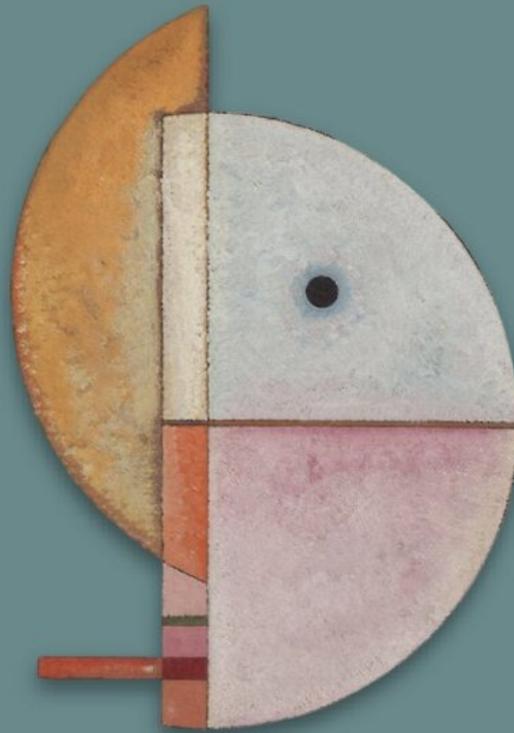


ISSN 2949-5717



**ЖУРНАЛ ВШЭ ПО МЕЖДУНАРОДНОМУ ПРАВУ**  
HSE UNIVERSITY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

2024 | 1



# Журнал ВШЭ по международному праву HSE University Journal of International Law

Учредитель: Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики».  
Электронный научный журнал. Издается с 2023 года. Периодичность: 4 раза в год. ISSN: 2949-5717.

## Редакция

**РУСИНОВА Вера Николаевна,**  
НИУ ВШЭ, Россия  
ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР

**БОКЛАН Дарья Сергеевна,**  
НИУ ВШЭ, Россия  
ЗАМЕСТИТЕЛЬ ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА

**МАРТЫНОВА Екатерина Александровна,** НИУ ВШЭ, Россия  
ОТВЕТСТВЕННЫЙ СЕКРЕТАРЬ

**ЗАХАРОВА Екатерина Андреевна,**  
НИУ ВШЭ, Россия  
РЕДАКТОР

## Редакционная коллегия

**АКШАЛОВА Роза Джарасовна,**  
Евразийский национальный университет им. Л.Н. Гумилёва, Казахстан

**ИВАНОВ Эдуард Александрович,**  
НИУ ВШЭ, Россия

**СОЛНЦЕВ Александр Михайлович,**  
Российский университет дружбы народов, Россия

**БЕЛЛИ Лука,**  
Правовая школа Фонда Жетулиу Варгаса, Бразилия

**КРАСИКОВ Дмитрий Владимирович,**  
Саратовская государственная юридическая академия, Россия

**СТАРЖЕНЕЦКИЙ Владислав Валерьевич,**  
НИУ ВШЭ, Россия

**БОКЛАН Дарья Сергеевна,**  
НИУ ВШЭ, Россия

**КРСТИЦ Ивана,**  
Университет Белграда, Сербия

**ТЮРИНА Наталия Евгеньевна,**  
Казанский (Приволжский) федеральный университет, Россия

**ГОРСКИЙ Йенджер,**  
Городской университет Гонконга

**ЛИФШИЦ Илья Михайлович,**  
Всероссийская академия внешней торговли, Россия

**ШЕСТАКОВА Ксения Дмитриевна,**  
СПбГУ, Россия

**ЕВСЕЕВ Александр Петрович,**  
НИУ ВШЭ, Россия

**РОМАШЕВ Юрий Сергеевич,**  
НИУ ВШЭ, Россия

**ЭНТИН Кирилл Владимирович,**  
Суд Евразийского экономического союза, НИУ ВШЭ, Россия

## Редакционный совет

**АБАЙДЕЛЬДИНОВ Ербол Мусинович,**  
Евразийский национальный университет им. Л.Н. Гумилёва, Казахстан

**КОВЛЕР Анатолий Иванович,**  
судья Европейского суда по правам человека (1998–2012), Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, Россия

**МЕЗЯЕВ Александр Борисович,**  
Университет управления «ТИСБИ», Россия

**АБДУЛЛИН Адель Ильсиярович,**  
Казанский (Приволжский) федеральный университет, Россия

**КОЛОС Денис Георгиевич,**  
судья Суда Евразийского экономического союза, Беларусь

**МЮЛЛЕРСОН Рейн,**  
президент Института международного права (2013–2015), почетный профессор Таллиннского университета, Эстония

**БОКЛАН Дарья Сергеевна,**  
НИУ ВШЭ, Россия

**КОНГ Киньянг,**  
Китайский университет политической науки и права, Китайская народная республика

**РУСИНОВА Вера Николаевна,**  
НИУ ВШЭ, Россия

**ДЕДОВ Дмитрий Иванович,**  
судья Европейского суда по правам человека (2013–2022), МГУ им. М.В. Ломоносова, Россия

**МАРОЧКИН Сергей Юрьевич,**  
Тюменский государственный университет, Россия

**САФАРОВ Низами Абдулла оглу,**  
депутат Национального Собрания Азербайджанской Республики, Азербайджан

**ЕРПЫЛЁВА Наталия Юрьевна,**  
НИУ ВШЭ, Россия

**МАХАНТА Упасана,**  
Глобальный университет им. О.П. Жиндала, Индия

**СОКОЛОВА Наталья Александровна,**  
МГЮА им. О.Е. Кутафина, Россия

**КАПУСТИН Анатолий Яковлевич,**  
президент Российской ассоциации международного права, Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, Россия

**ТОЛСТЫХ Владислав Леонидович,**  
МГИМО (У) МИД России, Институт востоковедения РАН, Россия

**ЭНТИН Марк Львович,**  
МГИМО (У) МИД РФ, Россия

Адрес редакции: 109028 Москва, Б. Трехсвятительский пер, 3, кабинет 227.  
Тел.: +7 (495) 772-95-90 (23066); e-mail: [lawjournal@hse.ru](mailto:lawjournal@hse.ru)  
<https://jil.hse.ru>

Позиция авторов может не совпадать с мнением редакции.

© НИУ ВШЭ, 2024

# Журнал ВШЭ по международному праву HSE University Journal of International Law

Founder: National Research University Higher School of Economics.  
Electronic scientific journal. Published since 2023. Frequency: 4 times a year. ISSN: 2949-5717.

## Editorial Team

**Vera RUSINOVA,**  
HSE University, Russia  
EDITOR-IN-CHIEF

**Daria BOKLAN,**  
HSE University, Russia  
DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

**Ekaterina MARTYNOVA,**  
HSE University, Russia  
EXECUTIVE EDITOR

**Ekaterina ZAKHAROVA,**  
HSE University, Russia  
EDITOR

## Editorial Board

**Roza AKSHALOVA,**  
L.N. Gumilyov Eurasian National  
University, Kazakhstan

**Luca BELLI,**  
Fundação Getulio Vargas (FGV)  
Law School, Brazil

**Daria BOKLAN,**  
HSE University, Russia

**Kirill ENTIN,**  
head of the Eurasian sector, Centre for  
Comprehensive European and  
International Studies (CCEIS), HSE  
University, Russia

**Alexander EVSEEV,**  
HSE University, Russia

**Jędrzej GÓRSKI,**  
research fellow at the City University of  
Hong Kong

**Eduard IVANOV,**  
HSE University, Russia

**Dmitry KRASIKOV,**  
Chair of International Law Department  
at Saratov State Academy of Law, Russia

**Ivana KRSTIC,**  
the University of Belgrade, Serbia

**Ilya LIFSHITS,**  
the Russian Foreign Trade Academy, Russia

**Yury ROMASHEV,**  
HSE University, Russia

**Vera RUSINOVA,**  
HSE University, Russia

**Alexandr SOLNTSEV,**  
RUDN University

**Ksenia SHESTAKOVA,**  
St Petersburg University, Russia

**Vladislav STARZHENETSKY,**  
HSE University, Russia

**Nataliya TYURINA,**  
Kazan Federal University, Russia

## Editorial Council

**Yerbol ABAIDELDINOV,**  
Eurasian National University named after L.N.  
Gumilyov, Kazakhstan

**Adel ABDULLIN,**  
Kazan Federal University, Russia

**Daria BOKLAN,**  
HSE University, Russia

**Dmitry DEDOV,**  
Judge at the European Court of Human Rights  
(2013–2022), Moscow State University named  
after Lomonosov, Russia

**Mark ENTIN,**  
Moscow State Institute of International  
Relations (University) of the Ministry of  
Foreign Affairs of Russia, Russia

**Anatoly KAPUSTIN,**  
Moscow State Institute of International  
Relations (University) of the Ministry of  
Foreign Affairs of Russia, the Institute of  
Legislation and Comparative Law under  
the Government of the Russian  
Federation, Russia

**Denis KOLOS,**  
Judge at the Court of the Eurasian Economic  
Union, Belarus

**Denis KOLOS,**  
Judge at the Court of the Eurasian Economic  
Union, Belarus

**Qingjiang KONG,**  
China University of Political Science and Law,  
People's Republic of China

**Anatoly KOVLER,**  
Judge at the European Court of Human Rights  
(1998–2012), the Institute of Legislation and  
Comparative Law under the Government of the  
Russian Federation, Russia

**Upasana MAHANTA,**  
O.P. Jindal Global University, India

**Sergei MAROCHKIN,**  
Head of the Laboratory of International and  
Comparative Law Studies, State University of  
Tyumen, Russia

**Alexander MEZYAEV,**  
University of Management "TISBI",  
Russia

**Rein MÜLLERSON,**  
former President of the Institute of  
International Law, Professor Emeritus  
at Tallinn University, Estonia

**Vera RUSINOVA,**  
HSE University, Russia

**Nizami Abdulla oglu SAFAROV,**  
Member of Milli Majlis of the  
Republic of Azerbaijan

**Natalia SOKOLOVA,**  
Moscow State Law University  
named after Kutafin, Russia

**Vladislav TOSTYKH,**  
Moscow State Institute of  
International Relations (University) of  
the Ministry of Foreign Affairs of  
Russia; Institute of Oriental Studies,  
Russian Academy of Science,  
Russia

**Natalia YERPYLEVA,**  
HSE University, Russia

Editorial address: 109028 Moscow, B. 3, Trekhsvyatitelsky Lane, office 227.  
Tel.: +7 (495) 772-95-90 (23066); e-mail: [lawjournal@hse.ru](mailto:lawjournal@hse.ru)  
<https://jil.hse.ru>

The authors' opinions do not necessarily reflect the opinions of the editors.

© HSE University, 2024

# Содержание / Contents

## ИСТОРИЯ / HISTORY

**Шестакова К. Д., Ятаева П. С., Авдеева В. С., Супонин В. В. /  
Shestakova K. D., Yataeva P. S., Avdeeva V. S., Suponin V. V.**

Становление международной защиты прав человека в межвоенный период: фигура и взгляды А. Н. Мандельштама. Часть 1 / The Emerging International Legal Protection of Human Rights in the Interwar Period: the Life and Ideas of André Mandelstam. Part 1 *РУС*..... 4

## ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ИЗЫСКАНИЯ / THEORETICAL INQUIRIES

**Сечин Д. С. / Sechin D. S.**

Дорога к утопии вымощена противоречиями: теоретическое осмысление принципа равенства / The Road to Utopia is Paved with Contradictions: Theoretical Understanding of the Principle of Equality *РУС*..... 19

## АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ / TOPICAL ISSUES

**Абатурова В. А. / Abaturova V. A.**

Применение отраслевых принципов международного экологического права для системного толкования норм экономических и экологических соглашений / Application of Sectorial Principles of International Environmental Law for Systemic Interpretation of Norms of Economic and Environmental Treaties *РУС*..... 38

**Safavinia K. / Сафавиния Х.**

A Conceptual Approach to the Legality Underpinning the Ownership of Islands and the Basic Procedures of Maritime Boundary Delimitation of Islands in an Inter-State Context / Теоретический подход к обоснованию законности территориального права государств на острова и основные процедуры определения морских границ островных территорий в контексте межгосударственных отношений *ENG*..... 58

## КЕЙС-СТАДИ / CASE STUDY

**Sushkov S., Neverova E. / Сушков С. П., Неверова Е. В.**

Combatant Immunity for Members of the Nagorno-Karabakh Army: A Case Study/ Иммунитет комбатанта для членов армии Нагорного Карабаха: кейс-стади *ENG*..... 79

## КОММЕНТАРИЙ / COMMENTARY

**Нальгиев А. М., Польшакова В. В., Гавкалюк А. Б. / Nalgiev A. M.,  
Polshakova V. V. Gavkalyuk A. B.**

Комментарий к решению Международного Суда от 31 января 2024 года по делу о применении Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма и Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Украина пр. Российской Федерации) / A Commentary on the Judgment of the International Court of Justice of 31 January 2024 in Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation) *РУС*..... 88

## СТАНОВЛЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНОЙ ЗАЩИТЫ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В МЕЖВОЕННЫЙ ПЕРИОД: ФИГУРА И ВЗГЛЯДЫ А. Н. МАНДЕЛЬШТАМА. ЧАСТЬ 1

ШЕСТАКОВА К. Д., ЯТАЕВА П. С., АВДЕЕВА В. С., СУПОНИН В. В.

**Шестакова Ксения Дмитриевна** — кандидат юридических наук, научная руководительница магистерской программы «Международное публичное право», доцент юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург, Россия (k.shestakova@spbu.ru).  
ORCID: 0000-0001-9459-9330.

**Ятаева Полина Сергеевна** — директор Программы международных конкурсов в форме игровых судебных процессов юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург, Россия (p.yataeva@spbu.ru).  
ORCID: 0009-0006-1801-1332.

**Авдеева Варвара Сергеевна** — студентка магистерской программы «Международное публичное право» юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург, Россия (avdeeva.varia@gmail.com).  
ORCID: 0009-0006-4383-6539.

**Супонин Вячеслав Вячеславович** — студент магистерской программы «Международное публичное право» юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург, Россия (suponinvv@gmail.com).  
ORCID: 0009-0004-3120-023X.

### Аннотация

В современной русскоязычной литературе по теории и истории международного права имя А. Н. Мандельштама упоминается редко. Внимание к его международно-правовым идеям в последнее десятилетие понемногу проявляется в источниках, посвященных ранней истории защиты прав человека, на английском, французском и других языках. Профессиональный путь А. Н. Мандельштама в эпоху нестабильности, войн и революций интересен фокусом на защиту прав человека, окончательно сформировавшимся в эмигрантский период его жизни. Перу Мандельштама принадлежит первый проект универсальной декларации прав человека, принятый Институтом международного права. Продвигая в эмиграции гуманистические идеи, А. Н. Мандельштам читал лекции в Гаагской академии международного права, осмысляя опыт столкновения Османской и Российской империй с проблемами меньшинств, беженцев и апатридов. Он разработал концепции защиты прав меньшинств и прав человека в международном праве, а также активно занимался их универсализацией. Несмотря на передовые для своего времени идеи о примате прав человека над государственным суверенитетом, Мандельштам не был свободен от глубоко укоренившихся в мировоззрении интернационалистов его поколения идей о разном уровне развития и цивилизованности различных народов, требующих, по сложившемуся мнению, опеки просвещенных государств. Авторы статьи исследовали частную историю А. Н. Мандельштама, связанные с ней микроистории, включив их в более широкий исторический, политический и социальный контекст. Они проанализировали становление и развитие идей Мандельштама о защите прав человека в межвоенный период с целью вернуть его фигуру и идеи в современный теоретический и исторический дискурс.

### Ключевые слова

А. Н. Мандельштам, международная защита прав человека, гуманитарная интервенция, защита прав меньшинств, межвоенный период, Российская империя, Османская империя, история международного права, теория международного права, Лига Наций

**Для цитирования:** Шестакова К. Д., Ятаева П. С., Авдеева В. С., Супонин В. В. Становление международной защиты прав человека в межвоенный период: фигура и взгляды А. Н. Мандельштама. Часть 1 // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 1. С. 4–18.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.21706>

## Введение<sup>1</sup>

В современной русскоязычной литературе по теории и истории международного права имя А. Н. Мандельштама упоминается редко. Внимание к его международно-правовым идеям в последнее десятилетие понемногу появляется в источниках, посвященных ранней истории защиты прав человека на английском, французском и других языках<sup>2</sup>. Профессиональный путь А. Н. Мандельштама в эпоху нестабильности, войн и революций интересен фокусом на права человека, окончательно сформировавшимся в эмигрантский период жизни. Перу Мандельштама принадлежит первый проект декларации прав человека, принятый Институтом международного права. Осмысляя опыт столкновения Османской и Российской империй с проблемами меньшинств, беженцев и апатридов, он разработал концепции защиты прав меньшинств и прав человека в международном праве, а также активно занимался их универсализацией, читая лекции в Гаагской академии международного права, европейских университетах, активно публикуясь на разных языках, состоя в основных профессиональных сообществах того времени, включая Институт международного права и Международную дипломатическую академию, а также занимаясь защитой прав меньшинств в системе Лиги Наций и международных судах и арбитражах. Несмотря на передовые для своего времени идеи о примате прав человека над государственным суверенитетом, Мандельштам не был свободен от глубоко укоренившихся в мировоззрении интернационалистов его поколения идей о разном уровне развития и цивилизованности народов: некоторым из них, по сложившемуся мнению, требовалась опека просвещенных государств.

Авторы статьи осознают все ограничения и опасности выбранного историко-биографического метода, включая присущие ему крайности: создание кумира и низвержение идола; неизбежный эффект подглядывания с заранее обреченной целью проникнуть в тайну чужой жизни<sup>3</sup> и обратное ему «распыление биографии»<sup>4</sup> при смещении фокуса исследования на неподвластные человеку социальные, культурные и исторические процессы. Тем не менее идеи А. Н. Мандельштама рождались не в вакууме, а были попыткой осмысления конкретных исторических и, по всей видимости, личных событий. Таким образом, авторы ставят перед собой две основные задачи. Во-первых, исследовать частную историю А. Н. Мандельштама и связанные с ней микроистории, включив их в более широкий исторический, политический и социальный контекст. Во-вторых, проанализировать становление и развитие взглядов Мандельштама на проблему защиты прав человека в межвоенный период с целью вернуть его фигуру и идеи в теоретический и исторический дискурсы.

Результаты исследования позволяют предположить, что особое влияние на становление международно-правовых взглядов А. Н. Мандельштама оказали массовые убийства армян в Османской империи<sup>5</sup>, а также массовая эмиграция в результате войн и революций из Российской империи и других государств, которой не избежал и он сам. Происхождение, полученное образование и род профессиональной деятельности во многом предопределили вектор развития международно-правовой мысли А. Н. Мандельштама. В первой (из двух) части статьи, посвященной фигуре и идеям А. Н. Мандельштама, авторы исследуют происхождение А. Н. Мандельштама, а также

<sup>1</sup> Авторы благодарят В. С. Иваненко, доцента кафедры международного права Санкт-Петербургского университета, за многолетнюю скрупулезную работу с архивами и другими источниками, позволившую собрать и восстановить недостающую информацию о юристах Санкт-Петербургской школы международного права. Его кропотливый труд, энтузиазм и увлеченность вдохновили нас на проведение собственного исследования и написание этой статьи.

<sup>2</sup> См., например: Aust H. P. *From Diplomat to Academic Activist: André Mandelstam and the History of Human Rights* // *European Journal of International Law*. 2014. Vol. 25. № 4. P. 1105–1121. URL: <https://academic.oup.com/ejil/article/25/4/1105/385506> (дата обращения: 29.02.2024); Butler W. E., Ivanenko V. S. *The Saint Petersburg School of International Law*. Clark, New Jersey: Talbot Publishing, 2023. P. 259–265; Kévonian D. *Exilés politiques et avènement du «droit humain»: la pensée juridique d'André Mandelstam (1869–1949)* // *Revue d'Histoire de la Shoah*. 2003. Vol. 177–178. P. 245–273. URL: <https://www.cairn.info/revue-revue-d-histoire-de-la-shoah1-2003-1-page-245.htm> (дата обращения: 20.02.2024); Д. Кевонян наиболее полно исследовал французский период жизни А. Н. Мандельштама.

<sup>3</sup> Эту крайность прекрасно иллюстрирует роман британской писательницы А. Байетт «Обладать». Byatt A. *Possession: A Romance*. 1st ed. London : Vintage, 1997 [Байетт А. С. Обладать: Романтический роман. М. : Иностранка, Азбука-Аттикус, 2016].

<sup>4</sup> Мандельштам О. Э. *Собрание сочинений в 2 т.* М. : Художественная литература, 1990. Т. 2. С. 201–204.

<sup>5</sup> Речь идет о так называемой Хамидийской и Киликийской резне, а также массовых убийствах 1915–1923 годов, которые в современной международно-правовой литературе именуются геноцидом армян. Сам термин «геноцид» был включен в международно-правовой лексикон Рафаэлем Лемкиным в период, когда научная и экспертная активность Мандельштама снизилась. *Opus magnum* Лемкина *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* опубликован в 1944 году. Подробнее см. Schabas W. A. *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*. 2nd ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2009.

анализируют его профессиональную траекторию и полученное Манделъштамом образование в контексте доминирующих в рассматриваемый период международно-правовых взглядов.

Для удобства изложения статья поделена на введение и три части: (I) международное право как профессиональная практика во второй половине XIX века; (II) А. Н. Манделъштам: немецко-еврейское происхождение и семья; (III) Могилев-Петербург: образование и начало дипломатической службы, а также заключение.

## I. Международное право как профессиональная практика во второй половине XIX века

Поясняя используемый метод, отметим, что принадлежность того или иного теоретика международного права к определенной традиции всегда будет опосредоваться перспективой и социальным контекстом как исследователя, так и исследуемой фигуры<sup>6</sup>.

Современная историческая антропологическая традиция связывает зарождение международного права как самостоятельной профессиональной практики не с метакартиной, грандиозной историей, охватывающей века, эпохи и культуры, и предлагающей универсальный закон развития, а с перспективами конкретных фигур, а также того, как международное право изменялось и развивалось в русле профессиональной траектории самих юристов-международников на протяжении определенного периода времени. В рамках такой исследовательской стратегии становится заметно: несмотря на то, что юристы-международники, жившие примерно в одно время, интересовались одними и теми же проблемами и явлениями, они оценивали эти проблемы и явления совершенно по-разному. Разделяемые конкретными юристами точки зрения всегда отражали их происхождение, полученное образование, политические предпочтения и личные особенности<sup>7</sup>.

За точку отсчета истории международного права как особой профессиональной практики М. Коскенниemi берет момент зарождения профессии юриста-международника: в 1862 году в Брюсселе была основана «Международная ассоциация содействия развитию социальных наук» (фр.: *Association internationale pour le progrès des sciences sociales*), членами которой среди прочих стали Джон Уэстлейк<sup>8</sup>, барристер из Линкольнс-Инн, получивший известность благодаря книге по международному частному праву, бельгийский адвокат Густав Ролен-Жакмэн<sup>9</sup> и молодой нидерландский юрист Тобиас Ассер<sup>10</sup>, недавно получивший назначение профессора в университете Амстердама. В скором времени три юриста, объединенные приверженностью идеям религиозной терпимости, свободы слова и сотрудничества народов, основывают первый в истории журнал по международному праву — «Журнал международного права и сравнительного законодательства» (фр.: *Revue de droit international et de législation comparée*).

В манифесте, который Г. Ролен-Жакмэн написал для первого выпуска журнала<sup>11</sup>, международное право рассматривалось в ключе гуманистических (гуманитарных) идей и преобразований. В частности, Ролен-Жакмэн писал о растущем влиянии гуманистических идей на ограничение ведения войны и военных действий, упоминая первую Женевскую конвенцию «Об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях» 1864 года.

Важно обратить внимание на еще один исторический план, оказавший влияние на развитие теорий международного права, о котором пишет Ролен-Жакмэн. Для нас он представляет особенный интерес, поскольку его же будет впоследствии рассматривать Андрей Манделъштам в связи с идеей гибкого суверенитета в международном праве и обоснованием правомерности «вмешательства в гуманистических целях». Этот важный исторический план — деятельность Священного союза,

<sup>6</sup> Koskenniemi M. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*. Cambridge University Press, 2001. P. 6.

<sup>7</sup> Там же. С. 7.

<sup>8</sup> Джон Уэстлейк (1828–1913) — английский юрист и социальный реформатор. Его «Трактат о международном частном праве» (1858) был новаторской работой в этой области и оказал существенное влияние на развитие науки и судебной практики в Великобритании.

<sup>9</sup> Густав Ролен-Жакмэн (1835–1902) — бельгийский юрист, публицист и политический деятель. Идейный вдохновитель и один из основателей «Журнала международного права и сравнительного законодательства», издававшегося в Генте с 1869 года. Один из организаторов и первый генеральный секретарь Института международного права, основанного в 1873 году.

<sup>10</sup> Тобиас Михель Карел Ассер (1838–1913) — нидерландский государственный деятель, дипломат и юрист. Лауреат Нобелевской премии мира 1911 года за роль в создании Института международного права, который в институциональном качестве получил Нобелевскую премию мира несколькими годами ранее. Совместно с Густавом Ролен-Жакмэном и Джоном Уэстлейком основал «Журнал международного права и сравнительного законодательства», а также приложил немало усилий для создания Гаагской академии международного права.

<sup>11</sup> Rolin-Jaequemyns G. *De l'étude de la législation comparée et de droit international* // *Revue de droit international et de législation comparée*. 1869. Vol 1. № 1. P. 11.

созданного для поддержания установленного на Венском конгрессе (1814–1815) международного порядка. В основе «Европейского концерта», как известно, лежал баланс сил, поддерживаемый согласием больших государств или великих держав — государств, которые обладали статусом «цивилизованных». В рамках Венского конгресса были утверждены единые дипломатические институты и должности. Одним из подписанных в 1815 году в Вене договоров, также включенным в Заключительный акт конференции, было Положение о старшинстве дипломатических агентов<sup>12</sup>. Мир в рамках «Европейского концерта» удерживался благодаря тонкому дипломатическому балансу переговоров<sup>13</sup> великих держав — «цивилизованных» государств. Следовательно, во главе угла всегда находился суверенитет и национальные интересы строго очерченного круга государств.

Ролэн-Жакмэн, будучи бельгийцем либеральных взглядов, оценивал феномен Священного союза негативно, противопоставляя «союзу князей» «союзу народов», основанием существования которого служит просвещенное общественное мнение. Ролэн-Жакмэн отмечал, что общественное мнение не произвольно, оно выводится из принципов всеобщей справедливости, которые диктуются разумом и соображениями гуманности. Иными словами, по мнению Ролена-Жакмэна, формальные действия государств, в том числе заключение международных договоров (идея, на которой строил позитивное международное право в предыдущий период, например, Г. Ф. фон Мартенс), не могут быть источником права наций, если они не принимаются «цивилизованной совестью народов»<sup>14</sup>.

Таким образом, международное право в конце XIX века постепенно трансформируется в контексте приобретающих всеобщую популярность в Европе либеральных ценностей, идей гуманизма и свободы, приоритета личности над государством. В новой картине международных отношений суверенитет европейского государства, который носил до этого бесспорный и абсолютный характер, подвергается переосмыслению. Многие юристы, работающие в области международного права в этот период, критикуют понятие государственного суверенитета, предполагающего абсолютное положение государства по отношению к человеку.

В этом отношении интернациональный манифест Ролена-Жакмэна очень показателен. Комментируя его текст, М. Коскенниemi обращает внимание на то, что его автор намеренно не упоминает более ранние работы по международному праву, отталкиваясь лишь от гуманистических разработок Руссо и Канта<sup>15</sup>. Так, например, трактаты, написанные в начале XIX века специалистами по публичному праву, Ролэн-Жакмэн обходит вниманием. Причина такого разрыва с «традицией» в том, что интерес авторов начала века к международным делам, как правило, был обусловлен должностью консультанта при государстве. В пример Коскенниemi приводит Георга Фридриха фон Мартенса (1756–1822), профессора Геттингенского университета и советника судов Вестфалии и Ганновера, и Иоганна Людвига Клюбера (1762–1837), профессора публичного права в Гейдельбергском университете, советника великого герцога Баденского. Фон Мартенс в своем программном произведении «Введение в европейское международное право»<sup>16</sup> брал за основу международного права существование полностью независимых государств. Отсюда выводилась допустимость государств предпринимать действия (вплоть до военных) в случае, если смещение баланса сил угрожает их независимости<sup>17</sup>.

Схожей была и позиция Клюбера, который принимал участие в работе Венского конгресса. Клубер осознанно писал учебники для обучения дипломатов и государственных деятелей Европы. В теории Клюбера международное право основывалось на абсолютном суверенитете: государства рассматривались как независимые от воли всех других государств.

Международное право, как для И. Л. Клюбера, так и для Г. Ф. фон Мартенса определяемое через дипломатические институты, по большей части касалось реализации договоров между определенным числом независимых и юридически равных европейских государств<sup>18</sup>. Во второй половине XIX века, пишет Коскенниemi, такой подход начинает исчерпывать себя: «К 1860-м годам

<sup>12</sup> Règlement on the Precedence of Diplomatic Agents agreed between Austria, France, Great Britain, Portugal, Prussia, Russia, Spain and Sweden, signed at Vienna, 19 March 1815. Lesaffer R. *Vienna and the codification of diplomatic law*. Web publication/site, Oxford University Press, 2015.

<sup>13</sup> Gheras S. *The Long Shadow of the Congress of Vienna: From International Peace to Domestic Disorders* // Journal of Modern European History / Zeitschrift Für Moderne Europäische Geschichte / Revue d'histoire Européenne Contemporaine. Vol 13. № 4. P. 458–463. URL: <https://www.jstor.org/stable/26266203> (дата обращения: 08.03.2024).

<sup>14</sup> Rolin-Jaequemyns G. *Op. cit.* P. 11.

<sup>15</sup> Там же.

<sup>16</sup> Martens G. *Précis du droit des gens moderne de l'Europe, fondé sur les traités et l'usage. Pour servir d'introduction à un cours politique et diplomatique*. J. C. Dieterich, 1801. P. 534.

<sup>17</sup> Koskenniemi M. *Op. cit.* P. 19.

<sup>18</sup> Ibid. P. 21.

международное право, которому учили фон Мартенс и Клюбер, стало старомодным. Оно спрессовало европейскую реальность в априорную систему политических идей, уделяя мало внимания особой природе и истории отношений между европейскими государями и еще меньше — политическому сознанию европейских обществ. [Международное право] не обладало методом извлечения принципов, определяющих развитие международных отношений, помимо натуралистической дедукции или перечисления договорных правил»<sup>19</sup>.

Таким образом, если прежняя теория исходила из аксиоматического существования суверенных государств, то с 1860-х годов теории международного права, не находящиеся на службе у государства, смещают акцент с интересов государства на формы социальной организации, общественное мнение и самого человека. Можно сказать, что международное право начинает рассматриваться как инструмент, который может внести вклад в способность международного сообщества реализовывать общечеловеческие цели. Разделяет эти идеи и учитель А. Н. Мандельштама — Ф. Ф. Мартенс.

Обрисовав общее состояние международного права во второй половине XIX века, перейдем к личной траектории А. Н. Мандельштама, которая опосредовала его новаторские для межвоенного периода идеи.

## II. Немецко-еврейское происхождение и семья

Андрей Николаевич Мандельштам родился 6 марта 1869 года в городе Могилеве Российской империи (территория современной Беларуси)<sup>20</sup>. Его крестили в лютеранской вере, дав двойное имя Генрих-Николай, по всей видимости, в честь отца и деда по материнской линии. Под этим именем Мандельштам числился в списках учащихся Могилевской гимназии и на двух факультетах Санкт-Петербургского императорского университета<sup>21</sup> — восточном и юридическом. С большой долей уверенности можно утверждать, что Генрих-Николай изменил имя на Андрей Николаевич при поступлении на дипломатическую службу в Министерство иностранных дел Российской империи<sup>22</sup> (далее — МИД).

### Немецкое происхождение

Андрей Николаевич Мандельштам родился в семье Николая Мартыновича Мандельштама<sup>23</sup> и Генриетты (Генриховны) Андреевны, в девичестве фон Видау<sup>24</sup>.

О Генриетте фон Видау известно мало. По отцовской линии она происходит из дворянского рода остзейских немцев фон Видау, а по материнской — из рода немецких лютеранских священников фон Рихтеров<sup>25</sup>. Несколько поколений семьи фон Видау были торговцами, трое фон Видау — губернаторами Риги<sup>26</sup>, один служил в торговом представительстве Российской империи во Франкфурте-на-Майне<sup>27</sup>. Отцом Генриетты был Генрих Вильгельм Мельхиор фон Видау<sup>28</sup>,

<sup>19</sup> Ibid. P. 24.

<sup>20</sup> Согласно записи № 21 на с. 215 Книги актов рождения и крещения Метрической книги Евангелической лютеранской церкви города Могилева за 1869 год Андрей Мандельштам (при рождении Генрих-Николай Мандельштам) родился 6 марта и был крещен в мае того же года.

<sup>21</sup> ЦГИА СПб. Ф. 14 Дело 25614 «Мандельштам Генрих-Николай Николаевич».

<sup>22</sup> НЭБ // Весь Петербург. Адресная и справочная книга г. С.-Петербурга на 1896 год // СПб : А. С. Суворин, 1896, С. 801 URL: [https://viewer.rusneb.ru/ru/000200\\_000018\\_v19\\_gc\\_1265993?page=801&rotate=0&theme=white](https://viewer.rusneb.ru/ru/000200_000018_v19_gc_1265993?page=801&rotate=0&theme=white) (дата обращения: 08.03.2024).

<sup>23</sup> Мандельштам Николай Мартынович; В сл. и класс. чине с 1856. ДСС с 1875. Врач. Сл. по вот МВД./20.1.1881 / : Волков С. В. Высшее чиновничество Российской империи. Краткий словарь. М. : Русский фонд содействия образованию и науке, 2016.

<sup>24</sup> Согласно записи № 21 в Метрической книге Евангелической Лютеранской церкви Могилева за 1869 год, с. 215: мать — Генриетта фон Видау (*Henrietta von Wiedau*), крестный отец, которым по традиции того времени обычно был брат матери, — Вильгельм фон Видау (*Wilhelm von Wiedau*). Отчество Генриетты, вероятно, было русифицировано по причине нахождения Н. М. Мандельштама на государственной службе.

<sup>25</sup> Kévonian D. *Mémoire inédit: The Swing of the Pendulum: Les juristes et l'internationalisation des droits de l'homme, 1920-1939. Histoire*. École normale supérieure de Lyon, 2018. P. 127. URL: <https://theses.hal.science/tel-02427948/file/D.%20KEVONIAN%20-Swing%20of%20the%20Pendulum%202018.pdf> (дата обращения: 15.03.2024).

<sup>26</sup> Wiedau, Melchior // BBLd — Baltisches Biografisches Lexikon digital. URL: [https://bbld.de/0000000017211315\\_](https://bbld.de/0000000017211315_) (дата доступа: 06.02.2024); Wiedau, Wilhelm Melchior // BBLd — Baltisches Biografisches Lexikon digital URL: <https://bbld.de/GND109470878X> (дата обращения: 06.02.2024); Wiedau, Melchior v. // BBLd — Baltisches Biografisches Lexikon digital URL: <https://bbld.de/GND1193557232> (дата обращения: 06.02.2024).

<sup>27</sup> Wiedau, Wilhelm Melchior // BBLd — Baltisches Biografisches Lexikon digital URL: <https://bbld.de/GND109470878X> (дата обращения: 06.02.2024).

<sup>28</sup> Rigasche Stadtblätter. Riga: August Lyra, 31. 3. 1849, 40(13), С. 1. Erhältlich auch bei: <https://www.difmoe.eu/uuid/uuid:df9e51ff-b977-46f7-a485-021bf4364856> (дата обращения: 06.02.2024).

подполковник в чине коллежского советника<sup>29</sup>. Фон Видау в разное время владели поместьями на территории Лифляндской<sup>30</sup> и, возможно, Могилевской губерний<sup>31</sup>, были матрикулированы в лифляндское дворянство (рыцарство) в 1797 году, что позволяло им входить в городской совет Риги, осуществлявший широкие административные полномочия<sup>32</sup>. Матрикулированные дворяне в течение долгого времени были наиболее привилегированным сословием остзейских немцев. Сословная принадлежность наследовалась по мужской линии<sup>33</sup> и сохранялась за потомками женского пола при вступлении в брак, но не передавалась от жены к мужу или от матери к детям.

Немецкий род фон Рихтеров документально восходит к Иоганну Георгу Леберехту фон Рихтеру, немецкому лютеранскому священнику, поселившемуся в Курляндской губернии в 1786 году<sup>34</sup>. Пиком его церковной карьеры стало членство в комиссии по составлению проекта общего церковного устава Евангелическо-лютеранской церкви в России<sup>35</sup>. За работу в комиссии его имя было внесено в дворянскую родословную книгу Санкт-Петербургской губернии. Он опубликовал несколько теологических трудов, был почетным доктором Дерптского университета (1815) (ныне — Тартуский университет, Эстония), имел ордена Святой Анны II степени (1827), Святого Владимира III степени (1832), Святого Станислава II степени (1835), дававшие ему и его детям право на потомственное дворянство. Двое сыновей фон Рихтера обучались теологии в Дерптском университете, а также строили церковную карьеру<sup>36</sup>. Имя его дочери, матери Генриетты, неизвестно: в некрологе ее мужу Генриху фон Видау она безымянно упомянута как дочь фон Рихтера<sup>37</sup>.

Отметим, что остзейское дворянство, в особенности матрикулированное, в Российской империи долгое время было особой привилегированной этнической группой. Представители остзейских дворян наряду с императорской властью осуществляли широкие административные полномочия в Лифляндской, Курляндской и Эстляндской губерниях. В силу своего статуса они имели преимущества при построении карьеры на государственной службе. Исследователи отмечают определенную двойственность в осознании себя как этнического меньшинства, присутствующую у некоторой части выбравших путь ассимиляции в целом неоднородной группы матрикулированных остзейских немцев<sup>38</sup>. С одной стороны, они мыслили о Российской империи как о «наднациональном» государстве, воспринимая ее монарха как «императора народов» (*Volkerkaiser*), населявших империю<sup>39</sup>. С другой стороны, остзейские немцы не были носителями федералистской идеи и сторонниками переустройства государства на ее началах; они стремились сохранить собственную достаточно консервативную сословную систему и привилегии, которыми были исторически наделены как этническая группа<sup>40</sup>.

<sup>29</sup> ЦГИА Ф. 1341 Оп. 51 Д. 83 «Первый департамент Сената. Об увольнении подполковника Видау от военной службы с чином коллежского советника».

<sup>30</sup> Поместья (мызы) Осельхов (Oselschhof), Хейнрихсхоф (Heinrichshof), Ламбсдорф (Lambsdorfshof) и Витткоп (Wittkop). См: von Wiedau в BBLd – Baltisches Biografisches Lexikon digital URL: <https://bbld.de/> (дата обращения 06.02.2024) В некрологе Генриху фон Видау по состоянию на 1849 год указываются мызы Ламбертсхоф (Lambertshof) и Осельхоф. Nekrolog // Rigasche Stadtblätter. Riga: August Lyra, 31. 3. 1849, 40(13), S. 1. Erhältlich auch bei: <https://www.difmoe.eu/uuid/uuid:df9e51ff-b977-46f7-a485-021bf4364856> (дата обращения: 06.02.2024).

<sup>31</sup> В ходе исследования нам встречались указания на то, что до 1911 года представителям рода Видау принадлежали поместья в деревнях Милятино и Губенщина Могилевской губернии. Однако подтвердить или опровергнуть эту информацию не удалось.

<sup>32</sup> Свод местных узаконений губерний Остзейских Законы о состояниях, 1845. Российская государственная библиотека URL: [https://rusneb.ru/catalog/000199\\_000009\\_002926467/](https://rusneb.ru/catalog/000199_000009_002926467/) (дата обращения: 19.03.2024).

<sup>33</sup> Таким образом, дворянство должно было перейти Вильгельму фон Видау. См. сноску 10 выше. См. также Дело о займе в Дворянском земельном банке. ЦГИА Ф. 593 Оп. 12 Д. 1125 «О ссуде фон-Видау В. Г.».

<sup>34</sup> В 1794 году он получил докторскую степень по философии в Галльском университете. В 1796 году стал пастором в Лестене, с 1809 года — проповедником в Добеле. Назначенный в консисторский совет в 1814 году, в 1824 году он был произведен в управляющие; с 1825 года также служил пастором в Митаве: Richter, Johann Georg Leberecht // BBLd – Baltisches Biografisches Lexikon digital URL: <https://bbld.de/0000000013058413> (дата обращения: 06.02.2024).

<sup>35</sup> Комиссия работала в Санкт-Петербурге с 1829 по 1831 год.

<sup>36</sup> Richter, Lebrecht Friedrich // BBLd — Baltisches Biografisches Lexikon digital URL: <https://bbld.de/GND1055352201> (дата обращения: 28.02.2024).

<sup>37</sup> Nekrolog // Rigasche Stadtblätter. Riga: August Lyra, 31. 3. 1849, 40(13), S. 1. Erhältlich auch bei: <https://www.difmoe.eu/uuid/uuid:df9e51ff-b977-46f7-a485-021bf4364856> (дата обращения: 06.02.2024).

<sup>38</sup> Андреева Н. С. «Остзейский вопрос» во внутренней политике Российского Правительства (Начало XX в.). // Cahiers Du Monde Russe. 2002. Vol. 43. № 1. P. 67–102. URL: <http://www.jstor.org/stable/20174659> (дата обращения: 16.03.2024). Подробнее об истории остзейского вопроса см. также Андреева Н. С. Прибалтийские немцы и Российская правительственная политика XX в. СПб.: «Миръ», 2008.

<sup>39</sup> Андреева Н. С. «Остзейский вопрос»... С. 71–72.

<sup>40</sup> Там же. С. 69.

## Еврейские корни и семья

Фамилия «Мандельштам»<sup>41</sup> и место рождения отца Мандельштама, Николая Мартыновича — местечко Жагоры Шавельского уезда Ковенской губернии (ныне территория Литвы)<sup>42</sup> — с большой долей вероятности свидетельствуют о его еврейском происхождении. В годы учебы и в начале карьеры Н. М. Мандельштама действовал указ Екатерины II, регулировавший черту постоянной еврейской оседлости, которая охватывала большую часть современной Беларуси и Литвы. Евреям, имеющим высшее образование, специалистам в области медицины и некоторым другим категориям евреев разрешалось жить и за пределами черты<sup>43</sup>. На всем протяжении своего существования законодательство по «еврейскому вопросу» было нестабильно и следовало за колебаниями политики от консервативной к либеральной и обратно. Такие колебания, в частности, касались доступа евреев к образованию, включая университетское<sup>44</sup>, наличие которого вне зависимости от религиозных воззрений было важным условием продвижения по государственной службе. Благодаря исторически сложившимся связям с Германией для некоторых жителей Ковенской губернии немецкая культура обладала притягательной силой. Приобщение к ней открывало больше возможностей для евреев, избравших стратегию ассимиляции. По всей видимости, именно этот путь выбрал Н. М. Мандельштам, сменив вероисповедание на лютеранское за некоторое время до или к моменту бракосочетания с Генриеттой фон Видау<sup>45</sup>.

Николай Мартынович Мандельштам в 1852 году окончил медицинский факультет Дерптского университета<sup>46</sup> по специальности акушер-гинеколог. Переехав после окончания учебы в Могилев, он не только завел обширную медицинскую практику, но и принимал деятельное участие в развитии системы медицинского образования, просвещения и оказания медицинской помощи в губернии. Так, в 1865 году в Могилеве по его проекту была открыта школа повивальных бабок при родильном институте<sup>47</sup>, а в 1875 году заработала Центральная фельдшерская и повивальная школы для Могилевской, Минской, Витебской губерний. В Памятной книжке Могилевской губернии за 1866 год Н. М. Мандельштам упоминается как акушер<sup>48</sup>, а в 1870 году — как помощник инспектора с указанием званий и наград: коллежский советник, награжденный орденами Святого Станислава III степени и Святого Владимира IV степени<sup>49</sup>. На момент окончания школы Андреем Мандельштамом его отец являлся уже действительным статским советником<sup>50</sup>.

25 апреля 1882 года Н. М. Мандельштам умер от «болезни сердца» в возрасте 54 лет; он похоронен на лютеранском кладбище города Могилева<sup>51</sup>. В память о Н. М. Мандельштаме в газете «Могилевские губернские ведомости» был опубликован многополосный некролог, подробно

<sup>41</sup> Фамилия «Мандельштам» переводится с идиша как «ствол миндаля». См. Дутли Р. *Век мой, зверь мой. Осип Мандельштам. Биография*. Санкт-Петербург : Академический проект, 2005.

<sup>42</sup> Запись о смерти Н. М. Мандельштама в Метрической книге Лютеранской церкви Могилева (№ 5 за 1882 год). Известным уроженцем местечка Жагоры был Эмилий Вениаминович Мандельштам, отец поэта Осипа Мандельштама. Подробнее см. Дутли Р. *Указ соч.* Установление потенциального родства А. Н. и О. Э. Мандельштамов и его степени не было целью данного исследования.

<sup>43</sup> Shestakova K. *Helene Halperin-Ginsburg: The Social Function of International Law // Portraits of Women in International Law: New Names and Forgotten Faces?* / ed. by I. Tallgren., Oxford, 2023; online edn, Oxford Academic, 18 May 2023. URL: <https://doi.org/10.1093/oso/9780198868453.003.0041> (дата обращения: 18.03.2024).

<sup>44</sup> Там же.

<sup>45</sup> С учетом традиций русификации еврейских имен Н. М. Мандельштама в русскоязычных источниках часто идентифицируют с Нохимом Менделевичем Мандельштамом, а матерью указывают Веру Иосифовну Иоффе (такие действительно существовали и были родителями Леона, родившегося в 1884 году. См. Запись акта о рождении Метрической книги Ковенской синагоги, Литовский государственный архив, LVIA/1226/1/1009). Однако это соотнесение противоречит записи о смерти и записи о крещении А. Н. Мандельштама, в которых указаны оба его родителя. Более вероятным кандидатом будет другой Нохим Менделевич Мандельштам, сын Менделя Янкелевича Мандельштама, указанный в акте переписи еврейского населения Шиловского уезда Ковенской губернии за 1858 год (Переписной лист Шиловского уезда Ковенской губернии от 28 мая 1858 года, Литовский государственный архив, LVIA/1262/1/99). С учетом приведенных в нем сведений можно сделать вывод о том, что в 1856 году Н. М. Мандельштам исповедует иудаизм. Если гипотеза верна, то обращение в лютеранство произошло между этой датой и бракосочетанием с Генриеттой Андреевной, но не позднее 1868 года, поскольку А. Н. Мандельштам родился в 1869 году.

<sup>46</sup> Некролог. Николай Мартынович Мандельштам // Могилевские Губернские ведомости. 1882. № 37. С. 141.

<sup>47</sup> Там же; Могилевский государственный медицинский колледж / История колледжа URL: <https://med1.by/index.php/home/kontakty?view=article&id=41:istoriya-kolledzha&catid=2> (дата обращения: 18.03.2024).

<sup>48</sup> Памятная книжка Могилевской Губернии на 1866 год // Могилевъ. Типографія Губернскаго Правленія. 1866. С. 51. URL: [https://viewer.rusneb.ru/ru/000200\\_000018\\_pb00000959?page=51&rotate=0&theme=white](https://viewer.rusneb.ru/ru/000200_000018_pb00000959?page=51&rotate=0&theme=white) (дата обращения: 18.02.2024).

<sup>49</sup> Памятная книжка Могилевской Губернии на 1870 год // Могилевъ на Днѣпрѣ. Типографія Губернскаго Правленія. 1870. С. 9. [https://viewer.rusneb.ru/ru/000200\\_000018\\_v19\\_rc\\_1347419?page=13&rotate=0&theme=white](https://viewer.rusneb.ru/ru/000200_000018_v19_rc_1347419?page=13&rotate=0&theme=white) (дата обращения: 18.02.2024). Орден Св. Владимира IV степени и выше давал право на потомственное дворянство: Статут ордена св. Владимира: [Дан в Петергофе лета... 1845, июля в 22 день...] / Канцелярии М-ва имп. двора. Санкт-Петербург, 1845. С. 34.

<sup>50</sup> ЦГИА СПб. Ф. 14 Дело 25614 «Мандельштам Генрих-Николай Николаевич», документ 1232 (фото 10).

<sup>51</sup> Некролог. Николай Мартынович Мандельштам // Могилевские Губернские ведомости. 1882. № 37. С. 142.

описывающий его достижения в медицине, организации оказания медицинской помощи, а также благотворительную и общественную деятельность<sup>52</sup>. О положении, которое Н. М. Мандельштам занимал в губернском обществе, говорит отдельная заметка о похоронной процессии: «Погребение его совершено было при громадном стечении народа, какого не запомнит Могилев за многие годы. Из дома гроб был вынесен Г.г. Губернатором<sup>53</sup>, Вице-Губернатором<sup>54</sup>, Губернским Предводителем Дворянства<sup>55</sup>, а также попеременно сослуживцами и почитателями покойного, сперва в Лютеранскую церковь, а потом на кладбище»<sup>56</sup>. В некрологе наряду с административной и общественной деятельностью специально отмечается широкий круг его пациентов, включавший бедных евреек.

Согласно архивным документам у А. Н. Мандельштама был младший брат. Указание на двух сыновей содержится в бумагах о назначении единовременного пособия Г. А. Мандельштам, вдове действительного статского советника<sup>57</sup>. Личное дело Генриха-Николая Мандельштама свидетельствует о том, что сын вдовы действительного статского советника принят во 2 класс Могилевского Александровского реального училища в 1885 году<sup>58</sup>. По всей видимости, после смерти отца финансовое положение семьи изменилось, и младший сын начал посещать не Могилевскую мужскую гимназию, а более доступное реальное училище<sup>59</sup>. Следовательно, встречающаяся в русскоязычных источниках<sup>60</sup> гипотеза о том, что братом А. Н. Мандельштама был известный революционный деятель Мартын Лядов, не находит достоверного подтверждения<sup>61</sup>.

<sup>52</sup> Выписка из журнала Могилевской Городской Думы от 29 апреля 1882 года: «[В] нем здешнее население утратило гражданина, деятельно трудившегося в продолжении 30-ти летнего периода времени, оказавшего населению весьма важные и многосторонние услуги. Укажем лишь главнейшие: акушерскую помощь, с которою он всегда являлся по первому зову, в дома ли знатных лиц, или в хижину самого бедного семьянина и нередко спасал жизнь матерям и новорожденным; будучи одним из опытейших врачей <...> заслужил имя честного человека и тщательного попечителя к оказанию действительной помощи страждущим болезнями, а также полному усвоению медицинских познаний бывшими под ведомством его воспитанницами и воспитанниками, предоставившего кроме того бедным родителям возможность пристроить и обеспечить будущность своих детей и наконец по обязанности Гласного Городской Думы, подававшего в течение шести лет зрелые и разумные мнения, клонившие всегда на пользу общественных дел города», цит. по Некролог. Николай Мартынович Мандельштам // Могилевские Губернские ведомости. 1882. № 37. С. 142.

<sup>53</sup> Дембовецкий Александр Станиславович, камергер, действительный статский советник (тайный советник), губернатор с 30 марта 1872 по 30 августа 1893 года: Руководство Могилевской губернии // Mogilew URL: <https://mogilew.by/histor/188371-rukovodstvo-mogilevskoy-gubernii.html> (дата обращения: 02.03.2024); «В 1872 г. 30 марта из недр императорской канцелярии вышел высочайший указ Правительствующему Сенату, в соответствии с которым молодой чиновник с перспективным будущим А. С. Дембовецкий назначался Могилевским губернатором с производством в действительные статские советники. Перед вступлением в должность император Александр III напутствовал его словами: «Могилевская губерния уже давно находится в расстроенном состоянии. Сделай все возможное для восстановления ее сил». И молодой губернатор энергично взялся за дело, начав с усиления дисциплины и ответственности чиновников. Затем благодаря его инициативе и предприимчивости улучшилось экономическое и культурное развитие края. За время губернаторства Александра Станиславовича был построен театр, здания женской гимназии, реального и епархиального училищ, открыта фельдшерская школа. Значительное внимание уделялось возведению жилья и благоустройству города. В 1872 году в Могилеве на городском замчище был разбит сад, получивший имя губернатора — сад Дембовецкого, построены водопровод и фонтан, расширены улицы. Уже тогда он настаивал на проведении через Могилев железной дороги, которая была построена только в 1902 году. Под руководством и редакцией Дембовецкого, председательствовавшего в могилевском статистическом комитете, был подготовлен и издан в 1882–1884 годах фундаментальный труд — «Опыт описания Могилевской губернии в трех книгах в историческом, физико-географическом, этнографическом, промышленном, сельскохозяйственном, лесном, учебном, медицинском и статистическом отношениях...». Над трехтомником работало около тридцати специалистов различных профилей. Такого полного описания края не имела ни одна губерния Российской империи. Дембовецкий являлся организатором археологических экспедиций по Могилевщине и выставок артефактов в Могилеве и Вильно, содействовал изданию научных трудов местной интеллигенции». Александр Станиславович Дембовецкий (1840–1918) // Могилевская областная библиотека им. В. И. Ленина URL: <https://libmogilev.by/virtual-exhibitions/personal-dembovetsky-01.html> (дата обращения: 05.03.2024).

<sup>54</sup> Гортынский Константин Николаевич (действительный статский советник): Руководство Могилевской губернии // Mogilew. URL: <https://mogilew.by/histor/188371-rukovodstvo-mogilevskoy-gubernii.html> (дата обращения 02.03.2024).

<sup>55</sup> Титов Лев Александрович (действительный статский советник): Руководство Могилевской губернии // Mogilew. URL: <https://mogilew.by/histor/188371-rukovodstvo-mogilevskoy-gubernii.html> (дата обращения: 02.03.2024).

<sup>56</sup> Некролог. Николай Мартынович Мандельштам // Могилевские Губернские ведомости. 1882. № 37. С. 141.

<sup>57</sup> РГИА; Ф. 759 Оп. 41 Д. 5176 «Собственная е.и.в. канцелярия по учреждениям императрицы Марии. III экспедиция. О единовременном пособии вдове врача Могилевской женской гимназии Мандельштам».

<sup>58</sup> РГИА Ф.733 Оп.165 Д.292 «Дело Департамента народного просвещения о приеме в средние учебные заведения учащихся, возраст которых превышает положенный по уставу».

<sup>59</sup> Проследить его дальнейшую судьбу по архивным документам не удалось.

<sup>60</sup> К примеру, русскоязычная Википедия поддерживает заблуждение о составе семьи Андрея Мандельштама, указывая в качестве его брата Мартына Лядова. Авторы намерены исправить неточность после выхода этой статьи. Мандельштам, Андрей Николаевич // Википедия. Свободная энциклопедия URL: [https://ru.wikipedia.org/wiki/Мандельштам,\\_Андрей\\_Николаевич](https://ru.wikipedia.org/wiki/Мандельштам,_Андрей_Николаевич) (дата обращения: 21.03.2024).

<sup>61</sup> Мартын Лядов (настоящее имя Мартын Николаевич Мандельштам). Биографы пишут, что М. Н. Лядов родился в Москве в семье разорившегося купца: Девятов С. В. *М. Н. Лядов: Забытая биография*. М., 1992. Обучался в Московской 2-ой гимназии; не закончив ее, переехал из Москвы в Митаву (Елгаву, Латвия), где продолжил образование в немецком реальном училище, из которого был исключен и поступил в полк [там же]. Взяв фамилию Лядов, при новом режиме он построил успешную карьеру: был ректором Коммунистического университета имени Я. М. Свердлова (1920–1930), председателем Главного управления научными, научно-художественными и музейными учреждениями Наркомпроса РСФСР, заведующим архивом Октябрьской революции и др. [Большая российская энциклопедия, 2011: 281–282]. В

Таким образом, А. Н. Мандельштам имел дворянское происхождение<sup>62</sup> по материнской и отцовской линии. Можно предположить, что он воспитывался в лютеранской традиции и не идентифицировал себя как еврей. Вероятно, что он мог испытывать некоторые формы бытовой дискриминации, связанной с еврейской фамилией<sup>63</sup>.

Тем не менее опыт взаимодействия с представителями разных сословий и меньшинств на территории неоднородных по этническому составу губерний, в том числе пример его собственной семьи, скорее всего, оказал влияние на профессиональные интересы Мандельштама. К тому же эта культурная среда определенно способствовала его мультилингвальности. Профессиональный путь рано скончавшегося отца (на момент его смерти А. Н. Мандельштаму было 13 лет) служил ярким примером эффективного участия в государственном управлении социальной сферой — здравоохранение, медицинское просвещение и образование — в этнически неоднородной Могилевской губернии. В тексте некролога отчетливо проступают завидная работоспособность и гуманистические взгляды Н. М. Мандельштама, которые, по всей видимости, передались его сыну.

## II. Могилев-Петербург: образование и начало дипломатической службы

Начало международно-правовой карьеры А. Н. Мандельштама в некоторой степени напоминает профессиональный путь Ф. Ф. Мартенса: рано оставшийся без отца Мандельштам, как и потерявший обоих родителей Мартенс, — талантливый юноша с немецкими корнями, обучающийся в гимназии и университете со стипендиальной поддержкой.

### Могилевская классическая гимназия

После смерти отца, в 1886 году, Мандельштам окончил Могилевскую мужскую гимназию<sup>64</sup> с отличными отметками по латинскому, немецкому, французскому и греческому языкам и с отметкой «удовлетворительно» по математике<sup>65</sup>. Позднее в списке выпускников к его имени будет добавлено примечание о выбранной карьере: «драгоман при российском посольстве в Константинополе»<sup>66</sup>.

### Санкт-Петербургский Императорский университет

Как пишут некоторые исследователи, в год выпуска Андрей Николаевич поступил одновременно на юридический факультет и факультет восточных языков<sup>67</sup> Санкт-Петербургского Императорского университета. Однако, по данным личного дела, Генрих-Николай Мандельштам сперва был зачислен на восточный факультет, а 5 сентября 1886 года подал первое прошение на имя ректора о переводе на юридический факультет<sup>68</sup>. На третьем семестре обучения на арабско-персидско-турецко-татарском разряде восточного факультета Мандельштам подал повторное прошение о переводе на юридический факультет<sup>69</sup>. Интересно, что в трех первых семестрах обучения на восточном факультете Мандельштам записывается слушателем лекций по международному праву профессора Мартенса<sup>70</sup>, своего будущего научного руководителя и коллеги.

---

1932 году он дальновидно вышел на пенсию, избежав политических репрессий: Иткина Д. *Из рода Мандельштамов: литераторы, ученые, врачи, а также юристы и революционеры* // Сетевой альманах «Еврейская Старина». 2020. Т. 105. № 2. В воспоминаниях М. Лядова есть упоминания брата А. (партийная кличка «Одиссей»). Сопоставление фактов показывает: А. — это революционный деятель Александр Мандельштам. Лядов М. Н. *Из жизни партии в 1903–1907 годах. Воспоминания*. М.: Первая образцовая типография им. А. А. Жданова, 1956.; Мандельштам Александр Владимирович // Томский областной краеведческий музей им. М. Б. Шатилова. URL: <https://tomskmuseum.ru/nmps/nvtnarymzns/npsvin/vvtsnssMandelshtamm/> (дата обращения: 15.03.2024).

<sup>62</sup> Диспут Мандельштама // Ежедневная юридическая газета Право. 1900. № 17. С. 879.

<sup>63</sup> В справке, выданной А. Н. Мандельштаму в Париже в период Второй мировой войны, подчеркивается его происхождение из дворянских балтийских родов и отдельно указывается, что он работал в Министерстве иностранных дел, в котором «не было евреев». Подробнее см. Kévonian D. *Mémoire inédit: The Swing of the Pendulum...* P. 127. Об этом же, в частности, косвенно свидетельствует дневниковая запись присутствовавшего на защите диссертации профессора Б. В. Никольского, придерживавшегося консервативных взглядов. Никольский Б. В. *Дневник. 1896—1918* / Б. В. Никольский; подгот. Д. Н. Шилов, Ю. А. Кузьмин. Т. 1: 1896–1903. — СПб.: Дмитрий Буланин, 2015. С. 381.

<sup>64</sup> Диспут Мандельштама // Ежедневная юридическая газета Право. 1900. № 17. С. 879.

<sup>65</sup> ЦГИА СПб. Ф. 14 Дело 25614 «Мандельштам Генрих-Николай Николаевич», документ 2572 (фото 8).

<sup>66</sup> Сазонов М. *Историческая записка о Могилевской мужской гимназии за столетний период ее существования 1809–1909*. Могилев, 1909.

<sup>67</sup> Комнатная Ю. А. *Судьба и правовое наследие ученого и дипломата Андрея Николаевича Мандельштама (1869–1949). К 140-летию со дня рождения* // Ленинградский юридический журнал. 2009. № 4. С. 193–202.

<sup>68</sup> ЦГИА СПб. Ф. 14 Дело 25614 «Мандельштам Генрих-Николай Николаевич», документ 2572 (фото 19, 20).

<sup>69</sup> Там же. Документ 2052 (фото 41).

<sup>70</sup> Там же. 1 семестр документ 86 (фото 14), 2 семестр документ 1836 (фото 26), 3 семестр документ 1108 (фото 40).

Прошение Мандельштама о переводе удовлетворяется в 1887 году, и в осеннем семестре он приступает к занятиям на юридическом факультете<sup>71</sup>. На втором семестре обучения Мандельштам вновь обращается к ректору Императорского университета, на этот раз прося разрешение обучаться на двух факультетах одновременно и обосновывая свое желание схожестью программ и одинаково сильным интересом к юриспруденции и восточным языкам<sup>72</sup>.

В 1890 году Андрей Николаевич оканчивает факультет восточных языков, а в 1891 году в возрасте 22 лет — и юридический факультет Санкт-Петербургского Императорского университета<sup>73</sup> с дипломом I степени<sup>74</sup>.

На юридическом факультете Андрей Мандельштам знакомится с бароном Нольде, обучавшимся там же несколькими годами позже<sup>75</sup>. Знакомство, впоследствии переросшее в дружбу, послужило основой для академического и профессионального сотрудничества: юристы совместно занимались проблемами правового положения русских, армянских и еврейских эмигрантов и защиты прав меньшинств<sup>76</sup>. В тот же период Мандельштам, вероятно, знакомится с М. А. Таубе<sup>77</sup> и А. А. Пиленко<sup>78</sup>, известными юристами, академическая деятельность которых также была связана с международным правом.

С 1892 по 1894 год Андрей Мандельштам оставлен на кафедре международного права для приготовления к профессорскому званию<sup>79</sup>.

### Начало дипломатической службы

В 1893 году параллельно с работой на кафедре международного права Мандельштам поступил на службу в МИД Российской империи<sup>80</sup> в отделение старшего чиновника при канцелярии<sup>81</sup>.

В 1894 году Андрей Мандельштам выдержал магистерские экзамены по международному и государственному праву<sup>82</sup>. В этом же году он был допущен к преподаванию в Санкт-Петербургском Императорском университете<sup>83</sup>. В 1895–1896 годах Андрей Николаевич читал специальный курс «Государственное устройство восточных стран» в Императорском Александровском лицее в Царском Селе<sup>84</sup>.

В 1896 году, выдержав соответствующий экзамен, Андрей Николаевич поступил на дипломатическую службу<sup>85</sup>. В адресную книгу жителей Петербурга в 1896 году Андрей Мандельштам внесен как коллежский секретарь, служащий в МИД и Императорском Лицее<sup>86</sup>.

<sup>71</sup> Там же. Документ 1108 (ч. 2, фото 3).

<sup>72</sup> ЦГИА СПб. Ф. 14 Дело 25614 «Мандельштам Генрих-Николай Николаевич», документ 263 (ч. 2, фото 10–12): «Студенты-восточники обязаны сверх факультетских предметов слушать юридические предметы, входящие в состав одной из трех групп: дипломатической, административной, судебной; при этом не возбраняется слушание предметов всех трех групп, то есть всех предметов юридического факультета за исключением только пяти. По окончании курса восточники экзаменуются по юридическим предметам в Юридической комиссии. Таким образом факультет Восточных языков признает возможным успешные занятия по восточным языкам, сопряженные с одновременным прохождением почти всех предметов Юридического факультета».

<sup>73</sup> Грабарь В. Э. Материалы к истории литературы международного права в России (1647–1917). М.: Зерцало, 2003. С. 397.

<sup>74</sup> Диспут Мандельштама // Ежедневная юридическая газета Право. 1900. № 17. С. 879.

<sup>75</sup> Иваненко В. С. *Санкт-Петербургская школа международного права: Место и роль Санкт-Петербургского университета, его ученых и выпускников в становлении и развитии науки и практики международного права*. 2-е изд. Санкт-Петербург: Юридический центр, 2020 // Лань: электронно-библиотечная система. URL: <https://e.lanbook.com/book/354854> (дата обращения: 18.03.2024).

<sup>76</sup> Kévonian D. *Les juristes juifs russes en France...* P. 77.

<sup>77</sup> Ibid. P. 217.

<sup>78</sup> Ibid. P. 233.

<sup>79</sup> Диспут Мандельштама // Ежедневная юридическая газета Право. 1900. № 17. С. 879.

<sup>80</sup> Международно-правовая служба в Министерстве иностранных дел России (историческая справка по архивным документам) // Историко-документальный департамент МИД России. URL: [https://idd.mid.ru/informational\\_materials/mezhdunarodno-pravovaya-sluzhba-v-ministerstve-inostrannykh-del-rossii/](https://idd.mid.ru/informational_materials/mezhdunarodno-pravovaya-sluzhba-v-ministerstve-inostrannykh-del-rossii/) (дата обращения: 02.03.2024).

<sup>81</sup> Диспут Мандельштама // Ежедневная юридическая газета Право. 1900. № 17. С. 879.

<sup>82</sup> Там же.

<sup>83</sup> ЦГИА СПб. Ф. 14 Оп. 2. Д. 994 «О допущении магистра Мандельштама к чтению лекций».

<sup>84</sup> *Annuaire de l'Institut de Droit International*. 1928. Vol. 34. P. 599.

<sup>85</sup> Ibid.

<sup>86</sup> НЭБ // *Весь Петербургъ. Адресная и справочная книга г. С.-Петербурга на 1896 годъ* // СПб.: А. С. Суворин, 1896, С. 801. URL: [https://viewer.rusneb.ru/ru/000200\\_000018\\_v19\\_rc\\_1265993?page=801&rotate=0&theme=white](https://viewer.rusneb.ru/ru/000200_000018_v19_rc_1265993?page=801&rotate=0&theme=white) (дата обращения: 08.03.2024).

## Обучение за границей

В том же 1896 году Андрей Николаевич был отправлен Университетом в Париж для продолжения образования<sup>87</sup>. Во Франции в 1897 и 1898 годах он посещал Вольную школу политических наук<sup>88</sup>: курсы Луи Рено (международное право)<sup>89</sup>, Армана Лене (международное частное право)<sup>90</sup>, Альбера Сореля (дипломатическая история, история революций)<sup>91</sup> и Альбера Вандаля<sup>92</sup> (история дипломатии)<sup>93</sup>. На лекциях уделялось большое внимание «восточному вопросу»: в частности, Пьер Рейн<sup>94</sup> и Альбер Сорель в ходе занятий детально разбирали природу событий в регионе, давая им правовую оценку<sup>95</sup>.

В Париже Андрей Николаевич расширяет круг профессиональных знакомств, в который теперь входят представители не только русской, но и турецкой либерально настроенной интеллигенции, включая Али Кемаль<sup>96</sup>. В это же время Мандельштам узнает о массовых убийствах армян в Османской империи (Хамидийская резня 1894–1896 годов)<sup>97</sup>. Печальные события, вероятно, послужили дополнительной причиной смещения интеллектуального фокуса Мандельштама в сферу международной защиты прав человека.

Помимо учебы в Париже, А. Н. Мандельштам в этом же году направляется Императорским лицеем в Константинополь, где слушает лекции на «турецком юридическом факультете»<sup>98</sup>.

С 1898 по 1914 год Андрей Николаевич Мандельштам служит драгоманом Императорского Российского посольства в Константинополе, сначала третьим<sup>99</sup>, а к 1910 году — уже первым<sup>100</sup>. В это же время завязывается его знакомство с Павлом Милюковым, лидером Конституционно-демократической партии<sup>101</sup>.

<sup>87</sup> Диспут Мандельштама // Еженедельная юридическая газета Право. 1900. № 17. С. 879.

<sup>88</sup> На тот момент *Ecole libre des Sciences Politiques*, а в настоящее время *SciencesPo* — Институт политических исследований.

<sup>89</sup> В отличие от некоторых своих современников Рено полагал, что международное публичное право применяется только к отношениям между суверенными государствами. К международному праву он адаптировал *mutatis mutandis* традицию французского гражданского права, следуя структуре Институтций Юстиниана в своих общих курсах (население, собственность, обязательства и международные споры). Благодаря развитию международного частного права Рено работал над концепцией личности, включив человека в число субъектов международного права. Позже он встал на сторону большинства и доктрины, квалифицировавшей личность как объект. Некоторые последствия модного тогда антропоморфизма государств удивят современного читателя: в частности, отнесение территории государства (сухопутной и морской) к категории товаров или отнесение войны к легитимным способам разрешения споров. Тем не менее Рено осуществил первую научную разработку международного права во Франции. Рено принадлежал к поколению Джона Уэстлейка, Густава Ролена-Жакмэна и Тобиаса Ассера, которые включились в проект по разработке международного права как современной им дисциплины после Франко-прусской войны, но не участвовали в споре о ее методах. См.: Портрет в Галерее юристов-международников на сайте Французского общества международного права (*La Société française pour le droit international*): Луи Рено (Louis Renault) // SFDI URL: <https://sfdi.org/internationalistes/renault/> (дата обращения: 03.03.2024).

<sup>90</sup> Адвокат, профессор международного частного права. Работал над вопросом частной воли в международном праве, а также исследовал гражданско-правовые отношения граждан и иностранцев, постоянно проживающих на территории Швейцарии и Бельгии: Armand Lainé // BnF Data URL: [https://data.bnf.fr/fr/12298546/armand\\_laine/](https://data.bnf.fr/fr/12298546/armand_laine/) (дата обращения: 02.03.2024).

<sup>91</sup> Историк, член Французской академии наук, член-корреспондент Петербургской академии наук. С 1873 года был профессором дипломатической истории в парижской Вольной школе политических наук (*фр. École Libre des Sciences Politiques*). Сорель исследует взаимоотношения революционной Франции и других государств Европы, подробно описывая историю столкновений революции с европейскими монархиями, и впервые подвергает осмыслению влияние политических переворотов на дипломатию и войны. См. Краткая биография на сайте Французской академии наук: Альбер Сорель // <https://www.academie-francaise.fr/les-immortels/albert-sorel> (дата обращения: 02.03.2024).

<sup>92</sup> Профессор истории дипломатии в Вольной школе политических наук. Основной темой его исследований являлись франко-русские отношения XVIII — начала XIX веков. Его первый ученый труд «Императрица Елизавета и Людовик XV» (1882) посвящен вопросу возникновения франко-русских отношений и первой попытке франко-русского союза во времена правления Петра Великого и его преемников, вплоть до Елизаветы Петровны. См.: Краткая биография на сайте Французской академии наук: Альбер Вандаль // URL: <https://www.academie-francaise.fr/les-immortels/albert-vandal> (дата обращения: 02.03.2024).

<sup>93</sup> Диспут Мандельштама // Еженедельная юридическая газета Право. 1900. № 17. С. 879.

<sup>94</sup> Французский ученый, писавший работы об истории и исторических деятелях XIX века, в том числе о российских правителях.

<sup>95</sup> Rain P. *L'École libre de sciences politiques (1871–1945)*. Paris : FNSP, 1963; Sorel A. *The Eastern Question in the Eighteenth Century: The Partition of Poland and the Treaty of Kainardji*. New York : Howard Fertig, 1969.

<sup>96</sup> Али Кемаль — британско-турецкий журналист общественный деятель, в 1919 году стал министром внутренних дел в правительстве Дамата Ферид-паши. Пробыв на этом посту всего три месяца, был убит кемалистами в ходе развернувшейся в Турции войны за независимость.

<sup>97</sup> Mandelstam A. *Le Sort de l'Empire Ottoman*. Lausanne ; Paris : Payot et Co, 1917. P. viii.

<sup>98</sup> Диспут Мандельштама // Еженедельная юридическая газета Право. 1900. № 17. С. 879.

<sup>99</sup> Там же.

<sup>100</sup> Permanent Court of Arbitration // Russian Claim for Interest on Indemnities (Russia / Turkey), PCA Case No. 1910-02, Award, 11 November 1912. URL: <https://pca-cpa.org/en/cases/89/> (дата обращения: 05.03.2024).

<sup>101</sup> Mandelstam A. *Le Sort de l'Empire Ottoman*. P. 630.

## Защита диссертации

1900 год в жизни Андрея Мандельштама ознаменован получением ученой степени: он защищает на юридическом факультете диссертацию «Гаагские конференции и кодификации международного частного права»<sup>102</sup>. На защите присутствовали представители МИД во главе с послом в Константинополе И. А. Зиновьевым<sup>103</sup>.

Первый официальный оппонент, заслуженный ординарный профессор Ф. Ф. Мартенс, высоко оценил работу Мандельштама: «...Ваш труд превзошел все мои ожидания. Между тем, ожидания эти были велики, так как вы еще в университете обратили на себя внимание, пройдя одновременно курс двух факультетов и окончив их с одинаковым успехом»<sup>104</sup>. В конце своей речи Мартенс поздравил диспутанта с блестящим вкладом «в нашу скудную литературу по международному праву»<sup>105</sup>.

Среди оппонентов Мандельштама были барон М. А. фон Таубе, профессор М. И. Горчаков и профессор Л. И. Петражицкий. Оппоненты отметили глубину и сложность работы. Наиболее суровую критику Андрей Николаевич получил от митрофорного протоиерея, заслуженного профессора церковного права М. И. Горчакова, которому на момент защиты исполнилось 62 года. Он попрекал молодого автора чрезмерно «боевым» характером диссертации и тем, что Мандельштам решительно не соглашался со взглядами всех своих академических предшественников<sup>106</sup>.

Профессор Петражицкий обратил внимание на неясность методологических воззрений Мандельштама. По его мнению, автор критикует предшественников за следование метафизическому методу, тогда как метод международного права должен быть не дедуктивным, а индуктивным. С точки зрения Петражицкого, некорректно отождествлять дедуктивный метод с метафизикой, а индуктивный — с позитивизмом. Он полагал, что теория статутов, начала территориальности и национальности, равно как и идеи международного общения, рассмотренные Мандельштамом в диссертации, не являются метафизическими. Петражицкий отмечал, что сам Мандельштам, яро отрицая метафизику и дедукцию, не пользуется индуктивным методом, а применяет дедукцию «на каждом шагу»<sup>107</sup>. Он говорил о важности разграничения догматики и политики международного права, укоряя А. Н. Мандельштама за отсутствие такого разделения. Среди других недоработок диссертации Петражицкий указал на ошибочное, с его точки зрения, суждение о том, что международный обычай складывается из «совпадающего положительного права (большинства) государств». По его мнению, международное право не имеет ничего общего с совпадающими нормами, существующими в отдельных государствах, даже если бы они были идентичны не только в большинстве, но и во всех государствах. Петражицкий подкрепил свой тезис примером из уголовного права. Так, все государства запрещают разбой и грабеж, но из этого факта не следует формирование нормы международного права: государства считают себя свободными определять регулирование этого вопроса самостоятельно («как *internum*»), не нарушая прав других государств и не оспаривая их свободу действовать в данной сфере. Следовательно, международным в этом примере является только суверенитет государств, которые вправе самостоятельно регулировать внутренние вопросы. Петражицкий подвел свою критику к мысли о том, что собранные А. Н. Мандельштамом данные о национальном регулировании браков в разных странах не относятся к международному праву, а являются частью внутреннего права различных государств, регулирующего столкновение законов<sup>108</sup>.

Мандельштам в ответной речи отметил, что он занимается изучением того, что «еще не существует или существует только в зародыше», так как каждое национальное право действует само по себе и в себе же содержит порядок разрешения противоречий при столкновении с правом другого государства<sup>109</sup>. Диссертация, посвященная частному праву, содержит и публично-правовые аргументы: «частное международное право обеспечивает законам каждой страны сферу влияния, а публичное международное право обеспечивает независимость государств как свободу проявлять свою политическую индивидуальность»<sup>110</sup>.

<sup>102</sup> Комнатная Ю. А. *Указ. соч.* С. 193–202.

<sup>103</sup> Диспут Мандельштама // *Еженедельная юридическая газета Право*. 1900. № 17. С. 879.

<sup>104</sup> Там же. С. 880.

<sup>105</sup> Там же. С. 881.

<sup>106</sup> Там же. С. 882.

<sup>107</sup> Там же. С. 883.

<sup>108</sup> Там же. С. 885.

<sup>109</sup> Мандельштам А. Н. *Международное частное право и Гаагские конференции* // *Право*. 1900. № 17. С. 850.

<sup>110</sup> Он же. *Гаагские конференции о кодификации международного частного права. Т. 1: Кодификация международного частного права*. СПб.: тип. А. Бенке, 1900. С. 273.

Несмотря на комментарии оппонентов, защита окончилась провозглашением единогласного решения о признании соискателя достойным ученой степени под шумные и горячие аплодисменты многочисленной публики<sup>111</sup>. За двухтомное сочинение «Гаагские конференции и кодификации международного частного права» по рекомендации профессора Мартенса юридический факультет присудил А. Н. Мандельштаму степень доктора права, минуя степень магистра<sup>112</sup>.

Инициативность и завидная работоспособность Андрея Николаевича Мандельштама, отличные отзывы о его репутации и учебе в Могилевской гимназии убедили университет разрешить Мандельштаму обучаться на двух факультетах — юридическом и восточном — одновременно. Достоверно неизвестно, имел ли А. Н. Мандельштам с юношества стремление посвятить себя дипломатической работе, однако упорство и умение убеждать позволили ему получить образование, безоговорочно подходящее для дипломатической карьеры.

## Заключение

Мандельштам имел дворянское происхождение по материнской и отцовской линии. Можно предположить, что он воспитывался в лютеранской традиции и не идентифицировал себя как еврей. Вероятно, он все же мог испытывать некоторые формы бытовой дискриминации, связанной с еврейской фамилией. Привилегированное происхождение из балтийских немцев и избранная профессиональная и социальная траектория открывали для Мандельштама большие возможности для продвижения по государственной службе по сравнению с представителями других этнических и религиозных групп Российской империи.

Опыт взаимодействия с разными сословиями и меньшинствами на территории неоднородных по этническому составу губерний, в том числе пример его собственной семьи, скорее всего, оказал влияние на профессиональные интересы А. Н. Мандельштама. К тому же, неоднородная культурная среда определенно способствовала его мультилингвальности. Профессиональный путь рано скончавшегося отца служил ярким примером просвещенного и справедливого государственного управления социальной сферой — здравоохранение, медицинское просвещение и образование — в этнически неоднородной Могилевской губернии. В тексте некролога отцу отчетливо видны завидная работоспособность и его гуманистические взгляды, которые, по всей вероятности, передались и сыну.

На эту ценностную рамку впоследствии наложилось полученное А. Н. Мандельштамом профильное юридическое образование. Можно сделать вывод о том, что лекции Ф. Ф. Мартенса и французский период обучения оказали на профессиональную картину мира А. Н. Мандельштама особое влияние. Уже в магистерской — ставшей впоследствии и докторской — диссертации А. Н. Мандельштам включается в дискуссию о методе международного права, логическим образом развивая идеи предыдущего поколения юристов-международников, в число которых входили учредители и члены Института международного права.

Научный диспут с Л. И. Петражицким на защите диссертации и теория права оппонента впоследствии сыграют важную роль в рассуждениях А. Н. Мандельштама о методе международного права.

Наконец, развиваемая новым поколением юристов-интернационалистов, не работающих на государство, идея международного сообщества ляжет в основу концепции А. Н. Мандельштама. Эту концептуальную и ценностную рамку Мандельштам будет адаптировать к другой рамке, подразумевающей дипломатическую службу в Российской империи. В одном из ключевых теоретических трудов «О судьбах Оттоманской империи» Мандельштам напишет: «Мы верим только в один абсолютный суверенитет, провозглашенный Мирабо, — суверенитет права. Мы считаем, что международное право стоит выше права государства, а право человека — выше обоих<sup>113</sup>». Говоря о себе, он скажет, что пишет не просто как либерал, но как «истинный сын великой свободной России» (фр.: *fils enfin de la grande Russie libre*)<sup>114</sup>. Как будет показано в следующей части статьи, интеллектуальные рамки интернационализма и просвещенного государства войдут, с учетом изменения картины мира в преддверии Второй мировой войны, в противоречие.

<sup>111</sup> Диспут Мандельштама // Еженедельная юридическая газета Право. 1900. № 17. С. 884.

<sup>112</sup> Иваненко В. С. Указ. соч. С. 268.

<sup>113</sup> Mandelstam A.N. *Le Sort de l'Empire Ottoman...* P. 8.

<sup>114</sup> Ibid. P. IV.

## THE EMERGING INTERNATIONAL LEGAL PROTECTION OF HUMAN RIGHTS IN THE INTERWAR PERIOD: THE LIFE AND IDEAS OF ANDRÉ MANDELSTAM. PART 1

SHESTAKOVA K., YATAEVA P., AVDEEVA V., SUPONIN V.

**Ksenia Shestakova** — Candidate of Sciences in Law, Associate Professor of International Law, Academic Director of the Master's Program "Public International Law", Faculty of Law, Saint-Petersburg State University, Saint-Petersburg, Russia (k.shestakova@spbu.ru). ORCID: 0000-0001-9459-9330.

**Polina Yataeva** — Director of International Moot Court Program, Faculty of Law, Saint-Petersburg State University, Saint-Petersburg, Russia (p.yataeva@spbu.ru). ORCID: 0009-0006-1801-1332.

**Varvara Avdeeva** — Student of the Master's Program "Public International Law", Faculty of Law, Saint-Petersburg State University, Saint-Petersburg, Russia (avdeeva.varia@gmail.com). ORCID: 0009-0006-4383-6539.

**Vyacheslav Suponin** — Student of the Master's Program "Public International Law", Faculty of Law, Saint-Petersburg State University, Saint-Petersburg, Russia (suponinvv@gmail.com). ORCID: 0009-0004-3120-023X.

### Abstract

The contemporary academic literature on theory and history of international law in the Russian language hardly ever mentions the name of André Mandelstam. As for the doctrinal sources in English, French and other languages, the attention to the ideas of A. Mandelstam gradually returns to the sources focused on the early history of human rights protection. In the turbulent time of wars and revolutions, Mandelstam's diplomatic and academic career stands out because of his consistent focus on the protection of human rights, and during his years in emigration — his attempts to universalise these ideas. It was André Mandelstam who prepared the first draft of the universal declaration of human rights, adopted by the International Law Institute. During his emigration years, A. Mandelstam gave lectures in the Hague Academy of International Law, promoting humanitarian ideas and reflecting on the minority rights, refugees and statelessness issues as faced by and resulting from the transformation of Ottoman and Russian Empires. He conceptually developed the ideas of international protection of minorities and human rights in international law, all the while continuing to actively work towards their universalisation. Despite the advanced ideas for his time about the primacy of human rights over state sovereignty, Mandelstam was not free from the perception deeply rooted in the worldview of internationalists of his generation about the different levels of development and civilization of various peoples, who, in their opinion, needed protection from enlightened states. The authors of this article have explored the private background of André Mandelstam and microhistories connected to it, striving at the same time to draw the wider historic, political and social context. They examined André Mandelstam's ideas on the protection of minority and human rights as they developed in the interwar period in order to bring them back into contemporary theoretical and historical discourse.

### Keywords

André Mandelstam, international protection of human rights, humanitarian intervention, protection of minority rights, interwar period, Russian Empire, Ottoman Empire, history of international law, theory of international law, League of Nations

**Citation:** Shestakova K. D., Yataeva P. S., Avdeeva V. S., Suponin V. V. Stanovlenie mezhdunarodnoy zashchity prav cheloveka v mezhoennoy period: figura i vzglyady A. N. Mandel'shtama. Chast' 1 [The Emerging International Legal Protection of Human Rights in the Interwar Period: the Life and Ideas of André Mandelstam. Part 1] // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2024. Vol. 2. No. 1. P. 4–18 (In Russian).

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.21706>

---

### References / Список источников

- Aust H. P. (2014) From Diplomat to Academic Activist: André Mandelstam and the History of Human Rights // *European Journal of International Law*, vol. 25, no 4, pp. 1105–1121.
- Burgers J. H. (1992) The Road to San Francisco: The Revival of the Human Rights Idea in the Twentieth Century // *Human Rights Quarterly*, vol. 14, no. 4, pp. 447–477.
- Butler W. E., Ivanenko V. S. (2023) *The Saint Petersburg School of International Law*. Clark, New Jersey: Talbot Publishing.
- Grabar V. E. (2003) *Materialy k istorii literatury mezhdunarodnogo prava v Rossii (1647–1917)* [Records on History of Literature on International Law] M. : Zertsalo. (In Russian).
- Huhle R. (2012) *Von Armenien zu einer internationalen Menschenrechtserklärung. Andre Mandelstam und die Entwicklung menschenrechtlichen Volkerrechts*. Nurnberger Menschenrechtszentrum.

- Ivanenko V. S. (2020) Sankt-Peterburgskaya shkola mezhdunarodnogo prava: Mesto i rol' Sankt-Peterburgskogo universiteta, ego uchyonykh i vypusnikov v stanovlenii i razvitii nauki i praktiki mezhdunarodnogo prava [St. Petersburg School of International Law: The Place and Role of St. Petersburg University, its Scientists and Graduates in the Formation and Development of the Science and Practice of International Law]. Sankt-Peterburg: Yuridicheskiy Tsentr. (In Russian).
- Kévonian D. (2003) Exilés politiques et avènement du « droit humain »: la pensée juridique d'André Mandelstam (1869–1949). *Revue d'Histoire de la Shoah* vol. 177–178, pp. 245–273.
- Kévonian D. (2001) Les juristes juifs russes en France et l'action internationale dans les années vingt. *Archives Juives*, vol. 34, no. 2, pp. 72–94.
- Kévonian D. (2018) Mémoire inédit: The Swing of the Pendulum: Les juristes et l'internationalisation des droits de l'homme, 1920–1939. Histoire. École normale supérieure de Lyon.
- Komnatnaya Yu. A. (2009) Sud'ba i pravovoe nasledie uchyonogo i diplomata Andrey Nikolaevicha Mandel'shtama (1869–1949). K 140-letiyu so dnya rozhdeniya [The Fate and Legal Legacy of the Scientist and Diplomat Andrey Nikolaevich Mandelstam (1869–1949). To the 140th Anniversary of his Birth]. *Leningradskiy yuridicheskiy zhurnal*, no. 4, pp. 193–202.
- Koskenniemi M. (2001) *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*. Cambridge University Press.
- Mandelstam A. N. (1917) *Le Sort de l'Empire Ottoman*. Lausanne, Paris: Payot et Co.
- Mandelstam A. N. (1937) *Le Conflit Italo-Éthiopien devant la Société des Nations*. Paris: Recueil Sirey, p. 578.
- Schabas W. A. *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*. 2nd ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2009.
- Shestakova K. Helene Halperin-Ginsburg: The Social Function of International Law. In: Tallgren I. (ed.), *Portraits of Women in International Law: New Names and Forgotten Faces?* Oxford: Oxford University Press.

## ДОРОГА К УТОПИИ ВЫМОЩЕНА ПРОТИВОРЕЧИЯМИ: ТЕОРЕТИЧЕСКОЕ ОСМЫСЛЕНИЕ ПРИНЦИПА РАВЕНСТВА

СЕЧИН Д. С.

Сечин Даниил Сергеевич — аспирант, кафедра международного права Санкт-Петербургского государственного университета, Санкт-Петербург, Россия (d.sechin@spbu.ru).  
ORCID: 0000-0002-6431-8064.

### Аннотация

Идея суверенного равенства является основой функционирования современного международного права и аргументации в дискуссиях о нарушении права и его эффективности. Она отражена в основных правовых актах, однако на деле, прикрываясь ширмой равенства, сильные государства воздействуют на слабые, навязывая им свою волю. Методология исследования основана на изучении номоса равенства, то есть упорядоченности норм, существующей в правовом воображении. Номос формируется через различные контексты и институциональные структуры. Поместив номос в историческую ретроспективу, можно увидеть, как он менялся и откуда взял свое начало. Истоки идеи равенства восходят к языческим сообществам, где сформировались два глобальных видения порядка: плюралистичный космос и иерархичная вселенная. Христианские нарративы провозглашали всеобщее равенство и единение, но при этом они переняли видение порядка вселенной, которая выстраивала иерархию, исключая «не таких». Постепенно произошло изменение парадигмального взгляда, и разум стал основой познания. С разумом пришла идея прогресса и цивилизации. Цивилизованность обещала наступление равенства, ведь люди с помощью разума могли достичь благ европейского мира и сравниться с ним. Однако она также несла в себе неравенство и дискриминацию. Но в XX веке глобальный нарратив, описывающий все право, стал исчезать из юридической дискуссии. Одновременно с этим появилось множество новых нарративов, деконструирующих идею глобального порядка. В итоге номос равенства наполнен противоречиями и используется лишь как инструмент влияния, так как неравенство и дискриминация существуют в нем в силу восприятия порядка как вселенной. В результате концепция суверенного равенства оказывается противоречивой и бессодержательной. Вызванный этим кризис науки и права разрешается изменением культуры и отрицанием порядка вселенной. Метамодернистское видение мира предполагает возможность переустройства правопорядка на основе космоса и возникновения гомогенных плюралистичных режимов, каждый из которых построен на собственной системе ценностей. Российский проект равенства может опираться на идеи религиозной философии и концепции всеединства В. С. Соловьева, основанной на любви. Такой отдаленный проект утопии наполняет бессодержательное понятие равенства определенными ценностями и идеями.

### Ключевые слова

равенство, номос, нарративы, христианство, цивилизованность

**Для цитирования:** Сечин Д. С. Дорога к утопии вымощена противоречиями: теоретическое осмысление принципа равенства // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 1. С. 19–37.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.21690>

## 1. Равенство как правовой принцип. Куранты новой эпохи

Идея равенства легитимизировалась в международном праве через Устав Организации Объединенных Наций (далее — ООН, Организация), где первый пункт статьи о принципах закрепляет, что «Организация основана на принципе суверенного равенства всех ее Членов»<sup>1</sup>. Равноправие народов отражено и в Декларации о принципах международного права 1970 года<sup>2</sup>.

Декларация прямо указывает на одинаковые права и обязанности государств, которые являются равноправными членами международного сообщества, независимо от различий экономического, социального, политического или иного характера. Кроме того, в духе лучших работ по теории права она выделяет шесть элементов этого принципа, а именно:

- a) государства юридически равны;
- b) каждое государство пользуется правами, присущими полному суверенитету;
- c) каждое государство обязано уважать правосубъектность других государств;
- d) территориальная целостность и политическая независимость государства неприкосновенны;

<sup>1</sup> Устав Организации Объединенных Наций (принят в г. Сан-Франциско 26 июня 1945 года), Статья 2.

<sup>2</sup> Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций от 4 октября 1970 года № 2625 (XXV).

- е) каждое государство имеет право свободно выбирать и развивать свои политические, социальные, экономические и культурные системы; и
- ф) каждое государство обязано выполнять полностью и добросовестно свои международные обязательства и жить в мире с другими государствами.

Эти пункты описывают условия возможности государств общаться между собой на равных. Профессор Д. Ж. Бедерман писал, что из равенства государств, являющегося центральным постулатом концепции суверенитета, зародилась цель достижения справедливости. Кроме того, идея равенства привела к формированию норм права как нейтральных и общих, поскольку они должны применяться ко всем международным акторам одинаково<sup>3</sup>. Идея равенства прокладывает путь к утопии. В истории политической философии и философии права утопия связывалась со стремлением к справедливости и равенству, то есть к человеческому сообществу, где каждому воздается по заслугам<sup>4</sup>.

Ф. Фукуяма, автор широко известного, но оказавшегося ошибочным прогноза скорого «конца истории»<sup>5</sup>, точно уловил настроения, типичные для 90-х годов XX века, выразившиеся во всеохватном чувстве единства, поднявшемся на волне повсеместного распространения либеральных демократий<sup>6</sup>. Его работы были курантами, бой которых провозгласил наступление новой эпохи равенства и мира, обретших поистине эпический — едва ли не планетарный — масштаб. Концепция «конца истории» представляла собой эсхатологическую утопию, обещающую отказ от прежнего понимания истории<sup>7</sup>. В то время самые разные государства решали свои споры мирно. Так, Никарагуа<sup>8</sup> и Науру<sup>9</sup> в Международном Суде показали, что крупным западным государствам можно противостоять в правовом поле, то есть быть равными с ними и иметь одинаковый суверенитет, защищаемый одним и тем же правом.

Однако идея равенства, витавшая в воздухе, не смогла обеспечить окончательное установление миропорядка, где все государства общаются друг с другом как равные. В. Л. Толстых полагает, что порядок, созданный Уставом ООН, гарантирует соблюдение норм в меньшей степени, чем предшествующие режимы, и, по сути, ухудшает его качество по сравнению с классическим правом. Кроме того, международное право не способствует социальному прогрессу, усугубляя многие проблемы, которые оно намеревалось решить<sup>10</sup>. М. Коскенниemi констатирует, что в мире формального равенства и фактического неравенства структурное неравенство можно назвать делом случая и стечением обстоятельств — и наоборот<sup>11</sup>. Проблема равенства и дискриминации не решилась: более развитые страны получили еще больше рычагов влияния на развивающиеся государства.

Многие государства Африки слишком бесправны, чтобы выйти из инвестиционных режимов, в которые они некогда вступили, или изменить их, по крайней мере, не опасаясь серьезных последствий, из-за чего М. Коскенниemi делает вывод о том, что возможность наслаждаться самостоятельностью распределяется по миру неравномерно<sup>12</sup>. В разгар глобального кризиса 1980-х годов развитые страны при помощи Международного валютного фонда и Международного банка реконструкции и развития разработали пакет мер для урегулирования внешней задолженности развивающихся стран: в частности, выдача новых кредитов была привязана к проведению «структурной адаптации» экономики, выраженной в устранении протекционистских барьеров, приватизации предприятий и отказе от государственной поддержки компаний. Требования экономических реформ привели к тому, что компании в развивающихся странах оказались не готовы к конкуренции с западными транснациональными компаниями (далее — ТНК), а это, в свою очередь,

<sup>3</sup> Bederman D. J. *The Spirit of International Law*. University of Georgia Press, 2002. P. 117. Однако он также и писал, что представления о справедливости и равенстве в международных отношениях могут быть утопическим заблуждением.

<sup>4</sup> Cassese A. (ed.). *Realizing Utopia: the Future of International Law*. Oxford University Press, 2012. P. 428.

<sup>5</sup> Лукьянов В. Ю. *Столкновение цивилизаций или конец истории? Теории С. Хантингтона и Ф. Фукуямы в XXI веке // Актуальные проблемы экономики и управления*. 2016. №. 4. С. 129.

<sup>6</sup> Фукуяма Ф. *Конец истории и последний человек*. М. : АСТ, 2015. С. 7–8.

<sup>7</sup> Кортунов А. *Несколько слов в защиту Фрэнсиса Фукуямы*. URL: <https://russiancouncil.ru/analytics-and-comments/analytics/neskolko-slov-v-zashchitu-frensisa-fukuyamy/> (дата обращения: 05.04.2023).

<sup>8</sup> *Military and Paramilitary Activities in und against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986. P. 14.

<sup>9</sup> *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*. Preliminary Objections. Judgment. I.C.J. Reports 1992. P. 240.

<sup>10</sup> Толстых В. Л. *Кризис Международного права: Диагноз // Закон*. 2022. № 12. С. 125.

<sup>11</sup> Viñuales J. (ed.) *The UN Friendly Relations Declaration at 50: An Assessment of the Fundamental Principles of International Law*. Cambridge University Press, 2020. P. 188

<sup>12</sup> Cassese A. *Op. cit.* P. 37.

привело к приостановке реформ в сферах образования и здравоохранения<sup>13</sup>. Кроме того, при предоставлении финансовой помощи развитые страны выдвигают требования к ценностным основам развивающихся государств. Так, Великобритания в 2011 году отказалась от предоставления помощи государствам, где преследуются сексуальные меньшинства, поскольку власти этих государств видят в меньшинствах угрозу традиционным ценностям, основанным на религиозных нормах<sup>14</sup>.

По мнению М. Коскенниemi, причины неудачи, постигшей проект установления миропорядка, основанного на равенстве, лежат в восприятии основных понятий международного права, в частности «государство», «обязательства» и других, как истин, обретших реальное воплощение где-то в мире<sup>15</sup>. Отрицать существование государства могут только мечтатели, но и показать или потрогать государство не в состоянии ни один юрист. Государства существуют как некая часть коллективного воображения людей, что порождает бесконечные научные и научнообразные споры, которые кажутся неразрешимыми именно из-за «реальности» этих истин и вечно ускользающей возможности найти какой-то исчерпывающий ответ, пытаюсь переставить слова в определении, словно это некое заклинание, открывающее сакральные знания.

Выйти за пределы реализма и замкнутого круга аргументации возможно, рассмотрев такие истины в лингвистической и исторической ретроспективе. М. Коскенниemi, рефлексировав над своими критическими работами в области международного права, сводил его сущность *per se* к формуле «тексты, идеи, практика, истории и институты»<sup>16</sup>. В соответствии с таким подходом право может быть воспринято через номос (*nomos*). Для юриста из Йельского университета Р. Ковера этимология номоса уходит к греческому термину, обозначающему, во-первых, некую структуру, *космос* в античном смысле, объединяющий эстетику и порядок, и противопоставленный хаосу, а во-вторых, нормативный мир, созданный человеком в противовес *фюсису* (*physis*), то есть чему-то природному. Соединяя эти смыслы, Р. Ковер описывает номос как особый мир норм, пребывающий в постоянном напряжении между действительностью и видением того, что «должно быть», «что могло бы быть» и того «что есть»<sup>17</sup>. Номос предстает отдельным нормативным миром, который люди воспринимают через контексты и нарративы. Для него правовая традиция состоит из своего языка и своего мифоса — нарративов, в которые право ставится теми, чья воля на него воздействует. Мифы определяют парадигмы поведения, выстраивая отношения между нормативным и материальным миром. Нормативный смысл отражается в историях, с помощью которых простой набор предписаний получает силу<sup>18</sup>.

При этом понятие номоса прочно вошло в научный дискурс, оно используется в разных исследованиях, в частности в работах Карла Шмитта. Он сводит идею и значение номоса к пространственным категориям, связывая его с первым разделением и распределением земли<sup>19</sup>.

Понимание нарратива также плотно укоренилось в науке, однако широкую известность оно приобрело благодаря работам Ж. Ф. Лиотара, который писал о крахе великих рассказов<sup>20</sup>, формировавших универсальность принципов просвещения. Кроме того, именно он провозгласил, что нарратив является основной формой любого знания<sup>21</sup>. Нарративная теория работает с историей людей в ее устной, письменной или визуальной форме<sup>22</sup>. Рассказываемая история, ее слушатели и контекст, оказывается связанной с базовой культурно-исторической структурой<sup>23</sup>. Структуры нарратива определяют то, как эта история будет истолковываться и восприниматься. Например, кинофильм «Солярис» А. Тарковского и одноименный роман С. Лема рассказывают одну и ту же

<sup>13</sup> Дегтерев Д. А. *Содействие международному развитию: Эволюция международно-правовых режимов и эффективность внешней помощи*. М.: Ленанд, 2016. С. 60.

<sup>14</sup> Там же. С. 63. Также общий вывод о влиянии неолиберальных ценностей, не допускающих других ценностей и влияющих на государства-доноров, изложен в работе Jakupc V. *Foreign aid: Cultural values and norms* // *Sitzungsberichte der Leibniz-Sozietät der Wissenschaften zu Berlin*. 2017. Vol. 131. P. 209–221.

<sup>15</sup> Koskenniemi M. *What is Critical Research in International Law? Celebrating Structuralism* // *Leiden Journal of International Law*. 2016. Vol. 29. № 3. P. 728.

<sup>16</sup> Kennedy D., Koskenniemi M. *Of Law and the World: Critical Conversations on Power, History, and Political Economy*. Harvard University Press, 2023. P. 42.

<sup>17</sup> Cover R. M. *Foreword: Nomos and Narrative* // *Harvard Law Review*. 1983. Vol. 97. P. 10.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Шмитт К. *Номос Земли*. СПб.: Владимир Даль, 2008. С. 46.

<sup>20</sup> Для Лиотара великие рассказы являются силой, которой легитимировала знание, догмы и тому подобное, наподобие идей прогресса, просвещения и других.

<sup>21</sup> Лиотар Ж.-Ф. *Состояние постмодерна*. СПб.: Алетейя, 2016. С. 54.

<sup>22</sup> Saibih J. *Using Narrative Theory on Analysis of Law and Human Rights: Searching Truth on Tanjung Priok's Incident in Indonesia* // *3rd International Conference on Law and Governance (ICLAVE 2019)*. Atlantis Press, 2020. P. 273.

<sup>23</sup> Брокмейер Й., Харре Р. *Нарратив: проблемы и обещания одной альтернативной парадигмы* // *Вопросы философии*. 2000. № 3. С. 29–42.

историю о таинственной планете, однако нарративно они абсолютно противоположны, так как нарратив Тарковского сосредоточен на психологической истории о Земле и прошлом, а Лем сфокусировался на фантастическом будущем и Солярисе<sup>24</sup>. Нарративы равенства являются историями о взаимоотношении государств и о том, как они видят себя в мире. Рассматривая эти истории, можно понять проблемы и особенности функционирования принципа равенства в международном праве. Такой подход позволяет поднять вопрос равенства не только в контексте привычного исследования текстов позитивных норм и их сопоставления с фактическими результатами, основанными на анализе того, кто и как занимается практикой международного права и насколько это соответствует принципу равенства, а на исследовании самих текстов и их восприятии в правовом воображении.

## 2. По\_чему звонит колокол? Исторический взгляд на принцип равенства

Воображение людей имеет исторические и культурные корни, определяющие контексты, в которых существует номос равенства. Формирующие его нарративы неоднородны, они постоянно изменялись, отражая эволюцию картины мира человека, поэтому исследование изменений номоса равенства позволяет понять его функционирование и проблемы. Международное право не появилось из ниоткуда. Народы взаимодействовали друг с другом на протяжении тысячелетий, но право возникло значительно позже первого контакта двух народностей, впитывая в себя уже устоявшиеся практики и традиции, естественным образом сформированные в процессе общения людей. Правила этого общения долгое время определялись христианской ценностной парадигмой, а также парадигмой цивилизованности. Именно эти нарративы сделали международное право таким, каким оно существует сегодня.

### 2.1. У истоков равенства

Языки, на которых формировалось современное европейское право, — латынь, греческий, французский, немецкий и другие — восходят к одному предку и имеют общую родину. Индоевропейские народы расселялись с территории Северного Причерноморья по территории Европы и Индостана начиная с 4000 года до н.э.<sup>25</sup> Они взаимодействовали с другими народностями и воспринимали их культуру и видение мира, поэтому в международном праве можно выявить особенности видения разных народов<sup>26</sup>. Индоевропейские языки изменялись и распространялись по миру и переносили с собой структуры мышления языческого общества.

Понимание структур мышления и культуры того древнего общества возможно через анализ этимологии и случаев употребления отдельных слов, в частности лексических пар. Разумеется, в отсутствие массива текстовых источников логику индоевропейского языка возможно реконструировать лишь с некоторой степенью достоверности. Однако в нем отчетливо видно деление людей и народов по признаку «говорящий/неговорящий», так как говорить на языке, который понимается всеми, могут лишь разумные люди. Подобная бинарность взгляда на мир отражена, например, в хеттских и латинских текстах<sup>27</sup>. Язык отделял не только своих и чужих, но и богов и людей, так как у первых есть свои языки и своя пища<sup>28</sup>. Деление на своих и чужих проявляется в слове «немцы», происходящем от обозначения немых, не говорящих на общем языке, а также в слове «варвары», возникшем из звукоподражания речи негреческих народов<sup>29</sup>. Соответственно, язычник делил всех людей на два сообщества: одно говорило с ним на общем языке, а другое — на «непонятном».

<sup>24</sup> Петрова С. «Солярис»: от научной фантастики до притчи и обратно. URL: <https://diletant.media/articles/45247262/> (дата обращения: 18.04.2023).

<sup>25</sup> Clackson J. *Indo-European Linguistics: An Introduction*. Cambridge University Press, 2007. P. 2.

<sup>26</sup> В частности, можно указать на семитские аспекты международного права. См.: Ben-Nun G. *How Jewish is International Law?* // *Journal of the History of International Law/Revue d'histoire du droit international*. 2020. Vol. 23. № 2. P. 249–281. Кроме того, китайские подходы к международному праву также исходят из других концептуальных основ. См.: Zuo A. *China's Approaches to the Western-Dominated International Law: A Historical Perspective from the Opium War to the South China Sea Arbitration Case* // *U. Balt. J. Int'l L.* 2018. Vol. 6. P. 21–55. Европоцентризм является безусловным пороком науки международного права, однако именно он обуславливает выбранные исторические нарративы.

<sup>27</sup> Гамкрелидзе Т. В., Иванов В. В. *Индоевропейский язык и индоевропейцы*. Тбилиси : Изд-во Тбилисского университета, 1984. С. 472–473.

<sup>28</sup> Там же. С. 476.

<sup>29</sup> Фасмер М. *Этимологический словарь русского языка*. Том 1. М. : Прогресс, 1986. С. 275.

В реконструированном индоевропейском языке можно обнаружить также и лексическую пару «свободный/несвободный», где к несвободным применялись разные наименования. Так, в индийской Ригведе наименование рабов «*Dāsa*» произошло от наименования завоеванного населения, которое сохранило и другое значение: «демон, враждебный людям», «чужеземец»<sup>30</sup>.

Кроме того, каждый народ воспринимал себя как центр мира, что отразилось в мифе об оси, связывающей Землю и Небо. Этот центр мыслится как место творения мира, а поэтому — его наиболее сакральная точка, в которой может находиться камень Алатырь, столб-дерево и другие объекты, связанные с представлением о Мировом древе или Мировой горе<sup>31</sup>. Наличие типовых мифов в разных уголках Земли свидетельствует о том, что народы всегда ставили символы центра мира рядом с собой, так как считали себя неразрывно связанными с божественным и осью мира.

Соответственно, народы воспринимали себя как центр мира, признавая также богов и пантеоны других народов, на что указывают, например, мифы о титанах и разных поколениях античных богов. Одни народы отличали себя от других и ставили ближе к божественному именно себя, но при этом отношения между народами выстраивались в рамках особого порядка, являвшегося основой видения мира. Мифы о возникновении людей и появлении *космоса* были взаимодополняющими половинами одного вечного циклического процесса, в котором материя постоянно трансформировалась: камни становились костями, которые потом становились камнями, и так начиная с первоначального существа, из тела которого и возник мир и люди<sup>32</sup>. Из тела первоначального существа сформировалась и триединая структура общества, где жрецы происходили из его головы, воины — из верхней части тела, а крестьяне — из нижней<sup>33</sup>. Поэтому слои общества были принципиально разными: как лев и рыба, жрецы и воины отличались друг от друга по своим характеристикам и природе. Космической частью порядка являлось и то, что общество управлялось жрецом, обеспечивающим поддержание целостности мироустройства.

Языческий *космос* возник на месте хаоса и бездны не как упорядочивание, единство и сведение всего к одному, но как постоянное преумножение деталей, словно сложный орнамент<sup>34</sup>, который всегда добавляется к чему-то и состоит из ритмически упорядоченных элементов. Мир, населенный духами и богами, предполагает возможность сосуществования множества перспектив, истин и реальностей. Этот аспект языческой метафизики выражается в логике «а также». Большая часть гомеровских гимнов заканчивается словами «а теперь приступаю к другому я гимну». Таким образом, в цепочке гимнов всегда есть «и еще одна песня», а значит, всегда есть еще один бог или богиня<sup>35</sup>.

*Космос* не существовал извечно. Из-за построения больших империй, вроде Греции Александра Македонского или расширяющегося Рима, менялось и видение порядка: сложноструктурный *космос* стал иерархичной *вселенной*. На смену существующему в *космосе* множеству богов пришло небольшое скопление истинных небожителей, которые сформировали пантеон. Это привело к появлению нового порядка — *вселенной*. В большинстве версий монотеизма единство вселенной вытекает из могущества и единства ее творца, создающего один порядок. Если бог един, то истина и реальность тоже единственны<sup>36</sup>. Порядок вселенной происходит из буквального превращения всех в одного и упразднения разностей. Примером является восприятие иерархии в *Imperium Romanum*. В «Записках о Галльской войне» Цезарь сообщает, что германцы обзавелись опасной для римского народа привычкой переходить через Рейн и селиться в Галлии: «...Понятно, что эти дикие варвары (*barbaros temperaturos*) после захвата всей Галлии не удержатся... от перехода в Провинцию и оттуда в Италию...»<sup>37</sup>. В «Институциях» Ульпиана вопросы рабства являются частью кодифицированного права, а в кодексе Гермогениана к этой сфере относится право, установившее, в частности, войну, разделение народов и основание царств<sup>38</sup>. «Институции» Гая также закрепили рабство как часть общенародного права, которым пользуются все народы, и основное разделение лиц по принципу

<sup>30</sup> Гамкрелидзе Т. В., Иванов В. В. Указ. соч. С. 479.

<sup>31</sup> Баркова В. В. *Мифы о народах и народы в мифах*. Челябинск: Изд-во Челяб. гос. пед. ун-та, 2016. С. 17.

<sup>32</sup> Lincoln B. *Myth, Cosmos, and Society: Indo-European Themes of Creation and Destruction*. Harvard University Press, 1986. P. 40.

<sup>33</sup> Ibid. P. 141–142.

<sup>34</sup> Кроме красивой метафоры, это еще и отражение смысла слова: *mundus* с латыни переводится и как мир, небеса, человечество, и как орнамент, декорации, женское платье.

<sup>35</sup> Kadmus A. *True to the Earth. Pagan Political Theology*. Gods&Radicals Press, 2018. P. 22–23.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Цезарь Г. Ю. *Записки о войне с галлами*. Кормак, 2015. С. 23.

<sup>38</sup> *Дигесты Юстиниана*. Т. I. 2-е изд., испр. М.: Статут, 2008. С. 85.

свободных и рабов<sup>39</sup>. Порядок *вселенной* основывался на признании одной истины и упорядочивании ее в соответствии с одним образом и центром силы, отрицая все остальные.

Таким образом, номос равенства в языческих сообществах первоначально воспринимался как некий *космос*, сложная и витиеватая упорядоченная структура, в которой различия между народностями воспринимаются как что-то должное и часть общего порядка, будь то в отношении рабов или других народов. Этот порядок неразрывно связывался с миром и историями о его возникновении, а поэтому воспринимался как ценность. Однако с формированием первых крупных государств идея *космоса* сменилась идеей *вселенной*, в которой есть четкий центр власти и силы, определяющий иерархию и неравенство в обществе.

## 2.2. Христианство

В классической языческой теологии номос как отдельный мир законов реализовывался через логос — слово, но в христианскую эпоху данное отношение перевернулось. В Евангелие от Иоанна сказано, что «все чрез Него [слово] начало быть, и без Него ничто не начало быть, что начало быть» (Иоан. 1:3), поэтому можно сказать, что Средневековье характеризовалось особой онтологией, где весь мир и все вокруг человека дано Богом. Истина в таком случае основывается на толковании священных текстов. М. Хайдеггер пишет, что аргумент *ex verbo* составлял основу для научной деятельности и восприятия мира<sup>40</sup>. Священные тексты утверждают единый порядок, который исходит из одного источника. Структура порядка, которая впитывается с религиозным мировоззрением, переносится на политику и видение мира.

Само по себе христианство неоднородно и состоит из множества разнообразных течений. Христианство существовало и связывало людей, предопределяя действия государств на международной арене еще до формирования международного права как отдельной профессиональной сферы.

Нарративы равенства можно увидеть в словах христианского апологета Лактанция, утверждавшего, что корень справедливости и фундамент равенства заключается в том, чтобы человек не совершал того, чего не хочет для себя, но мерил душу другого по своей<sup>41</sup>. Для него равенство — вторая составная часть справедливости, поскольку Бог, давший бытие и жизнь людям, пожелал, чтобы все они были равны, то есть одинаковы. Лактанций указывал, что греки и римляне не смогли поддержать справедливость и свою общность, так как в их обществах было много уровней неравенства. «Там, где все неодинаковы, нет равенства», и для исключения справедливости достаточно наличия неравенства. Поэтому христиане провозглашали свое моральное превосходство над римским обществом и его порядками<sup>42</sup>. В контексте социальной революции, когда преследуемая религия маргинальной группы распространялась по всему известному на тот момент миру, доводы Лактанция о равенстве были неотделимы от претензии на универсальность<sup>43</sup>. Апостол Павел в Послании к Галатам обозначал идею равенства, так: «Нет ни иудея, ни язычника, нет раба и свободного, нет мужского, ни женского, ибо все вы одно — во Христе Иисусе» (Гал. 3:26). Идея равенства во Христе привела к формированию единого человечества и объединению народов идеей общего спасения.

Гуго Гроций, один из отцов-основателей международного права, транслирует общепринятый нарратив стремления людей к общежитию (*appetitus societatis*), данного ему от христианского Бога, которое и приводит к возникновению права, общего для всех народов. В понимании Гроция, государства проявляют свою волю в общих интересах, заключая международные соглашения. При этом речь идет лишь о христианских государствах, и, таким образом, способность соблюдать право, обусловленная верой в христианского Бога, не признается за народами иной веры.

Равенство христианских сообществ отчетливо видно в тексте Мюнстерского мира 1648 года, который заключили между собой христианские государи. Его преамбула повествует о том, как государства, вовлеченные в беспорядки долгой и жестокой войны, из-за которой пролилось много христианской крови, благодаря божественной благодати и дипломатическим усилиям Венецианской

<sup>39</sup> *Институции Гая*. М.: Статут, 2020. С. 19.

<sup>40</sup> Хайдеггер М. *Время и бытие*. М.: «Республика», 1993. С. 45.

<sup>41</sup> Лактанций. *О творении Божиим. О гневе Божиим. О смерти гонителей. Эпитомы Божественных установлений*. СПб.: Издательство Олега Абышко, 2007. С. 226.

<sup>42</sup> *Christianity and Global Law* / ed. by R. Domingo, J. Witte-Jr. Routledge, 2020. P. 231.

<sup>43</sup> *Ibid.* P. 232.

республики постепенно формировали мысли о всеобщем мире, для достижения которого по взаимной договоренности и заключили это соглашение<sup>44</sup>. Вестфальский мирный договор провозгласил единство христианского сообщества и его общую судьбу, однако он не привел к объединению государств Европы.

Христианские нарративы декларировали равенство государств и объявляли построение порядка в противовес дикости и неравенству. При этом христианское общество сталкивалось с другими народами и культурами на всем протяжении своего существования, но в силу порядка отказывалось принимать другие культуры за самодостаточные. Известнейшим примером такого неприятия являются слова аббата Арно Амальрика, произнесенные при штурме города Безье в 1209 году: «Убейте их. Знает ибо Господь тех, кто его». Эта фраза показывает, как универсальный нарратив, обещавший равенство, превратился в инструмент легитимизации неравенства. Г. Гроций писал, что одни сообщества свободны от неравенства, как, например, основанные на взаимных отношениях братьев, граждан, друзей или союзников, а другие допускают неравенство: те, например, где отношения подобны отношению отца к детям, бога к людям и царя к подданным. Соответственно, в разных сообществах существуют разные типы справедливости<sup>45</sup>.

### 2.3. Цивилизационный нарратив

Христианский нарратив не смог обеспечить универсального равенства всех народов. Со временем оно теряло свою значимость, что во многом предопределяется сменой видения мира и его восприятия. Прежде всего изменилось отношение человека к миру и своей роли в нем. Человек от эсхатологической хронологии перешел к хронологии прогресса. Идея прогресса, характерная для модерна, наиболее явно показана в книге «Эскиз исторической картины прогресса человеческого разума» Николя де Кондорсе (1743–1794), французского философа и математика. Он писал, что прогресс может быть более или менее быстрым, но никогда он не повернется вспять<sup>46</sup>. Кроме того, Кондорсе поставил вопросы, сохранившие актуальность для осмысления идеи равенства:

Должны ли все народы когда-нибудь приблизиться к состоянию цивилизации, которого достигли нации наиболее просвещенные, наиболее свободные, наиболее освобожденные от предрассудков, как французы и англо-американцы? Это громадное расстояние, отделяющее последних от порабощенности наций, подчиненных королям, от варварства африканских племен, от невежества диких, должно ли оно постепенно исчезать?

В этом пассаже видно соотношение идеи цивилизации и прогресса. Н. де Кондорсе рассказывает, как народы использовали свой разум, шли по пути прогресса и стали цивилизацией. Цивилизация представлялась как безусловное благо, к которому необходимо стремиться всем. Государства Западной Европы считали себя цивилизованными и через эту призму смотрели на другие государства континента и мира.

Основа цивилизации лежит во внутреннем устройстве государств. Восприятие других государств как цивилизованных было основой для их восприятия как равных, именно поэтому сформировался нарратив о международном праве цивилизованных народов, ставший общепринятым в науке международного права.

Признанным авторитетом в международном праве той эпохи являлся Ф. Ф. Мартенс, и его авторское видение прекрасно передает видение права целой эпохи, поэтому современному исследователю допустимо ограничить себя изучением его нарративов права. В первом учебнике по международному праву на русском языке Ф. Ф. Мартенс отмечает, что правовые отношения могут устанавливаться только между государствами, автономными во внутреннем управлении и независимыми во внешней деятельности<sup>47</sup>. Мартенс писал, что хозяйственная и экономическая деятельность создает из европейских народов одно общество, проникнутое стремлением к преобразованию средств, необходимых человеку для борьбы с окружающей его внешней природой и

<sup>44</sup> Treaty of Westphalia. The Avalon Project. URL: [https://avalon.law.yale.edu/17th\\_century/westphal.asp](https://avalon.law.yale.edu/17th_century/westphal.asp) (дата обращения: 18.02.2024).

<sup>45</sup> Гроций Г. *О праве войны и мира*. М. : Ладомир, 1994. С. 69.

<sup>46</sup> Кондорсэ Ж. А. *Эскиз исторической картины прогресса человеческого разума*. М. : Гос. Соц.эконом изд-ва, 1936. С. 5.

<sup>47</sup> Мартенс Ф. Ф. *Указ. соч.* С. 293.

для развития духовных способностей и сил. Для удовлетворения своих нужд государства вступают в международные коммерческие сношения, заключают торговые трактаты и вступают в отношения<sup>48</sup>.

Кроме того, Мартенс указывает на то, что государства равны перед международным правом, так как имеют одинаковые права, что вытекает из понятия международного общения. Равенство граждан есть «великое “теоретическое” начало, завоеванное европейской цивилизацией»<sup>49</sup>. Перенос отношения между гражданами на международный уровень предопределил видение правопорядка. Соответственно, нарратив цивилизованности сделал из раздробленных европейских государств одно сообщество, объединенное общим уровнем прогресса. При этом идея цивилизации претендует на универсальность и применяется к другим государствам, которые оцениваются с точки зрения прогресса.

В предисловии к первому изданию, написанному в Светлое воскресенье 1882 года, Ф. Ф. Мартенс высказывает мысль о том, что все значение международных отношений и сила права основываются на общности связей, соединяющих цивилизованные народы<sup>50</sup>. Он не определяет цивилизованность, но указывает, что «общие социальные задачи, преследуемые народами во взаимных сношениях, и одинаковые усвоенные ими нравственные и правовые воззрения — эти необходимые условия международного юридического порядка — выработались первоначально в Европе и до сих пор существуют далеко не во всех государствах земного шара», поэтому пространство действия международного права ограничивается народами, которые признают основные начала европейской культуры и достойны называться образованными<sup>51</sup>. При этом международное право может соблюдаться вне зависимости от религиозных верований, а для признания государств субъектами международного права необходимо, чтобы они «разделяли воззрения на разумные цели человеческого существования и назначения государства, выработанные вековой культурой цивилизованных европейских народов»<sup>52</sup>.

Ф. Ф. Мартенс полагал, что отношения с необразованными народами должны охватываться руководствами естественного права, то есть регулирования, вытекающего из нравственной природы и разума человека. При этом «цивилизированные государства должны подавать пример народам низшей культуры в добросовестном исполнении принятых на себя обязательств»<sup>53</sup>.

Упомянутая выше работа Н. де Кондорсе пропитана нарративом о том, что цивилизация<sup>54</sup> может распространиться на другие народы, которые из-за объективных условий, вроде суровости климата или порабощения духовными деспотами, лишены ее благ. В силу этого многочисленные народы, «...по-видимому, ждут того, чтобы мы снабдили их средствами просвещения, и жаждут встретить в европейцах братьев, чтобы стать их друзьями и учениками»<sup>55</sup>. В итоге согласно Кондорсе блага цивилизации распространятся на весь мир, так как однажды, по его словам, настанет день, «когда солнце будет освещать землю, населенную только свободными людьми, не признающими другого господина, кроме своего разума»<sup>56</sup>.

Идея необходимости распространения европейской цивилизации по миру привела к возникновению цивилизаторской миссии. В своей противоречивой поэме «Бремя белого человека» Р. Киплинг раскрывает сущность взаимодействия развитых и развивающихся государств, демонстрируя, что миссия белого человека состоит в просвещении и цивилизации других народов: «*Take up the White Man's burden—The savage wars of peace—Fill full the mouth of Famine And bid the sickness cease*»<sup>57</sup>. При этом отмечается, что народы не рады такому навязыванию: «*Take up the White Man's burden—And reap his old reward: The blame of those ye better, The hate of those ye guard*»<sup>58</sup>, а сопротивляются, что во многом является причиной их дикости и нецивилизованности.

Иными словами, цивилизация всегда пытается распространиться на другие государства для того, чтобы вести их по пути прогресса. Это явление затронуло и европейские государства. Пример тому — история разделов Польши в конце XVIII века. Ф. Ф. Мартенс, давая историческую оценку разделам,

<sup>48</sup> Там же.

<sup>49</sup> Там же.

<sup>50</sup> Мартенс Ф. Ф. *Указ. соч.* С. V.

<sup>51</sup> Там же. С. 183–186.

<sup>52</sup> Там же.

<sup>53</sup> Там же.

<sup>54</sup> Всегда в единственном числе, так как для него только европейская цивилизация — цивилизация.

<sup>55</sup> Кондорсэ Ж. А. *Указ. соч.* С. 226.

<sup>56</sup> Там же. С. 228.

<sup>57</sup> Неси это гордое Бремя — // Воюй за чужой покой — // Заставь Болезнь отступить // И Голоду рот закрой... (здесь и в сноске 58 — пер. А. Сергеева).

<sup>58</sup> Неси это гордое Бремя — // Ты будешь вознагражден // Придирками командиров // Да воплями диких племен...

указал, что их причины заключались и оправдывались «уродливым» государственным устройством Польши. Мартенс видел в анархии основания для уничтожения суверенитета этого государства. Он писал, что право может осуществляться только в отношениях народов, которые находятся на сравнительно равных ступенях правосознания<sup>59</sup>.

Нарратив цивилизованности, описывающий построение равенства в мире и уход от дикарства, воспроизводит неравенство и дискриминацию. Основная проблема с определением цивилизации состоит в том, что это понятие наполняется смыслом через противопоставление дикости, варварству или менее совершенным формам государственного устройства. То есть нарратив цивилизованности транслирует историю о том, как одни государства перешли на иной уровень развития, став выше, чем те, кто еще пребывает в «дикости». При этом под дикостью может подразумеваться все что угодно.

Таким образом, в модернистской концепции времени цивилизация появляется не внезапно, но плавно заменяет собой дикость и варварство. Достигнув определенного уровня прогресса, цивилизация начинает претендовать на универсалистский характер, открытый для всех, что выражается в том, что присоединиться к «европейскому саду» могут все государства, перенявшие европейскую цивилизацию и ее блага. Европейская цивилизация не прячется от дикости и варварства, но открыта им, возлагает на себя бремя цивилизационной миссии и идет навстречу миру, принося цивилизацию в дикие народы.

Номос принципа равенства состоял из нарративов об исключительности одних народов по сравнению с другими и их возможности, а иногда и миссии, по распространению своего порядка на соседей, чтобы обратить их в свою веру или поднять до своего уровня цивилизованности, а точнее, сделать собой. При этом номос всегда проявлялся в историях о неких идеях, внешних по отношению к государству, будь то христианство или цивилизованность. Эти истории, в свою очередь, объединяли государства под сенью какой-то общей идеи.

Эпоха модерна утверждала равенство и воспроизводила различные нарративы равенства государств, однако все эти нарративы содержали в себе дискриминацию и утверждение неравенства. Идеи, зародившиеся в Европе для объединения стран внутри нее, пытались объединить весь мир. Причиной тому — нарратив равенства, который в силу своей природы предполагает универсалистский охват всех субъектов права на основе одного критерия. Однако на основании этого критерия из дискурса исключаются другие государства. Нарратив основывается на объединении людей, их противопоставлении и борьбе с другими неравными субъектами. Такое объединение заявляет о себе как универсальном и инклюзивном, а поэтому неизбежно сталкивается с другими культурами, что приводит к их восприятию как других, варварских.

Внутри принципа равенства государств имплицитно содержится стремление объединить все возможные страны в одно общество, на основе одной общности. Это приводит к неизбежному столкновению с другими обществами, которые не разделяют эту общность в силу объективных факторов или прямо ее отрицают. В таком случае нарратив равенства одних государств внутри определенного сообщества всегда приводит к дискриминации других сообществ или государств и представлению их как дикарей и варваров. Модернистскому нарративу равенства имманентно присущи основания дискриминации и неравного отношения к другим государствам.

Причины этого отчасти коренятся глубоко в истории и вызваны видением порядка как строго иерархичной *вселенной*, у которой есть определенный управляющий — первоисточник власти.

## 2.4. Падение нарративов

Постмодернизм изменил восприятие основных нарративов равенства. Причины этого отчасти связаны с некоторыми историческими событиями. Модернистские теории и нарративы об исключительности были переняты Карлом Шмиттом в начале XX века для обоснования претензий Третьего рейха на территории других государств. Он переработал идею цивилизации в идею больших пространств. Порядок больших пространств описывал сосуществование нескольких крупных политических единств в рейхе в качестве определяющего начала и гаранта нормальной ситуации внутри пространств<sup>60</sup>. Представление о распределении пространства и являются подлинным основанием глобального правопорядка<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> Мартенс Ф. Ф. Указ. соч. С. 112–115.

<sup>60</sup> Кондуров В. Е. *Политическая теология Карла Шмитта: теоретико-правовое исследование*: дис. ... канд. юр. наук. Москва, 2021. С. 172.

<sup>61</sup> Там же. С. 181.

Эти идеи отчасти привели к оправданию насильственных действий и началу Второй мировой войны, которая поставила под сомнение все сформировавшиеся глобальные нарративы и теории, объясняющие природу права. Известный философ постмодерна Т. Адорно писал, что после Освенцима любое слово с возвышенными нотами лишается права на существование<sup>62</sup>, то есть фактически указывал на невозможность возвращения к абсолютным идеям модерна, из-за которых и произошли глобальные войны. Однако молчание означало бы поражение перед лицом цинизма и воззрений, допустивших Холокост, поэтому необходимо искать новые идеи. Эта проблема сформировала культуру постмодерна, где человек находится в постоянных сомнениях в целостности мира и даже реальности<sup>63</sup>. Характер научного знания также сильно изменился, оно не воспринималось как точно определенное<sup>64</sup>.

Противоречия, выявленные в нарративе цивилизованности, были настолько показательны, что сейчас государствам необходимо прямо заявлять о ней как об атавизме права. Об этом говорилось в ходе работы Комиссии международного права<sup>65</sup>, а также при обсуждении реформы Международного Суда в шестом комитете Генеральной Ассамблеи ООН<sup>66</sup>.

На рубеже XIX–XX веков коммунистическая идея стала бороться с идеей цивилизованного порядка и выступила ее антиподом, так как предложила альтернативный проект принципа равенства и мира. Октябрьская революция 1917 года открыла возможность утвердить новое толкование принципа равенства. Ленинские взгляды на равенство предполагали ликвидацию классов, отсутствие которых выступает отличительной чертой общества, основанного на коммунистических началах<sup>67</sup>. Для Ленина формальное равенство было обманом, если оно не подкреплено экономическим равенством, определяющим равенство положений в общественном производстве, и только через равенство всех членов общества в отношении средств производства возможен переход от формального равенства к фактическому<sup>68</sup>. В отношениях государств Ленин также отстаивал идеи содержательного, а не формального равенства, в том числе между социалистическими и капиталистическими странами<sup>69</sup>. Эта политическая линия отразилась в подходе советских властей к международным соглашениям и поведению на международной арене, но со временем она вступила в противоречие с декларируемыми ценностями. Советская власть на основе принципа равенства признала Финляндию независимым государством, однако, когда там началась гражданская война, СССР активно поддерживал одну из сторон<sup>70</sup>. Несмотря на попытки советской власти переиначить равенство и придать его содержанию новое измерение, оно сохранило свой формальный характер как инструмент реализации политики<sup>71</sup>. По-видимому, этот исход обусловлен тем, что ленинская идея равенства основывалась на том же модернистском видении иерархичного порядка, где социалистические страны ближе к утопии, а поэтому лучше, и, по сути, воспроизвела прежний иерархичный порядок в новом облики, при этом декларативно борясь с ним.

Процесс краха нарратива цивилизованности шел постепенно. Аргументация, основанная на этом нарративе, отдалялась от некогда неразрывной связи с правом. Дело *о Юго-Западной Африке* в Международном Суде стало значимым шагом в изменении нарратива, явно продемонстрировав, что право уже не получает силу от факта его создания цивилизованными народами.

Эфиопия и Либерия, представляющие Афро-Азиатскую группу стран, утверждали, что ЮАР нарушает мандат Лиги Наций на Юго-Западную Африку. Суду необходимо было выявить, сохраняет ли мандат Лиги Наций юридическую силу и сделала ли она все необходимое для его исполнения. Эфиопия и Либерия указывали, что система мандатов была основана для эффективного выполнения священного долга цивилизации. Цивилизация в виде организованного международного сообщества больше не олицетворяется Лигой Наций, — теперь ее полномочия, цели и принципы представляет

<sup>62</sup> Адорно Т. В. *Негативная диалектика*. М.: Научный мир, 2003. С. 328.

<sup>63</sup> Ziborov O., Medushevskaya N., Sigalov K. *The Sociocultural Context in Law: Modernism-Postmodernism-Metamodernism // Wisdom*. 2021. Vol. 1. №. 1. P. 236.

<sup>64</sup> Лиотар Ж.-Ф. *Указ. соч.* С. 92.

<sup>65</sup> Second report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur. A/CN.4/741. International Law Commission. 9 April 2020.

<sup>66</sup> Sixth Committee Begins International Law Commission Third Cluster Review, Debating General Principles of Law, Replacement Language for 'Civilized Nations'. URL: <https://press.un.org/en/2021/gal3649.doc.htm> (дата обращения: 26.02.2024).

<sup>67</sup> Karandashov I., Shestakova K. *The Principle of Equality of States in the Wake of the Russian Revolution // Russian Law Journal*. 2017. Vol. 5. №. 4. P. 19.

<sup>68</sup> Ibid. P. 20.

<sup>69</sup> Ibid. P. 24.

<sup>70</sup> Ibid. P. 34–35.

<sup>71</sup> Ibid. P. 40.

ООН<sup>72</sup>. Заявители утверждали, что священный долг цивилизации состоит в обеспечении благополучия и развитии множества людей на подмандатных территориях<sup>73</sup>.

Таким образом, страны, некогда сами признававшиеся нецивилизованными, стали апологетами идеи цивилизации и использовали этот нарратив для отстаивания своих требований и интересов.

ЮАР в своих предварительных возражениях отмечала, что именно колониальная политика западных стран с XVIII века описывалась как цивилизаторская миссия, предполагающая обязанности опеки и попечительства по отношению к колониям и их жителям. ЮАР ссылалась на доктринальную работу, в которой обосновывается, что приписывание более цивилизованными государствами себе цивилизаторской миссии в отношении остальных народов носило характер морального долга, принимаемого на себя колонизатором в качестве политического средства оправдания завоеваний и колонизации территорий во имя цивилизации. При этом юридические соглашения, которые заключались в конце XIX века и ограничивали работорговлю, не имели санкции, что привело к неопределенности природы обязательств в отношениях с местным населением<sup>74</sup>.

Таким образом, ЮАР, которой в то время руководила национальная партия, состоящая из африканеров — потомков голландских колонистов, использовала нарратив цивилизованности совершенно иначе и утверждала, что цивилизаторская миссия была лишь оправданием колонизации, а потому не может создавать юридических обязательств.

Сам Суд относительно цивилизации указал, что принцип священного доверия цивилизации не имеет юридического содержания, которое могло бы относиться к конкретному мандату и порождать юридические права и обязанности<sup>75</sup>.

При рассмотрении дела 1966 года по разным причинам отсутствовали трое судей, которые, скорее всего, проголосовали бы против решения. Один был только назначен на должность, второй был слишком слаб после недавно перенесенного сердечного приступа, а третьего — пакистанского судью — отстранили от участия в деле<sup>76</sup>. Таким образом, при вынесении решения присутствовали семеро судей, от которых ожидалась его поддержка. Заявители, как и многие наблюдатели, были уверены, что при рассмотрении дела по существу их доказательства будут более убедительными, из-за чего последовал бы всплеск доверия к ООН как к прогрессивной организации. Однако решение по существу так и не было принято. По словам очевидцев, находившихся в зале в момент оглашения, это стало неожиданностью. Один британец вспоминал: «Кроме меня в зале суда было много людей, которые не верили своим ушам...», и где-то через 40 минут, когда стало понятно, что дело не будет рассмотрено по существу, в зале раздался тяжелый вздох<sup>77</sup>. А. С. Исполинов замечает, что такое решение произвело тягостное впечатление на страны третьего мира и укрепило их восприятие Международного Суда как «суда белого человека»<sup>78</sup>.

Дело о Юго-Западной Африке наглядно показывает, как нарратив цивилизации отошел от правовых обязательств и стал существовать отдельно, а разделение на цивилизованные и нецивилизованные страны стало связываться с историей и признаваться атавизмом международного права. Международный Суд подтвердил разрыв имманентной связи права и цивилизованности, но при этом все равно воспроизвел неравенство, отказавшись от рассмотрения дела по существу.

Нарратив цивилизованности не исчез из современного дискурса бесследно. Государства изредка продолжают его использовать, в частности Украина и Россия в споре, рассматриваемом в Международном Суде. Например, Польша для толкования конвенционального понятия «геноцид» и его применения в будущем основывалась на гуманитарной и цивилизующей цели Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него. Исключение споров о применении Конвенции противоречило бы таким целям<sup>79</sup>. Великобритания также на основе цивилизующей цели Конвенции интерпретировала понятие геноцида и, соответственно, объект спора<sup>80</sup>.

<sup>72</sup> *South West Africa Case* (Observations of the governments of Ethiopia and Liberia), 1 March 1962. ICJ. P. 446.

<sup>73</sup> *Ibid.* P. 475.

<sup>74</sup> *South West Africa Case* (Preliminary objections filed by the government of the Republic of South Africa), 30 November 1961. ICJ. P. 313–314.

<sup>75</sup> *South West Africa Case*, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports, 1966. P. 6.

<sup>76</sup> Lowe D. *Australian between empires: the life of Percy Spender*. Routledge, 2015. P. 169.

<sup>77</sup> *Ibid.* P. 198.

<sup>78</sup> Исполинов А. С. О беспристрастности судей Международного Суда ООН при рассмотрении дела о Юго-Западной Африке // Российский юридический журнал. 2023. № 5. С. 35.

<sup>79</sup> *Case concerning Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation: 32 States intervening)*. P. 49.

<sup>80</sup> *Ibid.* P. 57.

Таким образом, глобальный нарратив цивилизованности, который некогда был основным для международного права, постепенно перестал регулярно транслироваться, но воспроизводился лишь изредка для аргументации отдельных позиций на основе старых текстов, но не для онтологического восприятия права.

Параллельно с отмиранием глобального нарратива появилось множество новых идей и нарративов, описывающих международное право. Д. Кеннеди указывал, что основной философией права после 1945 года стало множество нормативных проектов реконструкции<sup>81</sup>. После краха великих рассказов, обещавших равенство и справедливость в праве, в формировании нарративов стали участвовать самые разные акторы. Голоса, которые раньше игнорировались и не воспринимались превалирующей европейской наукой, стали неотъемлемой частью дискурса права, в котором особое место занимает подход стран третьего мира (англ.: *Third World approaches to international law*, далее — ТВЕЙЛ). Для этого подхода нормы международного права являются инструментом империализма и порабощения, так как через право, отражающее «цивилизационные миссии», развитые страны глобального Севера контролируют страны глобального Юга и устанавливают «естественность» господства<sup>82</sup>.

Первое поколение ТВЕЙЛ боролось за деколонизацию и юридическое равенство, способствовавшие процессам образования новых независимых государств. Однако новые государства столкнулись с тем, что они все равно не могут существовать в одном ландшафте равенства с европейскими государствами. При этом сами нормы права не направлены на нигилистическое отрицание современного международного права, так как оно остается одним из последних хрупких инструментов защиты, доступных странам третьего мира<sup>83</sup>. Представители ТВЕЙЛ намереваются сделать историю сопротивления развитым государствам неотъемлемой частью нарратива международного права, воздействуя на правовое воображение через литературные и художественные формы. Кроме того, они утверждают, что необходимо сотрудничать с другими критиками неолиберального подхода к международному праву и предложить конкретные изменения норм права («деколонизация международного права»)<sup>84</sup>. Сегодня все отдельные человеческие сообщества постепенно становятся полноценными субъектами международного права, однако международный правопорядок еще не выработал методов и приемов, необходимых для регулирования всего международного сообщества в таком мире<sup>85</sup>.

Итак, важной компонентой интеллектуального поля, окружающего вопросы равенства, является крах больших нарративов, обещавших наступление справедливости и равенства через принятие норм права. Крах не означает полного исчезновения нарратива цивилизованности из дискурса, но лишь указывает на то, что в науке международного права этот нарратив перестал играть роль единственной и самоочевидной истины. Параллельно идет процесс формирования новых нарративов, описывающих видение мира теми субъектами, которые до последнего времени не влияли на формирование права, поскольку пребывали в состоянии угнетения. Теперь же субъекты, некогда ограниченные в правах, получили голос и стали рассказывать свою историю. Это привело к формированию парадоксального и противоречивого ландшафта нарративов, сопровождающих каждое событие, происходящее в мире. В нем одновременно сосуществуют истории, имеющие одинаковую силу. Все они истины для тех, кто их рассказывает, однако ни одна из них не может претендовать на абсолютную истинность, стать лучше или правдивее, чем другие истории. Из-за постмодернистского столкновения одинаково истинных нарративов невозможно сделать однозначный выбор в пользу одного из них.

Номос принципа равенства сегодня состоит из противоречивых историй, описывающих одновременно и наступление общего порядка и борьбу с этим порядком. В зависимости от точки зрения меняется и оценка равенства, и того, как оно устанавливается в мире. Такое состояние номоса — закономерное следствие рефлексии и осознания структур историй о порядке, которые имплицитно содержат в себе неравенство и соответственно дискриминацию.

<sup>81</sup> Kennedy D. *Two Globalization of Law & (and) Legal Thought: 1850-1968* // *Suffolk UL Rev.* 2002. Vol. 36. P. 631.

<sup>82</sup> Chimni B. S. *Third World Approaches to International Law: A Manifesto* // *International Community Law Review.* 2006. Vol. 8. P. 15.

<sup>83</sup> *Ibid.* P. 26.

<sup>84</sup> *Ibid.* P. 22.

<sup>85</sup> Fatouros A. A. *International Law and the Third World* // *Virginia Law Review.* 1964. P. 818.

### 3. Время колокольчиков

#### 3.1. Поиск нового порядка

Деконструкция идеи равенства через призму нарративного анализа подводит к парадоксальному выводу о том, что в самих правовых нормах содержатся неравенство и дискриминация. Построение большого нарратива о равенстве не может основываться исключительно на правовых идеях: такое равенство будет бессодержательно. Суверенное равенство является не проектом взаимодействия государств, но лишь фикцией, поддерживающей существование позитивистской картины мира и расширяющей возможности юридического ремесла в отношениях между государствами.

При этом принцип равенства содержит в себе имплицитное неравенство и дискриминацию, поскольку он основан на порядке *вселенной*. Однако такая принципиальная иерархичность в номосе равенства для многих является не недостатком, а преимуществом, так как позволяет могущественным государствам распространять свою власть и взгляды по миру. Причем сейчас это происходит в нарративе содействия развитию, аналогичном цивилизаторской миссии и основанном на тех же предпосылках прогресса и разума. Финансовое закабаление развивающихся государств происходит и через институты содействия международному развитию, и через деятельность различных ТНК. Для больших государств порядок, основанный на суверенном равенстве, очень удобен при продвижении своих интересов, поэтому можно предположить, что дефектность номоса равенства не приведет к отказу от принципа суверенного равенства. Большим государствам нет нужды провозглашать себя центрами цивилизации, метрополиями и так далее. Они и так получают этот статус через распространение своей культуры и нарративов, «продающих» определенное видение богатства и добра. В то же время малым государствам гордость и память о кровопролитной борьбе за равенство не позволят отказаться от принципа суверенного равенства. Поэтому, конечно, не стоит ожидать изменений Устава ООН или каких-то юридических переосмыслений правил взаимоотношения государств.

Однако вес накопленных проблем может подготовить почву для культурного переосмысления порядка сосуществования государств, которое повлияет и на право. Руины правовых теорий и нарративов предопределяют необходимость интеллектуального пересмотра устоявшихся больших проектов международного права.

Поиск чего-то нового в ландшафте разрушенных нарративов для западной науки может привести к обращению к идеям Востока<sup>86</sup> или прошлого, которое казалось простым и понятным, особенно на фоне развития технологий, нарастающих глобальных проблем, как экономических, включая кризис 2008 года и торговые войны, так и экологических, а также постмодернистской деконструкции культуры. Концепции пост-постмодерна для преодоления этих кризисов стремятся вновь обратиться и обрести опору в некогда отвергнутых и деконструированных вечных и общепризнанных идеалах. Примеры этого видны в современном искусстве, например в академической музыке<sup>87</sup> и других сферах<sup>88</sup>. Наиболее распространенной и продуманной концепцией такого видения мира является метамодерн. В нем провозглашается принятие и учет идей прошлых эпох, а не их отсечение, как в постмодерне<sup>89</sup>. Основная его внутренняя характеристика состоит в колебаниях (осцилляции) — постоянных раскачиваниях между разными идеями и ценностями, такими как модерн и постмодерн<sup>90</sup>.

Метамодерн помнит о бессмысленности больших нарративов, но все же хочет поверить в какой-то из них<sup>91</sup>. Отчасти это верно и для России. Как отмечал председатель Конституционного Суда В. Д. Зорькин, Россия, не став полностью обществом модерна, столкнулась с новой для нее постмодернистской парадигмой устройства общественной жизни<sup>92</sup>. Н. Хрущева пишет, что метамодернистские тенденции срезонировали с культурно-философской решеткой русской культуры, в частности холизмом русской философии, объединяющей рациональное и интуитивное, внутреннее

<sup>86</sup> В частности, последние работы В. Л. Толстых показывают такой поворот на Восток для исследования новой онтологии права.

<sup>87</sup> Хрущева Н. А. *Метамодерн в музыке и вокруг нее*. М. : РИПОЛ классик, 2020.

<sup>88</sup> ван ден Аккер Р. *Метамодернизм. Историчность, Аффект и Глубина после постмодернизма*. М. : РИПОЛ Классик, 2020. С. 196–214.

<sup>89</sup> Там же. 45–46.

<sup>90</sup> Там же. С. 47.

<sup>91</sup> Хрущева Н. А. *Указ. соч.* С. 11.

<sup>92</sup> Зорькин В. Д. *Право метамодерна: постановка проблемы* // Выступление на IX Петербургском международном юридическом форуме. URL: <https://rg.ru/2019/05/16/zorkin-priverzhennost-vernoj-filosofii-prava-pozvoliaet-tvorit-dobro.html> (дата обращения: 26.02. 2024).

и внешнее, размышление и веру<sup>93</sup>. Она верно отмечает связь между традиционной соборностью и вездесущей прозрачностью четвертой промышленной революции, где все попадающее в интернет оказывается на виду у всех, и, соответственно, идея братства становится единственной оправданной моделью взаимодействия людей. Религиозность, присущая русской философии, напоминает тоску по большим нарративам. Возможность религиозного отношения к праву и миру перерождается в виде стремления к новой целостности, включающей в себя постмодернистскую критику<sup>94</sup>.

Таким образом, метамодерн формирует особые культурные рамки восприятия права. В России культурное восприятие права, основанное на колебании между большими идеями и постмодернистской деконструкцией, может основываться на модернистской религиозной философии, утверждающей большие нарративы. О. Шпенглер, немецкий культуролог начала XX века, выделял в каждой культуре некий прасимвол, некую действительность в языке ее форм. Россию он описывал через прасимвол бесконечной равнины, где душа растворяется в горизонтальном мире братской любви, антитезой которому выступает вертикаль эгоизма и стремления к самосовершенствованию. В творчестве Достоевского Шпенглер увидел, как герой Раскольникова является лишь безликим некто в «мы», и противопоставил его отточенному «я» Нехлюдова Л. Н. Толстого<sup>95</sup>. Для него подлинно русское понятие правды означает безымянное согласие призванных<sup>96</sup>.

Такие же идеи высказываются в работах В. С. Соловьева. Для него идея равенства и свободы была основой права. Отсутствие общего равенства, когда лицо, утверждая свое право по отношению к другим, не признает обязательными права этих других, приводит к неправде<sup>97</sup>. Для Соловьева правомерный порядок утверждает нечто всеобщее и одинаковое, так как права обязательны для каждого, а таким объединяющим фактором является то, что все они одинаково являются лицами — самостоятельными и свободными существами. Таким образом, исходя из равенства как формы права, утверждается свобода как содержание права<sup>98</sup>. В. С. Соловьев видел в правовом равенстве основу существования порядка.

Одновременно с идеей правового равенства В. С. Соловьев признавал, что в человеке присутствует божественный, или демонический, аспект<sup>99</sup>. Человек не всеединое существо, а только бесконечно малая единица, имеющая вне себя все другое, поэтому достичь всеединства, своей естественной цели возможно только отказавшись от собственной отдельности, воспринимая и принимая жизненное содержание всех других, относясь к ним не как к границе своей свободы, а как к ее содержанию и объекту. В отказе от отдельности каждое существо не ограничивается другими, а восполняется ими<sup>100</sup>. Такое единение, определяемое божественным началом в человеке, может быть основано исключительно на чувстве любви, в результате чего общество образуется как церковь<sup>101</sup>.

Кроме того, В. С. Соловьев писал, что универсальный нравственный принцип требует любить всех людей как самих себя, из чего логически вытекает нравственная обязанность любить все народности как собственную<sup>102</sup>. Существование такой обязанности не означает для В. С. Соловьева психологической одинаковости чувства, а только этическое равенство волевого отношения, то есть человек должен хотеть истинного блага всем народам, как и собственному. Такая любовь благоволения связана с пониманием и одобрением положительных особенностей всех чужих наций<sup>103</sup>.

В сосуществовании правового равенства и религиозного стремления к построению всеединства на основе церкви проступает модернистское представление о большом нарративе, объединяющем все государства под некой общей идеей и утверждающем их равенство в чем-то внешнем. На практике эта идея выражалась в построении идей о братских народах. Братские народы считались равными друг другу, но при этом закрывались глаза на размеры и мощь государств, так как народы, исполненные любовью друг к другу, воспринимали своих соседей равными себе.

При этом В. С. Соловьев признает различия между лицами. В абсолютном порядке господствует полное единство всех в безусловной любви, но если бы между всеми не было никакого различия, то и

<sup>93</sup> Хрущева Н. А. *Указ. соч.* С. 130.

<sup>94</sup> Там же.

<sup>95</sup> Шпенглер О. *Закат Западного мира. Очерки морфологии мировой истории.* М. : Азбука, 2023. С. 363.

<sup>96</sup> Там же.

<sup>97</sup> Соловьев В. С. *Критика отвлеченных начал.* М. : «Наука», 2001. С. 145.

<sup>98</sup> Там же. С. 146.

<sup>99</sup> Там же. С. 149.

<sup>100</sup> Там же. С. 150–151.

<sup>101</sup> Там же. С. 151.

<sup>102</sup> Там же. С. 436–437.

<sup>103</sup> Там же. С. 438.

любовь не смогла бы проявиться. Единство было бы пустым и мертвым безразличием. Хотя каждый носит или выражает одну идею всеединства, он делает это по-своему, особенным образом, тем самым становясь необходимым и обретая основания бытия в абсолютном организме. Всеединство возможно только с учетом различий<sup>104</sup>. Соловьев пишет, что все существа тождественны между собой по отношению к целому или в абсолютном, как все величины равны между собой по отношению к бесконечной величине, их взаимное отношение друг к другу различается в силу особенностей специальной идеи каждого существа<sup>105</sup>. В концепции Соловьева идеальное духовное общество, представляющее абсолютный порядок человечества, основано на идеальной общности и идеальных различиях<sup>106</sup>.

Идеал равенства основывался на представлении о всеединстве людей и их любви. Естественно, и эти нарративы содержат в себе ту же самую проблему, что и другие модернистские проекты. Собственно В. С. Соловьев сам писал, что то, во что народ верит, непременно признается безусловным и очевидным благом, чем-то хорошим, а поэтому оно признается таким и для всех других народностей<sup>107</sup>. Нарратив равенства, основанный на идее братской любви и всеединства людей, исключает из истории всех тех, кто не рассматривается как братский народ, или тех, кто отказывается от идеи всеединства. Конечно, этот нарратив может быть деконструирован и показан как несостоятельный по аналогии другими большими нарративами, но в него хочется верить.

В таких культурных рамках можно предположить возникновение не большого нарратива, но истории большей, чем суверенитет. Необходимость обращения к новым идеям для взгляда на правопорядок приведет к тому, что их сравнение будет невозможно проводить лишь по одному критерию. Снятие короны универсальности с идеи равенства позволит ей вновь обрести смысл в небольших сообществах. Фрагментированное распространение идеи равенства, возможно, религиозного толка, позволит обеспечить равенство в небольших сообществах и построить порядок-космос: лишенный иерархичности однополярного мира, но содержательный и наполненный смыслом, объединяющий разные группы, внутри которого государства равны. Российский порядок может быть основан на национальной философии, закрепляющей любовь как основу всеединства и объединения лиц.

При этом такой порядок не претендует на универсальность, ограничиваясь лишь несколькими странами. Соответственно, номос равенства в новом мире основывается на историях о равных отношениях государств между собой в небольших сообществах, поэтому номос в нем многогранен и состоит из разных одинаково истинных нарративов, которые не стремятся охватить весь мир.

### 3.2. Влияние нового порядка на право

Представление о любви как основе гомогенного порядка, обеспечивающего равенство, является своего рода проектом утопии. Утопия как раз воплощает в себе ценностное ядро права, так как именно в идеальном построении общества идеи реализуются на практике. Постмодернистское восприятие прячет утопию за туманом деконструкции, тем самым лишая право ценностного содержания.

Изменение порядка приведет к адаптации и региональной интерпретации норм, лежащих в основании иерархичного правопорядка. Нормы *jus cogens* уже сейчас различаются содержательно в зависимости от культур и правовых традиций<sup>108</sup>. Такой процесс станет тенденцией в связи с изменением видения порядка и равенства.

В отношении норм *jus cogens* их императивность и регионализм принципиально несовместимы, однако подход Межамериканской системы защиты прав человека обусловлен в первую очередь местными потребностями, так как Межамериканский Суд по правам человека признает ряд норм *jus cogens*, но делает это в конкретном контексте и для конкретной цели<sup>109</sup>. Региональные нормы *jus cogens* неизбежно наполняются идеологическим содержанием. Одним из примеров такого наполнения

<sup>104</sup> Там же. С. 163.

<sup>105</sup> Там же. С. 164.

<sup>106</sup> Там же. С. 164.

<sup>107</sup> Там же. С. 436.

<sup>108</sup> Linderfalk U. *Understanding the Jus Cogens Debate: the Pervasive Influence of Legal Positivism and Legal Idealism* // Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?. 2016. P. 70–72; Kadelbach S. *Genesis, Function and Identification of Jus Cogens Norms* // Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?. 2016. P. 169.

<sup>109</sup> Lima L. C., Marotti L. *An Unlikely Duo? Regionalism and Jus Cogens in International Law* // Goettingen J. Int'l L. 2022. Vol. 12. P. 238–239.

является идея пролетарского интернационализма, обязывающего оказывать помощь социалистическим странам, которая, по мнению Г. И. Тункина, являлась нормой императивного характера<sup>110</sup>. Концепция региональных норм *jus cogens* страдает от концептуальных трудностей. Кроме того, многие государства прямо не соглашались с ней, а поэтому любая попытка определить основные критерии таких норм была бы крайне субъективной и произвольной<sup>111</sup>. Несмотря на обозначенные трудности внутри позитивистской системы, смысловое наполнение таких норм сделает возможным построение порядка, обеспечивающего равенство.

В таком порядке метамодерн утверждает не ценностный релятивизм, где все ценности рассматриваются как одинаковые, а систему квазиерархических ценностей<sup>112</sup>, то есть в каждом обществе, государстве или цивилизации можно выделить свои характерные иерархии ценностей. Данная квазиерархия не закреплена нормативно и не отражена в документах, но предопределена историей, культурой и даже университетской средой.

Из традиции модерна порядок *космоса* берет идею дифференцированного отношения к ценностям. Однако если едва ли не на всем протяжении истории международного права европейские ценности были «лучше» и превалировали над ценностями других народов, то в таком порядке европейские ценности ставятся в один ряд с ценностями иных культур и цивилизаций. Внутри этой системы ценностей приоритет отдается разным идеям, из-за чего в международно-правовом споре один набор ценностных аргументов воспринимается как более весомый, чем другой.

Список квазиерархических ценностей определяется для каждого отдельного человека и для определенных обществ. Социологи пытаются определить и сгруппировать разноуровневые ценности: например, база *World Value Survey*<sup>113</sup> основывается на результатах опросов, проведенных почти в 100 странах мира. Такие опросы выявляют отношение людей к демократии, иностранцам, равенству и т.д. На основании результатов опросов формируются графики, отражающие отношение людей к категориям ценностей выживания/самовыражения, а также традиционным/секулярно-рациональными ценностям. Конечно, они не могут идеально отражать ценности того или иного сообщества, но результаты таких исследований выявляют различное отношение к ценностям, а следовательно, и к различным вопросам международного права, будь то система прав человека или выбор того или иного аргумента в международно-правовом споре.

#### 4. Куда ведет дорога к равенству

Принцип равенства обещает наступление нового мира без дискриминации и неравенства. Если абстрагироваться от простоты текста принципов, то окажется, что в правовом воображении принцип равенства всегда существует в форме одной истории о том, как государства, находясь в неравном положении, объединяются по эгидой какой-то внешней идеи, на основе которой они смогут добраться до утопического мира без дискриминации. Однако в итоге благие намерения приводят к закреплению неравенства и его оправданию. После наступает разочарование в этой идее, и она исчезает из риторики, чтобы стать историей. Даже если идея будет имманентна государствам и пуста по содержанию, как идея суверенитета, то постепенно неравенство легитимизируется через разные нормы и институты, подобные гуманитарной интервенции или содействию международному развитию.

Причины повторяющегося кризиса во многом находятся в парадоксальности идеи, которая во имя наступления равенства выстраивает порядок вселенной, подразумевающий неравенство и исключение других. Выход из этого тупика возможен через интеллектуальное переосмысление основ правопорядка. Метамодернистская рецепция порядка *космоса* возможна при расширении фрагментации и формировании разнообразных порядков. Россия же, активно провозглашающая многополярность, может развивать свое видение принципа равенства на основе религиозной философии и концепции всеединства В. С. Соловьева.

---

<sup>110</sup> Abdollahi M., Behzadi K. *Regional Jus Cogens: Conceptual Difficulties and Practical Challenges // Iranian Review for UN Studies*. 2020. Vol. 3. №. 2. P. 60.

<sup>111</sup> Ibid. P. 73.

<sup>112</sup> Конституция. Конституционализм. Конституционный Суд : монография. М. : Проспект, 2021. С. 112.

<sup>113</sup> The Inglehart-Welzel World Cultural Map - World Values Survey 7 (2022). URL: <http://www.worldvaluessurvey.org/> (дата обращения: 05.04.2023).

## THE ROAD TO UTOPIA IS PAVED WITH CONTRADICTIONS: THEORETICAL UNDERSTANDING OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY

SECHIN D.

**Daniil Sechin** — Doctoral Student, Faculty of Law, Saint-Petersburg State University, Saint-Petersburg, Russia (d.sechin@spbu.ru).  
ORCID: 0000-0002-6431-8064.

### Abstract

In modern international law the idea of sovereign equality is the basis for its functioning and further argumentation in reasoning about the violation of law and its effectiveness. It is reflected in the main legal acts, but in fact under the screen of equality the strong states influence the weak ones, imposing their will. The research methodology is based on the study of the *nomos* of equality, that is, the ordering of norms that exists in the legal imagination. *Nomos* is shaped through contexts and structures. By placing the *nomos* in a historical perspective, it is possible to see how it has changed and where it originates. The origins of the idea of equality go deep into history to pagan communities where two global visions of order took shape: a pluralistic *cosmos* and a hierarchical *universe*. Christian narratives proclaimed universal equality and unity, but they also adopted a vision of order of the *universe* that constructed a hierarchy that excluded the “other”. Gradually there was a paradigm shift and reason became the basis of knowledge of the world. With reason came the idea of progress and civilization. Civilization promised the advent of equality, because people with the help of reason could achieve the benefits of the European world and compare with them. But it also established inequality and discrimination. But in the twentieth century, the global narrative describing all law began to disappear from speech and from law. At the same time, many new narratives emerged, deconstructing the idea of a global order. As a result, the *nomos* of equality is filled with contradictions and is used only as an instrument of influence, because in the *nomos* of equality itself there is inequality and discrimination due to the perception of order as a *universe*. As a result, the concept of sovereign equality is rendered meaningless. The longstanding crisis of science and law is resolved by cultural change and the denial of the order of the *universe*; the metamodernist vision of the world assumes the possibility of reordering the legal order on the basis of the *cosmos* and the emergence of homogeneous pluralist regimes, each based on its own system of values. The Russian project of equality can be based on the ideas of religious philosophy and the concept of oneness. Such a remote project of utopia fills the insubstantial notion of equality with certain values and ideas.

### Keywords

equality, *nomos*, narratives, Christianity, civilization

**Citation:** Sechin D. Doroga k utopii vymoshchena protivrechiyami: teoreticheskoe osmyslenie printsipa ravenstva [The Road to Utopia is Paved with Contradictions: Theoretical Understanding of the Principle of Equality] // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2024. Vol. 2. No. 1. P. 19–37 (In Russian).

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.21690>

### References / Список источников

- Abdollahi M., Behzadi K. (2020) Regional Jus Cogens: Conceptual Difficulties and Practical Challenges. *Iranian Review for UN Studies*, vol. 3, no. 2, pp. 33–74.
- Adorno T. V. (2003) *Negativnaya dialektika [Negative Dialectics]*. Moscow: Nauchny Mir. (In Russian)
- Barkova V. V. (2016) *Mify o narodah i narody v mifah [Myths about peoples and peoples in myths]*. Chelyabinsk: Izd-vo Chelyab. gos. ped. un-ta
- Bederman D. J. (2002) *The spirit of international law*. University of Georgia Press.
- Ben-Nun G. (2020) How Jewish is International Law?. *Journal of the History of International Law/Revue d'histoire du droit international*, vol. 23, no. 2, pp. 249–281.
- Brockmeyer J., Harre R. (2000) *Narrativ: problemy i obeshchaniya odnoj al'ternativnoy paradigmy [Narrative: problems and promises of one alternative paradigm]*. *Voprosy filosofii*, no. 3, pp. 29–42. (In Russian)
- Caesar G. Yu. (2015) *Zapiski o voyne s gallami [Notes on the war with the Gauls]*. Cormac. (In Russian)
- Cassese A. (ed.) (2012) *Realizing Utopia: the future of international law*. Oxford University Press.
- Chimni B. S. (2003) Third world approaches to international law: a manifesto. In: *The Third World and International Order* (pp. 47–73). Brill Nijhoff.
- Clackson J. (2007) *Indo-European linguistics: an introduction*. Cambridge University Press.
- Condorcet J. A. (1936) *Eskiz istoricheskoy kartiny progressa chelovecheskogo razuma [Sketch of the historical picture of the progress of human reason]*. Moscow: Gos. Sots.ekonom izd-va. (In Russian)
- Cover R. M. (1983) Foreword: *Nomos and narrative*. *Harv. L. Rev*, vol. 97, pp. 4–68.

- Degterev D. A. (2016) Sodeystvie mezhdunarodnomu razvitiyu: Evolyuciya mezhdunarodno-pravovyh rezhimov i effektivnost' vneshney pomoshchi [International Development Aid: Evolution of International Legal Regimes and Aid Effectiveness]. Moscow: Lenand. (In Russian)
- Domingo R., Witte Jr. J. (eds.) (2020) Christianity and global law. Routledge.
- Fasmer M. (1986) Etimologicheskoy slovar' russkogo yazyka. V 4t [Etymological Dictionary of the Russian Language]. Moscow: Progress. (In Russian)
- Fatouros A. A. (1964) International law and the third world. Virginia Law Review, vol. 50, no. 5, pp. 783–823.
- Fukuyama F. (2015) Konets istorii i posledniy chelovek [The End of History and the Last Man]. Moscow: AST. (In Russian)
- Gaius (2020) Institutsii [Institutions]. Moscow: Statute. (In Russian)
- Gamkrelidze T. V., & Ivanov, V. V. (1984). Indoevropskiy yazyk i indoevropetsy [Indo-European language and Indo-Europeans]. Tbilisi : Izd-vo Tbilisskogo universiteta. (In Russian)
- Grotsiy G. (1994) O prave voyny i mira [On the Law of War and Peace]. Moscow: Ladomir. (In Russian)
- Jakupec V. (2017) Foreign aid: Cultural values and norms. Sitzungsberichte der Leibniz-Sozietät der Wissenschaften zu Berlin, vol. 131, pp. 209–221.
- Justinian (2008) Digesty [Digests]. Moscow: Statute. (In Russian)
- Kadelbach S. (2016) Genesis, function and identification of jus cogens norms. Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?, pp. 147–172.
- Kadmus A. (2018) True to the Earth. Pagan Political Theology. Gods&Radicals Press.
- Kalamkaryan R. A. (2006) Filosofiya mezhdunarodnogo prava [Philosophy of International Law]. Moscow: Nauka. (In Russian)
- Karandashov I., Shestakova K. (2017) The principle of equality of states in the wake of the Russian Revolution. Russian Law Journal, vol. 5, no. 4, pp. 8–42.
- Kennedy D. (2002) Two Globalization of Law & (and) Legal Thought: 1850-1968. Suffolk UL Rev., vol. 36, pp. 631–674.
- Kennedy D., & Koskenniemi M. (2023) Of Law and the World: Critical Conversations on Power, History, and Political Economy. Harvard University Press.
- Khrushcheva N. A. (2020) Metamodern v muzyke i vokrug neyo [Metamodern in and around music]. Moscow: RIPOL Classic. (In Russian)
- Kleinlein T. (2011) Konstitutionalisierung im Völkerrecht: Konstruktion und Elemente einer idealistischen Völkerrechtslehre (Vol. 231). Springer-Verlag.
- Kondurov V. E. (2021) Politicheskaya teologiya Karla Shmitta: teoretiko-pravovoe issledovanie [Political theology of Carl Schmitt: theoretical and legal study]. Moscow, 2021. (In Russian)
- Koskenniemi M. (2016) What is critical research in international law? Celebrating structuralism. Leiden Journal of International Law, vol. 29, no. 3, pp. 727–735.
- Lactantius (2007) On the Creation of God. On the wrath of God. On the death of persecutors. Epitomes of Divine Institutions. St. Petersburg: Oleg Abyshko Publishing House.
- Lima L. C., & Marotti, L. (2022) An Unlikely Duo? Regionalism and Jus Cogens in International Law. Goettingen J. Int'l L., vol. 12, pp. 219–239.
- Lincoln B. (1986) Myth, cosmos, and society: Indo-European themes of creation and destruction. Harvard University Press.
- Linderfalk U. (2016) Understanding the jus cogens debate: the pervasive influence of legal positivism and legal idealism. Netherlands Yearbook of International Law 2015: Jus Cogens: Quo Vadis?, pp. 51–84.
- Lowe D. (2015) Australian between empires: the life of Percy Spender. Routledge.
- Luk'yanov V. Yu. (2016) Stolknovenie tsivilizatsiy ili konets istorii? Teorii S. Hantingtona i F. Fukuyamy v XXI veke [Clash of civilizations or the end of history? Theories of S. Huntington and F. Fukuyama in the XXI century.]. Aktual'nye problemy ekonomiki i upravleniya, vol. 12, no. 4, pp.126–133.

- Lyotard J.-F. (2016) *Sostoyanie postmoderna* [The state of postmodernity]. SPb.: Aleteya. (In Russian)
- Martens F. F. (1898) *Sovremennoe mezhdunarodnoe pravo tsivilizovannyh narodov. Tom 1* [Modern International Law of Civilised Nations. Vol. 1.] St. Petersburg. (In Russian).
- Polyakov A. B. (2013) *Verhovenstvo prava, globalizatsiya i problemy modernizatsii filosofii i teorii prava* [The rule of law, globalisation and problems of modernisation of philosophy and theory of law]. *Pravovedenie*. Vol. 309, no. 4, pp. 18–30. (In Russian)
- Saibih J. (2020) *Using Narrative Theory on Analysis of Law and Human Rights: Searching Truth on Tanjung Priok's Incident in Indonesia*. In: 3rd International Conference on Law and Governance (ICLAVE 2019). Atlantis Press.
- Schmitt K. (2008) *Nomos Zemli* [Nomos of the Earth]. Saint-Petersburg: Vladimir Dal'. (In Russian)
- Schpengler O. (2023) *Zakat Zapadnogo mira. Ocherki morfologii mirovoy istorii* [The Decline of the West. Essays on the Morphology of World History]. Moscow: Azbuka. (In Russian)
- Solov'yov V. S. (2001) *Kritika otvlechennyh nachal* [Critique of Abstracted Beginnings]. Moscow: Nauka. (In Russian)
- Tolstykh V. L. (2022) *Krizis Mezhdunarodnogo prava: Diagnostika* [Crisis of International Law: Diagnosis]. *Zakon*, no. 12, pp. 122–133. (In Russian)
- van den Akker R. (2020) *Metamodernizm. Istorichnost', Affekt i Glubina posle Postmodernizma* [Metamodernism. Historicity, Affect and Depth after Postmodernism]. Moscow: RIPOL Classic. (In Russian)
- Viñuales J. E. (Ed.) (2020) *The UN Friendly Relations Declaration at 50: an assessment of the fundamental principles of international law*. Cambridge University Press.
- Ziborov O., Medushevskaya N., Sigalov K. (2021) *The sociocultural context in law: modernism postmodernism metamodernism*. *Wisdom*, vol. 1, no. 1, pp. 232–245.
- Zuo A. (2018). *China's Approaches to the Western-Dominated International Law: A Historical Perspective from the Opium War to the South China Sea Arbitration Case*. *U. Balt. J. Int'l L.*, vol. 6, pp. 21–55.

## ПРИМЕНЕНИЕ ОТРАСЛЕВЫХ ПРИНЦИПОВ МЕЖДУНАРОДНОГО ЭКОЛОГИЧЕСКОГО ПРАВА ДЛЯ СИСТЕМНОГО ТОЛКОВАНИЯ НОРМ ЭКОНОМИЧЕСКИХ И ЭКОЛОГИЧЕСКИХ СОГЛАШЕНИЙ

АБАТУРОВА В. А.

Абатурова Варвара Александровна — атташе,  
Правовой департамент МИД России, Москва, Россия  
(vaabaturova@mid.ru). ORCID: 0009-0001-5575-4315.

### Аннотация

В последнее время отмечается динамический рост числа заключаемых международных договоров, регулирующих взаимосвязанные международные экологические и экономические отношения. Так, практика Международного Суда, Органа по разрешению споров ВТО, Международного трибунала по морскому праву показывает, что дела, касающиеся экологических вопросов, тем или иным образом связаны с международными экономическими отношениями. Этот факт подтверждает взаимосвязанность экономических и экологических государственных интересов. Значит, разрешение споров без учета этих групп интересов становится невозможным. Стоит отметить, что именно системное толкование можно рассматривать как один из юридических механизмов приведения в действие концепции устойчивого развития. Исходя из идейного содержания системной интеграции, в настоящей статье на основе доктринальных исследований и практики международных судебных учреждений проанализирована эффективность использования четырех отраслевых принципов международного экологического права в рамках системного толкования в пяти межгосударственных разбирательствах. Поскольку, несмотря на свой отраслевой характер, эти экологические принципы приобрели характер международного обычая, они являются нормой по смыслу пункта 3(с) статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года, которая, в свою очередь, может быть применима к толкованию международных договоров, регламентирующих межгосударственные экономические отношения.

### Ключевые слова

системное толкование, международные экологические договоры, международные экономические договоры, отраслевые принципы международного экологического права, международный обычай

**Для цитирования:** Абатурова В. А. Применение отраслевых принципов международного экологического права для системного толкования норм экономических и экологических соглашений // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 1. С. 38–57.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.21445>

### Введение

В настоящее время отмечают три взаимосвязанные тенденции: рост количества заключаемых международных договоров, одновременно регулирующих международные отношения по экологическим и экономическим вопросам<sup>1</sup>; интенсификация воздействия международных экономических отношений на окружающую среду; усиление роли комплексного подхода к регулированию международных отношений.

В совокупности выделенные тренды непосредственно влияют на реализацию концепции устойчивого развития, в основание которой заложен комплексный подход, подтверждающий наличие прямой связи между этой концепцией и принципом системной интеграции. Традиционно концепция устойчивого развития определяется тремя составляющими: экономической, социальной и экологической. В научных исследованиях российских авторов за последние двадцать лет

<sup>1</sup> Например, Cartagena Protocol on Biosafety to the Convention on Biological Diversity, 2000; Convention Establishing the Sustainable Tourism Zone of the Caribbean, 2001; ASEAN Agreement on Transboundary Haze Pollution, 2002; African Convention on the Conservation of Nature and Natural Resources, 2003; Agreement between the Government of Australia and the Government of the Republic of Korea on the Protection of Migratory Birds, 2006; Fisheries Partnership Agreement between the European Community and the Republic of Cape Verde, 2006; Multilateral Agreement between the States of South-Eastern Europe for the Application of the Convention on Environmental Impact Assessment in a Transboundary Context, 2008; Agreement between the Government of the Russian Federation and the Government of the Lithuanian Republic about cooperation in pollution abatement of the Baltic Sea by oil and other harmful substances, 2009; Agreement on Cooperation on Marine Oil Pollution, Preparedness and Response in the Arctic, 2013; Benguela Current Convention, 2013; Paris Agreement under the United Nations Framework Convention on Climate Change, 2015; Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction, 2023.

дополнительно стала выделяться духовная составляющая устойчивого развития<sup>2</sup>. Все составляющие взаимно дополняют друг друга. В частности, основой экономического развития выступают природные ресурсы и окружающая среда в целом. Это, в свою очередь, обуславливает интеграцию экологических и экономических интересов государств, из чего следует, что недолжное регулирование вопросов охраны окружающей среды и экологической безопасности имеет серьезные экономические последствия, выражающиеся не только в экономической стагнации, но и в экономическом кризисе<sup>3</sup>.

Принцип системной интеграции, лежащий в основе концепции устойчивого развития, имеет юридическую основу. Так, возможность использования системного толкования международных договоров вытекает из пункта 3(с) статьи 31 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 года (далее — ВКПМД, Конвенция), который также носит характер международного обычая<sup>4</sup>. В этом пункте указано, что наряду с контекстом при толковании договора учитываются «любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками». При этом Комиссия международного права ООН (далее — КМП) определила, что в пункте 3(с) статьи 31 ВКПМД «предусматривается средство... с помощью которого могут устанавливаться связи толкования... Эта статья отражает цель “системной интеграции”, в соответствии с которой, независимо от вопросов, которым они посвящены, договоры являются порождением международно-правовой системы, и их действие предопределяется именно этим фактом»<sup>5</sup>. КМП также отдельно отметила, что «международное обычное право... непосредственно применимо к толкованию договора в соответствии с пунктом 3(с) статьи 31 [ВКПМД]»<sup>6</sup>.

В 2012 году Ассоциация международного права указала на принцип системной интеграции и подтвердила, что экологическое нормативное правовое регулирование и нормы, касающиеся вопросов развития, выступают не как альтернативы, а как взаимодополняющие концепции<sup>7</sup>.

Ввиду вышесказанного целями настоящей статьи являются, во-первых, описание тех отраслевых принципов международного экологического права, которые стали международным обычаем, а значит, уже могли прямо или косвенно использоваться международными судебными учреждениями при разрешении споров в процессе системного толкования норм международных договоров, регулирующих отношения по экологическим и экономическим вопросам, и, во-вторых, анализ эффективности применения данного толкования и связанные с этим проблемы.

Для достижения поставленных целей во второй части статьи особенности системного толкования раскрываются с исторической и правовой точек зрения. Отдельно анализируется смысл выражения «нормы международного права», используемого в пункте 3(с) статьи 31 ВКПМД. Третья часть посвящается описанию четырех отраслевых принципов международного экологического права с целью прослеживания кристаллизации каждого из них в качестве международного обычая. В ней также дается оценка эффективности прямого или косвенного применения данных принципов в процессе системного толкования норм международного экономического и международного экологического права на примере вынесенных международными судебными учреждениями решений по пяти делам.

## 1. Особенности системного толкования норм международного права

Толкование — выяснение действительного смысла и содержания договоров<sup>8</sup>. Однако это не только упражнение в использовании «языка» договора и применении его к фактам, но и процесс, который воплощает в себе «диалектическую связь между самим текстом и юридической системой, которая дает ему жизнь»<sup>9</sup>.

<sup>2</sup> Бринчук М. М. *Концепция устойчивого развития как методологическая основа цивилизационного развития* // Государство и право. 2014. № 10. С. 15–24; Данилов-Данильян В. И., Лосев К. С., Рейф И. Е. *Перед главным вызовом цивилизации. Взгляд из России*. М., 2005.

<sup>3</sup> Боклан Д. С. *Указ. соч.* С. 91.

<sup>4</sup> ICJ. *Kasikili/Sedudu Island* (Botswana/Namibia). Judgment of 13 December 1999. §18.

<sup>5</sup> Комиссия международного права. *Указ. соч.* С. 218.

<sup>6</sup> Там же. С. 219.

<sup>7</sup> *International Law Association, International Law on Sustainable Development. Final report. Sophia Conference*. 2012. P. 36–35. URL: [https://www.ila-hq.org/en\\_GB/documents/conference-report-sofia-2012-6](https://www.ila-hq.org/en_GB/documents/conference-report-sofia-2012-6) (дата обращения: 28.12.2023).

<sup>8</sup> *Международное право в 2 ч. Часть 1: учебник для вузов* / Вылегжанин А. Н. [и др.] ; ответственный редактор А. Н. Вылегжанин. М.: Издательство Юрайт, 2023. С. 234–235.

<sup>9</sup> McLachlan C. *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention* // *The International and Comparative Law Quarterly*. 2005. Vol. 54. № 2. P. 287. URL: <http://www.jstor.org/stable/3663251> (дата обращения: 28.12.2023).

Международно-правовое регулирование этого процесса определяет ВКПМД. В разделе 3 данного международного договора закреплено общее правило толкования (статья 31), дополнительные средства толкования (статья 32) и правила толкования договоров, аутентичность текста которых была установлена на двух или нескольких языках (статья 33). Указанные статьи ВКПМД представляют собой кодификацию международного обычного права, что было неоднократно отмечено Международным Судом (далее — Суд), например, в решении по территориальному спору между Великой Социалистической Народной Ливийской Арабской Джамахирией и Республикой Чад<sup>10</sup>.

### 1.1. Содержание системного толкования

С исторической точки зрения толкование международного договора в контексте всей системы международного права было отмечено КМП еще на стадии проекта статей ВКПМД, подготовленного под руководством четвертого специального докладчика по праву международных договоров Х. Уолдлока в 1964 году<sup>11</sup>. В пункте 1(b) статьи 70 данного документа было указано: «термины договора должны толковаться добросовестно в соответствии с естественным и обычным значением, которое следует придавать каждому термину... [и] в контексте норм международного права, действующих во время заключения договора»<sup>12</sup>. Таким образом, можно сделать вывод, что изначально в основу системного толкования были заложены два принципа.

Во-первых, принцип системной интеграции. Он подвергся частичной критике со стороны Г. И. Тункина (члена КМП в 1957–1966 годы) и группы его единомышленников, предложивших заменить термин «нормы» на «принципы», тем самым сузив перечень источников международного права, к которым можно обращаться в процессе толкования. Еще в 1951 году схожую позицию занимал Г. Фицморис, отмечавший, что смысл положений того или иного международного документа должен определяться исходя из конкретного рассматриваемого международного договора, в котором они были закреплены, и из непосредственно связанных с ним соглашений<sup>13</sup>. Однако такой подход значительно снизил бы эффективность системного толкования, сводя на нет возможность обращения к положениям других международных договоров. Данное предложение не нашло поддержки у большинства членов КМП. Более того, далее уже в практике Суда в деле *о континентальном шельфе Северного моря* 1969 года было установлено, что «общее или обычное право в силу самого своего характера должны быть одинаково действительными для всех членов международного сообщества, и поэтому не дают ни одному из них права исключать себя из сферы их действия в одностороннем порядке»<sup>14</sup>.

Во-вторых, изначальная формулировка пункта 1(b) статьи 70 проекта ВКПМД, предложенная специальным докладчиком Х. Уолдлоком, закрепляла принцип интертемпоральности. Так, статья 56 проекта раскрывала этот принцип, фиксируя так называемый «синтетический» подход<sup>15</sup>. Он базировался на двух столпах. С одной стороны, толкование международного акта должно было осуществляться посредством действующих на момент его разработки правовых норм (пункт 1 статьи 56). С другой стороны, его применение регламентировалось правом, действующим в момент непосредственного толкования (пункт 2 статьи 56)<sup>16</sup>. В финальной версии ВКПМД Комиссия отказалась от принципа интертемпоральности, признав отсутствие практической значимости в формировании единого подхода, который бы строго базировался либо на статическом, либо на эволюционном толковании. В целом описанное выше отношение КМП к принципу интертемпоральности сохраняется и в настоящее время. Так, например, в разработанном КМП Проекте выводов о последующих соглашениях и о последующей практике в отношении толкования международных договоров 2018 года в комментарии к одному из выводов отмечается: «последующие

<sup>10</sup> ICJ. *Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad)*. Judgment of 3 February 1994. §41.

<sup>11</sup> Waldock H. *Document A/CN.4/167 and Add.1-3: Third report on the law of treaties // Yearbook of the International Law Commission*. Vol. II. Documents of the sixteenth session including the report of the Commission to the General Assembly. 1964. P. 5. URL: [https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc\\_1964\\_v2.pdf](https://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1964_v2.pdf) (дата обращения: 28.12.2023).

<sup>12</sup> *Ibid.* P. 52.

<sup>13</sup> Fitzmaurice G. *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure*. Cambridge: Grotius Publications, 1951. P. 204.

<sup>14</sup> ICJ. *North Sea Continental Shelf cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherlands)*. Judgment of 20 February 1969. §63.

<sup>15</sup> *Отчет 58-ой сессии Комиссии международного права ООН. Глава XII. Фрагментация международного права: трудности, обусловленные диверсификацией и расширением сферы охвата международного права. A/CN.4/L.682. 2006. §429–432*. URL: <https://legal.un.org/ilc/reports/2006/russian/chp12.pdf> (дата обращения: 28.12.2023).

<sup>16</sup> Waldock H. *Op.cit.* P. 8–10.

соглашения и последующая практика, как и любые другие средства толкования международного договора, могут обосновывать как толкование в изначально заложенном и соответствующем на момент разработки данного акта смысле, так и эволюционное толкование... эти [последующие соглашения и последующая практика] средства толкования договора «могут способствовать определению того, уместно ли» эволюционное толкование в отношении конкретного термина, используемого в международном договоре»<sup>17</sup>. В ходе рассуждений КМП приходит к выводу, что перед толкователем встает вопрос: «можно ли предположить, что при заключении международного договора его стороны намеревались придать тому или иному термину значение, которое могло бы меняться в течение времени»<sup>18</sup>.

Возвращаясь в наше время, необходимо сказать, что содержание актуальной формулировки пункта 3(с) статьи 31 ВКПМД<sup>19</sup> доктриной определяется как один из видов толкования — «системная интеграция» (англ.: *principle of systemic integration, systemic approach* или фр.: *principe d'intégration*) — основанный на раскрытии сущности международных прав и обязанностей через их нормативную среду, то есть, «систему». Системное толкование подразумевает, что даже если юрисдикция судебной структуры ограничена конкретным международным договором, это не является препятствием для использования в целях толкования всех источников международного права.

Отечественные авторы причисляют данный принцип к системному толкованию, наряду с другими приемами, такими как грамматический (словесный), логический, исторический, телеологический, и рассматривают его как «анализ нормы во взаимосвязи с иными нормами международного права»<sup>20</sup>. Согласно И. И. Лукашуку, такое толкование представляет собой двухэтапный процесс. Во-первых, он включает в себя установление раздела акта, в котором находится норма, и определение ее в качестве общей или специальной. Во-вторых, выяснение места непосредственно самого международного договора в системе норм, регламентирующих международные отношения<sup>21</sup>. В зарубежной доктрине системное толкование рассматривается как инструмент, позволяющий придать современное толкование обычному значению термина.

В зарубежной доктрине смысл системного толкования раскрывается с отсылкой к принципу добросовестности (англ.: *principle of good faith*). Этот принцип предписывает сторонам международных договоров исполнять свои обязательства так, чтобы при этом соблюдались обязательства, закрепленные в иных соглашениях, действующих в отношении данных участников международных отношений. Вышесказанное подкрепляется практикой, в частности предварительным возражением в деле *о праве прохода через территорию Индии 1957 года*<sup>22</sup>. Дополнительно КМП пришла к выводу о том, что пункт 3(с) статьи 31 ВКПМД предписывает «интегрировать в процесс юридического обоснования — включая обоснование судами и трибуналами — согласованность и содержательность»<sup>23</sup>.

Для того чтобы понимать практическое применение пункта 3(с) статьи 31 ВКПМД, необходимо «по частям» рассмотреть толкование его формулировки.

Во-первых, обратимся к понятию «любые... нормы... применимые в отношении участников». М. Е. Виллиджер объясняет смысл этого выражения так, что нормы международного права должны быть юридически обязательными в момент толкования для сторон. Противоположную позицию занимают О. Дерр и К. Шмаленбах, ссылаясь на обширную практику Межамериканской комиссии по правам человека и Европейского Суда по правам человека, которые неоднократно обращались к документам «мягкого» права, например, к Всеобщей декларации прав человека Генеральной Ассамблеи ООН (далее — ГА ООН), руководящим принципам и заключениям Верховного комиссара ООН по делам беженцев<sup>24</sup>. М. Е. Виллиджер же указывает, что обязательность норм проявляется в том, что они должны быть закреплены в любом из возможных источников международного права, перечисленных в пункте 1 статьи 38 Статута Международного Суда (международный обычай,

<sup>17</sup> *Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries.* § 4. P. 65. Yearbook of the International Law Commission. 2018. Vol. II. Part Two. URL: [https://legal.un.org/ilc/texts/1\\_11.shtml](https://legal.un.org/ilc/texts/1_11.shtml) (дата обращения: 30.03.2024).

<sup>18</sup> *Ibid.* § 9. P. 67.

<sup>19</sup> «Наряду с контекстом учитываются... любые соответствующие нормы международного права, применяемые в отношениях между участниками».

<sup>20</sup> Вылегжанин А. Н. [и др.]. *Указ. соч.* С. 235.

<sup>21</sup> Лукашук И. И. *Современное право международных договоров. Том 1.* М. : Издательство Волтерс Клувер, 2007. С. 482–484.

<sup>22</sup> Dörr O., Schmalenbach K. *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary.* Berlin : Springer Nature. P. 604.

<sup>23</sup> Комиссия международного права. Глава XII. *Указ. соч.*

<sup>24</sup> Dörr O., Schmalenbach K. *Op.cit.* P. 608–609.

двусторонние или многосторонние соглашения, общие принципы права)<sup>25</sup>. Ссылаясь на положения Устава ООН 1945 года, О. Дерр и К. Шмаленбах расширяют этот перечень источников норм международного права резолюциями Совета Безопасности ООН.

Второй элемент правила состоит в том, что норма должна применяться «в отношениях между участниками». Возникает вопрос о том, требуется ли, чтобы все участники международного договора были связаны применяемыми «внешними» нормами международного права, или достаточно того, что эти нормы устанавливают права и обязательства только тех сторон толкуемого соглашения, которые, например, непосредственно вовлечены в спор по этому поводу<sup>26</sup>. То есть намеренно ли не используется слово «все» в имеющейся формулировке анализируемого пункта? На практике Орган по разрешению споров ВТО (далее — ОРС ВТО) использовал ограничительный подход в деле *Европейский союз — Утверждение и маркетинг биотехнических товаров* 2006 года. Заключение третейской группы базируется на трех основных идеях. Во-первых, ссылаясь на статью 2(g) ВКПМД, группа истолковала используемое в Конвенции слово «участник» как «все государства — стороны конвенции», а не только государства, вовлеченные в спор, и утверждала, что «участник» означает государство, которое согласилось на обязательность для него договора и для которого договор находится в силе. Во-вторых, отмечалась необходимость обеспечивать согласованность, то есть предотвращение коллизии толкуемых норм с нормами, закрепленными в применяемых международных договорах, сторонами которых выступают эти же государства<sup>27</sup>. В-третьих, третейская группа обратила внимание на неочевидный вопрос о том, будет ли государство применять для себя обязательное толкование положений договора в свете тех международных норм, которые закреплены в соглашениях, стороной которых оно не является<sup>28</sup>. Исходя из вышеперечисленного, в рамках ОРС ВТО было установлено, что сторонами применяемых международных договоров в качестве средств толкования должны быть не только спорящие государства, но и иные стороны соглашения, положения которого толкуются таким системным подходом: в рассмотренном деле ими выступали все члены ВТО<sup>29</sup>. В доктрине озвучиваются и иные точки зрения. Так, согласно трудам О. Дерра и К. Шмаленбаха, можно допускать исключения. В частности, если толкуемое международно-правовое обязательство конфликтующих сторон, в том числе проистекающее из многостороннего соглашения, фактически имеет синаллагматический (двусторонний) характер и не действует *erga omnes partes*, значит, оно может толковаться в контексте международных норм, действующих только между этими двумя сторонами<sup>30</sup>. В данном вопросе отдельного внимания заслуживает заключение КМП относительно обязательности следовать дальнейшей практике всех сторон толкуемого международного договора для цели толкования по пункту 3(b) статьи 31 ВКПМД. КМП отмечает, что молчание или бездействие можно квалифицировать как согласие с практикой, в процессе которой толкуется международный договор, однако такой подход является сложным и зависящим от обстоятельств каждого конкретного случая<sup>31</sup>.

Наконец, обратимся к категории «любые соответствующие нормы». Слово «соответствующие» в доктрине раскрывается как определение, указывающее, что нормы должны касаться существа рассматриваемого термина в международном договоре<sup>32</sup>.

Говоря о практической стороне вопроса, можно отметить, что международные судебные учреждения в целом неоднократно обращались к системному толкованию. Например, в деле о *нефтяных платформах* 2003 года при толковании пункта 1(d) статьи XX<sup>33</sup> Договора о дружбе, экономических отношениях и консульских правах между США и Ираном 1955 года Суд сослался на общее правило толкования, отраженное в пункте 3(c) статьи 31 ВКПМД, отклонив следующий пассаж:

<sup>25</sup> Villiger M. E. *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden : Martinus Nijhoff Publishers and VSP. 2009. P. 432–433.

<sup>26</sup> Dörr O., Schmalenbach K. *Op.cit.* P. 606, 610.

<sup>27</sup> WTO. *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*. DS291. Report of the Panel of 29 September 2006. § 7.70.

<sup>28</sup> *Ibid.* § 7.71.

<sup>29</sup> *Ibid.* § 7.68.

<sup>30</sup> Dörr O., Schmalenbach K. *Op.cit.* P. 610–611.

<sup>31</sup> *Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice*. *Op.cit.* § 12, 18. P. 79–80.

<sup>32</sup> Villiger M. E. *Op.cit.* P. 432–433.

<sup>33</sup> «Настоящий Договор не препятствует применению мер... необходимых для выполнения обязательств Высокой Договаривающейся Стороны по поддержанию или восстановлению международного мира и безопасности или необходимых для защиты ее существенных интересов безопасности».

пункт 1(d) статьи XX Договора 1955 года был задуман как действующий полностью независимо от соответствующих норм международного права, касающихся применения силы, с тем, чтобы на него можно было успешно сослаться... при подаче заявления о нарушении Договора в связи с незаконным применением силы. Таким образом, применение соответствующих норм международного права, относящихся к этому вопросу, является неотъемлемой частью задачи толкования<sup>34</sup>.

Точно так же Суд, руководствуясь положениями ВКПМД, применял положения Соглашения о дружбе и сотрудничестве между Джибути и Францией 1977 года при толковании Конвенции о взаимной помощи по уголовным делам 1986 года<sup>35</sup> или же положения Конвенции по морскому праву 1982 года при толковании Меморандума о взаимопонимании между Сомали и Кенией 2009 года<sup>36</sup>.

Таким образом, можно сделать вывод, что системное толкование выступает неотъемлемой частью всего процесса толкования, предусмотренного статьей 31 ВКПМД. Его целью является обеспечение развития системы международно-правовых отношений как единого целого посредством применения к раскрытию сущности международного договора норм международного права, распространяющих свое действие на стороны спора и актуальных с учетом предмета спора. С практической точки зрения системное толкование не ограничено обращением к принципу интертемпоральности, несмотря на то, что вопрос о нем поднимался в одном из первых проектов ВКПМД.

## 1.2. Обычай как «норма международного права», используемая в системном толковании

Согласно тексту пункта 3(с) статьи 31 ВКПМД толкование проводится с использованием «нормы международного права». В отечественной научной литературе «нормы» раскрываются как «правила поведения, которые признаются государствами и другими субъектами международного права как юридически обязательные, а значит, нарушение которых влечет за собой международно-правовую ответственность»<sup>37</sup>. Такого же подхода придерживаются и за рубежом. Так, К. Маклахлан указывает, что под термином «нормы международного права» понимаются те положения международного права, которые были сформулированы в качестве нормы как таковой, берущей начало в источниках международного права<sup>38</sup>. Аналогичного мнения придерживаются Ф. Дж. Лапорта, А. Пеценик и Ф. Шауэр<sup>39</sup>. Непосредственно сами источники закреплены в статье 38 Статута Международного Суда.

С учетом цели настоящей работы обращает на себя внимание тот факт, что для системного толкования норм, касающихся международных экономических и экологических вопросов, значительную роль приобретают те отраслевые принципы международного экологического права, которые стали признанными международными обычаями. Таким образом, их применение стало обязательным и обращение к ним как к «нормам международного права», обозначенным в пункте 3(с) статьи 31 ВКПМД, является обоснованным. КМП специально указала на то, что «пункт 3(с) статьи 31 касается случая, когда при толковании учитываются материальные источники, не относящиеся к данному договору. Они могут включать в себя <...> обычные нормы»<sup>40</sup>. Далее КМП подчеркнула, что стороны договора «обязаны обращаться к международному обычному праву <...> по всем вопросам, которые прямо не урегулированы в самом договоре»<sup>41</sup>.

Сформировавшийся международный обычай имеет две обязательные составляющие: «установившаяся, широко распространенная, последовательная (без отсутствия противоречий со стороны других государств) практика государств», выраженная в виде принимаемых нормативных правовых актов, судебной практики, дипломатических действий, публичных заявлений от имени руководства государства, принятых в рамках ООН международных документов и др., и «субъективный элемент (ее признание в качестве права), известный как *opinio juris sive necessitatis* (убежденность в правомерности и необходимости)»<sup>42</sup>, то есть «осознание, что такая общая практика соответствует

<sup>34</sup> ICJ. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Judgment of 6 November 2003. §41.

<sup>35</sup> ICJ. *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*. Judgment of 4 June 2008. §112–114.

<sup>36</sup> ICJ. *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*. Judgment of 2 February 2017. §89.

<sup>37</sup> Вылегжанин А. Н. [и др.]. *Указ. соч.* С. 58–59.

<sup>38</sup> McLachlan C. *Op.cit.* P. 290.

<sup>39</sup> Laporta F. J., Peczenik A., Schauer F. *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. // Law and Philosophy Library. Vol. 83. Netherlands : Springer. 2007. P. 194.*

<sup>40</sup> Комиссия международного права. *Указ. соч.* С. 218.

<sup>41</sup> Там же.

<sup>42</sup> Вылегжанин А. Н., Каламкарян Р. А. *Значение международного обычая в современном международном праве // Московский журнал международного права. 2012. № 2. С. 5–29. URL: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2012-2-5-29> (дата обращения: 28.12.2023).*

праву», что и является отличительной чертой обычая от обыкновения (англ.: *usage*)<sup>43</sup>. По мнению КМП, «международное обычное право применимо к толкованию международного договора в случаях когда: договорная норма является неясной или допускает разночтения; употребляемые в договоре термины имеют общепризнанное значение в международном обычном праве <...>, в договоре ничего не сказано о применимом праве, и толкователю для решения проблемы необходимо <...> обращаться к нормам, сформировавшимся в другой отрасли международного права»<sup>44</sup>.

Таким образом, международный обычай, являясь нормой международного права в понимании статьи 38 Статута Международного Суда, представляет собой один из инструментов системного толкования.

## 2. Ретроспективный анализ применения принципов международного экологического права для системного толкования норм международного экономического права

### 2.1. Принципы международного экологического права, выкристаллизовавшиеся в международный обычай

С учетом ключевой темы настоящей статьи, а именно толкования в условиях возможной коллизии норм международных договоров по экономическим и экологическим вопросам, проанализированной доктрины<sup>45</sup> и отсутствия единого общепринятого подхода к классификации отраслевых принципов международного экологического права, для анализа были выбраны следующие из них:

- принцип суверенитета государств над своими природными ресурсами;
- принцип недопустимости нанесения трансграничного ущерба окружающей среде;
- превентивный принцип; и
- принцип природоохранного сотрудничества.

#### 2.1.1. Принцип суверенитета государств над своими природными ресурсами

Принцип суверенного равенства государств закреплен в п. 1 ст. 2 Устава ООН<sup>46</sup>. Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами 1970 года (далее — Декларация о принципах международного права), раскрывает его субстантивное содержание. В соответствии с ней «суверенное равенство» субъектов международного права включает в том числе право «свободно выбирать и развивать свои политические, социальные, экономические и культурные системы». Производным от данного принципа является принцип суверенитета государств над своими природными ресурсами. Его формулировка указана в Принципе 2 Декларации Рио-де-Жанейро по окружающей среде и развитию 1992 года (далее — Декларация Рио-де-Жанейро).

Указанный принцип международного экологического права<sup>47</sup> неоднократно входил в повестку дня ГА ООН. С шестой сессии ГА ООН 1952 года было принято более чем 80 соответствующих резолюций<sup>48</sup>. Первая касалась темы интегрированного экономического развития и торговых соглашений (A/RES/523 (VI))<sup>49</sup>. Также важную роль сыграла резолюция ГА ООН 1962 года «Неотъемлемый суверенитет над естественными ресурсами». Согласно этому документу «право народов и наций на неотъемлемый суверенитет над их естественными богатствами и ресурсами должно осуществляться в интересах их национального развития и благосостояния населения соответствующих государств»<sup>50</sup>.

К нормам международных договоров, закрепляющих этот принцип, относят пункт 3 статьи об исключительном суверенном праве государств над своими водно-болотными угодьями Конвенции о водно-болотных угодьях, имеющих международное значение, главным образом в качестве

<sup>43</sup> Там же.

<sup>44</sup> Комиссия международного права. Указ.соч. С. 219.

<sup>45</sup> См. Боклан Д. С. Указ.соч. С. 59–86; Копылов М. Н., Копылов С. М. *К вопросу о формировании каталога специальных принципов международного экологического права* // Вестник Волгоградского государственного университета. Сер. 5, Юриспруд. 2014. № 4. С. 8–18; Вылегжанин А. Н. [и др.]. Указ.соч. С. 73; Sands P., Peel J., Fabra A. A., MacKenzie R. *Principles of International Environmental Law*. New York : Cambridge University Press, 2018. P. 246.

<sup>46</sup> Устав ООН, 1945. URL: <https://www.un.org/ru/about-us/un-charter/full-text> (дата обращения: 24.07.2023).

<sup>47</sup> Sands P. *Op. cit.* P. 236.

<sup>48</sup> Schrijver N. *Sovereignty over Natural Resources, Balancing Rights and Duties*. Cambridge : Cambridge University Press. 1997.

<sup>49</sup> Генеральная Ассамблея ООН. *Интегрированное экономическое развитие и торговые соглашения*. A/RES/523 (VI). 1952.

<sup>50</sup> Генеральная Ассамблея ООН. *Неотъемлемый суверенитет над естественными ресурсами*. A/RES/1803 (XVII). 1962.

местообитаний водоплавающих птиц 1971 года<sup>51</sup> (вступила в силу в 1975 году, 172 стороны<sup>52</sup>) (далее — Рамсарская конвенция); статью 4 Амазонского пакта о сотрудничестве 1978 года (вступил в силу в 1980 году, восемь сторон<sup>53</sup>), закрепляющую, что «исключительное использование и освоение природных ресурсов в пределах их соответствующих территорий является правом, неотъемлемым от суверенитета каждого государства»<sup>54</sup>; статью 193 Конвенции ООН по морскому праву 1982 года (вступила в силу в 1994 году, 168 сторон<sup>55</sup>), которая наделяет стороны «суверенным правом разрабатывать свои природные ресурсы», комплементарно ограниченным обязанностью по защите и сохранению морской среды<sup>56</sup>; преамбулу Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением 1989 года (вступила в силу в 1992 году, 190 сторон<sup>57</sup>); статью 3 Конвенции о биологическом разнообразии 1992 года (далее — КОБР) (вступила в силу в 1993 году, 196 сторон<sup>58</sup>), в которой присутствует ссылка на Устав ООН 1945 года и принципы международного права, а также содержится формулировка о «суверенном праве разрабатывать собственные ресурсы»<sup>59</sup>. Кроме того, данный принцип закреплен в Международном пакте о гражданских и политических правах 1966 года и Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах 1966 года. В деле *о военных действиях на территории Конго* 2005 года Суд указал, что рассматриваемый принцип представляет собой международный обычай<sup>60</sup>.

Таким образом, принцип суверенитета государств над своими природными ресурсами, являясь международным обычаем, может использоваться в качестве нормы международного права в целях системного толкования.

### 2.1.2. Принцип недопустимости нанесения трансграничного ущерба окружающей среде

Не являясь абсолютным, принцип суверенитета над природными ресурсами ограничивается корреспондирующим обязательством государств предотвращать трансграничный ущерб<sup>61</sup>. Оно выражено в отраслевом принципе недопустимости нанесения трансграничного ущерба окружающей среде, признанном международным обычаем. Помимо Принципа 14 Декларации Рио-де-Жанейро, он закреплен в статье I и статье VI Конвенции по предотвращению загрязнения моря сбросами отходов и других материалов 1972 года (вступила в силу в 1975 году, 87 сторон<sup>62</sup>); в статьях 193 и 194 Конвенции ООН по морскому праву 1982 года; в статье 2 Венской конвенции об охране озонового слоя 1985 года (вступила в силу в 1988 году, 198 сторон<sup>63</sup>); в статье 20 Соглашения АСЕАН о сохранении природы и природных ресурсов 1985 года (не вступила в силу, 6 сторон<sup>64</sup>), при этом в ней принцип приравнивается к основным принципам международного права<sup>65</sup>.

В судебной практике ключевым является арбитражное решение по делу *Трейл Сметтер (США против Канады)* 1935 года<sup>66</sup>. А. М. Солнцев разделяет позицию профессора А. С. Тимошенко,

<sup>51</sup> Конвенция о водно-болотных угодьях, имеющих международное значение, главным образом, в качестве местообитаний водоплавающих птиц. 1971. URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/waterfowl.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/waterfowl.shtml) (дата обращения: 28.12.2023).

<sup>52</sup> *Contracting Parties to the Ramsar Convention*. URL: [https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/annotated\\_contracting\\_parties\\_list\\_e.pdf](https://www.ramsar.org/sites/default/files/documents/library/annotated_contracting_parties_list_e.pdf) (дата обращения: 28.12.2023).

<sup>53</sup> *Amazonian Cooperation Treaty Organization*. URL: <http://otca.org/en/> (дата обращения: 28.12.2023).

<sup>54</sup> *Treaty for Amazonian Cooperation*. 1978. URL: <http://otca.org/en/wp-content/uploads/2021/01/Amazon-Cooperation-Treaty.pdf> (дата обращения: 28.12.2023).

<sup>55</sup> *United Nations Convention on the Law of the Sea*. URL: [https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXI-6&chapter=21&Temp=mtdsg3&clang=en) (дата обращения: 28.12.2023).

<sup>56</sup> Конвенция Организации Объединенных Наций по морскому праву. 1982. URL: [https://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_r.pdf](https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_r.pdf) (дата обращения: 28.12.2023).

<sup>57</sup> *Parties to the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal*. URL: <http://www.basel.int/Countries/StatusofRatifications/PartiesSignatories/tabid/4499/Default.aspx#note1> (дата обращения: 28.12.2023).

<sup>58</sup> *List of Parties*. URL: <https://www.cbd.int/information/parties.shtml> (дата обращения: 28.12.2023).

<sup>59</sup> Конвенция о биологическом разнообразии. 1992. URL: [https://www.un.org/ru/documents/decl\\_conv/conventions/biodiv.shtml](https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/biodiv.shtml) (дата обращения: 28.12.2023).

<sup>60</sup> ICJ. *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*. Judgment of 19 December 2005. §244.

<sup>61</sup> Sands P. *Op.cit.* P. 246.

<sup>62</sup> *Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matter*. URL: <https://www.ecolex.org/details/convention-on-the-prevention-of-marine-pollution-by-dumping-of-wastes-and-other-matter-tre-000420/participants/> (дата обращения: 28.12.2023).

<sup>63</sup> Все государства-члены ООН, Святой Престол, Палестина, о-в Ниуэ и о-ва Кука, Европейский союз.

<sup>64</sup> ASEAN Legal Instruments. URL: <https://agreement.asean.org/agreement/detail/207.html> (дата обращения: 28.12.2023).

<sup>65</sup> *ASEAN Agreement on the Conservation of Nature and Natural Resources*. 1985. URL: <http://www2.ecolex.org/server2neu.php/libcat/docs/TRE/Full/En/TRE-000820.txt> (дата обращения: 28.12.2023).

<sup>66</sup> Солнцев А. М. *Практикум по международному экологическому праву : учебное пособие*. М. : Российский университет дружбы народов. 2011. С. 159.

полагающего, что данное решение подтвердило применимость общего принципа права *sic utere tuo u alienum non laedas* (используй свое имущество таким образом, чтобы не наносить вреда имуществу других) к межгосударственным отношениям по вопросам окружающей среды, а также привело к формированию нового отраслевого принципа<sup>67</sup>. Не менее важным предстает решение Суда по делу о заливе Корфу (*Великобритания против Албании*) 1949 года<sup>68</sup>. Также в качестве примера стоит упомянуть консультативное заключение Суда по вопросу правомерности применения или угрозы применения ядерного оружия 1996 года, в котором сказано, что

существование общего обязательства государств обеспечивать, чтобы их деятельность в пределах своей юрисдикции и контроль над ней проводились с учетом сохранности окружающей среды других государств и районов за пределами его юрисдикции составляют часть международного права по вопросам окружающей среды.<sup>69</sup>

Из вышеизложенного следует, что к принципу недопустимости нанесения трансграничного ущерба окружающей среде, признаваемому мировым сообществом международным обычаем, можно обращаться при системном толковании норм международных договоров, касающихся не только экологических, но и экономических вопросов.

### 2.1.3. Превентивный принцип

Суть превентивного принципа сводится к позитивной обязанности государств снижать экологический ущерб и предпринимать все возможные меры по предотвращению данного ущерба в пределах своих юрисдикций, что отличает его от двух выше проанализированных принципов<sup>70</sup>. Он закреплен в Принципах 17 и 19 Декларации Рио-де-Жанейро.

Признание данной нормы в качестве международного обычая отмечено в международной судебной практике. Так, Суд в деле *Целлюлозные заводы на реке Уругвай (Аргентина против Уругвая)* 2010 года пришел к соответствующему выводу, дополнительно отметив прямую связь данной нормы с принципом должной осмотрительности (англ.: *due diligence; due care*)<sup>71</sup>.

Кроме того, в комментарии 10 к статье 4 Проекта статей о предотвращении трансграничного ущерба от опасных видов деятельности КМП указывает, что принцип должной осмотрительности — «обязательство государства предпринять односторонние меры для предотвращения значительного трансграничного ущерба или в случае любого происшествия минимизировать его риски»<sup>72</sup>. В качестве примеров приводятся разработка и должное исполнение нормативного правового регулирования по вопросам предотвращения значительного трансграничного ущерба или снижение до нуля рисков такого ущерба. Дополнительно КМП выделяет составляющие принципа должной осмотрительности, которые параллельно с этим являются и основой превентивного принципа: (1) должная степень осторожности, соответствующая надлежащему правлению; (2) должным образом функционирующая нормативная правовая система; (3) наличие достаточных ресурсов для поддержания нормального административного аппарата, осуществляющего контроль и мониторинг деятельности, представляющей угрозу<sup>73</sup>.

Также превентивный принцип определен как международный обычай Международным трибуналом по морскому праву (далее — МТМП) в консультативном заключении 2011 года, в рамках которого трибунал представил разъяснение по вопросу об ответственности и обязательствах государств, поручающихся за ведущую деятельность в Районе физических и юридических лиц. МТМП выделил два вида обязательств, одним из которых было прилагать максимально возможные усилия для обеспечения соблюдения положений, указав на связь между рассматриваемым принципом и принципом должной осмотрительности. При этом МТМП подчеркнул, что обязательство «должной

<sup>67</sup> Там же. С. 99–100.

<sup>68</sup> ICJ. *Corfu Channel (United Kingdom v. Albania)*. Judgment of 9 April 1949. P. 22.

<sup>69</sup> ICJ. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Advisory Opinion of 8 July 1996. §29.

<sup>70</sup> Sands P. *Op. cit.* P. 246.

<sup>71</sup> ICJ. *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*. Judgment of 20 April 2010. §101.

<sup>72</sup> *International Law Commission. Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities, with commentaries*. 2001. URL: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_7\\_2001.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_7_2001.pdf) (дата обращения: 28.12.2023).

<sup>73</sup> Там же.

осмотрительности может изменяться в течение времени и зависит от уровня риска и вида деятельности»<sup>74</sup>.

Из вышесказанного следует, что, являясь международным обычаем, превентивный принцип может использоваться в системном толковании.

#### 2.1.4. Принцип природоохранного сотрудничества

Согласно п. 3 ст. 1 Устава ООН, к основным принципам международного права также относится обязанность государств сотрудничать друг с другом. Согласно Декларации о принципах международного права, сотрудничество государств должно осуществляться

в различных областях международных отношений с целью поддержания международного мира и безопасности и содействия международной экономической стабильности и прогрессу, общему благосостоянию народов и международному сотрудничеству.

Аналогично указанная обязанность закреплена в Заключительном акте Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе 1975 года в качестве Принципа IX.

В международном экологическом праве сотрудничество государств закреплено практически во всех международных документах обязательного и декларативного характера<sup>75</sup>, в том числе как Принцип 27 в Декларации Рио-де-Жанейро; в преамбуле и статьях 100, 118, 123, 129, 197, 242–244, 270 Конвенции ООН по морскому праву 1982 года; в статье 2 Венской конвенции об охране озонового слоя 1985 года; в статье 5 с указанием «насколько это возможно и уместно» КОБР и др. При этом с учетом многогранности экологических вопросов само по себе требование сотрудничать в зависимости от сферы отношений может дополнительно быть реализовано через специальные формы, предусмотренные в соответствующих международных договорах: проведение оценки воздействия на окружающую среду (далее — ОВОС); обмен информацией, в том числе о чрезвычайных ситуациях; консультации и уведомления; контроль применения единых экологических стандартов и т.д.<sup>76</sup>

Если обратиться к судебной практике, то в 2001 году МТМП в решении по делу *о заводе Мокс (Ирландия против Соединенного Королевства)* отметил

обязанность сотрудничать в качестве основополагающего принципа предотвращения загрязнения морской среды согласно не только части XII Конвенции ООН по морскому праву 1982 года, но и общему международному праву<sup>77</sup>.

Также Суд в решении по делу *Целлюлозные заводы на реке Уругвай (Аргентина против Уругвая)* 2010 года подтвердил, что результаты ОВОС должны быть предоставлены другой стороне для завершения процесса оценки деятельности<sup>78</sup>, а само проведение ОВОС промышленной деятельности, представляющей угрозу нанесения трансграничного ущерба, является «требованием общего международного права»<sup>79</sup>. Таким образом, принцип природоохранного сотрудничества может использоваться в системном толковании как норма международного права.

Резюмируя сказанное в первом разделе данной части статьи, можно констатировать, что при толковании экологических и экономических международных договоров применимы следующие принципы международного экологического права, рассматриваемые согласно пункту 3(с) статьи 31 ВКПМД в качестве норм международного права: (1) принцип суверенитета государств над своими природными ресурсами; (2) принцип недопустимости нанесения трансграничного ущерба окружающей среде; (3) превентивный принцип и (4) принцип природоохранного сотрудничества.

<sup>74</sup> ITLOS. *Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area*. Advisory Opinion of 1 February 2011. P. 74.

<sup>75</sup> Sands P. *Op. cit.* P. 250.

<sup>76</sup> *Ibid.* P. 250.

<sup>77</sup> ITLOS. *The MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*. Order of 3 December 2001. §82.

<sup>78</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay*. §119.

<sup>79</sup> *Ibid.* §204.

## 2.2. Эффективность применения принципов международного экологического права для системного толкования норм международного экономического права

Оценка эффективности применения принципов международного экологического права для системного толкования норм международного экономического права предполагает обращение к практике ОРС ВТО, Суда и Постоянной палаты третейского суда (далее — ППТС). В настоящей статье ключевым критерием отбора межгосударственных споров выступило не столько использование системного толкования как такового, сколько наличие стоявшего перед международными судебными учреждениями вопроса о «примирении» экономических и экологических интересов, урегулированных разными международными актами договорного и недоговорного характера. Каждое дело анализировалось с точки зрения прямого или косвенного применения системного толкования с целью выявления эффективности данного вида толкования, и, как следствие, определения необходимости обращения к нему в рамках будущей правоприменительной практики и выявления направлений его совершенствования в будущем. Этот фокус обуславливает новизну представленного исследования.

В работе рассмотрены следующие дела, демонстрирующие насущные проблемы коллизии международных экологических и экономических норм: (1) *США — Запрет импорта креветок и продуктов из креветок*; (2) *Габчиково-Надьмарош*; (3) *о целлюлозных заводах на реке Уругвай (Аргентина против Уругвая)*; (4) *по водам Инда Кишенганга (Пакистан против Индии)* и (5) *дело Индонезия — Сырьевые материалы* в рамках ВТО.

### 2.2.1. ОРС ВТО. Дело о запрете импорта креветок и продуктов из креветок 1998 года

В 1996 году на площадке ОРС ВТО Индия, Малайзия, Пакистан и Таиланд начали консультации с США. По их мнению, введя запрет импорта креветок, США нарушили статью XI Генерального соглашения по тарифам и торговле 1994 года (далее — ГАТТ). Ограничительная мера касалась креветок, при вылове которых использовались сети, куда попадались морские черепахи, что приводило к гибели этих животных. Основным аргументом позиции США была квалификация данной меры в качестве общего исключения по статье XX(g) ГАТТ, согласно которой договаривающиеся стороны могут вводить ограничения, имеющие отношение к сохранению природных ресурсов, которым свойственно истощение, при этом государства должны ограничивать и национальное производство или потребление соответствующих ресурсов. Третьей группой отклонила аргументы США, что стало причиной инициирования апелляционной процедуры со стороны последних.

В докладе Апелляционного органа 1998 года подробно рассматривается вопрос применимости норм международного экологического права к соглашениям ВТО, в частности к ГАТТ. Этому способствовало заявление США о неверном толковании третьей группой статьи XX ГАТТ, базирующемся на изоляции ГАТТ как сугубо торгового соглашения, нивелирующего другие отношения государства и его интересы.

Апелляционный орган прибегнул к системному толкованию дважды. Во-первых, для определения возможности отнесения живых биологических ресурсов к категории «живые природные ресурсы». Во-вторых, чтобы понять, могут ли живые природные ресурсы, на сохранение которых направлена государственная мера, попадать под действие общего исключения статьи XX(g) ГАТТ.

По первому вопросу Апелляционный орган указал, что «исчерпаемость» природных ресурсов и их «возобновляемость», свойственная морским черепахам, не являются взаимно исключающими категориями, потому что живые организмы, по своей природе способные к размножению, в определенных условиях могут стать уязвимыми к истощению, истощению и уничтожению чаще всего вследствие деятельности человека, то есть живые организмы такие же исчерпаемые, как нефть, железная руда и другие неживые ресурсы<sup>80</sup>. Само же понятие «природные ресурсы» не является статичным и должно расширительно толковаться с учетом существующей договорной практики и включать в себя как живые, так и неживые ресурсы. В частности, Апелляционный орган ссылался на статьи 56, 61 и 62 Конвенции по морскому праву 1982 года, КОБР (понятие «биологические ресурсы»), Повестку дня на XXI век (где дается широкое толкование термину «природные ресурсы») и Резолюцию о помощи развивающимся странам, принятую совместно с Конвенцией о сохранении мигрирующих видов диких животных 1979 года (мигрирующие виды закреплены как значительная

<sup>80</sup> WTO. *United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*. DS58. Report of the Appellate Body of 12 October 1998. §128.

часть живых природных ресурсов)<sup>81</sup>. Кроме того, Апелляционным органом было отмечено, что, поскольку текст ГАТТ был принят более 50 лет назад, выражение «исчерпаемые природные ресурсы» должно толковаться с учетом актуальности вопросов защиты и сохранения окружающей среды<sup>82</sup>.

Во втором случае Апелляционный орган обратился к Приложению I Конвенции о международной торговле видами дикой фауны и флоры, находящимися под угрозой исчезновения 1973 года (далее — СИТЕС). Оно распространяет свое действие на все виды, которые находятся под угрозой исчезновения, а значит, торговля ими оказывает или может оказать на их представителей негативное влияние. Данное Приложение включает все семь видов морских черепах, в отношении которых была направлена экологическая мера США. Исходя из всего вышеперечисленного, Апелляционный орган пришел к выводу об исчерпаемости данного вида животных<sup>83</sup>.

Несмотря на то, что морские черепахи являются мигрирующим видом, Апелляционный орган указал на особые обстоятельства рассматриваемого дела и посчитал наличие достаточной связи между указанными мигрирующими и находящимся под угрозой исчезновения морскими популяциями организмов и США для целей статьи XX(g) ГАТТ<sup>84</sup>. Это, в свою очередь, позволило ответчику ввести меры по управлению данными природными ресурсами.

Проанализировав логику рассуждения Апелляционного органа, можно сделать следующие выводы. ОРС ВТО прибегнул к системному толкованию положения международного экономического соглашения, в частности статьи XX(g) ГАТТ, через призму экологических норм, закрепленных в иных международных договорах. Эффективность применения системного толкования подтверждает тот факт, что после вторичного заявления Малайзии относительно невыполнения рекомендаций ОРС ВТО США был найден взаимоприемлемый компромисс. В частности, государство-ответчик изменило законодательство, оставив требование реализовывать «сравнительно эффективную» программу по сохранению морских черепах при вылове креветок без привязки к своим национальным стандартам, тогда как государство-заявитель получило право экспорта при условии соблюдения указанного требования<sup>85</sup>. Важно отметить, что наличие конвенций, предметом регулирования которых являются обозначенные в деле биологические ресурсы, позволило Апелляционному органу применить по существу широко сформулированные экономические термины в контексте положений международных договоров, регулирующих относительно узкие и точечные вопросы международного экологического права. В связи с этим ОРС ВТО не было необходимости обращаться к *принципу суверенитета государств над своими природными ресурсами*. Когда же в практике ОРС ВТО встал вопрос о регулировании отношений вокруг природных ископаемых, не имеющих аналогичного договорного механизма, то данному международному учреждению пришлось обратиться к указанному принципу, который в деле *о сырьевых материалах 2022 года* выявил существующую проблему.

## 2.2.2. ОРС ВТО. Дело о сырьевых материалах 2022 года

Европейский союз оспаривал две государственные меры Индонезии: запрет экспорта никелевой руды с 2014 года и требование о переработке всего никеля на экспорт в Индонезии (англ.: *the Domestic Processing Requirement*)<sup>86</sup>. Правовым основанием дела послужило нарушение пункта 1 статьи XI ГАТТ, согласно которому сторонам ГАТТ запрещено устанавливать или сохранять запреты или ограничения на экспортно-импортные операции с любыми товарами. Со своей стороны Индонезия заявляла, что упомянутые меры подпадают под исключение пункта 2(a) статьи XI ГАТТ, предусмотренное для предотвращения и снижения риска критического сокращения запасов существенно важных для нее товаров. Такое заявление возлагает на ответчика бремя доказывания факта принятия ограничений как вынужденной меры в условиях, описанных в ГАТТ<sup>87</sup>. В качестве альтернативы Индонезия обратилась к исключению по статье XX(d) ГАТТ: введение меры необходимо «для обеспечения соответствия законам или правилам, не противоречащим положениям» ГАТТ.

Третьей группой использовалась системное толкование на этапе рассмотрения применимости исключения по статье XI ГАТТ к оспариваемым мерам. Она заявила, что Индонезия не смогла доказать, что никелевая руда имеет для нее «существенное значение» (англ.: *essential*), то есть

<sup>81</sup> *Ibid.* §130.

<sup>82</sup> *Ibid.* §129.

<sup>83</sup> *Ibid.* §132.

<sup>84</sup> *Ibid.* §133.

<sup>85</sup> Боклан Д. С. *Указ. соч.* С. 313–314.

<sup>86</sup> WTO. *Indonesia — Measures Relating to Raw Materials*. DS592. Report of the Panel of 30 November 2022. §2.1, 2.2.

<sup>87</sup> *Ibid.* §7.21.

является «абсолютно незаменимой или необходимой» (англ.: *[a]bsolutely indispensable or necessary*)<sup>88</sup>. Она представила три довода, обосновавших такой вывод. Во-первых, Индонезия еще не запустила производство батарей электромобилей, для которого никелевая руда является исходным сырьем и которое, как планируется, в будущем обеспечит новые рабочие места и создаст источник дохода государственного бюджета. Во-вторых, производство нержавеющей стали в тот момент составляло малую часть экономики Индонезии (среди доказательств была предоставлена информация о низкой доле рабочей силы, задействованной в данном секторе экономики, и о малых поступлениях в государственный бюджет в период 2012–2020 годов). В-третьих, Индонезия не представила доказательств того, что продукты вышеуказанных производств являются важным сырьем для других отраслей промышленности Индонезии<sup>89</sup>.

Следующим элементом теста по статье XI ГАТТ является доказательство наличия «критического недостатка продовольствия или других товаров» (англ.: *critical shortage*). Третьей группой раскрыто содержание данного выражения как «отсутствие необходимого количества, которое является решающим и приводит к ситуации решающего значения, или достигает жизненно важной или решающей стадии, или переломного момента»<sup>90</sup>. Несмотря на то что в практике ОРС ВТО системное толкование в свое время позволило отнести исчерпаемые природные ресурсы к категории товаров, которые могут попадать под соответствующее определение, в этот раз третьей группой не смогла прийти к такому выводу по никелю. Она заключила, что (1) не установлен факт критического недостатка; и (2) в принципе отсутствует возможность восполнения природного ресурса, потому что презюмируется, что мера по статье XI должна приниматься на временной основе.

Важно, что третьей группой высказалась в поддержку использования общих принципов обычного международного права при толковании норм ГАТТ, то есть в данном деле таким обычаем был *принцип постоянного суверенитета над природными ресурсами*. Однако при этом нельзя пренебрегать обязательствами по Марракешскому соглашению 1994 года, ратификация которого является наглядным примером реализации государством своего суверенитета. Такой сбалансированный подход был призван гарантировать гармоничность процесса толкования. Исходя из вышесказанного и необходимости толковать ГАТТ с учетом целей, отраженных в преамбуле Марракешского соглашения 1994 года, в том числе связанных с устойчивым развитием, третьей группой пришла к выводу, что пункт 2(а) статьи XI ГАТТ распространяется на исчерпаемые природные ресурсы<sup>91</sup>, но при этом критическая нехватка исчерпаемого природного ресурса не может заключаться лишь в том, что при обычных рыночных условиях предложение не может удовлетворить спрос в настоящее время или по прогнозам на будущее, как в случае с никелем в рассматриваемом деле<sup>92</sup>.

Таким образом, можно предположить, что проблема применения *принципа суверенитета над природными ресурсами* к международным экономическим нормам сводится к выявлению того момента, когда «природные ресурсы» переходят в категорию «товаров», а значит, все государственные меры, направленные на них в данном качестве, начинают попадать в сферу «права» ВТО. Данную концепцию можно сравнить с морским правом. Так, согласно пункту 2 статьи 137 Конвенции по морскому праву 1982 года ресурсы Района не подлежат отчуждению, но при этом «полезные ископаемые, добываемые в Районе, могут быть отчуждены».

Параллельно с этим статья 133 данного международного договора следующим образом раскрывает термины:

«ресурсы» означают все твердые, жидкие или газообразные минеральные ресурсы, включая полиметаллические конкреции, *in situ* в Районе на морском дне или в его недрах; ресурсы, когда они извлечены из Района, рассматриваются как «полезные ископаемые».

Из практики разрешения торговых споров до учреждения ВТО стоит обратиться к делу *Канада — Сельдь и лосось* от 1988 года. Тогда третьей группой пришла к выводу, что нормы ГАТТ 1947 года не распространяются на меры, ограничивающие вылов рыбы (англ.: *upstream measures*), но охватывают лишь меры, которые вводят ограничения на экспорт рыбы после ее вылова<sup>93</sup>. Иными словами, право

<sup>88</sup> *Ibid.* §7.93.

<sup>89</sup> *Ibid.* §7.101.

<sup>90</sup> Англ.: *those deficiencies in quantity that are crucial, that amount to a situation of decisive importance, or that reach a vitally important or decisive stage, or a turning point.*

<sup>91</sup> *Indonesia – Measures Relating to Raw Materials.* §7.137.

<sup>92</sup> *Ibid.* §7.138.

<sup>93</sup> WTO. *Canada — Measures Affecting Exports of Unprocessed Herring and Salmon.* Report of the Panel of 22 March 1988. § 4.3.

ВТО становится применимым только после того, как природный ресурс прошел через производственный процесс и был переработан в товар, готовый к обмену и торговле. Если это право и распространяется на стадию, предшествующую производственному процессу, то только в той степени, в какой это необходимо для того, чтобы меры, принимаемые в рамках нее, не влияли на конкурентные отношения на рынке между товарами, полученными в результате производственного процесса<sup>94</sup>.

Можно сделать вывод, что для возможного урегулирования проблемы соотношения *принципа суверенитета над природными ресурсами* и принципа свободной торговли через системное толкование, как представляется, верным шагом для ОРС ВТО было бы провести четкую границу действия государственной меры: касается ли она «восходящих мер» (англ.: *upstream measures*), а значит, выходит за рамки регулирования ВТО, или же «нисходящих мер» (англ.: *downstream measures*), что подпадает под «право» ВТО и может быть подвергнуто оценке ОРС ВТО на предмет допустимости квалификации государственной меры в качестве исключения. При этом самим государствам необходимо учитывать данную проблему и выявлять одно из возможных решений из нее при разработке национального законодательства по вопросам природопользования. Другим возможным вариантом является создание договорного инструмента регулирования добычи природных ресурсов, который бы конкретизировал подходы к добыче и последующей реализации полезных ископаемых.

### 2.2.3. Международный Суд. Дело, касающееся проекта «Габчиково-Надьмарош» (Венгрия против Словакии), 1997 года

В сентябре 1977 года Венгрия и Чехословакия подписали Договор о строительстве и эксплуатации плотинной системы Габчиково-Надьмарош, вступивший в силу в июне 1978 года (далее — Договор). Предметом Договора являлось совместное использование Венгрией и Чехословакией двухсоткилометрового участка реки Дунай. Согласно статье 1 Договора, ключевые части проекта — система шлюзов Габчиково (территория Чехословакии) и Надьмарош (территория Венгрии), которые должны были составить «единую и неделимую систему работ». Однако в мае 1989 года ввиду критики со стороны общественности Венгрия приостановила работы над проектом Надьмарош, полностью прекратив их в октябре 1989 года. Были инициированы переговоры, во время которых Чехословакия предложила альтернативные решения, одним из которых выступал «Вариант С». Он закреплял перенос русла Дуная Чехословакией на свою территорию. В мае 1992 года после безуспешных переговоров Венгрия передала вербальную ноту Чехословакии о прекращении действия Договора. Тогда как в ноябре 1992 года Чехословакия начала эксплуатацию дамбы в рамках проекта «Варианта С». Это послужило причиной передачи спора в Суд (юрисдикция на основе специального соглашения 1993 года)<sup>95</sup>.

Стороны обратились к Суду с тремя вопросами, последний из которых касался юридических последствий уведомления в сентябре 1992 года о прекращении действия Договора, направленного Венгрией. Постановив, что Договор все еще в силе, Суд перешел к оценке дальнейших действий сторон относительно проекта дамбы, вынеся решение о необходимости пересмотреть экологические последствия эксплуатации гидроэлектростанции Габчиково. По мнению Суда, толкование статей 15 и 19 Договора о совместном плане строительства, предусмотренном для обеспечения адекватного качества воды в реке Дунай и соблюдения обязательств по защите природы, должно проводиться в контексте современных экологических норм и стандартов, чтобы «примирить между собой экономическое развитие и защиту окружающей среды, как это определено в концепции устойчивого развития». Суд отметил, что

в области охраны окружающей среды необходимо проявлять бдительность и применять превентивные меры ввиду зачастую необратимого характера ущерба, наносимого окружающей среде, и ограниченного характера самого механизма возмещения такого рода ущерба<sup>96</sup>.

При этом судебный орган побудил государства вести последующие переговоры таким образом, чтобы они имели всеобъемлющий характер, в том числе учитывали существующие нормы

<sup>94</sup> Desta M. *To what extent are WTO rules relevant to trade in natural resources?* URL: [https://www.wto.org/english/res\\_e/publications\\_e/wtr10\\_forum\\_e/wtr10\\_desta\\_e.htm](https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr10_forum_e/wtr10_desta_e.htm) (дата обращения: 28.12.2023).

<sup>95</sup> ICJ. *Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*. Judgment of 25 September 1997.

<sup>96</sup> *Ibid.* §140.

международного экологического права и принципы управления международными трансграничными водотоками<sup>97</sup>.

Из вышесказанного следует, что Суд фактически использовал системное толкование международного экономического акта, раскрыв смысл статей 15 и 19 Договора через формулировки, по своему смысловому содержанию напрямую отражающие суть *превентивного принципа* и *принципа природоохранного сотрудничества*. Эффективность применения подхода системного толкования выражается в том, что он позволил учесть актуальную на момент вынесения решения экологическую повестку при урегулировании вопроса дальнейшего управления проектом по строительству дамбы.

#### 2.2.4. Международный Суд. Дело о целлюлозных заводах на реке Уругвай (Аргентина против Уругвая) 2010 года

В мае 2006 года началось дело Аргентины против Уругвая по вопросу нарушения последним обязательств по двустороннему Статуту реки Уругвай 1975 года (*далее* — Статут), принятому для раскрытия термина «режим использования реки», используемого в статье 7 Соглашения о государственной речной границе между Аргентиной и Уругваем 1961 года<sup>98</sup>. Государство-ответчик предоставило разрешение на строительство и дальнейшую эксплуатацию двух целлюлозных заводов на реке Уругвай. В свою очередь, государство-заявитель утверждало, что такая деятельность окажет негативное влияние на качество воды и прибрежных зон<sup>99</sup>. В своем заявлении Аргентина отметила:

Статут реки Уругвай 1975 года должен толковаться в свете принципов, регулирующих право международных водотоков, и принципов международного права, обеспечивающих охрану окружающей среды... В этой связи Аргентина ссылается на принцип справедливого, разумного и не причиняющего вреда использования международных водотоков, принцип устойчивого развития, принципы предотвращения и предосторожности, а также принцип необходимости проведения оценки воздействия на окружающую среду.

Аргентина использовала перечисленные принципы исходя из динамичного толкования международных договоров. Она отметила, что эти нормы ни заменяют, ни ограничивают охват Статута<sup>100</sup>. Учитывая статьи 1<sup>101</sup> и 41(а)<sup>102</sup> Статута, в своем заявлении Аргентина ссылалась на следующие международные договоры: СИТЕС, Рамсарскую конвенцию, КОБР, Стокгольмскую конвенцию о стойких органических загрязнителях 2001 года<sup>103</sup>.

Вывод Суда о том, что статья 41 Статута не является отсылочной нормой (англ.: *referral clause*), следовательно, Суд не имел юрисдикции на определение, соответствуют ли действия государства-ответчика обязательствам по международным актам, перечисленным Аргентиной<sup>104</sup>, не помешал Суду использовать актуальные нормы международного права для целей толкования<sup>105</sup>.

В рамках процесса Суду необходимо было определить, обязаны ли государства — стороны Статута по статьям 7–12 Статута информировать Административную комиссию по реке Уругвай (*далее* — Административная комиссия), созданную рассматриваемым международным договором, об изъятии и использовании воды реки Уругвай для промышленных целей одним из планируемых к строительству заводов. Ответчик занимал позицию, согласно которой перечисленные виды деятельности являются неотъемлемой частью всего проекта строительства завода, а так как Статут не требует предоставления информации о каждом этапе запланированных работ, то в направлении информации об указанных первых этапах нет необходимости<sup>106</sup>. Однако при толковании

<sup>97</sup> *Ibid.* §141.

<sup>98</sup> *Ibid.* §26–27.

<sup>99</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay.* §51.

<sup>100</sup> *Ibid.* §55.

<sup>101</sup> Стороны приняли Статут «в целях создания единого механизма, необходимого для оптимального и рационального использования реки Уругвай, при строгом соблюдении прав и обязанностей, вытекающих из международных договоров и других международных соглашений, действующих для каждой из сторон».

<sup>102</sup> «Без учета функций, возложенных на Комиссию в этом отношении, стороны обязуются:

(а) защищать и сохранять водную среду и, в частности, предотвращать ее загрязнение путем установления подходящих правил и [принятия соответствующих] мер в соответствии с применяемыми международными соглашениями и, в соответствующих случаях, с учетом руководящих принципов и рекомендаций международных технических органов».

<sup>103</sup> *Pulp Mills on the River Uruguay.* §56.

<sup>104</sup> *Ibid.* §63.

<sup>105</sup> *Ibid.* §66.

<sup>106</sup> *Ibid.* §97.

статей 7–12 Статута Суд напрямую сослался на *превентивный принцип* как норму обычного права, который, в свою очередь, вытекает из принципа должной осмотрительности. Также он процитировал дело *о проливе Корфу* 1949 года, в котором было отмечено, что «обязанностью каждого государства является не позволять использовать свою территорию для осуществления деятельности, нарушающей права других государств», то есть Суд дополнительно использовал *принцип предотвращения трансграничного ущерба*, признанный частью международного экологического права<sup>107</sup>. Суд посчитал, что государство, планирующее попадающую под статью 7 Статута деятельность, должно сообщать о ней Административной комиссии, как только в его распоряжение поступит план. Данная процедура должна осуществляться на этапе, когда степень разработки упомянутого плана позволяет Административной комиссии предварительно оценить планируемую деятельность с точки зрения нанесения значительного ущерба предлагаемыми работами другому государству<sup>108</sup>.

Таким образом, не сделав вышеуказанное, Уругвай нарушил обязательство по статье 7 Статута 1975 года<sup>109</sup>. Дополнительно было отмечено, что информация по одному из заводов была передана Аргентине в период с августа 2005 года по январь 2006 года, в то время как первоначальное экологическое разрешение на строительство данного завода было выдано уже 14 февраля 2005 года. Несмотря на то, что Уругвай не должен был до уведомления другой стороны по Статуту 1975 года выдавать первоначальные экологические разрешения и разрешения на строительство на основании ОВОС, Суд пришел к выводу, что тем самым Уругвай отдал приоритет собственному законодательству перед своими процедурными обязательствами по Статуту 1975 года, а значит, пренебрег устоявшимся международным обычаем, отраженным в статье 27 ВКПМД.

Можно сделать вывод, что использование системного толкования, выраженного в прямом применении двух отраслевых принципов — *принципа недопустимости нанесения трансграничного ущерба окружающей среде* и *превентивного принципа* — способствовало разрешению процедурных вопросов сотрудничества двух государств в отношении трансграничного водотока для обеспечения эффективного построения международных отношений, гарантирующих баланс экологических и экономических интересов. Данный пример наглядно показывает эффективность использования системного толкования.

### 2.2.5. ППТС. Дело по водам Инда Кишенганга (Пакистан против Индии) 2013 года

Арбитраж был создан в соответствии с Договором о водах Инда, подписанным в 1960 году правительствами Республики Индия и Исламской Республики Пакистан и вступившим в силу в январе 1961 года. Дополнительно он был подписан Международным банком реконструкции и развития в отношении роли Всемирного банка по некоторым положениям Договора о водах Инда.

Дело было инициировано Пакистаном в 2010 году после того, как не получилось посредством переговоров урегулировать конфликт в отношении проекта гидроэлектростанции Кишенганг в Индии. В своем запросе Пакистан поставил два вопроса перед международным судебным органом: (1) нарушает ли Индия обязательства двустороннего Договора о водах Инда в отношении обеспечения свободного движения на западных реках и невмешательства в эти воды, а также касательно поддержания уровня вод в естественных каналах, в случае отвода вод реки Кишенганга в другой приток для реализации проекта гидроэлектростанции; и (2) правомочна ли Индия, согласно упомянутому Договору, истощать или снижать уровень воды в водохранилище речной станции ниже определенного уровня, за исключением непредвиденных чрезвычайных ситуаций. В 2011 году арбитраж вынес единогласное решение о предварительных мерах в ответ на запрос Пакистана. В 2013 году было выпущено частичное решение, урегулировавшее ряд вопросов и потребовавшее от каждой из сторон спора дополнительной экспертной информации, за которым последовало финальное решение арбитража.

Первый вопрос, поставленный перед арбитрами, имел отношение, в том числе, к определению минимального стока. Оно должно было быть таким, чтобы, с одной стороны, снизить негативные последствия для сельскохозяйственной и гидроэнергетической деятельности на территории Пакистана в течение всего периода эксплуатации планируемой гидроэлектростанции на территории

<sup>107</sup> *Ibid.* §101.

<sup>108</sup> *Ibid.* §105.

<sup>109</sup> *Ibid.* §111.

Индии, а с другой стороны, гарантировать Индии право на эксплуатацию станции. Арбитраж указал, что ответ на данный вопрос должен соответствовать требованиям обычного международного права по *предотвращению или смягчению трансграничного вреда* и способствовать примирению экономического развития с защитой окружающей среды<sup>110</sup>, то есть в данном случае можно констатировать факт применения системного толкования посредством обращения к международному обычаю, представленному в виде вышеупомянутого принципа. Неразрывная связь между удовлетворением экономических потребностей государств и обеспечением экологической безопасности, которая напрямую отражается на толковании Договора о водах Инда, была дополнительно отмечена ППТС. Она призвала стороны учитывать экологические факторы при реализации проектов, в том числе будущей гидроэлектростанции Нилум-Джелум в Пакистане, таким образом, чтобы это не усугубляло проблему острой нужды в электроэнергии. Тем самым арбитраж еще раз отметил, что определение минимального допустимого стока будет основываться, с одной стороны, на осведомленности о критической важности электричества как для Индии, так и для Пакистана, а с другой стороны, на учете экологических последствий<sup>111</sup>.

При определении допустимого минимального уровня речного стока арбитраж руководствовался необходимостью обеспечения баланса между экономическими правами, вытекающими из договора между Пакистаном и Индией, и международными обычаями в международном экологическом праве. Пункт 29 Приложения G Договора о водах Инда закрепляет, что международное обычное право может использоваться для толкования или применения упомянутого соглашения только в той мере, в которой это необходимо для названной цели. Таким образом, закреплялся запрет отдавать предпочтение экологическим интересам в ущерб другим правам и обязанностям по Договору о водах Инда, в частности праву Индии отводить воды притока реки Джелум. В противном случае применение международного обычного права не для ограничения, а для отрицания прямо предусмотренных договорных прав будет рассматриваться уже не как «толкование или применение» Договора, а как подмена его положений обычным правом<sup>112</sup>.

Можно заключить, что системное толкование, основанное на прямом применении принципа *предотвращения трансграничного ущерба*, позволило эффективным образом урегулировать межгосударственный спор.

## Заключение

По итогам исследования можно сделать следующие выводы. В первую очередь, системное толкование — добросовестно реализуемый процесс, закрепленный в пункте 3(с) статьи 31 ВКПМД и направленный на поддержание согласованного развития норм международного права. По существу, это использование тех норм международного права (договорных и обычных нормы, общих принципов права), которые имеют обязательную силу для сторон спора и являются актуальными в свете предмета толкуемого международного договора. С практической точки зрения системное толкование не ограничено обращением к принципу интертемпоральности, который изначально был отражен в одном из первых проектов ВКПМД.

Одним из инструментов системного толкования является международный обычай. В исследовании показано, что в таком качестве могут использоваться и отраслевые принципы международного экологического права, чему способствовало их неоднократное закрепление в международных актах и признание их в качестве международного обычая международными судебными учреждениями. Следовательно, принцип суверенитета государств над своими природными ресурсами, принцип недопустимости нанесения трансграничного ущерба окружающей среде, превентивный принцип и принцип природоохранного сотрудничества, признанные в качестве норм международного права, могут использоваться государствами и международными судебными учреждениями при толковании международных договоров.

Для определения эффективности системного толкования с этой точки зрения были проанализированы решения, вынесенные по пяти делам ОПС ВТО, Судом и арбитражем, в рамках которых возникала проблема столкновения регулирования межгосударственных экономических и экологических отношений.

<sup>110</sup> PCA. *The Indus Waters Kishenganga Arbitration (Pakistan v. India)*. Final Award of 20 December 2013. §87.

<sup>111</sup> *The Indus Waters Kishenganga Arbitration*. §101.

<sup>112</sup> *Ibid.* §112.

В деле о запрете импорта креветок и продуктов из креветок 1998 года использование норм международных экологических договоров позволило при толковании статьи XX(g) ГАТТ учесть интересы государства в части регулирования вопросов сокращения биоразнообразия мигрирующих видов черепах. В данном случае обращение к принципу суверенитета государств над своими природными ресурсами не было необходимым, в то время как при повторном обращении ОРС ВТО к нему баланса между экономическими и экологическими интересами найдено не было. Дело о сырьевых материалах 2022 года подсветило проблему применения принципа суверенитета над природными ресурсами к международным экономическим нормам, заключающуюся в определении того момента, когда «природные ресурсы» переходят в категорию «товаров», а значит, все государственные меры, направленные на них в данном качестве, начинают попадать в сферу «права» ВТО. В качестве потенциального разрешения сложившейся правовой ситуации могли бы стать разъяснения ОРС ВТО о границах действия государственной меры: регулирует ли она «восходящие меры» (вне компетенции ОРС ВТО), или же «нисходящие меры» (попадают под компетенцию ОРС ВТО). При этом самим государствам необходимо учитывать данную проблему при разработке национального законодательства по вопросам природопользования. Возможным решением также может быть проработка договорных инструментов регулирования добычи и реализации полезных ископаемых.

Если обратиться к превентивному принципу и принципу природоохранного сотрудничества, то Судом они субстантивно (без явной ссылки на них) применялись при толковании положений Договора о строительстве и эксплуатации плотинной системы Габчиково-Надьмарош в рамках дела, касающегося проекта «Габчиково-Надьмарош» (Венгрия против Словакии) 1997 года.

Также обращение к превентивному принципу вместе с принципом недопустимости нанесения трансграничного ущерба окружающей среде позволило Суду в деле о целлюлозных заводах на реке Уругвай (Аргентина против Уругвая) 2010 года разрешить разногласия о необходимости заблаговременного уведомления Административной комиссии. Это внесло вклад во взаимоприемлемое развитие сотрудничества двух государств по вопросу предотвращения ухудшения качества трансграничного водотока.

Было выявлено, что в деле по водам Инда Кишенганга (Пакистан против Индии) 2013 года при определении допустимого минимального уровня речного стока арбитры руководствовались принципом предотвращения трансграничного ущерба, чтобы найти баланс между экономическими правами, вытекающими из договора между Пакистаном и Индией, и международными обычаями, связанными с экологическими вопросами.

---

## APPLICATION OF SECTORIAL PRINCIPLES OF INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW FOR SYSTEMIC INTERPRETATION OF NORMS OF ECONOMIC AND ENVIRONMENTAL TREATIES

ABATUROVA V.

**Varvara Abaturova** — attaché, Ministry for Foreign Affairs of the Russian Federation, Moscow, Russia (vaabaturova@mid.ru).  
ORCID: 0009-0001-5575-4315.

### Abstract

Recently, there has been a dynamic growth in the conclusion of international treaties regulating international environmental and economic relations. For example, the practice of the UN International Court of Justice, the WTO Dispute Settlement Body, and the International Tribunal for the Law of the Sea is clear evidence that cases involving environmental issues have been linked in one way or another to international economic relations. This fact confirms the interconnectedness of economic and environmental state interests. Thus, it becomes infeasible to settle disputes without taking these groups into account. It is worth noting that it is systematic interpretation that can be considered as one of the legal mechanisms for translating the concept of sustainable development into action. Proceeding from the ideological content of systemic integration, the author of the present article, on the basis of doctrinal research and practice of international judicial institutions, analyses four sectorial principles of international environmental law for the effectiveness of their use in the framework of systematic interpretation in five interstate proceedings, because despite their sectorial nature, they have formed into international custom. Thus, these environmental principles are a norm within the meaning of article 31, paragraph 3 (c), of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, which in its turn may be applicable to the interpretation of, inter alia, international treaties governing international economic relations.

## Keywords

systemic interpretation, international environmental treaties, international economic treaties, sectorial principles of international environmental law, international customs

**Citation:** Abaturova V. *Primenenie otraslevykh printsipov mezhdunarodnogo ékologicheskogo prava dlya sistemnogo tolkovaniya norm ékonomicheskikh i ékologicheskikh soglasheniy* [Application of Sectorial Principles of International Environmental Law for Systemic Interpretation of Norms of Economic and Environmental Treaties]. *Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu* (HSE University Journal of International Law). 2024. Vol. 2. No. 1. P. 38–57 (In Russian).

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.21445>

---

## References / Список источников

- Boklan D. S. (2016) *Vzaimodejstvie mezhdunarodnogo ékologicheskogo i mezhdunarodnogo ékonomicheskogo prava: dis ... dok. yur. nauk* [Interconnection of international environmental and international economic law: dissertation ... PhD]. Available at: <https://mgimo.ru/science/diss/boklan-ts.php> (accessed: 28.12.2023). (In Russian).
- Brinchuk M. M. (2014) *Kontseptsiya ustoychivoogo razvitiya kak metodologicheskaya osnova tsivilizatsionnogo razvitiya* [Conception of sustainable development as a methodological basis of the civilized development]. *Gosudarstvo i pravo*, no. 10, pp. 15–24. (In Russian).
- Danilov-Danil'yan V. I., Losev K. S., Reyf I. E. (2005) *Pered glavnyim vyzovom tsivilizatsii. Vzgl'yad iz Rossii* [In front of the major challenge of the civilization. View from the Russian side]. Moscow: Infra-M. (In Russian).
- Dörr O., Schmalenbach K. (2012) *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*. Berlin: Springer Nature.
- Fitzmaurice G. (1951) *The Law and Procedure of the International Court of Justice: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure*. Cambridge: Grotius Publications.
- International Law Commission. (2006) *Doklad Komissii mezhdunarodnogo prava Generalnoy Assamblee o rabote ee pyatdesyat vos'moy sessii* [Report on the work of the fifty-eighth session] A/CN.4/SER.A/2006/Add. Available at: <https://legal.un.org/ilc/reports/2006/> (accessed: 28.12.2023).
- Kopylov M. N., Kopylov S. M. (2014) *K voprosu o formirovanii kataloga special'nykh principov mezhdunarodnogo ékologicheskogo prava* [On the Formation of the Catalogue of Special Principles of International Environmental Law]. *Vestnik Volgogradskogo gosudarstvennogo universiteta*, vol. 25, no. 4, pp. 8–18. Available at: <https://cyberleninka.ru/article/n/k-voprosu-o-formirovanii-kataloga-spetsialnykh-principov-mezhdunarodnogo-ekologicheskogo-prava/viewer> (accessed: 28.12.2023). (In Russian).
- Laporta F. J., Peczenik A., Schauer F. (2007) *On the Interpretation of Treaties. The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Law and Philosophy Library; Netherlands: Springer.
- Lukashuk I. I. (2007) *Sovremennoe pravo mezhdunarodnykh dogovorov. Tom 1*. [Contemporaneous International Law of Treaties. Volume 1]. Moscow: Wolters Kluwer Publisher. (In Russian).
- Lukashuk I. I. (2008) *Mezhdunarodnoe pravo. Obshchaya chast'* [International law. General part]. Moscow. (In Russian).
- McLachlan C. (2005) *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention*. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54. Available at: <http://www.jstor.org/stable/3663251> (accessed: 28.12.2023).
- McLachlan C. (2005) *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(C) of the Vienna Convention*. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54. Available at: <http://www.jstor.org/stable/3663251> (accessed: 24.07.2023).
- Report of the Study Group of the International Law Commission. (2006) *Fragmentatsiya mezhdunarodnogo prava: trudnosti, obuslovlennyye diversifikatsiyey i rasshireniem sfery ohvata mezhdunarodnogo prava* [Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law]. Available at: <https://legal.un.org/ilc/reports/2006/russian/chp12.pdf> (accessed: 28.12.2023). (In Russian).

- Sands P., Peel J., Fabra A.A., MacKenzie R. (2018) *Principles of International Environmental Law*. New York: Cambridge University Press.
- Schrijver N. (1997) *Sovereignty over Natural Resources, Balancing Rights and Duties*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Solntsev A. M. (2011) *Praktikum po mezhdunarodnomu ekologicheskomu pravu : uchebnoe posobie* [Case study on international environmental law : training manual]. Moscow: Rossijskij universitet druzhby narodov. (In Russian).
- Villiger M. E. (2009) *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers and VSP.
- Vylegzhanin A. N. (ed.) (2023) *Mezhdunarodnoe pravo v 2 ch. Chast' 1: uchebnik dlya vuzov* [International Law in 2 parts. Part 1: textbook for universities]. Moscow: Yurait Publisher. (In Russian).
- Vylegzhanin A. N. (ed.) (2023) *Mezhdunarodnoe pravo v 2 ch. Chast' 2: uchebnik dlya vuzov* [International Law in 2 parts. Part 2: textbook for universities]. Moscow: Yurait Publisher. (In Russian).
- Vylegzhanin A. N., Kalamkaryan R. A. (2012) *Znachenie mezhdunarodnogo obyčaya v sovremennom mezhdunarodnom prave* [The Role of International Custom in the Contemporary International Law]. *Moskovskij zhurnal mezhdunarodnogo prava*, no. 2, pp. 5–29. Available at: <https://doi.org/10.24833/0869-0049-2012-2-5-29> (accessed: 28.12.2023). (In Russian).
- Yearbook of the International Law Commission. (2018) *Draft conclusions on subsequent agreements and subsequent practice in relation to the interpretation of treaties, with commentaries*. Vol. II. Available at: [https://legal.un.org/ilc/texts/1\\_11.shtml](https://legal.un.org/ilc/texts/1_11.shtml) (accessed: 30.03.2024).

## A CONCEPTUAL APPROACH TO THE LEGALITY UNDERPINNING THE OWNERSHIP OF ISLANDS AND THE BASIC PROCEDURES OF MARITIME BOUNDARY DELIMITATION OF ISLANDS IN AN INTER-STATE CONTEXT

SAFAVINIA K.

**Khashayar Safavinia** — LLM, Department of Maritime Law, Faculty of Law, Ankara University. Doctoral Student, Islamic Azad University of Dubai, Mashhad, Iran (safaviniak@gmail.com).  
ORCID: 0000-0002-3098-0367.

### Abstract

The islands' legal status, i.e. their territorial sovereignty and ownership in States' position, is highly valued since it ensures their jurisdictional rights, e.g., access to the islands' resources, within, to the vicinity, and beyond. Moreover, their significance would be related to navigational plus security reasons affecting the parent State. However, once determined, parties address their jurisdictional rights based on the outcome of the islands' boundaries. The entitlement of maritime zones concerning islands has become problematic due to their unique features, including geographical and geomorphological conditions, their historical debates, the economic, cultural, political, and social factors that contribute to the sovereignty's judgement process. Naturally, the path leads to disagreements, controversies, and disputes among States, impacting peace and security worldwide. In case of a dispute, the common practice would be the peaceful settlement of international disputes, the methods outlined in article 33 of the Charter of the United Nations. The international regime of islands is inherently interdisciplinary, and the underpinned interrelated disciplines are sensible by a concise review of each case. Consequently, this paper provides arguments regarding the sovereignty of islands. It analyses the legal reasons for non-tropical territorial sovereignty and ownership with a brief approach to the three cases of international law of the sea (hereinafter — ILoS). These cases are the Abu Musa Island in the Gulf, where undetermined ownership led to an incomplete boundary agreement between Iran and the United Arab Emirates (hereinafter — UAE) in 1974. Additionally, it covers the Spratly and Paracel Islands in the South China Sea known to be a long-running matter of urgency, and the Falkland Islands, where debates revolve around political inheritance, geographical proximity, international treaties, the principle of territorial integrity, effective occupation, and self-determination. As a result, the first objective of the research would be to conclude the reasons for territorial sovereignty, and the second — to shed light on the basics of maritime boundary delimitation (hereinafter — MBD) in an inter-State context, mainly regarding the status of single islands irrespective of their nature, unless mentioned.

### Keywords

sovereignty, ownership, *terra nullius*, self-determination, colonisation, equidistance-solution, encroaching

**Citation:** Safavinia K. A Conceptual Approach to the Legality Underpinning the Ownership of Islands and the Basic Procedures of Maritime Boundary Delimitation of Islands in an Inter-State Context // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International law). 2024. Vol. 2. № 1. P. 58–78.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.21723>

### Introduction

This paper is based on the question of why islands have a complicated legal status and how States could apply international law, namely customary international law and international treaties including the United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 (hereinafter — UNCLOS) to acquire the territorial sovereignty and ownership of islands and avoid military confrontation. Since islands have a unique legal regime, States could treat them as their mainland, which would have severe legal and beneficial consequences for them, as UNCLOS stipulated.

Considering the Falkland Islands, the timeline of the events is evidence of the journeys of the sailors from different States, such as England, Spain, France, Argentina, and the United States of America (hereinafter — US).<sup>1</sup> Each of them deployed their ships and troops to the islands, establishing settlements for their reasons, such as domination over a strategic location that would provide them trading routes, defending their colonialist properties, preparing for any invasion of their hostiles, or exploiting the resources in the vicinity of the island. For any of the reasons above, it is evident that from the XV till the XXI century, regardless of all the peaceful attempts, such as agreements, treaties, correspondences, and negotiations, the islanders have become victims of wars of governments, i.e. by

<sup>1</sup> Calvert P. *Sovereignty and the Falklands crisis* // International Affairs. 1983. Vol. 59. P. 405–407.

1833, the British invaded the Falkland and occupied the islands.<sup>2</sup>

The same controversies surround the legal status of disputed islands of the South China Sea. An example is the dispute between the People's Republic of China (PRC) and neighbouring States. The debates mainly concern the sovereignty of the Xisha and Nansha Islands, also known as Spratly and Paracel, respectively. France claimed their sovereignty before World War II, and Viet Nam and the Philippines claimed it after World War II.<sup>3</sup> In addition to the territorial dispute, the location of the archipelagos and the number of States involved in the conflict has made it more complicated for States to solve the problems arising from the disputed area.

Furthermore, the disputed Islands of Abu Musa, Greater, and Lesser Tunb are located to the south of Iran and North of the UAE in the Gulf, which Sir Arnold T. Wilson described as:<sup>4</sup> "No arm of the sea has been, or is of greater interest, alike to the geologist and archaeologist, the historian and the geographer, the merchant, the Statesman, and the student of strategy than the inland water known as the Persian Gulf." Scholars have had two visions concerning sovereignty and legal status of the islands. Some took the view that the history and documents outweighed the matter in favour of Iran, akin to the situation in the South China Sea. Others, however, believe that they should compare them with the Channel Islands to investigate the territorial dispute.

From the viewpoint of public international law, islands' territorial titles and boundary delimitation are consistently under international conduct. One of the critical terms that States regularly mention as their legal justification is *terra nullius*. In addition to *terra nullius*, there are many discussions on the complexities concerning the acquisition of the title of sovereignty. For instance, one of the critical requirements entitling sovereignty is the actual administration, also known as *effectivités*. Moreover, in territorial entitlements, two terms of possession and title are interrelatedly distinguished, i.e. in a circumstance where the title is concrete and at hand, the possession has no privilege. Still, when the title is uncertain, possession according to the claim of right would be effective, as the judgement of the *Frontier Dispute (Burkina Faso v. Republic of Mali)* articulates.<sup>5</sup> Furthermore, there are five types of acquisition that scholarly publications, mainly books, categorise as:

- occupation;
- accretion;
- cession;
- conquest; and
- prescription.

All reflect Roman Law with their controversies.<sup>6</sup> Throughout the paper, reasons and titles for sovereignty are discussed concisely, considering each case.

Thus, this work reviews and analyses the regime of islands, focusing on the reasons for sovereignty and the role of islands in MBD in an inter-State context. In addition to islands, islets, low-tide elevations, drying rocks, rocks awash, shoals, reefs, atolls, island fringes, groups of islands — archipelagos, and archipelagic States have their legal debates but do not fall within the scope of this paper or partially fall.

## 1. Legal Definition of Islands

By 1930, the Hague Codification Conference evaluated the law of territorial waters, and governments decided to have a legal look at the dormant matter of islands' definition and their posture in changing the length of territorial waters. The conference was a significant endeavour to determine the qualifying features of islands. Sub-Committee of the Committee of Experts and Sub-Committee II of the Second Commission proposed their drafts regarding the definition of islands and their impact on territorial waters as follows.<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Chehabi H.-E. *Self-Determination, Territorial Integrity, and the Falkland Islands* // Political Science Quarterly. 1985. Vol. 100. P. 215–216.

<sup>3</sup> Chang T.-K. *China's Claim of Sovereignty over Spratly and Paracel Islands: A Historical and Legal Perspective* // Case Western Reserve Journal of International Law. 1991. Vol. 23. P. 400–401.

<sup>4</sup> Wilson A.-T. *The Persian Gulf*. London : Oxford University Press, 1928. P. 1.

<sup>5</sup> Crawford J. *Principles of Public International Law*. Oxford : Oxford University Press, 2019. P. 203–204.

<sup>6</sup> *Ibid.* P. 208.

<sup>7</sup> Jayewardene H.-W. *The Regime of Islands in International Law*. Dordrecht; Boston; London : Martinus Nijhoff, 1990. P. 3.

The first draft contemplated: "If there are natural islands, not continuously submerged, situated off a coast, the inner zone of the sea shall be measured from these islands," and the second draft proposed: "An island is an area of land, surrounded by water, which is permanently above high-water mark." After discussions among governments and commissions, the result was an unfinished task of the Hague Conference, which could not propose a solid definition for islands to encompass both aspects of their insular features and their measuring role. Therefore, the International Law Commission (hereinafter — ILC, the Commission) became in charge of preparing a definition.<sup>8</sup>

By 1954, during the discussion of the third ILC report, the Commission affirmed the second suggestion of Hersch Lauterpacht, which led to a significance: "An island to qualify for that name must be an area of land, which apart from abnormal circumstances is permanently above high-water mark." The Commission saved it in its Final Draft articles of 1956 to be the subject of discussion at the 1958 conference. In the first conference on the Law of the Sea Geneva 1958, the US proposed changing the wording of the latest definition of islands. The Commission applied the new definition: "An island is a naturally formed area of land, surrounded by water, which is above water at high tide."

From this point till 1975, due to the two noticeable concerns among individuals, the definition of the island was in a gradual process of evolution. The first reason was the potential of islands to produce extended maritime jurisdictions in inter-State boundaries, regime of High Seas (hereinafter — HS) and deep seabed, and the second issue was the more minor insular features of colonised territories and their connection to the emergence of developing countries, highlighting the objective of the United Nations (hereinafter — UN) and its decolonisation framework.<sup>9</sup>

Eventually, the Informal Single Negotiating Text (ISNT), in the second session of the Third Geneva Conference 1975, accepted that the definition by 1958 Convention on the Territorial Sea, Article 10 (1) applies to other land territories except for rocks with no human population or economic condition. Ultimately, UNCLOS, as a legally binding instrument, adopted the definition untouched.<sup>10</sup> It is observable in Article 121: "1. An island is a naturally formed area of land, surrounded by water, which is above water at high tide." Seemingly, there are four legal requirements to qualify an island.<sup>11</sup>

First, it is a naturally formed area of land; regarding this insular feature, it is understandable that artificial islands have no such qualification (for instance, the construction of low-tide elevations or reefs). Subsequently, UNCLOS does not accept island-building activities to raise claims for maritime zones. Second, it is an area of land, which is seemingly a fair and plain feature regarding islands, although it can be problematic. It is the same as considering small features, not more than sand bars, as islands. Third, an island is surrounded by water; accordingly, there is no doubt that if an island does not have this feature, it would follow the character of the mainland, and as a result, it would have total maritime zone claims. Fourth, it is above water at high tide; this insular feature is essential in islands, which should be above water at high tide, low-tide elevations above low tide but submerged at high tide, and non-insular features that submerge at low tide. To determine the category of land, the choice of vertical tidal datum is essential, which afterwards enables States to claim extensive maritime zones.

In the same article, paragraph three provides the following: "3. Rocks which cannot sustain human habitation or economic life of their own shall have no exclusive economic zone or continental shelf." It is noticeable that rocks represent different categories with some issues regarding measurements of maritime zones. Therefore, it is vital to distinguish an island from a rock because rocks could give rights only to a Territorial Sea (hereinafter — TS) and a Contiguous Zone (hereinafter — CZ). There are interpretational problems regarding this paragraph. For example, it is unclear when a rock cannot support inhabitants or what comprises the financial structure. Moreover, whether the term "rock" refers to a solid portion of the Earth's surface or other enclosed features such as cays, sandbanks, islets, and barren islands is unclear.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> *Ibid.* P. 4.

<sup>9</sup> *Ibid.* P. 4–6.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> Hong S.-Y., van Dyke J.-M. *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea II The Trouble with Islands: The Definition and Role of Islands and Rocks in Maritime Boundary Delimitation* / ed. by C. Schofield. Leiden ; Boston : Martinus Nijhoff, 2009. P. 24–25.

<sup>12</sup> *Ibid.* P. 26.

The Award on the *South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China)* on 12 July 2016,<sup>13</sup> would be the first international judicial interpretation of the regime of islands. The Philippines put the *ad hoc* case forward by considering Annex VII of UNCLOS. In all three subjects of the legal debate, the Philippines focused on the interpretational and applicability issues of UNCLOS and were less concerned with the comprehensive subjects of sovereignty and MBD (naturally, each State in an arbitration process will choose to be precise in the statement of claim and address the issues with a higher chance of accomplishment in its favour). China objected by questioning and rejecting the jurisdiction of the tribunal. However, the tribunal could demonstrate its position positively by analysing these problems in its lengthy initial Award on Jurisdiction and Admissibility and the first part of its final Award. The tribunal believed that UNCLOS had delivered the required authority and could evaluate most of the issues the Philippines raised.

Moreover, another significant aspect of the case was about the status of insular features and provisions of UNCLOS in Article 121(3). It has been commendable for the tribunal that, concerning a wide variety of interpretations of scholars, State practice, and lack of significant consideration of the problem by courts and arbitral tribunals, it could declare that “the scope of application of Article 121(3) is not clearly established.” Most of the Philippines’ claims were about the South China Sea’s insular features, which wished to be rocks, as available in the third paragraph of the article.

Since the representatives of China did not attend the hearings, the tribunal resorted to China’s diplomatic statement, which brought up the situation of its dispute with Japan on the status of Okinotorishima to the tribunal’s attention. Eventually, the tribunal resorted to Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties to address and interpret the condition.<sup>14</sup>

As a sample of textual and conceptual analysis,<sup>15</sup> the Award compared the Oxford English Dictionary (hereinafter — OED) and the dictionary of the *Académie Française* to find the best definition for the term “rock.” As a result, the second definition of rock by OED, “large rugged mass of hard mineral material,” equivalented the “Rocher” in *Académie Française*. Rocher means craggy masses of hard stone. Other languages, such as Russian, Spanish, and Chinese, are on the same page with the French terminology. But the tribunal considered the English version.

Regarding the first definition of rocks by OED, it seems there is some ambiguity: “rocks may consist of aggregates of mineral and occasionally also organic matter. They vary in hardness and include soft materials such as clays.” In this case, not rocky islands, in which sand, mud, stones, or coral are part of their conformation, would generate vast maritime zones, contrary to islands made up of hard rock.

## 2. Artificial Islands

As mentioned, governments embarked on highlighting the legal status of islands by 1930 amid the Hague Codification Conference until the ILC substituted it. In addition to islands, other geographical features mainly on the matter of consideration of any TS rights, including lighthouse supporting rocks, low-tide elevations, installations for continental shelf, groups of accommodations built of piles rose in the sea, and islands synthetically made up of sands and rubble were in the path of final amendment of the definition of island. The US suggested including the term “naturally formed” in the definition of islands, which banned governments from claiming any TS for artificial islands. It is worth mentioning that the 1930 Hague Conference, in its second effort, could not successfully decide on the matter of artificial islands and their entitlement to TS. However, the observations of Sub-Committee II of the Second Commission indicate that it was not against the idea either. Concerning the role of synthetic islands in MBD, Article 8 of the 1958 Territorial Sea and Contiguous Zone Convention articulates artificial islands could benefit from a jurisdictional influence in the case of their constituting harbour works or related installations. However, in Article 11, UNCLOS prohibits artificial islands from harbour work purposes and leaves no rights for artificial islands in any condition.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Schofield C. *The Regime of Islands Reframed: Developments in the Definition of Islands under the International Law of the Sea*. Netherlands : Brill, 2019. P. 34–35.

<sup>14</sup> *Ibid.* P. 36–40.

<sup>15</sup> Guillaume G. *Rocks in the Law of the Sea: Some comments on the South China Sea Arbitration Award 15 March 2021*. URL: <https://www.globaltimes.cn/page/202103/1218473.shtml> (accessed: 25.11.2023).

<sup>16</sup> Jayewardene H.-W. *The Regime of Islands in International Law...* P. 8–9.

UNCLOS in Article 56(1)(b)(i) allows governments to construct artificial islands in their Exclusive Economic Zone (hereinafter — EEZ) to explore, exploit, conserve, and manage living/non-living natural resources. Furthermore, articles 60(8) and 80 stipulate the matter of territorial entitlement in connection to artificial islands. To clarify, they have dictated that artificial islands and facilities in the EEZ or Continental Shelf (hereinafter — CS) do not have a TS and do not affect the State's maritime boundaries. Article 80 states: "Article 60 applies *mutatis mutandis* to artificial islands, installations, and structures on the continental shelf". Moreover, Article 87(d) allows all States, whether land-locked or coastal, to build artificial islands and other authorised facilities in the HS.

More on construction regulations, as mentioned, UNCLOS grants a coastal State the exclusive right to build artificial islands in the sea, bearing in mind that coastal States should announce the construction of artificial islands in advance. For example, one of the famous cases is the situation of artificial islands in the Gulf. Under Article 122, one could define the Gulf as a semi-enclosed sea. Article 123 obliges and specifies littoral States of an enclosed or semi-enclosed sea to cooperate in performing their duties, including management, maintenance, exploration, utilisation of living resources, conservation of the marine environment, and conducting scientific research. Subsequently, constructing artificial islands impacts the marine environment and could affect baselines and maritime zones.

Regarding the latter, however, UNCLOS shares common grounds with the 1958 Convention on the Continental Shelf, prohibiting States from considering any claims of maritime space. Article 5 of the 1958 Convention on the Continental Shelf explicitly explains that artificial islands have no privileges for the coastal State; hence, artificial islands cannot be the basis for measuring the baseline. Notably, Article 60(4) is a matter of discussion because it declares that States can draw a safety zone to safeguard their integrity and maritime rights with the measurements available in the fifth paragraph of the Article. The offshore features have very high values for States to invest in. Therefore, it might be an outstanding attraction for some armed groups to commit an act of terrorism with their own goals and objectives. In that event, due to the facilities' importance in research, touristic purposes, and access to resources, the length of 500 meter is under debate. Would it be enough, or might States require a more extended zone? The dichotomy shaped in the account of that one State might wonder, would not it be an excuse for constructor States to interpret the Article in a way to deploy defence systems for their safety measurements? How far could a defence system target any hostile terrorist group? Will it not provide an excuse to risk the integrity of the opposite/adjacent State, and could it be a good enough reason for an armed conflict? Another example is the situation of the South China Sea — an outrageous sample of competition in construction and desperate aftermath for the marine environment. The Asia Maritime Transparency Initiative (AMTI) has collected satellite pictures of over 90 outposts where claimant States have built over 70 features. China, Malaysia, the Philippines, and Viet Nam have all been under the reclamation-building process with a remarkable difference. China's large-scale island-building activities have a much more devastating impact on the environment than other States' reclamations of occupied features. Therefore, the South China Sea tribunal, concerning part 12 of UNCLOS, Articles 206 and 205, stated that all the States building up artificial islands must bear in mind to assess the amount of substantial pollution they might cause by their activities in their jurisdiction. As it may happen, they shall communicate the result of the assessments.<sup>17</sup>

### 3. Sovereignty of Islands

The settlement of the islands' territorial title is the subject of international conduct. States refer to several titles when a dispute has soared or is about to. Several types of titles contribute to the process of determining possession for States. For example, in the Falkland Islands or Abu Musa, the United Kingdom (hereinafter — UK) pointed to one of the reasons for sovereignty, known as occupation. A mere act of occupation does not qualify the occupier to any right since it is interrelated with other terms. Notably, international law demonstrated the notion of territorial rights of claim before the normative concept of State.<sup>18</sup>

Therefore, one could contemplate whether the occupation occurred according to international law, which requires an actual administration. It is essential to note that there are debates among scholars and

---

<sup>17</sup> Schofield C. *Op.cit.* P. 66–69.

<sup>18</sup> Crawford J. *Principles of Public International Law...* P. 203–204.

judges on the effectiveness of ancient principles of traditional international law and to what extent they are applicable today. The debate could have close ties with the concept of *ex post facto* in the context of public international law, with the replacement of characters deluding the dichotomy. The historically legal arguments of territorial sovereignty then interrelatedly link to the progression of international law and thus could have a significant interpretational value. Moreover, one dealing with the issue could bear in mind that, due to the devastating area of failure for individuals involved in this hobble, how could the UN be of any prosperity? In other words, how an organisation that progresses and develops based on liberal thoughts could aid in overcoming the relevant obstacles.

In public international law, the effective occupation occurs under four categories:<sup>19</sup>

- discovery;
- symbolic annexation;
- effective and continuous display of State authority; and
- the Intention to act as sovereign.

To begin with, effective occupation with a comparative view to the context of private law would have the same legal content as possession. The case of *Sovereignty and Maritime Delimitation in the Red Sea (Eritrea v. Yemen)* proceeded at the Permanent Court of Arbitration (PCA), and the legal status of the south-eastern territory of Greenland are two examples of the concept of effective occupation. Accordingly, effectiveness depends on the power and authority of occupier/s to be visible peacefully and continuously alongside the functions of a State. On the other hand, however, arguably, prescription as an interrelated title results from usurpation, e.g. *Island of Palmas (The Netherlands v. The United States of America)*, which could be a case of prescription. A fruitful and continuous occupation is the most wanted feature of an acquisitive prescription claim.<sup>20</sup>

In Abu Musa, occupation, prescription, condominium, and *terra nullius* were among the titles the UK resorted to; relatively, both concepts share common grounds, and States claim them simultaneously. To define prescription,<sup>21</sup> in a condition that, by taking a surrender State's sovereignty, usurpation has already occurred, the prescription would omit the deficiencies in the presumptive title of the occupier. Prescription would be known as an act of good faith to stabilise the aftermath of the action. It is important to note that prescription bears no resemblance to abandonment of a territory. Furthermore, condominium means exercising sovereignty by at least more than one State jointly based on equal rights.<sup>22</sup> Thus, a condominium island belongs to two or more States, so they can control it and exercise their rights jointly without dividing it into national zones. For instance,<sup>23</sup> the Islands of New Hebrides were under the sovereignty of France and the UK before their independence in 1980. Lastly, discovery and *terra nullius* are two of the traditional concepts of international law discredited by scholars in legal analysis.<sup>24</sup>

*Terra nullius*'s definition would be occupying a territory that does not belong to any State.<sup>25</sup> For example, the UK emphasised that Abu Musa plus Tunb Islands were not under the formal control of any State till the end of the XIX century and supported Sharjah's and Ras al Khaimah's claims.<sup>26</sup>

In other words, traditionally, *terra nullius* would be a piece of the Earth's crust that is not under the sovereignty and authority of any State. It would be known as the act of usurpation in a modern context. The reason is mainly due to the rare coincidence of locating an empty area on the Earth and the sense of misinterpretation of the term within the colonial acts of Europeans on extended inhabited areas, e.g. in the case of *Western Sahara*.<sup>27</sup>

The symbolic annexation requires the same generality as an effective occupation. Yet, in contrast, a State or private individual would prepare a declaration or any other act of entitlement as evidence of the acquisition of sovereignty. The declaration of sovereignty would be a formal government conduct with

<sup>19</sup> *Ibid.* P. 210–213.

<sup>20</sup> *Ibid.* P. 210.

<sup>21</sup> *Ibid.* P. 217.

<sup>22</sup> *Ibid.* P. 198.

<sup>23</sup> Swan Q.-J. *The Black Pacific: Vanuatu, Decolonization, and the Global 1980s* (2023) // *Journal of African American History*. 2023. Vol. 108. P. 398, 404.

<sup>24</sup> Crawford J. *Op.cit.* P. 211.

<sup>25</sup> *Ibid.* P. 203.

<sup>26</sup> Al-Nahyan S.-Z.-K. *The Three Islands Mapping the UAE-Iran Dispute*. London : Royal United Services Institute for Defence and Security Studies, 2013. P. 42.

<sup>27</sup> Crawford J. *Op.cit.* P. 208.

proof in hand. Furthermore, in the cases where the island has no population, has terrible atmospheric conditions, and is in a distant location, it is merely in principle that the requirement of effective occupation would apply.<sup>28</sup>

The third indispensable term is the effective and continuous display of State authority. To exemplify, in the case of the Island of Palms, the Netherlands claimed sovereignty belonged to her due to its peaceful display from the XVII to XIX centuries.<sup>29</sup> As a result, the acts of settlement and a short occupation with no sign of practical and continuous display of State authority do not empower the occupier. For instance, in the Falkland Islands, when States indicate in their arguments that precedence in discovery would prevail as a reason for sovereignty, it has no legal foundation. As another example, by 1764, Louis Antoine de Bougainville navigated to conquer the islands, left a settlement, and returned home.<sup>30</sup> That does not qualify to be an effective occupation.

The last but not the most minor term is the intention to act as sovereign. The notion of *animus possidendi* does not contribute to the status of sovereignty as a concrete term because of its unrealistic point of rule of thumb. For this reason, the acquisition of sovereignty is not an act of one individual, and there are conflicting acts of sovereignty. There are three types of indication for an *animus possidendi*: firstly, it should be an act of a State and not an unauthorised person; secondly, in a circumstance where another State was the sovereign, no entitlement would be acquirable; lastly, the effectivity of States' actions is considerable in a condition that each party did not make an effort separately but as a whole State.<sup>31</sup>

As other adduced reasons, historical facts, documents, textbooks, maps, reports, memorandums of understanding (hereinafter — MoUs), and treaties are standard instruments in the cases of sovereignty of islands. For instance,<sup>32</sup> according to Chinese books, in the preliminary years of the II century BC (Before Christ), China debunked the islands of the South China Sea and initiated the dispatch of ships during the Han Dynasty. Moreover, the Chinese have explored and administered the Xisha and Nansha since the XIX century. In defence of its actions, China refers to two titles: acquisition based on discovery and acquisition based on occupation.

Furthermore, in the Abu Musa dispute, maps drawn up by the British Naval Force by 1881, the British Maritime and Coastguard Agency by 1863, the British War Office by 1886, the Indian Survey Office by 1897, and the map drawn up by Lord Curzon by 1891 and 1892, the Tunb and Abu Musa Islands have been coloured the same colour as Iran, which would be of the worthy instrument proving the sovereignty for any State sharing same similar legal debates. In addition, the MoU by 1971 would be another piece of evidence contributing to the matter.<sup>33</sup>

As for treaties, a well-known example would be the Falkland Islands; in the account of the claimant of Argentina regarding the illegality of the British acts in 1833 that forcefully occupied the islands, Argentina had always mentioned its effective sovereignty. The Argentinian Government reflected in its 1982 statement: "As soon as it could, the Argentine government carried out acts of possession, occupation and administration inherent in its rights of sovereignty over the islands." The Treaty of Friendship, Trade and Navigation of February 1825 emphasises that, in pre-1833, the British Empire had no objection concerning the Argentinian settlements in the island and was also an important instrument expressing the implicit confirmation of Argentina's sovereignty.<sup>34</sup>

As the forthcoming reason for sovereignty, the islands' political situation has been controversial among the States. As a famous case, the Falkland Islands have been the subject of a political debate on colonialism and self-determination. To begin with, OED defines the word colonialism as:

a settlement in a new country... a body of people who settle in a new locality, forming a community subject to or connected with their parent state; the community so formed, consisting of the original settlers and their descendants and successors, as long as the connection with the parent state is kept up.

<sup>28</sup> *Ibid.* P. 212.

<sup>29</sup> *Ibid.* P. 213.

<sup>30</sup> Calvert P. *Sovereignty and the Falklands crisis...* P. 406, 409.

<sup>31</sup> Crawford J. *Op.cit.* P. 213–214.

<sup>32</sup> Chang T.-K. *China's Claim of Sovereignty over Spratly and Paracel Islands: A Historical and Legal Perspective...* P. 403–404, 409.

<sup>33</sup> Jafari Valdani A. *the Historical and Legal Foundations of Iran's Sovereignty over Tunb and Abu-Musa Islands // Iranian Review of Foreign Affairs.* 2015. Vol. 6. P. 155, 180.

<sup>34</sup> Beck P.-J. *The Falkland Islands as an International Problem...* P. 68–69.

In short, it refers to Colonia, which means settlement or farm where Romans moved to, albeit keeping their citizen status. The definition, however, does not regard the original inhabitants' rights that they have already lived there, which is a criticism and could challenge the definition. The process of unforming or reforming consists of practices such as commercial, ravage, negotiation, warfare, genocide, enslavement, and revolts. What created the formation of those acts was a collection of public and private files, commercial documents, governmental correspondences and scientific or non-scientific works. Therefore, colonialism means conquering and managing a land with the supplies within, which do not belong to the newcomers but to the primary inhabitants.<sup>35</sup>

On the other hand, however, with an integrated approach, one could legally define self-determination mainly by reviewing Article 1 of the UN Charter or its Chapter XI and Article 2 of the UN General Assembly (hereinafter — UNGA) Resolution 1514 (Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples) as a chance for people to exercise their political opinions so that they reach their economic, social, and cultural goals. In the Falkland Islands case<sup>36</sup> Argentina claims that the UK invaded its territorial integrity and has no right of sovereignty over the Falkland Islands. Still, the UK refer to the right of self-determination and indicate that the opinion of islanders inherently matters in the sense that they decide on a proper political system.

The UN's task in achieving the objectives of peace, security, prosperity, and justice, articulated in Articles 1 and 2 of the UN Charter, is quite palpable. For instance,<sup>37</sup> by 1982, the United Nations Security Council (UNSC) required the Argentinian forces to cease fire in Resolutions 502 and 505. Two years later, UNGA Resolution 39/6 repeatedly requested peaceful dispute settlement methods affirming the wills of islanders. Ultimately, by 1989, the Madrid Formula became the basis of negotiations between the parties. Concerning self-determination, the two Covenants of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR) have emphasised the matter.

Concerning the other reason for sovereignty, in the subsequent declaration of its rights, Argentina also mentions the shorter proximity of the island to its national land territory. In this regard, two opposing statements exist. First, the proximity is not an unequivocal reason and is interrelated with other factors. For instance, the status exists in the Channel Islands. Second, as a hypothetical parallel theory, geological sciences could be a method to evaluate and analyse the movements of the pieces of the Earth's crust in each geological period, noticing if the movements of the pieces of the Earth's crust caused an island removed from a State's territorial land or in which direction these movements will be. To demonstrate, the geologists obtained that extremely wired features occurred amid the Atlantic opening in the mouths of Amazon and Bahia, Canadian Arctic Island, and in the Norwegian Channels in the Cretaceous period. The evidence of continental margins plus ocean islands and cores both suggest that spreading initiated in the Jurassic and caused the main movement of the Atlantic Ocean in the Cretaceous era. The ocean movement could be the reason for transferring once-attached coastal islands to the opposite side of the ocean basin, noting that the new detached islands geographically bear more resemblance to rock.<sup>38</sup>

Security concerns are involved in the criteria of determination of sovereignty as the next element; for example, in the disputed Islands of Bailiwick of Jersey and Bailiwick of Guernsey, near France's shores, the British Government is responsible for its defence and international affairs.<sup>39</sup> To clarify, the judgement of McNair<sup>40</sup> in *Anglo-Norwegian-Fisheries (United Kingdom v. Norway)* as a form of appurtenance would be an interrelated example, stipulating that the international law assigns responsibilities for a coastal State, such as establishing order and maintaining navigational rights. These safety obligations would qualify the State to establish its rights and sovereignty. Consequently, by applying this view to detached Channel Islands or similar cases, it is deductible that security concerns regarding keeping the good order

<sup>35</sup> Loomba A. *Colonialism/Postcolonialism*. London; New York: Routledge, 2005. P. 7–8.

<sup>36</sup> Beck P.-J. *The Falkland Islands as an International Problem*. London; New York: Routledge, 1988. P. 71.

<sup>37</sup> Muš A. *Self-determination and the Question of Sovereignty over the Falkland Islands/Malvinas* // *Silesian Journal of Legal Studies*. 2017. Vol. 9. P. 80, 83.

<sup>38</sup> Tuzo Wilson J. *Evidence from Ocean Islands Suggesting Movement in the Earth* // *Mathematical and Physical Sciences*. 1965. Vol. 258. P. 155–156.

<sup>39</sup> Blake G.-H. *Maritime Boundaries and Ocean Resources*, New York: Routledge, 2018. P. 89.

<sup>40</sup> Crawford J. *Op.cit.* P. 199.

deserve to be a reason for sovereignty.

An upcoming factor for sovereignty would be the presence of ethnic, social, and cultural conditions of islands, i.e. the condition existing in Bailiwick of Jersey and Bailiwick of Guernsey Islands. In addition, the condition in the Falkland Islands is another relevant sample of the controversial situation of inhabitants.

The Falkland Islands/Malvinas, since 1946, has not been on the Non-Self-Governing Territories list. The UN Charter, in its Chapter XI and UNGA Resolution 1514, mentioned the matter of acquirement of independence in Trust and Non-Self-Governing Territories. By 2012, the Falkland Islands' population was 2931 persons. According to the inhabitants' declarations, four specified types of ethnicities constituted the island: Falkland Islanders 57%, British 24.6%, St. Helenian 9.8%, Chilean 5.3%, and 3.4% were the rest.<sup>41</sup>

In addition, according to the Falkland Government 2021 census, national identity is a more subjective measure because although it inherently stems from both country of birth and nationality, it is a sign of the culture, traditions and language to which people are most attached. It may be a single cultural identity or reflect the combined influence of two or more cultures. About 54% of the permanent population identify as Falkland Islanders or a combination of Falkland Islanders and another culture, and a further 22% identify as British or a combination of British people and another culture. Around 76% of people said they expressed a Falkland Islands identity, British identity, or a combination of both. The next largest group is Saint Helenians, with 8%, followed by Filipinos, with 5%.<sup>42</sup>

As a matter of self-determination, one question is vital: what would be the proper definition for the people of an island? The African Commission on Human and Peoples' Rights advised the following definition: "Peoples are, for the purpose of these guidelines, any groups or communities of people that have an identifiable interest in common, whether this is from the sharing an ethnic, linguistic or other factor". The United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization (UNESCO) as well in a gathering of experts, defined the people as follows:

a group of individual human beings who enjoy some or all of the following common features: (a) a common historical tradition; (b) racial or ethnic identity; (c) cultural homogeneity; (d) linguistic unity; (e) religious or ideological affinity; (f) territorial connection; or (g) common economic life; the group as a whole must have the will to be identified as a people, or the consciousness of being a people, allowing the groups or some members of such to grow, though sharing the foregoing characteristics, may not have that will or consciousness; and possibly; the group must have institutions or other means.<sup>43</sup>

A possible solution here is to do DNA (Deoxyribonucleic acid) tests on islanders to define their ethical roots. This action helps determine their bloodline to their homeland's ancestors and gives islanders more options to distinguish themselves from those who happen to be non-indigenous.

As an interconnected title, one of the acquisition methods of sovereignty is cessation, which grants territorial sovereignty to the transferee under its terms. The date of a ratified treaty will change the title to the island under the binding document. One of the limited-relevance examples of cession by a treaty goes back to the colonialism era, when European States, mainly Western ones, concluded many treaties with African polities. These agreements with indigenous leaders could distinguish between a sole act of occupation and acquisition of title, which are not known as a cessation in normal circumstances.<sup>44</sup>

#### 4. Islands and Boundaries

The islands' status has become a problematic, long-running, and contemporary issue in ILoS worldwide and has caused several disputes between States. The disputes could be, first, regarding the sovereignty over islands and, second, the insular features of islands, which determine whether it is possible to consider jurisdictional maritime boundaries for the islands. Disputes over islands are generally over the

<sup>41</sup> Muš A. *Self-determination and the Question of Sovereignty over the Falkland Islands/Malvinas...* P. 86.

<sup>42</sup> *Falkland Islands Government the Directorate of Policy, Economy & Corporate Services, Falkland Island Census Report 2021.* URL: <https://www.falklands.gov.fk/policy/downloads?task=download.send&id=219:falkland-islands-2021-census-report&catid=13> (accessed: 25.11.2023).

<sup>43</sup> Muš A. *Op.cit.* P. 86–87.

<sup>44</sup> Crawford J. *Op.cit.* P. 215.

uninhabited islands, rocks, low-tide elevations, and reefs. This results in discord diplomatic exchanges between States or might cause military confrontation.<sup>45</sup>

Concerning Articles 121(2) and 76(5) of UNCLOS, islands are significant because even a tiny island can give potential jurisdictional claims over large maritime zones and resources within. For instance, the EEZ and the CS are the subjects of these extensions. To illustrate, the CS could extend beyond 200 nautical miles (hereinafter — NM) up to 350, and the reason for the extension is access to resources such as fish stocks and offshore hydrocarbons, which are essential in food and energy reserves. In the case of a well-qualified island, to benefit from full jurisdictional boundaries, it depends on the fact that no neighbouring States have occurred in its vicinity to 400 NM.<sup>46</sup>

As a maritime security matter, the islands' strategic location has significant value for States. For instance, in the Abu Musa dispute, the Islands of Abu Musa, Greater, and Lesser Tunb create Iran's defence line and are the only way to pass the region's oil tankers and maritime traffic.<sup>47</sup> Abu Musa is near the Hormuz Strait's entry and is approximately equidistant from both coasts. Before explaining the categorisation of islands by location, reviewing the postulate of delimitation procedures is necessary.

In ILoS, the main objective of States is to generate maximum maritime zones to manage marine resources and maintain peace and security. Overlapping maritime boundaries among States causes a maritime boundary circumstance. Article 15 of UNCLOS applies to a situation with overlapping claims to TS up to 12 NM, which provides delimitation based on the equidistance method. The equidistance method does not apply if parties agree not to opt for it. For instance, if a historic title or when other special circumstances exist. In Article 12 of the 1958 Geneva Convention on the Territorial Sea and the Contiguous Zone, the same concept distinguishes States with neighbouring coastlines. The median line, also known as an equidistance line, is applicable in opposing (see Figure 1<sup>48</sup>) or adjacent (see Figure 2<sup>49</sup>) coastlines, which both have the same function.

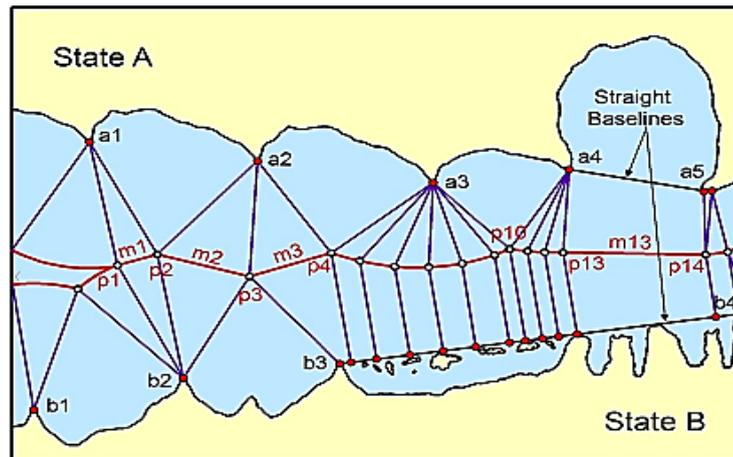


Figure 1. Red median line in three constructing situations.  
Source: taken and rephrased from Kastisios C. *Op. cit.* P. 17.

<sup>45</sup> Hong S.-Y., Van Dyke J.-M. *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea* // ed. by C. Schofield *The Trouble with Islands: The Definition and Role of Islands and Rocks in Maritime Boundary Delimitation...* P. 19–20.

<sup>46</sup> *Ibid.* P. 21.

<sup>47</sup> Al-Nahyan S.-Z.-K. *The Three Islands Mapping the UAE-Iran Dispute...* P. 30, 32.

<sup>48</sup> Kastisios C. *Methods of Maritime Outer Limits Delimitation* // Nausivios Chora. 2014. Vol. 5. P. 17.

<sup>49</sup> United Nations. *Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries*. New York : United Nations Publication, 2000. P. 48.

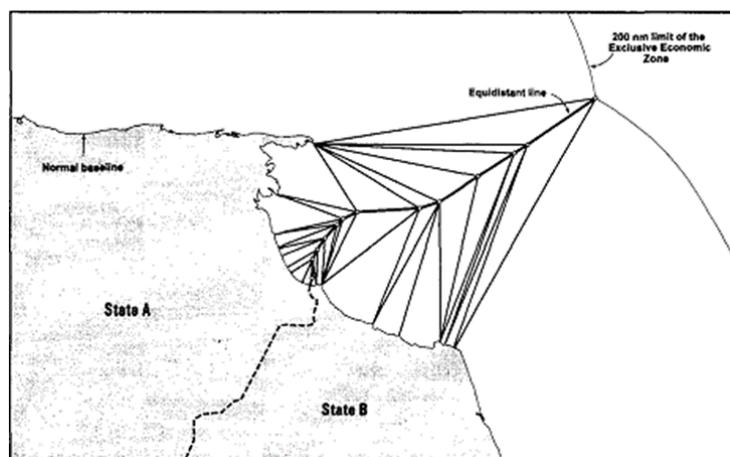


Figure 2. Strict equidistant line between adjacent States. Source: taken and rephrased from Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries, by Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs, © 2000 United Nations. Reprinted with permission of the United Nations.

The definition of three methods of commonly used equidistance lines is as follows:

- A strict equidistance line considers all coastal base points permitted under UNCLOS. It could result in a complicated and inadequate line comprised of numerous turning points and short straight-line divisions.
- A simplified equidistance line has fewer base points or turning points. Usually, this method makes no noticeable distinction concerning the net maritime area of the zone for each coastal State involved in boundary measurement (see Figure 3<sup>50</sup>).<sup>51</sup>
- An adjusted or modified equidistance line is a line in which certain relevant geographical features like rocks and islands do not fully generate an effect in creating maritime areas, like CS or EEZ. The goal is to minimise the inequitable impact of these features based on equity or other considerations (see Figure 4<sup>52</sup>).<sup>53</sup>

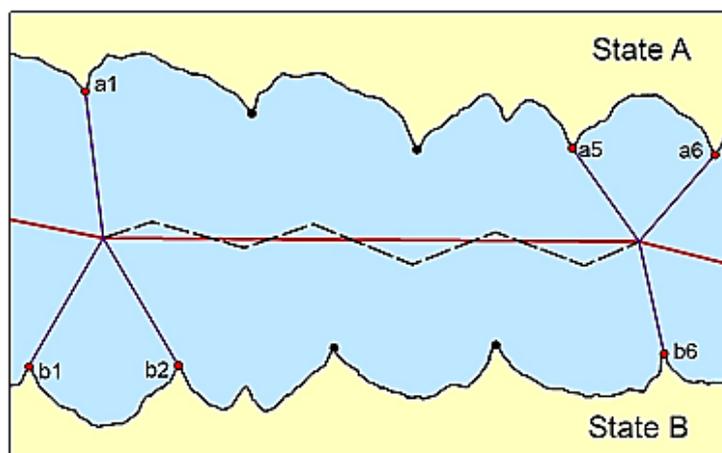


Figure 3. Strict and simplified equidistant lines.  
Source: taken and rephrased from Kastrisios C. *Op. cit.* P. 18.

<sup>50</sup> Kastrisios C. *Methods of Maritime Outer Limits Delimitation...* P. 18.

<sup>51</sup> *Idem.*

<sup>52</sup> *Ibid.* P. 19.

<sup>53</sup> *Idem.*

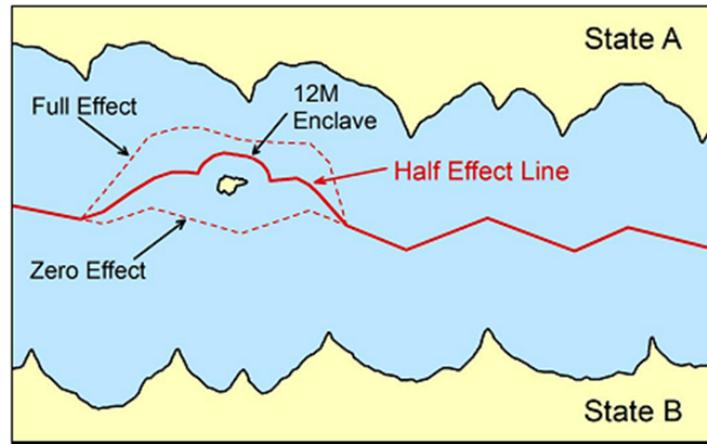


Figure 4. Half effect and modified median line.  
Source: taken and rephrased from Kastrisios C. *Op. cit.* P. 19.

Furthermore, Articles 74 and 83 of UNCLOS determine general expressions to reach an agreement for the EEZ and the CS named equitable solution. According to the articles, no preferred delimitation method exists beyond the TS; instead, they merely specify an equitable solution's objective. For this reason, State practice plus precious outcomes of international courts and tribunals play a crucial role in the process of MBD.<sup>54</sup>

It is worth mentioning that a fully-fledged island does not guarantee the State to consider full effects in MBD, a measurement with any method of its achievement, whether negotiations or third-party contribution. Therefore, an equidistance line applies to islands with full or partial effects. As an example, the maritime boundary measurement of Gotland Island and Gotska Sandon accorded 75% weight between Sweden and the Soviet Union. In addition, international courts and tribunals are also considering a modified equidistance line. For instance, the preferred delimitation method was the half-effect applied to Scilly Isles in the *Continental Shelf Arbitration (France v. United Kingdom)*.<sup>55</sup>

Moreover, the modified equidistance line method aims to measure the breadth of CS and EEZ according to equitable principles and based on the type of geographical features. Consequently, one State in the MBD benefits from a larger maritime territory. When an island is located far from other geographical features of the coastal State, a modified equidistance line applies to prevent it from having disproportionate effects.<sup>56</sup> According to international courts/tribunals and State practice, the enclaving methodology is another way to deal with islands. Enclaving occurs when an island receives no or only partial effects in a situation where the island location is on the incorrect side of the median line or exists in the middle of the zone (see Figure 5<sup>57</sup>). In this circumstance, a boundary maker would draw a certain width of the maritime belt over the island equal to the breadth of TS.<sup>58</sup> An example of enclaving would be the Italy and Tunisia agreement by 1971 (see Figure 6<sup>59</sup>). The delimitation of the CS boundary in the Mediterranean Sea resulted in partial enclaving and reduced effect on the delimitation line.<sup>60</sup>

<sup>54</sup> Schofield C. *Op.cit.* P. 32.

<sup>55</sup> *Ibid.* P. 33.

<sup>56</sup> Kastrisios C. *Op.cit.* P. 18–19.

<sup>57</sup> *Ibid.* P. 19.

<sup>58</sup> *Idem.*

<sup>59</sup> Jayewardene H.-W. *Op.cit.* P. 361.

<sup>60</sup> Schofield C. *Op.cit.* P. 33.

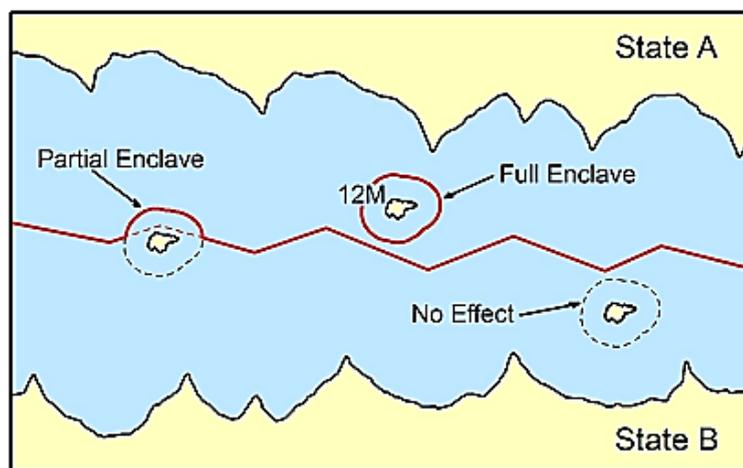


Figure 5. Fully and partially enclaved features of State B.  
Source: taken and rephrased from Kastrisios C. *Op. cit.* P. 19.

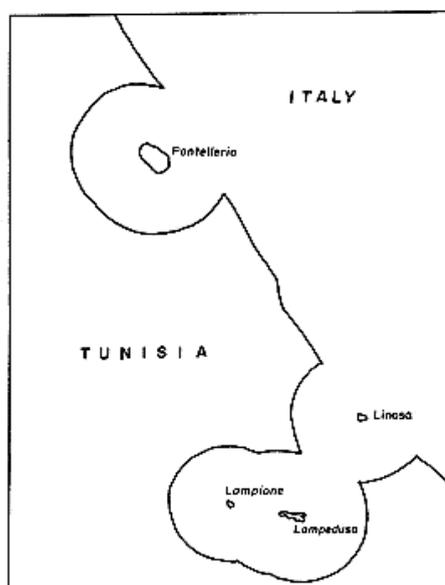


Figure 6. Italy-Tunisia: semi-enclave solution.  
Source: taken from Jayewardene H. W. *Op. cit.* P. 361.

Furthermore, Abu Musa is referable to receive a partial enclave as an island with an indeterminate status and an unfinished shelf boundary agreement on its eastward extension.<sup>61</sup> The complex issue is, first and foremost, about the sovereignty and ownership of Abu Musa, which is uncertain, as well as other relevant circumstances of the MBD process. Concerning the *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Netherlands)* judgment, the relevant circumstances are as follows: “Delimitation is to be affected by agreement per equitable principles, and taking into account all the relevant circumstances.” Further, according to international jurisprudence, it is possible to categorise relevant/special circumstances into geographical and nongeographical categories as follows:<sup>62</sup>

- Geographical circumstances: configuration of the coasts, regional geography, the proportionality of a State’s CS area to the length of its coastline, the presence of islands, low-tide elevations and promontories, the existence of third States and regional arrangements.

<sup>61</sup> United States Department of State Bureau of Intelligence and Research, *Limits in the Sea No. 94 CONTINENTAL SHELF BOUNDARIES: THE PERSIAN GULF 11 September 1981*. URL: <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2019/12/LIS-94.pdf> (accessed: 27.10.2023).

<sup>62</sup> Karaman I.-V. *Dispute Resolution in the Law of the Sea*. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 2012. P. 222.

- Nongeographical circumstances: seabed's geology and geomorphology for outer shelf measurement, historical rights, prior conduct of parties, developing activities, safety measurements, and navigational purposes. Typically, international courts consider geographical factors more than nongeographical ones in their judgments.<sup>63</sup>

The 1969 *North Sea Continental Shelf* case also illustrated the concept of proportionality, which means that in the maritime delimitation process, considering the opposite State's coastal length is essential before determining any maritime zone for States involved in the dispute. Furthermore, in the case of *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, the Court introduced the disproportionality test to determine whether the delimited zones comply with equitable principles.<sup>64</sup>

Precautionary measurements are also interrelated in the delimitation process: non-encroachment,<sup>65</sup> avoidance of cut-off effects<sup>66</sup> (see Figure 7<sup>67</sup>) and disproportionate results.<sup>68</sup>

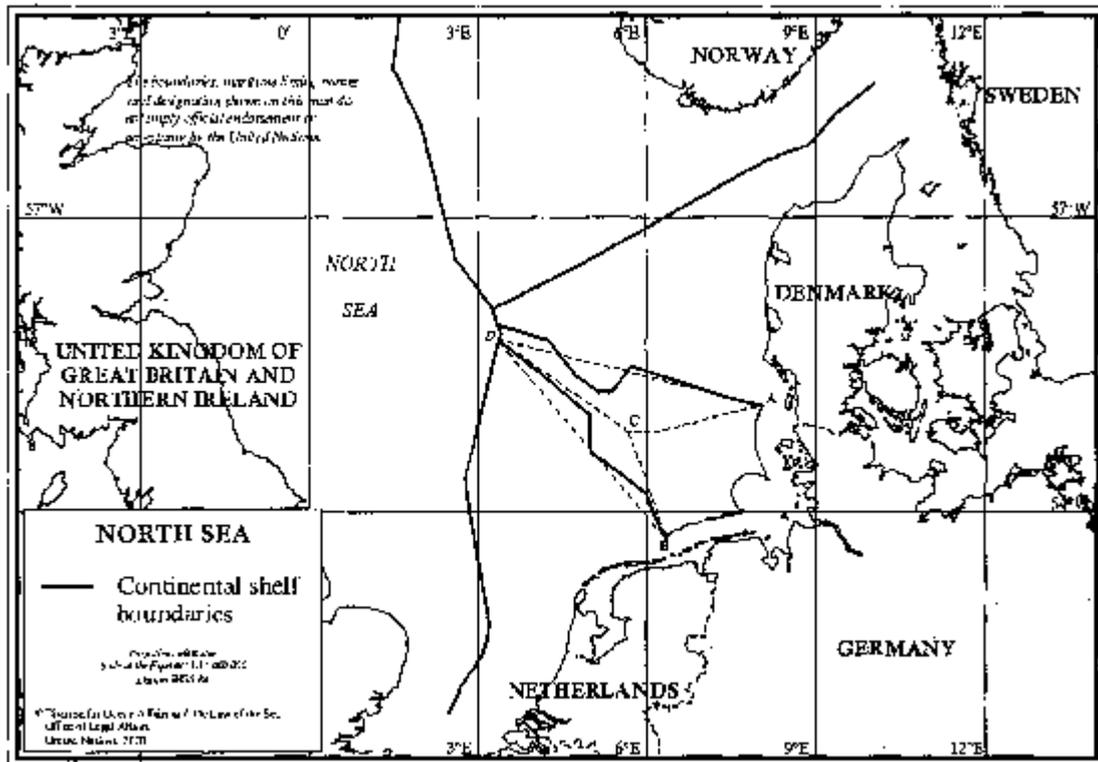


Figure 7. (a) the continental shelf of Germany that would have resulted from the application of equidistance sought by the Netherlands and Denmark (area comprised between points ACB); (b) the continental shelf claimed by Germany (area ADB); and (e) the continental shelf that was negotiated by Germany with the Netherlands and Denmark. Source: taken from Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries, by Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs, © 2000 United Nations. Reprinted with permission of the United Nations.

The existence of a disagreement over the sovereignty of an island could thus significantly delay the settlement of international boundaries, perhaps causing a conflict between the parties involved. Furthermore, as Robert David Hodgson points out<sup>69</sup>,

If the criterion of 'dispute' were used, a nation wishing to disclaim the effect of an island would need only to establish a contrary claim to sovereignty. Consequently, a need exists to clarify the status of the dispute in relation to the time of the negotiations for the (shelf) boundary; most island disputes today

<sup>63</sup> *Ibid.* P. 223.

<sup>64</sup> ICJ. *Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*. Application No. 132. Judgment of 3 February 2009. § 210, 213–214.

<sup>65</sup> United Nations. *Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries...* P. 19–21.

<sup>66</sup> *Ibid.* P. 31.

<sup>67</sup> *Idem.*

<sup>68</sup> Anderson D.-H. *Maritime Delimitation in the Black Sea Case (Romania v. Ukraine) // The Law and Practice of International Courts and Tribunals*. 2009. Vol. 8. P. 313.

<sup>69</sup> Jayewardene H.-W. *Op.cit.* P. 487.

are known, although in some cases one of the parties may not acknowledge that there is a dispute.

From the geographical perspective, islands could take different positions relating to the parent State concerning measurements of MBD if no sovereignty status exists as follows<sup>70</sup> (see Figure 8<sup>71</sup>):

- offshore islands;
- offlying islands;
- islands in the median zone;
- detached islands; and
- islands of indeterminate political status.

#### Offshore and Offlying Islands

A comparison view illustrates that offshore islands have a closer distance, are more connected to the shoreline, and would appear annexed in a broader geographical scope. In a situation where they have the nearest proximity distance to the shore in a sub-category, they are known as coastal islands. The standard treatment for such islands is to give offshore islands full effect, and this practically applies to their situation where they fall in TS and CZ. In the MBD process, insular features that qualify as base points would likely receive full weight as normal baselines in the delimitation of TS.<sup>72</sup>

Offlying islands are in a geographical position that goes further seaward, and the proximity element is not as practical as it defines offshore islands. Despite their location, beyond 24 miles, they share more similarities and features with parent State's landwards. From MBD's perspective, much of the difficulties in discriminating between offshore islands in the coastal area and offlying islands stems from the fact that the further offlying islands are in the sea, the more influence they have on the equidistance line. Consequently, deciding on the matter would rely on the size of the water area involved, as R.-D. Hodgson has pointed out. Thus, a suitable geographical perspective considering the water space would be the primary priority in categorising the islands and identifying relevant precedents.<sup>73</sup>

#### Islands in the Median Zone

In some circumstances, islands are located beyond offshore and offlying islands close to the equidistance line, which are islands on the wrong/right position of the equidistance line. In some cases, islands are on the median line, and their astride extends to 12 miles on either side. Identifying offlying islands from islands in the median zone could be challenging, mainly when drawing later boundaries. To overcome the problem, the boundary maker should rely on the 12-mile test for the median zone from both sides. These islands would not have any role as base points, mainly when a narrow ocean or a neighbouring State delimitation exists. The primary criterion in the following circumstance should be the island's proximity to the equidistance line bearing; it is not a base point.<sup>74</sup>

#### Detached Islands

Detached islands fall within two categories: when located on the wrong side of the equidistance line and outside the median zone, beyond 12 NM, with no impact on the equidistance line. Second, islands detached from the parent State are very close to the coast of the opposite State, representing an extension of the parent State territory, bearing that they are not incidental to delimitation (see Figure 9<sup>75</sup>). The proximity element is quite outstanding, and there is no efficacious connection between the island/s and the parent State's jurisdictional territory. As a result, they are far away from the islands in the median zone. However, the distinction appears meaningless in inter-State TS delimitation.<sup>76</sup>

#### Islands of Indeterminate Political Status

From the MBD viewpoint, the methods, and the provisions within exacerbate the determination of territorial entitlement to some extent. To illuminate, on the one hand, some islands can generate extra maritime zones; therefore, States claim their sovereignty and deploy delimitation procedures to achieve extended marine areas, which have led to many pending delimitation situations and underpinned

<sup>70</sup> *Ibid.* P. 368–371.

<sup>71</sup> *Ibid.* P. 422.

<sup>72</sup> *Ibid.* P. 478.

<sup>73</sup> *Ibid.* P. 480.

<sup>74</sup> *Ibid.* P. 483.

<sup>75</sup> *Ibid.* P. 368.

<sup>76</sup> *Ibid.* P. 484.

increments of risk of escalation. Nevertheless, in some other circumstances, no party would be interested in acquiring an unqualified island's sovereignty, resulting in an indeterminate political status. The latter would highlight and emphasise the insights of the island's location as the primary factor in any government's desire. Consequently, a boundary maker should be delicate in evaluating the geographical features in different scenarios (see Figure 10<sup>77</sup>).

Moreover, different elements, including political, legal, and other relevant factors, have become a burden to learn a globally applicable model analysis of the problem of boundary measurements according to this type of classification. For instance, in the *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v. Turkey)*, contrary to its complex geographical situation, there is a basis for objective analysis concerning the Greek Islands in the light of State practice (see Figures 11<sup>78</sup> and 12<sup>79</sup>).<sup>80</sup>

In MBD, a standard method among States is that they do not involve these islands as a compelling feature impacting the boundary. It is quite sensible that MBD will not proceed as long as a sovereignty dispute exists.<sup>81</sup> In negotiations, as one of the ways to peacefully settle a dispute, States should consider the following three types of circumstances in the practice of MBD.<sup>82</sup> First, political conditions: for instance, if there is an act of war, there are no formal relations, or they are weak. In this circumstance, negotiations would not initiate. Second, geographical conditions: for example, the islands' location may be problematic for one of the States. Those with short coasts or surrounded by adjacent States would probably disagree with using equidistance lines in the MBD. Third, economic conditions: if the disparity in economic resources between the two parties is significant, the disadvantaged nation may require a larger share of the disputed zone. Besides, the agreement might become complicated if the disputed territory has a substantial economic value.

---

<sup>77</sup> *Ibid.* P. 369.

<sup>78</sup> *Ibid.* P. 429.

<sup>79</sup> *Ibid.* P. 446.

<sup>80</sup> *Ibid.* P. 371.

<sup>81</sup> *Ibid.* P. 488.

<sup>82</sup> Blake G.-H. *Maritime Boundaries and Ocean Resources...* P. 210–212.

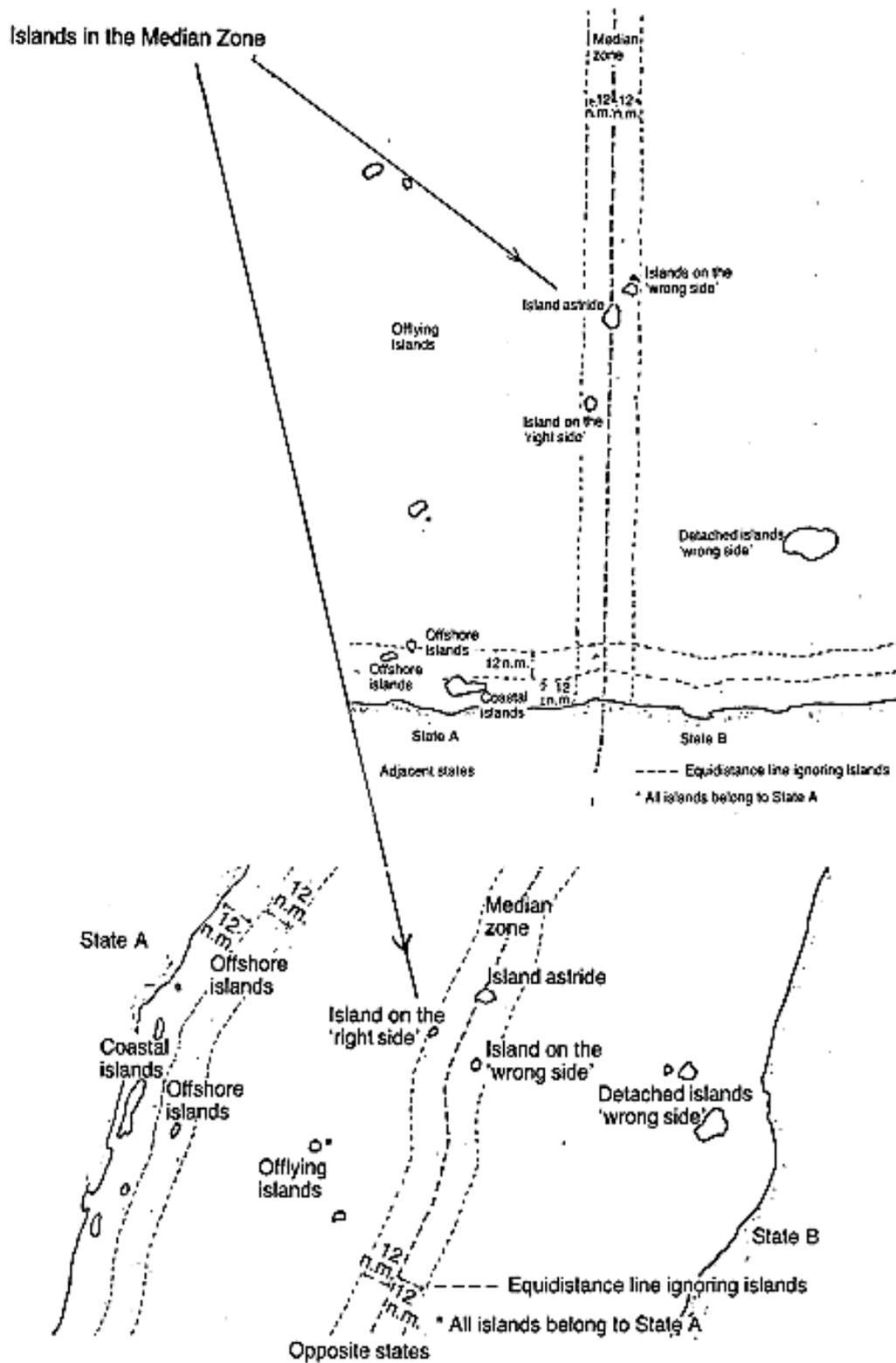


Figure 8. Islands' positions in opposite/adjacent states.  
 Source: taken and rephrased from Jayewardene H. W. *Op. cit.* P. 442.

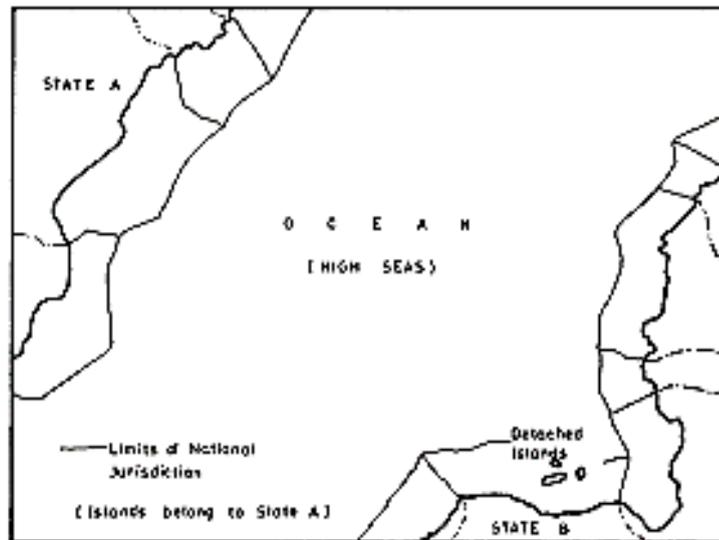


Figure 9. Second category of detached islands.  
Source: taken and rephrased from Jayewardene H. W. *Op. cit.* P. 368.

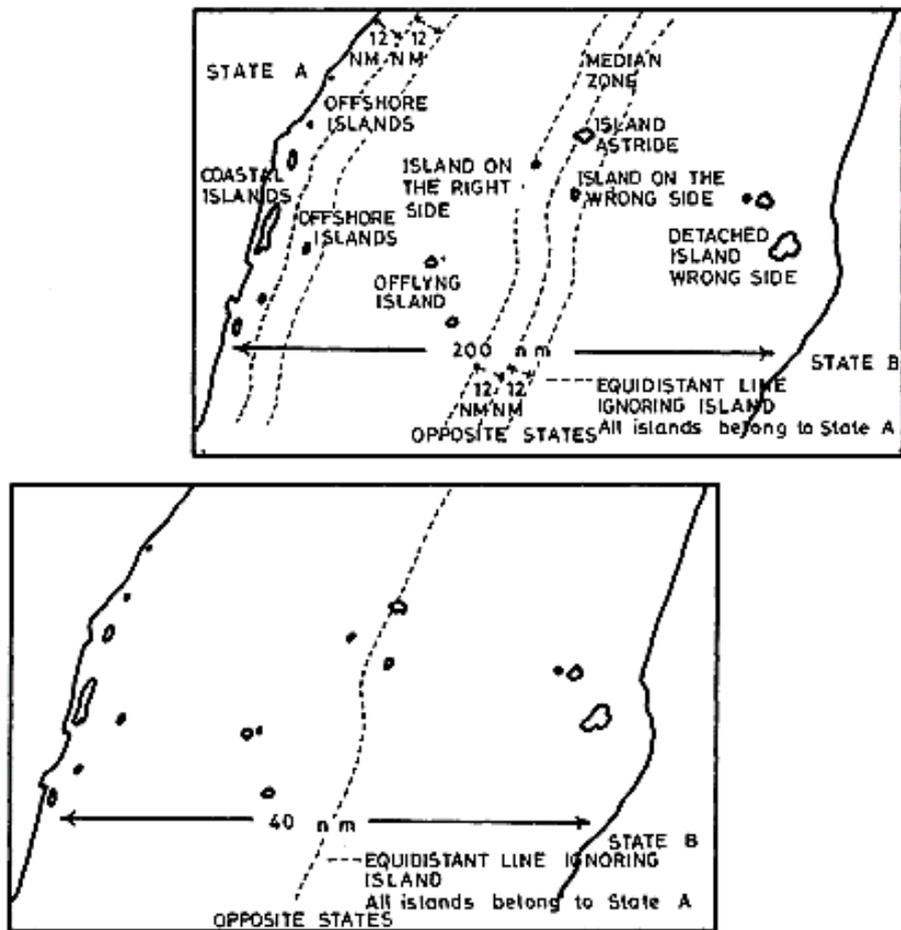


Figure 10. Two similar island situations on differing scales.  
Source: taken and rephrased from Jayewardene H. W. *Op. cit.* P. 369.

**Greece-Turkey**

*Maritime Boundary (Pending)*

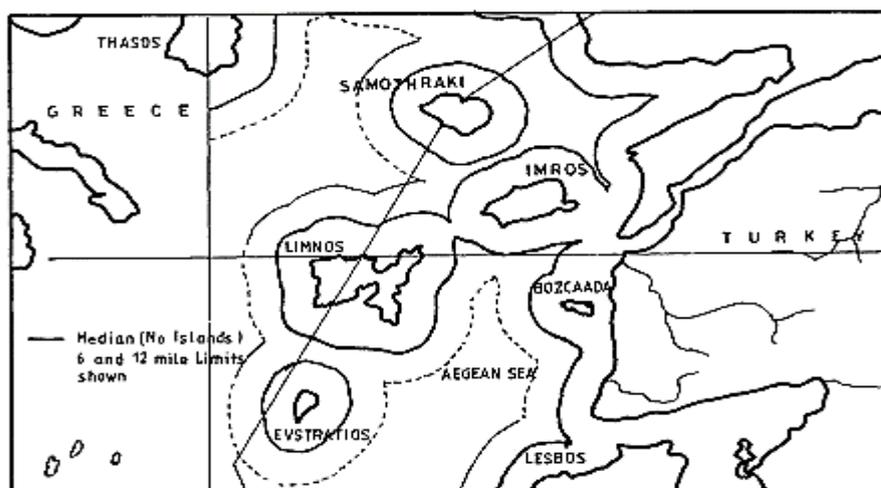


Figure 11. Maritime boundary status of the Aegean Sea.  
Source: taken and rephrased from Jayewardene H. W. *Op. cit.* P. 429.

**Greece-Turkey**

*Continental Shelf Boundary (Pending)*

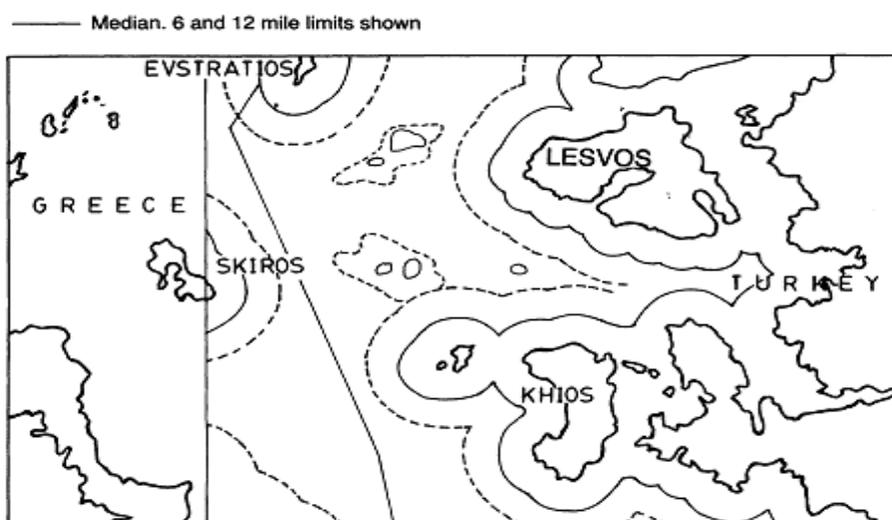


Figure 12. Continental shelf boundary situation of the Aegean Sea.  
Source: taken and rephrased from Jayewardene H. W. *Op. cit.* P. 446.

**Conclusion**

This paper reviewed and illustrated the historical path to the definition of islands, the status of artificial islands, and the sovereign reasons/titles contributing to islands' territorial sovereignty in the position of States. It provided legal insights/discussions based on the relevant publications and cases and explained why the sovereignty issues of islands were complex due to the several integrated factors impacting the criteria. Furthermore, it mentioned the undeniable role of the UN in serving as a competent organisation in connection to the subject and explained the keynotes of the MBD process.

The main point of the research indicates that the regime of islands consists of two legal domains in ILoS. To begin with, the most critical significant dimension would be its long-running process of territorial sovereignty determination and jurisdictional authorities, which was on from the XV century up to the present time. It is arguable that, due to the evolutionary course of international law, the principles of traditional international law have faded to some extent. For instance, the principle of *terra-nullius* merely no longer functions. As a legal discussion concerning sovereignty, forms of governmental authority over territory and acquisition and transfer of territorial sovereignty constitute the legal aspect, i.e. in the Falkland Islands, one of the mentioned reasons for sovereignty was occupation accompanied by the effective administration; in Spratly and Abu Musa, the historical context was undeniable as a reason States proposed them.

The second interrelated measurement would be the progression of MBD. The first attempts by the Hague Codification Conference and ILC to shed light on defining islands and their impact on maritime space till the emergence of UNCLOS indicate the importance of the subject internationally. Engaging with the island's obstacles relating to their role in determining maritime boundaries is the most critical concern for States; in normal circumstances, when there is no argument over the ownership of islands, the first aim would be to reach an agreement with the equidistance method. Due to the unique features of islands, States may not always be able to follow the instructions for this method. UNCLOS refers to those troublesome situations as special/relevant circumstances. Subsequently, UNCLOS materialises the idea of reaching an equitable delimitation. To accomplish this idea, judicial decisions and State practice are among the treatments for islands, particularly in maritime zones beyond TS. Therefore, the international courts/tribunals' judgments of each case regarding the disputes over the island's sovereignty would be a complementary and decisive instrument.

---

## ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ ПОДХОД К ОБОСНОВАНИЮ ЗАКОННОСТИ ТЕРРИТОРИАЛЬНОГО ПРАВА ГОСУДАРСТВ НА ОСТРОВА И ОСНОВНЫЕ ПРОЦЕДУРЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ МОРСКИХ ГРАНИЦ ОСТРОВНЫХ ТЕРРИТОРИЙ В КОНТЕКСТЕ МЕЖГОСУДАРСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ

Сафавиния Х.

**Хашаяр Сафавиния** — магистр права (департамент морского права юридического факультета Университета Анкары); докторант Исламского университета Азад (Дубайский филиал), Машхад, Иран (safaviniak@gmail.com).  
ORCID: 0000-0002-3098-0367.

### Аннотация

Правовой статус островов, то есть вопрос о территориальной принадлежности и распространении на них суверенитета государств, имеет существенное значение, поскольку определяет юрисдикцию государств в отношении островных территорий, в частности возможность доступа к ресурсам непосредственно на островах, на прилегающих территориях и за их пределами. Кроме того, высокое значение правового статуса связано с навигационными соображениями и соображениями безопасности государств, суверенитет которых распространяется на островные территории. По итогам определения границ островов государства решают вопрос о своих юрисдикционных правах. Определение границ морских зон возле островов сопряжено с рядом трудностей, обусловленных географическими и геоморфологическими факторами, историческими территориальными спорами, экономическим, культурным, политическим и социальным контекстом. Естественно, этот процесс сопряжен с разногласиями и спорами, которые могут представлять угрозу миру и безопасности во всем мире. В случае возникновения споров общепринятой практикой их разрешения является мирное урегулирование, методы которого изложены в статье 33 Устава Организации Объединенных Наций. Определение международного режима островов предполагает междисциплинарный подход, предусматривающий обращение к иным отраслям знания, помимо юриспруденции. В настоящей статье представлены примеры такого подхода. Кроме того, в статье рассматриваются аргументы, используемые при решении вопроса о принадлежности островов суверенной территории государств, анализируются правовые основания определения суверенной принадлежности островов в ряде необычных случаев, известных международному морскому праву. Речь идет об острове Абу-Муса в Персидском заливе, островах Спратли, Парасельских и Фолклендских островах. Целью настоящего исследования является решение двух задач: во-первых, определение оснований территориального суверенитета государств над островами, и, во-вторых, определение основ делимитации морских границ в контексте соответствующих межгосударственных отношений (речь преимущественно идет об отдельных островах различной природы происхождения, не входящих в архипелаги).

## Ключевые слова

суверенитет, территориальная принадлежность, *terra nullius*, самоопределение, колонизация, метод равного отстояния, анклав

**Для цитирования:** Сафавиния Х. Теоретический подход к обоснованию законности территориального права государств на острова и основные процедуры определения морских границ островных территорий в контексте межгосударственных отношений // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 1. P. 58–78.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.21723>

## References

- Al-Nahyan S.-Z.-K. The Three Islands Mapping the UAE-Iran Dispute. London: Royal United Services Institute for Defence and Security Studies, 2013.
- Anderson D.-H. Maritime Delimitation in the Black Sea Case (Romania v. Ukraine) // The Law and Practice of International Courts and Tribunals. 2009. Vol. 8.
- Beck P.-J. The Falkland Islands as an International Problem. London; New York: Routledge, 1988.
- Blake G.-H. Maritime Boundaries and Ocean Resources, New York: Routledge, 2018.
- Calvert P. Sovereignty and the Falklands crisis // International Affairs. 1983. Vol. 59.
- Chang T.-K. China's Claim of Sovereignty over Spratly and Paracel Islands: A Historical and Legal Perspective // Case Western Reserve Journal of International Law. 1991. Vol. 23.
- Chehabi H.-E. Self-Determination, Territorial Integrity, and the Falkland Islands // Political Science Quarterly. 1985. Vol. 100.
- Crawford J. Principles of Public International Law. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Hong S.-Y., Van Dyke J.-M. Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea // Schofield C. (ed.) The Trouble with Islands: The Definition and Role of Islands and Rocks in Maritime Boundary Delimitation. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 2009.
- Jafari Valdani A. The Historical and Legal Foundations of Iran's Sovereignty over Tunb and Abu-Musa Islands // Iranian Review of Foreign Affairs. 2015. Vol. 6.
- Jayewardene H.-W. The Regime of Islands in International Law. Dordrecht; Boston; London: Martinus Nijhoff, 1990.
- Karaman I.-V. Dispute Resolution in the Law of the Sea. Leiden; Boston: Martinus Nijhoff, 2012.
- Kastrisios C. Methods of Maritime Outer Limits Delimitation // Nausivios Chora. 2014. Vol. 5.
- Loomba A. Colonialism/Postcolonialism. London; New York: Routledge, 2005.
- Muś A. Self-determination and the Question of Sovereignty over the Falkland Islands/Malvinas // Silesian Journal of Legal Studies. 2017. Vol. 9.
- Schofield C. The Regime of Islands Reframed: Developments in the Definition of Islands under the International Law of the Sea. Netherlands: Brill, 2019.
- Swan Q.-J. The Black Pacific: Vanuatu, Decolonization, and the Global 1980s (2023) // Journal of African American History. 2023. Vol. 108.
- Tuzo Wilson J. Evidence from Ocean Islands Suggesting Movement in the Earth // Mathematical and Physical Sciences. 1965. Vol. 258.
- United Nations, Handbook on the Delimitation of Maritime Boundaries. New York: United Nations Publication, 2000.
- Wilson A.-T. The Persian Gulf. London: Oxford University Press, 1928.

## COMBATANT IMMUNITY FOR MEMBERS OF THE NAGORNO-KARABAKH ARMY: A CASE STUDY

SUSHKOV S., NEVEROVA E.

**Sergei Sushkov** — Doctoral Student at the Faculty of Law (School of International Law), HSE University, Moscow, Russia (sushkov.mels@gmail.com). ORCID: 0000-0002-5366-4113.

**Evgenia Neverova** — PhD in International Law, MGIMO University, Moscow, Russia (serra90@mail.ru). ORCID: 0000-0001-5911-6719.

### Abstract

After Azerbaijan regained control over the territory of the Nagorno-Karabakh region, it detained a number of officials of the Nagorno-Karabakh Republic (hereinafter — NKR) and members of the Nagorno-Karabakh Defence Army (hereinafter — NKDA). The detainees face charges of participating in illegal armed formations and/or terrorism financing. The present case study explores whether the detainees might benefit from combatant immunity and whether Azerbaijan's prosecution of those who fought for the NKR complies with international humanitarian law. Referencing the rules on prisoner of war status specified in Article 4(2) of the Third Geneva Convention, this paper concludes that members of the NKDA indeed fell into the hands of the "enemy", NKDA *prima facie* complied with the "four requirements" for irregular armed formations per Article 4(2) and "belonged" to Armenia, that for these purposes can be deemed to have been engaged in an international armed conflict with Azerbaijan. If evidence available to the Azerbaijani authorities supports the view that NKDA members fit the requirements of Article 4(2) of the Third Geneva Convention, members of the NKDA should be treated as prisoners of war and lawful combatants. Therefore, being a member of the NKDA or supporting its activities should not be criminally punishable.

### Key words

international humanitarian law, combatant immunity, Nagorno-Karabakh Republic, irregular armed formations, prisoner of war

**Citation:** Sushkov S., Neverova E. Combatant Immunity for Members of the Nagorno-Karabakh Army: A Case Study // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2024. Vol. 2. № 1. P. 79–87.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.21613>

## Introduction and relevant background

On 19 September 2023, the Armed Forces of Azerbaijan launched a military operation against the self-proclaimed Nagorno-Karabakh Republic. On the next day, authorities of the NKR agreed to surrender and, on 28 September 2023, the President of the NKR signed a decree dissolving all institutions of the NKR by 1 January 2024.<sup>1</sup> This ended the NKR and its conflict with Azerbaijan.

After hostilities ceased, the Azerbaijani authorities proceeded to detain a number of the NKR officials. As of 4 October 2023, Azerbaijan authorities detained at least eight former state and military officials of the NKR: former State Minister Ruben Vardanyan, former Presidents Arkady Ghukasyan, Arayik Harutyunyan and Bako Sahakyan, former Minister of Foreign Affairs Davit Babayan, former commander of the Defence Forces of the NKDA Levon Mnatsakanyan, former deputy commander of the NKDA Davit Manukyan and chairman of the National Assembly Davit Ishkhanyan.<sup>2</sup> On top of that, on 1 October 2023, the Azerbaijani Prosecutor General told reporters that more than 300 "Armenian separatists" were put on the international wanted list.<sup>3</sup>

In response to Azerbaijan's detentions, Armenia requested that the International Court of Justice (hereinafter — ICJ) enters provisional measures ordering that "Azerbaijan shall refrain from taking punitive actions against the current or former political representatives or military personnel of Nagorno-Karabakh".<sup>4</sup> The ICJ did not grant this provisional measure, as Armenia failed to show any link

<sup>1</sup> Telegram Channel "NKR InfoCenter". Decree of the NKR President. 28 September 2023. URL: <https://t.me/texekatvakanshtab/6298> (accessed: 20.03.2024).

<sup>2</sup> The Armenian Weekly. Former state and military officials of Artsakh detained by Azerbaijan. 4 October 2023. URL: <https://armenianweekly.com/2023/10/04/former-state-and-military-officials-of-artsakh-detained-by-azerbaijan/> (accessed: 20.03.2024).

<sup>3</sup> Turan. Azerbaijan has put over 300 Armenian separatists on the wanted list /UPDATED/. 1 October 2023. URL: <https://turkic.az/en/politics/azerbaijan-has-put-over-300-armenian-separatists-on-the-wanted-list-updated-769951> (accessed: 20.03.2024).

<sup>4</sup> ICJ. Application of the International Convention on The Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan). Request by the Republic of Armenia for the Indication of Provisional Measures. 28 September 2023. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/180/180-20230928-wri-01-00-en.pdf> (accessed: 20.03.2024).

of its request with the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.<sup>5</sup> Apart from applying to the ICJ, Armenia reportedly requested interim measures before the European Court of Human Rights (hereinafter — ECtHR) demanding immediate release of the former leaders of the NKR.<sup>6</sup> The ECtHR has not reported its decision on Armenia's request,<sup>7</sup> which suggests that Armenia's request might not have been successful.

Charges against the former NKR officials include terrorism financing, participating in activities of armed formations or groups not provided for by law, and illegal border crossings.<sup>8</sup> This is consistent with the previous practice of Azerbaijani courts that charged with terrorism crimes even members of the regular army of Armenia captured after the 2020 ceasefire.<sup>9</sup> Also, Azerbaijan hinted before the ICJ that it intended to prosecute the leaders of the NKR for war crimes.<sup>10</sup>

The present paper analyses whether, from the standpoint of international humanitarian law (hereinafter — IHL), members of the NKDA and its supporters can be prosecuted for the mere fact of taking part in hostilities against Azerbaijan or supporting the NKDA. The case study reviews the prospects of a claim of combatant immunity that supporters of the NKR might raise before Azerbaijani courts. The status of lawful combatants, if provided to the NKDA members, entails three substantial consequences. First, members of the NKDA must be immune from prosecution for raising arms against Azerbaijan. Second, former state officials of the NKR cannot be prosecuted for supporting the activities of the NKDA, because the support of lawful conduct cannot entail criminal responsibility.<sup>11</sup> This is even more so when a supporter of lawful combatants is charged with terrorism financing. As Professor Ben Saul correctly noted, in the international framework of combating terrorism, it is not an offence to finance attacks on combatants, fighters, or civilians taking a direct part in hostilities.<sup>12</sup> Therefore, it would not be a mistake to assert that supporters of lawful combatants should also benefit from the combatant immunity enjoyed by those who take active part in hostilities. Third, if NKDA members are recognised as lawful combatants under the rules of the IHL, Azerbaijani courts should not treat the NKDA as an “illegal armed formation”.

Three important qualifications must be made. First, this case study does not discuss whether the NKR had achieved statehood<sup>13</sup> before its termination by decree; rather, the analysis below is based on the scenario where that is not the case, as an argument to the contrary is unlikely to be successful before Azerbaijani courts. Second, Azerbaijan undoubtedly has a right — and even a duty — to prosecute war crimes.<sup>14</sup> Accordingly, this brief analysis focuses only on the prosecution of crimes unrelated to violations

<sup>5</sup> ICJ. *Application of the International Convention on The Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan)*. Order on Armenia's Request for the indication of provisional measure. 17 November 2023.

<sup>6</sup> *News.AM*. Armenia appeals to ECHR demanding to ensure protection of rights of former and current leaders of Karabakh. 5 October 2023. URL: <https://news.am/eng/news/785191.html> (accessed: 20.03.2024).

<sup>7</sup> See the list of the ECtHR's press reports on interim measures at the HUDOC web platform: URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%22documentcollectionid%22:%22R39%22> (accessed: 20.03.2024).

<sup>8</sup> See, for instance, charges brought against Ruben Vardanyan: *Aze.Media*. State Security Service: Ruben Vardanyan charged with financing terrorism. 28 September 2023. URL: <https://aze.media/state-security-service-ruben-var-danyan-charged-with-financing-terrorism/> (accessed: 20.03.2024).

<sup>9</sup> *Haqqin*. The court sentenced 12 Armenian soldiers to 6 months in prison. And their term has expired. 2 July 2021. URL: <https://haqqin.az/news/214024> (accessed: 20.03.2024).

<sup>10</sup> ICJ. *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Armenia v. Azerbaijan)*. Verbatim Record, Public sitting held on 12 October 2023. CR 2023/22. P. 46. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/180/180-20231012-ora-02-00-bi.pdf> (accessed: 20.03.2024).

<sup>11</sup> For example, the US District Court for the Eastern District of Missouri heard the case against defendants who provided material support to a foreign terrorist organisation that fought in Syria. The court rejected the claim of combatant immunity because the Syrian civil war was a non-international armed conflict. Nevertheless, the US court agreed, in principle, that the defendants charged with terrorism financing might have benefited from the combatant immunity, if they had supported lawful combatants fighting in an international armed conflict. See United States District Court for the Eastern District of Missouri Eastern Division. *United States of America v. Ramiz Zijad Hodzic, Sedina Unkic Hodzic, Nihad Rosic, Mehida Medy Salkicevic, And Armin Harcevic*. No 4:15 CR 49 CDP. Judgment of 5 February 2019. § 2.

<sup>12</sup> Saul B. *From conflict to complementarity: Reconciling international counterterrorism law and international humanitarian law* // *International Review of the Red Cross*. 2021. Vol. 103 (916–917). P. 178. See also, Van Poecke T., Verbruggen F., Yperman W. *Terrorist offences and international humanitarian law: The armed conflict exclusion clause* // *International Review of the Red Cross*. 2021. Vol. 103 (916–917). P. 301.

<sup>13</sup> A body of international legal commentary on this topic includes Crawford J. *Creation of States*. Oxford : Oxford University Press, 2006. P. 403; Melnyk A. *Nagorno-Karabakh* // *Max Planck Encyclopedias of International Law*. May 2013; *The Nagorno-Karabakh Conflict: Historical and Political Perspectives* / ed. by M. Hakan Yavuz, M. Gunter, New York : Routledge, 2023. P. 113–221; Krüger H. *The Nagorno-Karabakh Conflict: A Legal Analysis*. London : Springer, 2010. P. 40–90; Bachmann S., Prazauskas M. *The Status of Unrecognized Quasi-States and Their Responsibilities under the Montevideo Convention* // *The International Lawyer*. 2019. Vol. 52. № 3. P. 393–438; Roeben V., Jankovic S. *Validity of Contested Title to Territory in Frozen Conflict Zones: The Case of Nagorno Karabakh with Particular Reference to the 2020 War* // *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*. 2021. Vol. 39. P. 73–110.

<sup>14</sup> Henckaerts J.-M., Doswald-Beck L., Alvermann C., Dörmann K., Rolle B. *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge : Cambridge University Press, 2005. P. 607, Rule 158.

of the IHL, including financing of terrorism and participating in the activities of the NKDA labelled as an “illegal armed formation”. Third, this paper does not aim at conclusively proving that the combatant immunity bars the prosecution of the NKDA members or its supporters. This would be an impossible task without direct access to evidence available to defendants and Azerbaijani authorities and without numerous findings of fact necessary to properly substantiate this point. The analysis is based on the information contained in open sources.

## 1. Applicable legal rules, definitions and tests

Three sources detail the rules on combatant immunity: customary IHL, the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War (hereinafter — GC III),<sup>15</sup> and the Protocol Additional to the Geneva Conventions and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (hereinafter — AP I).<sup>16</sup> While Armenia signed and ratified both GC III and AP I, Azerbaijan signed only GC III.<sup>17</sup> This means that members of the NKDA would be unable to rely directly on the rules of AP I before Azerbaijani courts. They can, however, rely on provisions of this treaty insofar as it reflects the rules of customary law.

The codification by the International Committee of the Red Cross (hereinafter — ICRC) of customary IHL documents the rule on combatant immunity: “Upon capture, combatants entitled to prisoner-of-war status may neither be tried for their participation in the hostilities nor for acts that do not violate international humanitarian law”.<sup>18</sup> This is a long-standing rule of customary IHL.<sup>19</sup>

The notion of “combatant” has close links to the notion of “prisoner of war” (hereinafter — POW).<sup>20</sup> In general, any combatant who falls into the power of an adverse party is a POW and anyone who takes part in hostilities and meets the requirements for the POW status is a combatant.<sup>21</sup>

GC III Article 4 defines POWs and sets the personal scope of application of GC III.<sup>22</sup> Since the NKDA are irregular armed forces that have never been incorporated into the Armenian army, only Article 4(2) would apply to them, which vests the POW status with “[m]embers of other militias and members of other volunteer corps, including those of organized resistance movements, belonging to a Party to the conflict and operating in or outside their own territory, even if this territory is occupied, provided that such militias or volunteer corps, including such organized resistance movements, fulfil the following conditions: (a) that of being commanded by a person responsible for his subordinates; (b) that of having a fixed distinctive sign recognizable at a distance; (c) that of carrying arms openly; (d) that of conducting their operations in accordance with the laws and customs of war”.

Combatant immunity, the status of a combatant and POW can be raised only in an international armed conflict, since it is necessary to trigger the application of GC Article 4 or the relevant customary rules.<sup>23</sup> Members of armed groups that fight in non-international armed conflicts do not have combatant immunity.

Domestic criminal courts must observe combatant immunity, as the IHL mandates that combatants who fight in accordance with IHL may not be prosecuted under domestic law for acts of war permitted under IHL.<sup>24</sup> Combatant privilege transforms what would otherwise be an unlawful act under domestic law

<sup>15</sup> International Committee of the Red Cross (ICRC). *Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War (Third Geneva Convention)*. 75 UNTS 135. 12 August 1949.

<sup>16</sup> International Committee of the Red Cross (ICRC). *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I)*. 1125 UNTS 3. 8 June 1977.

<sup>17</sup> See the list of signatories to GC III on the website of the ICRC: URL: <https://ihl-databases.icrc.org/en/i hl-treaties/gciii-1949/state-parties> (accessed: 20.03.2024). See the list of signatories to AP I on the website of the ICRC: URL: <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/api-1977/state-parties> (accessed: 20.03.2024).

<sup>18</sup> Henckaerts J-M. *Customary International Humanitarian Law*. P. 384.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> The ICRC Commentary to AP I clarifies that the Third Geneva Convention does not define the term “combatant” but “implicitly include[s] it] in the recognition of prisoner-of-war status in the event of capture”. Article 43 of AP I removed all ambiguity and “explicitly stated that all members of the armed <...> can participate directly in hostilities, i. e., attack and be attacked”. See Pictet J. et al. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Geneva : International Committee of the Red Cross, 1986. P. 515, § 1677.

<sup>21</sup> International Committee of the Red Cross (ICRC). *Commentary on the Third Geneva Convention: Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War*. Cambridge : Cambridge University Press, 2021 (hereinafter — ICRC Commentary to GC III). § 950: “In addition to providing the personal scope of application of the Third Convention, Article 4 is relevant to the definition of ‘combatants’”.

<sup>22</sup> ICRC Commentary to GC III. § 950.

<sup>23</sup> See Article 2 of GC III.

<sup>24</sup> Bartels R. *The right to participate in hostilities: Combatant privilege vs criminal responsibility for members of organised armed groups during international and domestic criminal trials II Armed Groups and International Law I* ed. by K. Fortin, E. Heffes. Cheltenham, UK : Edward Elgar Publishing, 2023. P. 66. See also Appeals Court of The Hague. Judgment of 30 April 2015. ECLI:NL:GHDHA:2015:1082. Consideration 10.4.3.3.2.

into a lawful act compliant with IHL.<sup>25</sup> As Emily Crawford put it, combatant status “is an international status that provides immunity from the operation of domestic criminal law” for acts committed during the course of the armed conflict.<sup>26</sup> IHL prohibits neither taking part in international armed conflict nor being a member of an armed group involved in an international armed conflict nor financing or supporting an armed formation by nationals of a state to which an armed group belongs. Thus, if a combatant fights in an armed formation that satisfies the requirements of Article 4(2), a state cannot treat as illegal the mere facts of taking part in hostilities, being a member of this armed formation or supporting its activities.

Therefore, to substantiate combatant immunity against a prosecution in Azerbaijan, members and supporters of the NKDA should prove that GC III Article 4(2) applies to NKDA members, i.e., that NKDA members have POW status and, therefore, they are lawful combatants. Article 4(2) would also only apply if Armenia and Azerbaijan were in a state of international armed conflict.

Applying the rules of Article 4(2), members and supporters of the NKDA would need to prove, first, that NKDA members fell “into the power of the enemy”, second, that the NKDA meets the four conditions established for irregular armed groups and, third, that the NKDA “belongs” to a party to an international armed conflict.

## 2. Falling “into the power of the enemy”

When Azerbaijan captured the members of the NKDA, they indeed fell “into the power of the enemy”, as the NKDA was engaged in an armed conflict with the Azerbaijani armed forces. A difficulty might arise with this requirement only in a situation where an NKDA member holds an Azerbaijani nationality. The ICRC noted that some states have denied combatant status to their own nationals who fight in the armed forces of the enemy.<sup>27</sup> The rationale behind this practice is that nationals cannot treat their own state as an “enemy”. This reading of the notion of “enemy” substantially complicates the claim of combatant immunity for members of secessionist armed forces.

While the ICRC suggests that states must grant POW status to their own nationals, at the same time, it admits that they can prosecute these nationals for treason or other crimes against the state.<sup>28</sup> Therefore, members of the NKDA that have an Azerbaijani nationality could qualify as POWs, but Azerbaijan can prosecute them for taking part in hostilities against itself.

Michael N. Schmitt and Kevis S. Globe opine that “most members of the [NKDA] are nationals of Azerbaijan”, which “precludes them from claiming belligerent immunity for participating in the conflict”.<sup>29</sup> The underlying factual premise, however, needs further verification. In the *Chiragov* judgment, the ECtHR pointed to “a general situation which involves the flight of practically all Azerbaijani citizens <...> from Nagorno-Karabakh and the surrounding territories <...>”.<sup>30</sup> Importantly, as Azerbaijan asserted itself, many individuals residing in Nagorno-Karabakh were in fact holders of Armenian passports.<sup>31</sup> It stands to reason that even if some residents of Nagorno-Karabakh, including members of the NKDA, had Azerbaijani citizenship, their numbers could be limited. For completeness, should some of the residents of Nagorno-Karabakh have been dual nationals, the same rules would apply in this context as if they had been only Azerbaijani nationals.

Therefore, presuming that NKDA members do not hold Azerbaijani citizenship, they should satisfy the requirement of falling to the hands of the “enemy” upon their capture by Azerbaijan without complication.

## 3. Compliance with the “four conditions” for irregular armed groups

The NKDA appears to satisfy the four conditions enumerated in GC III Article 4(2): first, that of being commanded by a person responsible for his subordinates; second, that of having a fixed distinctive sign recognisable at a distance; third, that of carrying arms openly; fourth, that of conducting their operations in accordance with the laws and customs of war. While the NKDA undoubtedly meets the first three

<sup>25</sup> Bartels R. *Op. cit.* P. 67.

<sup>26</sup> Crawford E. *The Treatment of Combatants and Insurgents under the Law of Armed Conflict*. Oxford : Oxford University Press, 2010. P. 53.

<sup>27</sup> ICRC Commentary to GC III. § 966–969.

<sup>28</sup> *Ibid.* § 970–972.

<sup>29</sup> Schmitt M.N., Coble K. *The Evolving Nagorno-Karabakh Conflict – An International Law Perspective – Part II* // Lieber Institute West Point. 29 September 2023. URL: <https://lieber.westpoint.edu/evolving-nagorno-karabakh-conflict-international-law-perspective-part-ii/> (accessed: 20.03.2024).

<sup>30</sup> ECtHR. *Chiragov and Others v. Armenia* [GC]. no. 13216/05. 16 June 2015. § 220.

<sup>31</sup> *Chiragov*. § 166.

conditions, the Azerbaijani authorities might argue that the members of the NKDA lost their POW status because the NKDA violated the IHL.<sup>32</sup>

As the ICRC emphasises, to be disqualified from combatant immunity, an armed group must be involved in “large-scale or systematic non-compliance with international humanitarian law”.<sup>33</sup> The ICRC concludes that “non-compliance by one member of a group would not disqualify all members of the group from prisoner-of-war status”.<sup>34</sup> A potential counter-argument on the loss of POW status, therefore, would be unlikely to succeed unless the Azerbaijani authorities manage to prove a systematic pattern of war crimes committed by NKDA members.

Thus, the NKDA apparently meets all four conditions specified in Article 4(2), as the available open source information does not seem to confirm large-scale or systematic war crimes that would justify the termination of combatant immunity provided to its members.

#### 4. “Belonging” to a party to the conflict

It may be argued that the NKDA “belongs” to Armenia engaged in an international armed conflict with Azerbaijan. This potential argument would be the most debatable and requires extensive elaboration.

As follows from Article 4(2) of GC III, there is no need for the NKDA to be formally incorporated into Armenia’s armed forces;<sup>35</sup> *de facto* relationships of “belonging” suffice.<sup>36</sup> The ICRC explains that an armed group belongs to a party to a conflict if that group in fact fights on behalf of that party and the party in question accepts “both the fighting role of the group and the fact that the fighting is done on its behalf”.<sup>37</sup> The ICRC notes that a state’s acceptance of these *de facto* relations may be tacit. This would be the case when “a group is involved in combat operations alongside the State and claims to be fighting on behalf of the State” and the state does not deny its links with that armed group.<sup>38</sup> The ICRC has expressed the view that a state tacitly accepts “belonging” of an irregular armed group where the state has “overall control”<sup>39</sup> over such an armed group and the group in question fights on the state’s behalf.<sup>40</sup>

Against these rules, members and supporters of the NKDA might face at least two difficulties when claiming combatant immunity. First, Armenia has consistently denied its control over the NKDA and that Armenia was even involved in an armed conflict with Azerbaijan. Second, it is not clear whether Armenia retained its overall control over the NKDA after the 10 November 2020 armistice.

The NKR had positioned itself as an independent state that seceded from Azerbaijan. Armenia only claimed that it supported the NKR but has never accepted that the NKDA was fighting on Armenia’s behalf. This model of relations does not correspond to the situation Article 4(2) was designed to address. Article 4(2) of GC III was a response to the policy of Nazi Germany that denied POW status to partisans fighting in occupied territories.<sup>41</sup> Neither partisans nor states that fought against Germany had seriously hidden their mutual support and sympathies. Partisans did not intend to create their own new states but focused their efforts on liberating their territories from the Occupying Power and restoring the control of sovereign states over their territories. The “stealth” model of relations between the non-recognised NKR and Armenia contrasts starkly with the relationships between partisans and the Allies.

In 2015, Armenia vigorously denied before the ECtHR its role in the armed conflict between the NKR and Azerbaijan.<sup>42</sup> Armenia insisted that it was the NKDA that captured Lachin and Shusha in 1992 and “volunteers of Armenian origin” carried out all subsequent military actions.<sup>43</sup> Following the cessation of the

<sup>32</sup> For example, Azerbaijan’s counsel argued before the ICJ: “In the armed conflicts over Garabagh, indiscriminate and disproportionate attacks by the Armenian forces resulted in hundreds of civilians being killed, injured, detained or missing; thousands of civilians having had their property and homes destroyed; and over 700,000 people being forced to leave the occupied areas”. ICJ. *Verbatim Record in Armenia v. Azerbaijan*. CR 2023/22. P. 48. § 22.

<sup>33</sup> ICRC Commentary to GC III. § 1026.

<sup>34</sup> *Ibid.* § 1026.

<sup>35</sup> *Ibid.* § 1001.

<sup>36</sup> *Ibid.* § 1004.

<sup>37</sup> *Ibid.* § 1005.

<sup>38</sup> *Ibid.* § 1007.

<sup>39</sup> The “overall control” test was developed in the jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia to classify armed conflicts as being of international character. See ICTY. *Prosecutor v. Duško Tadić*. IT-94-1-A. Appeal Judgement. 15 July 1999. § 120.

<sup>40</sup> ICRC Commentary to GC III. § 1008.

<sup>41</sup> *Ibid.* § 1000.

<sup>42</sup> *Chiragov*. § 159.

<sup>43</sup> *Ibid.* § 160.

armed conflict in 1994, according to Armenia, it had no military presence in Nagorno-Karabakh.<sup>44</sup> Despite these arguments of the Armenian Government, the ECtHR determined in the 2015 *Chiragov* judgment:

Armenia, through its military presence and the provision of military equipment and expertise, has been significantly involved in the Nagorno-Karabakh conflict from an early date. This military support has been — and continues to be — decisive for the conquest of and continued control over the territories in issue, and the evidence, not least the Agreement, convincingly shows that the Armenian armed forces and the “NKR” are highly integrated.<sup>45</sup>

The findings of the ECtHR indicate that Armenia maintained overall control over the NKDA. For this reason, the Geneva Academy concluded that Armenia occupied the territory where the NKR was established using the NKDA as proxy.<sup>46</sup> This is consistent with Azerbaijan’s statements that Armenia occupied its territory.<sup>47</sup> Therefore, the NKDA, being under Armenia’s overall control, could be argued to have taken part in an international armed conflict between Armenia and Azerbaijan. Notwithstanding this, the question remains whether the NKDA can “belong” to Armenia provided that Armenia had denied this belonging and denied that NKDA fought on Armenia’s behalf.

The District Court of The Hague faced a similar question in 2022 when it prosecuted four members of the Donetsk People’s Republic Armed Forces (hereinafter — DPR AF) who were allegedly responsible for the downing of MH17. The District Court found that the Russian Federation exercised overall control over the DPR AF and, therefore, the MH17 was shot down during a combat operation in the course of an international armed conflict.<sup>48</sup> Nevertheless, the District Court denied the defendants’ combatant immunity stating that the finding of Russia’s overall control over the DPR AF was insufficient in itself to grant them the combatant immunity. According to the District Court, for the combatant immunity to exist, the Russian Federation should have accepted that the DPR AF belonged to it and should have taken responsibility for their actions.<sup>49</sup>

The judgment of the District Court of The Hague appears to us to be a legalistic decision that could have given more regard for the spirit of the rules underlying the combatant immunity. It is questionable whether the official position of a state can be used as a pretext for legitimising the prosecution of those who fight in irregular armed groups under the overall control of that state. A state might deny its links with an irregular armed group for various political reasons but this should not gloss over the *de facto* relationships between the state and an armed group fighting in an international armed conflict. Apparently for this reason, the ICRC concluded that a state’s overall control over armed groups in itself indicates the relations of “belonging” and the state’s tacit acceptance of these relationships.<sup>50</sup> The reading of the District Court might lead to an undesirable consequence of individuals fighting in international armed conflicts losing their protected status for the sole reason that the state supporting an armed group officially denies this support. Courts should not turn a blind eye on the facts and focus on political statements instead.

If Azerbaijani courts adopt the reasoning of the District Court of The Hague, they are likely to deny combatant immunity to members and supporters of the NKDA because Armenia never accepted that the NKDA belongs to it. Such reasoning, however, would undermine the rationale behind the combatant immunity. The reading of the IHL rules on combatant immunity showing that the NKDA *de facto* belonged to Armenia and Armenia accepted it tacitly, even though it has never officially confirmed its control over the NKDA, seems to better account for the spirit and rationale of the relevant rules.

<sup>44</sup> Ibid. § 161.

<sup>45</sup> Ibid. § 180.

<sup>46</sup> See the classification of this armed conflict carried out by the Geneva Academy on the website of its online project: Geneva Academy — RULAC. *Military occupation of Azerbaijan by Armenia*. 9 October 2022. URL: <https://www.rulac.org/browse/conflicts/military-occupation-of-azerbaijan-by-armenia> (accessed: 20.03.2024).

<sup>47</sup> For example, before the ICJ Azerbaijan qualified Armenia’s actions in Nagorno-Karabakh as an occupation (See. ICJ. *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Azerbaijan v. Armenia)*. Application instituting proceedings against Armenia. 23 September 2021). This position is in line with the numerous resolutions of the UN Security Council: UN Security Council. *Security Council resolution 822 (1993) [Armenia-Azerbaijan]*. S/RES/822 (1993). 30 April 1993. § 1; UN Security Council. *Security Council resolution 853 (1993) [Armenia-Azerbaijan]*. S/RES/853 (1993). 29 July 1993. § 3; UN Security Council. *Security Council resolution 874 (1993) [Armenia-Azerbaijan]*. S/RES/874 (1993). 14 October 1993. § 5; UN Security Council. *Security Council resolution 884 (1993) [Armenia-Azerbaijan]*. S/RES/884 (1993). 12 November 1993. § 4.

<sup>48</sup> District Court of The Hague. Cases no. 09-748004/19, 09-748005/19, 09-748006/19, 09-748007/19. Judgment. 17 November 2022. Sections 4.4.3.1.4 and 4.4.3.2.

<sup>49</sup> Ibid.

<sup>50</sup> ICRC commentary to GC III. § 1007–1008.

If Azerbaijani courts confirm that the NKDA “belonged” to Armenia, another question arises: did Armenia retain its overall control over the NKDA after November 2020? On 10 November 2020, following the 44-day armed conflict, the President of the Republic of Azerbaijan, the Prime Minister of the Republic of Armenia and President of the Russian Federation issued a joint statement declaring a ceasefire in the region.<sup>51</sup> According to that statement, Russia deployed its peace-keeping contingent along the contact line in Nagorno-Karabakh and the Lachin corridor, and Armenia withdrew its armed forces.<sup>52</sup> The Russian peacekeeping forces established sole control over the Lachin corridor<sup>53</sup> — the only piece of land that connected Armenia and the NKR.

Accordingly, the Armenian armed forces were to withdraw from the NKR, and Russian peacekeeping forces were to ensure that new Armenian soldiers would not enter the NKR through the Lachin corridor. In these circumstances, Armenia must have had serious difficulties with maintaining overall control over the NKDA. If Armenia indeed lost its overall control over the NKDA, an international armed conflict between Armenia (with the NKDA belonging to it) and Azerbaijan would have transformed into a non-international armed conflict between the NKDA and the Azerbaijani armed forces. As a result, members of the NKDA would have lost their combatant status.

However, as the Geneva Academy noted, “it is not yet clear to what extent the provision on the withdrawal of Armenian troops is followed in practice”.<sup>54</sup> In July 2022, the Azerbaijani President asserted that the issue of “the withdrawal of Armenian armed forces from Karabakh <...> has not been resolved to this day”.<sup>55</sup> It remains unclear whether the Armenian armed forces completely withdrew from the NKR before Azerbaijan launched its military operation in September 2023. Nevertheless, even if Armenia had withdrawn completely from the NKR and ceased providing new weapons to the NKDA, Armenia still might have exercised overall control over the NKDA by other means (e.g., by planning and supervising its military operations). Therefore, the “belonging” of the NKDA to Armenia after November 2020 is heavily dependent on facts and cannot be conclusively judged without access to materials evidencing the links between Armenia and the NKDA.

Recapping the point on whether the NKDA met the requirement of “belonging” to Armenia, claims of combatant immunity would face two major obstacles. First, Azerbaijani authorities might argue, following the same logic as that used by the District Court of The Hague, that members of the NKDA were not combatants, because Armenia has never conceded its control over the NKDA. This would likely be an erroneous interpretation of rules on combatant immunity — Armenia’s *de facto* overall control over the NKDA in itself should suffice to grant the NKDA members combatant immunity. Second, Azerbaijani authorities might state that Armenia lost its overall control over the NKDA after the November 2020 ceasefire. Merits of this claim cannot be assessed on the basis of information contained in open sources.

## Conclusion

Paradoxically enough, Armenia and Azerbaijan have found themselves in a situation where they would each need to disavow their previous positions to achieve their goals of prosecuting or preventing the prosecution of the NKDA members and supporters. To increase the chances of success for any combatant immunity claim, Armenia would have to accept that the NKDA belonged to it and remained under Armenia’s control even after November 2020. To prosecute the members and supporters of the NKDA in a manner compliant with international rules on combatant immunity, Azerbaijan would have to distance the NKDA from Armenia claiming that NKDA was an independent secessionist armed group.

At the same time, members and supporters of the NKDA can provide a unique source of information that can officially testify about Armenia’s control over the NKDA. Azerbaijani authorities might play this card guaranteeing combatant immunity to those who testify on Armenia’s role in the NKDA’s activities. This might well be a happy-end scenario in the spirit of transitional justice<sup>56</sup> — members and supporters

<sup>51</sup> *Official website of the President of the Republic of Azerbaijan*. Statement by the President of the Republic of Azerbaijan, Prime Minister of the Republic of Armenia and President of the Russian Federation. 10 November 2020. URL: <https://president.az/en/articles/view/45923> (accessed: 20.03.2024).

<sup>52</sup> *Ibid.* § 3 and 4.

<sup>53</sup> *Ibid.* § 6.

<sup>54</sup> Geneva Academy — RULAC. *Military occupation of Azerbaijan by Armenia*. Updated on 9 October 2022. URL: <https://www.rulac.org/browse/conflicts/military-occupation-of-azerbaijan-by-armenia> (accessed: 20.03.2024).

<sup>55</sup> *Official website of the President of the Republic of Azerbaijan*. Ilham Aliyev chaired meeting on results of six months of this year. 15 July 2022. URL: <https://president.az/en/articles/view/56665> (accessed: 20.03.2024).

<sup>56</sup> See, for instance, Murphy C. *The Conceptual Foundations of Transitional Justice*. Cambridge : Cambridge University Press, 2017. P. 14: “Nuanced compromise views demonstrate that choices to adopt responses other than punishment do not simply

of the NKDA would receive their freedom, and Azerbaijan would receive the truth, strengthening its public image of a country that respects the IHL. The post-conflict resolution of this crisis lies in the area of politics and only time will show how all stakeholders deal with the combatant immunity issue.

## ИММУНИТЕТ КОМБАТАНТА ДЛЯ ЧЛЕНОВ АРМИИ НАГОРНОГО КАРАБАХА: КЕЙС-СТАДИ

СУШКОВ С. П., НЕВЕРОВА Е. В.

Сушков Сергей Павлович — аспирант департамента международного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (sushkov.mels@gmail.com).  
ORCID: 0000-0002-5366-4113.

Неверова Евгения Владимировна — кандидат юридических наук, МГИМО МИД России, Москва, Россия (serra90@mail.ru).  
ORCID: 0000-0001-5911-6719.

### Аннотация

После того как Азербайджан восстановил контроль над территорией Нагорно-Карабахского региона, он задержал ряд должностных лиц Нагорно-Карабахской Республики (далее — НКР) и членов Армии обороны Нагорного Карабаха (далее — АОНК). Задержанным предъявлены обвинения в участии в незаконных вооруженных формированиях и/или финансировании терроризма. В настоящем исследовании рассматривается вопрос о том, могут ли задержанные пользоваться иммунитетом комбатанта и соответствует ли преследование Азербайджаном тех, кто воевал на стороне НКР, нормам международного гуманитарного права. С учетом правил, определяющих статус военнопленных и указанных в статье 4(2) Третьей Женевской конвенции, в статье делается вывод о том, что члены АОНК действительно попали под власть «неприятеля», АОНК *prima facie* соответствовала «четырем требованиям» к нерегулярным вооруженным формированиям, предусмотренным в статье 4(2) и «принадлежала» Армении, которая в этих целях может считаться вовлеченной в международный вооруженный конфликт с Азербайджаном. Если доказательства, имеющиеся у азербайджанских властей, подтверждают позицию о том, что члены АОНК соответствуют требованиям статьи 4(2) Третьей Женевской конвенции, с членами АОНК следует обращаться как с военнопленными и законными комбатантами. Поэтому членство в АОНК или поддержка ее деятельности не должны подлежать уголовному наказанию.

### Ключевые слова

международное гуманитарное право, иммунитет комбатанта, Нагорно-Карабахская Республика, нерегулярные вооруженные формирования, военнопленный

**Цитирование:** Сушков С. П., Неверова Е. В. Иммунитет комбатанта для членов армии Нагорного Карабаха: кейс-стади // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 1. С. 79–87.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.21613>

### References / Список источников

- Bartels R. (2023) The right to participate in hostilities: Combatant privilege vs criminal responsibility for members of organised armed groups during international and domestic criminal trials. In: Fortin K., Heffes E. (eds.) *Armed Groups and International Law*. Cheltenham, UK : Edward Elgar Publishing. P. 64–90.
- Bachmann S., Prazauskas M. (2019) The Status of Unrecognized Quasi-States and Their Responsibilities under the Montevideo Convention. *The International Lawyer*, vol. 52, no. 3, pp. 393–438.
- Crawford E. (2010) *The Treatment of Combatants and Insurgents under the Law of Armed Conflict*. Oxford: Oxford University Press.
- Crawford J. (2006) *Creation of States*. Oxford: Oxford University Press.

---

sacrifice justice for the sake of another value that is distinct from and unrelated to justice (eg, something we could name reconciliation). Instead, alternative responses may serve both the values of justice and reconciliation to some degree. At the same time, nuanced compromise views recognise that alternative responses to wrongdoing entail a moral cost and sacrifice. However, the moral cost and sacrifice is principled and one that can be justified”.

- Hakan Yavuz M., Gunter M. (2023) *The Nagorno-Karabakh Conflict: Historical and Political Perspectives*. New York: Routledge.
- Henckaerts J-M., Doswald-Beck L, Alvermann C., Dörmann K, Rolle B. (2005) *Customary International Humanitarian Law*. Cambridge University Press.
- International Committee of the Red Cross (2021). *Commentary on the Third Geneva Convention: Convention (III) Relative to the Treatment of Prisoners of War*. Cambridge University Press.
- Pictet J. et al. (1986) *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. International Committee of the Red Cross.
- Krüger H. (2010) *The Nagorno-Karabakh Conflict: A Legal Analysis*. London: Springer.
- Melnyk A. (2013) Nagorno-Karabakh // *Max Planck Encyclopedias of International Law*.
- Murphy C. (2017) *The Conceptual Foundations of Transitional Justice*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Roeben V., Jankovic S. (2021) Validity of Contested Title to Territory in Frozen Conflict Zones: The Case of Nagorno Karabakh with Particular Reference to the 2020 War. *Chinese (Taiwan) Yearbook of International Law and Affairs*, vol. 39, pp. 73–110.
- Saul B. (2021) From conflict to complementarity: Reconciling international counterterrorism law and international humanitarian law. *International Review of the Red Cross*, vol. 103, nos. 916–917, pp. 157–202.
- Van Poecke T., Verbruggen F., Yperman W. (2021) Terrorist offences and international humanitarian law: The armed conflict exclusion clause. *International Review of the Red Cross*, vol. 103, nos. 916–917, pp. 295–324.

## КОММЕНТАРИЙ К РЕШЕНИЮ МЕЖДУНАРОДНОГО СУДА ОТ 31 ЯНВАРЯ 2024 ГОДА ПО ДЕЛУ О ПРИМЕНЕНИИ МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНВЕНЦИИ О БОРЬБЕ С ФИНАНСИРОВАНИЕМ ТЕРРОРИЗМА И МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНВЕНЦИИ О ЛИКВИДАЦИИ ВСЕХ ФОРМ РАСОВОЙ ДИСКРИМИНАЦИИ (УКРАИНА ПРОТИВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ)

НАЛЬГИЕВ А. М., ПОЛЬШАКОВА В. В., ГАВКАЛЮК А. Б.

**Нальгиев Адам Мухажирович** — аспирант департамента международного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», стажер-исследователь научно-учебной лаборатории международного правосудия Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», юрист практики международных споров Адвокатского бюро «Иванян и партнеры», Москва, Россия (amnalgiev@gmail.com). ORCID: 0000-0002-0505-0483.

**Польшакова Виктория Владимировна** — стажер-исследователь научно-учебной лаборатории международного правосудия Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (polshakovavv@yandex.ru). ORCID: 0009-0008-8121-839X.

**Гавкалюк Анна Богдановна** — стажер-исследователь научно-учебной лаборатории международного правосудия Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (abgavkaliuk@edu.hse.ru). ORCID: 0009-0005-6908-020X.

### Аннотация

В статье анализируются ключевые аспекты решения Международного Суда от 31 января 2024 по делу о применении Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма и Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Украина против Российской Федерации), производство по которому Украина инициировала в связи с событиями 2014 года в Крыму (далее — Решение от 31 января 2024 года). Истец утверждал, что Россия нарушила ряд положений указанных конвенций, в частности уклонившись от сотрудничества в рамках режима Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма (далее — МКБФТ) при расследовании возможных случаев финансирования террористической деятельности, в которой украинская сторона обвиняла вооруженные формирования на территории Донецкой и Луганской Народных республик, а также осуществляя политику расовой дискриминации в отношении крымских татар и этнических украинцев, проживающих на территории Крыма, противоречащую Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (далее — МКЛРД). Суд обоснованно отклонил большую часть требований Украины, корректно применив соответствующие положения МКБФТ и МКЛРД и дав взвешенную оценку доказательствам, представленным сторонами. В то же время некоторые выводы Суда представляются непоследовательными. Так, Суд не оценивал содержание возражения России, основанного на доктрине «чистых рук», сославшись лишь на неопределенный статус этой доктрины в международном праве и приведя формальный довод о ее неприменимости на стадии рассмотрения дела по существу. В равной степени сомнительным является и утверждение о презумпции дискриминации этнических украинцев и нарушении их права на получение образования на родном языке, основанное лишь на статистических данных, показывающих, что после 2014 года число учеников, получавших образование на украинском языке, значительно уменьшилось. Тем не менее, сдержанным подходом к аргументам о толковании МКБФТ и МКЛРД и к представленным сторонами доказательствам в Решении от 31 января 2024 года Суд продемонстрировал ясное понимание своей роли, функций и пределов мандата по МКБФТ и МКЛРД.

### Ключевые слова

Международный Суд; международное правосудие; Россия; Украина; Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма; Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации

**Для цитирования:** Нальгиев А. М., Польшакова В. В., Гавкалюк А. Б. Комментарий к решению Международного Суда от 31 января 2024 года по делу о применении Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма и Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (Украина против Российской Федерации) // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 1. С. 88–103.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.21573>

### Введение

31 января 2024 года Международный Суд (далее — Суд) вынес решение по делу о применении Международной конвенции о борьбе с финансированием терроризма и Международной конвенции о

ликвидации всех форм расовой дискриминации (Украина против Российской Федерации) (далее — дело о применении МКБФТ и МКЛРД). Решение от 31 января 2024 года касается требований Украины, заявившей о нарушениях Россией МКБФТ и МКЛРД, связанных с событиями в Крыму 2014 года.

В частности, Украина заявила, что в нарушение положений МКБФТ Россия не приняла меры для предотвращения финансирования деятельности вооруженных формирований, действовавших на территории Донецкой и Луганской Народных республик (далее — ДНР и ЛНР соответственно) и якобы осуществлявших акты терроризма в отношении Украины, и не исполнила обязательства по предоставлению правовой помощи в ответ на запросы Украины. Украина также заявила, что после 2014 года в отношении украинского и крымскотатарского населения полуострова осуществлялась устойчивая и систематическая дискриминация по признаку этнической принадлежности в нарушение МКЛРД. Среди дискриминирующих действий России Украина указала запрет Меджлиса крымскотатарского народа — высшего представительного органа крымских татар, а также нарушение прав крымскотатарских и украинских сообществ на получение образования на родном языке. Решением от 8 ноября 2019 года (далее — Решение 2019 года) Суд признал себя компетентным рассматривать спор, при этом строго определив пределы юрисдикции, в которую вошли вопросы о соблюдении Россией положений МКБФТ и МКЛРД и не вошли вопросы, связанные с оценкой правомерности присоединения Крыма к России (подробнее об этом см. раздел 2 настоящей статьи).

Учитывая специфику контекста, в котором спор был передан на рассмотрение Суда, Решение от 31 января 2024 года, изложенное более чем на 100 страницах, затрагивает важные вопросы, в том числе определение пределов юрисдикции Суда по требованиям Украины; применение доктрины «чистых рук»; распределение бремени доказывания и определение стандарта доказывания, применимого к заявлениям Украины о нарушениях МКБФТ и МКЛРД; последствия нарушений обязательств МКБФТ и МКЛРД; оценку соблюдения Россией постановления об обеспечительных мерах. В настоящем комментарии все эти вопросы рассмотрены в свете практики Суда, других международных судов и арбитражей и доктрины международного права.

## 1. Вопросы юрисдикции

Решение от 31 января 2024 года стало значимым как первое дело в рамках российско-украинского конфликта, в котором Суд высказался по существу спора. С целью предотвращения возможных попыток использования конвенционного инструментария, «подходящего» для того, чтобы получить решение по политическим вопросам, которые заведомо пребывают вне рамок спора, Суд еще в Решении 2019 года четко указал: военные действия со стороны России или статус Крымского полуострова не охватываются юрисдикцией Суда, ограниченной исключительно вопросами, вытекающими из МКБФТ и МКЛРД<sup>1</sup>.

По мнению некоторых авторов, в разбирательстве против России, инициированном в феврале 2022 года в Суде в рамках Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него 1948 года (далее — дело о геноциде)<sup>2</sup>, Украина использовала юрисдикционные оговорки международной конвенции в качестве «оружия» во внешнеполитическом конфликте. В решении от 2 февраля 2024 года Суд признал, что не обладает юрисдикцией в отношении части требований Украины<sup>3</sup>. В указанном решении Суд вновь неоднократно напомнил сторонам дела о применении МКБФТ и МКЛРД о том, что его юрисдикция ограничена исключительно требованиями, вытекающими из этих конвенций, и не распространяется на оценку соблюдения Россией других норм международного права или определения статуса Крымского полуострова<sup>4</sup>.

Далее в Решении от 31 января 2024 года Суд очертил фактические обстоятельства и рамки проводимого им анализа, указав, что при оценке требований, вытекающих из МКЛРД, в качестве

<sup>1</sup> ICJ. *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*. Judgment of 8 November 2019. Preliminary Objections. § 29, 30.

<sup>2</sup> Исполинов А. И. *Смертельное оружие: юрисдикционные оговорки в практике Международного суда ООН* (21 марта 2023 года). URL: [https://zakon.ru/blog/2024/03/21/smertelnoe\\_oruzhie\\_yurisdikcionnye\\_ogovorki\\_v\\_praktike\\_mezhdunarodnogo\\_suda\\_oon](https://zakon.ru/blog/2024/03/21/smertelnoe_oruzhie_yurisdikcionnye_ogovorki_v_praktike_mezhdunarodnogo_suda_oon) (дата обращения: 28.12.2023).

<sup>3</sup> ICJ. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*. Judgment of 2 February 2024.

<sup>4</sup> ICJ. *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*. Judgment of 31 January 2024. § 30 (далее — *Ukraine v. Russia. Merits*).

характеристики «кампании по расовой дискриминации»<sup>5</sup> рассматривается «общая модель поведения РФ»<sup>6</sup>, но не отдельные предполагаемые акты расовой дискриминации<sup>7</sup>. Тем не менее, несмотря на «укрупнение» требований по МКЛРД, Суд признал, что в рамках проводимого им анализа необходимо установление достаточного количества отдельных случаев расовой дискриминации «в качестве иллюстраций»<sup>8</sup> предполагаемой дискриминационной политики. Представляется, что украинская сторона намеренно использовала подобную широкую формулировку требования, чтобы избежать обязанности исчерпать средства внутренней защиты<sup>9</sup>, как того требуют правила дипломатической защиты<sup>10</sup>, которые применялись бы в случае инициирования разбирательств в отношении каждого отдельного акта дискриминации<sup>11</sup>. Придя к аналогичному выводу относительно природы стратегии использования оговорок, в Решении 2019 года Суд указал, что «Украина не поддерживает иск одного или более своих граждан, но оспаривает на основании МКЛРД предполагаемую [дискриминационную] модель поведения Российской Федерации в отношении обращения с крымскотатарскими и украинскими сообществами в Крыму»<sup>12</sup>.

Примечательно, что как Украина, так и Россия признают Крымский полуостров своей территорией. В связи с этим возник вопрос о том, как Украина могла предъявить требования от лица жителей Крыма, который, с точки зрения России, является частью российской суверенной территории. По-видимому, Суд не стал заниматься данным вопросом, поскольку он так или иначе затронул бы проблему оценки правового статуса Крыма, которую Суд исключил из своей юрисдикции еще в Решении 2019 года. Тем не менее Украина применила доктрину *parens patriae*, то есть рассматривала жителей Крыма как своих граждан, в интересах которых она имеет право предъявлять требования, в частности подать иск в Международный Суд. Ранее, используя ту же доктрину, Катар пытался защитить своих граждан в деле против ОАЭ<sup>13</sup>, которое также было инициировано на основании МКЛРД. Но в отличие от дела *о применении МКБФТ и МКЛРД*, Суд так и не рассмотрел требования Катара по существу, сославшись на отсутствие юрисдикции в отношении этого спора. Доктрина *parens patriae* была применена и в деле *о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории)* 2007 года<sup>14</sup>. Таким образом, дело *о применении МКБФТ и МКЛРД* — одно из немногих в истории Суда, где государство пыталось использовать эту доктрину для защиты прав граждан, проживающих на спорной территории.

Создаст ли этот прецедент основание для последующей популяризации доктрины в практике Суда, на данный момент сказать сложно. Представляется, что в деле *о применении МКБФТ и МКЛРД* Суд не поставил под вопрос использование доктрины *parens patriae*, поскольку речь шла о жителях территории со спорным статусом как с точки зрения международного права, так и с точки зрения сторон дела. В то же время то обстоятельство, что указанные вопросы были исключены из компетенции Суда Решением 2019 года, фактически не оставило возможности для анализа применимости этой доктрины.

## 2. О применении доктрины «чистых рук»

Россия, ссылаясь на доктрину «чистых рук», просила отклонить все требования Украины как в отношении МКБФТ, так и в отношении МКЛРД, указав, что Украина ведет себя недобросовестно и сама совершила ряд серьезных нарушений международного права, связанных с предметом спора<sup>15</sup>. Так, в отношении требований, вытекающих из МКБФТ, Россия отметила, что Украина не выполняла Минские соглашения<sup>16</sup>, предписывающие помиловать «лиц, причастных к событиям, произошедшим в

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> Ibid. § 158.

<sup>7</sup> ICJ. *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*. Judgment of 31 January 2024. § 161.

<sup>8</sup> ICJ. *Ukraine v. Russia*. Merits. § 160.

<sup>9</sup> Ibid. § 158.

<sup>10</sup> Article 14. ILC, Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries. 2006.

<sup>11</sup> Article 14. ILC, Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries. 2006; Article 44(b). ILC, Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts.

<sup>12</sup> ICJ. *Ukraine v. Russia*. Merits. § 130.

<sup>13</sup> ICJ. *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*. Judgment of 4 February 2021.

<sup>14</sup> ICJ. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Judgment 26 February 2007. P. 68 § 7.

<sup>15</sup> Ibid. § 34, 153.

<sup>16</sup> Комплекс мер по выполнению Минских соглашений, 12 февраля 2015.

отдельных районах Луганской и Донецкой областей»<sup>17</sup>, и прекратить судебное преследование в их отношении<sup>18</sup>. Кроме того, Россия заявила, что Украина осуществляла неизбирательное применение силы против гражданского населения, проживающего на востоке страны. Россия также отметила противоречивость поведения Украины, так как последняя не выдвинула аналогичных обвинений в спонсировании терроризма украинским лицам, «включая высокопоставленных украинских чиновников и политиков»<sup>19</sup>, которые свободно торгуют с ЛНР и ДНР, несмотря на то, что правительства данных территорий обвиняются Украиной в осуществлении террористической деятельности.

В отношении требований по МКЛРД Россия указала, что начиная с 1991 года Украина не обеспечивала надлежащую защиту определенным этническим группам, включая крымских татар<sup>20</sup>. Россия также обратила внимание Суда на то, что за пределами Крыма Украина не обеспечивает указанным этническим группам защиту от насилия и разжигания ненависти, что объекты их культурного наследия подвергаются вандализму, а также что представители групп страдают от безработицы и не обеспечены достаточным жилищем<sup>21</sup>. Россия также заявила, что Украина постепенно вводит ограничения в отношении русского языка и культуры, в свете чего предъявление Украиной каких-либо требований на основании МКЛРД со ссылкой на предполагаемые ограничения культурных прав предстает противоречивым поведением<sup>22</sup>.

Суд отклонил аргументы России, сославшись на неопределенный статус доктрины «чистых рук» как в международном праве, так и в своей практике<sup>23</sup>, не раскрыв при этом причины, по которым эта доктрина не может применяться в данном деле.

Ранее Суд неоднократно и без объяснения мотивов указывал, что возражение, основанное на доктрине «чистых рук», как таковое не может сделать требование неприемлемым<sup>24</sup>. Не так давно Суд вновь использовал данный подход в деле *об иранских активах*<sup>25</sup>, в очередной раз подчеркнув, что он никогда не признавал эту доктрину в качестве принципа или обычной нормы международного права<sup>26</sup>, и в отсутствие оснований для применения доктрины ее сложно назвать источником международного права по смыслу статьи 38(1) Статута Суда<sup>27</sup>. В деле *о применении МКБФТ и МКЛРД* Суд остался верен своей позиции<sup>28</sup>. Важно также отметить, что Суд прямо указал: доктрина «чистых рук» не может применяться на стадии рассмотрения дела по существу, «когда юрисдикция Суда установлена и иск является приемлемым»<sup>29</sup>.

Таким образом, позиция Суда в отношении применения доктрины «чистых рук» остается неизменной, но важно отметить, что по сравнению с делом *об иранских активах*, где Суд рассматривал тест, предложенный в отношении данной доктрины США, в деле *о применении МКБФТ и МКЛРД* подобное возражение России было отклонено сразу по формальным основаниям без попытки рассмотреть в рамках какого-либо теста факты, приводимые ответчиком. Означает ли это, что подход Суда к доктрине «чистых рук» ужесточился? Едва ли, поскольку анализ теста в деле *об иранских активах* связан с тем, что в ходе разбирательства его предложила американская сторона, и Суд не согласился с применением данного теста и не подтверждал его соответствие доктрине «чистых рук». В то же время позиция, представленная в деле *о применении МКБФТ и МКЛРД*, отражает выработанный подход Суда к оценке данной доктрины<sup>30</sup>. Следовательно, нельзя утверждать, что в отношении анализа применения доктрины «чистых рук» существует какой-либо общепринятый тест. Однако в данном деле Суд не стал даже анализировать субстантивные

<sup>17</sup> ICJ. *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*. Rejoinder of the Russian Federation. 10 March 2023. § 29–32.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> ICJ. *Ukraine v. Russia*. Merits. § 34.

<sup>20</sup> Ibid. § 153.

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> ICJ. *Ukraine v. Russia*. Merits. § 38.

<sup>24</sup> ICJ. *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Judgment of 13 February 2019. Preliminary Objections. § 122; ICJ. *Jadhav (India v. Pakistan)*. Judgment of 17 July 2019. § 61; ICJ. *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*. Judgment of 2 February 2017. Preliminary Objections. § 142; ICJ. *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*. Judgment of 31 March 2004. § 47.

<sup>25</sup> ICJ. *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*. Judgment of 30 March 2023. § 81–83.

<sup>26</sup> Ibid.

<sup>27</sup> ICJ. *Ukraine v. Russia*. Merits. § 38.

<sup>28</sup> ICJ. *Ukraine v. Russia*. Merits. § 37.

<sup>29</sup> Ibid. § 38, 155.

<sup>30</sup> ICJ. *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*. § 37–38; ICJ. *LaGrand (Germany v. United States of America)*. § 61–63; *Maritime Delimitation in the Indian Ocean (Somalia v. Kenya)*. § 135–144; ICJ. *Jadhav Case (India v. Pakistan)*. § 59–61.

аргументы России по вопросу применения доктрины «чистых рук», отказав исключительно по процессуальным основаниям.

### 3. Анализ позиций сторон и представленных доказательств

#### 3.1. Подход Суда к бремени и стандартам доказывания

В разделах Решения от 31 января 2024 года, посвященных аргументам Украины о нарушении Россией МКБФТ и МКЛРД, приведены близкие по содержанию пассажи с цитатами из практики Суда. В частности, Суд отметил, что общим принципом в его практике является возложение бремени доказывания на сторону, заявляющую о соответствующем факте (*actori incumbit onus probandi*)<sup>31</sup>. В то же время Суд указал, что, согласно ряду решений, а именно решению по делу о *канале Корфу (Соединенное Королевство против Албании) (1949)* и решению по делу о *военных действиях на территории Конго (Конго против Уганды) (2022)*, отступление от строгого следования данному правилу возможно в ситуациях, когда доступ заявителей к важным доказательствам затруднен в силу нахождения последних на территории, находящейся под исключительным контролем оппонента<sup>32</sup>. В таких ситуациях возможно «более свободное обращение к выводам из фактов и косвенным доказательствам»<sup>33</sup>, что, по сути, означает возможность установления презумпции и переноса бремени доказывания на оппонента при наличии доказательств, *prima facie* подтверждающих аргументы заявителя. Суд отметил, что данный тезис применим и в настоящем деле в отношении доказательств, доступ к которым для украинской стороны мог быть ограничен в силу перехода Крыма под контроль России<sup>34</sup>. С учетом изложенных выше принципов на Украине лежало бремя доказывания в отношении фактов, подтверждающих сделанные ею заявления о нарушении Россией положений МКБФТ и МКЛРД.

В отношении стандартов доказывания Суд отметил, что «уровень убеждения», которому должны соответствовать представляемые стороной доказательства, будет зависеть от «тяжести» заявлений стороны: «обвинения исключительной тяжести», как, например, обвинения в геноциде, будут требовать «высокого уровня определенности», в то время как менее «тяжкие» обвинения будут требовать применения, соответственно, менее строгого стандарта доказывания<sup>35</sup>. В отношении всех аргументов Украины Суд счел необходимым исходить из стандарта «убедительных доказательств»<sup>36</sup>, который, по-видимому, является менее строгим, чем стандарт «совершенно убедительных доказательств» (англ.: *fully conclusive evidence*), использованный Судом в деле о *применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории)*<sup>37</sup>.

#### 3.2. Предполагаемые нарушения МКБФТ

Украина указывала на предполагаемые случаи финансирования деятельности лиц, так или иначе связанных с ДНР и ЛНР, и обвиняла Россию в нарушениях обязательств по МКБФТ, которые выразились в непринятии мер, предусмотренных статьями 8–10, 12, 18 конвенции, включая обнаружение и блокировку денежных средств, в отношении которых якобы существовали подозрения в их связи с военными формированиями в ДНР и ЛНР<sup>38</sup>; расследование случаев финансирования терроризма, на которые Украина указывала в официальных сообщениях в адрес российских органов<sup>39</sup>, а также оказание правовой помощи в соответствии с запросами Украины<sup>40</sup>.

Ключевым вопросом, который предстояло разрешить Суду для оценки заявлений Украины о нарушениях Россией положений МКБФТ, являлась доказанность случаев «финансирования терроризма» в смысле статьи 2 МКБФТ. Наличие в обращениях Украины доказательств

<sup>31</sup> ICJ. *Ukraine v. Russia*. Merits. § 79, 169.

<sup>32</sup> Ibid. § 80, 169.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Ibid.

<sup>35</sup> Ibid. § 81, 170.

<sup>36</sup> Ibid. § 83, 170.

<sup>37</sup> *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Judgement. I.C.J. Reports 2007 (I). § 209.

<sup>38</sup> ICJ. *Ukraine v. Russia*. Merits. § 87–88.

<sup>39</sup> Ibid. § 100.

<sup>40</sup> Ibid. § 122.

финансирования терроризма могло бы послужить основанием для возникновения у России обязательств, о нарушении которых заявляла Украина<sup>41</sup>.

Как следует из статьи 2 МКБФТ, финансирование терроризма означает:

[предоставление] средств или [осуществление] их сбора с намерением, чтобы они использовались, или при осознании того, что они будут использованы, полностью или частично, для совершения <...>

(a) деяний, определения которых приведены в международных договорах, перечисленных в приложении к [МКБФТ], или

(b) любого другого деяния, направленного на то, чтобы вызвать смерть какого-либо гражданского лица или любого другого лица, не принимающего активного участия в военных действиях в ситуации вооруженного конфликта, или причинить ему тяжкое телесное повреждение, когда цель такого деяния в силу его характера или контекста заключается в том, чтобы запугать население или заставить правительство или международную организацию совершить какое-либо действие или воздержаться от его совершения.

Следовательно, для возникновения обязательств по МКБФТ должны иметься доказательства наличия связи между денежными операциями и деяниями, перечисленными в параграфах (a) и (b) статьи 2 МКБФТ, финансирование которых является объектом режима МКБФТ (далее — предикатные акты).

Из определения можно увидеть, что одним из наиболее сложно доказуемых элементов деяния финансирования терроризма является намерение использовать денежные средства или осознание того, что средства будут использованы для совершения предикатных актов. При этом Суд отметил, что при вынесении решения ему не требуется с достоверностью устанавливать факты совершения предикатных актов военными формированиями, действовавшими в ДНР и ЛНР: это будет осуществляться лишь постольку, поскольку необходимо для решения вопроса о возникновении у России обязательств по МКБФТ.

В этой связи Украина стремилась обосновать презумпцию, в силу которой информация о любом денежном переводе в адрес лиц, так или иначе связанных со структурами ДНР и ЛНР, должна расцениваться Россией как информация о финансировании террористической деятельности. Такая оценка обеспечила бы наличие критерия осознания возможного использования денежных средств для совершения предикатных актов<sup>42</sup>. Суд, однако, не согласился с этим подходом, указав, что ДНР и ЛНР не являются организациями, широко признанными на официальном уровне различными странами в качестве террористических (как, например, «Аль-Каида»<sup>43</sup>), в связи с чем связь финансирования с ДНР и ЛНР не может автоматически расцениваться во всех случаях как финансирование терроризма<sup>44</sup>.

В обоснование своих аргументов Украина приводила вербальные ноты<sup>45</sup> и сообщения с просьбами провести расследование возможных случаев финансирования терроризма<sup>46</sup>, а также запросы о правовой помощи<sup>47</sup>, реакция России на которые, по мнению Украины, не соответствовала стандартам МКБФТ. Суд указал, что его задача в данном деле ограничивалась установлением того, нарушила ли Россия свои обязательства по МКБФТ сотрудничать и предпринимать необходимые меры по предотвращению финансирования терроризма и борьбе с таким финансированием, в том числе путем блокировки счетов подозреваемых спонсоров терроризма, помощи в проведении расследования данных преступлений, инициирования преследования<sup>48</sup>. Спор между сторонами сводился к тому, имели ли место на момент обращений со стороны Украины в адрес России, в которых содержались заявления о возможных случаях финансирования терроризма, сведения о подозреваемых и т.д., создающие достаточные основания для реагирования в соответствии с положениями МКБФТ.

Суд отметил, что «доказательственный порог» (англ.: *evidentiary threshold*) для возникновения обязательств по МКБФТ изменяется в зависимости от мер, которые должно принять государство:

<sup>41</sup> Ibid. § 84.

<sup>42</sup> Ibid. § 60, 70–71.

<sup>43</sup> Запрещенная в России террористическая организация.

<sup>44</sup> ICJ. *Ukraine v. Russia*. Merits. § 76.

<sup>45</sup> См., к примеру Ibid. § 88.

<sup>46</sup> См., к примеру Ibid. § 100.

<sup>47</sup> См., к примеру Ibid. § 88.

<sup>48</sup> ICJ. *Ukraine v. Russia*. Merits. § 74.

такой стандарт будет ниже для возникновения обязанности «определить и обнаружить» денежные средства (статья 8 МКБФТ)<sup>49</sup> или провести расследование (статья 9 МКБФТ)<sup>50</sup> и выше для обязанности «заблокировать» или «арестовать» денежные средства (статья 8 МКБФТ)<sup>51</sup>, как и для обязанности инициировать уголовное преследование (статья 10 МКБФТ)<sup>52</sup>, так как очевидно, что подобные меры влекут более серьезные последствия и ограничения прав лиц, подозреваемых в финансировании терроризма.

В результате анализа доказательств, представленных Украиной, Суд счел, что в отношении большей части требований на момент информирования России о возможных случаях финансирования терроризма Украина не обосновала существование достаточных оснований полагать, что те или иные денежные средства, банковские счета или лица связаны с финансированием терроризма и что, следовательно, у России возникли обязательства по МКБФТ, которые она не выполнила. Такие выводы были сделаны, в частности, в отношении обязательств по аресту денежных средств<sup>53</sup>, осуществлению уголовного преследования<sup>54</sup>, удовлетворению запросов о правовой помощи<sup>55</sup>, а также принятию мер по предотвращению финансирования терроризма (включая отслеживание и предотвращение любых операций, связанных с ДНР и ЛНР)<sup>56</sup>, предусмотренных статьями 8, 10, 12, 18 МКБФТ. Суд указал, что доказательства, на которые Украина ссылалась в своих вербальных нотах или иных коммуникациях, не содержали «достаточно подробных сведений»<sup>57</sup>, которые могли бы стать основанием для возникновения «разумных подозрений», которые, в свою очередь, обязали Россию принять те или иные меры, предусмотренные МКБФТ.

При этом в отношении заявлений о нарушении статьи 9 МКБФТ Суд, указав на «относительно низкий»<sup>58</sup> доказательственный порог, предусмотренный данной статьей, заключил, что информации, предоставленной Украиной в вербальных нотах, было достаточно для принятия Россией мер по расследованию возможных случаев финансирования терроризма. В частности, указанная информация включала «краткое изложение видов деяний, якобы совершенных членами вооруженных группировок, связанных с ДНР и ЛНР, которые, по мнению Украины, составляют предикатные акты в соответствии с МКБФТ, имена лиц, подозреваемых в финансировании терроризма, а также детали, касающиеся используемых счетов и предметов, приобретенных на предоставленные денежные средства»<sup>59</sup>. Это единственное требование Украины, которое Суд поддержал.

Вероятно, что в этой части между сторонами спор в действительности сводился не к наличию или отсутствию тех или иных фактов, а скорее к их оценке. В данном случае фактические обстоятельства, имеющие значение для принятия Судом решения по заявлениям Украины о нарушении Россией положений МКБФТ, в большинстве своем не оспаривались сторонами: как Россия, так и Украина ссылались на одни и те же вербальные ноты, официальные запросы со стороны Украины и действия России в ответ на них. Однако стороны по-разному интерпретировали предоставленные Украиной сведения о возможных случаях финансирования терроризма. Украина заявляла, что представленная информация была достаточно убедительной, чтобы у России возникли обязательства по принятию тех или иных мер в рамках режима сотрудничества МКБФТ, в то время как, по мнению России, указанная информация не была достаточно конкретной. Анализ аргументов Украины по МКБФТ не касался каких-либо косвенных доказательств или презумпций, из которых Суду пришлось бы исходить с учетом ограниченного доступа Украины к территории Крыма.

Это вполне объяснимо природой обязательств России по МКБФТ, о нарушении которых заявляла Украина. Они предполагают принятие мер, обусловленных режимом сотрудничества МКБФТ в борьбе с финансированием терроризма, в ответ на сведения, предоставленные государством — участником МКБФТ. Обязательства государств-участников по своей природе схожи с некоторыми обязательствами в рамках международного права прав человека, которые некоторые исследователи именуют

---

<sup>49</sup> Ibid. § 91.

<sup>50</sup> Ibid. § 103.

<sup>51</sup> Ibid. § 91.

<sup>52</sup> Ibid. § 119.

<sup>53</sup> Ibid. § 98.

<sup>54</sup> Ibid. § 119–120.

<sup>55</sup> Ibid. § 130–131.

<sup>56</sup> Ibid. § 145.

<sup>57</sup> Ibid. § 97.

<sup>58</sup> Ibid. § 103.

<sup>59</sup> Ibid. § 107.

«институциональными обязательствами» или «институциональными гарантиями»<sup>60</sup>. Институциональные обязательства составляют основу того или иного режима защиты прав человека и имеют целью поддержку системы предотвращения возможных нарушений<sup>61</sup>. К таким институциональным обязательствам относятся обязательства провести расследования при наличии достаточно правдоподобных заявлений о нарушении прав человека<sup>62</sup>. Отмечается, что особенностью институциональных обязательств с точки зрения доказывания их нарушения является то, что, как правило, «факты, влекущие [их] возникновение, редко оспариваются»<sup>63</sup>. Это относится прежде всего к фактам, подтверждающим, что «заявления [о возможных нарушениях прав человека] были доведены до сведения властей»<sup>64</sup>. В связи с этим спор между Украиной и Россией в отношении соблюдения Россией МКБФТ, скорее, можно охарактеризовать как спор о юридической интерпретации установленных фактов в свете положений МКБФТ, нежели как спор о факте.

В то же время использование концепции «доказательственных порогов» наряду со стандартом «убедительных доказательств», также обозначенным в Решении от 31 января 2024 года, вызывает вопросы. Суд не объяснил, как указанные стандарты соотносятся между собой, что становится особенно проблематичным в свете различий «доказательственных порогов», относящихся к определенным обязательствам по МКБФТ. Так, для обязательств по аресту активов Суд сослался на стандарт «разумных оснований подозревать» (англ.: *reasonable grounds to suspect*), тогда как для обязательства по проведению расследования доказательственный порог, по мнению Суда, является «относительно низким»<sup>65</sup>. Являются ли они все идентичными по отношению к основному стандарту «убедительных доказательств», выделенному Судом? Если нет, то в чем смысл выделения такого стандарта? В этом отношении артикуляцию Судом своих доводов, касающихся вопросов доказывания, нельзя назвать последовательной.

### 3.3. Предполагаемые нарушения МКЛРД

Несмотря на то, что Суду уже приходилось интерпретировать положения МКЛРД в деле о *применении МКЛРД (Катар против Объединенных Арабских Эмиратов)*, данное дело не было рассмотрено по существу (как и иные дела, касающиеся данной конвенции)<sup>66</sup>. Отчасти поэтому многие представители юридического сообщества с интересом ожидали решение Суда по делу о *применении МКБФТ и МКЛРД*.

Главным камнем преткновения в позициях России и Украины стал вопрос определения термина «расовая дискриминация», закрепленного в статье 1 МКЛРД. Украина указывала, что понятие дискриминации, содержащееся в пункте 1 статьи 1 МКЛРД, предполагает не только дискриминационную цель, но и дискриминационные последствия действий государства, при которых принятые им меры, внешне нейтральные и прямо не ставящие перед собой цель поражения в правах той или иной группы, отличающейся по признаку расы, цвета кожи или этнической принадлежности (далее — защищаемая группа), могут непропорционально оказывать негативное воздействие на такую защищаемую группу<sup>67</sup>. Россия в целом не оспаривала этот подход к определению понятия дискриминации, однако настаивала на том, что неравное обращение или непропорциональные негативные последствия для той или иной защищаемой группы как таковые не влекут вывода о дискриминации, если подобное обращение (или последствия) не является непосредственным результатом предпочтений или ограничений на основе этнической принадлежности, а также если принимаемые государством меры обусловлены «правомерными целями»<sup>68</sup>. В ответной аргументации российской стороны красной нитью проходит принципиально важное рассуждение о том, что дискриминацией в любом случае не могут являться меры, основанные на «политических мнениях или

<sup>60</sup> Stirner T. *The Procedural Law Governing Facts and Evidence in International Human Rights Proceedings*. Brill Nijhoff. 15 July 2021. P. 159.

<sup>61</sup> Ibid.

<sup>62</sup> Ibid.

<sup>63</sup> Ibid. P. 161.

<sup>64</sup> Ibid.

<sup>65</sup> ICJ. *Ukraine v. Russia*. Merits. § 103.

<sup>66</sup> ICJ. *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*. Judgment of 1 April 2011; ICJ. *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*. Judgment of 4 February 2021; ICJ. *Armenia v. Azerbaijan*. Order of 17 November 2023.

<sup>67</sup> ICJ. *Ukraine v. Russia*. Merits. § 183.

<sup>68</sup> Ibid. § 189, 191.

религии»<sup>69</sup> защищаемой группы, так как подобное расширение понятия дискриминации исказило бы этот термин до неузнаваемости и снизило бы эффективность МКЛРД<sup>70</sup>.

В итоге в своих выводах Суд основывался на понятии дискриминации, при котором мера, кажущаяся нейтральной, «производит несоразмерный негативный эффект на права человека или группу, отличающуюся по признаку расы, цвета кожи, родового, национального или этнического происхождения, если только этот эффект нельзя объяснить таким образом, который бы никак не относился к запрещенным основаниям, указанным в пункте 1 статьи 1 [МКЛРД]»<sup>71</sup>. При этом Суд поддержал позицию России, согласно которой понятие дискриминации не охватывает политические убеждения защищаемой группы. Суд отметил, что определение расовой дискриминации в конвенции включает «национальное или этническое происхождение»<sup>72</sup> и что «эти ссылки на “происхождение”<sup>73</sup> означают, соответственно, связь человека с национальной или этнической группой при рождении», как и «другие элементы определения расовой дискриминации, а именно расу, цвет кожи и происхождение»<sup>74</sup>. Именно по этой причине, по мнению Суда, политическая идентичность или политическая позиция лица или группы не могут выступать значимым фактором при определении этнического происхождения.

Из представленного определения видно, что при установлении факта «несоразмерного негативного эффекта» в отношении защищаемой группы Суд исходит из презумпции того, что меры являются дискриминационными, и переносит бремя доказывания на ответчика, который должен представить доказательства, опровергающие указанную презумпцию и подтверждающие, что рассматриваемые меры обусловлены иными (правомерными) мотивами, чем этническая принадлежность защищаемой группы.

Подобная презумпция хорошо известна международному праву. Она основана на вполне разумном представлении о том, что зачастую сами меры (например, законодательные) и их обоснования редко формулируются в откровенно дискриминационных терминах, в связи с чем заявителям может быть достаточно трудно, если вообще возможно, доказать, что фактически действия государства преследуют дискриминационные мотивы. Согласно ряду решений Европейского Суда по правам человека по делам, где рассматривались заявления о косвенной дискриминации, если заявитель представит *prima facie* доказательства, что та или иная мера имеет очевидный неблагоприятный эффект для конкретной группы лиц по сравнению с другими группами (например, подтверждаемый официальной статистикой), дискриминация презюмируется и бремя доказывания переносится на государство-ответчика, которое должно представить доказательства того, что принятие мер было обусловлено правомерными целями<sup>75</sup>. К примеру, в решении от 6 января 2005 года по делу *Hoogendijk v. the Netherlands*, которое касалось заявлений о дискриминации женщин применительно к правам на получение социальных выплат по нетрудоспособности, ЕСПЧ отметил:

[К]огда заявитель может доказать на основе неоспоримой официальной статистики наличие *prima facie* признаков того, что конкретное правило, хотя и сформулированное нейтральным образом, в действительности затрагивает очевидно больший процент женщин, нежели мужчин, Государство-ответчик должно доказать, что это результат [влияния] объективных факторов, не связанных с дискриминацией по половому признаку<sup>76</sup>.

Аналогичным образом в контексте инвестиционного арбитража анализ арбитрами заявлений о нарушении государством обязательства предоставить инвесторам национальный режим предполагает установление презумпции неправомерной дискриминации в случае, если инвестор докажет неравноправное отношение по сравнению с национальными инвесторами, находящимися в схожих обстоятельствах. Данная презумпция влечет перенос бремени доказывания на государство-ответчика, которое должно представить доказательства того, что принятые меры преследуют правомерные цели.

<sup>69</sup> Ibid. § 188. См. также § 199.

<sup>70</sup> ICJ. *Ukraine v. Russia*. Merits. § 199.

<sup>71</sup> Ibid. § 196.

<sup>72</sup> Ibid. § 199.

<sup>73</sup> Ibid.

<sup>74</sup> Ibid.

<sup>75</sup> ECHR. Guide on Article 14 of the European Convention on Human Rights and on Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention. Prohibition of discrimination. 31 Aug 2022. § 83. URL: [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide\\_Art\\_14\\_Art\\_1\\_Protocol\\_12\\_ENG](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG) (дата обращения: 15.03.2024).

<sup>76</sup> *Hoogendijk v. the Netherlands* (dec.). 2005.

Так, анализируя распределение бремени доказывания в рамках статьи 1102 НАФТА, состав арбитража в решении по делу *Pope & Talbot v. Government of Canada* указал:

[В] качестве первого шага режим, предоставленный иностранной инвестиции, защищенной статьей 1102(2), необходимо сравнить с [режимом], предоставленным внутренним инвестициям в том же секторе бизнеса или экономики. Однако этот шаг не является последним. Различия в режимах будут презюмироваться нарушающими статью 1102(2), если только они не имеют разумной связи с государственной политикой, которая (1) не проводит ни внешних, ни де-факто различий между иностранными и национальными компаниями, и (2) иными образом не подрывает цели либерализации инвестиций НАФТА<sup>77</sup> (сноски опущены).

Соответственно, Украина как заявитель должна была доказать, что те или иные меры, которые предпринимались российским правительством после 2014 года создают «несоразмерный негативный эффект» для защищаемых групп — этнических украинцев и крымских татар, проживающих на территории Крыма. После этого бремя доказывания переходило на Россию, которая должна была представить доказательства того, что меры в действительности никак не были связаны с запрещенными основаниями. Многие аргументы Украины подкреплялись различными отчетами официальных и независимых организаций, включая Управление Верховного комиссара ООН по правам человека. В отношении указанных источников Суд отметил, что ничто не мешает принять их к сведению, и что он подойдет к их анализу с учетом различных факторов, включая независимость источника сведений, процедуру сбора информации и др.<sup>78</sup>

Суд отклонил большую часть требований Украины, указав, что она не смогла обосновать наличие у России необходимого дискриминационного мотива, обусловленного этнической принадлежностью крымских татар или украинцев. Суд либо отметил, что Украина не представила достаточных доказательств явного «несоразмерного негативного эффекта» тех или иных мер, выделяющих крымских татар и этнических украинцев по сравнению с другими этническими группами<sup>79</sup>, либо указал на представленные российской стороной объяснения о том, что меры, принятые Россией, были обусловлены теми или иными формами политической активности или религиозными взглядами крымскотатарских и украинских меньшинств, то есть обстоятельствами, не являющимися основаниями, указанными в пункте 1 статьи 1 МКЛРД<sup>80</sup>. Следовательно, большинство требований Украины не было подкреплено доказательствами, достаточными, чтобы применить презумпцию дискриминации, или же было встречено доказательствами со стороны России, достаточно убедительными для опровержения презумпции. При этом даже ограниченный доступ Украины к доказательствам в силу осуществления Россией территориального контроля над Крымом, на который Международный Суд обратил внимание, не позволил Суду поддержать заявления Украины.

Исключение составляет лишь требование Украины признать Россию нарушившей пункт (e)(v) статьи 5 МКЛРД ввиду ограничения права этнических украинцев, проживающих в Крыму, на получение школьного образования на украинском языке. Этот вывод основан на применении описанной выше презумпции косвенной дискриминации, которую Суд вывел на основании статистических данных о «резком спаде количества учеников, получающих школьное образование на украинском языке»<sup>81</sup> с 2014 по 2016 год<sup>82</sup>. Россия стремилась опровергнуть эту презумпцию и доказать, что спад был вызван объективными причинами, не связанными с предполагаемой дискриминацией, в частности естественным снижением спроса на образование на украинском языке, в том числе в силу того, что часть жителей украинского происхождения покинула Крым после марта 2014 года<sup>83</sup>. Однако

<sup>77</sup> *Pope & Talbot v. Government of Canada*. Award on the Merits of Phase 2. 10 April 2001. § 78. Подробнее о распределении и переносе бремени доказывания при оценке заявлений о нарушении обязательства предоставить национальный режим в контексте инвестиционного арбитража см.: Aristidis T. *Burden of Proof in Investment Treaty Arbitration: Shifting?* Humboldt Forum Recht, 2018. P. 91–104. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3430175>.

<sup>78</sup> ICJ. *Ukraine v. Russia*. Merits. § 175.

<sup>79</sup> Например, анализируя заявления Украины о том, что крымские татары и этнические украинцы составляли значительную долю жертв насильственных преступлений, совершившихся после 2014 года, что якобы подтверждало дискриминацию по признаку национальной принадлежности, Суд сослался на статические данные, в соответствии с которыми наряду с крымскими татарами и этническими украинцами жертвами таких преступлений становились лица русского или центральноазиатского происхождения. См.: *Ukraine v. Russia*. Merits. § 216. При этом Суд не оценивал вменение указанных преступлений России. См.: *Ibid.* § 217.

<sup>80</sup> См., к примеру, ICJ. *Ukraine v. Russia*. Merits. § 214, 216, 241.

<sup>81</sup> *Ibid.* § 358.

<sup>82</sup> *Ibid.* § 363.

<sup>83</sup> *Ibid.* § 347.

доказательства и объяснения, представленные Россией, Суд счел «не в полной мере убедительными»<sup>84</sup>.

Применение Судом презумпции в данном случае сложно счесть соответствующим как смыслу положений МКЛРД, так и практике самого Суда по вопросам доказательств. Статистические данные об уменьшении числа учеников, получающих образование на украинском языке в крымских школах, по сути, оказались единственным доказательством, на котором основывался Суд, ведь иные доказательства, представленные Украиной, включая свидетельские показания о якобы имевших место случаях «притеснений»<sup>85</sup> и «манипулятивного поведения»<sup>86</sup> с целью создания препятствий в выражении родителями учеников своих предпочтений в части языка обучения, Суд отверг<sup>87</sup>. Очевидно, что подобная статистика в лучшем случае может расцениваться как косвенное доказательство. В свою очередь, Суд артикулировал достаточно осторожный подход к оценке косвенных доказательств в решении от 9 апреля 1949 года по делу о *канале Корфу (Соединенное Королевство против Албании)*, которое традиционно считается ведущим прецедентом по данному вопросу. Подтвердив, что косвенные доказательства в целом «принимаются [судами] во всех правовых системах»<sup>88</sup>, Суд тем не менее отметил, что выводы на основе косвенных доказательств возможны, «когда [такие доказательства] основаны на ряде фактов, связанных вместе и логически ведущих к единственно возможному выводу»<sup>89</sup>. Это вполне обосновано, ведь косвенные доказательства не могут быть лишь отдаленно связаны с искомым фактом и произвольно делать лежащее на стороне бремя доказывания «невесомым». Доказательствам, имеющим более тесную связь с искомым фактом, должно отдаваться предпочтение. В литературе, посвященной американской теории доказательств, также указывается на приоритет индивидуализированных доказательств перед «голыми статистическими данными»<sup>90</sup>, которые в силу своей природы неизбежно увеличивают риск ошибки в оценке доказательств.

Разве уменьшение числа учеников, получающих образование на украинском языке, *per se* неизбежно свидетельствует о дискриминации? Очевидно, что в данном случае косвенные доказательства, представленные Украиной, нельзя считать «ведущими к единственно возможному выводу» об устойчивой практике дискриминации со стороны России, что находит отражение в аргументации российской стороны, заключающейся в представлении альтернативных причин, которые могли обусловить статистику, на которую ссылалась Украина. Вывод Суда вызывает еще больше вопросов, если учесть, что Суд не указал на конкретные меры, предпринятые Россией в области образования, которые обусловили предполагаемый негативный эффект в отношении этнических украинцев. Утверждение же Суда о том, что «Российская Федерация осуществляет полный контроль над системой государственных школ в Крыму, в частности над языком обучения и условиями его использования родителями и детьми»<sup>91</sup>, едва ли можно считать доводом, который сам по себе может ввести в действие презумпцию и перенести бремя доказывания на Россию в отсутствие доказательств реального негативного эффекта в отношении защищаемой группы, наиболее вероятным объяснением которого является дискриминация по признаку этнической принадлежности.

### 3.4. Вопросы ответственности

Как следует из Решения от 31 января 2024 года, Суд удовлетворил требования Украины лишь в отношении двух из одиннадцати запрашиваемых мер ответственности<sup>92</sup>, включая компенсацию за нарушения конвенций и возмещение морального вреда. Более того, в качестве мер ответственности Суд выбрал исключительно сатисфакцию<sup>93</sup>, постановив, что признание самого факта нарушения международного права со стороны России будет достаточным, и отклонил все денежные требования

<sup>84</sup> Ibid. § 361.

<sup>85</sup> Ibid. § 363.

<sup>86</sup> Ibid.

<sup>87</sup> Ibid.

<sup>88</sup> ICJ. *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*. Merits. 9 April 1949. P. 18.

<sup>89</sup> Ibid.

<sup>90</sup> Stein A. *Allocation of the Risk of Error in Civil Litigation. Foundations of Evidence Law*. Oxford Academic, 2005. P. 238.

<sup>91</sup> Ibid. § 360.

<sup>92</sup> ICJ. *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*. Reply Submitted by Ukraine. 29 April 2022. P. 375–377.

<sup>93</sup> Stoica V. *Remedies before the International Court of Justice: A Systemic Analysis*. Cambridge University Press, 2021. P. 29.

украинской стороны<sup>94</sup>. Решение от 31 января 2024 года в части вопросов ответственности в чем-то схоже с делом *о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Босния и Герцеговина против Сербии и Черногории)*, где Суд тоже установил, что сам факт нарушения международного права, а не компенсация<sup>95</sup> является достаточной мерой ответственности, так как Суд не смог установить связь между обязательствами Сербии предотвратить геноцид и ситуацией в Сребренице<sup>96</sup>. Более того, стоит отметить, что признание факта нарушения международного права является наиболее присуждаемой Судом мерой ответственности как в самостоятельном качестве, так и в совокупности с другими мерами<sup>97</sup>, соответственно Решение от 31 января 2024 года лишь иллюстрирует общий подход Суда к оценке мер ответственности.

В данном случае подобное решение вряд ли способствует достижению изначальных целей Украины, поскольку процесс инициировался прежде всего для возмещения финансовых потерь, понесенных ею в результате конфликта с Россией еще до начала специальной военной операции. Тем не менее отметим, что даже если Суд принял бы решение о выплате компенсаций, Россия едва ли добровольно исполнила бы его и выплатила репарации украинской стороне. Поскольку Статут Суда не наделяет его полномочиями по рассмотрению дел о несоблюдении решений, а механизм приведения в исполнение его решений отсутствует, то понудить Россию к исполнению такого решения было бы фактически невозможно<sup>98</sup>. Хотя, как отмечают некоторые зарубежные авторы, если бы Суд определил в качестве меры ответственности компенсацию, украинская сторона могла бы использовать это решение как обоснование для конфискации замороженных российских активов<sup>99</sup>, что было бы беспрецедентной практикой в истории международного права.

Ввиду продолжающегося конфликта между Россией и Украиной актуальным остается вопрос о том, насколько мера ответственности, присужденная Судом, пропорциональна установленным нарушениям. Поскольку ключевым аспектом мер ответственности выступает не наказание за нарушение норм международного права<sup>100</sup>, а восстановление нарушенных прав, любые действия, которые этому способствуют, должны считаться достаточной мерой ответственности за нарушение международного права. Так, поскольку в данном случае нельзя утверждать, что установленные Судом нарушения повлекли какой-либо ущерб Украине, то определенная им мера ответственности представляется справедливой.

Интересным аспектом в контексте ответственности за нарушения, о которых заявляла Украина, также является формулировка выводов Суда относительно нарушения Россией МКЛРД в отношении права этнических украинцев получать образование в Крыму на родном языке. Примечательно, что в данном случае Суд не удовлетворил требование Украины обязать Россию «немедленно прекратить создание препятствий получению образования этническими украинцами и принять все необходимые и надлежащие меры для восстановления преподавания на украинском языке в оккупированном Россией Крыму»<sup>101</sup>. Суд лишь отметил, что «считает Российской Федерацией связанной обязательством обеспечить ожидания и потребности детей и родителей украинского происхождения в рамках системы образования на украинском языке»<sup>102</sup>, но не указал предоставить гарантии или обеспечить реализацию конкретных мер, направленных на предотвращение нарушений. Таким образом, несмотря на то что данное обязательство обозначено в части мер ответственности, исходя из осторожных формулировок Суда отсутствуют основания считать данный пассаж возложением на Россию обязанности прекратить нарушение или предоставить гарантии неповторения данного

<sup>94</sup> ICJ. *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*. Judgment of 31 January 2024. § 148–150, 371–372.

<sup>95</sup> ICJ. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Judgment of 26 February 2007. § 463; Stoica V. *Remedies before the International Court of Justice: A Systemic Analysis*. Cambridge University Press, 2021. P. 151–152.

<sup>96</sup> Ibid.

<sup>97</sup> Stoica V. Op. cit. P. 146.

<sup>98</sup> Palchetti P. *Making and enforcing procedural law at the International Court of Justice*. QIL. Zoom-out 61. 2019. P. 15.

<sup>99</sup> Marchuk I. *Unfulfilled Promises of the ICJ Litigation for Ukraine: Analysis of the ICJ Judgment in Ukraine v Russia (CERD and ICSFT)*. 22 February 2024. EJIL Talk! URL: <https://www.ejiltalk.org/unfulfilled-promises-of-the-icj-litigation-for-ukraine-analysis-of-the-icj-judgment-in-ukraine-v-russia-cerd-and-icsft/> (дата обращения: 15.03.2024).

<sup>100</sup> «Компенсация соответствует поддающемуся финансовой оценке ущербу, причиненному потерпевшему государству или его гражданам. Она не преследует цель наказать ответственное государство, и она не носит намеренного или штрафного характера». См. КМП, Проект статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния, с комментариями. Комментарий (4) к Статье 36.

<sup>101</sup> ICJ. *Ukraine v. Russia*. Merits. P. 20.

<sup>102</sup> Ibid. § 373.

нарушения по смыслу статьи 30 проекта Статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния. Следовательно, будучи декларативным решением Суда, цель которого состоит не в том чтобы предписать определенное поведение государству<sup>103</sup>, но разъяснить нормы международного права<sup>104</sup> и подтвердить их обязательный характер<sup>105</sup>, Решение от 31 января 2024 года не накладывает на Россию обязанностей по совершению конкретных действий с целью обеспечения соблюдения положений МКБФТ и МКЛРД, а лишь разъясняет положения конвенций.

#### 4. Соблюдение Россией Постановления об обеспечительных мерах

В Постановлении об обеспечительных мерах Суд указал, что Россия должна «воздерживаться от поддержания или введения ограничений в отношении способности крымскотатарского сообщества сохранять свои представительные учреждения, включая Меджлис», «обеспечить доступность образования на украинском языке», а также «воздерживаться от любых действий, которые могут усугубить или продлить рассмотрение спора Судом или затруднить его разрешение»<sup>106</sup>. В ходе основного разбирательства Украина заявила, что Россия нарушила обеспечительные меры, отказавшись снимать запрет на осуществление деятельности Меджлиса<sup>107</sup> и не гарантировав доступ к образованию на украинском языке на территории Крымского полуострова для детей украинского происхождения<sup>108</sup>. Также Украина утверждала, что действия России, в частности начало специальной военной операции, нарушили обеспечительные меры в части обязательства воздерживаться от любых действий, которые могли бы усугубить или продлить рассмотрение спора<sup>109</sup>.

В связи с вышеизложенным Украина просила Суд назначить три меры ответственности за нарушение обеспечительных мер, в числе которых была компенсация за причиненный ущерб и возмещение моральных убытков<sup>110</sup>. Тем не менее Суд удовлетворил требование украинской стороны лишь в отношении одной из заявленных мер — сатисфакции, указав, что достаточно признания самого факта нарушения обеспечительных мер<sup>111</sup>.

Оценивая выполнение Россией обязательств по Постановлению об обеспечительных мерах, Суд обратил особое внимание на обязательства, которые вытекали из обеспечительных мер, и на возможность сохранить ситуацию, с которой связана соответствующая обеспечительная мера. Следовательно, в отношении обязанности не препятствовать деятельности Меджлиса Суд прямо указал, что Россия нарушила Постановление об обеспечительных мерах, сохранив запрет<sup>112</sup>. При этом Суд отметил, что данный факт не является основанием для признания нарушения обязательств России в рамках МКЛРД. Это в очередной раз показывает, что обеспечительные меры хотя и связаны с основным спором и существуют для того, чтобы сохранить правовую ситуацию неизменной, их нарушение не является автоматически индикатором или доказательством нарушений по основным вопросам спора. Суд также прямо отказал в удовлетворении требований Украины о применении к России мер по возмещению материального ущерба, в частности, из-за того, что в ходе рассмотрения дела по существу он пришел к выводу, что Россия не нарушила соответствующих обязательств по МКЛРД, а значит реституция не может быть присуждена<sup>113</sup>. Данное обстоятельство показывает, что даже если произошло нарушение обеспечительных мер, но такие действия не повлекли нарушения основных обязательств по международному праву в рамках рассматриваемого спора, максимальная мера защиты при таком нарушении — сатисфакция.

Интересно, что придя к выводу об отсутствии юрисдикции рассматривать спор, касающийся вооруженного конфликта между Россией и Украиной, Суд все же указал на то, что специальная

<sup>103</sup> Djajic S. *Victims and Promise of Remedies: International Law Fairytale Gone Bad*. 9 San Diego Int'l L.J. 329. 2008. P. 357.

<sup>104</sup> Kolb R. *The International Court of Justice* (Hart Publishing, 2013). P. 756.

<sup>105</sup> Fasoli E. *Declaratory Judgments and Official Apologies as Forms of Reparation for the Non-Material Damage Suffered by the State: the Djibouti-France Case*. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*. 2008. Vol. 7. № 2. P. 191.

<sup>106</sup> ICJ. *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*. Request for the indication of Provisional Measures. Order of 19 April 2017. § 106.

<sup>107</sup> ICJ. *Ukraine v. Russia*. Merits. § 379.

<sup>108</sup> Ibid. § 380.

<sup>109</sup> Ibid. § 381.

<sup>110</sup> ICJ. *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*. Reply Submitted by Ukraine. 29 April 2022. P. 377.

<sup>111</sup> ICJ. *Ukraine v. Russia*. Merits. § 401.

<sup>112</sup> Ibid. § 392.

<sup>113</sup> Ibid. § 402.

военная операция «подорвала основу для взаимного доверия и сотрудничества и тем самым усложнила разрешение спора»<sup>114</sup>, а значит нарушила Постановление об обеспечительных мерах в части обязательства «воздерживаться от любых действий, которые могут усугубить или расширить спор, находящийся на рассмотрении суда или затруднить его разрешение»<sup>115</sup>. Суд, разумеется, не рассматривал по существу обстоятельства, касающиеся специальной военной операции, и не оценивал их на соответствие международному праву. Но при этом он проанализировал данное обстоятельство в контексте обеспечительных мер и дал ему правовую оценку как факту, который усложнил разрешение спора. Этот вывод Суда уже обсуждается иностранными юристами как *de facto* признание Судом противоправности специальной военной операции, а следовательно, вновь становятся актуальными вопросы о возможности конфискации замороженных российских активов в качестве репараций, ведь Суд уже якобы косвенно признал противоправность действий России<sup>116</sup>.

Однако, исходя из сути вывода Решения от 31 января 2024 года о нарушении Россией Постановления об обеспечительных мерах, нельзя сделать вывод о том, что Суд дал правовую квалификацию российско-украинскому конфликту. Признание специальной военной операции фактором, осложняющим разрешение спора, не влияет на его правовую оценку. В данном контексте Суд оценивал исключительно соблюдение Россией определенных обязательств в рамках обеспечительных мер и только в контексте рассмотрения спора в связи с нарушением МКБФТ и МКЛРД. Это стало еще одной причиной, почему попытка Украины расширить юрисдикцию Суда и фактически принудить Суд дать квалификацию специальной военной операции в рамках рассмотрения вопроса о нарушении обеспечительных мер потерпела неудачу.

С учетом роста запросов о принятии обеспечительных мер по недавним делам, в частности по спору между Никарагуа и Германией<sup>117</sup>, делу о применении Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него в Секторе Газа (Южная Африка против Израиля)<sup>118</sup>, а также по делу о геноциде<sup>119</sup>, линия, выстроенная Судом, вероятно в дальнейшем проявится и в окончательных решениях по данным делам: если Суд аналогично признает нарушение обеспечительных мер при отсутствии нарушения основных обязательств, то ответственность за нарушения обязательств, вытекающих из постановлений по этим делам, также может ограничиться лишь сатисфакцией<sup>120</sup>. Более того, в отличие от предыдущих дел<sup>121</sup>, Суд не анализировал наличие юрисдикции на рассмотрение заявления, касающегося нарушения обеспечительных мер.

## Заключение

Инициирование Украиной разбирательства по делу о применении МКБФТ и МКЛРД (как и по делу о геноциде) охватывается общей тенденцией, актуальной для современного международного правосудия: государства все охотнее прибегают к механизмам урегулирования споров в международных судах, ссылаясь на юрисдикционные оговорки в международных договорах и передавая на рассмотрение органов международного правосудия споры по самому широкому кругу вопросов, многие из которых зачастую имеют очевидный политический подтекст. Решение международного судебного органа в такой парадигме рассматривается не как средство

<sup>114</sup> Ibid. § 397.

<sup>115</sup> Ibid. § 398.

<sup>116</sup> Marchuk I. *Unfulfilled Promises of the ICJ Litigation for Ukraine: Analysis of the ICJ Judgment in Ukraine v Russia (CERD and ICSFT)*. 22 February 2024. EJIL Talk! URL: <https://www.ejiltalk.org/unfulfilled-promises-of-the-icj-litigation-for-ukraine-analysis-of-the-icj-judgment-in-ukraine-v-russia-cerd-and-icsft/> (дата обращения: 15.03.2024).; Covington Secures Historic Victory for Ukraine Before the World Court. 31 January 2024. URL: <https://www.cov.com/en/news-and-insights/news/2024/01/covington-secures-historic-victory-for-ukraine-before-the-world-court> (дата обращения: 15.03.2024).

<sup>117</sup> International Court of Justice. Press Release No. 2024/19. 1 March 2024. The Republic of Nicaragua institutes proceedings against the Federal Republic of Germany and requests the Court to indicate provisional measures, URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/193/193-20240301-pre-01-00-en.pdf> (дата обращения: 15.03.2024).

<sup>118</sup> International Court of Justice. Press Release. No. 2023/77 29 December 2023. The Republic of South Africa institutes proceedings against the State of Israel and requests the Court to indicate provisional measures. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/192/192-20231229-pre-01-00-en.pdf> (дата обращения: 15.03.2024).

<sup>119</sup> ICJ. Request for the indication of provisional measures. 27 February 2022.

<sup>120</sup> Alexianu M. *Ukraine's ICJ Provisional Measures: A Narrow Path to Remedies*. 20 February 2024. EJIL Talk! URL: <https://www.ejiltalk.org/ukraines-icj-provisional-measures-a-narrow-path-to-remedies/> (дата обращения: 15.03.2024).

<sup>121</sup> См., к примеру: ICJ. *Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*. Judgment of 19 January 2009. § 67–68; ICJ. *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*. Judgment of 1 April 2011. § 186; ICJ. *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Qatar v. United Arab Emirates)*. Judgment of 4 February 2021. § 114.

урегулирования спора, к которому стороны прибегают в искреннем стремлении найти пути выхода из конфликта, но как некая внешняя оценка правомерности тех или иных действий государств, которая может быть использована в качестве потенциального рычага давления в политическом противостоянии. В этой связи от подхода Суда во многом зависит восприятие международным сообществом его роли и функций как судебного органа.

Сдержанный подход Международного Суда к аргументам о толковании МКБФТ и МКЛРД, а также к представленным сторонами доказательствам позволяет заключить, что Суд подошел к урегулированию спора с ясным пониманием своей роли и функций, а также пределов своего мандата по МКБФТ и МКЛРД. Отклонение большей части требований Украины явилось естественным следствием четко очерченных границ юрисдикции Суда, а также применения достаточно требовательного стандарта доказывания, соответствующего серьезности заявлений Украины о нарушении Россией множества положений конвенций (несмотря на некоторые недостатки в артикуляции Судом своих выводов). Таким образом, Решение от 31 января 2024 года по делу о применении МКБФТ и МКЛРД невозможно назвать «исторической»<sup>122</sup> и «беспрецедентной победой»<sup>123</sup> Украины. В то же время Суду удалось не только сохранить последовательность в подходе к оценке предметной составляющей спора, но и сделать замечания, важные для интерпретации положений МКБФТ и МКЛРД.

---

## A COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE OF 31 JANUARY 2024 IN APPLICATION OF THE INTERNATIONAL CONVENTION FOR THE SUPPRESSION OF THE FINANCING OF TERRORISM AND OF THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF RACIAL DISCRIMINATION (UKRAINE V. RUSSIAN FEDERATION)

NALGIEV A., POLSHAKOVA V., GAVKALYUK A.

**Adam Nalgiev** — Doctoral Student at the Faculty of Law (School of International Law), HSE University; Research Intern, Laboratory of International Justice, HSE University; Associate (international disputes) at Ivanyan&Partners, Moscow, Russia (amnalgiev@gmail.com).  
ORCID: 0000-0002-0505-0483.

**Victoria Polshakova** — Research Intern, Laboratory of International Justice, HSE University, Moscow, Russia (polshakovavv@yandex.ru).  
ORCID: 0009-0008-8121-839X.

**Anna Gavkalyuk** — Research Intern of the Laboratory of International Justice, HSE University, Moscow, Russia (abgavkaliuk@edu.hse.ru).  
ORCID: 0009-0005-6908-020X.

### Abstract

This article highlights the most crucial aspects of the Judgment of the International Court of Justice of 31 January 2024 in *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)* (hereinafter — Judgement of 31 January 2024) initiated by Ukraine after the events in Crimea in 2014. Ukraine claimed that Russia violated numerous provisions of the said conventions by refusing to cooperate with Ukraine within the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism (hereinafter — ICSFT) framework in investigating potential cases of financing of terrorist activities, which Ukraine was accusing the armed groups in Donetsk People's Republic and Luhansk People's Republic, as well as by carrying out a policy of racial discrimination against Crimean Tatars and ethnic Ukrainians, living in Crimea, in violation of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (hereinafter — CERD). Most of Ukrainian claims were fairly rejected by the Court, which was due to correct application by the Court of the relevant provisions of the ICSFT and CERD and balanced evaluation of the evidence submitted by the parties. At the same time, some of the Court's conclusions seem to be not entirely consistent. Namely, the Court did not provide any substantial assessment of Russia's defence based on the "clean hands" doctrine, apart from relying on its unclear status in international law and a formalistic argument of its inapplicability on the merits stage of the case. Equally questionable are the arguments on presumption of discrimination in relation to ethnic Ukrainians and violation of their rights to receive education in their native language, which were made purely on the basis of the fact that the number of students, receiving education in the Ukrainian language, substantially declined after 2014. Nevertheless, the generally restrained approach to the arguments regarding interpretation of the ICSFT and CERD and to the evidence submitted by the parties allows one to conclude that in the Judgement of 31 January 2024 the Court demonstrated clear understanding of its role and functions, as well as of the limits of its mandate under the ICSFT and CERD.

---

<sup>122</sup> Covington. *Covington Secures Historic Victory for Ukraine Before the World Court*. Press release. 31 January 2024. <https://www.cov.com/en/news-and-insights/news/2024/01/covington-secures-historic-victory-for-ukraine-before-the-world-court> (дата обращения: 15.03.2024).

<sup>123</sup> Ibid.

## Keywords

International Court of Justice, international justice, Russia, Ukraine, International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination

**Citation:** Nalgiev A. M., Polshakova V. V. Gavkalyuk A. B. Kommentariy k Resheniyu Mezhdunarodnogo Suda ot 31 yanvarya 2024 goda po delu o primenenií Mezhdunarodnoy konventsii o bor'be s finansirovaniem terrorizma i Mezhdunarodnoy konventsii o likvidatsii vsekh form rasovoy diskriminatsii (*Ukraina protiv Rossijskoy Federatsii*) [A Commentary on the Judgment of the International Court of Justice of 31 January 2024 in *Application of the International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism and of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Ukraine v. Russian Federation)*] // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2024. Vol. 2. No. 1. P. 88–103 (in Russian).

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.21573>

---

## References / Список источников

- Djajic S. (2008) Victims and Promise of Remedies: International Law Fairytale Gone Bad. *San Diego International Law Journal*, vol. 9, pp. 329–366.
- Fasoli E. (2008) Declaratory Judgments and Official Apologies as Forms of Reparation for the Non-Material Damage Suffered by the State: the Djibouti-France Case. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 7, no. 2, pp. 177–192.
- Kolb R. (2013) *The International Court of Justice*. Hart Publishing.
- Palchetti P. (2019) Making and enforcing procedural law at the International Court of Justice. *Questions of International Law*, vol. 61, pp. 5–20.
- Stein A. (2005) *Allocation of the Risk of Error in Civil Litigation, Foundations of Evidence Law*. Oxford University Press.
- Stirner T. (2021) *The Procedural Law Governing Facts and Evidence in International Human Rights Proceedings*. Brill Nijhoff.
- Stoica V. (2021) *Remedies before the International Court of Justice: A Systemic Analysis*. Cambridge University Press.
- Tsatsos A. (2009) Burden of Proof in Investment Treaty Arbitration: Shifting? *Humboldt Forum Recht*, pp. 91–104.