹ Поэтому судья Тлади допускает, что эта часть Консультативного заключения будет воспринята как *obiter dictum* — D Tladi. § 17; также см. SO Cleveland. § 35.

¹²⁰ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 237–238; также см. JO Tomka, Abraham and Aurescu. § 26.

палестинского народа¹²¹; политикой Израиля, приведшей к лишению палестинского народа возможности пользоваться природными ресурсами в оккупированных территориях¹²²; зависимостью оккупированных территорий от поставок базовых благ и услуг, а также систематическим нарушением прав человека¹²³.

3.4. Продолжающаяся оккупация и аннексия

Израиль «присутствует» в Палестине уже более полувека, поэтому резонен вопрос о правовом значении продолжительности этого срока. Суд ответил, что продолжительность не имеет значения¹²⁴, обосновывая это временной природой оккупации и толкованием IV ЖК, в частности телеологической и исторической интерпретацией п. 3 ст. 6 IV ЖК¹²⁵. Для того чтобы оккупация перестала быть правомерной, одного лишь фактора времени недостаточно¹²⁶. Однако судьи не были единодушны в этом вопросе¹²⁷. Если оккупация представляет собой осуществление эффективного контроля над территорией другого суверена¹²⁸, а эффективный контроль, в свою очередь, — это применение силы или ее угроза, то оправдать оккупацию можно на основании *jus ad bellum*¹²⁹. Нарушает ли «чрезмерно продолжительная оккупация»¹³⁰ требования, предъявляемые к самообороне¹³¹? Продолжительная оккупация таким требованиям соответствовать не может и, следовательно, делает оккупацию не соответствующей *jus ad bellum*¹³². Более того, без ограничения во времени оккупация становится неотличимой от колониального захвата или завоеваний¹³³.

«Одним из основных средств, используемых оккупирующей державой для приобретения контроля над конкретной территорией, является ее заселение собственными гражданами или другим «надежным» населением <...> Оккупирующая держава в конечном счете начинает утверждать, что в силу гуманитарных причин она вынуждена оставаться на данной территории для защиты поселенцев»¹³⁴. Из этого утверждения можно сделать вывод, что политика переселения, будучи возможной в результате оккупации и направленной на изменение статуса территории, может называться аннексией¹³⁵. Это соображение было высказано еще в 2004 году¹³⁶, а судья Корума в особом мнении прямо назвал строительство стены незаконным, так как оно нарушает запрет приобретения территории силой¹³⁷. Суд в этот раз не остановился на предположении аннексии *de facto*, но признал рассматриваемую ситуацию аннексией *de jure* и *de facto*, отметив намерение Израиля установить постоянный контроль над территорией и вытекающие из этого необратимые последствия¹³⁸. В этом контексте Суд отметил, что два участника процесса высказывали аргументы о наличии у Израиля «глубоких исторических связей и собственных обоснованных притязаний» на территорию¹³⁹. Суд указал, что Генеральная Ассамблея ООН не задавала вопрос об этих притязаниях и информация о них не была предоставлена. Как бы то ни было, Суд не принял эти аргументы во внимание, поскольку наличие подобных связей и притязаний не может повлиять на недопустимость приобретения территории силой.

¹²¹ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 239.

¹²² Ibid. § 240.

¹²³ Ibid. § 241–242.

¹²⁴ Ibid. § 104–108.

¹²⁵ Ibid. § 107.

¹²⁶ JO Tomka, Abraham and Aurescu. § 35.

¹²⁷ D Charlesworth. § 14–21; Separate opinion of Judge Yusuf (далее — SO Yusuf). § 6, 8, 12. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-05-en.pdf> (дата обращения: 14.10.2024).

¹²⁸ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 109; D Charlesworth. § 11, 15.

¹²⁹ D Charlesworth. § 15.

¹³⁰ SO Yusuf. § 9.

¹³¹ SO Yusuf. § 13–16; D Charlesworth. § 27.

¹³² SO Yusuf. § 17.

¹³³ Ibid. § 12.

¹³⁴ UN Commission on Human Rights. *The Human Rights Dimensions of Population Transfer, including the Implantation of Settlers: Preliminary Report* / Prepared by A.S. Al-Khasawneh and R. Hatano. E/CN.4/SUB.2/1993/17. § 35.

¹³⁵ См. SO Cleveland. § 28–30; Brunk (Wuerth) I., Hakimi M. *The Prohibition of Annexations and the Foundations of Modern International Law*. Vanderbilt Law Research Paper, American Journal of International Law, Columbia Public Law Research Paper No. 4806600, 2024. P. 50–57. URL: <https://ssrn.com/abstract=4806600> (дата обращения: 14.10.2024).

¹³⁶ ICJ. *Wall Advisory Opinion*. § 121.

¹³⁷ SO Koroma. § 2, 4; также см. Separate opinion of Judge Higgins. § 31.

URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-02-EN.pdf> (дата обращения: 14.10.2024); Separate opinion of Judge Elaraby. § 2.5.

URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-06-EN.pdf> (дата обращения: 14.10.2024).

¹³⁸ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. §173, 179.

¹³⁹ Ibid. § 178; также см. DO Sebutinde. § 59–60.

4. Вопрос «В»: правовые последствия

4.1. Статус присутствия — оккупации — аннексии

Второй вопрос о последствиях политик и действий Израиля стал самым значимым¹⁴⁰ и спорным¹⁴¹. Если выводы Суда о нарушении Израилем своих обязательств не были сюрпризом, хотя бы потому что они заложены в саму формулировку запроса, то международно-правовые последствия этих выводов, с которыми никто из пятнадцати судей не спорил¹⁴², оказались не столь предсказуемы¹⁴³.

Суд начал с разграничения *jus in bello* и *jus ad bellum*¹⁴⁴. Из разграничения логически следует, что нарушение одних правил не может само по себе влечь нарушение других. Если строго следовать «тщательному юридическому анализу»¹⁴⁵, статус нахождения Израиля на оккупированных территориях никак не мог измениться вследствие нарушений *jus in bello*¹⁴⁶. На это сложно что-либо возразить, не нарушая строгость разграничения *jus in bello* и *jus ad bellum*¹⁴⁷. Здесь напоминает о себе имманентная проблема позитивизма: «Приказ есть приказ», — говорят солдатам. «Закон есть закон», — говорит юрист»¹⁴⁸. Позитивизм часто бывает беспомощен перед «содержанием законов». Имея своим исходным положением стремление четко разграничить право и мораль¹⁴⁹, позитивистская теория беззащитна перед аморальным содержанием источников права. Так и в израильско-палестинском контексте, придерживаясь позитивистской позиции и основываясь на разграничении *jus in bello* и *jus ad bellum*, можно прийти к неприятному заключению, что оккупация, сопровождаемая многочисленными нарушениями международного права, не является противоправной. Однако здесь Суд «резко»¹⁵⁰ отклоняется от позитивистского хода рассуждений:

Суд считает, что нарушения Израилем запрета на приобретение территории силой и права палестинского народа на самоопределение оказывают прямое воздействие на правомерность продолжающегося присутствия Израиля как оккупирующей державы на оккупированной палестинской территории. Продолжающееся злоупотребление Израилем своим положением оккупирующей державы путем аннексии и установления постоянного контроля над оккупированной палестинской территорией и продолжающееся погращение права палестинского народа на самоопределение нарушает основополагающие принципы международного права и делает присутствие Израиля на оккупированной палестинской территории неправомерными¹⁵¹.

В тексте Консультативного заключения не найти «какие-либо серьезные или обоснованные юридические доводы»¹⁵² в пользу такого вывода, поскольку Суд использовал только «общие и расплывчатые формулировки»¹⁵³. Суд не стал, например, рассуждать о том, в какой момент оккупация становится противоправной на основе существующей научной дискуссии¹⁵⁴, предлагающей соответствующий тест¹⁵⁵. В позиции Суда сложно указать на какое-то позитивистское обоснование, как и на точный момент превращения правомерной оккупации в неправомерную.

Однако даже судьи, проголосовавшие за этот параграф, не считают, что нарушение оккупирующей державой норм международного права *per se* влечет противоправность оккупации¹⁵⁶. В основу

¹⁴⁰ Судья Тлади называет его главным — D Tladi. § 2, 14.

¹⁴¹ JO Tomka, Abraham and Aurescu. § 18.

¹⁴² JO Tomka, Abraham and Aurescu. § 22; см. DO Sebutinde. § 51.

¹⁴³ Хотя судья Тлади считает, что нарушения «вряд ли это могло привести к иному выводу» и вывод «нет ничего удивительного или ошеломляющего» — D Tladi. § 4.

¹⁴⁴ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 251.

¹⁴⁵ JO Tomka, Abraham and Aurescu. § 4.

¹⁴⁶ Ibid. § 23, 25.

¹⁴⁷ Можно сказать, что это пытаются сделать судьи Нольте и Кливленд в своей совместной декларации (Joint declaration of Judges Nolte and Cleveland (далее — JD Nolte and Cleveland). § 8–13. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-09-en.pdf> (дата обращения: 14.10.2024), а также Чарльзворт (D Charlesworth. § 13–16) и Юсуф (SO Yusuf. § 13).

¹⁴⁸ Radbruch G. *Five Minutes of Legal Philosophy (1945)* // Oxford Journal of Legal Studies. 2006. Vol. 26. № 1. P. 13. URL: <http://www.jstor.org/stable/3600539> (дата обращения: 14.10.2024).

¹⁴⁹ Мерфи Дж., Коулман Дж. *Философия права: Введение в юриспруденцию* / пер. с англ. В.В. Оглезнева, В.В. Целищева. М.: «Каоно +» РООИ «Реабилитация», 2024. С. 34–35 и след.

¹⁵⁰ JO Tomka, Abraham and Aurescu. § 20.

¹⁵¹ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 261.

¹⁵² JO Tomka, Abraham and Aurescu. § 21.

¹⁵³ Ibid. § 25.

¹⁵⁴ См. Lynk M. *Prolonged Occupation or Illegal Occupant?* // EJIL: Talk! 16 May 2018. URL: <https://www.ejiltalk.org/prolonged-occupation-or-illegal-occupant/> (дата обращения: 14.10.2024).

¹⁵⁵ UN General Assembly. *Situation of Human Rights in the Palestinian Territories Occupied Since 1967*. Note by the Secretary-General. A/72/556. § 26.

¹⁵⁶ D Tladi. § 2.

умозаключений Суда в этом случае заложены скорее не действия, но их субъективная сторона — мотивы действий, то, как они были совершены¹⁵⁷. Как красноречиво отметил судья Тлади, серьезность и степень нарушений «обнажает скрытую под пышными одеждами правду»¹⁵⁸ о причинах присутствия Израиля на оккупированных территориях. Судьи Нольте и Кливленд, связывая правомерность оккупации с ее обоснованностью правом на самооборону, говорят о роли противоправных намерений, которые и создают противоречие оккупации с международным правом¹⁵⁹. Из декларации судьи Салама также следует, что для него ключевым являлась субъективная сторона: Израиль знал о противоправности своих действий с самого начала оккупации¹⁶⁰, ему неоднократно «напоминали» о противоправности его действий и политик, в том числе это делал и Международный Суд¹⁶¹, что было, однако, проигнорировано¹⁶².

Столь значимый вывод не получил четко сформулированного обоснования, и необходимо приложить усилие, чтобы выдвинуть предположение о соображениях, побудивших Суд признать зависимость правомерности оккупации и нарушений права на самоопределение и запрета приобретения территории силой. В частности, творческая свобода Суда в использовании терминов «оккупация», «аннексия» и «присутствие» не добавляет убедительности выводу¹⁶³, но и не делает его некорректным. Непоследовательное использование терминов может свидетельствовать о непоследовательности суждения, но не свидетельствует об ошибочном результате. Умозаключение может быть сделано на основе «правовой интуиции», «чувства справедливости» или эмоций, и при этом оно может оказаться юридически обоснованным *ex post*, то есть логическое обоснование может быть разработано в попытке объяснить уже принятое решение.

Вероятно, для решения задачи рационализации связи *jus in bello* и *jus ad bellum* даже в рамках отдельно взятого Заключения потребуется не одна научная работа, однако сейчас можно предпринять попытку определить вектор ее решения. Очевидно, все нарушения Израиля затрагивают принцип равенства: на оккупированной территории все политики и действия Израиля, рассмотренные Судом, так или иначе направлены на создание благоприятных условий для одних и невыносимых для других. Эти политики и действия строятся на факте оккупации, эффективном контроле¹⁶⁴, то есть возможности Израиля добиваться исполнения своих законов. Любая позитивистская теория опирается на постулат о том, что «действительность закона доказывается способностью силой добиться его исполнения»¹⁶⁵, поэтому даже позитивист не сможет отрицать: с точки зрения логики все нарушения со стороны Израиля могут существовать только при наличии его эффективного контроля. Следовательно, если прекратить оккупацию, то не будет более возможности для нарушений. Через эту логическую связь можно построить теорию, где нарушение *jus in bello* «заражает» противоправностью действия, подпадающие под регулирование *jus ad bellum*, но при этом не стирает границу между ними. Такая возможность подтверждается хотя бы тем соображением, что если «право» на применение силы может быть юридически обосновано соображениями о правах человека¹⁶⁶, то эти же соображения могут (действуя в другом направлении) юридически обосновать обязанность прекратить применение силы. Однако такая теория справедлива не только для оккупации, но и для войны вообще: она будет утопична по своей сути и нацелена не на уменьшение страданий от войны (как международное гуманитарное право в целом), а на прекращение войны как таковой. Для обоснования вывода Суда можно, например, обратиться к «формуле Радбруха», адаптировав ее для международного права. Представляется, что в данном случае «можно четко определить: когда к справедливости даже не стремятся, а когда равенство, составляющее ее основу, сознательно отрицается в правотворческом процессе»¹⁶⁷.

В ходе оккупации Израиль не только «не заботился» о палестинцах, но сознательно отрицал принцип равенства с противоправной целью — захватить территорию. Если Израиль реализует

¹⁵⁷ Например «всеобъемлющий характер усилий Израиля <...> и сопровождающее их нарушение права палестинского народа на самоопределение делают присутствие Израиля <...> неправомерным» — JD Nolte and Cleveland. § 15.

¹⁵⁸ D Tladi. § 2.

¹⁵⁹ JD Nolte and Cleveland. § 8–11.

¹⁶⁰ D Salam. § 8–10.

¹⁶¹ Ibid. § 5; JD Nolte and Cleveland. § 10.

¹⁶² D Salam. § 6.

¹⁶³ См. JO Tomka, Abraham and Aureescu . § 26.

¹⁶⁴ См. ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 264.

¹⁶⁵ Радбрух Г. Философия права / пер. с нем. Ю.М. Юмашева. 2-е изд. М. : Международные отношения, 2023. С. 233.

¹⁶⁶ См., например: Moses J. *Gaza and the Political and Moral Failure of the Responsibility to Protect* // Journal of Intervention and Statebuilding. 2024. Vol. 18. № 2. P. 211–215.

¹⁶⁷ Радбрух Г. Указ. соч. С. 234.

возможности, предоставляемые нормами *jus ad bellum*¹⁶⁸, таким образом, что не просто нарушает справедливость, но отрицает равенство как ее основу, то юрист обязан отрицать правомерность таких возможностей Израиля¹⁶⁹. Если политики и действия Израиля, определяемые по свободному усмотрению, «свидетельствуют о неприкрытом глумлении над стремлением к справедливости», то именно это отрицание может стать основой для вывода о противоправности. Политики и действия Израиля не просто нарушают нормы международного права, но сознательно направлены на отрицание равенства палестинцев и израильтян¹⁷⁰ (потому и справедливости) с целью нарушить запрет приобретения территории силой. Как видится, именно такой умысел стал причиной признания присутствия Израиля на оккупированных территориях противоправным. И именно это отличие рассматриваемой Судом ситуации от прочих нарушений *jus in bello* (которые не влекут противоправность оккупации *per se*) могло бы стать основой для теоретического обоснования.

4.2. Вопросы, которые остались без ответа

Последствия нарушений Израиля, в том числе неправомерной оккупации, Суд изложил в последнем параграфе Заключения (§ 285, абзацы 4–9). Оккупация как нарушение права на самоопределение и запрета на приобретение территории силой, согласно позиции Суда, повлекла обязанности третьих государств и международных организаций, указанных в ст. 41 Проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния¹⁷¹, хотя Суд не связал напрямую эти последствия со статусом *jus cogens*¹⁷².

В целом между выводами о политиках и действиях Израиля, носящих общий характер, и их конкретными последствиями, в частности ответственностью, остается место для некоторых необходимых уточнений: о каком вреде идет речь и как его измерить; кому конкретно необходимо выплатить компенсацию; есть ли основания для митигации; кто именно должен быть эвакуирован и кем; обязан ли Израиль эвакуировать даже тех поселенцев, кто отказывается это делать добровольно, и т.д. Все эти «мелкие» вопросы, возможно, и не должны быть разрешены в Заключении, но они провоцируют скорее опасные, чем безобидные дебаты, например: «[о]чевидно, что в этой ситуации виноватых предостаточно, и это не только Израиль, но и арабские палестинцы <...> Возникает вопрос: какова именно доля вины Израиля, за которую он должен выплатить репарации?»¹⁷³. Рассуждения в таком ключе не безобидны, потому что обращены к прошлому, а не в будущее, и выбор слов в приведенной цитате не случаен: очень важно строго разделять вину и ответственность.

Когда мы задаемся вопросом о вине (как *raison d'être* ответственности), он уводит нас в историю, в прошлое, в котором эта вина будет перекидываться как «горячая картошка» от одной стороны другой и обратно. То есть стороны будут обвинять (обоснованно и необоснованно) друг друга во всевозможных грехах, в то время как рассмотренные Судом нарушения права на самоопределение — лишь часть конфликта. Если вместо ответственности искать вину, то сложность конфликта, его долгая и кровавая хронология заберут все силы ищущих и, возможно, надежды на урегулирование. Постановка вопроса об ответственности во главу угла позволит рассуждать не о причинах обязанности что-то сделать, возникших в прошлом, но об обязанностях, имеющих прямое отношение к будущему. Поэтому грамматика подобных рассуждений предполагает использование будущего времени. Это позволит тем, кто постоянно оглядывается в прошлое, обратить больше внимания на будущее, где даже вечно враждующие в прошлом стороны всегда сохраняют возможность сосуществовать в мире.

¹⁶⁸ Тут необходимо оговориться, что Суд не затрагивал в какой-либо степени вопрос о правомерности оккупации *ab initio* (см. D Salam. § 35; D Charlesworth. § 17; JD Nolte and Cleveland. § 4), а среди судей есть мнение, что действия Израиля нарушают *jus ad bellum* (D Salam. § 35; JD Nolte and Cleveland. § 8).

¹⁶⁹ Судьи Нольте и Кливленд в принципе считают, что такой характер оккупации нарушает именно нормы *jus ad bellum* — JD Nolte and Cleveland. § 12.

¹⁷⁰ «[Д]искриминационный характер этой политики и действий подавляет равенство, самобытность и достоинство, лежащие в основе [права на] самоопределени[e]» — Declaration of Judge Brant. § 12.
URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/186/186-20240719-adv-01-11-en.pdf> (дата обращения: 14.10.2024).

¹⁷¹ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 279–280.

¹⁷² См. D Tladi. § 28–32; SO Gómez. § 22–26.

¹⁷³ DO Sebütinde. § 61.

Выводы

Рассмотренное Консультативное заключение — попытка Международного Суда дать беспристрастный ответ на вопрос, формулировка которого не лишена предвзятости. Большая часть текста посвящена тому, в чем мало кто сомневается: совершенным Израилем нарушениям международного права на оккупированных территориях, и текст Заключения 2024 года во многом продолжает заключение 2004 года, которое также посвящено израильско-палестинскому конфликту. Однако продолжение значительно превзошло начало: Суд, вопреки строго позитивистским соображениям, признал оккупацию как таковую неправомерной в силу нарушения запрета на захват территории силой и права палестинского народа на самоопределение. На основании этого была сформулирована обязанность Израиля прекратить «как можно скорее» свое «присутствие» на территории сектора Газа, Восточного Иерусалима и Западного берега реки Иордан.

Помимо ключевого вывода, в Заключении обращает на себя внимание отсутствие соображений о безопасности Израиля. С одной стороны, этот пробел создает ощущение «игры в одни ворота», односторонности текста Консультативного заключения¹⁷⁴. Но с другой — здесь можно увидеть намек, что эти соображения вряд ли помогут исправить положение¹⁷⁵. К тому же сыграл свою роль суверенный выбор Израиля фактически не принимать участия в процессе. Однако зияющую дыру, образовавшуюся в его отсутствие, можно также интерпретировать как следствие двустороннего характера конфликта. Как было верно указано, к соображениям безопасности мог апеллировать не только Израиль, но и Палестина¹⁷⁶. Если Израиль, отрицая «субъектность» палестинского народа, его право на самоопределение и право жить в Восточном Иерусалиме, на Западном берегу и в секторе Газа, не уважает соображения безопасности Палестины, то как он может требовать от Палестины уважать свои соображения безопасности? Стремление стимулировать уважение права оппонента можно проследить в том, что несколько раз в Консультативном заключении Суд использовал аргумент *ex injuria jus non oritur* (и его производные)¹⁷⁷.

В любом случае результат принятия этого Консультативного заключения далекоидущий: Израиль обязан покинуть оккупированные территории. Сложно надеяться на исполнение этой обязанности. Однако главную свою задачу Суд выполнил: он назвал нарушения нарушениями. Тем не менее, даже если Суд абсолютно прав, и продолжительность оккупации не имеет юридического значения, это не подтверждает, что время не играет роли, пусть и политической. Половина столетия — долгий период, на протяжении которого произошло много политических изменений. Например, если сегодня у ситуации одно имя — «оккупация», это не значит, что через столетие не будет предпринята попытка это имя поменять на другое, позволяющее присвоить себе титул на территорию. Наличие этого Консультативного заключения если и не изменит ситуацию глобально, то как минимум затруднит попытки смыть временем нарушения международного права.

A COMMENTARY ON THE ADVISORY OPINION OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE OF 19 JULY 2024 REGARDING LEGAL CONSEQUENCES ARISING FROM THE POLICIES AND PRACTICES OF ISRAEL IN THE OCCUPIED PALESTINIAN TERRITORY, INCLUDING EAST JERUSALEM

LUCHKIN PH.

Philipp Luchkin — Legal advisor in the notary office in the Moscow region, Moscow, Russia (fvluchkin@gmail.com).
ORCID: 0009-0000-6053-9540.

Abstract

This article pays attention to the most controversial issues raised by the International Court of Justice (hereinafter also — the Court) in its Advisory Opinion of 19 July 2024 *Regarding Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem*. This Advisory Opinion is the second to deal with the Arab-Israeli conflict and is a logical continuation of the first one. The Court confirmed what has been already obvious to the majority of the international community — the fact of Israel's violation of international law in Palestine. Even Judge Sebutinde, who disagreed with the majority on almost every point,

¹⁷⁴ JO Tomka, Abraham and Aurescu. § 37–38; JD Nolte and Cleveland. § 5; D Xue. § 9.

¹⁷⁵ D Tladi. § 44–45, 58; D Brant. § 13; D Charlesworth § 16, 23, 26; JD Nolte and Cleveland. § 7.

¹⁷⁶ D Tladi. § 44.

¹⁷⁷ ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 133, 139, 196, 205, 221.

called this task “a straightforward mathematical exercise”. Nevertheless, not only the Court named Israeli violations, which is important, but the Advisory Opinion raises ambiguous issues on which the Court could not demonstrate unanimity. In particular, the Court, on the ground of *jus in bello* violations, recognised the occupation as illegal *per se*, which, in turn, led the Court to conclude that Israel is obliged to leave the territory of the West Bank, the Gaza Strip, and East Jerusalem “as rapidly as possible”. Despite the fact that the global community will probably welcome the result of the Court’s work, achieved by an overwhelming majority, it remains interesting and uncertain how the Court came to such a result. The judges came to the same conclusions, which may also look as bias caused by the wording of the request and the political situation; however, the dissenting opinions and declarations show that there are disagreements on the way to reach these outcomes. By comparing the text of the Advisory Opinion with the dissenting opinions and declarations of the judges in this article, the following issues are analysed: the problem of bilateral dispute as the subject of the advisory proceedings, the problem of determining the facts for the Court’s inquiry, the ground of discrimination, the right of people to self-determination as a *jus cogens* norm, the problem of ongoing occupation and annexation, the issue of occupation’s unlawfulness due to violations of *jus in bello* norms, and the issue of responsibility.

Key words

International Court of Justice, Israel, Palestine, occupation, annexation, human rights, discrimination, apartheid

Citation: Luchkin Ph. Kommentarii k Konsul'tativnomu zaklyucheniyu Mezhdunarodnogo Suda ot 19 iyulya 2024 goda *otnositel'no pravovykh posledstviy politiki i deistvii Izrailya na okkupirovannoi palestinskoj territorii, vklyuchaya Vostochnyi Ierusalim, i nezakonnosti prodolzhayuschegosya prisutstviya Izrailya na okkupirovannoi palestinskoj territorii* [A Commentary on the Advisory Opinion of the International Court of Justice of 19 July 2024 Regarding Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem] // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2024. Vol. 2. № 4. P. 78–94.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.24748>

References / Список источников

Anderson B. (2001) *Voobrazhaemye soobshchestva. Razmyshleniya ob istokah i rasprostranении nacionalizma* [Imagined communities: Reflections on the origin and spread of nationalism]: «KANON-press-C», «Kuchkovo pole». (In Russian).

Brunk (Wuerth) I., Hakimi M. (2024) The Prohibition of Annexations and the Foundations of Modern International Law. *Vanderbilt Law Research Paper. American Journal of International Law* (forthcoming 2024), *Columbia Public Law Research Paper No. 4806600*.

Kremnitzer M. Saba-Habesch L. (2015). House demolitions. *Laws*, vol. 4, no. 2, pp. 216–228. Available at: <https://www.mdpi.com/2075-471X/4/2/216> (accessed: 14.02.2024).

Moses J. (2024) Gaza and the Political and Moral Failure of the Responsibility to Protect. *Journal of Intervention and Statebuilding*, vol. 18, no. 2, pp. 211–215. Available at: <https://doi.org/10.1080/17502977.2024.2304987> (accessed: 14.10.2024).

Murphy J. G. Coleman J. L. (2024) *Filosofiya prava: Vvedenie v yurisprudentsiyu* [Philosophy of Law: An introduction to Jurisprudence]: «Kaono +» ROOI «Reabilitatsiya». (In Russian).

Radbruch G. (2006) Five Minutes of Legal Philosophy (1945). *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, no. 1, pp. 13–15. Available at: <https://doi.org/10.1093/ojls/gqi042> (accessed: 14.10.2024).

Radbruch G. (2023) *Filosofiya prava* [Philosophy of Law], Moscow, *Mezhdunarodnye otnosheniya*. (In Russian).

Schabas W. (2021) *The Customary International Law of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press.

Shany Y. (2009) The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: A Comment on Bassiouni v. Prime Minister of Israel. *Hebrew University International Law Research Paper*, no. 13-09, pp. 1–18. Available at: <https://ssrn.com/abstract=1350307> (accessed: 14.10.2024).