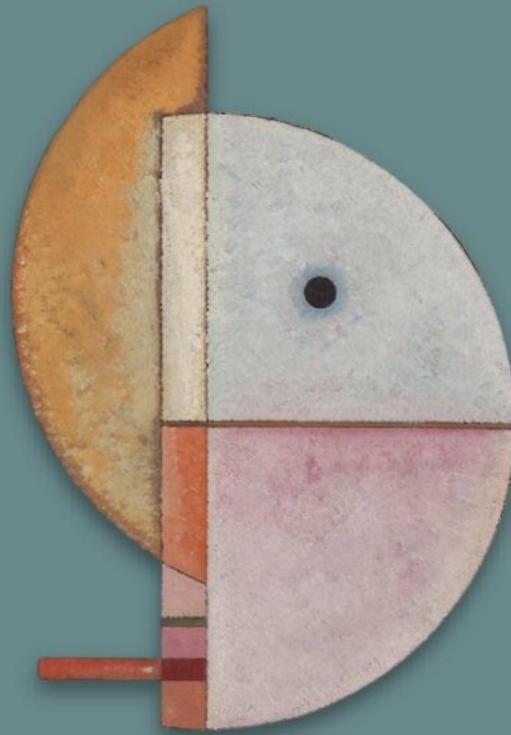


ISSN 2949-5717



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

2024 | 4



# 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 Йенджей,**  
Городской университет Гонконга

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

**ШЕСТАКОВА Ксения Дмитриевна,**  
СПбГУ, Россия

**ЕВСЕЕВ Александр Петрович,**  
РГУП, 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, МГЮА им. О. Е. Кутафина, 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  
<https://jil.hse.ru>

Позиция редакции может не совпадать с позицией авторов.

© НИУ ВШЭ, 2025

# 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

**Alexander EVSEEV,**  
Russian State University of Justice, Russia

**Yury ROMASHEV,**  
HSE University, Russia

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

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

**Vera RUSINOVA,**  
HSE University, Russia

**Daria BOKLAN,**  
HSE University, Russia

**Eduard IVANOV,**  
HSE University, Russia

**Alexandr SOLNTSEV,**  
RUDN University

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

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

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

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

**Vladislav STARZHENETSKY,**  
HSE University, Russia

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

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

## Editorial Council

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

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

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

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

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

**Vera RUSINOVA,**  
HSE University, Russia

**Daria BOKLAN,**  
HSE University, Russia

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

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

**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

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

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

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

**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,  
Moscow State Law University named  
after Kutafin, 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

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

**Natalia YERPYLEVA,**  
HSE University, Russia

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

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

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

The position of the editors may not coincide with the positions of the authors.

© HSE University, 2025

# Содержание / Contents

## ИСТОРИЯ / HISTORY

**Терехов М. Р. / Terekhov M.**

Международное правосудие в работах правоведа Б. Э. Нольде (1876–1948): между данностью и идеалом права / International Justice in the Works of the Jurist B. É. Nolde (1876–1948): Between the Given and the Ideal of Law РУС..... 4

## АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ / TOPICAL ISSUES

**Polshakova V. / Польшакова В. В.**

Protection of Foreign Investments in Armed Conflict. Part 1 / Защита иностранных инвестиций в контексте вооруженных конфликтов. Часть 1 ENG ..... 21

## ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ИЗЫСКАНИЯ / THEORETICAL INQUIRIES

**Abrashin R. / Абрашин Р. П.**

On Thin Ice: Qualification of Cyber-Attacks on Personal Data under International Humanitarian Law / По тонкому льду: квалификация кибератак на персональные данные в соответствии с международным гуманитарным правом ENG..... 36

## ПРАКТИКА / PRAXIS

**Tikhonova V., Shamurzaev A. / Тихонова В. Р., Шамурзаев А.**

At the Intersection of International Tax and Investment Treaties: Practical Hurdles of Interpretation / Международные налоговые и инвестиционные договоры: точки пересечения и практические сложности толкования ENG..... 53

## КОММЕНТАРИЙ / COMMENTARY

**Galperin M. / Гальперин М. Л.**

Burden of Proof at the ICJ Case *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*: Finding “the Way Home” / Бремя доказывания в деле Международного Суда *Заявления о геноциде по Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Украина против Российской Федерации)*: в поисках «дороги домой» ENG..... 69

**Лучкин Ф. В. / Luchkin Ph.**

Комментарий к Консультативному заключению Международного Суда от 19 июля 2024 года *относительно правовых последствий политики и действий Израиля на оккупированной палестинской территории, включая Восточный Иерусалим, и незаконности продолжающегося присутствия Израиля на оккупированной палестинской территории* / A Commentary on the Advisory Opinion of the International Court of Justice of 19 July 2024 *Regarding Legal Consequences arising from the Policies and Practices of Israel in the Occupied Palestinian Territory, including East Jerusalem* РУС..... 78

## МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ В РАБОТАХ ПРАВОВЕДА Б. Э. НОЛЬДЕ (1876–1948): МЕЖДУ ДАННОСТЬЮ И ИДЕАЛОМ ПРАВА

ТЕРЕХОВ М. Р.

**Терехов Максим Русланович** — приглашенный преподаватель Факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», Москва, Россия (max-terehov@bk.ru).  
ORCID: 0009-0000-2972-2734.

### Аннотация

В статье проводится контекстуальная историко-правовая реконструкция взглядов видного специалиста по международному и государственному праву первой половины XX века Бориса Эммануиловича Нольде (1876–1948). С этой целью проанализирована научная, государственная и общественно-политическая деятельность Нольде, теоретико-правовые утверждения о положительном праве российских ученых-юристов рубежа XIX–XX столетий, включая специалистов по международному праву, и место в этом дискурсе позитивистских методологических ориентиров Нольде, а также российский либерализм как политическая доктрина, представители которой вслед за своими коллегами из других стран Европы и Северной Америки выступали за утверждение обязательного и постоянного международного суда. Рассмотрение социокультурных реалий прошлого позволяет трактовать политико-правовые идеи Нольде о международном правосудии без отрыва от идейного контекста рассматриваемого периода. Это, в свою очередь, дает возможность разрешить проблему соотношения в воззрениях Нольде реализма, продиктованного позитивистскими методологическими ориентирами, его отказом от предварительных теоретических обобщений при рассмотрении тех или иных правовых явлений, и идеализма, присущего Нольде в силу прогрессивных либеральных воззрений, которые выражались в отстаивании им конституционных и международно-правовых ценностей. Взгляды Нольде на международный суд проанализированы на широком материале статей ученого, опубликованных в период с 1908 года до середины 1920-х годов. Обращаясь к широкому кругу читателей, Нольде активно отстаивает необходимость учреждения обязательного и постоянного международного суда, который имел бы юрисдикцию по всем без исключения спорам между государствами. Его работам свойственна высокая оценка возможного будущего эффекта урегулирования межгосударственных столкновений посредством международной юстиции, а также обращение к насущным политическим проблемам, которые тормозят создание международного судебного органа. Взгляды Нольде на международное правосудие нельзя характеризовать как оригинальную и систематизированную концепцию, в своих очерках он выступает скорее просветителем.

### Ключевые слова

история международного права, международное правосудие, мирные средства разрешения международных споров, международно-правовой позитивизм, идеал права

**Для цитирования:** Терехов М. Р. *Международное правосудие в работах правоведа Б. Э. Нольде (1876–1948): между данностью и идеалом права* // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 4. С. 4–20.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.24740>

### Введение

В опубликованной в 1912 году статье, посвященной рассмотрению новейших межгосударственных договоров об арбитраже, видный российский юрист-международник Борис Эммануилович Нольде (1876–1948), писал:

Если завтра всякий международный спор будет разрешаться не фактически, как теперь решаются большинство таких споров, а посредством обращения к суду, то старый международный порядок умрет вместе со всеми своими характерными свойствами. Придется международные отношения перестроить на новый образец: министерства иностранных дел надо будет переделать, главным образом, в юридические агентства; внешняя политика останется, но наполнится совершенно новым содержанием; постепенно отпадет необходимость армии и флота<sup>1</sup>.

Чуть ранее, 7 февраля (20 февраля) 1910 года, в речи, произнесенной Нольде на торжественном заседании Общества мира в честь приезда делегации французских сенаторов и депутатов, в отношении международной юстиции прозвучали следующие слова:

<sup>1</sup> Нольде Б. Э. *Межгосударственный суд в новейших международных договорах* // Право: еженедельная юридическая газета. 1912. № 29. Стб. 1527.

Международная жизнь окончательно еще не завоевана в пользу новой мысли, она не склонилась еще перед новым знаменем. Не будем скрывать от себя — окончательное завоевание потребует многих усилий, заставит преодолеть много трудностей<sup>2</sup>.

Столь высокая оценка эффекта будущего международного правосудия и выражение готовности идти трудным путем утверждения его места в отношениях между государствами звучит отнюдь не из уст философа-энтузиаста, но человека, который вполне реалистично и трезво смотрел на мир политики и мыслил в строгих рамках юридического позитивизма. Американский русист П. Холквист подчеркивает, что Нольде всегда придерживался принципа «принимать вещи такими, какие они есть» (особенно в вопросах политики) и не страдал излишним доктринерством<sup>3</sup>. В свою очередь, в Новом энциклопедическом словаре Нольде охарактеризован так<sup>4</sup>:

Строгий позитивист, относящийся отрицательно к априоризму теоретических построений, Нольде обладает глубоким пониманием действительности, исторической и современной. Отсюда жизненность его построений — важность не только теоретическая, но и практическая — его выводов<sup>5</sup>.

Противоречие в политико-правовых воззрениях Нольде на международную юрисдикцию, представляющееся, на первый взгляд, неразрешимым, перестает быть таковым, если вписать его в интеллектуальный ландшафт общественной и научной жизни конца XIX — начала XX столетий. Нольде выступал неизменным участником политических и академических споров этого времени, в которых он, наряду с другими, зачастую более известными в публичной сфере фигурами, выступал в качестве ученого-правоведа, юриста-практика и политика. Исторический период, в который формировались отмеченные противоречием между реализмом и идеализмом воззрения Нольде на международный суд, требует от исследователя обращения к социокультурным реалиям поздней имперской России. Представляется, что контекстуальный анализ доктринальных и политико-правовых идей в праве выступает действенным инструментом реконструкции мысли, который способен помочь избавиться от анахронических построений и трактовок в изучении интеллектуального наследия юристов-интернационалистов прошлого, и тем самым позволяет воссоздать более приближенную к действительности картину развития международно-правовых учений, норм и институтов<sup>6</sup>.

## 1. Биографический очерк

Борис Нольде происходил из старинного знатного курляндского рода обрусевших немцев. Его отцом был Эммануил Юльевич Нольде (1854–1909) — видный сановник и член Государственного совета, пик карьеры которого пришелся на 1902–1906 годы, когда он занимал пост управляющего по делам Комитета министров и принимал непосредственное участие в подготовке проекта Основных государственных законов Российской империи. Можно предположить, что отец сыграл решающую роль в определении жизненного пути Бориса. Именно благодаря отцу Нольде оказался под непосредственным влиянием бюрократической культуры столицы, с одной стороны формировавшей в нем ментальность чиновника, а с другой — прививавшей ему прогрессивные идеи, которые активно обсуждались в кулуарах санкт-петербургских государственных учреждений<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Он же. *Будущее международного третейского суда* // Право : еженедельная юридическая газета. 1910. № 7. Стб. 345.

<sup>3</sup> Holquist P. *Dilemmas of a Progressive Administrator: Baron Boris Nolde* // *Kritika: Explorations in Russian and Eurasian History*. 2006. № 2. P. 241–242.

<sup>4</sup> Холквист предположил, что автор этой статьи — сам Нольде. Ibid. P. 255–256.

<sup>5</sup> Новый энциклопедический словарь. 28 том. Нарушевич-Ньютон. Петроград : Типография «Акц. О-ва Издательское дело б. Брокгауз-Ефрон», 1916. Стб. 816.

<sup>6</sup> Безусловно, следует помнить о полемике по вопросу о методологии изучения истории международного права, которая разворачивается последние несколько десятилетий в европейских и американских академических кругах. В частности, нельзя отрицать возможность прибегать к анахроническим построениям в рамках истории права. В целом такие построения неизбежны, поскольку внимание юристов все-таки сконцентрировано на практических нуждах наших дней. Вместе с тем стоит признать, что попытка выйти за дисциплинарные рамки и увидеть вещи такими, какие они есть, является более чем плодотворной для демонстрации интеллектуального богатства международного права ушедшей эпохи. Не исключено, что в перспективе это поможет правоведам разобраться в настоящем. Подробнее см. Fitzmaurice A. *Context in the History of International Law* // *Journal of the History of International Law*. 2018. № 1. P. 7–16.

<sup>7</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*. Часть первая: 1720–1920-е гг. СПб. : Издательство «Юридический центр», 2019. С. 233.

В силу высокого положения своей семьи Нольде мог рассчитывать на блестящее образование. В 1895 году он окончил Первую Петербургскую гимназию и поступил на юридический факультет Императорского Санкт-Петербургского университета. В это время в его стенах преподавали выдающиеся правоведы, такие как М. И. Горчаков (1838–1910), В. И. Сергеевич (1841–1889), И. Я. Фойницкий (1847–1913), Н. М. Коркунов (1853–1904), В. М. Гессен (1868–1920) и другие<sup>8</sup>. Однако наибольшее влияние на Нольде оказал бессменный руководитель кафедры международного права Ф. Ф. Мартенс (1845–1909), наставлявший его в делах науки и государственной службы на протяжении многих лет. По окончании учебы в 1899 году Нольде был оставлен при университете для подготовки магистерской диссертации под руководством Мартенса. Для сбора научного материала он получил направление в Европу, где посещал библиотеки и лекции на правах вольнослушателя в университетах Берлина, Парижа, Цюриха и Брюсселя. В этот период наставниками Нольде становятся известные зарубежные ученые. Среди них он особенно отмечал теоретика права Г. Еллинека (1851–1911), отстаивавшего идею самоограничения государства правом, и известного историка европейской дипломатии А. Сореля (1848–1906)<sup>9</sup>.

Итогом многолетних научных поисков Нольде стала фундаментальная работа «Постоянно нейтральное государство. Юридическое исследование», на основе которой он защитил свою диссертацию<sup>10</sup>. Защита состоялась в мае 1905 года, официальные оппоненты — Ф. Ф. Мартенс и М. А. Таубе (1869–1961) — высоко оценили диссертационное исследование. По итогам испытания Нольде был удостоен ученой степени магистра международного права.

Органичным продолжением исследовательской работы Нольде стала преподавательская карьера. Еще до защиты магистерской диссертации его избрали доцентом кафедры международного права в основанном в 1899 году Санкт-Петербургском политехническом университете. После защиты Нольде был назначен экстраординарным профессором этого учебного заведения. Кроме того, в разные годы он преподавал на Бестужевских высших женских курсах, в Александровском лицее, в Морской академии, в Петроградском коммерческом институте. В революционный 1917 год Нольде получит место экстраординарного профессора Петроградского университета, придя на смену известному специалисту по международному частному, патентному и авторскому праву А. А. Пиленко (1873–1956)<sup>11</sup>. Опись архивного фонда Б. Э. Нольде свидетельствует, что он преподавал не только курс общего международного права, но и дисциплины, посвященные международным отношениям, торговым трактатам, международному морскому праву<sup>12</sup>. Есть сведения о том, что Нольде также обучал студентов общетеоретической дисциплины — энциклопедии права<sup>13</sup>.

В 1899 году началась служба Нольде в Министерстве иностранных дел. Благодаря своей эрудированности, талантам и работоспособности он успешно продвигался по карьерной лестнице. Начав работу в Первом департаменте, Нольде получил место управляющего Юрисконсультской частью<sup>14</sup>, а в годы Первой мировой войны — директора Второго (консульского) департамента министерства<sup>15</sup>. В своих записках Г. Н. Михайловский (1890–1946), специалист по международному морскому праву, младший коллега Нольде и видный государственный деятель, служивший в министерстве в 1914–1917 годах, отмечал, что влияние Нольде распространялось далеко за пределы формальных полномочий. Так, при министре С. Д. Сазонове (возглавлял ведомство в 1910–1916 годы) Нольде выступал его личным советником не только по международно-правовым вопросам, но и по общим проблемам международных отношений. Любое подразделение,

<sup>8</sup> Neverov E. D. *Lawyers and Revolution: Legal Ethos in the History of the Juridical Council in 1917* // *Pravovedenie*. 2018. № 62. P. 124–125.

<sup>9</sup> Нольде Б. Э. *Постоянно нейтральное государство. Юридическое исследование*. СПб.: Типография М. М. Стасюлевича, 1905. С. VIII.

<sup>10</sup> Иваненко В. С. *Указ. соч.* С. 234–235.

<sup>11</sup> Там же. С. 237.

<sup>12</sup> ОР РНБ. Ф. 529. Оп. № 391. Л 7–8.

<sup>13</sup> Нольде Б. Э. *Логика правовой системы* // *Право: еженедельная юридическая газета*. 1908. № 44. Стб. 2387.

<sup>14</sup> Это подразделение министерства было создано на основании закона 24 июня (7 июля) 1914 года «Об установлении новых Учреждения Министерства иностранных дел и штата центральных установлений этого Министерства» и осуществляло справочно-консультационные функции. См. подробнее: *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: 13.10.2024).

<sup>15</sup> Иваненко В. С. *Указ. соч.* С. 234–236.



возглавляемое Нольде, сразу же становилось «мозговым центром» Министерства иностранных дел<sup>16</sup>.

На всем протяжении службы в министерстве Нольде представлял Россию на международных конференциях, а также на некоторых дипломатических встречах союзников во время Первой мировой войны. Здесь стоит отметить Гаагскую конференцию мира 1907 года, Лондонскую морскую конференцию 1908–1909 годов, конференции по вопросу о статусе Шпицбергена 1910 и 1912 годов, Вашингтонскую конференцию по охране морских котиков 1911 года. В 1914 году Нольде был избран членом Постоянной палаты третейского суда в Гааге<sup>17</sup>.

Нольде проявил себя и как общественно-политический деятель. Пик активности в этом качестве пришелся на 1914–1918 годы, когда он стал членом партии кадетов. Нольде также участвовал в разработке нового публично-правового регулирования, действуя в составе ряда юридических органов при Временном правительстве, а после Октябрьской революции, присоединившись к антибольшевистской организации «Правый сектор»<sup>18</sup>, выступал критиком советской власти. В 1919 году из-за непримиримых разногласий с новым правительством Нольде навсегда покинул Россию.

За границей Нольде осел во Франции. Первые годы вне родины он оставался энергичным политическим публицистом, печатаясь в многочисленных эмигрантских изданиях, однако со второй половины 1920-х годов Нольде охладил к этой стезе и полностью посвятил себя юридической практике и научным изысканиям. Он стоял у истоков организации юридической академической жизни русского зарубежья, активно занимался проблемами международного частного права, совмещая изыскания в сфере юриспруденции с историческими исследованиями. Продолжалась и педагогическая деятельность Нольде: он читал лекции в университетах Франции, Бельгии, Голландии<sup>19</sup>. Немаловажным аспектом его трудов оставалось участие в международно-правовой научной самоорганизации, в частности в работе Института международного права. Присоединившийся к этому неправительственному объединению ученых еще в 1912 году, Нольде за свои многолетние кропотливые старания на благо сообщества, а также за помощь в организации и проведении первой сессии Института после Второй мировой войны, в 1947 году, за год до ухода из жизни, был избран его президентом<sup>20</sup>.

Весь жизненный путь Нольде, его обучение на юридическом факультете Санкт-Петербургского университета у лучших преподавателей того времени, в частности у Мартенса, профессиональные дискуссии об актуальных проблемах международной действительности и права, активное участие в общественно-политической жизни страны и взаимодействие с представителями либерального политического лагеря способствовали усвоению популярных на тот момент прогрессивных воззрений на международно-правовые феномены, которые предусматривали в качестве мировоззренческой и практической программы идею ограничения войны правовыми предписаниями, усовершенствование мирных средств разрешения международных споров и их более широкое применение на практике, институционализацию международных организаций, а также ориентацию на общественное мнение при решении международных проблем<sup>21</sup>. Можно с уверенностью сказать: этот юридический этос, то есть рассмотрение права как сферы, в которой могут реализовываться ценности, в итоге нашел отражение в преподавательской, государственной и общественно-политической деятельности Нольде, о чем, помимо изложенного выше, свидетельствует хотя бы то, что он был одним из соучредителей и инициативных участников Санкт-Петербургского отделения Общества мира.

<sup>16</sup> Михайловский Г. Н. *Записки. Из истории российского внешнеполитического ведомства, 1914–1920 гг.* В 2-х кн. Кн. 2. Октябрь 1917 г. — ноябрь 1920 г. М.: Международные отношения, 1993. С. 38–43.

<sup>17</sup> Международного органа, который, как будет показано далее, Нольде критиковал в своих работах, посвященных международной юстиции. Вместе с тем это назначение показывает, что государство признавало большие заслуги Нольде в сфере науки и практики международного права.

<sup>18</sup> Иваненко В. С. *Указ. соч.* С. 237–238.

<sup>19</sup> Вишняк М. В. «Современные записки». *Воспоминания редактора.* Блумингтон: Издательство университета Индианы, 1957. С. 151.

<sup>20</sup> Садиков О. Н. *Из истории юридической науки в России: барон Б.Э. Нольде (1876–1948 гг.)* // Государство и право. 2002. № 1. С. 93.

<sup>21</sup> Терехов М. Р. *Правовой этос юристов-международников в Российской империи и их вклад в развитие государства и гражданского общества* // Гражданское общество в России и за рубежом. 2023. № 4. С. 36–37.



## 2. Позитивизм как контекст воззрений

Жизненный путь Нольде показывает, что он в равной степени уделял внимание как теоретической, так и практической юриспруденции. Опора на интеллектуальные конструкции, основанные на эмпирических данных, и применение их в условиях действительности снова подводит к проблеме «парадокса» Нольде, который был обозначен выше, — специфического соотношения реализма и идеализма в воззрениях на международное правосудие.

Энциклопедическая статья называет Нольде позитивистом, при этом сам ученый на страницах своих работ также не раз упоминал о позитивном характере права и необходимости изучать положительный<sup>22</sup> материал. Современное ему состояние международного права Нольде характеризовал так:

...нигде [имеется в виду международное право. — Примеч. автора], быть может, столько научной энергии не тратится на проповедь правового идеала. Я конечно не думаю, чтобы и в этом отношении было сказано последнее слово, и не считаю, чтобы такая проповедь, с одной стороны, достигла уже своей конечной цели, а, с другой, всегда велась с логической точки зрения безукоризненно; во всяком случае, однако, для правильной ее постановки зачастую не хватает именно прежде всего истинного научного знакомства с положительными нормами права, а без этого едва ли можно сознательно приступить к творчеству идеала, призванного стать на место этого права положительного. Истинное научное знакомство с положительными нормами права может дать лишь расширение материала, подвергаемого исследованию, и исследование его во всеоружии современной юридической методы<sup>23</sup>.

Однако подобное суждение о сочетании правового идеала и положительного материала — замысловатое и специфическое в контексте привычного представления о позитивизме — в целом органично вписывается в интеллектуальный ландшафт юридической науки второй половины XIX — начала XX веков. Представляется, что позитивизм XIX столетия можно рассматривать не как относительно единую юридико-идеологическую конструкцию, закрепляющую исключительное положение государства в качестве механизма продуцирования правовых норм, а как дискурсивное пространство обсуждения методологического аппарата правовой науки. В рамках этого пространства вырабатывалось представление о праве как автономном явлении, поле социальной деятельности людей, и — в отношении международного права — как самостоятельном правопорядке, который выступает сдерживающим фактором в отношении государств<sup>24</sup>. Применительно к данному историко-правовому сюжету, безусловно, следует говорить о разнообразии теоретических воззрений юристов-интернационалистов того времени, которые задействовали разнообразные средства (естественно-правовая аргументация, подход исторической школы права, представления о правовой совести и социальной воле), рассуждая о проблемах истоков международного права и его юридической силы<sup>25</sup>. Подобный широкий методологический кругозор в полной мере демонстрирует и российская доктрина права рубежа XIX–XX столетий.

Так, с позиций социологии рассуждал о позитивном праве известный юрист-теоретик Н. И. Палиенко (1869–1937), полагавший, что действительная жизнь, а именно фактические отношения (изменяемые в том числе под влиянием действий общественных масс и идей) создают почву, необходимую для развития положительного права, которое должно иметь внешнюю авторитетную форму выражения в виде приказа<sup>26</sup>. Он также указывал, что гарантией действия правовых норм служит нравственная основа общества, соответствие права общественному сознанию<sup>27</sup>. В контексте этих мыслей следует также обратиться к воззрениям А. С. Муромцева (1850–1910) — видного представителя социологического направления в юриспруденции. Муромцев полагал, что в рамках социологического изучения права конструирование его догмы, то есть обобщение практического материала и выведение из него

<sup>22</sup> Здесь и далее по тексту статьи термин «положительный» используется в значении «позитивный».

<sup>23</sup> Нольде Б. Э. *Постоянно нейтральное государство...* С. VI–VII.

<sup>24</sup> Collins R. *Classical Legal Positivism in International Law Revisited // International Legal Positivism in a Post-Modern World* / ed. by J. Kammerhofer, J. d'Aspremont. Cambridge : Cambridge University Press, 2014. P. 24.

<sup>25</sup> Ibid. P. 30–31.

<sup>26</sup> Палиенко Н. И. *Нормативный характер права и его отличительные признаки: К вопросу о позитивизме в праве.* Ярославль : тип. Губ. правл., 1902. С. 5–14.

<sup>27</sup> Там же. С. 45–47.

общих юридических принципов, непосредственно соприкасается с историческим развитием правил поведения и должно рассматриваться в динамике. Подобный подход он считал научным, в то время как правовую догматику саму по себе рассматривал только как искусство юридической профессии<sup>28</sup>. Еще одним ориентиром определения общей сферы обращения позитивистских идей выступают суждения известного цивилиста Г. Ф. Шершеневича (1863–1912), который полагал, что общая теория права может служить инструментом научного конструирования догмы права на основе положительного правового материала: «Ее построения должны быть результатом только наблюдения над явлениями действительной жизни»<sup>29</sup>, — писал он. При этом Шершеневич также указывал на необходимость практической ориентации формальных теоретических построений<sup>30</sup>.

Разнообразие теоретических подходов было характерно и для международно-правового сегмента юридической науки. Ведущий ученый эпохи Ф. Ф. Мартенс полагал, что современная ему наука международного права должна опираться на нормы положительного права<sup>31</sup>, при этом наиболее верным подходом будет смешение философских рассуждений естественно-правовой традиции и скрупулезного описания фактов позитивного направления, появление которого он относит к XVII–XVIII веку и рассматривает не как актуальную парадигму, а как исторический этап развития научного международно-правового знания. Подобный «синтетический» подход позволял Мартенсу смешивать юснатуралистские представления, в частности выражавшиеся в утверждении о том, что источником законодательных установлений и норм международного права является идея правды и справедливости, присущая человеческой природе, с позитивистскими установками, раскрывающимися, например, в его полемике с отрицателями роли международного права, юридического характера международно-правовых норм и даже в принципе существования в практике взаимодействия государств какого-либо нормативного компонента<sup>32</sup>.

В позитивистском ключе рассуждает и Л. А. Камаровский (1846–1912). Он определял международное право как совокупность юридических норм и институтов, регулирующих взаимоотношения государств и их подданных, также отмечая, что нормы права недопустимо смешивать с нормами морали или религии. Вместе с тем, так как центром его политико-правовых размышлений был международный союз, объединяющий все человечество, само положительное международное право трактовалось Камаровским как продукт культурного единства европейских народов<sup>33</sup>. Взгляды Камаровского разделял известный специалист по международному административному праву П. Е. Казанский (1866–1947), который указывал, что под международным правом следует понимать именно положительное международное право, то есть систему действующих обязательных юридических начал, а не совокупность научных теорий или пожеланий естественно-правового характера. Соответственно, международное право обладает всеми признаками права вообще и носит юридический характер, против чего обычно выступали многочисленные критики позитивного измерения международно-правовых норм<sup>34</sup>. Один из ведущих теоретиков права того времени Н. М. Коркунов (1853–1904) определил три базовых тезиса критической позиции, а именно отсутствие в международном праве: власти, способной предписывать законы независимым государствам; механизма принуждения к исполнению международно-правовых обязательств; суда, который стоял бы над государствами и имел возможность разрешать споры<sup>35</sup>.

Этот краткий и неполный обзор призван в общих чертах продемонстрировать многообразие ассоциирующихся с позитивизмом позиций ученых, выраженных как в рамках общетеоретического анализа права, так и применительно к международному праву. В любом случае совокупность

<sup>28</sup> Муромцев С. А. *Что такое догма права? Критико-полемическая заметка по поводу статьи г. Гольмстена: «Несколько мыслей о позитивизме в науке права» в Журн. гражд. и угол. права, 1884, № 3, стр. 91–126* // Юридический вестник. 1884. № 4. С. 759–765.

<sup>29</sup> Шершеневич Г. Ф. *Общая теория права* // Шершеневич Г. Ф. *Избранное: В 6 т. Т. 4* включая Общую теорию права / вступ. слово, сост. : П. В. Крашенинников. М. : Статут, 2016. С. 25.

<sup>30</sup> Там же. С. 20–29.

<sup>31</sup> Мартенс Ф. Ф. *Современное международное право цивилизованных народов. Том 1.* / Ф. Ф. Мартенс. Изд. 5, доп. и испр. СПб. : Типография А. Бенке, 1904. Т. 1. С. 181.

<sup>32</sup> Там же. С. 1–14.

<sup>33</sup> Камаровский Л. А. *Международное право*. Москва : Типо-Литография Г. И. Простакова, 1905. С. 4–9.

<sup>34</sup> Казанский П. Е. *Введение в курс международного права*. Одесса : «Экономическая» типография и литография, 1901. С. 159–160.

<sup>35</sup> Коркунов М. Н. *Международное право. Лекции читанные в Военно-юридической академии*. СПб. : Издатель Лейтенант Шидловский, 1886. С. 1–2.

мнений юристов нельзя характеризовать как единую методологическую программу или общее направление. Вернее говорить о дискурсе, в рамках которого обращаются различные методологические положения и их сочетания, устремленные к определению юридического характера международного права и отстаиванию его как действительной и действенной нормативной системы. При этом отечественные специалисты по международному праву рубежа XIX–XX столетий чаще всего не отрицали того факта, что положительные международно-правовые нормы вырастают из моральных и ценностных идеалов права.

### 3. Правосознание и воззрения на методологию права Б. Э. Нольде

Общеправовые воззрения Нольде могут быть рассмотрены в качестве одной из возможных позиций в сфере юрико-позитивистского дискурса науки права позднеимперской России. В работах ученого право представляется автономной сферой деятельности людей. Сравнивая право с политикой, он резюмирует, что первое призвано ограничивать вторую посредством установления правил и вполне способно на это<sup>36</sup>. Вместе с тем само международное право как наука и отрасль, по мнению Нольде, все еще находится в процессе становления, которому не способствует архаичность подхода к исследованию юридической реальности. Видя необходимость перестройки доктрины международного права на новых научных началах, Нольде отмечал две существенные проблемы в международно-правовых исследованиях: скудный положительный материал, рассматриваемый дисциплиной, а также отсутствие самостоятельных догматических построений<sup>37</sup>. Преодоление первой проблемы предполагало, по мнению Нольде, переход от юснатуралистских рассуждений к изучению многообразия эмпирических данных, а второй — отказ от использования уже выработанных в международном праве построений, категорий естественно-правового характера и конструкций, которые были заимствованы этой областью знания из смежных наук, таких как энциклопедия права, но в особенности из государственного права<sup>38</sup>.

Опираясь на эти суждения, Нольде критикует естественно-правовую традицию в международном праве. Он полагает, что ориентация на юснатурализм мешала построению международно-правовой науки и практики как автономной области, предназначение которой заключается не только в поиске и утверждении правового идеала, но и в разработке своей системы, способной в теоретическом и практическом значении разрешить жизненные задачи, стоящие перед международным сообществом<sup>39</sup>. С необходимостью доктринально-правового оформления международного права в качестве самостоятельной сферы человеческой жизни соглашались многие юристы-интернационалисты того времени. Так, Н. П. Казанский отмечал, что вопрос о выработке системы является одним из важнейших для общетеоретической части любой науки<sup>40</sup>.

Для Нольде право может быть исключительно положительным правом, состоящим из зафиксированных норм, которые определяются им, с одной стороны, в качестве логических суждений, а с другой — властных повелений<sup>41</sup>. В ходе научного и практического осмысления, когда в том числе устанавливается взаимное отношение правил поведения друг к другу, они начинают формировать систему. Итогом интерпретации в науке международного права должна стать, по мысли Нольде, такая система норм, которая в процессе ее практического применения может быть представлена в качестве единого, внутренне согласованного и подчиненного законам логического мышления явления<sup>42</sup>.

Вместе с тем система права предстает динамическим явлением, которое перманентно находится в состоянии изменения. В этом процессе происходит борьба между старым и новым правом — противостояние разных логик его целостного построения<sup>43</sup>. Система права в состоянии постоянного становления оказывается крайне противоречивой в своих основных положениях: одни противоречия могут иметь яркий характер и четкие проявления, другие же зачастую носят скрытый

<sup>36</sup> Holquist P. *Op. cit.* P. 243–258.

<sup>37</sup> Нольде Б. Э. *Постоянно нейтральное государство...* С. III–VI.

<sup>38</sup> Нольде Б. Э. *Метода международного права* // Право: еженедельная юридическая газета. 1905. № 20. Стб. 1646.

<sup>39</sup> Там же. Стб. 1649–1650.

<sup>40</sup> Казанский П. Е. *Указ. соч.* С. 286.

<sup>41</sup> Нольде Б. Э. *Логика правовой системы.* Стб. 2389.

<sup>42</sup> Там же. Стб. 2391–2392.

<sup>43</sup> Нольде Б. Э. *Логика правовой системы.* Стб. 2396–2398.

характер. Сами по себе изменения в праве могут инспирироваться идеалами, претворяясь в жизнь революционным или эволюционным путем. В этом отношении Нольде, оставаясь критиком идеи естественного права, отмечает ее важное историческое значение: «Естественное право обслуживало задачи творчества нового права». Оно выдвигало некие правовые идеалы, которые служили ориентирами для создания положительных норм<sup>44</sup>.

Таким образом, позитивизм Нольде заключался в построении новой догматики международного права, которая опиралась бы на положительный правовой материал и использовала бы собственные юридические конструкции, подходящие для описания международно-правовой реальности. По мнению ученого, это должно было привести к созданию такой системы международного права, которая способствовала бы решению практических задач международной жизни. При этом для Нольде ориентация на правовой идеал не является недопустимой, и он признает, что концепции, идеи, моральные установки неизменно играли важную роль в создании положительного права. Эти воззрения имеют позитивистскую направленность, но вместе с тем в них присутствует ценностная составляющая, так как право представляется социально важным инструментом устройства международной жизни, а его эффективность зависит от единства, согласованности и последовательности совокупного построения норм.

Подобный взгляд разделяли многие юристы-интернационалисты того времени. Система международного права, с их точки зрения, была важна в отсутствие единой реальности международного права: международно-правовые нормы не были кодифицированы, отсутствовали важные международные институты, что давало критикам международного права аргументы для оспаривания его юридического статуса. Нольде, как и многие другие специалисты по международному праву, не желал мириться с таким положением вещей.

#### 4. Либеральная мысль как контекст

Вторым столпом после позитивистской установки в воззрениях Нольде был либерализм, представители которого предлагали прогрессивную программу переустройства России и международной жизни. Оставаясь во многом расплывчатым общественно-политическим течением, либерализм все-таки постепенно обретал более четкие грани в реалиях общественной жизни обновленной пореформенной России. Несмотря на сегментированную структуру российского либерализма рубежа XIX–XX веков, включавшего земский, интеллигентский и иные виды, смысловым центром его различных направлений оставалась идея прав и свобод личности. При этом отличительной чертой российского либерализма являлась интеграция различных представителей зачастую несовместимых течений и направлений общественно-политической мысли. Интеллектуальная работа в рамках всех течений была направлена на выработку планов реформирования публичной сферы и правления в России на основании правовых норм<sup>45</sup>. В качестве политической идеи конституционных преобразований (правовой модернизации) либерализм предлагал переход от абсолютистского государства к правовому, предполагавший глобальные изменения в политико-правовом устройстве страны (внедрение федерализма и разделения властей, защиты прав личности, установление преемственности в вопросе о правах собственности и др.)<sup>46</sup>. Таким образом, несмотря на неоформленность общественно-политических и партийных структур в связи с самодержавным политическим строем, в поздней имперской России либерализм состоялся как мощное идейное направление, внутри которого ученые-юристы разработали новые основы публичного и частного права, которые могли найти свое практическое воплощение в будущих реформах.

Ориентированный на начала права подход к рассмотрению и конструированию реальности в рамках российской либеральной парадигмы переносился и на вопросы международной политики и международного права. При этом отмечается, что институционализация миротворческих устремлений в России в принципе возникла в связи с ростом либеральных политических сил, а

<sup>44</sup> Там же. Стб. 2394–2395.

<sup>45</sup> Шелохаев В. В. *Либерализм в России в начале XX века*. М. : Политическая энциклопедия, 2019. С. 18–56.

<sup>46</sup> Медушевский А. *Политические сочинения: право и власть в условиях социальной трансформации*. М. ; СПб. : Центр гуманитарных инициатив; Университетская книга, 2015. С. 167–168.

также либерализацией государственной политики в стране после Первой русской революции<sup>47</sup>. Либеральные мыслители, среди которых следует особо упомянуть имена П. Н. Милюкова (1859–1943), Л. А. Камаровского, П. Д. Долгорукова (1866–1927)<sup>48</sup>, выдвинули альтернативную модель построения международных отношений, основанную на ненасилии и утверждении мирных средств разрешения международных споров.

Параллельно с разрастанием и институционализацией внутри страны российский либерализм интернационализировался, встраиваясь в международное сообщество единомышленников, кооперирующихся вокруг идеи установления прочных оснований международного права и водворения мира в международных отношениях. Представители этого интеллектуального течения составили движение сторонников мира, организационной основой которого выступили национальные общества мира, а также международные конференции, проходившие с 1889 года и в конце концов трансформировавшиеся в так называемый Межпарламентский союз с постоянной рабочей структурой в виде Международного бюро мира<sup>49</sup>.

В рамках либеральных воззрений международное правосудие виделось одним из элементов прогресса цивилизации и международного права. Ученые стремились провести единую линию преемственности от античных арбитражей к современным международным судебным органам, указывая на возможный большой потенциал международного правосудия в деле установления прочного мира в будущем. Это становилось возможным ввиду повсеместного распространения арбитражной процедуры в деле урегулирования споров между суверенными государствами сразу после окончания наполеоновских войн<sup>50</sup>.

Подобные воззрения также были свойственны российскому миротворческому движению. Так, в уставе Общества мира (1909 год), созданного в эпоху либерализации после первой русской революции, его цель сформулирована следующим образом: «а) Научная разработка и популяризация основ международного права и распространение в обществе здравых понятий о международном мире, третейском суде и международных конференциях мира»<sup>51</sup>. В связи с либеральной индоктринацией многие юристы-интернационалисты второй половины XIX — начала XX века, ориентируясь на ценности права и открытости, утверждали, что международный порядок должен выстраиваться на тех же демократических принципах, что и национальный. Основанием тому была безусловная вера в возможность смены парадигмальных установок в отношениях между государствами<sup>52</sup>.

## 5. Б. Э. Нольде о международном правосудии

К проблеме международного правосудия Нольде подходил со всей серьезностью. Если иные научные сюжеты он разрабатывал от случая к случаю, то к вопросу об учреждении органа международной юстиции, которая в его рассуждениях выражалась в идее постоянного международного суда, имеющего обязательную для всех государств юрисдикцию по всем международным вопросам, он возвращался вновь и вновь на протяжении многих лет. При этом в отличие от многих либерально настроенных юристов-интернационалистов рубежа XIX–XX столетий Нольде не уделял столько же внимания проблеме иных способов мирного разрешения конфликтов между государствами, а также более общей теме создания универсальной международной организации — органа поддержания мира и безопасности.

Первые работы Нольде по международному правосудию относятся ко второй половине 1900-х годов. В это время он преподавал ряд дисциплин, в рамках которых обсуждалась юстиция по международным спорам (в частности, международные отношения<sup>53</sup> и международное право<sup>54</sup>).

<sup>47</sup> Илюхина Р. М., Сдвижков Д. А. *Российский пацифизм и западное миротворчество в начале XX в. (становление и деятельность российских обществ мира)* // *Долгий путь Российского пацифизма: Идеал международного и внутреннего мира в религиозно-философской и общественно-политической мысли России* / отв. ред. Т. А. Павлова. М. : ИВИ РАН, 1997. С. 180–183.

<sup>48</sup> П. Д. Долгоруков, в частности, выступил главным инициатором создания Общества мира в Москве (1909 год).

<sup>49</sup> Cortright D. *Peace: A History of Movements and Ideas*. Cambridge : Cambridge University Press, 2008. P. 25–44.

<sup>50</sup> Fassbender B., Peters A. *The Oxford Handbook of the History of International Law* / ed. by B. Fassbender, A. Peters. Oxford : Oxford University Press, 2012. P. 146–152.

<sup>51</sup> Устав «Общества мира». Москва: Б/и, 1909. С. 1.

<sup>52</sup> Koskenniemi M. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960*. Cambridge : Cambridge University Press, 2004. P. 1–41.

<sup>53</sup> Нольде Б. Э. *Программа 10-ти лекций на тему «Тенденции развития современных международных отношений»* // *ОР РНБ. Ф. 529 (Б.Э. Нольде)*. Ед. хр. 58. Л. 1.

<sup>54</sup> Нольде Б. Э. *Программа курса международного права* // *ОР РНБ. Ф. 529 (Б.Э. Нольде)*. Ед. хр. 59. Л. 3.

Основной же массив трудов Нольде, в которых идея обязательного международного суда анализировалась, конструировалась и пропагандировалась, создавался в период с 1908 года по середину 1920-х годов. Это очерки и статьи, опубликованные в юридической и общественно-политической периодике. Подобный формат давал автору возможность обращаться не только к представителям академической среды, но и к более широкому кругу читателей, заинтересованных в обсуждении острого международно-правового и политического вопроса, которым занимался Нольде. При этом стоит отметить, что проблематика международного правосудия уже много лет дискутировалась как на страницах научной литературы, так и в общественно-политических сочинениях<sup>55</sup>. Важное место в кругу изданий, в которых печатался Нольде, занимала еженедельная юридическая газета «Право», выходившая в 1898–1917 годах. Несмотря на свою специализацию и профессиональную направленность, она имела широкое хождение в российском общественном пространстве тех лет. По словам одного из ее редакторов И. В. Гессена (1865–1843), число подписчиков достигло 10 тысяч, что было беспрецедентно для профильного издания<sup>56</sup>. Авторы «Права» не боялись поднимать острые общественно-политические вопросы, живо реагировали на актуальные события в России и в мире, ориентируясь на ценности законности, прав и свобод личности.

Отправной точкой анализа воззрений Нольде на международное правосудие выступает его статья о Гагской конференции 1907 года. Сквозь призму рассуждений о желательности наступления «царства мира» он достаточно скептически оценивал итоги Второй конференции мира, в которой сам принимал непосредственное участие. В частности, Нольде указывал, что в рамках этой дипломатической встречи обсуждение самого насущного вопроса, а именно необходимости разоружения, осталось за бортом<sup>57</sup>. Участники ограничились сдержанными указаниями на то, что эта проблема достойна более детального изучения. В качестве единственного заметного достижения конференций рубежа XIX–XX столетий в деле установления мира Нольде оценивал договоренности, которые устанавливали средства мирного разрешения международных споров<sup>58</sup>. Так, достижением 1907 года стало учреждение международной призовой палаты для разрешения споров о захвате воюющими сторонами торговых судов и грузов на море. Нольде считал, что наличие подобного института непременно ставило государства перед необходимостью пристально следить за соблюдением международно-правовых норм морской войны, так как всякая неудовлетворенная решением национальной призовой палаты (обычно спор разрешался в органе государства — захватчика соответствующего корабля или груза) сторона могла оспорить его на международном уровне<sup>59</sup>. В качестве еще одного достижения по результатам встречи Нольде рассматривал Конвенцию об ограничении в применении силы при взыскании по договорным долговым обязательствам<sup>60</sup>. Данный договор ограничивал возможность силового воздействия государств-кредиторов на государства-должников, обязав их предварительно обращаться в арбитраж, проведение которого осуществлялось в соответствии с Конвенцией о мирном разрешении международных столкновений.

В продолжение рассуждений о средствах урегулирования международных споров Нольде критиковал некоторые аспекты устройства международной юстиции. В частности, он считал, что Постоянная палата третейского суда в Гааге, созданная по итогам конференции 1899 года, представляет собой не более чем список арбитров, назначаемых государствами, и не имеет адекватной организационной структуры. Вопрос о том, задействовать ли этот арбитражный список, определялся волеизъявлением государств. Нольде считал, что Постоянная палата третейского суда займет надлежащее место в международной жизни только в случае институционализации этого органа в качестве постоянно действующего и обязательного. Последний аспект трактовался им как обязанность государств передавать на рассмотрение международного суда любой спор

<sup>55</sup> Отметим самые характерные примеры в рамках российского контекста тех лет, среди которых классические работы известного специалиста по международному праву и общественно-политического деятеля Л. А. Камаровского, включая его *тагнит орис* «О международном суде» (первое издание вышло в 1881 году), а также труд политика, члена Государственной думы III созыва В. В. Тенишева «Вечный мир и международный третейский суд» (1909 год).

<sup>56</sup> Сопова А. П. *Газета «Право» и цензура в конце XIX – начале XX вв.* // Вестник Московского университета. Серия 10. Журналистика. 2018. № 1. С. 105–107.

<sup>57</sup> Нольде также сетовал на то, что подобное произошло и на Первой конференции мира в Гааге в 1899 году.

<sup>58</sup> Нольде Б. Э. *Вторая конференция мира: Очерк* // Вестник Европы. 1908. № 1. С. 464–470.

<sup>59</sup> Там же. С. 480–481.

<sup>60</sup> Там же. С. 486–487.

между ними. По мнению Нольде, это представление было не только плодом доктринальных изысканий, но и предметом насущных общественных чаяний, выражавшихся в заявлениях общественных и политических деятелей, а также в прессе. Провал Гаагский мирных конференций в этой сфере Нольде связывал среди прочего с тем, что представителям цивилизованных наций не удалось договориться об основополагающих параметрах международной юстиции<sup>61</sup>.

К теме международного правосудия Нольде возвращался в двух статьях, посвященных решению арбитража по касабланкскому инциденту 1908–1909 годов. На примере из актуальной арбитражной практики он раскрыл ряд важных теоретических положений о природе международного суда, подчеркивая безусловную важность касабланкского дела — одного из немногих на тот момент прецедентов передачи рассмотрения спора Постоянной палате третейского суда в Гааге, а также как спора, в котором участвовали ведущие европейские державы — Франция и Германия. В рамках дела рассматривался вопрос о конкуренции юрисдикций оккупационных войск Франции, с одной стороны, а с другой — представительства Германии в отношении дезертиров из французского Иностранного легиона, размещенного в Марокко. Политический смысл противостояния выразился в соизмерении авторитетов двух сильнейших стран. Часть бежавших солдат были подданными Германии. В связи с этим чиновники германского консульства решили вывезти их за пределы Марокко. Однако посадке дезертиров на судно в касабланкском порту воспрепятствовали французские офицеры, напавшие на конвой и угрожавшие членам миссии. Сами беглецы были брошены французами в тюрьму<sup>62</sup>.

В ходе переговоров было решено передать вопрос о правоте или неправоте французской и немецкой сторон на разрешение третейского суда. Применительно к обращению в суд Нольде подчеркивал важную для него идею неизбежной трансформации конфликта из политического в сугубо юридический. Всякое большое политическое столкновение государственных интересов «локализовывается», как бы принимает свой истинный вид и размер, когда его рассмотрение поручается органу международного правосудия, и в силу этого сопутствующая полемика лишается своей остроты<sup>63</sup>. По итогам рассмотрения спора арбитры определили примат юрисдикции французских колониальных войск над полномочиями германского консульства. При этом ответственность германских агентов за попытку укрытия дезертиров не была признана судом, а французским военным вменялось в вину, что они не отнеслись с достойным почтением к покровительству консульства<sup>64</sup>. Нольде указывал: данное решение было компромиссом, уступкой сразу двум сторонам в силу того, что международная юстиция еще не окрепла и нуждалась в утверждении своего авторитета, а этого она могла добиться только с помощью применения таких подходов, которые устраивали бы всех заинтересованных сторон. Подобное умеренное правосудие могло бы стать основой для распространения практики передачи дел на рассмотрение арбитражным судебным органам, сформировав тем самым убежденность государств в необходимости совершенствования суда в установлении принципа независимости судей<sup>65</sup>.

В этой же статье Нольде выразил мысль о том, что дальнейшее развитие международной судебной власти может идти не путем общего международно-правового урегулирования вопроса на конференциях (он считал, что Вторая конференция мира вполне доказала невозможность этого), но через арбитражные соглашения отдельных государств друг с другом<sup>66</sup>.

С умеренным энтузиазмом Нольде продолжил тему международной юстиции в своей речи на торжественном заседании Общества мира по случаю прибытия французской делегации в феврале 1910 года. Выражая недоверие к идее утверждения в современных реалиях начал федеративного порядка, Нольде, однако, отмечал, что в отношениях между государствами происходят явные изменения. В качестве такой сущностной новации в общении народов он видел укоренение идеи международного суда в правосознании общества, которая укреплялась десятилетие за десятилетием благодаря усилиям общественно-политических движений и государств. Нольде отмечал две линии работы юристов и активистов международного суда. Первую он связывал с

<sup>61</sup> Там же. С. 482–490.

<sup>62</sup> Нольде Б. Э. *Третейское решение по касабланкскому делу* // Право: еженедельная юридическая газета. 1909. № 34. Стб. 1817–1819.

<sup>63</sup> Там же. Стб. 1820–1821.

<sup>64</sup> Там же. Стб. 1823–1824.

<sup>65</sup> Там же. Стб. 1881–1884.

<sup>66</sup> Там же. Стб. 1885–1886.



пропагандой идеи такого правосудия в обществе и правительственных кругах<sup>67</sup>. Вторая касалась усилий профессионалов по разъяснению сложных вопросов организации и компетенции международного судебного органа широкой публике. В этом тексте Нольде подходил к отстаиваемым им принципам постоянства и обязательности международного правосудия как к дискутируемым проблемам, которые ждут своего разрешения силами науки и практики<sup>68</sup>.

В очерке «Межгосударственный суд в новейших международных договорах» Нольде рассматривал процесс развития международного арбитража в двухсторонних соглашениях, который в самом начале XX века набрал невероятные обороты<sup>69</sup>. Реакция Нольде на происходящее была сдержанно-оптимистичной. С его точки зрения постепенное разрастание практики заключения подобных договоров ведет к «связыванию» государств общей правовой сетью, в рамках которой каждый спор будет разрешаться посредством судебных процедур.

Указанное «разрастание» может сделать явью международные реалии будущего, описание которого процитировано в начале этой статьи. Вместе с тем Нольде видел много трудностей на пути к этому будущему, непосредственно связанных с проблемными положениями соглашений об арбитраже<sup>70</sup>. Так, многие отдельные договоры содержат оговорки о «жизненных интересах», «чести», «суверенных правах» и иные, которые явно блокируют переход к арбитражной процедуре по многим категориям споров. Кроме того, договоры оперируют понятием «споры правового характера», тем самым определяя круг конфликтов, который может рассматривать судебный орган. Нольде видел в подобных нормах ограничение возможности использования арбитражного механизма<sup>71</sup>.

Однако о некоторых моделях Нольде отзывался положительно, в частности о датском варианте договора об арбитраже<sup>72</sup>, который наиболее близко подошел к реализации идеи обязательности правового разрешения спора. Так, соглашениями указанного типа вводилась простая формулировка, определявшая, что любые споры, не разрешенные дипломатическим путем, должны быть переданы на рассмотрение арбитражного суда. Нольде видел в таком подходе установление достаточно широких пределов компетенции правосудия. Однако на практике сохранялась невозможность передачи спора, возникшего между государством и иностранным в отношении него подданным, так как спорные ситуации подобной категории предписывалось разрешать в суде этого же государства, в чем Нольде видел недостаток подобных договоров. Он аргументировал, что требование в такой конфликтной ситуации может носить международно-правовой характер<sup>73</sup>.

Рассуждения о складывающейся в первое десятилетие XX века сети арбитражных соглашений вновь подводили Нольде к критическому осмыслению института Постоянной палаты третейского суда в Гааге. С одной стороны, именно этот орган в качестве судебной инстанции избирали подавляющее большинство государств в своих договоренностях об арбитраже, тем самым подчеркивая авторитет молодого международно-правового института. С другой же — творение Первой мирной конференции все еще оставалось в глазах Нольде простым списком арбитров<sup>74</sup>.

Пережив кровопролитные войны, революционные процессы и распады государств, Нольде тем не менее не оставил своей убежденности в необходимости постоянного и обязательного международного суда. Наоборот, он считал, что после Первой мировой войны народы все отчетливее начинают осознавать необходимость установления подлинного мира между собой. Нольде считал, что подобное видение стало общим местом для политических элит всех воюющих государств (причем уже во время самой войны), которые тем самым открыто выражают свое желание учредить международную организацию как средство обеспечения мира<sup>75</sup>.

<sup>67</sup> Нольде Б. Э. *Будущее международного третейского суда* // Право: еженедельная юридическая газета. 1910. № 7. Стб. 343–345.

<sup>68</sup> Нольде Б. Э. Там же. Стб. 348–350.

<sup>69</sup> Он же. *Межгосударственный суд в новейших международных договорах*. Стб. 1525.

<sup>70</sup> Там же. Стб. 1527.

<sup>71</sup> Там же. Стб. 1527–1533.

<sup>72</sup> Ряд договоров, которые были заключены между Данией и Голландией (1904 год), Данией и Италией (1905 год), Данией и Португалией (1907 год), Италией и Голландией (1909 год). См. подробнее: Там же. Стб. 1536–1537.

<sup>73</sup> Там же. Стб. 1536–1539.

<sup>74</sup> Нольде Б. Э. *Межгосударственный суд в новейших международных договорах*. Стб. 1540–1541.

<sup>75</sup> Он же. *Лига Народов* // Международная политика и мировое хозяйство. 1918. № 1. С. 53–55.

На базе рассмотренных им публичных заявлений и предложений политиков стран — участниц войны, а также ряда мирных инициатив, Нольде констатировал формирование «мирной программы, включающей совокупность элементов»<sup>76</sup>. Так, в статье «Лига Народов» 1918 года Нольде указывал, что ее ядром было создание Лиги Наций (Лиги Народов, как это обозначается в самом тексте очерка), которая понималась как правовая организация, учрежденная для обеспечения мира и справедливости. Одной из необходимых основ нового порядка должно было стать ограничение вооружений. Важнейшей составляющей становился механизм обязательного международного судебного разбирательства, которое могло быть подкреплено санкцией международных сил или же самого органа правосудия. Наконец, новое международное право должно было покоиться на принципах независимости и территориальной неприкосновенности государств. Соглашаясь во многих аспектах с намеченным планом переустройства международной жизни, Нольде, однако, продолжал видеть фундаментом мира и безопасности постоянный и обязательный международный суд. В частности, он подчеркивал, что в истории человечества судебные органы всегда оставались универсальным способом охраны общественных связей, поэтому на международном уровне они так же необходимы, как и в пространстве отдельных политических образований. Это жизненно важно, так как итогом водворения суда всегда оказывается, по мнению Нольде, укрепление права и правоотношений, устранение необходимости прибегать к силе<sup>77</sup>.

Нольде выступал против позиции, согласно которой суду не следует передавать на рассмотрение споры политического характера. Он считал, что разделение вопросов на политические и судебные является ошибочным. Нольде полагал, что любой конфликт может быть предметом судебного разбирательства, а юридическая обоснованность или необоснованность — это проблема, которая должна ставиться перед судьей и разрешаться им с помощью обращения к нормам положительного международного права<sup>78</sup>. Перед международным сообществом, как это виделось Нольде, стоит задача трансформации старого порядка арбитражного соглашения о передаче дела в суд в процедуру подачи иска, что позволит укрепить международное судопроизводство. Истинное международное разбирательство, как писал Нольде, может возникнуть только тогда, когда предъявляемое требование государства-истца к государству-ответчику будет приниматься судом без предварительного на то согласия последнего. Только после установления подобного прочного фундамента можно будет обратиться к задачам второго порядка, вроде международно-правового рассмотрения исков частных лиц к государствам<sup>79</sup>.

Размышляя о проблеме установления организационной структуры суда, Нольде прояснил свое видение комплектования постоянного и обязательного суда. Он полагал, что государства должны смириться с неравным положением, возникающим при реализации права назначения членов судебного органа. Само неравенство возникает из того факта, что большие государства будут чаще прибегать к использованию международного правосудия, чем малые<sup>80</sup>.

Подводя итог своим рассуждениям, Нольде еще раз указал на трансформацию, которой могут подвергнуться международные отношения внутри вновь создаваемого объединения государств. Он был уверен в большом авторитете будущего международного суда и убежден в возможности непринудительного исполнения его решений без создания системы международной полиции. В свою очередь, работа международного правосудия должна привести к отмиранию армии и флота, к шансу разрешить до этого считавшиеся неразрешимыми проблемы вроде разоружения<sup>81</sup>.

Рассуждая о проекте Постоянной палаты международного правосудия, Нольде подытожил ход развития идеи международного суда. Он отметил, что за первые два десятилетия продвижения идеи было приложено много усилий, чтобы претворить ее в жизнь. При этом именно модель подобного суда, по мысли Нольде, оказалась наиболее работоспособной в сравнении с иными средствами разрешения споров — добрыми услугами, посредничеством, следственной комиссией, которые также предусматривались Гаагскими соглашениями.

<sup>76</sup> Там же. С. 63.

<sup>77</sup> Нольде Б. Э. *Лига Народов* // Международная политика и мировое хозяйство. 1918. № 1. С. 63–66.

<sup>78</sup> Там же. С. 69–71.

<sup>79</sup> Там же. С. 70–73.

<sup>80</sup> Там же. С. 74–75.

<sup>81</sup> Там же. С. 75–76.

Уже в 1920 году, после создания Лиги Наций, Нольде крайне критически оценил ее первые достижения, отмечая неспособность организации обуздать беспорядок, обнаружившийся в послевоенные годы на востоке Европы. В качестве положительного момента он отметил проект Постоянной палаты международного правосудия, который, как ему виделось, во многом воплощал идеалы довоенного времени, когда международный суд рассматривался в качестве ключа к утверждению мира. Между тем во время войны и сразу по ее завершению предпочтение было отдано не судебному органу, а смежным механизмам разрешения международных споров, идея которых также зародилась в последние предвоенные десятилетия. В самой структуре органов Лиги Наций Нольде отмечал институт «докладывания», то есть возможность рассмотрения какой-либо спорной ситуации в Совете или Ассамблее международной организации. Институционализация «общества народов» критиковалась Нольде за отсутствие реального механизма осуществления функций по поддержанию безопасности, поскольку Лига Наций не имела, с его точки зрения, ни адекватных процедур принятия решения, ни вооруженных сил, ни сдерживающих от выхода какой-либо страны из организации гарантий<sup>82</sup>.

Высоко оценив замысел нового суда, разработанный комитетом под эгидой Лиги Наций, Нольде особо отметил порядок подачи заявления в суд без предварительного запроса на разрешение предполагаемого ответчика, установление принципа независимости судей и ряд иных аспектов. Таким образом, по мнению Нольде, в этой инициативе воплощалась мысль о лидирующем месте суда в качестве органа разрешения споров. Между тем проект все еще был обременен «условиями и ограничениями», избавление от которых виделось Нольде делом будущего<sup>83</sup>.

## Заключение

Являются ли мысли Нольде о международном правосудии передовыми для международно-правовой науки тех лет? Нет, и он не стремился к оригинальности доктринальных положений. К тому же применительно к воззрениям Нольде сложно утверждать, что они представляют собой какой-то законченный проект, наподобие того, который был представлен, к примеру, его старшим коллегой — Камаровским. Основные положения, отстаиваемые Нольде, формировались до него в богатой традиции либеральной мысли и сформулированы точнее в дискурсе международного права.

Действительно ли воззрения Нольде на международную юстицию парадоксальны? Ответ тот же: нет. Позитивизм тех лет не был застывшим, инвариантным и доктринально выверенным явлением. Скорее, он представлял сферу циркуляции методологических идей, касающихся международного права как автономно построенной системы. Идея автономности международного права была близка Нольде, как и суждение о том, что право само по себе не отрицает влияния моральных и ценностных идеалов. Такое смешение реализма и идеализма порождало причудливые устремления юристов-интернационалистов рубежа XX–XIX веков к созданию эффективного механизма упорядочения хаотичных международных отношений и ограничения войны как средства разрешения спорных ситуаций.

Эти устремления ярко проявлены в настойчивых требованиях Нольде создать постоянный и обязательный международный судебный орган, которые он выражал на протяжении многих лет и от которых не отказался даже после всех ужасов мировой войны. При этом голос Нольде не был слышен за рубежом, однако он и не имел намерений быть услышанным там, где аналогичные идеи отстаивали иные активисты мира. Нольде обращался непосредственно к отечественной публике. Отстаивая свои доводы, он стремился убедить российского чиновника, профессора, студента, интеллигента в важности международного суда и писал для периодических изданий, чтобы донести свои идеи до максимально широкого круга читателей. Просветительские склонности Нольде явно сформировались под влиянием его учителя, Ф. Ф. Мартенса, который считал, что донесение до подданных смысла и содержания международно-правовых норм является одним из важнейших направлений работы юриста-международника. Для самого Нольде международное правосудие не было абстрактной и надмирной идеей. В окружающей его действительности он подмечал

<sup>82</sup> Нольде Б. Э. *Вильсонизм* // Грядущая Россия. 1920. Кн. 1. С. 145–147.

<sup>83</sup> Он же. *Лига народов и международный суд* // Современные записки. 1920. № 1. С. 232–235.

множество фактов, которые явно свидетельствовали о процессе практического и идейного утверждения международного суда в качестве обязательного элемента международной жизни. И не желая останавливаться на достигнутом, Нольде открыто ставил вопрос о расширении практики применения международного правосудия и упрочнении его органов, создании его полноценной организационной структуры и оформлении его юрисдикции, распространяющейся на все споры государств без оговорок. По всей видимости, и по сей день мы все еще находимся в процессе утверждения той истины, которой следовал Нольде.

---

## INTERNATIONAL JUSTICE IN THE WORKS OF THE JURIST B. E. NOLDE (1876–1948): BETWEEN THE GIVEN AND THE IDEAL OF LAW

TEREKHOV M.

**Maxim Terekhov** — Guest Lecturer of the Faculty of Law, HSE University, Moscow, Russia (max-terehov@bk.ru).  
ORCID: 0009-0000-2972-2734.

### Abstract

The paper attempts to contextualise the historical and legal reconstruction of the views of Boris Nolde (1876–1948), a prominent specialist in international and state law of the first half of the XX century. The paper analyses Nolde's scientific, governmental and socio-political activities, theoretical and legal statements of Russian legal scholars, specialists in various branches of law, including international law, of the turn of the XIX–XX centuries concerning positive law and the place in this discourse of Nolde's positivist methodological guidelines, as well as Russian liberalism as a political doctrine, whose representatives, following their colleagues from other countries of Europe and North America, advocated the approval of compulsory and permanent law. Consideration of these socio-cultural realities of the past allows us to interpret Nolde's political and legal ideas about international justice out of the ideological context of the period under consideration. This in turn makes it possible to resolve the problem of the correlation between realism in Nolde's views, dictated by the scientist's positivist methodological orientation, his rejection of preliminary theoretical generalisations when considering certain legal phenomena, and idealism, inherent in Nolde due to his progressive liberal views, which were expressed in his advocacy of constitutional and international legal ideals. Nolde's views on the international court are analysed on the broad material of the scholar's articles, which cover the time frame from 1908 to the mid-1920s. Addressing a wide range of readers in his texts, Nolde actively defends the necessity of establishing a compulsory and permanent international court, which would have jurisdiction over all disputes between states without exception. His writings are characterised by an appreciation of the possible future effect of resolving inter-state disputes through international justice, as well as addressing the pressing political problems that impede the institutionalisation of an international judicial body. Nolde's views on international justice cannot be labelled as an original and systematised concept, and his essays allow us to see him first and foremost as an enlightener.

### Key words

history of international law, international justice, peaceful means of settling international disputes, international legal positivism, ideal of law

**Citation:** Terekhov M. *Mezhdunarodnoe pravosudie v rabotakh pravoveda B. É. Nolde (1876–1948): mezhdunarodnoye pravosudie i idealom prava* [International Justice in the Works of the Jurist B. E. Nolde (1876–1948): Between the Given and the Ideal of Law] // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2024. Vol. 2. No. 4. P. 4–20.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.24740>

---

### Список источников / References

- Collins R. (2014) Classical Legal Positivism in International Law Revisited. In: Kammerhofer J., D'Aspremont J. (eds.) *International Legal Positivism in a Post-Modern World*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 23–49.
- Cortright D. (2008) *Peace: A History of Movements and Ideas*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Fassbender B., Peters A. (2012) *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Fitzmaurice A. (2018). Context in the History of International Law. *Journal of the History of International Law*, vol. 5, no. 1, pp. 5–30.
- Holquist P. (2006) Dilemmas of a Progressive Administrator: Baron Boris Nolde. *Kritika: Explorations in Russian and Eurasian History*, no. 2, pp. 241–273.
- Ilyukhina R. M., Sdvizhkov D. A. (1997) Rossiyskiy patsifizm i zapadnoe mirotvorchestvo v nachale XX v. (stanovlenie i deyatelnost' obshchestva mira) // *Dolgiy put' Rossiyskogo patsifizma: Ideal*

mezhdunarodnogo i vnutrennego mira v religiozno-filosofskoy i obshchestvenno-politicheskoy mysli Rossii [Russian Pacifism and Western Peacemaking in the Early 20th Century (Formation and Activities of Russian Peace Societies) // The Long Way of Russian Pacifism. The Ideal of International and Domestic Peace in Religious-Philosophical and Socio-Political Thought in Russia], Moskva: IVI RAN, pp. 179–201. (In Russian).

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: Izdatel'stvo «Yuridicheskiy Tsentr». (In Russian).

Kamarovskiy L.A. (1905) Mezhdunarodnoe pravo. [International Law], Moskva: Tipo-Litografiya G.I. Prostakova. (In Russian).

Kazanskiy E.P. (1901) Vvedenie v kurs mezhdunarodnogo prava. [Introduction to the Course of International Law], Odessa: «Ėkonomicheskaya» tipografiya i litografiya. (In Russian).

Korkunov N.M. (1886) Mezhdunarodnoe pravo. Lektsii chitannye v Voenno-juridicheskoy akademii N. Korkunovym. [International Law. Lectures Given at the Military Law Academy by N. Korkunov], Sankt-Peterburg: Izdatel' Leytenant Shidlovskiy. (In Russian).

Koskenniemi M. (2004) The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870–1960, Cambridge: Cambridge University Press.

Martens F.F. (1904) Sovremennoe mezhdunarodnoe parvo tsivilizovannykh narodov. Tom 1. [Modern International Law of Civilized Nations. Vol. 1.]. Sankt-Peterburg: Tipografiya A. Benke. (In Russian).

Medushevskiy A. (2015) Politicheskie sochineniya; pravo i vlast' v usloviyakh sotsial'noy transformatsii [Political Writings: Law and Power in the Context of Social Transformation]. Moskva; Sankt-Peterburg: Tsentr gumanitarnykh nintsiativ; Universitetskaya kniga. (In Russian).

Mezhdunarodno-spravochnaya sluzhba v Ministerstve inostrannykh del Rossii (istoricheskaya spravka po arkhivnym dokumentam). [International Legal Service in the Ministry of Foreign Affairs of Russia (Historical Reference Based on Archival Documents)]. Istoriko-dokumental'nyi department MID Rossii. 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/) (accessed: 13.10.2024). (In Russian).

Mikhaylovskiy G.N. (1993) Zapiski. Iz istorii rossiyskogo vneshnepoliticheskogo vedomstva, 1914–1920 gg. V 2-kh kn. Kn. 2. Oktyabr' 1917 g. – noyabr' 1920 g. [Notes. From the history of the Russian Foreign Ministry, 1914–1920. In 2 books. Book 2. October 1917 – November 1920], Moskva: Mezhdunarodnye otnosheniya. (In Russian).

Muromtsev S.A. (1884) Chto takoe dogma prava? Kritiko-polemicheskaya zametka po povodu stat'y g. Gol'mstena: «Neskol'ko mysley o pozitivizme v nauke prava» v Zhur. grazhd. i ugol. prava, 1884. № 3, str 91–126 [What is the Dogma of Law? Critical and Polemical Note on the Article by Mr. Golmsten: «A Few Thoughts About Positivism in the Science of Law»]. Yuridicheskiy vestnik, no. 4, pp. 759–765. (In Russian).

Neverov E.D. (2018) Lawyers and revolution: legal ethos in the history of the Juridical Council in 1917. Pravovedenie, no. 62, pp. 118–127.

Nolde B.Ė. (1905) Metoda mezhdunarodnogo prava [The method of international law]. Pravo: ezhenedel'naya yuridicheskaya gazeta, no. 20, stb. 1646–1652. (In Russian).

Nolde B.Ė. (1905) Postoyanno neytral'noe gosudarstvo. Yuridicheskoe issledovanie. [The Permanently Neutral State. Legal Research.], Sankt-Peterburg: Tipografiya M.M. Stasulevicha. (In Russian).

Nolde B.Ė. (1908) Logika pravovoy sistemy [Logic of the legal system]. Pravo: ezhenedel'naya yuridicheskaya gazeta, no 44, stb. 2387–2398. (In Russian).

Nolde B.Ė. (1908) Vtoraya konferentsiya mira: Ocherk [The Second Peace Conference: A study]. Vestnik Evropy, no. 1, pp. 461–490. (In Russian).

- Nolde B. È. (1909) Treteyskoe reshenie po kazablanskomu delu [The Arbitration Award of Casablanca Case]. Pravo: ezhenedel'naya yuridicheskaya gazeta, no. 34, stb. 1817–1825. (In Russian).
- Nolde B. È. (1909) Treteyskoe reshenie po kazablanskomu delu [The Arbitration Award of Casablanca Case]. Pravo: ezhenedel'naya yuridicheskaya gazeta, no. 35, stb. 1881–1886. (In Russian).
- Nolde B. È. (1910) Budushchee mezhdunarodnogo treteyskogo suda [The Future of International Arbitration]. Pravo: ezhenedel'naya yuridicheskaya gazeta, no. 7, stb. 343–351. (In Russian).
- Nolde B. È. (1912) Mezhdunarodnyy sud v noveyshikh mezhdunarodnykh dogovorakh [The Interstate Court in the Latest International Treaties]. Pravo: ezhenedel'naya yuridicheskaya gazeta, no. stb. 1525–1541. (In Russian).
- Nolde B. È. (1918) Liga Narodov [League of Nations]. Mezhdunarodnaya politika i mirovoe khozyaystvo, no 1, pp. 53–76. (In Russian).
- Nolde B. È. (1920) Liga narodov i mezhdunarodnyy sud [League of Nations and the Interstate Court]. Sovremennye zapiski, no. 1, pp. 232–235. (In Russian).
- Nolde B. È. (1920) Vil'sonianstvo [Wilsonianism]. Gryadushchaya Rossiya, kn. 1, pp. 143–150. (In Russian).
- Nolde B. È. Programma 10-ti lektsiy na temu «Tendentsii razvitiya sovremennykh mezhdunarodnykh otnosheniy» [10 lecture program on the topic «Trends in the Development of International Relations»]. OR RNB. F. 529. (B. È. Nolde). Ed. khr. 58 L. 1. (In Russian).
- Nolde B. È. Programma kursa mezhdunarodnogo prava [International Law Course Syllabus]. OR RNB. F. 529. (B. È. Nolde). Ed. khr. 59 L. 3. (In Russian).
- Novyy èntsiklopedicheskiy slovar'. 28 tom (1916). Narushevich-N'yuton. Petrograd: Tipografia «Akts. O-va Izdatel'skoe delo b. Brokgauz-Efron». (In Russian).
- OR RNB. F. 529. Opis' [Inventory], no. 381, L. 7–8. (In Russian).
- Palienko N. I. (1902) Normativnyy kharakter prava i ego otlichitel'nye priznaki: K voprosu o pozitivizme v prave [Normative Character of Law and its Distinctive Features: On the Question of Positivism in Law], Yaroslavl': tip. Gub. pravl. (In Russian).
- Sadikov O. N. (2002) Iz istorii yuridicheskoy nauki v Rossii: baron Nolde B.È. (1876–1948 gg.). [From the History of Legal Science in Russia: Baron B.E. Nolde (1876–1948)]. Gosudarstvo i pravo, no. 1, pp. 90–93. (In Russian).
- Shelokhaev V.V. (2019) Liberalizm v Rossii v nachale XX veka. [Liberalism in Russia at the Beginning of the 20th century], Moskva: Politicheskaya èntsiklopediya. (In Russian).
- Shershenevich G.F. (2016) Obshchaya teoriya prava // Shershenevich G.F. Izbrannoe: V 6 t. T. 4 vkluchaya obshchuyu teoriyu prava. [General Theory of Law // Shershenevich G.F. Selected works: In 6 vols. Vol. 4 including the General theory of law], Moskva: Statut, pp. 8–696. (In Russian).
- Sopova A. P. (2018) Gazeta «Pravo» i tsenzura v kontse XIXI – nachale XX vv [The Paper “Pravo” and Censorship in the Late XIX – Early XX centuries]. Vestnik Moskovskogo universiteta. Seria 10. Zhurnalistika. 2018, no. 1, pp. 104–126. (In Russian).
- Terekhov M. R. (2023) Pravovoy etos yuristov-mezhdunarodnikov v Rossijskoj imperii i ikh vklad v razvitie gosudarstva i grazhdanskogo obshchestva [Legal Ethos of International Lawyers in the Russian Empire and Their Contribution to the Development of the State and Civil Society]. Grazhdanskoe obshchestvo v Rossii i za rubezhom, no. 4, pp. 34–37. (In Russian).
- Vishnyak M.V. (1957) «Sovremennye zapiski». Vospominaniya redaktora. [«Contemporary Notes». Memories of the Editor], Blumington: Izdatel'stvo universiteta Indiany. (In Russian).

## PROTECTION OF FOREIGN INVESTMENTS IN ARMED CONFLICTS. PART 1

POLSHAKOVA V.

**Victoria Polshakova** — Trainee, International and Comparative Law Research Center, Moscow, Russia (polshakovavv@yandex.ru).  
ORCID: 0009-0008-8121-839X.

## Abstract

The article discusses the notion of protection of foreign investments within the context of armed conflict. The author examines the provisions of bilateral investment treaties aimed at protecting investors in the situations of violence, as well as the substantive standards rooted in investment protection. The author also refers to the historical context behind the advent of the first investment treaties and the colonial nature that characterises the emergence of international investment law. The analysis focuses on the challenges commonly indicative of the applicability of investment agreements in armed conflict, which is further complicated by the weakness of the current international legal regulation and the insufficiency of existing provisions. The author argues that the regulatory framework for the protection of foreign investments is not only imperfect for regulating the protection of investments in the event of armed conflict but is also overly cautious with regard to the application of the principles of international humanitarian law to investment disputes. The author considers that the concept of investment protection should be reconciled with the concept of human rights, as well as with the interests of developing countries, since although investment is usually associated with economic stability, this discourse is inapplicable to developing countries, which are often negatively affected by both foreign investment itself and its protection, as the example of Colombia shows. Therefore, the article dwells on the fact that the effectiveness of protecting foreign investment, which is always based on the premise of peace, should be viewed through the prism of three lenses: the law of international treaties, international humanitarian law, and international human rights law. It is precisely on these three levels the author shows the interaction between the economic aims of investors who wish to safeguard their investments, the goals of governmental agencies, and the rights and interests of local communities and indigenous peoples.

## Keywords

foreign investment protection, armed conflict, human rights, bilateral investment treaties, international humanitarian law

**Citation:** Polshakova V. *Protection of Foreign Investments in Armed Conflict. Part 1* // *Zhurnal VSHE po mezhdunarodnomu pravu* (HSE University Journal of International Law). 2024. Vol. 2. № 4. P. 21–35.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.24741>

## Introduction

According to the International Committee of the Red Cross, there are currently more than 120 armed conflicts worldwide, while the number of non-international armed conflicts (hereinafter — NIAC) has tripled since 2000.<sup>1</sup> Naturally, the moment a conflict arises, international law is affected. As of now, with more than 2000 bilateral investment treaties (hereinafter — BITs) in force,<sup>2</sup> the clash between the two areas is as inevitable as ever.

Nevertheless, given that international humanitarian law (hereinafter — IHL) and international investment law (hereinafter — IIL) have been deliberately structured as fundamentally distinct fields, there is a significant lack of agreement both in practical application and in scholarly literature regarding the integration and implementation of IHL in the context of investment relations. Although there is an extensive and comprehensive body of literature on the matter of operation of IIL in the realm of the armed conflict (e.g. by prominent scholars C. Schreuer,<sup>3</sup> T. Ackermann,<sup>4</sup> D. Davitti,<sup>5</sup> G. Hernández,<sup>6</sup>

<sup>1</sup> *How is the term Armed Conflict defined in international humanitarian law?* // ICRC. 16 April 2024.

URL: <https://www.icrc.org/en/document/icrc-opinion-paper-how-term-armed-conflict-defined-international-humanitarian-law> (accessed: 20.06.2024).

<sup>2</sup> *International Investment Agreements Navigator* // Investment Policy Hub.

URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (accessed: 20.06.2024).

<sup>3</sup> Schreuer C. *War and Peace in International Investment Law // International Investment Law and the Law of Armed Conflict* / ed. by F. Baetens. Springer, 2019. P. 3–21; Schreuer C. *Investments, International Protection* // Max Planck Encyclopedias of International Law. Oxford, 2013.

<sup>4</sup> Ackermann T. *Investments under Occupation: The Application of Investment Treaties to Occupied Territory* // *International Investment Law and the Law of Armed Conflict* / ed. by F. Baetens. Springer, 2019. P. 67–93; Ackermann T. *The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties*. Cambridge : Cambridge University Press, 2022.

<sup>5</sup> Davitti D. *Investment and Human Rights in Armed Conflict: Charting an Elusive Intersection*. Hart Publishing, 2019.

<sup>6</sup> Hernández G. *The Interaction Between Investment Law and the Law of Armed Conflict in the Interpretation of Full Protection and Security Clauses* // *International Investment Law and the Law of Armed Conflict* / ed. by F. Baetens. Springer, 2019. P. 21–51.



P. Ambach,<sup>7</sup> J. Zrilic<sup>8</sup>), only few address investment protection from the perspective of the latter being a double-edged sword for conflict-prone states. In other words, only few are scrutinising over the question of whether these states actually benefit from foreign investments. As more investors enter conflict-prone areas, the question of protection stands even more problematic. As such, is the protection provided by bilateral investment treaties sufficient enough? Does armed conflict impede foreign investments, or does it facilitate heightened risks within the state? And more importantly, can there be any silver lining to such protection, even if human rights are affected?

The author relies on critical approaches to international law to identify whether and to what extent the outbreak of armed conflict affects the continued application of treaties relating to the protection of foreign investments, and the ways such protection is influenced by IHL and international human rights law (hereinafter — IHRL). By assuming that the notion of IIL protection is heavily influenced by the socio-political landscape both within and outside of IIL, the analysis addresses the specifics of investment treaties, e.g. their application in times of armed conflict, as well as possible approaches to interpreting them and existing case law. The aim is to discuss how the standards of investment protection treaties apply in armed conflict and to explore any implications behind the dichotomy between IHL and IHRL.

Hence, in this first part of the paper, the author sets out a general overview of the historical background of the regime of IIL to reveal possible patchwork in the legal regulation of foreign investment protection through the analysis of substantive standards enshrined in the BITs, as well as armed conflict clauses. In the second part of the paper, the author will proceed with the rest of the analysis by exploring the intersection between IHL and IHRL. It will identify a surprising interconnection between foreign direct investment and facilitation of violence in developing countries on the example of Colombia, along with the impact of foreign investment protection on the rights of indigenous people in developing countries.

## 1. Specifics of bilateral investment treaties within the law of international treaties

In recent decades, the world has witnessed an impressive proliferation of international investment treaties, a process also known as “*treatification*”<sup>9</sup> or “*multilateralization*”<sup>10</sup> of IIL. This development sparked an emergence of international investment regime, which has been characterised by its “bilaterality”,<sup>11</sup> “private and decentralized decision-making”,<sup>12</sup> and a lack of a “multilateral international organization.”<sup>13</sup> Yet, despite being portrayed as neutral and objective, both international investment arbitration system and the rules of IIL are deeply imbedded in a political framework<sup>14</sup> that ultimately benefits foreign investors.<sup>15</sup>

Historically, the roots of IIL can be traced back to the colonial period of the XVIII century. Since the need for investments in that period was “minimal”,<sup>16</sup> international economic agreements were primarily concluded for the purposes of the establishment of commercial relations. The early examples of such agreements are friendship, commerce and navigation treaties, which are often called the “progenitors”<sup>17</sup> of the modern BITs. IIL of that period operated largely within the ambit of colonial power.<sup>18</sup> Even if some of these treaties were true to their name, focusing only on the expansion of trade relations with other states, some already contained provisions with respect to the treatment of alien property on the territory of the foreign state.<sup>19</sup> The incentive that the developed states of that time sought was therefore to establish a new legal order for facilitation of foreign relations and trade, as well as create such relationships that would prove useful in the future.

---

<sup>7</sup> Ambach P. *International Criminal Responsibility of Transnational Corporate Actors Doing Business in Zones of Armed Conflict // International Investment Law and the Law of Armed Conflict* / ed. by F. Baetens. Springer, 2019. P. 51–83.

<sup>8</sup> Zrilic J., Fleck D. *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*. Oxford University Press, 1995; Idem. *The Protection of Foreign Investment in Times of Armed Conflict*. Oxford University Press, 2019.

<sup>9</sup> Salacuse J. *The Treatification of International Investment Law // Law and Business Review of the Americas*. 2007. Vol. 13. № 1. P. 155–166; Miles K. *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital*. Cambridge University Press, 2013. P. 3; See Schill S. *The Multilateralization of International Investment Law*. Cambridge University Press, 2009.

<sup>10</sup> Schill S. *Op. cit.*

<sup>11</sup> Salacuse J. *The Law of Investment Treaties*. Oxford University Press, 2021. P. 19.

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

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> *Ibid.* P. 11.

<sup>15</sup> Miles K. *Op. cit.* P. 3.

<sup>16</sup> Sornarajah M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge : Cambridge University Press, 2010. P. 19.

<sup>17</sup> *Ibid.* P. 180.

<sup>18</sup> Salacuse J. *The Law of Investment Treaties*. P. 63.

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

However, due to the lack of treaty mechanisms, investment protection during that period was largely based on the minimum standard of treatment (hereinafter — MST) enshrined in customary international law. This often offered an “inadequate mechanism”<sup>20</sup> for investment protection. As such, the rise of the Calvo Doctrine in Latin American states stipulated that “aliens should not be entitled to any rights or privileges not accorded to nationals”.<sup>21</sup> In response, states often resorted to either diplomacy, or military forces.<sup>22</sup> Hence, the IIL of that period was determined to protect investors, “enmesh the interests of state and investor within the operation of diplomatic protection, and legitimiz[e] military intervention against host states”.<sup>23</sup> Since most foreign investment during the XVIII century occurred within the framework of colonial expansion, the XIX century was not different. It was to a larger degree that the idea of protecting alien property was often articulated in the sense and in the meaning of domestic law.<sup>24</sup> There was no international standard to adhere to.

Following the end of XX century, the IIL started to drift away from agreements with “far-reaching rights [of] foreign investors and <...> host State with limited control over their activities”<sup>25</sup> to a New International Economic Order. As a result of a post-colonial era, many newly independent states were hostile toward the idea of foreign investment, which they perceived as a “tool to protect the interests of capital-exporting states”.<sup>26</sup> Even though the US had concluded more than 23 treaties in just 20 years, many states were still distrustful of such policies.<sup>27</sup>

Hence, the period can only be characterised as a clash between the two opposing mindsets. One side resorted to waves of expropriation in fear of exploitation, while the other advocated for the external IIL protection. In the 1960s, investor-state dispute settlement was created with the pursuit of protecting the “depoliticiz[ation] of the settlement of investment disputes”<sup>28</sup> as one of its major goals. When the Declaration of New International Economic Order proclaimed that states have “[f]ull permanent sovereignty over their natural resources and other economic activities”,<sup>29</sup> developed states responded with creation of the first BITs.<sup>30</sup>

Nevertheless, understanding the context behind the advent of IIL is a demanding exercise. While the phenomenon of foreign trade and investment has drastically brightened as a result of Western colonialism, this would not have been possible without the existence of other “indigenous trading networks”.<sup>31</sup> In the end, although the modern IIL had been created within the European rule of international law, it is unlikely that “Europeans were <...> creating legal regimes on a blank canvas”.<sup>32</sup>

The end of the XX century marked not only the end of the post-colonial era, but also indicated the beginning of crucial changes for BITs, the number of which increased dramatically. While developing countries have partially abandoned their resentment towards foreign investment, the very purpose of investment agreements has shifted towards the idea of liberalisation of investment flows.

Thus, the notion of investment protection in the early times demonstrates a drastically different approach to the importance of investment relations, which was largely based on the colonial domination of developed states. Despite this, through addressing the more “enduring impact” of IIL background, history has led us to the view that IIL was “shaped at a fundamental level through this colonial encounter into a mechanism that protected only the interests of capital-exporting states, excluding the host state from the protective sphere of investment rules”.<sup>33</sup> Therefore, the dynamic of “politically oriented law”<sup>34</sup> cannot be ignored.

<sup>20</sup> Sauvart K., Sachs L. *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*. Oxford University Press, 2009. P. 5.

<sup>21</sup> Juillard P. *Calvo Doctrine* // Max Planck Encyclopedias of International Law, 2007. § 3.

<sup>22</sup> Schwarzenberger G. *Foreign Investments and International Law*. Praeger, 1969. P. 22–24.

<sup>23</sup> Miles K. *Op. cit.* P. 69.

<sup>24</sup> Dolzer R., Schreuer C. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2022. P. 17–18.

<sup>25</sup> Schreuer C. *Investments, International Protection...* § 3.

<sup>26</sup> Miles K. *Op. cit.* P. 19.

<sup>27</sup> Salacuse J. *The Law of Investment Treaties*. P. 102.

<sup>28</sup> Dolzer R., Schreuer C. *Op. cit.* P. 20; Newcombe A., Paradell L. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*. Kluwer Law International, 2009. P. 27.

<sup>29</sup> UN General Assembly. Declaration on the Establishment of a New International Economic Order, 1974.

<sup>30</sup> Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments, 1959.

<sup>31</sup> Miles K. *Op. cit.* P. 3.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> *Ibid.* P. 2.

<sup>34</sup> Koskenniemi M. *The Gentle Civilizer of Nations*. Cambridge University Press, 2009. P. 488.

Today, BITs, along with bilateral economic agreements with investment provisions and other investment-related agreements constitute one of the three types of international investment agreements.<sup>35</sup> While the purpose of BITs is concerned with “providing the guarantees for foreign investors from the respective countries”,<sup>36</sup> their effectiveness in this regard remains disputable.<sup>37</sup> As such, the discussion about the exact manifestation provided by the global investment regime is unlikely to cease soon, and may grow sharper in the future.

Hence, while the history of IIL does stem from the very beginning of time, the rise of investments that establish substantive obligations for host states is a relatively new phenomenon. The history behind the emerging international investment regime reveals that IIL has always remained “innately political”,<sup>38</sup> since it has “evolved out of the political and commercial aspirations of Western capital-exporting nations and with its core purpose designed to further those interests”.<sup>39</sup>

## 2. Application of international investment treaties in armed conflict

There is no doubt that an armed conflict has devastating consequences for all parties involved. It is indisputable that armed violence “provides the setting for the most egregious human rights abuses, and that abuses feed conflict”.<sup>40</sup> Certainly, in conflict settings, the operation of the rule of law cannot remain unaffected. To this day, the impact of armed conflicts on the operation of treaties remains “one of the most disputed subjects in public international law”.<sup>41</sup> Although historically war has been considered to terminate all treaties,<sup>42</sup> today’s perception of continuity of treaties during conflicts has changed.

Pursuant to Article 73 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter — VCLT),<sup>43</sup> the convention “shall not prejudice any question that may arise in regard to a treaty <...> from the outbreak of hostilities between States”. At the same time, the International Law Commission (hereinafter — ILC) was “justified” to perceive “the case of an outbreak of hostilities between parties to a treaty to be wholly outside the scope of the general law of treaties and that no account should be taken of that case or any mention made of it in the draft articles”.<sup>44</sup> As such, the VCLT does not “purport to regulate the consequences of an outbreak of hostilities, nor do they contain any general reservation with regard to the effect of that event on the application of their provisions”.<sup>45</sup>

Clearly, the incentive of the drafters was to indicate the existence of another legal framework applicable in times of armed conflict. As it was not the intention of the drafters to exclude the application of the VCLT to treaties in armed conflict, other provisions could still potentially invoke the grounds necessary for suspension of a treaty. Nevertheless, the only authoritative instrument that remains for those questioning such exclusion is the Draft Articles on the Effect of Armed Conflict on Treaties, which were adopted by the United Nations General Assembly in 2011.<sup>46</sup> Years later, in 2017, the General Assembly in its Resolution 72/121 “[e]mphasize[d] the value of the articles on the effects of armed conflicts on treaties in providing guidance to States”,<sup>47</sup> and “invite[d] States to use the articles as a reference whenever appropriate”.<sup>48</sup>

<sup>35</sup> *International Investment Agreements Navigator* // Investment Policy Hub. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (accessed: 20.06.2024).

<sup>36</sup> Schreuer C. *Investments, International Protection...* § 7.

<sup>37</sup> Hallward-Driemeier M. *Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit... and They Could Bite* // The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows // The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows / ed. by K. Sauvart, L. Sachs. Oxford University Press, 2009; Salacuse J. *Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain* // Harvard International Law Journal. 2005. Vol. 46. № 1. P. 67–130.

<sup>38</sup> Miles K. *Op. cit.* P. 71.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> Davitti D. *Op.cit.* P. 19.

<sup>41</sup> Silja V. *Armed Conflict, Effect on Treaties* // Max Planck Encyclopedias of International Law. 2011. § 1; ILC. *Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties with Commentaries Thereto*. Yearbook of the International Law Commission, 2011. Vol. 2. Part 2. UN Doc A/CN.4/SER.A/2010/Add.1.

<sup>42</sup> McNair L. *The Legal Effects of War*. Cambridge : Cambridge University Press, 1966; ILC. *Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties with Commentaries Thereto* II(2) YBILC 108. 2011. § 25; ILC. *The Effect of Armed Conflict on Treaties: an Examination of Practice and Doctrine*. Memorandum by the Secretariat. UN Doc. A/CN.4/550 (2005). § 14.

<sup>43</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted on 23 May 1969, and entered into force on 27 January 1980).

<sup>44</sup> ILC. *Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties...* § 9.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> *Ibid.* Part 2. Article 2.

<sup>47</sup> UNGA. General Assembly Resolution 72/121, 2017. § 2.

<sup>48</sup> *Ibid.*

Article 3 of the Draft Articles provides that “the existence of an armed conflict does not *ipso facto* terminate or suspend the operation of treaties: (a) as between States parties to the conflict; [and] (b) as between a State party to the conflict and a State that is not”.<sup>49</sup> Subsequently this notion has been considered as part of customary international law,<sup>50</sup> since “the opinion is pretty general that war by no means annuls every treaty”,<sup>51</sup> and “[i]t is thus clear that war does not per se put an end to pre-war treaty obligations in existence between opposing belligerents”.<sup>52</sup> Despite the commonly adopted view that the continuity of a treaty may depend on its type, “treaties do not continue in operation simply because they fall into one of the listed categories”.<sup>53</sup> The latter merely creates “weak rebuttable presumptions”.<sup>54</sup>

Regarding the continuity of bilateral investment treaties in times of war, “treaties dealing with the protection of foreign investments, such as BITs, continue to apply after the outbreak of armed hostilities”,<sup>55</sup> which is “particularly so where these treaties address the consequences of armed conflicts”.<sup>56</sup> This position has had large acceptance over the years. It seems that suspension may still occur if, in the meaning of the VCLT, the subject vital to the investment treaty has been destroyed. In that case, as long as the host state has not contributed to the violation of the provision, Article 61 may be invoked.

At the same time, the Draft Articles propose a test to determine the continuity of the treaty in armed conflict on a case-by-case basis. As a first step, ILC suggests looking at the intent of the parties to the treaty.<sup>57</sup> Secondly, it proposes to verify whether the agreement in question “itself contains provisions on its operation in armed conflict”.<sup>58</sup> In a way, the very existence of special armed clauses in a BIT, which will be addressed further in this paper, may indicate the fulfilment of this criterion within the meaning of Draft Article 4.

However, the following question arises. What does the absence of such provisions mean for termination or suspension of the treaty? In this case, one may look at Draft Article 6, which considers such relevant factors as the nature of the treaty, and the characteristics of the treaty.<sup>59</sup> Article 7 then suggests an indicative list, which involves “an implication that they continue in operation during armed conflict”.<sup>60</sup> This list includes, *inter alia*, treaties of friendship, commerce and navigation and agreements concerning private rights.<sup>61</sup> As was noted by the ILC, disputes arising “in the context of private investments abroad <...> may, however, come within group (e) as agreements concerning private rights”.<sup>62</sup> Hence, although Draft Articles make the continuity of operation of investment treaties in armed conflict rather clear, other questions remain.

As such, the questions of the applicability of the doctrine of impossibility of performance within the meaning of Article 61 of the VCLT to investment agreements is subject to debate.<sup>63</sup> On the one hand, it may be suggested that the doctrine does not apply, since “during the drafting of the provision emphasis was put on natural events that make impossible to perform a treaty by making disappear or destroying the treaty’s object — since IIAs [international investment agreements] have the protection of foreign investment as one of their objects, IIAs could not be terminated on this ground”.<sup>64</sup> On the other hand, “an object indispensable for the execution” of an international investment agreement is not the only possible interpretive option under Article 61 VCLT.<sup>65</sup> Even an end of a legal regime, which may as well happen during an armed conflict of high intensity, leads to the invocation of the doctrine. As the events of the present day indicate a frightening rise in armed conflicts worldwide, both states and investors may

<sup>49</sup> ILC. *Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties...* Article 3(a).

<sup>50</sup> *Society for the Propagation of the Gospel v. Town of New Haven*. AILC 1783–1968. Vol. 19. P. 41; *Karnuth v. United States*. AILC 1783–1968. Vol. 19. P. 49, 52–53; ILC. *Caflich Report*, § 33. 74 UNGA, *Sixth Committee Meeting*. § 10, 13.

<sup>51</sup> Oppenheim L. *International Law: a Treatise. Vol. 2: War and Neutrality*. London : Longman, 1952. P. 302.

<sup>52</sup> McNair A. *The Law of Treaties*. Oxford : Clarendon Press, 1961. P. 697.

<sup>53</sup> ILC. *Caflich Report*. § 53.

<sup>54</sup> ILC. *Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties...*, Commentaries to the Annex. § 2; ILC. *Second Brownlie Report*. § 42.

<sup>55</sup> Baetens F. *Investment Law within International Law: Integrationist Perspective*. Cambridge University Press, 2013. P. 5.

<sup>56</sup> *Ibid.*

<sup>57</sup> ILC. *Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties...* Article 4.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> *Ibid.* *Draft Articles on the Effects of Armed Conflicts on Treaties...* Article 6.

<sup>60</sup> *Ibid.* Annex. Indicative List of Treaties Referred to in Article 7.

<sup>61</sup> *Ibid.* P. 129.

<sup>62</sup> *Ibid.*

<sup>63</sup> Gagliani G. *Supervening Impossibility of Performance and the Effect of Armed Conflict on Investment Treaties: Any Room for *Manoeuvre*? // International Investment Law and the Law of Armed Conflict / ed. by F. Baetens. Springer, 2019. P. 341–363.*

<sup>64</sup> *Ibid.*

<sup>65</sup> *Ibid.*

attempt to have their recourse to the VCLT to terminate the concluded treaties. For this reason, the question of investment protection in armed conflicts becomes even more complex, as international law has avoided addressing this issue.

All in all, although the Draft Articles represent a serious discussion of the matter of armed conflict's effect on treaties by the ILC, they nevertheless remain a flawed attempt to "update a doctrine that has been written largely for another age".<sup>66</sup> As of now, the cases of invocation of Draft Articles in practice have been rare or undocumented until recently.<sup>67</sup> For example, in *Guris v. Syria*, for the first time Draft Articles had any practical importance for the tribunal. In that case, the Claimant alleged that "due to the escalating armed conflict, Syrian government armed forces started withdrawing from most of the northern Syrian territories, including the regions where the Claimants' cement facilities are located".<sup>68</sup> In turn, the tribunal concluded that "nothing in Article 2 suggests that it ceases altogether to apply at times of war or armed conflict. Indeed, it is at such times that protection may be needed the most".<sup>69</sup> The conclusions of the tribunal are not entirely satisfying. In a way, one could argue that it ignored those "aspects of the Draft Articles that are accommodating of realities of armed conflict and have been endorsed in earlier international and municipal case law".<sup>70</sup> Furthermore, due to the non-binding character of the Draft Articles on the Effect of Armed Conflict on Treaties, as well as some states' apprehension with respect to the possibility of their codification,<sup>71</sup> the authority and significance of the Draft Articles remain disputable.

Conversely, another method of thinking is to consider the law of armed conflict as *lex specialis*. Pursuant to Article 55 of the Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (hereinafter — ARSIWA),<sup>72</sup> the Articles do not apply "where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law".<sup>73</sup> As was recognised by the International Court of Justice in the *Nuclear Weapons Advisory Opinion*, "the protection of the International Covenant on Civil and Political Rights does not cease in times of war, except by operation of Article 4 of the Covenant whereby certain provisions may be derogated from in a time of national emergency".<sup>74</sup> Nevertheless, it is important to remember that the idea of *lex specialis*, which establishes that "if a matter is being regulated by a general standard as well as a more specific rule, then the latter should take precedence over the former"<sup>75</sup> is neither a panacea, nor a tool to displace one norm with the other but only an "interpretation technique".<sup>76</sup>

In *AAPL v. Sri Lanka*, the tribunal noted that the "[BIT] is not a self-contained closed legal system limited to provide for substantive material rules of direct applicability, but it has to be envisaged within a wider juridical context in which rules from other sources are integrated".<sup>77</sup> As was later confirmed by the tribunal, such integration may derive either from "implied incorporation methods",<sup>78</sup> or by "direct reference to certain supplementary rules, whether they are of international law character or of domestic law nature".<sup>79</sup> Hence, the purpose of Article 31(3) of the VCLT is encapsulated in the forewarning to take into account all relevant rules of international law that might establish some rights and obligations for the parties in some other areas of international law, i.e. human rights law, environmental law, or IHL.

<sup>66</sup> ILC. Secretariat Memorandum. § 164.

<sup>67</sup> Zrilic J. *Armed Conflicts and the Law of Treaties: Recent Developments and Reappraisal of the Doctrine in Light of the Wars in Syria and Ukraine* // Japanese Yearbook of International Law. 2022. Vol. 65. P. 107–137.

<sup>68</sup> ICC. (1) *Mr Idris Yamantürk* (2) *Mr Tevfik Yamantürk* (3) *Mr Müsfik Hamdi Yamantürk* (4) *Gürüş İnşaat ve Mühendislik Anonim Şirketi (Gürüş Construction and Engineering Inc) v. Syrian Arab Republic*. Case № 21845/ZF/AYZ. Final Award of 31 August 2020. § 114.

<sup>69</sup> Ibid.

<sup>70</sup> Zrilic J. *Armed Conflicts and the Law of Treaties...* P. 107–137.

<sup>71</sup> UNGA. Sixth Committee Meeting. Summary record of the 17th meeting Held at Headquarters, New York. Friday, 20 October 2017. A/C.6/72/SR.17. § 9, 32, 20, 43, 46.

<sup>72</sup> UNGA Res. 56/83. 12 December 2001. UN Doc. A/RES/56/83.

<sup>73</sup> ARSIWA. Article 55.

<sup>74</sup> ICJ. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Advisory Opinion of 8 July 1996. § 25.

<sup>75</sup> UNGA. *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*. Report of the Study Group of the International Law Commission finalised by M. Koskeniemi. Fifty-Eighth Session, Geneva, 2006. A/CN.4/L.702. § 56.

<sup>76</sup> Ackermann T. *The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties...* P. 92; UN Commission on Human Rights. Working Paper on the Relationship between Human Rights Law and International Humanitarian Law E/CN.4/Sub.2/2005/14, 2005. § 57.

<sup>77</sup> ICSID. *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*. Case № ARB/87/3. Award of 27 June 1990. § 21.

<sup>78</sup> Ibid.

<sup>79</sup> Ibid.

Although some tribunals lean more towards restrictive interpretation, the irrevocable significance of reliance on other areas of international law is still to be confirmed by investment tribunals.<sup>80</sup> In particular, this is important “not only to align the development of investment norms within the broader normative framework of international law but also to strengthen the system’s integrity, to bring consistency and interpretive balance pivotal for value judgments, and to disprove the allegations of undermining public interests levelled against the system”.<sup>81</sup> From this perspective, the rules of IHL clearly suffice to be qualified within the meaning of the test enshrined in Article 31(3)(c) of the VCLT.

However, it is not the only element that may be used in the process of treaty interpretation. For instance, as was noted by the *Ping An v. Belgium* tribunal, “the presumed intentions of the parties should not be used to override the explicit language of a BIT, or to override the agreed-upon framework, or be used as an independent basis of interpretation”.<sup>82</sup> Not only do external rules require a certain proximity test,<sup>83</sup> but other parts of the treaty, the object and purpose, the preamble, should also be taken into account.<sup>84</sup> As such, the tribunals equally agree that neither external rules nor any other meaning shall derogate from the original intention of the drafters of the treaty. In the end, “it should not be presumed, as a starting point, that a certain type of instrument — here, an investment protection treaty — entails a certain formulation, and if the text does not reflect that formulation, it should further be presumed the contracting parties have made a drafting error; in short, neither intentions nor mistakes should be presumed; the text should be examined”.<sup>85</sup>

Interpretation of investment treaties stems from the rules of treaty interpretation enshrined in the VCLT, which reflect customary international law.<sup>86</sup> In fact, as was observed by the tribunal in *RosInvest v. Russian Federation*, it is “surprisingly rare in practice”<sup>87</sup> for the VCLT to be “more than just a convenient reference point for the rules of general international law”.<sup>88</sup> Tribunals have no problem accepting their customary nature,<sup>89</sup> albeit not always in a consistent manner.<sup>90</sup>

For example, the tribunal in *Saluka v. Czech Republic* emphasised that the rules of interpretation laid down in the VCLT were binding upon the contracting parties to the BIT and also represented customary international law. Meanwhile, the tribunal in *Uzan v. Turkey* noted that, even though the treaty specifies that the issues in dispute shall be decided “in accordance with this Treaty and applicable rules and principles of international law”,<sup>91</sup> and this “cannot be taken to mean that rules of customary international law are capable of overriding the clear text of the treaty”.<sup>92</sup> Still, investment tribunals seem to agree that investment treaties cannot exist in isolation of international law. Even more so, the reluctance of some states to adhere to rules of IHL due to political reasons only serves as a confirmation of the previously made argument. As was confirmed by the tribunal in *Urbaser v. Argentina*, the BIT has to be construed in harmony with other rules of international law of which it forms part, including those relating to human rights.<sup>93</sup> In the end, a BIT is “not a self-contained system isolated from international law”.<sup>94</sup>

<sup>80</sup> ICSID. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina*. Case № ARB/07/26. Award of 8 December 2016. § 1200; ICSID. *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*. Case № ARB/05/8. Award of 11 September 2007. § 377–397; S.D. Myers, Inc. v. Canada. UNCITRAL. Partial Award of 13 November 2000. § 201–21; ICSID. *Continental Casualty Co. v. Argentina*. Case № ARB/03/9. Award of 5 September 2008. § 192–195.

<sup>81</sup> Ghouri A. *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*. Kluwer Law International, 2015. P. 147; Rosenteter D. *Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Principle of Systemic Integration in International Investment Law and Arbitration II* Luxembourg Legal Studies. 2015. P. 328–331.

<sup>82</sup> ICSID. *Ping An v. Belgium*. Case № ARB/12/29. Award of 30 August 2015. § 166 (citations omitted).

<sup>83</sup> Ackermann T. *The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties...* P. 82.

<sup>84</sup> Gardiner R. *Treaty Interpretation*. Oxford University Press, 2015. P. 305.

<sup>85</sup> ICSID. *Hasanov v. Georgia*. Case № ARB/20/44. Decision on Respondent’s Inter-State Negotiation Objection of 19 April 2022. § 88.

<sup>86</sup> PCA. *Saluka v. Czech Republic*. Case №2001–04. Partial Award of 17 March 2006. § 296; ICSID. *Mondev International Ltd v. United States*. Award of 11 October 2002. § 43.

<sup>87</sup> *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*. SCC Case № 079/2005. Award on Jurisdiction of 5 October 2007. § 38.

<sup>88</sup> *Ibid.*

<sup>89</sup> ICSID. *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*. Case № ARB/87/3. Award of 27 June 1990. *Salini v. Jordan*. Case № ARB/02/13. Decision on Jurisdiction of 29 November 2004. *Aguas del Tunari v. Bolivia*. Case № ARB/02/3. Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction of 21 October 2005. *Mytilineos Holdings v. Serbia*. Partial Award on Jurisdiction of 8 September 2006.

<sup>90</sup> *Uzan v. Turkey*. SCC Case № V 2014/023. Award on Respondent Bifurcated Preliminary Objection of 20 April 2016. § 144.

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> *Ibid.*

<sup>93</sup> ICSID. *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentina*. Case № ARB/07/26. Award of 8 December 2016. § 1200.

<sup>94</sup> PCA. *Fraiz v. Venezuela*. Case № 2019-11. Award of 31 January 2022.

Another peculiar feature to notice with respect to the support of a less restrictive approach within the realm of treaty interpretation is that a substantial number of tribunals share the view that the provisions of a BIT should not be interpreted solely for the benefit of investors, and the aim of a BIT should not be misinterpreted. For example, as was noted by the tribunal in *Quasar de Valores v. Russia*, Article 31 of the VCLT “does not compel the result that all textual doubts should be resolved in favour of the investor; the long-term promotion of investment is likely to be better ensured by a well-balanced regime rather than by one which goes so far that it provokes a swing of the pendulum in the other direction”.<sup>95</sup> In other words, that it is a “truism to say that the purpose of any BIT is to promote investments; but it does not follow from this general proposition that every ambiguity found in such treaties should invariably be resolved in favour of the investor; every BIT represents a negotiated bargain between two contracting States and the provisions therein reflect the extent to which the sovereignty of each contracting State has been curtailed”.<sup>96</sup>

Arbitrators seem to agree on the avoidance of restrictive interpretations.<sup>97</sup> For instance, Dr. J. Voss in his Dissenting Opinion in *Lemire v. Ukraine* held that “BIT protection in tender processes, since it could lead to an unjustified privilege in favour of foreign investors, should be construed narrowly”.<sup>98</sup> In this regard, it seems logical to suggest that using a systemic approach lies between what can be considered restrictive on the one hand and too overbroad on the other hand when it comes to treaty interpretation. Since the tribunal is not bound by the arguments invoked by the parties on the basis of the maxim *jura novit curia*, the Tribunal “is required to apply the law of its own motion”.<sup>99</sup> For instance, as was highlighted by the tribunal in *Garanti Koza v. Turkmenistan*, “the fact that both parties have not advanced this approach to interpretation is no reason not to apply it, since it is a normal approach to treaty interpretation that the Tribunal can and should apply”.<sup>100</sup>

It is traditionally accepted that the notion of investment protection in IIL is concerned with the “safeguarding of foreign investments against interference by the host State”.<sup>101</sup> Such safeguarding is implemented through the imposition in BITs of a set of substantive obligations providing specific guarantees of protection to foreign investors. In a way, such investment protection also requires a balancing exercise: between the states’ right to legitimate regulation on the one hand, and the important interests of the local population on the other.<sup>102</sup> One of the guarantees that a state adheres to in the BIT is a special full protection and security (hereinafter — FPS) clause, which is designed specifically to “offer aliens and their property a certain degree of protection from physical injury, caused either by the State or by private parties”.<sup>103</sup> Importantly, the notion of the FPS standard is “not geared specifically to situations of armed conflict”.<sup>104</sup> The application of the FPS standard outside of realm of IIL is also quite limited,<sup>105</sup> although there are some cases in general international law, where the FPS has been applied.<sup>106</sup> It is also generally agreed that a violation of the FPS is possible both in the event of state violence, as well as state’s inadequate actions in case of harm caused by non-state actors.<sup>107</sup>

There is no consensus on the wording used to indicate the existence of such a clause, since a specific formulation “do[es] not appear to carry any substantive significance”.<sup>108</sup> In fact, while some treaties do not

<sup>95</sup> SCC. *Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. and ALOS 34 S.L. v. The Russian Federation*. Case № 24/2007. Award on Preliminary Objections of 20 March 2009. § 55.

<sup>96</sup> PCA. *Sanum Investments Limited v. Lao People’s Democratic Republic (I)*. Case № 2013-13I. Judgment of the High Court of Singapore. Award of 20 January 2015. § 124.

<sup>97</sup> Ad hoc. *Ethyl v. Canada*. Award on Jurisdiction of 24 June 1998; Ad hoc. *Canadian Cattlemen v. United States*. Award on Jurisdiction of 28 January 2008; ICSID. *Joseph Charles Lemire v. Ukraine (II)*. Case № ARB/06/18. Dissenting Opinion of Dr. Jorgen Voss.

<sup>98</sup> ICSID. *Joseph Charles Lemire v. Ukraine (II)*. Case № ARB/06/18. Dissenting Opinion of Dr. Jürgen Voss. § 127, 128.

<sup>99</sup> Ibid. § 112.

<sup>100</sup> ICSID. *Garanti Koza LLP v. Turkmenistan*. Case № ARB/11/20. Award of 19 December 2016. Fn 16.

<sup>101</sup> Schreuer C. *Investments, International Protection...* § 1.

<sup>102</sup> Ibid. § 2.

<sup>103</sup> Brabandere E. *Full Protection and Security II* Max Planck Encyclopedias of International Law. 2022.

<sup>104</sup> Schreuer C. *Investment Protection in Times of Armed Conflict...* P. 708.

<sup>105</sup> Brabandere E. *Op. cit.* § 12.

<sup>106</sup> ICJ. *United States Consular and Diplomatic Staff in Tehran (United States v. Iran)*. Judgment of 24 May 1980; ICJ. *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (US v. Italy)*. Judgment of 20 July 1989.

<sup>107</sup> ICSID. *Wena Hotels Limited v. Arab Republic of Egypt*. Case № ARB/98/4. Award of 8 December 2000; ICSID. *Noble Ventures Inc v Romania*. Case № ARB/01/11. Award of 5 October 2005.

<sup>108</sup> PCA. *Frontier v. Czech Republic*. Case № 2008-09. Final Award of 12 November 2010. § 260.



contain such a clause at all, it is usually adjectives such as “constant”,<sup>109</sup> “continuous”<sup>110</sup> or “complete”<sup>111</sup> that appear in the provisions of BITs with respect to protection of foreign investment that are commonly indicative of the FPS standard. At the same time, it is also not clear whether the model for such protection should be a well-organised state or the one that only has limited sources at its disposal.<sup>112</sup> In *AAPL v. Sri Lanka*, the first case concerned with the FPS standard, the tribunal established Sri Lanka’s responsibility due to the failure of its authorities to provide foreign investors with the FPS required under the relevant international law rules and standards.<sup>113</sup> Yet, it remains unclear why the tribunal failed to cut the paper with the scissors. The tribunal did not address the FPS standard from the perspective of IHL. At the same time, it noted that the violation of the FPS required a cumulative existence of such factors as the destruction of property “being committed by the governmental forces or authorities themselves; that the destruction was not caused in combat action <...> and that the destruction was not required by the necessity of the situation”.<sup>114</sup> Further, in the opinion of the tribunal, the standard required that “the governmental forces and not the rebels caused the destruction”.<sup>115</sup> However, with non-state actors being the most common actors of modern NIACs, it appears significant for IIL to take into account the actions of such subjects in accordance with the rules of IHL.

After the Arab Spring, a number of proceedings related to the violation of investment treaties has risen.<sup>116</sup> Although investment tribunals did not resort to IHL, some of them excluded responsibility for the breach of the FPS standard. For instance, in *Tekfen, TML and Tekfen-TML Joint Venture v. State of Libya*, the tribunal held that Libya did not violate its FPS obligations “when it failed after 21 February to provide the military forces required to collect and relocate Claimants’ machinery, equipment and supplies <...> [b]ecause, by that date, the circumstances in Libya (and in Kufra) had deteriorated even further and the ability of Libya to provide the protection now said to have been required was almost certainly non-existent”.<sup>117</sup>

Conversely, in *Strabag v. Libya*, the tribunal concluded that “a significant amount of Al Hani’s property was lost to requisition by regular Libyan armed forces during the events of 2011”.<sup>118</sup> To establish this, the tribunal proposed a test, which required the property “was destroyed by the forces or authorities of the respondent State [which] was not required by the necessity of the situation”.<sup>119</sup> The tribunal further admitted that “Article 5(2)(b) of the Treaty thus presents the challenge of establishing responsibility for wartime damage by forces of the State party to the investor’s property in violent and often chaotic circumstances”.<sup>120</sup>

As regards the exact scope of protection being granted by the latter, the investment tribunals may vary in their interpretation. For example, some may suggest that it is only reasonable for the FPS to extend to both physical and legal security, since “the stability afforded by a secure investment environment is as important from an investor’s point of view”.<sup>121</sup> Others may disagree, emphasising the historically physical nature of the standard,<sup>122</sup> as well as possible risks related to overbroad interpretation of the standard.<sup>123</sup>

<sup>109</sup> Finland - Panama BIT (2009). Article 2(2), Japan - Russian Federation BIT (1998), Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and Nicaragua (1956). Article 3(3).

<sup>110</sup> China - Nigeria BIT (2001). Article 2.2; BLEU - United Arab Emirates BIT (2004), BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) - Guatemala BIT (2005). Article 3(1).

<sup>111</sup> Oman - Turkey BIT (2007). Article 3; Oman - Pakistan BIT (1997). Article 5.1; Algeria - Jordan BIT (1996). Article 5(1); Finland - United Arab Emirates BIT (1996). Article 5(1); France Model BIT (2006). Article 6(1); Benin - China BIT (2004). Article 2(2); China - Uganda BIT (2004). Article 2(2).

<sup>112</sup> ICJ. *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (US v. Italy)*. Judgment. 1989. § 108; ICSID. *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*. Case № ARB/87/3. Award of 27 June 1990. § 53.

<sup>113</sup> ICSID. *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*. Case № ARB/87/3. Award of 27 June 1990. § 87.

<sup>114</sup> *Ibid.* § 57.

<sup>115</sup> *Ibid.*

<sup>116</sup> ICSID. *Ampal v. Arab Republic of Egypt*. Case № ARB/12/11. Decision on Liability and Heads of Loss of 21 February 2017; ICC. *Olin Holdings Limited v. Libya*. Case № 20355/MCP. Award of 25 May 2018.

<sup>117</sup> ICC. *Tekfen, TML and Tekfen-TML Joint Venture v. State of Libya*. Case № 21371/MCP/DDA. Award of 11 February 2020. § 7.7.141.

<sup>118</sup> ICSID. *Strabag v. Libya*. Case № ARB (AF)/15/1. Award of 29 June 2020. § 257.

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> ICSID. *Azurix Corp. v. Argentine Republic*. Case № ARB/01/12. Award of 14 July 2006. § 408.

<sup>122</sup> ICSID. *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L. P. v. Argentine Republic*. Case № ARB/01/3. Award of 1 November 2001. § 286.

<sup>123</sup> *Ibid.* § 286.

In fact, many tribunals<sup>124</sup> or even BITs<sup>125</sup> may go as far as pronouncing the legal nature of the FPS clause. For instance, as was affirmed by the *Global Telecom v. Canada* tribunal, the FPS standard of the BIT is not limited to safeguards against physical interference by state organs and private persons, but extends to “accord legal safeguard for the investment and the returns of the investor; the tribunal observes the State must act with due diligence to meet its obligation”.<sup>126</sup>

Yet all formalities aside, what does sadly remain undisputed is the fact that there is still no strict or absolute standard to adhere to when it comes to the FPS. In a sense, the FPS standard is historically<sup>127</sup> nothing more but a due diligence obligation for a state to comply with,<sup>128</sup> which is not exclusive to IIL, but present in many other fields of international law.<sup>129</sup> Since due diligence is an obligation of conduct and not of result,<sup>130</sup> the expectation is that of a state being diligent enough to exercise “reasonable measures within its authority and likely to avoid unfair damage” (q.p.: “*les mesures raisonnables relevant de son autorité et de nature à éviter un dommage injuste*”)<sup>131</sup> which does not mean that the state has to prevent any injury whatsoever.<sup>132</sup> In the end, a BIT cannot possibly be an “insurance policy for bad business decisions”.<sup>133</sup> Meanwhile, it is unlikely that a tribunal completely ignores the economic, political, social or even cultural background of the host state,<sup>134</sup> although a standard of a “reasonably well-organized modern State”<sup>135</sup> may persevere.

For instance, as was observed in *Churchill and Planet v. Indonesia*, the scope of due diligence depends on the particular circumstances of each case, such as the general business environment and includes ensuring that a proposed investment complies with local laws.<sup>136</sup> In the end, as was rightfully noted by the *BSG v. Guinea* tribunal, it is “generally accepted, when investing in a country, an investor must exercise reasonable due diligence, including with respect to the use of third parties in transactions with the government, and must be more diligent in a country or sector with a high degree of endemic corruption”.<sup>137</sup>

The FPS standard also often overlaps with the fair and equitable treatment (hereinafter — FET) standard, which is another investment law standard aimed at protecting the investment from adverse effects. The FET, as does the FPS, often arises in the context of expropriation.<sup>138</sup> However, neither of these two standards make any distinction between the international and local conflicts. In the same vein, there is also no discrimination in their application to state actors. Unsurprisingly, there is also almost to none interaction between these standards and the principles of IHL.

The FET has sometimes been defined as “a more general standard which finds its specific application in *inter alia* the duty to provide FPS, the prohibition of arbitrary and discriminatory measures and the obligation to observe contractual obligations towards the investor”.<sup>139</sup> Nevertheless, in outlining the defining features of FET, tribunals agree that “it is easier to find agreement about what the function of the FET standard is than about its content”.<sup>140</sup> Nevertheless, in formulating content of the standard

<sup>124</sup> ICSID. *Addiko Bank v. Montenegro*. Case № ARB/17/35. Award of 24 November 2021.

<sup>125</sup> PCA. *Consutel v. Algeria CPA*. Case № 2017-33. Final Award of 3 February 2020. § 413; Netherlands - Romania BIT (1994). Article 3; Algérie - Italie TBI (1991). Article 4; Argentina - Germany BIT (1991). Article 4; BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) - Burundi BIT (1989). Article 3.

<sup>126</sup> ICSID. *Global Telecom Holding S.A.E. v. Canada*. Case № ARB/16/16. Award of 27 March 2020. § 664.

<sup>127</sup> Dolzer R., Schreuer C. *Op. cit.* P. 166; ICJ. *United States Consular and Diplomatic Staff in Tehran (United States v. Iran)*. Judgement of 24 May 1980. P. 29.

<sup>128</sup> ICSID. *Infinito Gold v. Costa Rica*. Award of 3 June 2021. § 626, 627; ICSID. *Toto v. Lebanon*. Award of 7 June 2012. § 227.

<sup>129</sup> ICJ. *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River (Nicaragua v. Costa Rica)*. Judgment on Merits of 16 December 2015. § 104, 153.

<sup>130</sup> Koivurova T., Krittika S. *Due Diligence // Max Planck Encyclopedias of International Law*. 2022. § 1, 2, 5, 10.

<sup>131</sup> PCA. *Consutel v. Algeria CPA*. Case № 2017-33. Final Award of 3 February 2020. § 414, 415.

<sup>132</sup> Ad hoc. *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*. Award on Jurisdiction and Liability of 28 April 2011. § 325.

<sup>133</sup> ICSID. *Total S.A. v. Argentine Republic*. Case № ARB/04/1. Individual Opinion of Henri Alvarez of 27 December 2010.

<sup>134</sup> ICSID. *Churchill and Planet v. Indonesia*. Case № ARB/12/40 and 12/14. Award of 6 December 2016; ICSID. *BSG v. Guinea*. Case № ARB/14/22. Award of 18 May 2022; ICSID. *Eco Oro Minerals Corp. v. Republic of Colombia*. Case № ARB/16/41. Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum of 9 September 2021.

<sup>135</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*. ICSID Case № ARB/87/3. Award of 27 June 1990. § 77.

<sup>136</sup> *Churchill and Planet v. Indonesia*. ICSID Case № ARB/12/40 and 12/14. Award of 6 December 2016.

<sup>137</sup> *Pantehniki SA Contractors & Engineers v The Republic of Albania*. ICSID Case № ARB/07/21. Award of 30 July 2009. § 81.

<sup>138</sup> ICSID. *Infinito Gold v. Costa Rica*. Award of 3 June 2021. § 699; ICSID. *Agility v. Iraq*. Final Award of 22 February 2021. § 112; PCA. *LDA v. India*. Award of 11 September 2018. § 414; ICSID. *Valores Mundiales and Consorcio Andino v. Venezuela*. Award of 25 July 2017. § 394; SCC. *Aleksandrowicz and Cześcik v. Cyprus*. Award of 11 February 2017. § 213, § 214; ICSID. *Tenaris and Talta v. Venezuela (II)*. Award of 12 December 2016. § 320; ICSID. *Mamidoil v. Albania*. Award of 30 March 2015. § 561.

<sup>139</sup> ICSID. *Noble Ventures v. Romania*. Case № ARB/01/11. Award of 12 October 2005. § 182.

<sup>140</sup> ICSID. *Garanti Koza v. Turkmenistan*. Award of 19 December 2016. § 380; ICSID. *Suez v. Argentina*. Decision on Liability of 30 July 2010. § 195.

tribunals emphasise such criteria as “protection of legitimate expectations”,<sup>141</sup> “a means to guarantee justice to foreign investors”,<sup>142</sup> “an obligation to act transparently and with due process”,<sup>143</sup> and “predictability”.<sup>144</sup> In the end, “while the precise formulations of the FET treatment standard in various awards differ, they all have in common the notion that the State must be shown to have acted delinquently in some way or the other if it is to be held to have violated that standard; it is “not enough that a claimant should find itself in an unfortunate position as a result of all of its dealings with a respondent”.<sup>145</sup>

Similarly, there is no unanimity in whether the FPS standard should be equated with the customary minimum standard of treatment (hereinafter — MST),<sup>146</sup> or whether it constitutes a completely autonomous standard in international law.<sup>147</sup> For example, as was held by the *CMS v. Argentina* tribunal, “the standard of fair and equitable treatment and its connection with the required stability and predictability of the business environment, founded on solemn legal and contractual commitments, is not different from the international law minimum standard and its evolution under customary law”.<sup>148</sup> Yet, merging two distinct standards of protection<sup>149</sup> into one would be absurd, since it would automatically uncover the faulty nature of one of the standards, as well as inconsistent not only with the very object and purpose of the investment treaty, which in this scenario would be the one including the faulty standard from the very beginning. Although some argue that mentioning the two standards in one sentence implies their relationship, it would seem logical to continue the comparison technique using such other standards as the MST and most favoured nation treatment, which is also often used as a floor with respect to the treatment that states must afford to aliens.

However, the following surprising question arises. Are there any standards actually aimed at protecting the local population from the adverse effects of the investments? Case law indicates that tribunals at times suggest that states are free to employ excessive force to bring order, especially if the violence is partially caused by the actions of the investor. For instance, in *Copper Mesa v. the Republic of Ecuador*, despite acknowledging a widespread uprising against a mining project that would have necessitated the state to use force against its own citizens, the tribunal found the state in breach of its obligations.<sup>150</sup> Additionally, the arbitrators recognised that the investor had contributed to escalating violence by employing private security personnel who committed crimes against locals. The only repercussion for this behaviour was a 30% reduction in the compensation awarded. Similarly, in *von Pezold v. Republic of Zimbabwe*, the arbitrators ruled that the respondent had breached its obligations under the FPS clause by failing to suppress protesters occupying white-owned farms to push for land redistribution, stemming from historical racial inequalities.<sup>151</sup> The respondent argued that suppressing the protests would require significant violence due to the politically charged nature of land redistribution in Zimbabwe.<sup>152</sup> However, the arbitrators disagreed, stating that violent suppression was both feasible and necessary under the FPS clause.<sup>153</sup>

Another point to consider here is the existence of armed conflict clauses, or war-losses clauses, which refer to “losses owing to war or to other forms of armed conflict, or similar events”,<sup>154</sup> and designed to provide certain guarantees to foreign investors. As of now, 856 out of 2,574 treaties have extended armed conflict clauses.<sup>155</sup> Nevertheless, their effect is quite “limited and depends on measures taken by the host State in relation to these investments”.<sup>156</sup> Since such basic clauses only ensure that investors are not

<sup>141</sup> ICSID. *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Republic of Turkey*. Case № ARB/02/5. Award of 19 January 2007. § 225.

<sup>142</sup> ICSID. *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*. Case № ARB/03/15. Award of 6 February 2004. § 373.

<sup>143</sup> ICSID. *Electrabel v. Hungary*. Case № ARB/07/19. Decision on Jurisdiction of 30 November 2012. § 7.74.

<sup>144</sup> PCA. *Flemingo DutyFree v. Poland*. Case № 2014-11. Award of 12 August 2016. § 533.

<sup>145</sup> ICSID. *David Minnotte and Robert Lewis v. Republic of Poland*. Case № ARB(AF)/10/1. Award of 16 May 2014. § 198.

<sup>146</sup> ICSID. *Eco Oro v. Colombia*. Decision on Jurisdiction, Liability and Directions on Quantum of 9 September 2021. § 744, § 745; ICSID. *El Paso v. Argentina*. Award of 31 October 2011. § 336; LCIA. *Occidental v. Ecuador*. Award of 1 July 2004. § 190; ICSID. *CMS v. Argentina*. Award of 12 May 2005. § 284.

<sup>147</sup> ICSID. *Infinito Gold v. Costa Rica* ICSID. Award of 3 June 2021. § 350; ICSID. *Border Timbers v. Zimbabwe*. Award of 28 July 2015, § 546; ICSID. *Enron v. Argentina*. Award of 22 May 2007. § 258; ICSID. *Vivendi v. Argentina (I)*. Award II of 20 August 2007. § 7.4.5, 7.4.6.

<sup>148</sup> ICSID. *CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina*. ICSID Case № ARB/01/8. Award of 12 May 2005. § 284.

<sup>149</sup> ICSID. *Electrabel v. Hungary*. Case № ARB/07/19. Decision on Jurisdiction. Award of 30 November 2012. § 7.80.

<sup>150</sup> PCA. *Copper Mesa Mining Corporation v. Republic of Ecuador*. Case № 2012-02. Award of 15 March 2016.

<sup>151</sup> ICSID. *Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe*. Case № ARB/10/15. Award of 28 July 2015.

<sup>152</sup> *Ibid.*

<sup>153</sup> *Ibid.*

<sup>154</sup> Schreuer C. *Investment Protection in Times of Armed Conflict*... P. 3.

<sup>155</sup> Korea–Libya BIT (2006). Article 4; Spain–Syria BIT (2003). Article 7; Austria–Egypt BIT (2001). Article 5.

<sup>156</sup> Dolzer R., Schreuer C. *Op. cit.* P. 704.

treated less favorably in the event a state decides to accord compensation, they do not normally establish “an absolute right to compensation”.<sup>157</sup> Despite the lack of a uniform name and their “cloistered life in investment arbitration”,<sup>158</sup> they remain the only conceivable way for provisions of the BITs to specifically address compensation in the event of war.

Importantly, the purpose of the basic armed conflict clauses is not to create new substantial obligations but to establish “a floor treatment for the investor in the context of the measures adopted in respect of the losses suffered in the emergency, not different from that applied to national or other foreign investors, [which] ensures that any measures directed at offsetting or minimizing losses will be applied in a non-discriminatory manner”.<sup>159</sup> By guaranteeing national and most-favoured-nation treatment in the event of losses suffered during an emergency, they are essentially advocating for a non-discrimination obligation. Although there is no guarantee that an armed conflict clause would always be included in the BIT, a substantially significant number of investment treaties indicates their presence.

Clearly, the aforementioned wording does not indicate an independent right to claim compensation. Although some tribunals, i.e. *AAPL v. Sri Lanka*, *AMT v. Zaire*, equated the armed conflict clause with the MST enshrined in customary international law, implying a completely different duty, it would seem illogical to ignore the fact that this wording only addresses treatment “actually adopted by the host state, not to treatment that it ought to accord”.<sup>160</sup> In contrast to the basic armed conflict clauses, which focus exclusively on non-discrimination, extended or advanced war clauses, albeit not as common,<sup>161</sup> are not limited to non-discrimination guarantees, instead extending to the substantive standards, which grant “an independent right to compensation”.<sup>162</sup>

Notably, the existence of an extended war clause is limited in the sense that it only operates if the harm was caused by the state’s official military forces or authorities, which does not include third parties, e.g. forces of foreign states or rebels. The wording of the clause also clearly establishes a test for the purposes of assessing whether an extended war clause is deemed to apply. Thus, customary international law will be applied to determine the meaning of requisition or destruction. In the *Elsi* case, the International Court of Justice, dealing with an instance of alleged requisition, noted that there must be a causal link between the injury complained of and the requisition.<sup>163</sup>

For instance, when the tribunal in the *AAPL v. Sri Lanka* case interpreted an extended war clause in Article 4 of the *Sri-Lanka-UK* BIT, which provided that compensation was necessary in case of “a) requisition of <...> property by its forces or authorities, or (b) destruction of <...> property by its forces or authorities which was not caused in combat action or was not required by the necessity of the situation”,<sup>164</sup> it held that there was no convincing evidence to attribute the harm to Sri Lanka’s security forces.<sup>165</sup> When it comes to the question of attribution, a state may try to circumvent the provision by using violence on behalf of non-state actors. Thus, in the case of *Strabag v. Libya*, Libyan soldiers requisitioned numerous vehicles and equipment during the civil war.<sup>166</sup> Conversely, in *AAPL v. Sri Lanka*, the tribunal correctly determined that the occupation of the investor’s facility by the respondent’s military did not qualify as a requisition since it was not used to further military interests.<sup>167</sup> In another case, *Kimball Laundry v. United States*, where a laundry facility was taken over by the US Army for almost four years, the claimant was entitled to just compensation, including for the loss of its customer base. Similarly, in *Attorney General v. De Keyser’s Royal Hotel*, compensation was deemed necessary for the occupation of a hotel by British armed forces during World War I.

Therefore, it is clear that although a BIT, while remaining in the special realm of IIL, continues to operate within the lens of an international treaty, which shall take into account all relevant rules and principles of international law. The claimed neutrality of investment treaty arbitration is subject to scrutiny, as the notion of BIT has always been driven by a socio-political context, and will continue to remain within it. At the same time, although it is clear that commencement of hostilities does not void the continuity of

<sup>157</sup> Salacuse J. *The Law of Investment Treaties*... P. 136.

<sup>158</sup> Ackermann T. *The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties*... P. 117.

<sup>159</sup> ICSID. *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*. Case № ARB/01/8, Award of 11 January 2002. § 375.

<sup>160</sup> Ackermann T. *Op. cit.* P. 119.

<sup>161</sup> Schreuer C. *The Protection of Foreign Investment in Times of Armed Conflict*. Oxford University Press, 2019. P. 706.

<sup>162</sup> Ackermann T. *The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties*... P. 118.

<sup>163</sup> ICJ. *Elettronica Sicula SpA (ELSI) (US v. Italy)*. Judgment of 20 July 1989.

<sup>164</sup> Sri-Lanka-UK BIT (1980). Article 4.

<sup>165</sup> ICSID. *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*. Case № ARB/87/3. Award of 27 June 1990. § 58–60.

<sup>166</sup> ICSID. *Strabag v. Libya*. Case № ARB (AF)/15/1. Award of 29 June 2020.

<sup>167</sup> ICSID. *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*. Case № ARB/87/3. Award of 27 June 1990.

investment treaties, it does not mean that the treaty will continue to operate in the same way. Instead, the academic discussion should focus on the question of interpretation, rather than on their general applicability. From this perspective, IIL and IHL as a mathematical combination only make sense if a systemic approach to interpretation is applied.

Yet, the vagueness of the existing legal framework of protection of foreign investment in IIL suggests that the patchwork in execution of the FPS and FET standards may be caused by the poor drafting of these clauses, which are clearly not designed for situations of IAC, or NIAC. Another drawback is that they make no reference to the protection against other states, or other groups, instead focusing on the protection against the actions of a state. And finally, the due diligence nature of these standards indicates both theoretical and practical vagueness, which would benefit from the simultaneous application of the rules of IHL. Apart from that, the rights and needs of local people should also be taken into account by the provisions of BITs. Similarly, a regulatory framework of existing war-losses clauses highlights a substantial provisional, as well as theoretical gap. As such, the vagueness of the basic armed clauses may not only lead to an overly broad interpretation by the tribunals, but also misguide the tribunal in application of the rules of IHL, especially when it comes to the violence caused by non-state actors.

## Conclusion

Over the past several decades, the notion of investment protection has been carefully crafted to adhere to the needs of investors. The disturbing increase in armed conflicts all over the world may make some developing countries seem unattractive and turn an investment protection into a seemingly unattainable goal. Nevertheless, the investments into conflict-driven states, some with as many as eight armed conflicts ongoing simultaneously,<sup>168</sup> still continue.

Although the continuity of investment treaties is not affected by armed conflict as such, their performance is. With that, a need for action calls upon the top-down approach, meaning that it is upon both host states and investors to ensure the consistency of investment protection with other areas of international law, such as IHL and IIL. Therefore, the preliminary conclusions drawn from the paper are as follows.

First, it is clear that investment treaties apply in armed conflict, and are not automatically terminated by the latter. There is no rule in international law that would state otherwise despite the prevalence of the doctrine of the effects of war in the past. Currently, only the Draft Articles on the Effect of Armed Conflict govern this rule, which is a huge drawback of the current regime.

Secondly, the analysis has shown that the investment regulatory framework is not ideal to regulate investment protection in the event of armed conflict. As such, although IIL frameworks suggest rather vague standards, tribunals hesitate to apply IHL principles to the cases before them.

Therefore, investment protection in armed conflict does not revolve around itself, but rather gives way into something that does not have a room for a “black and white” discussion. As such, foreign investment is also capable of facilitating violence, derogation of human rights, as well as depletion of natural resources, all of which can result from the inadequacy of the legal framework of IIL. In a way, the way *lex specialis* works is almost a hint at not merely the specificity of one law over another, but at the very crux of the problem: its importance.

---

## ЗАЩИТА ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ В КОНТЕКСТЕ ВООРУЖЕННЫХ КОНФЛИКТОВ. ЧАСТЬ 1

ПОЛЬШАКОВА В. В.

**Польшакова Виктория Владимировна** — стажер, Центр международных и сравнительно-правовых исследований, Москва, Россия (polshakovavv@yandex.ru).  
ORCID: 0009-0008-8121-839X.

---

<sup>168</sup> *The Human Cost of Armed Conflicts in Colombia* // ICRC. 3 April 2024.  
URL: <https://www.icrc.org/en/document/human-cost-armed-conflicts-colombia> (accessed: 23.08.2024).

## Аннотация

В статье анализируется система защиты иностранных инвестиций, в том числе положения двусторонних инвестиционных договоров, а также стандарты, направленные на предоставление такой защиты инвесторам в условиях вооруженных конфликтов. Автор изучает исторический контекст возникновения первых инвестиционных договоров, в частности колониальный период, когда зародилось международное инвестиционное право. Далее автор рассматривает вопрос применимости инвестиционных соглашений в вооруженном конфликте. Для сложившегося международного-правового регулирования характерно осторожное отношение к применению норм международного гуманитарного права к делам, рассматриваемым в рамках инвестиционных споров, ввиду чего имеющаяся нормативная база не идеальна для регулирования защиты инвестиций в случае вооруженного конфликта. По мнению автора, понятие защиты инвестиций должно быть согласовано с понятием прав человека, а также интересами развивающихся стран. Инвестиции, как правило, ассоциируются с экономической стабильностью, которая, однако, не характерна для последних. Пример Колумбии подтверждает, что негативными последствиями могут обернуться как сами иностранные инвестиции, так и их защита. Автор приходит к выводу, что эффективность защиты иностранных инвестиций, в основе которых всегда лежит предпосылка мира, должна рассматриваться сквозь призму права международных договоров, международного гуманитарного права и международного права прав человека: именно на этих трех уровнях происходит взаимодействие между экономическими интересами инвестора в защите своих инвестиций, интересами государства, а также интересами местных сообществ и коренных народов в защите своих прав.

## Ключевые слова

защита иностранных инвестиций, вооруженный конфликт, права человека, двусторонние инвестиционные соглашения, международное гуманитарное право

**Для цитирования:** Польшакова В. В. *Защита иностранных инвестиций в контексте вооруженных конфликтов. Часть 1* // Zhurnal VSHE po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2024. Vol. 2. № 4. P. 21–35.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.24741>

---

## Список литературы / References

- Ackermann T. (2019) Investments under Occupation: The Application of Investment Treaties to Occupied Territory. In: Baetens F. (ed.) *International Investment Law and the Law of Armed Conflict*. Springer International Publishing, pp. 67–92.
- Ackermann T. (2022) *The Effects of Armed Conflict on Investment Treaties*. Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge: Cambridge University Press.
- Alexandrowicz C. (1967) *History in the East Indies*, Oxford: Clarendon Press.
- Ambach P. (2019) International Criminal Responsibility of Transnational Corporate Actors Doing Business in Zones of Armed Conflict. In: Baetens F. (ed.) *International Investment Law and the Law of Armed Conflict*. Springer International Publishing, pp. 51–83.
- Baetens F. (2013) *Investment Law within International Law: Integrationist Perspective*, Cambridge University Press.
- Davitti D. (2019) *Investment and Human Rights in Armed Conflict. Charting an Elusive Intersection*, Hart Publishing.
- Dolzer R., Schreuer C. (2022) *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press.
- Gagliani G. (2019) Supervening Impossibility of Performance and the Effect of Armed Conflict on Investment Treaties: Any Room for Manoeuvre? In: Baetens F. (ed.) *International Investment Law and the Law of Armed Conflict*. Springer, pp. 341–363.
- Gardiner R. (2015) *Treaty Interpretation*, Oxford University Press.
- Ghuri A. (2015) *Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration*, Kluwer Law International.
- Hallward-Driemeier M. (2019) Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit . . . and They Could Bite. In: Sauvant K., Sachs L. (ed.) *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford University Press, pp. 349–378.

- Hernandez G. (2019) *The Interaction Between Investment Law and the Law of Armed Conflict in the Interpretation of Full Protection and Security Clauses*. In: Baetens F. (ed.) *International Investment Law and the Law of Armed Conflict*, Springer International Publishing, pp. 21–51.
- Koskeniemi M. (2009) *The Gentle Civilizer of Nations*, Cambridge University Press.
- McNair A. (1961) *The Law of Treaties*, Oxford: Clarendon Press.
- McNair A. (1966) *The Legal Effects of War*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Miles K. (2013) *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital*. Cambridge University Press.
- Newcombe A., Paradell L. (2009) *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International.
- Oppenheim L. (1952) *International Law: a Treatise*. Vol. 2: *War and Neutrality*, London: Longman.
- Rosenteter D. (2015) Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the Principle of Systemic Integration in International Investment Law and Arbitration. *Luxembourg Legal Studies*, pp. 328–331.
- Salacuse J. (2005) Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain. *Harvard International Law Journal*, vol. 46, no. 1, pp. 67–130.
- Salacuse J. (2007) The Treatification of International Investment Law. *Law and Business Review of the Americas*, vol. 13, no. 1, pp. 155–166.
- Salacuse J. (2021) *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press.
- Sauvant K., Sachs L. (2009) *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford University Press.
- Schill S. (2009) *The Multilateralization of International Investment Law*. Cambridge University Press.
- Schreuer C. (2019) *The Protection of Foreign Investment in Times of Armed Conflict*. Oxford University Press.
- Schreuer C. (2019) War and Peace in International Investment Law. In: Baetens F. (ed.) *International Investment Law and the Law of Armed Conflict*, Springer International Publishing, pp. 3–20.
- Schreurer C. (2022) Investment Protection in Times of Armed Conflict. *Journal of World Investment and Trade*, vol. 23, no. 8, pp. 701–715.
- Schwarzenberger G. (1969) *Foreign Investments and International Law*, Praeger.
- Sornarajah M. (2010) *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Zrilic J. (2019) *The Protection of Foreign Investment in Times of Armed Conflict*, Oxford University Press.
- Zrilic J. (2022) Armed Conflicts and the Law of Treaties: Recent Developments and Reappraisal of the Doctrine in Light of the Wars in Syria and Ukraine. *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 65, pp. 107–137.
- Zrilic J., Fleck D. (1995) *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Oxford University Press.



## ON THIN ICE: QUALIFICATION OF CYBER-ATTACKS ON PERSONAL DATA UNDER INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

ABRASHIN R.

**Roman Abrashin** — Junior Associate, Center of International Law at Chistye Prudy, Moscow, Russia (rpabrashin@gmail.com).  
ORCID: 0000-0003-4891-359X.

### Abstract

The article examines the possibility and conditions for qualifying cyber-attacks on personal data as a military operation, an attack, and/or an armed conflict from the perspective of international humanitarian law (hereinafter — IHL). It is often personal data that is the target of a cyber-attack. In this context, potential legal qualification of a cyber-attack depends on whether and to what extent states recognise data as an “object” under IHL. In the absence of a specific treaty dealing with the application of IHL to the malicious use of information and communication technologies (hereinafter — ICTs), the main focus of the study is on the existing sources of IHL (Geneva Conventions, Additional Protocols, principles), customary international law as well as judicial decisions and legal teachings as subsidiary means for the determination of rules of law. Special attention is paid to the positions of the Russian Federation and the United States on the issue of the application of IHL to cybernetic activities. The author concludes that a cyber-attack on personal data can qualify as a military operation, an attack and a prerequisite for the outbreak of an armed conflict, and offers possible qualification criteria. At the same time, “stretching” *jus in bello* to the activities involving ICTs creates threats for the international community due to prospective militarisation of “cyberspace”.

### Key words

cyber-attack, *jus in bello*, attack, armed conflict, personal data

**Citation:** Abrashin R. *On Thin Ice: Qualification of Cyber-Attacks on Personal Data under International Humanitarian Law* // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2024. Vol. 2. № 4. P. 36–52.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.24743>

### Introduction

Wars between states have been waged for many centuries. With the development of mankind and political entities, the means and methods of warfare have been improved. There has been a rapid evolution from a wooden bow with arrows to nuclear weapons. In the *Nuclear Weapons Advisory Opinion*, the International Court of Justice (hereinafter — ICJ) reaffirmed the application of the principles of IHL both to all forms of warfare and to all kinds of weapons past, present and future.<sup>1</sup> In the XXI century, the militarisation has affected the advanced ICTs. As a result, “cyberspace” is becoming a new domain of hostilities where states are accustomed to launching cyber operations or cyber-attacks against their adversaries.<sup>2</sup> Thus, in the mid-2000s, the perspective of some armed conflicts changed to a new platform for conducting military operations. The question is, whether cyber-attacks can be qualified as a military operation or an attack, or serve as a precondition for the outbreak of hostilities.

The subject-matter of the present study is relatively novel within the Russian doctrine of public international law. Prior to this paper, the concept of “cyberspace” and the application of international law to it were addressed in writings by a number of legal scholars.<sup>3</sup> However, only some experts raised the question of the application of IHL norms to “cyberspace”.<sup>4</sup> For example, S. Garkusha-Bozhko analyzed

<sup>1</sup> ICJ. *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*. Advisory Opinion of 8 July 1996. § 86.

<sup>2</sup> Schmitt M. N. *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*. Cambridge : Cambridge University Press, 2013 (hereinafter — Tallinn Manual). P. 10.

<sup>3</sup> See e.g., Rusinova V. N. *Mezhdunarodno-pravovoy printsip nevmeshatel'stva i kiberoperatsii: neopravdannye ozhidaniya?* [The International Legal Principle of Non-Interference and Cyber-Operations: Unjustified Expectations?] // Mezhdunarodnoe pravosudie. 2018. Vol. 25. № 1. P. 38–52; Rusinova V. N. *Mezhdunarodno-pravovaya kvalifikatsiya vredonosnogo ispol'zovaniya informatsionno-kommunikatsionnykh technologii: v poiskakh konsensusa* [Qualification of Harmful Use of Information and Communications Technologies Under International Law: In Search of a Consensus] // Moscow Journal of International Law. 2022. № 1. P. 38–51; Ivanova K. A., Mylytkbaev M. Zh., Shtodina D. D. *Ponyatie kiberprostranstva v mezhdunarodnom prave* [The Concept of Cyberspace in International Law] // Pravoprimerenie. 2022. Vol. 6. № 4. P. 32–44; Kapustin A. Ya. *Suverenitet gosudarstva v kiberprostranstve: mezhdunarodno-pravovoe izmerenie* [State Sovereignty in Cyberspace: International Legal Dimension] // Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'nogo pravovedeniya. 2022. Vol. 18. № 6. P. 99–108.

<sup>4</sup> See e.g., Manevich V. V. *Mezhdunarodno-pravovoe regulirovanie primeneniya kibersredstv pri vedenii vooruzhennykh konfliktov: pravovye osnovy i nauchnye discussii* [International Legal Regulation of the Use of Cyber Means in Armed Conflicts:



the qualification of a cyber-attack as an “attack” within the meaning of Article 49 of Additional Protocol I (hereinafter — AP I) of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, which relates to the protection of victims of international armed conflicts.<sup>5</sup> In another article, he attempted to define the concept of armed conflict in “cyberspace”.<sup>6</sup> V. Rusinova in her research also drew attention to the misuse of the *military paradigm* by some states, leading to a blurring of the boundaries between military and non-military use of ICTs.<sup>7</sup> The issues of the application of IHL to “cyberspace” have been more extensively researched in the foreign academic literature.<sup>8</sup> That said, while there have been previous attempts to qualify cyber-attacks on critical infrastructure, the present paper focuses on personal data which is highly vulnerable to cyber-attacks.<sup>9</sup> Thus, the novelty of this study is that it attempts to qualify cyber-attacks on personal data under IHL using the method of evolutionary interpretation of the concepts of military operation, attack, and armed conflict.

The research question of the study is whether and under what conditions cyber-attacks can be qualified as a military operation, an attack, or an armed conflict. This qualification relates, in particular, to the recognition of data as an “object” under IHL. Thus, the legal qualification of cyber-attacks depends on whether and to what extent states recognise data as an “object” under IHL.

The methodology of the study is legal positivism. In this respect, the research is mainly based on treaty law (Geneva Conventions and Additional Protocols). Also, in the absence of a specific “cyber” treaty, the focus of the analysis is on state practice (official positions of states on the issue of the application of IHL to “cyberspace”) and *opinio juris*, both of which are constituent elements of international custom. In addition to treaty and customary law, judicial decisions are of paramount importance in interpreting the concepts of IHL. In this regard, the author focuses on the jurisprudence of the European Court of Human Rights (hereinafter — ECtHR), the ICJ, the International Criminal Court (hereinafter — ICC), and the International Tribunal for the Former Yugoslavia (hereinafter — ICTY). Although the International Committee of the Red Cross’s position paper and the Tallinn Manuals are not legally binding sources of international law, the author refers to them as “legal teachings” in the meaning of Article 38 of the Statute of the ICJ.<sup>10</sup> So judicial decisions and legal teachings are used as subsidiary means for the determination of rules of law. The main tool for analysing the concepts of military operation, attack and armed conflict in the cyber context will be an evolutionary method of interpretation.

The paper is structured as follows: an introduction, six sections, and concluding remarks. The first section discusses the terminology used to describe activities in “cyberspace”. The next part is dedicated to the analysis and interpretation of three key concepts, such as a military operation, an attack and an armed conflict. The third part addresses the classification of the official positions of states on the applicability of IHL to “cyberspace”. The fourth section covers theoretical approaches and official positions on the question of whether data should be considered an “object” under IHL. The fifth part of the study considers a range of potential scenarios in which cyber-attacks on personal data may be qualified as a military operation, an attack, and an armed conflict, and the final section compares the official positions of the Russian Federation and the United States.

---

*Legal Foundations and Scientific Discussions*] // *Zakon i Pravo*. 2024. Vol. 12. № 2. P. 275–282; Garkusha-Bozhko S.Yu. *Opredelenie vooruzhennogo konflikta v kiberprostranstve [The Definition of Armed Conflict in Cyberspace]* // *Vestnik of Saint Petersburg University. Law*. 2023. Vol. 14. № 1. P. 194–210; Garkusha-Bozhko S.Yu. *Mezhdunarodnoe gumanitarnoe pravo v kiberprostranstve: razione materiae, razione temporis i problema kvalifikatsii kiberatak [International Humanitarian Law in Cyberspace: Ratione Materiae, Ratione Temporis and Problem of Cyber-Attack Qualification]* // *Tsifrovoye pravo*. 2021. Vol. 2. P. 64–82.

<sup>5</sup> Garkusha-Bozhko S. Yu. *Mezhdunarodnoe gumanitarnoe pravo v kiberprostranstve...* P. 80.

<sup>6</sup> Garkusha-Bozhko S. Yu. *Opredelenie vooruzhennogo konflikta...* P. 207.

<sup>7</sup> Rusinova V. N. *Mezhdunarodno-pravovaya kvalifikatsiya...* P. 47.

<sup>8</sup> See e.g., Roscini M. *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*. Oxford : Oxford University Press, 2014; Laurent G., Tilman R., Knut D. *Twenty Years On: International Humanitarian Law and the Protection of Civilians Against the Effects of Cyber Operations During Armed Conflicts* // *International Review of the Red Cross*. 2022. Vol.102. № 913. P. 287–334; Chang Z. *Cyberwarfare and International Humanitarian Law* // *Creighton International and Comparative Law Journal*. 2017. Vol. 9. № 1. P. 29–53; Veljković S. *Possibility of Applying the Rules of International Humanitarian Law to Cyber Warfare* // *Pravo – Teorija i Praksa*. 2024. Vol. 41. № 3. P. 17–28.

<sup>9</sup> For example, DDoS attacks on personal data of civilians in the context of the Russian-Ukrainian conflict or cyber-attacks infiltrating databases and releasing their contents during the Israeli-Hamas conflict.

<sup>10</sup> The Statute of the International Court of Justice (adopted on 26 June 1945, and entered into force on 24 October 1945).

## 1. “ICT” and “cyber” terminology

There are currently two terminological approaches to the definition of activities in “cyberspace”. In the documents adopted under the auspices of the United Nations the “ICT” terminology is employed.<sup>11</sup> The “cyber” terms are mostly used by the experts of the Tallinn Manuals<sup>12</sup> and the legal advisers of the ICRC,<sup>13</sup> as well as in cybersecurity strategies and national positions of certain Western states. The choice of terminology used depends on the state’s stance. There are three formulations found in the official positions of states: “use of ICTs”, “cyber operations”, and “cyber-attacks”. The first term “use of ICTs” is used, for example, by Kazakhstan,<sup>14</sup> Kenya<sup>15</sup> and the Russian Federation.<sup>16</sup> The term “cyber operations” is employed by the majority of states which have expressed a position on the application of international law in “cyberspace”, such as Pakistan,<sup>17</sup> Romania,<sup>18</sup> Singapore<sup>19</sup> and the United States.<sup>20</sup> The third term “cyber-attacks” is found in the official positions of Cuba,<sup>21</sup> the Czech Republic,<sup>22</sup> Germany,<sup>23</sup> and New Zealand.<sup>24</sup>

As mentioned earlier, cyber terminology is actively employed by the experts of the Tallinn Manuals and the ICRC’s legal advisers. Thus, in the November 2019 position paper, the ICRC’s legal advisers define cyber operations as “operations against a computer system or network or other connected device through a data stream, when used as means and methods of warfare in the context of an armed conflict”.<sup>25</sup> In another report, the ICRC’s legal advisers use the term “cyber warfare”.<sup>26</sup> In contrast, the recent resolution of the 34th International Conference of the Red Cross and Red Crescent reflects a more neutral approach, using the term “ICT activities” instead of “cyber operations”.<sup>27</sup> The experts of the Tallinn Manuals, for their part, use both the terms “cyber operation” and “cyber-attack”. While a cyber operation refers to “the employment of cyber capabilities with the primary purpose of achieving objectives in or by

<sup>11</sup> UN GA. Resolution “Developments in the field of information and telecommunications in the context of international security”. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/399864?v=pdf> (accessed: 07.12.2024).

<sup>12</sup> The Tallinn Manual is a study without legally binding effect on the issue of the application of international law to “cyberspace”, which was prepared by an international group of experts from the Tallinn-based NATO Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence. There are two editions of the Tallinn Manual: of 2013 and 2017.

<sup>13</sup> ICRC. International Humanitarian Law and Cyber Operations during Armed Conflicts, 2019. URL: [https://www.icrc.org/sites/default/files/document/file\\_list/icrc\\_ihl-and-cyber-operations-during-armed-conflicts.pdf](https://www.icrc.org/sites/default/files/document/file_list/icrc_ihl-and-cyber-operations-during-armed-conflicts.pdf) (accessed: 17.11.2024).

<sup>14</sup> Official Compendium of Voluntary National Contributions on the Subject of how International Law Applies to the Use of Information and Communications Technologies by States Submitted by Participating Governmental Experts in the Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security Established Pursuant to General Assembly Resolution 73/266 (hereinafter — Compendium). URL: <https://digitallibrary.un.org/record/3933543> (accessed: 17.11.2024).

<sup>15</sup> Ibid. P. 57.

<sup>16</sup> Ibid. P. 79–83.

<sup>17</sup> UNODA. Pakistan’s Position on the Application of International Law in Cyberspace, 3 March 2023 (hereinafter — the Official Position of Pakistan). URL: [https://cyberlaw.ccdcoe.org/wiki/National\\_position\\_of\\_Pakistan\\_\(2023\)](https://cyberlaw.ccdcoe.org/wiki/National_position_of_Pakistan_(2023)) (accessed: 17.11.2024).

<sup>18</sup> See the Compendium (Romania). P. 77–78.

<sup>19</sup> Ibid. P. 85.

<sup>20</sup> Ibid. P. 138–139.

<sup>21</sup> Documento de posición de la república de Cuba sobre la aplicación del derecho internacional a las tecnologías de la información y comunicación en el ciberespacio. La Habana, 28 de junio de 2024 (hereinafter — the Official Position of Cuba). URL: [https://docs-library.unoda.org/Open-Ended\\_Working\\_Group\\_on\\_Information\\_and\\_Communication\\_Technologies\\_-\\_\\_\(2021\)/Documento\\_de\\_posición\\_de\\_Cuba.\\_Aplicación\\_del\\_Derecho\\_Internacional\\_a\\_las\\_TIC\\_en\\_el\\_ciberespacio.pdf](https://docs-library.unoda.org/Open-Ended_Working_Group_on_Information_and_Communication_Technologies_-__(2021)/Documento_de_posición_de_Cuba._Aplicación_del_Derecho_Internacional_a_las_TIC_en_el_ciberespacio.pdf) (accessed: 17.11.2024).

<sup>22</sup> Ministry of Foreign Affairs of the Czech Republic. Czech Republic - Position paper on the application of international law in cyberspace, 27 February 2024 (hereinafter — the Official Position of the Czech Republic). URL: [https://mzv.gov.cz/file/5376858/\\_20240226\\_\\_CZ\\_Position\\_paper\\_on\\_the\\_application\\_of\\_IL\\_cyberspace.pdf](https://mzv.gov.cz/file/5376858/_20240226__CZ_Position_paper_on_the_application_of_IL_cyberspace.pdf) (accessed: 17.11.2024).

<sup>23</sup> On the Application of International Law in Cyberspace: Position Paper, March 2021 (hereinafter — the Official Position of Germany).

URL: <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/2446304/32e7b2498e10b74fb17204c54665bdf0/on-the-application-of-international-law-in-cyberspace-data.pdf> (accessed: 17.11.2024).

<sup>24</sup> The Application of International Law to State Activity in Cyberspace (hereinafter — the Official Position of New Zealand). URL: <https://www.dpmc.govt.nz/publications/application-international-law-state-activity-cyberspace> (accessed: 17.11.2024).

<sup>25</sup> ICRC. International Humanitarian Law and Cyber Operations during Armed Conflicts, 2019. URL: [https://www.icrc.org/sites/default/files/document/file\\_list/icrc\\_ihl-and-cyber-operations-during-armed-conflicts.pdf](https://www.icrc.org/sites/default/files/document/file_list/icrc_ihl-and-cyber-operations-during-armed-conflicts.pdf) (accessed 07.12.2024).

<sup>26</sup> ICRC. International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts – Recommitting To Protection In Armed Conflict On The 70th Anniversary Of The Geneva Conventions. URL: [https://www.icrc.org/sites/default/files/document/file\\_list/challenges-report\\_new-technologies-of-warfare.pdf](https://www.icrc.org/sites/default/files/document/file_list/challenges-report_new-technologies-of-warfare.pdf) (accessed: 07.12.2024).

<sup>27</sup> ICRC. Resolution ‘Protecting civilians and other protected persons and objects against the potential human cost of ICT activities during armed conflict’. URL: <https://www.icrc.org/en/document/protecting-civilians-against-digital-threats-during-armed-conflict> (accessed: 07.12.2024).

the use of “cyberspace”,<sup>28</sup> a cyber-attack implies “a cyber operation, whether offensive or defensive, that is reasonably expected to cause injury or death to persons or damage or destruction to objects”.<sup>29</sup> For example, a cyber operation can be equated with the malicious use of ICTs (e.g. DDoS attacks or malware), however, a cyber-attack is an acute form of a cyber operation, requiring injury or death to persons or damage or destruction to objects. Therefore, not every cyber operation that is launched can be qualified as a cyber-attack. The author’s approach focuses on the use of cyber terminology for interpreting the concepts of IHL in the cyber context as well as for a more accurate and detailed assessment of the official positions of states which are accustomed to using such terminology.

## 2. Interpretation of the concepts of a military operation, an attack and an armed conflict in their application in the cyber context

There is currently no specific treaty dealing with the application of IHL to the malicious activities in “cyberspace”. Therefore, the further analysis will be based on the existing sources of IHL. Article 36 of the AP I stipulates a general rule in respect of new weapons according to which a state is obliged to determine whether their employment would be prohibited by the AP I or by any other rule of international law applicable to the state. This general rule is fully applicable to cybernetic activities. It means that states are under obligation to obey norms and principles of IHL when launching cyber-attacks against their adversaries in the context of an armed conflict.

As regards treaty interpretation, a general rule is contained in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter — VCLT),<sup>30</sup> which establishes a cumulative three-tier test (wording, context and object and purpose) accompanied by the good faith principle for treaty interpretation.<sup>31</sup> Notwithstanding the fact that the AP I entered into force before the VCLT, the rule laid down in Article 31 reflects pre-existing customary international law.<sup>32</sup> Therefore, this rule of interpretation can be also applied to the provisions of the AP I.

### 2.1. Ordinary meaning of the concepts “military operation”, “attack”, “armed conflict”

First, the concept of “military operation” derives from Article 57 of the AP I, which is devoted to the protection of the civilian population and civilian objects during armed conflicts. The ICRC’s legal advisers have clarified the notion of military operation, which connotes “any movements, manoeuvres and other activities whatsoever undertaken by the armed forces with a view to combat”.<sup>33</sup> Hence, only if these rules are respected, civilians and civilian objects will not suffer in an armed conflict.

Second, the concept of “attack” derives from paragraph 1 of Article 49 of the AP I devoted to the definition of attack, which means “acts of violence against the adversary, whether in offence or in defence”. Consequently, such a definition has a broader meaning, covering defensive actions (in particular, “counterattacks”) as well as offensive actions, since both can affect the civilian population. In this respect, the term “attack” means “combat action”. In the *Milošević* case, the ICTY reiterated that any attack directed against civilians is prohibited, regardless of the military considerations that motivated it.<sup>34</sup> Furthermore, as noted in the *Kordic et Cerkez* case, in order to conclude that an “illegal attack on civilians” took place, it is not necessary that a certain number of civilians were killed or seriously injured but the number of civilian casualties may be relevant to conclude that the attack was illegal.<sup>35</sup> Within the meaning of the AP I, an attack is not related to the notion of aggression or the primary use of armed force since it refers only to the use of armed force to conduct a military operation at the beginning or during an armed conflict.<sup>36</sup> Thus, the concept of an attack is an acute form of a military operation that has consequences such as injury or death of people, as well as damage or destruction of military objectives.

<sup>28</sup> Tallinn Manual. P. 15.

<sup>29</sup> Ibid. P. 106.

<sup>30</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted on 23 May 1969, and entered into force on 27 January 1980).

<sup>31</sup> *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* / ed. by O. Dörr, Schmalenbach K. Heidelberg : Springer Berlin, 2018. P. 579–580.

<sup>32</sup> Ibid. P. 561.

<sup>33</sup> Commentary to the AP I. § 2189.

<sup>34</sup> ICTY. *The Prosecutor v. Dragomir Milošević*, IT-98-29/1-T. Judgment of 12 December 2007. § 906.

<sup>35</sup> ICTY. *The Prosecutor v. Kordic et Cerkez*, IT-95-14/2-A. Judgment of 17 December 2004. § 446.

<sup>36</sup> International Committee of the Red Cross (ICRC). *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. Cambridge : Cambridge University Press, 1978 (hereinafter — Commentary to the AP I). § 1880–1882.

Third, there is the concept of “armed conflict”, a definition of which has not been reflected in treaty law. The first paragraph of common Article 2 of the Geneva Conventions stipulates that they “shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties, even if the state of war is not recognized by one of them”.<sup>37</sup> So the Geneva Conventions have defined the scope of their application, which is limited only to international armed conflicts.<sup>38</sup> However, the question of the definition of armed conflict is not addressed in the Conventions. The concept of armed conflict has been elaborated in case law, in particular in the *Tadić* case, in which the ICTY highlighted that “an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between states or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State”.<sup>39</sup> Moreover, in the *Limaj* case, the ICTY underlined that there are two determinative elements of an armed conflict, meaning intensity of the conflict and the level of organisation of the parties, which distinguish an armed conflict from banditry, unorganized and short-lived insurrections, or terrorist activities.<sup>40</sup> The ICC, for its part, pointed out in the *Bemba* case that “an international armed conflict exists in case of armed hostilities between States through their respective armed forces or other actors acting on behalf of the State”.<sup>41</sup> Accordingly, the concept of an armed conflict refers to both international and non-international armed conflicts.

## 2.2. Applying an evolutionary method of interpretation in the cyber context

The author hypothesises that, in the context of emerging new means and methods of warfare, the concepts of “military operation”, “attack” and “armed conflict” may evolve over time. In this respect, the changing ordinary meaning of the concepts of IHL plays a crucial role for the legal analysis of cyber-related issues. Generally, there are two theories of the treaty terms interpretation: static and evolutionary. The former ascribes to the legal text the normative meaning that it had at the time of its adoption, while the latter contemplates that the text should be interpreted so as to correspond to the normative meaning at the moment of interpretation.<sup>42</sup> The evolutionary method of interpretation is widely employed in jurisprudence of international courts. It was first applied in the case of *Tyrer v. the United Kingdom*, where the ECtHR held that “the Convention is a living instrument which... must be interpreted in the light of present-day conditions”.<sup>43</sup> Then, in the case of *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, the ECtHR clarified the concept of “present-day conditions” for the appropriate interpretation and application of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.<sup>44</sup> In the *Costa Rica v. Nicaragua* case, the ICJ formulated a general rule as to when a treaty has an evolving meaning: (i) if the parties used “generic terms” when they were aware that the meaning of these terms was likely to change over time; (ii) if the treaty has been entered into for a very long period or is “of continuing duration”.<sup>45</sup> Taking these approaches into account, and in the light of the rapid development of cyber technologies, an evolutionary method of interpretation can be deemed applicable for the interpretation of conventional concepts of IHL — a military operation, an attack, and an armed conflict — in the cyber context. Throughout its history, *jus in bello* has governed kinetic hostilities, however, the emergence of ICTs raises the question of applying traditional concepts to cybernetic activities. It seems justified to apply an evolutionary approach to the interpretation of the concepts of a military operation, an attack, and an armed conflict in relation to cyber activities, since the parties could have been aware of the evolving meaning of the “generic terms” used in the Geneva Conventions and Additional Protocols, and these treaties entered into force a long time ago. As a result, an evolutionary interpretation of the “generic terms” will encompass both kinetic and cybernetic activities carried out within an ongoing armed conflict.

According to M. Roscini, IHL applies to “cyberspace” in three scenarios: a) a cyber-attack is preceded by a declaration of war made using cybernetic or traditional means of communication; b) a cyber-attack occurs in the context of an ongoing international armed conflict and has a nexus with it; and c) a

<sup>37</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>38</sup> Only common Art. 3 of the Geneva Conventions is applicable to non-international armed conflicts.

<sup>39</sup> ICTY. *The Prosecutor v. Dusko Tadic*, IT-94-1-A. Decision of 2 October 1995. § 70.

<sup>40</sup> ICTY. *The Prosecutor v. Fatmir Limaj, Isak Musliu & Haradin Bala*, IT-03-66-T. Judgment of 30 November 2005. § 89.

<sup>41</sup> ICC. *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08. Decision of 15 June 2009. § 223.

<sup>42</sup> Spaic B. *Evolutionary and Static Interpretation // Research Handbook on Legal Evolution / ed. by W. Załuski*. Edward Elgar Publishing, 2023. P. 4.

<sup>43</sup> ECtHR. *Tyrer v. the United Kingdom*. Application no. 5856/72. Judgment of 25 April 1978. § 31.

<sup>44</sup> ECtHR. *Christine Goodwin v. the United Kingdom*. Application no. 28957/95. Judgment of 11 July 2002. § 84.

<sup>45</sup> ICJ. *Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*. Judgment of 13 July 2009. § 66.

cyber-attack amounts itself to an international armed conflict, with or without the concomitant occurrence of kinetic hostilities.<sup>46</sup> Thus, M. Roscini used an evolutionary approach to the interpretation of the first paragraph of common Article 2 of the Geneva Conventions. As practice shows, the most common case is when cyber-attacks are undertaken against the background of a pre-existing armed conflict. The frequency of this phenomenon is confirmed by a number of instances, including the use of cyber-attacks in the context of the Russia's special military operation,<sup>47</sup> the Israeli-Hamas conflict,<sup>48</sup> the Russian-Georgian conflict,<sup>49</sup> and the Armenian-Azerbaijani conflict.<sup>50</sup> Besides, cyber-attacks are often conducted in the absence of any armed conflict. This is evidenced by the case of the cyber-attack on Estonia<sup>51</sup> and the cyber-attack on the hospital in Düsseldorf, Germany.<sup>52</sup> Thus, apart from interpretation of the terms applied, it should be clarified whether there is customary international law regarding the application of IHL to cyber-attacks.

Using an evolutionary method of interpretation, the “generic terms” cover not only kinetic activities but also cybernetic ones. Therefore, pertinent provisions of the Geneva Conventions and Additional Protocols may be applied to cyber-attacks as well as to conventional weapons. Nowadays, military operations are conducted in a multitude of domains, i.e. on land, in sea, in the air, and in “cyberspace”.<sup>53</sup>

### 2.3. Is there a rule of customary international law on the application of IHL to cyber-attacks?

A rule of customary international law consists of two constituent elements: state practice and *opinio juris*.<sup>54</sup> State practice must be general, which means it must be sufficiently widespread and representative, as well as consistent.<sup>55</sup> At the present time, not all states expressed their position on the application of international law to “cyberspace”. Although a detailed assessment of national and common positions is made in the next part of the article, it should be noted that their small number does not allow to speak of the existence of a “general practice” since such practice is not representative (32 states out of 193 UN members). Also, state practice is not consistent, as evidenced by the diversity of the official positions of states as there are two “opposing camps of states”: some of them are in favour of the full application of IHL to cyber-attacks, whereas others are sceptical about the application of IHL to cybernetic activities.<sup>56</sup> Additionally, China, Cuba, Pakistan, the Russian Federation, and the Syrian Arab Republic are acting as “persistent objectors” against the formation of customary international law on the issue of the application of IHL to “cyberspace” and, therefore, they are against the use of an evolutionary interpretation of the conventional concepts.

<sup>46</sup> Roscini M. *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*. Oxford : Oxford University Press, 2014. P. 120.

<sup>47</sup> The Ministry of Digital Development, Communications and Mass Media of the Russian Federation reported massive DDoS attacks on the portal of public services from Ukraine. URL: <https://tass.ru/ekonomika/15011477> (accessed: 17.11.2024).

<sup>48</sup> Fowler J. *The Israeli-Hamas Conflict Shows Cyber Warfare Is Now the New Normal* // Website Planet. URL: <https://www.websiteplanet.com/news/israel-palestine-cyberwarfare-report/> (accessed: 17.11.2024).

<sup>49</sup> Mannes A., Hendler J. *The First Modern Cyberwar?* // The Guardian. 22 August 2008. URL: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2008/aug/22/russia.georgia1> (accessed: 07.05.2023).

<sup>50</sup> Belovod'ev D. *Karabakhskaya voyna khakerov: “raund” za Azerbaidzhanom [Karabakh Hacker War: the “Round” for Azerbaijan]* // Dailystorm. 29 July 2020. URL: <https://dailystorm.ru/obschestvo/karabakhskaya-voyna-hakerov-raund-za-azerbaydzhanom> (accessed: 17.11.2024).

<sup>51</sup> Ottis R. *Analysis of the 2007 Cyber Attacks Against Estonia From the Information Warfare Perspective*. 7th European Conference on Information Warfare and Security 2008. ECIW, 2008. P. 163–168.

<sup>52</sup> *Prosecutors Open Homicide Case after Cyber-attack on German Hospital* // The Guardian. 18 September 2020. URL: <https://www.theguardian.com/technology/2020/sep/18/prosecutors-open-homicide-case-after-cyber-attack-on-german-hospital> (accessed: 17.11.2024).

<sup>53</sup> Ardilla Castro C. A., Ramírez Benítez E., Cubides-Cárdenas J. *International Humanitarian Law and Its Significance for Current and Future Military Operations* // Revista Científica General José María Córdova. 2020. Vol. 32. № 18. P. 861.

<sup>54</sup> Draft conclusions on identification of customary international law, adopted by the International Law Commission at its seventieth session, in 2018, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission's report covering the work of that session. Conclusion 2.

<sup>55</sup> Ibid. Conclusion 4.

<sup>56</sup> For example, Cuba, Pakistan, the Russian Federation, and the Syrian Arab Republic. Declaration by M. Rodríguez, Representative of Cuba, at the Final Session of the Group of Governmental Experts on Developments in the Field of Information and Telecommunications in the Context of International Security. 23 June 2017. URL: <https://www.justsecurity.org/wp-content/uploads/2017/06/Cuban-Expert-Declaration.pdf> (accessed: 08.12.2024). See: A. V. Krutskikh, Special Representative of the President of the Russian Federation for International Cooperation in the Field of Information Security, to a question from the TASS news agency about the state of international dialogue in this area. URL: [https://www.mid.ru/ru/foreign\\_policy/international\\_safety/mezhdunarodnaa-informacionnaa-bezopasnost/1549172/](https://www.mid.ru/ru/foreign_policy/international_safety/mezhdunarodnaa-informacionnaa-bezopasnost/1549172/) (accessed: 08.12.2024); UN GGE on Cybersecurity: The End of an Era? URL: <https://thediplomat.com/2017/07/un-gge-on-cybersecurity-have-china-and-russia-just-made-cyberspace-less-safe/> (accessed: 08.12.2024).

In terms of attacks, there are states stressing that a cyber-attack can, under certain circumstances, cross the threshold of an attack.<sup>57</sup> According to Canada, Denmark and Italy, the qualification of a cyber-attack as an attack requires injury or death to persons or damage or destruction to objects.<sup>58</sup> Germany, on the other hand, claims that the qualification of a cyber-attack as an attack in the sense of Article 49 of the AP I may not require the consequences comparable to effects of conventional weapons.<sup>59</sup> In practical terms, Israel considers that the operation aimed at cutting off electricity in a military airfield, and which is expected to cause the crash of a military aircraft, may constitute an attack.<sup>60</sup> Therefore, at least several states recognise a possibility of qualifying a cyber-attack as an attack in the meaning of Article 49 of the AP I.

With regard to the concept of armed conflict, a limited number of states out of those who have expressed their position on the applicability of international law in the ICTs environment allowed for the possibility of qualifying a cyber-attack as an armed conflict. For example, Brazil recognises that the cyber activities can constitute an armed conflict, should they themselves cross the threshold of violence.<sup>61</sup> In such a case a cyber-attack can be a prerequisite for the outbreak of hostilities.

To sum up, first, the ordinary meaning of the concepts “military operation”, “attack”, “armed conflict” implies their application only to kinetic activities; second, an evolutionary interpretation of the terms allows them to include cybernetic activities; third, there is no rule of customary international law on how international law should in principle apply to “cyberspace” and, in particular, to what extent IHL applies to the malicious use of ICTs.

### 3. Classification of the official positions of states on the application of IHL to “cyberspace”: in search of a consensus

Two paradigms can be developed from the states’ positions on the issue of the application of IHL to “cyberspace”: absolute and limited. The former aims at expanding the ambit of IHL norms in “cyberspace” and, as a result, the applicability of *jus in bello* becomes possible not only in the context of an armed conflict but also long before it, since a cyber-attack *per se* constitutes an attack or even an armed conflict. The latter is devoted to the restrictive application of IHL norms to “cyberspace” only in the case of armed conflict, where cyber-attacks act as a means or method of warfare.

The official positions of states on the applicability of international law to “cyberspace” were reflected, in particular, in the “Official compendium of voluntary national contributions on the subject of how international law applies to the use of information and communications technologies by States”, which was prepared by the Group of Governmental Experts in accordance with GA resolution 73/266. This collection is composed of stances of 15 states: Australia, Brazil, Estonia, Germany, Japan, Kazakhstan, Kenya, the Netherlands, Norway, Romania, the Russian Federation, Singapore, Switzerland, the UK, and the USA.<sup>62</sup> So they have voluntarily expressed their vision of the application of international law to the use of ICTs, covering different areas: from countermeasures and international humanitarian law to human rights and sovereignty issues. In addition, several positions can be found on the official websites of national governments.

To date, there are 32 national positions and two common positions on the issue of the application of international law to the ICTs environment, with 30 states and two unions expressing their explicit position on the application of IHL to “cyberspace”. For instance, the positions of the Islamic Republic of Iran<sup>63</sup> and

<sup>57</sup> This group of states includes Australia, Canada, the Czech Republic, France, Germany, Denmark, Israel, Italy, Japan, New Zealand, Norway, the Netherlands, Pakistan, Sweden, Switzerland, the UK, and the USA.

<sup>58</sup> See e.g., International Law applicable in cyberspace (hereinafter — the Official Position of Canada). URL: [https://www.international.gc.ca/world-monde/issues\\_development-enjeux\\_developpement/peace\\_security-paix\\_sécurité/cyberspace\\_law-cyberespace\\_droit.aspx?lang=eng](https://www.international.gc.ca/world-monde/issues_development-enjeux_developpement/peace_security-paix_sécurité/cyberspace_law-cyberespace_droit.aspx?lang=eng) (accessed: 17.11.2024); Government of Denmark. Denmark’s Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace, 4 July 2023 (hereinafter — the official position of Denmark). URL: [https://brill.com/view/journals/nord/92/3/article-p446\\_007.xml](https://brill.com/view/journals/nord/92/3/article-p446_007.xml) (accessed: 17.11.2024); International law and cyberspace (hereinafter — the official position of Italy). URL: [https://www.esteri.it/wp-content/uploads/2021/12/UNIBO\\_Applicazione-dei-principi-della-Carta-delle-Nazioni-Unite-nello-spazio-cibernetico.pdf](https://www.esteri.it/wp-content/uploads/2021/12/UNIBO_Applicazione-dei-principi-della-Carta-delle-Nazioni-Unite-nello-spazio-cibernetico.pdf) (accessed: 17.11.2024).

<sup>59</sup> See the Official Position of Germany. P. 8.

<sup>60</sup> Schondorf R. *Israel’s Perspective on Key Legal and Practical Issues Concerning the Application of International Law to Cyber Operations* // *International Law Studies*. 2021. Vol. 97. № 395. P. 400.

<sup>61</sup> See the Compendium (Brazil). P. 17.

<sup>62</sup> See the Compendium.

<sup>63</sup> Declaration of General Staff of the Armed Forces of the Islamic Republic of Iran Regarding International Law Applicable to the “Cyberspace”, August 2020 (hereinafter — the Official Position of Iran). URL:

the People's Republic of China<sup>64</sup> are silent on the abovementioned matter. However, the Islamic Republic of Iran affirmed that cyber operations that result in widespread and serious material damage to property and/or persons and/or logically capable of leading to such consequences constitute the “use of force”,<sup>65</sup> but this statement refers to *jus ad bellum*.

Still, owing to the efforts of the United Nations, a certain compromise has been reached on whether *jus in bello* norms apply to the use of ICTs by states and, if so, in which cases. The consensus is that IHL partially applies to the use of ICTs by states only in situations of armed conflict. Moreover, states who have expressed their opinion on the matter have confirmed the applicability of the basic principles of IHL to “cyberspace”, such as humanity, necessity, proportionality, and distinction.<sup>66</sup>

All the official positions of states could be classified on two grounds. The first classification of states includes those that agree with the applicability of IHL norms to “cyberspace” only in the event of an armed conflict, as well as those who agree to the application of IHL norms in the absence of an armed conflict but emphasise that the cyber-attack itself may be a prerequisite for the outbreak of hostilities. The first group (confirming the application IHL to the use of ICTs in the event of armed conflict) consists of the African Union,<sup>67</sup> Cuba,<sup>68</sup> Estonia,<sup>69</sup> Kazakhstan,<sup>70</sup> Kenya,<sup>71</sup> Pakistan,<sup>72</sup> Poland,<sup>73</sup> Romania,<sup>74</sup> the Russian Federation,<sup>75</sup> and Singapore.<sup>76</sup> The second group (consenting on the application of IHL to cyber-attacks when they themselves amount to an attack or an armed conflict) includes Austria,<sup>77</sup> Brazil,<sup>78</sup> Canada,<sup>79</sup> the Czech Republic,<sup>80</sup> Denmark,<sup>81</sup> Italy,<sup>82</sup> Japan,<sup>83</sup> Israel,<sup>84</sup> France,<sup>85</sup> Costa Rica,<sup>86</sup> Finland,<sup>87</sup> Ireland,<sup>88</sup> the UK,<sup>89</sup>

---

<https://nournews.ir/En/News/53144/General-Staff-of-Iranian-Armed-Forces-Warns-of-Tough-Reaction-to-Any-Cyber-Threat> (accessed: 17.11.2024).

<sup>64</sup> China's Positions on International Rules-making in Cyberspace (hereinafter — the Official Position of China). URL: [https://www.mfa.gov.cn/eng/wjwb/zjzg\\_663340/jks\\_665232/kjlc\\_665236/qtw\\_665250/202406/t20240606\\_11405183.html](https://www.mfa.gov.cn/eng/wjwb/zjzg_663340/jks_665232/kjlc_665236/qtw_665250/202406/t20240606_11405183.html) (accessed: 17.11.2024).

<sup>65</sup> See the Official Position of Iran. Article IV.

<sup>66</sup> Group of Governmental Experts on Advancing Responsible State Behaviour in Cyberspace in the Context of International Security. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/3934214?v=pdf> (accessed: 09.12.2024).

<sup>67</sup> African Union Peace and Security Council. Common African Position on the Application of International Law to the Use of Information and Communication Technologies in Cyberspace, 29 January 2024 (hereinafter — the Official Position of the AU). URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4714756](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4714756) (accessed: 17.11.2024).

<sup>68</sup> See the Official Position of Cuba.

<sup>69</sup> See the Compendium (Estonia). P. 26–27.

<sup>70</sup> Ibid. P. 51.

<sup>71</sup> Ibid. P. 53. Unlike other members of the African Union, Kenya has separately expressed its position in the Compendium.

<sup>72</sup> See the Official Position of Pakistan.

<sup>73</sup> Ministry of Foreign Affairs of Poland. The Republic of Poland's position on the application of international law in cyberspace, 29 December 2022 (hereinafter — the Official Position of Poland). URL: [https://cyberlaw.ccdcoe.org/wiki/National\\_position\\_of\\_the\\_Republic\\_of\\_Poland\\_\(2022\)](https://cyberlaw.ccdcoe.org/wiki/National_position_of_the_Republic_of_Poland_(2022)) (accessed: 17.11.2024).

<sup>74</sup> See the Compendium (Romania). P. 77–78.

<sup>75</sup> Ibid. P. 79–83.

<sup>76</sup> See the Compendium (Singapore). P. 85.

<sup>77</sup> See the Official Position of Austria.

<sup>78</sup> See the Compendium (Brazil). P. 17.

<sup>79</sup> See the Official Position of Canada.

<sup>80</sup> See the Official Position of the Czech Republic.

<sup>81</sup> See the Official Position of Denmark.

<sup>82</sup> See the Official Position of Italy.

<sup>83</sup> See the Compendium (Japan). P. 45–50.

<sup>84</sup> Schondorf R. *Op. cit.* P. 395–406.

<sup>85</sup> Ministère des Armées (France): Manuel de droit des opérations militaires (hereinafter — the Official Position of France). URL: [https://www.defense.gouv.fr/sites/default/files/sga/Manuel%20de%20droit%20des%20op%C3%A9rations%20militaires\\_%C3%A9dition%202022.pdf](https://www.defense.gouv.fr/sites/default/files/sga/Manuel%20de%20droit%20des%20op%C3%A9rations%20militaires_%C3%A9dition%202022.pdf) (accessed: 17.11.2024).

<sup>86</sup> Ministry of Foreign Affairs of Costa Rica. Costa Rica's Position on the Application of International Law in Cyberspace, 21 July 2023 (hereinafter — the Official Position of Costa Rica). URL: [https://docs-library.unoda.org/Open-Ended\\_Working\\_Group\\_on\\_Information\\_and\\_Communication\\_Technologies\\_-\\_\\_\(2021\)/Costa\\_Rica\\_-\\_Position\\_Paper\\_-\\_International\\_Law\\_in\\_Cyberspace.pdf](https://docs-library.unoda.org/Open-Ended_Working_Group_on_Information_and_Communication_Technologies_-__(2021)/Costa_Rica_-_Position_Paper_-_International_Law_in_Cyberspace.pdf) (accessed: 17.11.2024). Page?

<sup>87</sup> Finland's National Positions. International Law and Cyberspace, 2020 (hereinafter — the Official Position of Finland). URL: <https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2020/10/finland-views-cyber-and-international-law-oct-2020.pdf> (accessed: 07.05.2023).

<sup>88</sup> Ireland: Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace (hereinafter — the Official Position of Ireland). URL: <https://www.dfa.ie/media/dfa/ourrolepolicies/internationallaw/Ireland---National-Position-Paper.pdf> (accessed: 17.11.2024).

<sup>89</sup> See Compendium (the UK). P. 118–119.

Germany,<sup>90</sup> the European Union,<sup>91</sup> New Zealand,<sup>92</sup> Norway,<sup>93</sup> the Netherlands,<sup>94</sup> Sweden,<sup>95</sup> Switzerland,<sup>96</sup> Australia,<sup>97</sup> and the USA.<sup>98</sup>

The second classification is based on the qualification of a cyber-attack either as an attack or as an armed conflict. Consequently, states can be divided into (i) those that have stated that a cyber-attack can reach the threshold of an attack, and (ii) those that have indicated that a cyber-attack can reach the level of an armed conflict *per se*. Accordingly, the “attack” group includes Australia, Austria, Canada, the Czech Republic, the European Union, Germany, Denmark, Israel, Italy, Japan, New Zealand, Norway, the Netherlands, Sweden, Switzerland, France, the UK, and the USA. The “armed conflict” group consists of Brazil, Costa Rica, Ireland, and Finland. It is important to note that, in the opinion of most states, a cyber-attack must necessarily cause either death or harm to individuals or physical damage to objects. Furthermore, some states that have resorted to cyber-attacks in the context of armed conflicts have not prepared their position papers, referring to Azerbaijan, Armenia, Georgia, and Ukraine.

As an intermediate conclusion, it should be emphasised that a cyber-attack can be qualified as a military operation, an attack, and an armed conflict, based on the stances of those states that have taken a position on the application of IHL to “cyberspace”. It follows that there is fragmentation in state practice since current official positions are classified into two “opposing camps”: absolute and limited paradigms on the issue of the application of IHL to the use of ICTs. As noted earlier, there is no rule of customary international law. Therefore, the position of the majority of states, which allows the qualification of cyber-attacks as an attack and armed conflict, does not constitute a legally binding rule for the entire international community. In fact, the current norm-setting process is in a sense “on thin ice”. In this respect, “stretching” *jus in bello* to cybernetic activities creates threats for the international community due to prospective militarisation of “cyberspace”.

#### 4. The “Sisyphean task” or the recognition of data as an object under IHL

As mentioned in the introduction, personal data is often the target of a cyber-attack. In this regard, the debate on the recognition of data as an “object” under IHL contributes to the understanding of how and why states (adherents of the absolute paradigm) qualify cyber-attacks as a military operation, an attack, and an armed conflict. Thus, the legal qualification of cyber-attacks depends on whether and to what extent states recognise data as an “object” under IHL. This part of the study discusses theoretical approaches and official positions on the question of whether data should be considered an object under IHL. It is highly important to address this issue as “attacks” are generally allowed only against military objectives.

At the present time, there are three key approaches to the qualification of data as an object under IHL: literal, analogist, and functional.<sup>99</sup> Out of 30 states which commented on the application of IHL to “cyberspace”, only 11 have addressed the issue of qualifying data as an object under IHL. It follows that state practice concerning the recognition of data as an object under IHL is scarce. Furthermore, there is no universal vector on this question, even within the states belonging to the single camp (adherents of the absolute paradigm).

---

<sup>90</sup> See the Official Position of Germany.

<sup>91</sup> Declaration by the European Union and its Member States on a Common Understanding of the Application of International Law to Cyberspace (hereinafter — the Official Position of the EU).  
URL: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15833-2024-INIT/en/pdf> (accessed: 09.12.2024).

<sup>92</sup> See the Official Position of New Zealand.

<sup>93</sup> See Compendium (Norway). P. 74–75.

<sup>94</sup> Ibid. P. 59–60.

<sup>95</sup> Government Offices of Sweden, Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace, July 2022. URL: [https://cyberlaw.ccdcoe.org/wiki/National\\_position\\_of\\_the\\_Kingdom\\_of\\_Sweden\\_\(2022\)](https://cyberlaw.ccdcoe.org/wiki/National_position_of_the_Kingdom_of_Sweden_(2022)) (accessed: 17.11.2024) (hereinafter — the Official Position of Sweden).

<sup>96</sup> Federal Department of Foreign Affairs. Switzerland's Position Paper on the Application of International Law in Cyberspace, May 2021 (hereinafter — the Official Position of Switzerland).  
URL: [https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/20210527-Schweiz-Annex-UN-GGE-Cybersicherheit-2019-2021\\_EN.pdf](https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/20210527-Schweiz-Annex-UN-GGE-Cybersicherheit-2019-2021_EN.pdf) (accessed: 17.11.2024).

<sup>97</sup> Australia's Submission on International Law to be Annexed to the Report of the 2021 Group of Governmental Experts on Cyber (hereinafter — the Official Position of Australia).  
URL: [https://ccdcoe.org/uploads/2018/10/Australia\\_submission-on-international-law-to-be-annexed-to-the-report-of-the-2021-Group-of-Governmental-Experts-on-Cyber.pdf](https://ccdcoe.org/uploads/2018/10/Australia_submission-on-international-law-to-be-annexed-to-the-report-of-the-2021-Group-of-Governmental-Experts-on-Cyber.pdf) (accessed: 17.11.2024).

<sup>98</sup> Ibid. P. 138–139.

<sup>99</sup> Mačák K. *Unblurring the Lines: Military Cyber Operations and International Law* // Journal of Cyber Policy. 2021. Vol. 6. № 3. P. 421–422.



#### 4.1. The literal interpretation of the concept “object” under IHL

In fact, the recognition of data as an object is not directly regulated by IHL. Nevertheless, the ordinary meaning of the concept “object” is derived from the provisions of the AP I and its Commentary. Article 48 of the AP I envisages a distinction principle according to which the belligerents are under obligation to distinguish between the civilian population and combatants as well as between civilian objects and military objectives.<sup>100</sup> Paragraph 2 of Article 52 of the AP I clarifies what military objectives are by providing a two-tier test: (i) their nature, location, purpose or use make an effective contribution to military action; (ii) their total or partial destruction, capture or neutralisation, in the circumstances ruling at the time, offers a definite military advantage.<sup>101</sup> The definition of a civilian object is derived from the absence of features of a military objective, meaning “presumption of civilian nature”.<sup>102</sup>

In addition, the AP I specifies that attacks within the meaning of Article 48 must be strictly limited to military objectives. In this respect, it is worth analysing the ordinary meaning of the concept of “object” under IHL. The interpretation of this concept can be found in the Commentary to the AP I of 1978. The authors of the Commentary note that the term “object” means “something that is visible and tangible”, based on the content of the English (“object”) and French (“bien”) texts of the AP I.<sup>103</sup> Thus, data is not “object” under IHL based on literal interpretation of the AP I. Among the commentators, O. Pomson contends that the term “object” refers to material things under customary international law and therefore computer data cannot be regarded as an object under IHL.<sup>104</sup> M. N. Schmitt prefers to exclude data *per se* from the concept of an object under IHL stressing that the belligerents often use cyber psychological operations, which are aimed at destroying or altering data and disrupting civilian media activities.<sup>105</sup> It seems therefore, that it is impossible to qualify a cyber-attack on personal data as an attack in the meaning of Article 48 of the AP I since it can only be directed against tangible and visible things which, according to the distinction principle, meet the requirements of a military objective. However, those states that qualify cyber-attacks on personal data as attacks in the meaning of Article 48 of the AP I use other tools of the interpretation, such as analogist and functional theories.

#### 4.2. The analogist and functional approaches to the interpretation of the term “object”

The analogist approach is based on the application of analogy in international law,<sup>106</sup> in particular with respect to the law of targeting. This theory is maintained by ICRC’s legal advisers. The “guardians of IHL” are convinced that the protection of civilian data from cyber-attacks in the context of armed conflict is becoming an increasingly urgent problem. The resolution of the 34th International Conference of the Red Cross and Red Crescent expressed a deep concern about data protection from malicious ICT activities.<sup>107</sup> The resolution also addresses the protection of humanitarian data.<sup>108</sup>

Some ICRC’s legal advisers contend that data is an essential component of the digital sphere and a cornerstone of life in many communities, concerning personal medical data, social insurance data, tax reports, bank accounts.<sup>109</sup> The ICRC’s legal advisers apply the term “civilian data” in respect of personal data.<sup>110</sup> In this regard, the norms of the law of targeting should also be applied to civilian data as cyber-attacks leading to the disruption of public services and private businesses can cause more damage to the civilian population than the destruction of physical objects.<sup>111</sup> Furthermore, a narrow definition of

<sup>100</sup> See the AP I.

<sup>101</sup> Ibid.

<sup>102</sup> David E. *Printsipy prava vooruzhennykh konfliktov* [*Principles of the Law of Armed Conflict*], Moscow: The ICRC, 2011. P. 284.

<sup>103</sup> Commentary to the AP I. § 2008.

<sup>104</sup> Pomson O. ‘Objects’? *The Legal Status of Computer Data under International Humanitarian Law* // *Journal of Conflict and Security Law*. 2023. Vol. 28. № 2. P. 380.

<sup>105</sup> Schmitt M. N. *Wired Warfare 3.0: Protecting the Civilian Population during Cyber Operations* // *International Review of the Red Cross*. 2019. Vol. 101. № 910. P. 342.

<sup>106</sup> Vöneky S. *Analogy in International Law* // *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* / ed. by R. Wolfrum. Oxford : Oxford University Press, 2008.

<sup>107</sup> ICRC. Resolution ‘Protecting Civilians and Other Protected Persons and Objects Against the Potential Human Cost of ICT Activities During Armed Conflict’.

URL: <https://www.icrc.org/en/document/protecting-civilians-against-digital-threats-during-armed-conflict> (accessed 07.12.2024).

<sup>108</sup> Ibid.

<sup>109</sup> Laurent G., Tilman R., Knut D. *Op. cit.* P. 20.

<sup>110</sup> Ibid.

<sup>111</sup> ICRC. *International Humanitarian Law and Cyber Operations during Armed Conflicts*, 2019.

URL: [https://www.icrc.org/sites/default/files/document/file\\_list/icrc\\_ihl-and-cyber-operations-during-armed-conflicts.pdf](https://www.icrc.org/sites/default/files/document/file_list/icrc_ihl-and-cyber-operations-during-armed-conflicts.pdf) (accessed 17.11.2024).

“civilian objects” under IHL would expose a legal *lacuna* in order to protect civilian data or personal data.<sup>112</sup> Most of states that commented the issue of recognising data as an object under IHL are supporting the analogist approach, including Austria,<sup>113</sup> Brazil,<sup>114</sup> Costa Rica,<sup>115</sup> Finland,<sup>116</sup> France,<sup>117</sup> Germany,<sup>118</sup> Norway,<sup>119</sup> Romania,<sup>120</sup> Switzerland.<sup>121</sup> To illustrate, France states that content data (civilian, medical or bank) is protected under the distinction principle.<sup>122</sup> According to Romania, cyber-attacks can only be directed against that data which qualifies as military objectives.<sup>123</sup> This approach is mainly based on policy considerations rather than on existing legal norms governing the issue of targeting. The author acknowledges that such an approach can be justified on the grounds of special protection of civilian and humanitarian data. The scope of the discussion depends on the political views of each state, however, it goes beyond the *lex lata*.

Another approach is functional; its adherents are experts of the Tallinn Manuals. They unanimously agree that computers, computer networks and other material components of the cyber infrastructure may be considered objects under the law of targeting.<sup>124</sup> Nevertheless, their opinions on the legal status of the data were divided. The position of most experts focuses on the fact that the ordinary meaning of the term “object”, which was discussed in the Commentary to the AP I, cannot be interpreted as data-related since objects are visible and tangible.<sup>125</sup> In contrast, others have stated that either all or some types of data should be considered as an object under IHL. Therefore, the “modern meaning” of the notion of the object in society and its interpretation in the light of object and purpose of the AP I should lead to the conclusion that data is an object for the purposes of the law of targeting.<sup>126</sup> It is worth noting that experts agreed that any cyber-attack conducted against data with the expected injury or death to people, as well as damage or destruction of objects, would constitute an attack, to which targeting rules apply.<sup>127</sup> Accordingly, cyber-attacks against data would not fall within the scope of the relevant norms of IHL unless the attack in question resulted in some physical effect and/or loss of functionality of the target system or network.<sup>128</sup> The functional approach was reflected in the official positions of Chile,<sup>129</sup> Denmark,<sup>130</sup> and Israel.<sup>131</sup> For instance, Denmark emphasises that an operation targeting data on which the functionality of an object depends can be considered an attack, depending on the nature and degree of damage that is expected to result from this operation.<sup>132</sup> This approach seems to be dangerous for the qualification of data as an object under IHL, as it aims at the militarisation of “cyberspace” which is expressed in the fact that a cyber-attack on personal data resulting in some physical effect and/or loss of functionality of the target

<sup>112</sup> Horowitz J. *Cyber Operations under International Humanitarian Law: Perspectives from the ICRC*. ASIL Insights, 19 May 2020. URL: <https://www.asil.org/insights/volume/24/issue/11/cyber-operations-under-international-humanitarian-law-perspectives-icrc> (accessed: 17.11.2024).

<sup>113</sup> See the Official Position of Austria.

<sup>114</sup> See Compendium. P. 22–23.

<sup>115</sup> See the Official Position of Costa Rica.

<sup>116</sup> See the Official Position of Finland.

<sup>117</sup> See the Official Position of France.

<sup>118</sup> See the Official Position of Germany.

<sup>119</sup> Norway, *Manual i krigens folkerett*, 2013.

URL: [https://fhs.brage.unit.no/fhs-xmlui/bitstream/handle/11250/194213/manual\\_krigens\\_folkerett.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://fhs.brage.unit.no/fhs-xmlui/bitstream/handle/11250/194213/manual_krigens_folkerett.pdf?sequence=1&isAllowed=y) (accessed: 17.11.2024).

<sup>120</sup> See Compendium (Romania). P. 78.

<sup>121</sup> See the Official Position of Switzerland.

<sup>122</sup> See the Official Position of France.

<sup>123</sup> See Compendium (Romania). P. 78.

<sup>124</sup> Tallinn Manual. P. 124–125.

<sup>125</sup> Commentary to the AP I. § 2007–2008.

<sup>126</sup> Mačák K. *Military Objectives 2.0: The Case for Interpreting Computer Data as Objects under International Humanitarian Law* // *Israel Law Review*. 2015. Vol. 48. № 1. P. 80.

<sup>127</sup> McCormack T. *International Humanitarian Law and the Targeting of Data* // *International Law Studies*. 2018. Vol. 94. № 1. P. 222–240.

<sup>128</sup> Schmitt M.N. *Tallinn Manual 2.0 on International Law Applicable to Cyber Operations*. 2nd ed. Cambridge : Cambridge University Press, Cambridge. 2017 (hereinafter — Tallinn Manual 2.0). P. 437.

<sup>129</sup> Chile, Response submitted by Chile to the OAS Inter-American Juridical Committee Questionnaire (14 January 2020), cited in OAS, *Improving Transparency: International Law and State Cyber Operations: Fifth Report*. URL: [https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/themes\\_recently\\_concluded\\_International\\_law\\_State\\_cyber\\_operations\\_FINAL\\_REPORT.pdf](https://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/themes_recently_concluded_International_law_State_cyber_operations_FINAL_REPORT.pdf) (accessed: 17.11.2024).

<sup>130</sup> Ministry of Defence of Denmark. *Military Manual on International Law Relevant to Danish Armed Forces in International Operations*, 2016 (hereinafter — the Official Position of Denmark).

URL: <https://www.onlinelibrary.ihl.org/wp-content/uploads/2021/05/DK-Military-Manual-International-Operations.pdf> (accessed: 17.11.2024).

<sup>131</sup> Schondorf R. *Op. cit.* P. 401.

<sup>132</sup> See the Official Position of Denmark.

system or network will constitute an attack (a defensive or offensive act of violence against the adversary).

Applying the above approaches to the question of qualifying cyber-attacks on personal data, the following conclusions on potential scenarios can be drawn.

The first scenario: if the state does not consider personal data to be an object under IHL, then cybernetic activities against such data would not constitute a gross violation of IHL. Since data is not an “object” for the purposes of IHL, it does not have to meet the criteria of a military objective for a cyber-attack against it to be legal under IHL.<sup>133</sup> This case illustrates a “gray zone” of modern IHL.

The second scenario: if the state admits that a sensitive type of data (civilian and humanitarian) can be an “object” under IHL, then in the case of a cyber-attack on this type of data, the state will probably speak of a grave breach of IHL, since this data is recognised as a civilian object. Thus, cyber-attacks on this type of data are prohibited.

The third scenario: if the state considers that a cyber-attack can have consequences in the form of physical damage to network systems, this state recognizes that data can qualify as an “object”, but its nature (civilian or military) depends on the circumstances. Therefore, such “cyber-attacks” can be permissible insofar as this data meets the criteria of the definition of a military objective.<sup>134</sup>

To sum up, the most appealing approach to the question of the data qualification is a literal interpretation, as it is based on the existing targeting norms (*lex lata*), which clarify that “objects” under IHL are things that can be touched and seen. Applying such an approach, it can be concluded that there is no option to qualify cyber-attacks on personal data under IHL. Therefore, this approach does not answer the research question. However, drawing on other theories of data qualification, there are two ways of interpreting the notion of “object” broadly through the lens of policy considerations and legal gaps (*lex ferenda*). The author agrees with the position of the ICRC’s legal advisers, who argue for the protection of civilian and humanitarian data from cyber-attacks in times of armed conflicts. Nevertheless, based on the analogist approach, personal data as a civilian object will be under the general protection against any attack (including cybernetic). Thus, only in the context of application of the functional approach cyber-attacks launched on personal data may constitute an attack under certain conditions, including implications in the form of physical effect and/or loss of functionality of the target system or network. It should be noted that there is no consensus on the norm-setting concerning the recognition of data as an object under IHL in the official positions of states. Even those who adhere to the absolute paradigm take different positions. However, the majority of them support the application of the analogist approach in order to protect sensitive types of data in the event of armed conflict.

## 5. Potential scenarios for qualifying cyber-attacks on personal data: skating on thin ice

This part of the study is devoted to a range of potential scenarios in which cyber-attacks on personal data can be qualified as a military operation, an attack, and an armed conflict. For the purposes of this section, the functional approach should be applied, as it allows for the possibility of qualifying cybernetic actions on personal data (immaterial thing) as kinetic. Thus, three options for qualifying cyber-attacks on personal data are examined: a military operation, an attack, and an armed conflict.

The first option is a military operation, which means all movements, manoeuvres and other activities of any kind undertaken by the armed forces with a view to combat. In this case, cyber-attacks of any kind launched by the armed forces in order to conduct combat operations in the event of an armed conflict, alongside conventional weapons. For example, in the context of an armed conflict, state B launches a cyber-attack on the data systems of the Ministry of Defense (military objective), resulting in the deletion of records containing information on military strategy (military data). Such a cyber-attack can be considered a military operation. Therefore, cyber-attacks can be equated with the use of conventional weapons. In this respect, the use of malicious ICTs in the event of armed conflict must comply with the basic principles of IHL, such as necessity, humanity, distinction and proportionality. Nevertheless, a cyber-attack directed against hospitals or schools containing civilian data would constitute a grave violation of the principle of distinction.

<sup>133</sup> Scenario 12: Cyber operations against computer data.

URL: [https://cyberlaw.ccdcoe.org/wiki/Scenario\\_12:\\_Cyber\\_operations\\_against\\_computer\\_data](https://cyberlaw.ccdcoe.org/wiki/Scenario_12:_Cyber_operations_against_computer_data) (accessed: 10.12.2024).

<sup>134</sup> Ibid.

Another instance is a situation where state N carries out a cyber-attack on the building of state M where both the personal data of civilians and the military data is stored, resulting in the deletion of the data of some civilians. Accordingly, this cyber-attack will be assessed according to the principle of proportionality: whether the military advantage outweighs the damage to the civilian object (the deletion of civilian data). In order to qualify a cyber-attack on personal data as a military operation, the most important element is the *context criterion* that must be met. The experts of the Tallinn Manuals understand the “context” as the concept that refers either to the fact that operations are conducted by the belligerent against the enemy or that they are conducted to facilitate the military efforts of the belligerent.<sup>135</sup> Another criterion is the *nexus* between cybernetic activity and armed conflict. By way of illustration, Austria considers that there must be a sufficient nexus of cybernetic activity and armed conflict, meaning a cyber-attack is carried out by one party to the conflict against the other, and which must contribute to the military efforts of the former.<sup>136</sup> Thus, two criteria for qualifying cyber-attacks on personal data as a military operation can be developed: context and nexus.

The second option is an attack which implies defensive or offensive acts of violence against the enemy in the meaning of Article 48 of the AP I. For example, in the absence of an armed conflict, the armed forces of state A conduct an offensive cyber-attack against the industrial control systems of a wastewater treatment plant in state B, altering critical data sets necessary to maintain the correct level and composition of chemicals for the treatment of drinking water in a large city.<sup>137</sup> This cyber-attack may qualify as an attack since it results in the shutdown of the facility, i.e. the damage to the civilian object. Therefore, this cyber-attack is not permitted as it is directed against the civilian object. Besides, the experts of the Tallinn Manuals consider that a cyber-attack that causes a fire at a small military objective would be enough to commence an international armed conflict.<sup>138</sup> As a real-life example it is worth recalling a situation when the air strike by Israel in 2019 targeting a building in Gaza in response to a possible cyber-attack carried out by the group Hamas.<sup>139</sup> This was the first time that the alleged cyber-attack was accompanied by a real kinetic attack on the object. Another illustrative example is the case of the Düsseldorf hospital where a patient died as a result of a cyber-attack. The hospital was unable to admit her because its systems had been knocked out by a cyber-attack, involving the use of ransomware. German prosecutors then began investigating the patient’s murder.<sup>140</sup>

Based on the official positions of states, the main criterion for qualifying a cyber-attack as attack is the consequences in the form of injury or death of people, as well as damage or destruction of objects. Accordingly, whenever an attack on data results in injury or death of individuals or damage or destruction of physical objects, these persons or objects become the “target of attack”. Furthermore, a cyber-attack on data upon which the functionality of physical objects depends sometimes constitutes an attack.<sup>141</sup> This approach is followed by the majority of states that have chosen the absolute paradigm (Australia, Brazil, Canada, Costa Rica, the Czech Republic, Denmark, the European Union, Finland, France, Germany, Ireland, Israel, Italy, Japan, New Zealand, Norway, the Netherlands, Pakistan, Sweden, Switzerland, the UK, and the USA). To give an example, Canada states that injury or death to persons or damage or destruction to objects includes harmful effects above a *de minimis* threshold on cyber infrastructure, or the systems that rely on it.<sup>142</sup> Interestingly, there is a link between the official positions on the application of IHL to “cyberspace” and on the recognition of data as an object under IHL. Thus, Denmark and Israel follow the functional approach (partially recognising data as an object under IHL), while at the same time allowing for the possibility of qualifying a cyber-attack on personal data as an attack. Thus, the following criterion for qualifying a cyber-attack on personal data as an attack can be developed: the consequences in the form of injury or death of people, as well as damage or destruction of objects. The main problem

<sup>135</sup> Tallinn Manual. P. 96–97.

<sup>136</sup> See the Official Position of Austria.

<sup>137</sup> Geiss R., Lahmann H. *Protection of Data in Armed Conflict* // International Law Studies. 2021. Vol. 97. № 556. P. 558.

<sup>138</sup> Tallinn Manual 2.0. P. 383.

<sup>139</sup> Israel Responds To Cyber Attack With Air Strike On Cyber Attackers In World First.

URL: <https://www.forbes.com/sites/zakdoffman/2019/05/06/israeli-military-strikes-and-destroyshamas-cyber-hq-in-world-first/?sh=29a9597fafb5> (accessed: 10.12.2024).

<sup>140</sup> Prosecutors Open Homicide Case After Cyber-Attack on German Hospital.

URL: <https://www.theguardian.com/technology/2020/sep/18/prosecutors-open-homicide-case-after-cyber-attack-on-german-hospital> (accessed 17.11.2024).

<sup>141</sup> Tallinn Manual 2.0. P. 416.

<sup>142</sup> See the Official Position of Canada.

with such a qualification, however, is that it leaves open the possibility that a cybernetic activity could lead to a kinetic one, as has been demonstrated in the case of Israel.

The third option is an armed conflict, which is quite challenging to prove. In this case, a cyber-attack *per se* crosses the threshold of violence. The threshold of violence in international armed conflict is low, while it is very high in the context of a non-international armed conflict. In the current time, only four states allow the possibility of characterising a cyber-attack as an armed conflict: Brazil, Costa Rica, Finland, and Ireland. For instance, Finland emphasises that in assessing the cyber-attack it is necessary to know whether it causes prohibited harm, including foreseeable direct and indirect effects.<sup>143</sup> Moreover, in Ireland's view, cyber-attacks must have effects similar to those of physical military operations constituting armed force in order to bring into existence (i) an international armed conflict if they are conducted between states, and (ii) can bring into existence a non-international armed conflict if the two requirements of intensity of conflict and level of organisation are met.<sup>144</sup> It is worth noting that history does not yet know examples where a cyber-attack was considered a precondition for an armed conflict. Thus, the main criterion for qualifying a cyber-attack as an armed conflict is the crossing by this cybernetic activity of the threshold of violence, which is different for an international and non-international armed conflicts.

To summarise, a cyber-attack on personal data can be qualified as a military operation, an attack, and an armed conflict according to the following criteria: (i) the context and nexus (a military operation); (ii) consequences in the form of injuries or deaths, damage, or destruction of objects (an attack); (iii) a threshold of violence (an armed conflict). As a result, the easiest option of the qualification is the first scenario when a cyber-attack is carried out as part of an ongoing armed conflict. Regarding the second scenario, it is worth noting that state practice on such a qualification is scarce. The last option of the qualification is really dangerous within the framework of modern IHL since it leads to the militarisation of "cyberspace" that is accompanied by transformation of contemporary armed conflicts.

## 6. Comparing positions of the Russian Federation and the United States

First of all, it should be emphasised that neither the Russian Federation nor the United States expressed their position on the issue of the recognition of data as an object under IHL. Nevertheless, these states commented on the application of IHL to "cyberspace".

Basically, the Russian Federation and the United States hold opposing positions on the question of application of IHL to the use of ICTs. On the one hand, Russia pays attention to the fact that the humanitarian aspects of information security and the ethics of its use are becoming the most important elements of global, national, public and personal security in the modern world. The Russian Federation supports a "window of opportunity" to conclude new treaties to strengthen international information security.<sup>145</sup> However, its position is silent on the issue of data protection, especially in times of armed conflict. In general, Russia is a proponent of the limited paradigm, which means that it considers that IHL applies to the use of ICTs only in the case of armed conflict.

The United States, on the other hand, is an adherent to the absolute paradigm, i.e. it advocates "stretching" the scope of IHL to cyber-attacks carried out in the absence of hostilities. By way of illustration, in his remarks of 10 November 2016, US legal adviser B. Egan stated that, although "not all cyber operations rise to the level of an 'attack' as a legal matter under the law of armed conflict", it is nevertheless possible to determine such cyber operation as an attack, "considering, among other things, whether a cyber activity results in kinetic or non-kinetic effects, and the nature and scope of those effects, as well as the nature of the connection, if any, between the cyber activity and the particular armed conflict in question".<sup>146</sup> Therefore, the representatives of the United States opined that the criterion of kinetic effects was not relevant in respect of the qualification of a cyber-attack as an attack. When comparing two positions of the states concerned it should be noted that emphasising that these are "headliners" in the application of international law in general: while the Russian Federation expresses mainly its concerns on

<sup>143</sup> See the Official Position of Finland.

<sup>144</sup> See the Official Position of Ireland.

<sup>145</sup> Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation. Interview of the Director of the Department of International Information Security of the Russian Foreign Ministry A.V. Krutskikh. *Global Cyber Warfare: a Diplomatic Victory // International Life*. 7 June 2021. URL: [https://www.mid.ru/ru/foreign\\_policy/un/1752094/](https://www.mid.ru/ru/foreign_policy/un/1752094/) (accessed: 17.11.2024).

<sup>146</sup> Egan B. *Remarks on International Law and Stability in Cyberspace*. Speech at Berkeley Law School, 10 November 2016. URL: <https://2009-2017.state.gov/s/l/releases/remarks/264303.htm> (accessed: 17.11.2024).

the of criminalisation of cybernetic activities (criminal lawmaking track), the United States focuses on “stretching” modern *jus in bello* to non-kinetic (cybernetic) activities (military lawmaking track).

### Concluding remarks

Answering the first part of the research question, it should be noted that a cyber-attack on personal data may qualify as a military operation, an attack and even an armed conflict. This qualification is possible if this cyber-attack meets certain requirements. As a result, the author has developed the following criteria: (i) the context and nexus (a military operation); (ii) consequences in the form of injuries or deaths, damage, or destruction of objects (an attack); (iii) a threshold of violence (an armed conflict). Furthermore, the author concludes that the qualification of cyber-attacks on personal data depends on the state's position on the issue of recognising data as an object under IHL, as demonstrated by the examples of Denmark and Israel.

For the purposes of the study, an evolutionary approach has been used to interpret the conventional concepts since the ordinary meaning of the terms does not allow their application to cybernetic activities. Based on the analysis of the current official positions of states on the issue of the application of IHL to “cyberspace”, there is fragmentation in state practice, since current official positions are classified into two “opposing camps”: absolute and limited paradigms. Besides, there is no rule of customary international law as the position of those states, who allow the qualification of cyber-attacks as an attack and armed conflict, does not constitute a legally binding rule for the entire international community.

Moreover, since the literal interpretation of the provisions of the AP I clarifies that an object under IHL is something that can be seen and touched, data is not included in this meaning (*lex lata*). However, based on policy considerations, it appears the position in favour of protecting a sensitive type of data (e.g. civilian and humanitarian) from cyber-attacks in times of armed conflicts (*lex ferenda*) is justified. Thus, a literal interpretation of the concept of object under IHL creates a “grey area”, as there is no legal protection for civilian and humanitarian data that may be disrupted in the event of armed conflict. It is worth mentioning the “Martens clause”, which remains applicable in any event where IHL is silent, and which could fill the legal *lacunas* in the protection of sensitive types during armed conflicts.

Overall, the author is convinced that “stretching” *jus in bello* to activities carried out in “cyberspace” creates threats for the international community if a cyber-attack can be qualified as an attack or can serve as a precondition for the outbreak of kinetic hostilities. Those states that adhere to the absolute paradigm contribute to the militarisation of “cyberspace”, i.e. its transformation into a new domain of hostilities.

---

## ПО ТОНКОМУ ЛЬДУ: КВАЛИФИКАЦИЯ КИБЕРАТАК НА ПЕРСОНАЛЬНЫЕ ДАННЫЕ В СООТВЕТСТВИИ С МЕЖДУНАРОДНЫМ ГУМАНИТАРНЫМ ПРАВОМ

АБРАШИН Р. П.

Абрашин Роман Петрович — младший юрист, Центр международного права на Чистых прудах, Москва, Россия (rpabrashin@gmail.com). ORCID: 0000-0003-4891-359X.

### Аннотация

В статье анализируется возможность и обстоятельства квалификации кибератак на персональные данные с точки зрения международного гуманитарного права (далее — МГП). Автор рассматривает три варианта квалификации кибератак на персональные данные: военная операция, нападение и вооруженный конфликт. Часто именно персональные данные становятся объектом кибератаки. Ввиду этого обстоятельства дискуссия о признании данных «объектом» в соответствии с МГП способствует решению вопроса о юридической квалификации кибератаки, которая зависит, в частности, от того, признают ли государства данные «объектом» в соответствии с МГП, и в какой степени. В отсутствие международного договора, регулирующего применение МГП к злонамеренному использованию ИКТ, основное внимание в исследовании уделяется существующим источникам МГП (Женевским конвенциям, Дополнительным протоколам, принципам), международному обычному праву, а также судебным решениям и правовым доктринам, выступающим вспомогательным средством определения правовых норм. Особое внимание уделяется позициям Российской Федерации и Соединенных Штатов по вопросу о применении МГП к кибернетической деятельности. В результате автор приходит к выводу, что кибератака на персональные данные может квалифицироваться как военная операция, нападение и предпосылка вооруженного конфликта, и предлагает возможные критерии для такой квалификации. Автор убежден, что распространение *jus in bello* на кибернетическую деятельность создает угрозы для международного сообщества ввиду потенциальной милитаризации «киберпространства».

## Ключевые слова

кибератака, *jus in bello*, нападение, вооруженный конфликт, персональные данные

**Для цитирования:** Абрашин Р.П. *По тонкому льду: квалификация кибератак на персональные данные в соответствии с международным гуманитарным правом* // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 4. С. 36–52.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.24743>

## References / Список источников

- Ardilla Castro C. A., Ramírez Benítez E., Cubides-Cárdenas J. (2020) International Humanitarian Law and Its Significance for Current and Future Military Operations. *Revista Científica General José María Córdova*, vol. 18, no. 32, pp. 857–882.
- Chang Z. (2017) Cyberwarfare and International Humanitarian Law. *Creighton International and Comparative Law Journal*, vol. 9, no. 1, pp. 29–53.
- David E. (2011) *Printsipy prava vooruzhennykh konfliktov* [Principles of the Law of Armed Conflict], Moscow: The ICRC.
- Dörr O., Schmalenbach K. (eds.) (2018). *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, Heidelberg: Springer Berlin.
- Garkusha-Bozhko S. Yu. (2021) *Mezhdunarodnoe gumanitarnoe pravo v kiberprostranstve: ratione materiae, ratione temporis i problema kvalifikatsii kiberatak* [International Humanitarian Law in Cyberspace: Ratione Materiae, Ratione Temporis and Problem of Cyber-Attack Qualification]. *Tsifrovoe pravo*, vol. 2, no. 1, pp. 64–80. (In Russian).
- Garkusha-Bozhko S. Yu. (2023) *Opreделение vooruzhennogo konflikta v kiberprostranstve* [The Definition of Armed Conflict in Cyberspace] // *Vestnik of Saint Petersburg University. Law*, vol. 14, no. 1, pp. 194–210. (In Russian).
- Geiss R., Lahmann H. (2021) Protection of Data in Armed Conflict. *International Law Studies*, vol. 97, no. 556, pp. 556–572.
- Faisal S., Emad A. A., Sultan I. A. (2022) International Responsibility Arising from Cyberattacks in the Light of Contemporary International Law. *International Journal of Cyber Criminology*, vol. 16, no. 1, pp. 156–169.
- Ivanova K. A., Myltykbaev M. Zh., Shtodina D. D. (2022) *Ponyatie kiberprostranstva v mezhdunarodnom prave* [The Concept of Cyberspace in International Law]. *Pravoprimerenie*, vol. 6, no. 4, pp. 32–44. (In Russian).
- Kapustin A. Ya. (2022) *Suverenitet gosudarstva v kiberprostranstve: mezhdunarodno-pravovoe izmerenie* [Sovereignty in Cyberspace: International Legal Dimension]. *Zhurnal zarubezhnogo zakonodatel'stva i sravnitel'noogo pravovedeniya*, vol. 18, no. 6, pp. 99–108.
- Laurent G., Tilman R., Knut D. (2020) Twenty Years On: International Humanitarian Law and the Protection of Civilians Against the Effects of Cyber Operations During Armed Conflicts. *International Review of the Red Cross*, vol. 102, no. 913, pp. 287–334.
- Mačák K. (2015) Military Objectives 2.0: The Case for Interpreting Computer Data as Objects under International Humanitarian Law. *Israel Law Review*, vol. 48, no. 1, pp. 55–80.
- Mačák K. (2021) Unblurring the Lines: Military Cyber Operations and International Law. *Journal of Cyber Policy*, vol. 6, no. 3, pp. 411–428.
- Manevich V. V. (2024) *Mezhdunarodno-pravovoe regulirovanie primeneniya kibersredstv pri vedenii vooruzhennykh konfliktov: pravovye osnovy i nauchnye discussii* [International Legal Regulation of the Use of Cyber Means in Armed Conflicts: Legal Foundations and Scientific Discussions]. *Zakon i Pravo*, vol. 12, no. 2, pp. 275–282. (In Russian).
- McCormack T. (2018) International Humanitarian Law and the Targeting of Data. *International Law Studies*, vol. 94, no. 1, pp. 222–240.

- Ottis R. (2008) Analysis of the 2007 Cyber Attacks Against Estonia From the Information Warfare perspective. 7th European Conference on Information Warfare and Security 2008, pp. 163–168.
- Pomson O. (2023) 'Objects'? The Legal Status of Computer Data under International Humanitarian Law. *Journal of Conflict and Security Law*, vol. 28, no. 2, pp. 349–387.
- Roscini M. (2014) *Cyber Operations and the Use of Force in International Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Rusinova V.N. (2018) Mezhdunarodno-pravovoy printsip nevmeshatel'stva i kiberoperatsii: neopravdannye ozhidaniya? [The International Legal Principle of Non-interference and Cyber-operations: Unjustified Expectations?]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 1, pp. 38–52. (In Russian).
- Rusinova V.N. (2022) Mezhdunarodno-pravovaya kvalifikatsiya vredonosnogo ispol'zovaniya informatsionno-kommunikatsionnykh technologii: v poiskakh konsesusa [Qualification of Harmful Use of Information and Communications Technologies Under International Law: In Search of a Consensus]. *Moscow Journal of International Law*, no. 1, pp. 38–51. (In Russian).
- Schmitt M.N. (2013) *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Schmitt M.N. (2017) *Tallinn Manual 2.0 on International Law Applicable to Cyber Operations*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press.
- Schmitt M.N. (2019) *Wired Warfare 3.0: Protecting the Civilian Population during Cyber Operations*. *International Review of the Red Cross*, vol. 101, no. 910, pp. 333–355.
- Schondorf R. (2021) Israel's Perspective on Key Legal and Practical Issues Concerning the Application of International Law to Cyber Operations. *International Law Studies*, vol. 97, no. 395, pp. 395–406.
- Spaic B. (2023) Evolutionary and Static Interpretation. In: Załuski W. (ed.) *Research Handbook on Legal Evolution*, Edward Elgar Publishing.
- Veljković S. (2024) Possibility of Applying the Rules of International Humanitarian Law to Cyber Warfare. *Pravo – Teorija I Praksa*, vol. 41, no. 3, pp. 17–28.
- Vöneky S. (2008) Analogy in International Law. In: Wolfrum R. (ed.) *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press.



---

## AT THE INTERSECTION OF INTERNATIONAL TAX AND INVESTMENT TREATIES: PRACTICAL HURDLES OF INTERPRETATION

TIKHONOVA V., SHAMURZAEV A.

**Viktoriya Tikhonova** — Paralegal in International Tax, SEAMLESS Legal, Moscow, Russia (viktoriya.tikhonova@seamless.legal).  
ORCID: 0009-0001-9260-4631.

**Aibek Shamurzaev** — Expert in public international law, Bishkek, Kyrgyzstan (shamurzaev.aibek@gmail.com).  
ORCID: 0009-0004-6083-5867.

### Abstract

The collection of taxes is one of the most important functions of a state. At the same time, taxation can present a significant challenge to fostering the investment appetite that is essential for state development. The tax regulations have historically been regarded as a significant impediment to investment, largely due to their inherent instability. Moreover, a detailed examination reveals that the tax and investment fields employ disparate terminology and are guided by conflicting objectives. It is therefore necessary to establish a balance in the resolution of disputes and the definition of the terminology used. In order to address the question of how tax law is interpreted and the issues that arise at the intersection with investment activities, the authors have conducted an analysis of doctrine, international and national legal sources and jurisprudence. The study presents a normative analysis of the controversial situations that arise when different branches of law intersect with one another, as well as proposed mechanisms to eliminate the problems arising from mutual interpretation of international tax and investment treaties.

### Key words

tax law, investment law, treaty interpretation, OECD Model Tax Convention

**Citation:** Tikhonova V., Shamurzaev A. *At the Intersection of International Tax and Investment Treaties: Practical Hurdles of Interpretation* // Zhurnal VSHE po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International Law). 2024. Vol. 2. № 4. P. 53–68.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.24744>

---

### Introduction

In the context of attracting investment, tax law assumes a pivotal role, functioning as a conduit between the state and the investor. In the modern era, there is a great deal of competition between states for the attraction of capital, and the tax component plays a particularly significant role in this regard. The interpretation of tax legislation, the assurance of transparency and predictability within the tax regime, and the clarification of fundamental elements of the investment climate are not merely formal procedures; they are essential components of a well-functioning economy. The interpretation of tax legislation by the state has a significant impact not only on the volume of budget revenues, but also on the attractiveness of the state for foreign and domestic investors, and ultimately on the level of the well-being of citizens.

The objectives of bilateral tax treaties, that is to remove obstacles to the free movement of capital and to provide stability and predictability of taxation for investors, face the challenge of ambiguity in interpretation, particularly where tax law and investment law intersect. The disparate interpretations of analogous concepts by different authorities engender ambiguity in the practical application of treaties. A case in point is the definition of “dividends”. In the context of investment law, dividends are understood as the investor's right to receive them, i.e. the right to receive income. Conversely, tax law aimed at the taxation of profits considers dividends as income actually received by the taxpayer. Consequently, while the perspective of investment law regards dividends as unremitted income, the viewpoint of tax law is that the accrual of income in the bank account constitutes the receipt of that income. This distinction presents a significant challenge in the resolution of tax disputes, particularly in the international context. Furthermore, the very concept of “investment” may also be interpreted in a variety of ways, which can give rise to conflicts in the application of the legislation of different states. The resolution of such issues necessitates a more profound examination and a uniform interpretation of international tax treaties, with the objective of guaranteeing legal certainty and stability for all stakeholders in the investment process.

The majority of extant studies have been conducted with the specific objective of interpreting tax law or analysing investment law. In examining the interpretation of tax treaties, studies have employed an analysis and commentary of relevant sources, with a particular focus on the Organisation for Economic Co-operation and Development (hereinafter — OECD) Model Tax Convention on Income and Capital.<sup>1</sup> The interpretation of investment law is based on the principle of non-tax expropriation, which forms part of the wider context of investment protection.<sup>2</sup> Concurrently, the extant literature does not address the interpretation of specific tax law terms in the context of investment law, or vice versa.

In order to clarify the research question, the article is organised in such a way as to delineate the various issues that emerge at the nexus of the two branches in the process of interpretation and utilisation of pertinent terminology. The article is structured as follows: the first part discusses the principles and methods of tax treaty interpretation and their application by courts in investment disputes, as well as the possibility to employ additional sources of interpretation, including advisory acts and foreign practice, and how they affect the investor's position. The second part addresses the issues of mutual interpretation of tax treaties and investment law, elucidates the manner in which specific terms are interpreted within the context of tax law and investment law, examines the utilisation of tax clauses in investment treaties, and identifies practical challenges associated with litigation.

Accordingly, the study aims to evaluate potential controversies that may emerge from disparate interpretations or from the intrinsic variability of a singular mechanism. This work is primarily based on analysis of the regulatory framework and judicial practice, both at the national and international levels, as well as recommendations and model acts.

## 1. Peculiarities of international tax treaties' interpretation

Following the principles of international law and, particularly, the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter — VCLT), the interpretation of treaty terms should be conducted in accordance with their “ordinary meaning”.<sup>3</sup> Given that a single term may have multiple meanings across different legal domains,<sup>4</sup> scholars advocate for the utilisation of internationally recognised terminology and interpretative frameworks.<sup>5</sup> In the context of international tax law, the OECD Model Tax Convention on Income and Capital that was drafted in 1963 by the OECD Fiscal Affairs Committee<sup>6</sup> and updated in 2017 (hereinafter — OECD Model Tax Convention), serves as a valuable standardisation tool. The question of the legal nature of the OECD Model Tax Convention as a tool for interpretation remains a topic of significant debate within the academic community. It is challenging to categorise the Convention within the methods outlined in Article 31 of the VCLT, primarily due to its non-binding nature.<sup>7</sup>

Article 31(3)(a) of the VCLT provides that a treaty may be interpreted on the basis of any subsequent agreement between the parties involved. Nevertheless, the OECD Model Convention cannot be regarded as such an agreement, since its recommendatory nature is explicitly stated in the text of the instrument.<sup>8</sup> Moreover, the courts have been known to apply the provisions of the OECD Model Tax Convention even if the states of the disputing parties<sup>9</sup> are not members of the OECD. Furthermore, the OECD procedure does not, in and of itself, render such an instrument legally binding.<sup>10</sup> It can be concluded from the explicit

<sup>1</sup> Vogel K. *Double Taxation Conventions: a Commentary to the OECD-, UN- and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital with Particular Reference to German Treaty Practice* // Kluwer Law International B.V., 1997. P. 2556; Gidirim V.A. *Tolkovanie mezhdunarodnykh nalogovykh soglasheniy v zarubezhnoy praktike [The Foreign Practice of Interpretation of International Tax Agreements]* // Nalogi i nalogooblozhenie. 2016. № 2. P. 85–142; Engelen F. A. *Interpretation of Tax Treaties Under International Law: a Study of Articles 31, 32, and 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Their Application to Tax Treaties*. Italy : International Bureau of Fiscal Documentation, 2004. P. 590.

<sup>2</sup> Davie M. *Taxation-Based Investment Treaty Claims* // Journal of International Dispute Settlement. 2015. Vol. 6. № 1. P. 203–204; Ranjan P. *Investor-State Dispute Settlement and Tax Matters: Limitations on State's Sovereign Right to Tax* // Asia Pacific Law Review. 2023. Vol. 31. № 1. P. 221–222; Hong H.-H. *Reconciling International Investment Agreements with Domestic Tax Laws Through Restructuring Taxation Clauses in International Investment Agreements* // Contemporary Asia Arbitration Journal. 2019. Vol. 12. № 1. P. 47.

<sup>3</sup> United Nations. Vienna Convention on the Law of Treaties. 23 May 1969. 1155 U.N.T.S. 331. Arts. 26, 31.

<sup>4</sup> Qureshi A. H. *The Public International Law of Taxation, Text, Cases and Materials*. Kluwer Law International, 1994. P. 135–136.

<sup>5</sup> Vogel K. *Op. cit.* P. 37.

<sup>6</sup> OECD. The Committee on Fiscal Affairs is the OECD.

URL: <https://www.oecd.org/ctp/newchairoftheoecdscmmitteeonfiscalaffairs.htm> (accessed: 26.02.2024).

<sup>7</sup> Engelen F. A. *Op. cit.* P. 431–433.

<sup>8</sup> OECD Model Tax Convention. Arts. 4, 13, 15.1.

<sup>9</sup> The Court of Appeal (Civil Division) on Appeal from the High Court, Chancery Division of England & Wales. *Smallwood & Anor (Trustees of the Trevor Smallwood Settlement) v. Revenue and Customs*. № A3/2009/1047. Judgment of 8 July 2010. Para. 10.

<sup>10</sup> OECD. Rule 18(b) Rules of Procedure of the Organisation for Economic Co-operation and Development // Revision as agreed by Council at its 1171st session, held on 17 April 2008 [C/M (2008)7, Item 88].

indications that the application of the OECD Model Tax Convention and its Commentary do not constitute an agreement under international law and do not fall within the scope of Article 31(3)(a) of the VCLT.

A different situation arises in the context of the application of Article 31(3)(b) of the VCLT. This article permits the consideration of “any subsequent practice in the application of the treaty”, thereby enabling the utilisation of the OECD Model Tax Convention and the Commentary.<sup>11</sup> However, such practice is not always directly linked to the text of the treaty, which may create some difficulties of interpretation, especially if such practice is adopted by only one of the parties. For example, Double Tax Treaties (hereinafter — DTTs) are applied mainly by national courts, so there should be evidence that the specific approach to interpretation is firmly established in both states. It is also important to consider the role of the tax authorities, which utilise court practice as an auxiliary tool to justify a particular position. Consequently, the interpretation of specific legal norms is not carried out, but an indication of their proper application is provided, which serves to narrow or broaden the scope of the law. Such a process represents a modification of the law and, as a result, cannot be categorised as interpretation.<sup>12</sup>

Accordingly, there is no legal impediment to the utilisation of the OECD Model Tax Convention and the Commentary as the subsequent practice of the parties. Nevertheless, this approach should be confined to the interpretation of terminology, with a view to preventing the provisions set out in the agreements from being unduly modified.

The prevailing view is that the Commentary is used as a supporting resource. In accordance with Article 32 of the VCLT, which refers to the preparatory work for the treaty and the circumstances of its conclusion as supplementary means of treaty interpretation, it should be noted that the text employs the term “including” to indicate that these are examples and not an exhaustive list.<sup>13</sup> Consequently, the Commentary continues to fulfil its original function as a non-binding recommendation.<sup>14</sup> An alternative perspective exists, however, which regards the Commentary as a contextual element in the conclusion of an agreement.<sup>15</sup> This context encompasses international tax policy, domestic tax policy, and economic and political factors.

One of the earliest instances in which the OECD Model Tax Convention was employed as a basis for interpretation occurred in a case concerning the propriety of attributing the profits of a Canadian subsidiary to an investing parent company in the United Kingdom. The judge observed that, in accordance with the VCLT, he was obliged to interpret the Convention in good faith and in a manner that reflected the ordinary meaning of its terms. If the meaning remained ambiguous, the judge was entitled to resort to additional means of interpretation, of which he recognised the Commentary to the OECD Model Tax Convention.<sup>16</sup>

The courts have on numerous other occasions validated the utilisation of the Commentary as a source of interpretation, thereby endorsing this practice.<sup>17</sup> In particular, in cases concerning the non-discriminatory nature of tax treaties vis-à-vis the investor,<sup>18</sup> the tax authorities have advanced the argument that their interpretation is not aligned with the approach set out in the Commentary.<sup>19</sup>

The utilisation of the Commentary as a means of interpreting tax treaties is a beneficial practice for investors, as one of the objectives of the OECD Model Tax Convention is the protection of property and

<sup>11</sup> Lang M., Brugger F. *The Role of the OECD Commentary in Tax Treaty Interpretation* // Australian Tax Forum. 2008. № 23. P. 103.

<sup>12</sup> Resch R. X. *The Interpretation of Plurilingual Tax Treaties Theory, Practice, Policy*. PhD. Leiden Law School, The Netherlands, 2018. P. 51–53.

<sup>13</sup> Dörr O., Schmalenbach K. *Op. cit.* P. 620, 626–627.

<sup>14</sup> Baker P. *Double Taxation Conventions and International Tax Law: a Manual on the OECD Model Tax Convention on Income on Capital of 1992*. 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1994. P. 13–15.

<sup>15</sup> Maisto G., Ward D., De Broe L., Killius J., Le Gall J., Miyatake T., Van Raad K., Avery Jones J., Ellis M., Goldberg S., Torriero H., Wiman B. *The Interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model*. Amsterdam, NLD: IBFD, 2005. P. 39–40.

<sup>16</sup> Court of Appeal of England & Wales. *Pearson (H.M. Inspector of Taxes) v. Sun Life Assurance Company of Canada*. BTC 223. Judgment of 12 June 1986. Para 231.

<sup>17</sup> Supreme Court of the Russian Federation. *Definition № 306-ES21-23651 in case № A65-27690/2020 of 14 December 2021*; Supreme Court of Canada. *Crown Forest Industries Ltd. v. Canada*. 1995 CanLII 103 (SCC), [1995] 2 SCR 802, para. 55–62; Stewart K. *Tax Treaties-Exchange of Information-Use of IRS Subpoena Power in Response to Specific Requests for Information-United States v. United States*. A.L. *Burbank & Co.* // BYU Law Review. 1976. Vol. 1976. № 4. P. 1019.

<sup>18</sup> Chancery Division of England & Wales. *Boake Allen Ltd & Ors (including NEC Semi-Conductors Ltd) v. Revenue and Customs Commissioners*. № HCO100187 & others. Judgment of 23 May 2007, para. 5–23; Chancery Division of England & Wales. *UBS AG v. Revenue and Customs Commissioners*. № CH2005/APP/0539. Judgment of 7 February 2006. Para. 56–59.

<sup>19</sup> The Court of Appeal (Civil Division) on Appeal from the High Court, Chancery Division of England & Wales. *Smallwood & Anor (trustees of the Trevor Smallwood Settlement) v. Revenue and Customs*. № A3/2009/1047. Judgment of 8 July 2010. Para. 60–63.

investments. It provides investors with an additional defense mechanism in case their rights are violated by the tax authorities.

Furthermore, the OECD Model Tax Convention is significant in that it provides a mechanism for resolving inconsistencies in understanding, as set forth in Article 25. This mechanism takes the form of a mutual agreement to establish the meaning of interpretation and develop a common approach. The doctrine considers this procedure to be an integral part of tax law and recommends its use for the accurate interpretation of treaties.<sup>20</sup> A comparable approach is adopted by the UN International Law Commission.<sup>21</sup>

The utilisation of foreign practice in the interpretation of tax treaties remains a matter of contention, predominantly due to the discrepancies in the interpretation of analogous principles by disparate legal systems. Previously, it has been assumed that the judgments of the courts of the states involved in the dispute should be considered as a reliable source of information. However, the Commentary to the OECD Model Tax Convention, while proclaiming the principle of uniform interpretation, permitted the utilisation of the legislation of “another contracting state”,<sup>22</sup> thereby indicating a shift towards the application of foreign court positions in the interpretation of contracts.

In practice, judges on occasion cite foreign case law in order to justify their decisions. To illustrate, in the context of interpreting an agreement between New Zealand and the United Kingdom, the court made reference to the stance adopted by a German court.<sup>23</sup> Similarly, a US court, in considering the interpretation of an agreement between the US and Japan, made reference to the reasoning of a German court in relation to a Dutch-German tax treaty.<sup>24</sup>

The UK courts have endeavoured to achieve a balance in the interpretation of the pertinent legislation. It is acknowledged that literal interpretation is not sufficient as it fails to take into account the context in which the treaty was drafted and subsequently interpreted.<sup>25</sup> However, the use of foreign practice is constrained by the authority and relevance of the foreign court, as well as the necessity to establish its own precedents and develop its own approaches in collaboration with other states.<sup>26</sup>

The position of the Russian courts on this issue can be characterised as relatively conservative. In addressing the matter of interpretation, the courts adhere to the principle of literal interpretation. Nevertheless, should this prove inadequate for determining the true meaning, systemic interpretation is employed, encompassing “the conduct of the parties prior to and throughout the contractual period”.<sup>27</sup> The practice of referring to domestic positions and decisions on similar issues is a dominant feature of Russian jurisprudence. In general, foreign practice is accepted as evidence of a material fact.<sup>28</sup> However, it should be noted that Russian tax authorities frequently exchange information with foreign tax authorities, which disseminates their practice on interpretation issues.<sup>29</sup> Nevertheless, the fact that a foreign authority offers such an interpretation does not guarantee its acceptance by the court. This was demonstrated in the *Danone Russia* case, in which the Russian court rejected the interpretation of a tax treaty made by the French Ministry of Finance.<sup>30</sup>

The interpretation of international tax treaties is complicated by the differing legal approaches, particularly in tax law and investment law, that are in place. Under the VCLT, treaty terms are interpreted based on their ordinary meaning and in the context of the treaty. However, identical terms may have various meanings in different legal disciplines, resulting in inconsistencies.

The OECD Model Tax Convention, a widely employed instrument in practice, does not possess legally binding strength and does not qualify as a formal interpretative agreement under the provisions of

<sup>20</sup> Engelen F. A. *Op. cit.* P. 590.

<sup>21</sup> Sec. 3 Interpretation of the Treaties. Commentary to the Arts. 27, 28. *United Nations. Yearbook of International Law Commission 1966 Volume II // Documents of the II part of the 17<sup>th</sup> Session and of the 18<sup>th</sup> Session Including the Reports of the Commission to the General Assembly.* P. 220–221. URL: <https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789213624852/read> (accessed: 26.02.2024).

<sup>22</sup> OECD Model Tax Convention. Para. 2, p. C(24)-1, para. 1.1, p. R(22)-5.

<sup>23</sup> New Zealand Tax Court. *CIR v. United Dominican Trust*. 197331 NZTC 61-028 (1973).

<sup>24</sup> United States Tax Court. *Taisei Fire and Marine Insurance Co. Ltd. v. Commissioner*. 104 TC 535 (1995).

<sup>25</sup> The Supreme Court of Judicature Court of Appeal (Civil Division) of England & Wales. *MEMEC Plc v. Inland Revenue*. № CHANF 96/1643/B. Judgment of 9 June 1998.

<sup>26</sup> House of Lords of the United Kingdom. *Fothergill v. Monarch Airlines Ltd*. UKHL J0101-3. Judgment of 10 July 1980. Para. 25.

<sup>27</sup> Ruling of the Moscow District Commercial (*Arbitrazh*) Court of 13 July 2022 № F05-14273/2021 in case № A40-180523/2020.

<sup>28</sup> Ruling of the Commercial (*Arbitrazh*) Court of the North Caucasus District of 25 October 2018 № F08-8669/2018 in the case № A32-39643/2017.

<sup>29</sup> Resolution of the Commercial (*Arbitrazh*) Court of the West Siberian District of 21 May 2020 № F04-1538/2020 in case № A75-13522/2019.

<sup>30</sup> Resolution of the Moscow District Commercial (*Arbitrazh*) Court of 29 March 2024 № F05-728/2024 in case № A40-28820/2023.

Article 31(3)(a) of the VCLT. Nonetheless, it is frequently invoked by judicial bodies in the resolution of disputes with an international dimension as an ancillary interpretative instrument. The application of Article 31(3)(b) of the VCLT permits the use of subsequent practice as a method of interpretation, yet its effectiveness is contingent on the consistency of the parties to the treaty. Jurisdictions such as the UK and the US are known to take foreign case law into account when interpreting a treaty, while others, like Russia, adopt a more conservative approach. For investors, the OECD Model Tax Convention provides a degree of legal certainty. This is facilitated by the mutual agreement procedure, but due to its non-binding nature and discretionary application by states, inconsistencies in interpretation persist. This highlights the continuing challenge of achieving greater harmonisation in the interpretation of international tax treaties.

## 2. Interpretation of tax treaties in the context of investment law

### 2.1. The concept of taxes in investment treaties

One of the primary aspects of regulation in investment treaties is the treatment of tax measures. It is essential to establish a clear understanding of what is encompassed by the term “tax measures” or “taxes” in the context of investment treaties between sovereign states. While international investment treaties do not explicitly define the concept of taxes or tax measures, they do delineate the legal framework for taxation.

In general, investment treaties address the issue of taxation in the context of the relationship between the sovereign rights of states and violations of investors' rights. This includes an examination of the criteria that are inherent in legitimate taxation.<sup>31</sup> The absence of a standardised treaty definition of taxes can be attributed to the fact that numerous states have disparate approaches to the definition of taxes in both domestic and international legal contexts. Furthermore, state signatories to investment treaties may have varying criteria for defining tax measures, and the enshrinement of a common standardised term may introduce complications to the treaty and tax regulation of treaty signatories. To illustrate, the classification of customs duties, export duties, tax deductions and allowances as tax measures in accordance with the provisions of the investment treaty represents a significant challenge.<sup>32</sup>

Commentators<sup>33</sup> also distinguish two directions in the definition of the term “taxes”, which are consistent with the features of the treaty and correlate with each other. The first direction concerns the concept of tax measures in their ordinary meaning, while the second one pertains to the meaning of the subject matter of the tax clause in investment treaties.

Accordingly, if the approach of defining tax measures in accordance with their ordinary meanings is adopted, the arbitrators employ a range of criteria, including:

- The functions of tax measures. The functionality of tax mechanisms can be categorised into four fundamental components. Primarily, the establishment of a pertinent legal instrument is necessary, establishing the framework within which tax measures operate. Second, specific categories of individuals or entities are obliged to adhere to the stipulated regulations. Third, the financial transactions involved in tax mechanisms necessitate the transfer of monetary sums to the designated authority, commonly referred to as the “state”. Last, the utilisation of funds derived from taxes is intended to serve public interests;
- The nature of the acts regulating tax measures in the legislation of the state signatory;
- The economic and legal effects of tax measures;
- The concept of tax measures from the standpoint of the domestic legislation of the state signatory in the context of the measure purposes; etc.<sup>34</sup>

Additionally, there are treaties that seek to restrict the scope of the “tax measures” definition in the context of investment legal relations. Accordingly, Article 21 of the Energy Charter Treaty defines tax measures as comprising any provision of the national legislation on tax measures of a Contracting Party,

<sup>31</sup> Ozgur U.E. *Taxation of Foreign Investments Under International Law: Article 21 of the Energy Charter Treaty*. URL: [https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Thematic/Taxation\\_of\\_Foreign\\_Investments\\_2015\\_en.pdf](https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Thematic/Taxation_of_Foreign_Investments_2015_en.pdf) (accessed: 03.02.2025).

<sup>32</sup> *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*. LCIA Case № UN3481. Award of 3 February 2006. Para. 142; *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*. ICSID Case № ARB/04/19. Award of 18 August 2008. Para. 174–176.

<sup>33</sup> *Taxes // Jus Mundi – Wiki Notes*. 23 September 2024; *Taxation Exclusions // Jus Mundi – Wiki Notes*. 30 September 2024.

<sup>34</sup> *Nissan Motor Co., Ltd. v. Republic of India*. PCA Case № 2017-37. Decision on Jurisdiction of 29 April 2019. Para. 384–386; *Freeport-McMoRan Inc. v. Republic of Peru*. ICSID Case № ARB/20/8. Award of 17 May 2024. Para. 548.

in addition to any tax-related provision of a double taxation convention or any other international agreement or arrangement by which a Contracting Party is bound.<sup>35</sup> In consequence of the above, the arbitrators in the case of *Veteran Petroleum v. Russia* observed that there was no legal obligation to define the term “tax” in such treaties in a narrow manner.<sup>36</sup>

A significant number of disputes have highlighted the necessity to distinguish between tax measures and expropriation by the state. Consequently, arbitrators apply standards that differentiate between tax measures and expropriation. The aforementioned standards include those pertaining to the protection of tax measures;<sup>37</sup> the principle of national treatment;<sup>38</sup> the requirement of fair and equitable treatment;<sup>39</sup> the non-impairment standard;<sup>40</sup> and the countermeasure nature of taxes.<sup>41</sup>

Nevertheless, the arbitrators themselves emphasised that the presumption of legality corresponds to the sovereign right to collect taxes. Therefore, states have no obligation to adapt their tax regime to the interests of foreign investors, as the right to collect taxes supersedes the duty of states to accommodate the interests of foreign investors.<sup>42</sup>

To sum up, the absence of a standardised definition of taxes allows for different approaches to be taken by states, which in turn makes the harmonisation of regulations more challenging. Arbitral tribunals seek to utilise a range of criteria for the definition of taxes, taking into account factors such as the national legislation of the state party, international double taxation acts, the purpose of tax laws, and the tax policies of states. In instances where the determination of tax obligations in the context of investment treaties presents a particularly intricate challenge, arbitral tribunals may apply a range of standards in regulating the legal relationships associated with investments.

## 2.2. Tax clauses in the bilateral investment treaties

In the context of bilateral investment treaties (hereinafter — BITs), states seek to safeguard their interests and ensure a certain degree of autonomy in tax policy. Consequently, they endeavour to incorporate tax clauses into the treaties. The absence of such a clause significantly complicates the interaction between the investor and the national tax authorities, as well as the choice of applicable law and the interpretation of the treaty. In essence, all models of tax clauses contained in BITs can be classified into two principal categories: exclusionary and protective.

*An exclusionary tax clause*, as its name implies, excludes any taxation issues from the BIT. It is usually worded as follows: “The provisions of this Agreement shall not apply to matters of taxation in the territory of either Contracting Party. Such matters shall be governed by the Double Taxation Treaty Convention between the two Contracting Parties and the domestic laws of each Contracting Party”.<sup>43</sup> In accordance with such a provision, any and all tax-related matters, including associated disputes, that emerge in the context of the safeguarding of investments or the implementation of international investment law would be governed by the tenets of international and national tax law.<sup>44</sup> The primary objective of a tax clause is to delineate the boundaries of the two legal domains as clearly as possible and to preclude the mitigation of tax law and tax disputes through investment arbitration, which, as will be demonstrated, represents the most comprehensive investor protection. Such a policy may be justified on the grounds of the inherent complexity of tax issues and the multiplicity of their interpretations.

Furthermore, tax clauses serve to safeguard the interests of the state itself. This is achieved by enabling the state to exclude potential litigation on the grounds of discriminatory treatment of investors or preferential treatment accorded to residents. For example, such a clause is contained in the German Model BIT:

<sup>35</sup> The Energy Charter Treaty, adopted on 17 December 1994. P. 7, Art. 21.

<sup>36</sup> *Veteran Petroleum Limited v. The Russian Federation*. PCA Case № 2005-05/AA228. Final Award of 18 July 2014. Para. 1411–1413.

<sup>37</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*. ICSID Case № ARB(AF)/99/1. Award of 16 December 2002. Para. 109.

<sup>38</sup> *Cargill, Incorporated v. United Mexican States*. ICSID Case № ARB(AF)/05/2. Award of 18 September 2009. Para. 219–220.

<sup>39</sup> *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria*. ICSID Case № ARB/03/24. Award of 27 August 2008. Para. 222, 268–270.

<sup>40</sup> *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe Anonyme S.A. v. Republic of Albania*. ICSID Case № ARB/11/24. Award of 30 March 2015. Para. 785–798.

<sup>41</sup> *Archer Daniels Midland and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States*. ICSID Case № ARB(AF)/04/5. Award of 21 November 2007. Para. 144–150.

<sup>42</sup> *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*. ICSID Case № ARB/03/15. Award of 31 October 2011. Para. 295.

<sup>43</sup> Agreement between the Republic of Uganda, on the one hand, and the Belgium-Luxembourg Economic Union (BLEU) on the other hand, on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, 1 February 2005. Art. 4, para. 4. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/423/download> (accessed: 01.05.2024).

<sup>44</sup> United Nations Conference on Trade and Development. *Taxation*. UNCTAD/ITE/IIT/16. New York; Geneva : UN, 2000. P. 7–8.

- (4) The treatment granted under this Article shall not relate to advantages which either Contracting State accords to investors of third States by virtue of an agreement for the avoidance of double taxation in the field of taxes on income and assets or other agreements regarding matters of taxation.
- (5) This Article shall not oblige a Contracting State to extend to investors resident in the territory of the other Contracting State tax privileges, tax exemptions and tax reductions which according to its tax laws are granted only to investors resident in its territory.<sup>45</sup>

The exclusion of tax benefits for investors in some Model BITs serves to protect domestic companies, thereby providing protectionist treatment.<sup>46</sup> Conversely, certain tax clauses in BITs permit a state to exercise its prerogative to modify tax measures at its discretion with respect to a specific matter. For example, the Netherlands Model BIT contains a provision that an investment agreement shall not be construed as precluding a state from implementing any tax measures aimed at curbing tax evasion in accordance with the prevailing tax legislation and double taxation treaties.<sup>47</sup> A comparable stipulation is included in Brazil's Model BIT, albeit with the objective of ensuring equitable tax administration.<sup>48</sup>

*The protective tax clause* indicates that the BIT addresses a limited range of issues, with further specification provided in the context of investor protection. These issues typically pertain to National Treatment and Most-Favoured-Nation Treatment. For instance, Canada's Model BIT contains stipulations indicating that the aforementioned regimes are applicable to all tax measures except "taxation measures on income, capital gains or on the taxable capital of corporations".<sup>49</sup> In the event of a dispute over a tax measure related to National Treatment or Most-Favoured-Nation Treatment, the investor is entitled to treat the dispute as arising from a breach of the investment agreement. Other model BITs protect the investor by giving primacy to the investment agreement in the event of a conflict between the investment agreement and any tax treaty. The US Model BIT provides a mechanism whereby the competent authorities are responsible for determining whether any inconsistency exists in the case of a tax treaty.<sup>50</sup> It is not evident how these authorities are to be held accountable. It may be the case that what is being proposed here is a joint tax consultation mechanism, which would entail cooperation on the discussion of a specific measure and its subsequent application in light of the investment treaty.<sup>51</sup>

As can be observed, the presence of tax clauses is a common feature of BITs. However, the specific meaning attributed to these clauses is always subject to interpretation by the courts on a case-by-case basis. In the case of *Link-Trading JSC v. Moldova*,<sup>52</sup> the arbitral tribunal determined that customs duties and fees were subject to the BIT, specifically the term "tax", given their analogous fiscal character and imposition exclusively by the state. In the present case, the arbitrators interpreted the concept of "tax" broadly, since in the classical sense customs duties have a different nature, being imposed as a barrier to the importation and exportation of goods.<sup>53</sup>

The question of the scope of the "tax" concept in BITs has been addressed by arbitrators on numerous occasions. In addition to direct taxes, the issue has also been considered in relation to indirect taxes.<sup>54</sup> In the case of *EnCana v. Ecuador*, the arbitrators' reasoning extended beyond the attributability of an indirect tax to the concept of "taxation" as set forth in the BIT. They also determined the precise scope of what could be considered "taxation" in the context of the BIT. Consequently, the term "taxation" is defined

<sup>45</sup> Federal Ministry for Economics and Technology. German Model Treaty, 2008. Art. 3.

URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2865/download> (accessed: 1.05.2024).

<sup>46</sup> The Government of the Republic of Ghana. The Republic of Ghana BIT Model, 2008. Art. 5. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/2866/download> (accessed: 01.05.2024).

<sup>47</sup> Netherlands Model Investment Agreement on reciprocal promotion and protection of investments, 22 March 2019. Art. 10. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5832/download> (accessed: 01.05.2024).

<sup>48</sup> The Federative Republic of Brazil. Model Cooperation and Facilitation Investment Agreement, 2015. Art. 11. URL: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/4786/download> (accessed: 01.05.2024).

<sup>49</sup> Government of Canada. Model Agreement for the Promotion and Protection of the Investments, Model FIPA 2021. Art. 11. URL: [https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021\\_model\\_fipa-2021\\_model\\_apie.aspx?lang=eng#article-11](https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/2021_model_fipa-2021_model_apie.aspx?lang=eng#article-11) (accessed: 01.05.2024).

<sup>50</sup> The Government of the United States of America. Model BIT, 2004. Art. 21. URL: [https://ustr.gov/archive/assets/Trade\\_Sectors/Investment/Model\\_BIT/asset\\_upload\\_file847\\_6897.pdf](https://ustr.gov/archive/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf) (accessed: 01.05.2024).

<sup>51</sup> Walde T., Kolo A. *Coverage of Taxation under Modern Investment Treaties* // The Oxford Handbook of International Investment Law / ed. by P. Muchlinski, F. Ortino, C. Schreuer. Oxford : Oxford University Press, 2008. P. 352–354.

<sup>52</sup> Ad hoc Arbitration. *Link-Trading Joint Stock Company v. Department for Customs Control of the Republic of Moldova*. Final Award of 18 April 2002. Para. 63–65.

<sup>53</sup> Davidenko L. G. *Nalogi i tamozhennye platezhi [Taxes and Customs Payments]*. M : Intermedia, 2014. P. 131–132.

<sup>54</sup> *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador (II)*. ICSID Case № ARB/06/11. Decision on Annulment of the Award of 2 November 2015. Para. 544–549.

as “legal liability on a class of persons to pay money to the State in respect of some defined class of transactions, the money to be used for public purposes”.<sup>55</sup> Furthermore, the concept of taxation as a duty is also referenced by arbitrators in other cases.<sup>56</sup>

It would appear that arbitrators adopt a dual approach to the definition of the term “taxation”. In some instances, they interpret it in a narrow sense, referring solely to payments designated as “tax” by the state in question. Conversely, in other cases, they adopt a broader interpretation, encompassing all forms of fiscal payments. This initial approach appears somewhat imbalanced, as it could potentially result in a scenario where states impose tax payments without clearly identifying them as such.<sup>57</sup> The arbitrators' approach to defining a tax through its characteristic features appears to be a logical one, as it helps to distinguish taxes from other fiscal payments. It seems reasonable to posit that if the definition of “tax” through its characteristics is included alongside the general definitions given in investment agreements, this would provide clarity as to which measures are considered “tax” in the context of BITs.<sup>58</sup>

### 2.3. Defining “investor” via tax treaties

The efficacy of the implementation of a number of international treaties is contingent upon the precision and accuracy of the terminology employed. This assertion likewise extends to the domain of international tax treaties. However, in such cases, there may be instances where the definitions of specific terminology are absent from the treaty, particularly in relation to other branches of law. Consequently, a number of international tax treaties comprise merely fundamental terminology pertaining to the domain of tax law. In instances where the definitions of such terms are unclear, they are referenced against the national legislation of the contracting states. The examples are:

In the application of this Agreement at any time by a Contracting State, any term not defined in this Agreement shall have the meaning given to it at that time under the law of that State, unless the context otherwise requires.<sup>59</sup>

As regards the application of this Convention by a Contracting State any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires or the competent authorities agree to a common meaning.<sup>60</sup>

As regards the application of this Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under the laws of that State for the purposes of the taxes to which this Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State.<sup>61</sup>

It is evident that tax treaties of different states employ different approaches with regard to the definition of terminology that is not explicitly delineated within the confines of the agreement. Furthermore, the OECD Model Tax Convention outlines the mechanism of interpretation through national law, which acknowledges the flexibility afforded by this provision of the article in terms of interpretation.<sup>62</sup> The freedom afforded by this approach can be considered both an advantage and a disadvantage. On the one hand, this approach provides flexibility and does not require the parties to modify the agreement in case of obsolescence and updating of legal terminology, as well as amendments to national legislation, in case of differences in narrow definitions.<sup>63</sup> On the other hand, this approach does not ensure completeness of interpretation, which raises problems of interpretation. Nevertheless, the contracting states are entitled to settle any disputes pertaining to the interpretation of specific terms through a mutual agreement

<sup>55</sup> *EnCana Corporation v. Republic of Ecuador*. LCIA Case № UN3481. Award of 3 February 2006. Para. 177.

<sup>56</sup> *Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. v. Republic of Ecuador*. ICSID Case № ARB/04/19. Award of 18 August 2008. Para. 171–177; *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador*. ICSID Case № ARB/08/5. Decision on Reconsideration and Award of 7 February 2017. Para. 423–426.

<sup>57</sup> Walde T., Kolo A. *Op. cit.* P. 320–324.

<sup>58</sup> Hong H.-H. *Op. cit.* P. 60–61.

<sup>59</sup> The Agreement Between the Government of the Russian Federation and the Government of Australia for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income of 7 September 2000. Art. 3.

<sup>60</sup> The Convention Between the United States of America and the Federal Republic of Germany for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and Capital and to Certain Other Taxes of 29 August 1989. Art. 3.

<sup>61</sup> The Convention Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the French Republic for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital Gains of 19 June 2008. Art. 3.

<sup>62</sup> OECD Model Tax Convention. Para. 78.

<sup>63</sup> *Ibid.*



procedure as outlined in Article 25 of the OECD Model Tax Convention. The conclusion of a protocol to the USA-France DTT resulted in the parties agreeing on the use of several terms, including “resident”, which in some cases refers to “cross-border *investments* made through certain entities”<sup>64</sup> (emphasis added). The USA-Australia DTT elucidates the concept of “dividends”, which is designed to encompass “all arrangements that yield a return on an equity investment in a corporation as determined under the tax law of the State of source, as well as arrangements that might be developed in the future”.<sup>65</sup>

Therefore, the contracting parties in the Additional Protocols seek to regulate the terminology directly related to tax law, whereas other concepts are elucidated by national legislation. Consequently, the concept of “investor” is interpreted through the lens of national legislation, with each case being evaluated on its own merits. The definition of “investor” is problematic even in the context of bilateral investment treaties. While these treaties do provide criteria for identifying a specific individual as an investor, they do not offer a clear and consistent definition of the term “investor”.<sup>66</sup> Consequently, the concept of “investor” is interpreted by courts on a case-by-case basis, taking into account the specific facts and circumstances of each situation.<sup>67</sup> Nevertheless, whereas the courts are directed by particular criteria in the resolution of investment disputes, no analogous criteria are provided in the context of tax legislation. Consequently, when adjudicating tax disputes, courts typically rely on national legislation and precedent set by national courts to ascertain the meaning of pertinent terminology.

In their deliberations on the interpretation of the concept of “investor”, the courts of the Russian Federation have sought to apply the tenets of national legislation. To illustrate, in the case of *Asstra Trade Services*<sup>68</sup> the Russian court was required to ascertain the identity of the investor in order to apply the appropriate tax rate on dividends paid. The company argued that the appropriate methodology was to categorise any foreign entity participating in a Russian company as an investor, provided that it had invested funds and property in the company. The Russian courts did not concur with this perspective. The courts held that, in the absence of a definition of the term “investor” in the Russia-Switzerland DTT, the law of the state in which the dividends were paid, namely Russian law, should prevail. In accordance with the legislation of the Russian Federation, an “investor” is defined as a foreign legal entity or natural person who has the right to invest in the state. In this context, investment is defined as the injection of foreign capital into a Russian organisation, amounting to a minimum of 10% of the total authorised capital of the organisation. Consequently, in order to qualify for the preferential tax rate provided for by the Russia-Switzerland DTT, it is necessary to be an investor in accordance with the Russian legislation governing foreign investments.<sup>69</sup> In general, the majority of Russian courts adopt this approach.<sup>70</sup> A distinctive feature of this methodology is the judicial interpretation of the term “investor” in conjunction with the related concept of “investment”. There is a doctrinal position that the use of a specific term should be considered in conjunction with its particular syntax and context.<sup>71</sup> This approach is also evident in practice.<sup>72</sup>

<sup>64</sup> Department of the Treasury Technical Explanation of the Protocol of 13 January 2009 amending the Convention Between the Government of the United States of America and the Government of the French Republic for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and Capital, 31 August 1994, as amended by the Protocol on 8 December 2004. Art. 1.

<sup>65</sup> Department of the Treasury Technical Explanation of the Protocol Between the Government of the United States of America and the Government of Australia, 27 September 2001, amending The Convention Between the United States of America and Australia with Respect to Taxes on Income, 6 August 1982. Art. 6, para. 6.

<sup>66</sup> Nikiéma S. H. *Best Practices Definition of Investor* // The International Institute for Sustainable Development, 2012.

<sup>67</sup> *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*. ICSID Case № ARB/06/5. Award of 15 April 2009. Para. 39, 55–57, 63, 68, 86–88; *Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo*. ICSID Case № ARB/98/7. Award of 1 September 2000. Para. 1–26; *Mobil Cerro Negro Holding, Ltd., Mobil Cerro Negro, Ltd., Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela*. ICSID Case № ARB/07/27. Award of the Tribunal of 9 October 2014. Para. 243, 256, 286; *Tokios Tokelés v. Ukraine*. ICSID Case № ARB/02/18. Decision on Jurisdiction of 29 April 2004. Para. 27–41.

<sup>68</sup> Resolution of the Commercial (*Arbitrazh*) Court of the North-Western District of 25 May 2023 № F07-5095/2023 in case № A56-106038/2022.

<sup>69</sup> Federal Law of 9 July 1999 (as amended by 8 August 2024) № 160-FZ “On Foreign Investments in the Russian Federation”. Art. 2.

<sup>70</sup> Resolution of the Commercial (*Arbitrazh*) Court of the Far Eastern District of 26 June 2020 in case № A59-4486/2019; Resolution of the Seventh Arbitration Appeal Court of 16 May 2018 in case № A27-331/2017; Resolution of FAS North-Western District of 12 April 2010 in case № A26-3052/2009; Resolution of FAS Moscow District of 17 September 2007, 24 September 2007 № KA-A40/9418-07 in case № A40-8013/07-80-33.

<sup>71</sup> Wittgenstein L. *Filosofskie raboty. Chast' I* [*Philosophical Works. Part I*]. M.: Gnozi Publishing House, 1994. P. 15; Bayramkulov A. K. *Tolkovanie dogovora v rossiyskom i zarubezhnom prave* [*Interpretation of a contract in Russian and Foreign Law*]. M.: Statut, 2016. P. 224.

<sup>72</sup> United Kingdom House of Lords Decisions. *Charter Reinsurance Company Ltd v. Fagan*, UKHL J0522-4 (1996). P. 13–14.

An alternative methodology observed in practice employs the concept of “dividends” to delineate the investor. As previously stated, the remit of tax treaties is limited to defining fundamental concepts; the term “dividends” is not among them. Nevertheless, the OECD Model Tax Convention defines “dividends” as profits distributed to shareholders and participants in a legal entity.<sup>73</sup> In order to resolve the question of what state party to the Russia-Czech Republic DTT is entitled to tax, the court<sup>74</sup> referred to the position of the Supreme Court of the Russian Federation, which stipulates that the recipient of dividends is to be considered an investor.<sup>75</sup> This interpretation is also evident in Russian practice, albeit less frequently than the aforementioned alternative.<sup>76</sup>

A comparison of these approaches reveals that the latter case entails a broader interpretation of the concept of “investor” than the former. In the latter case, any foreign participant entitled to receive dividends is recognised as an investor irrespective of its shareholding. In contrast, in the former case, a required percentage of participation must be met. Thus, if the narrower interpretation implying the required percentage of participation is applied, there is a risk that the right to a preferential tax rate may be unreasonably denied.

Similarly, German courts employ comparable methodologies when evaluating the foreign shareholding in a German company with the objective of recognising a foreign entity as an investor. In considering the application of the tax clause, a German court determined that a 30% stake in a company constituted an investment.<sup>77</sup> In another case, the court considered the possibility of recognising a contribution to a fund as an investment. In doing so, the court referred to the national legislation on investment funds and the German Fiscal Code, which imply the possibility of such an investment.<sup>78</sup> However, the courts did not assess the participation criterion. The approach of the German courts appears to be more flexible, allowing for a number of mechanisms through which foreign investments may be recognised as such. Consequently, it is classified as an investment if it is deemed to fall within the scope of the aforementioned approaches.

It is noteworthy that the UK courts adopt a distinctive approach, utilising the positions established by judges in other cases. To illustrate, in the case of *GE Financial Investments v. HMRC*, the presiding judge referred to the stance previously articulated by another judge, namely that in determining whether an investment in real estate with subsequent rental is to be classified as such, it is essential to evaluate the extent of involvement. In such instances, this is not comparable to the mere passive receipt of income (dividends).<sup>79</sup> In the case of *Salaried Persons Postal Loans Ltd v. HMRC*,<sup>80</sup> the court considered the Articles of Association of the company in question, which had been incorporated for the purpose of investment, to determine whether its activity constituted investment or business. The court thus rejected the argument that the activity was business-related and recognised the company as an investment company. The approach of the UK courts is to define investment based on the actual circumstances and objectives of the parties involved, which differs significantly from the purely legal interpretation by the Russian and German courts. Although this approach appears to be quite flexible and allows for all circumstances to be taken into account, it remains casuistic, which may have a negative impact on the investor due to the lack of clear criteria and the necessity for interpretation of other terms.

In the absence of a definition of the term “investor” in tax treaties and the OECD Model Tax Convention, the term remains effectively undefined. Despite the possibility of a uniform interpretation of the term through a protocol to a tax treaty, the interpretation is ultimately made by national courts, which may adopt disparate approaches. This may have a detrimental impact on the taxation of investor income.

<sup>73</sup> OECD Model Tax Convention. Arts. 23A, 23B.

<sup>74</sup> Resolution of the Commercial (*Arbitrazh*) Court of the North-Western District of 21 February 2023 № F07-861/2023 in case № A56-32007/2022.

<sup>75</sup> Para. 9 “Review of the practice of court resolution of disputes related to the protection of foreign investors”, approved by the Presidium of the Supreme Court of the Russian Federation, 12 July 2017.

<sup>76</sup> Resolution of the Moscow District Commercial (*Arbitrazh*) Court of 27 May 2016 № F05-6667/2016 in case № A40-116746/2015; Resolution of the Moscow District Commercial (*Arbitrazh*) Court of 25 January 2017 № F05-21597/2016 in case № A40-442/2015.

<sup>77</sup> Bundesfinanzhof (BFH). *Unionsrechtsmäßigkeit der Hinzurechnungsbesteuerung im Drittstaatenfall*, BFH 22.05.2019 I R 11/19 (I R 80/14), StUB 23/2019 S. 939. Para. 17–24.

<sup>78</sup> Bundesfinanzhof (BFH). *Mithilfe einer Pool-Finanzierung angeschaffte Investmentanteile; Abzug von Zinsaufwendungen bei nur mittelbarem Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen*, ECLI:DE:BFH:2023:B.131223.XIR39.20.0. Para. 2–28.

<sup>79</sup> First-Tier Tribunal Tax Chamber. *GE Financial Investments v. HMRC*, STI 1715, UKFTT 210 TC (2021). Para. 72–81.

<sup>80</sup> English and Wales High Court. *Salaried Persons Postal Loans Ltd v. HMRC*, STC (SCD) 851, (2005). Para. 28–49.

## 2.4. The interpretation of tax legislation in the context of investment disputes

Dispute settlement through arbitration is a right guaranteed by BITs, and this is one of the main reasons why investors tend to prefer dispute settlement under these treaties. The mechanism offered by the OECD Model Tax Convention is based mostly on mediation, which does not always guarantee a result. In addition, the competent tax authority assesses the merits of the case and has every right to make a decision,<sup>81</sup> and if such a decision is rejected for political or economic reasons, the investor's rights are not protected. In addition, the question remains as to whether only the substantive part, which includes the assessment of the correctness of the calculation of the tax, penalties and fines, and not the points of law, can be challenged.<sup>82</sup> The issue of the degree of the tax authority involvement also remains unresolved, as the OECD Model Tax Convention cannot prescribe a direct obligation to settle disputes. Dispute resolution through the mechanism of the Convention is reduced to uncertainty in the effectiveness of protecting the investor's rights, so it is logical to choose investment arbitration in this case.

The inclusion of an arbitration clause in tax treaties is allowed under the OECD Model Tax Convention,<sup>83</sup> however, there are many obstacles to the functioning of this mechanism. One of the main problems is the referral itself, which is limited to a certain category of cases. Furthermore, only if a national court or administrative body has not decided on a similar issue will a case be brought before an arbitral tribunal.<sup>84</sup> This decision is largely dictated by the will of the states themselves, which do not want to leave the question of tax policy to private arbitrators and thus jeopardise their own sovereignty.<sup>85</sup> Simultaneously, several states<sup>86</sup> have enhanced their DTTs with a provision pertaining to the potential for arbitral dispute resolution in instances where mutually agreeable negotiations prove unsuccessful in resolving disagreements. An examination of the US-Germany DTT<sup>87</sup> reveals that the scope for individuals to enter into arbitration is restricted to the competent public authority and other persons whose tax obligations may be directly impacted by the mutual agreement arising from such consideration. While it appears that investors are entitled to utilise this provision to arbitrate disputes, several factors must be considered. These include the dispute directly involving the investor's state and the possibility of different interpretations of "other persons", which may prevent the dispute from being considered by the arbitral tribunal. Notwithstanding the existence of this mechanism, there is a marked reduction in the possibilities for investor protection, as it is very difficult to utilise it in case of an unlawful decision.

It is equally important to consider the issue of the exclusion of the investor as a claimant. It is a matter of fact that, as tax treaties are concluded between states, only they are entitled to arbitration and the taxpayer-investors are unable to represent their interests in arbitration. Consequently, the arbitration clauses present in tax treaties appear to be an ineffective mechanism for the protection of investor's rights, as they leave a broad scope for discretion to tax authorities and states that, for political and other reasons, are not inclined towards arbitration.

Furthermore, even if a taxpayer is successful in obtaining an arbitration award under the terms of a tax treaty, there is no guarantee that the award will be enforced. The award is only binding on the states that are party to the agreement, and if one of the states is unwilling to enforce the award, it will remain unenforced because tax treaties do not provide for enforcement.<sup>88</sup>

<sup>81</sup> Limor R. *Taxpayers' Lack of Standing in International Tax Dispute Resolutions: an Analysis Based on The Hybrid Norms of International Taxation* // Pace Law Review. Vol. 34. № 3. 2014. P. 1068–1070.

<sup>82</sup> Ault H. J. *Improving the Resolution of International Tax Disputes* // Florida Tax Review. 2023. Vol. 7 № 3. P. 140.

<sup>83</sup> OECD Model Tax Convention. Art. 25(5).

<sup>84</sup> Ibid.

<sup>85</sup> Bird-Pollan J. *The Sovereign Right to Tax: How Bilateral Investment Treaties Threaten Sovereignty* // Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy. 2018. Vol. 32. № 1. P. 119.

<sup>86</sup> Agreement Between the Federal Republic of Germany and the French Republic for the Avoidance of Double Taxation With Respect to Estate, Inheritance and Gift Taxes of 12 October 2006. Art. 14.

URL: <https://docs.pca-cpa.org/2016/01/France-Germany-DTT-2009.pdf> (accessed: 27.01.2025); The EU Convention on the Elimination of Double Taxation in Connection with the Adjustment of Profits of Associated Enterprises (90/463/EEC) of 20 August 1990. Art. 4(2).

URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:41990A0436&from=de#d1e612-10-1> (accessed: 27.01.2025).

<sup>87</sup> The Protocol Amending the Convention between the United States of America and the Federal Republic of Germany for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and Capital and to Certain Other Taxes of 29 August 1989, as amended by the Protocol on 1 June 2006. Art. 24. URL: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/germanprot06.pdf> (accessed: 27.01.2025).

<sup>88</sup> Chaisse J. *International Investment Law and Taxation: From Coexistence to Cooperation*. E15 Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development and World Economic Forum, 2016. P. 10.

The aforementioned factors contribute to an increase in the demand for investment arbitration procedures. In particular, tribunals may consider tax issues pertaining to the payment of value-added tax (hereinafter — VAT),<sup>89</sup> the accuracy of tax audits,<sup>90</sup> and licensing matters within exclusive economic zones with a reduced tax regime.<sup>91</sup> However, these issues must be linked to violations of investment protection regimes such as expropriation, fair and equitable treatment or discrimination. In contrast to the provisions set forth in tax treaties, an investor whose state has entered into a BIT is entitled to submit an appeal directly to arbitration. Furthermore, investment arbitration is more advantageous for the investor, as the dispute is heard by independent arbitrators in accordance with the rules of arbitration, and the application procedure does not necessitate the completion of a mandatory bureaucratic process. This indicates that the investor's rights are afforded greater protection under the auspices of a BIT.

Furthermore, a BIT affords the investors the opportunity to have their rights safeguarded even in the event that the outcome of proceedings in domestic courts is deemed unsatisfactory by the investor. For instance, in the case of *Deutsche Bank v. Sri Lanka*<sup>92</sup> the investor's claims regarding the accuracy of the formula for calculating taxes on petroleum products were rejected by the Supreme Court of Sri Lanka. However, upon consideration of the dispute under investment arbitration, the tribunal determined that the state had breached the principle of fair and equitable treatment. Furthermore, in contrast to tax arbitration, investment arbitration is equipped with a mechanism to enforce arbitral awards. For example, Article 53 of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter — ICSID) Convention<sup>93</sup> equates an arbitral award with the national decision of a contracting state. Consequently, the obligation to enforce such an arbitral award falls upon the states parties. In the event of non-enforcement, the World Bank, of which the ICSID is an agency, is empowered to impose indirect measures such as conditionality of funding.<sup>94</sup>

It is important to note that one of the mechanisms for the enforcement of awards in investment arbitration is the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958 (hereinafter — New York Convention). Article I (1) of the New York Convention stipulates that the Convention applies to the recognition and enforcement of arbitral awards made outside the state in which enforcement is applied for.<sup>95</sup> This signifies that if an investment dispute has been arbitrated *ad hoc* (for instance, under UNCITRAL rules) or under various arbitral institutions (ICC, SCC, LCIA, etc.), the award falls within the scope of the New York Convention and may be enforced in the states parties. However, in cases where enforcement of an ICSID award proves difficult, some jurisdictions and scholars allow for the residual application of the New York Convention as an additional enforcement mechanism.<sup>96</sup> Consequently, the New York Convention emerges as a pivotal instrument for enforcing arbitral awards in investment disputes outside the ICSID regime, potentially offering an ancillary mechanism for investor protection in jurisdictions where the enforcement of ICSID awards encounters legal impediments.

Another category of cases in which investors have chosen to resolve a dispute through investment arbitration concerns cases of state tax abuse. To exemplify, the arbitration resulted in a favourable outcome for the investor due to the imposition of export duties by the state that were inconsistent with the national regime, thereby violating the investor's rights.<sup>97</sup> Another illustrative case is *RosInvestCo v. Russia*,<sup>98</sup> in which the arbitral tribunal considered a case of expropriation for tax evasion in the context of a tax treaty between states. In the case of *Mobil Corp. v. Venezuela*,<sup>99</sup> the tribunal ruled that indirect

<sup>89</sup> ICSID. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador (II)*. Decision on Annulment of the Award of 2 November 2015. Para. 527–549.

<sup>90</sup> PCA. *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. The Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. 2005-03/AA226, Final Award of 18 July 2014. Para. 68.

<sup>91</sup> *Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi*, ICSID Case № ARB/95/3. Award of 21 June 2012. Para. 95–105.

<sup>92</sup> *Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*. ICSID Case № ARB/09/2. Award of 31 October 2012. Para. 30, 47.

<sup>93</sup> ICSID. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States // International Centre for Settlement of Investment Disputes. 1818 H Street, N.W. Washington, D.C. 20433, U.S.A. April 2006.

<sup>94</sup> Baldwin E., Kantor M., Nolan M. *Limits to Enforcement of ICSID Awards* // Journal of International Arbitration. 2006. Vol. 23. P. 1; World Bank. OP 7.40 – Disputes over Defaults on External Debt, Expropriation, and Breach of Contract, revised in February 2012. Para. 2–8.

<sup>95</sup> United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards // New York, 10 June 1958.

<sup>96</sup> Kinnear M., Grob F. *The Residual Application of the New York Convention to ICSID Awards*. Chapter 73 // Reflections on International Arbitration / ed. by J. Bédard, P. Pearsall. Juris Publishing, 2022. P. 887–900.

<sup>97</sup> *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*. ICSID Case № ARB(AF)/99/1. Correction and Interpretation of the Award of 13 June 2003. Para. 8–15.

<sup>98</sup> *RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation*. SCC Case № V079/2005. Final Award of 12 September 2010. Para. 268–271.

<sup>99</sup> *Venezuela Holdings, B.V., et al (case formerly known as Mobil Corporation, Venezuela Holdings, B.V., et al) v. Bolivarian Republic of Venezuela*. ICSID Case № ARB/07/27. Award of the Tribunal of 9 October 2014. Para. 281–282.

expropriation was unlawful due to a considerable increase in the tax burden. While the primary motivation in these cases is the state's seizure of the investor's assets under the guise of tax policy, and such cases are typically not subject to tax treaty regulation, arbitrators have addressed taxation principles such as fairness and predictability of taxation. Consequently, it can be argued that BITs also encompass specific tax terminology that requires appropriate interpretation.

The question of the definition of the term "investment" was also addressed by the Russian commercial (*arbitrazh*) courts, which ruled in favour of the investor. Thus, the complexity of tax measures in Russian law is further compounded by the absence of a pre-trial procedure, which is not provided for by arbitration. This leads to the question of which party has standing as a plaintiff in the case of a parent and subsidiary company and to which court it should apply. If to assume that the parent company that made the investment is entitled to its defence, it would be unable to appeal the decision of the tax authority through the administrative procedure, as the decision is not considered to directly affect the rights of the parent company, i.e. the original investor.<sup>100</sup> Consequently, in such a case, the administrative appeal procedure is unavailable to the foreign investor, and therefore the judicial procedure is not available either. Consequently, an appeal against a tax measure is only possible through the mechanism provided by the BIT.

The primary objective of investment law is to safeguard the rights of investors. This is achieved through the implementation of two fundamental principles: the fair and equitable treatment and the non-discrimination of investors.<sup>101</sup> In order for an investor to obtain protection by means of investment arbitration, it is necessary to demonstrate that a decision made by the tax authority in question violates one of the aforementioned principles. However, this presents a significant challenge, as the rulings are based on the application of Russian law. In such cases, it would be necessary to prove that the tax authority's approach is indeed different from previous ones and discriminates against the investor. Nevertheless, there is no guarantee that the investor will be able to have the case heard, as the new approach may be applicable to all organisations.

The issue does not arise if the investor is entitled to act on behalf of a subsidiary, in which case the protection of its rights is provided by the national mechanism. However, should the Russian individual refrain from contesting the actions of the tax authority, it is presumed that the investor will be able to safeguard its investment only in the event of indirect expropriation, given that such an occurrence would be readily discernible as a violation of investment principles.<sup>102</sup> Therefore, although appealing, initiating a challenge to a tax decision through arbitration is not a straightforward process. This is due to the necessity of proving a breach of the BIT, which can be challenging. Furthermore, the option of arbitration involves avoiding the administrative settlement process and selecting independent arbitrators, which adds another layer of complexity.

A distinct issue arises when a subsidiary contests a tax ruling on its own behalf. An Italian energy company made an investment in a Russian organisation, which utilised those funds to enhance the functionality of equipment. The investments in question were subject to a tax incentive designed to encourage taxpayers to upgrade their assets.<sup>103</sup> The tax incentive was subsequently revoked, yet it remained applicable to the investments already made. The tax authority held the view that the requisite tax on investments should nevertheless be paid. The stance of the tax authority was predicated on the assertion that the Italian company had not made capital investments in accordance with the provisions set forth in the Law on Investment Activities,<sup>104</sup> and that there existed no pertinent agreements within the case file. The court highlighted the tax authority's misinterpretation of the concept of "investment".<sup>105</sup> The court's reasoning was as follows: when interpreting the notion of "investment", the tax authority failed to consider the intention of the domestic legislator to exempt the taxpayer from tax. It was therefore

<sup>100</sup> Order of the Federal Tax Service of Russia of 26 August 2019 № MMV-7-17/418@ (Registered with the Ministry of Justice of Russia on 5 December 2019 № 56704). Para. 96–106.

<sup>101</sup> Dolzer R., Kriebaum U., Schreuer C. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008. P. 187.

<sup>102</sup> *Quasar de Valores SICAV S.A., Orgor de Valores SICAV S.A., GBI 9000 SICAV S.A. and ALOS 34 S.L. v. The Russian Federation*. SCC Case № 24/2007. Award on Preliminary Objections of 20 March 2009. Para. 62–63.

<sup>103</sup> Tax Code of the Russian Federation, para. 8, item 4 of Art. 374 and item 25 of Art. 381 (in force at the time of the commented judgement).

<sup>104</sup> Federal Law № 39–FZ (ed. on 25 December 2023) "On investment activity in the Russian Federation, carried out in the form of capital investments" // SZ RF 1 March 1999, № 9, 25 February 1999. Art. 1096.

<sup>105</sup> Resolution of the Moscow District Commercial (*Arbitrazh*) Court № F05-34562/2023 in case № A40-130509/2020 of 31 January 2024.

necessary to consider the economic substance of the transactions in question, which were carried out with the intention of contributing funds to the purchase of new equipment. This could be considered an investment, and therefore the concept of “investment” should be interpreted in light of this economic substance.

In this case, the court interpreted “investment” in accordance with the legislator's intentions and the purpose of the tax incentive, rather than the generally accepted meaning. This attitude had a positive impact on the final decision and the protection of the rights of the ultimate investor. The approach was also endorsed by the Supreme Court of the Russian Federation.<sup>106</sup>

Consequently, the procedure for resolving the dispute between the state and the investor is contingent upon the interpretation of the concepts of “investment” and “tax measures”. The issue remains problematic due to the public nature of tax disputes. However, if they are interpreted as violations of investor's rights, the dispute is referred to arbitration.

## Conclusion

The issue of the intersection between international tax law and investment law is complex and lacks a universal solution. The interpretation of key concepts utilised in both domains frequently encounters inconsistencies. The absence of a unified methodology for interpretation requires a case-by-case examination.

The judicial practice, while offering a variety of approaches to resolving such conflicts, does not provide an unambiguous answer. The incorporation of a specific exclusion clause in investment agreements can serve as a partial solution to this problem by clearly delineating the respective spheres of application of tax law and investment law. Nevertheless, the inclusion of such a clause does not entirely eliminate the contradiction, necessitating the further development of mechanisms for the interaction and interpretation of legislation in both spheres.

Notwithstanding the increasing need for the harmonisation of tax law and investment law in the context of globalisation, numerous contradictions in the interpretation of pivotal concepts persist. The existence of differences in legal systems, coupled with the diversity of entities with special status, renders the formulation of a unified approach to the resolution of emerging disputes a challenging endeavour. However, each such conflict represents a valuable learning experience that contributes to the further development and integration of both branches of law. This necessitates a continuous pursuit of novel mechanisms and formulations within international agreements, with the objective of eliminating contradictions and ensuring a more transparent and equitable implementation of norms pertaining to both tax law and investment law.

It is important to acknowledge the complexity and extent of the task of eliminating inconsistencies in the interpretation of international tax and investment treaties. This is a task that requires concerted coordination between international organisations and national governments. One possible solution to this challenge is to develop a standardised approach to a multilateral legal framework that clarifies the relationship between tax law and investment law. For this purpose, a specialised unit under the auspices of the OECD or the United Nations could be established to provide authoritative guidance on controversial terminology. Concurrently, the development of a thesaurus, analogous to the OECD Model Tax Convention, comprising definitions of key concepts and particular instances of their implementation, along with those pertinent to taxation and investment, is deemed more pragmatic. Furthermore, the enhancement of coordination among tax authorities through international cooperation frameworks, such as the OECD's BEPS Inclusive Framework Programme, is a conceivable prospect. The implementation of such a programme would serve to facilitate the establishment of consistent interpretative practices.

It is anticipated that these mechanisms will serve to eliminate ambiguity and limit reliance on extraneous sources of interpretation, such as domestic legislation or judicial precedents. These sources frequently result in inconsistent application and mitigation of conflicts between tax law and investment law. The ultimate consequence of these factors is the contribution to a more stable and predictable international environment.

---

<sup>106</sup> Decision of the Supreme Court of the Russian Federation № 305-ES24-7176 in case № A40-130509/2020 of 15 May 2024.

## МЕЖДУНАРОДНЫЕ НАЛОГОВЫЕ И ИНВЕСТИЦИОННЫЕ ДОГОВОРЫ: ТОЧКИ ПЕРЕСЕЧЕНИЯ И ПРАКТИЧЕСКИЕ СЛОЖНОСТИ ТОЛКОВАНИЯ

ТИХОНОВА В. Р., ШАМУРЗАЕВ А.

**Тихонова Виктория Романовна** — помощник юриста, департамент международного налогообложения, SEAMLESS Legal, Москва, Россия (viktoria.tikhonova@seamless.legal).  
ORCID: 0009-0001-9260-4631.

**Шамурзаев Айбек** — эксперт в области международного права, Бишкек, Кыргызстан (shamurzaev.aibek@gmail.com).  
ORCID: 0009-0004-6083-5867.

### Аннотация

Взимание налогов является одной из наиболее важных функций государства. Вместе с тем, налогообложение может представлять собой серьезное препятствие к стимулированию инвестиционного потока, необходимого для развития государства. Сфера налогового законодательства исторически считалась значительным барьером для инвестиций, в основном из-за присущей ей нестабильности. При этом при более детальном рассмотрении выясняется, что налоговая и инвестиционная отрасли права подходят к определению терминологии по-разному и руководствуются противоречивыми целями. Вследствие этого необходим баланс в разрешении споров и определении используемых терминов. Для решения вопроса о толковании налогового законодательства и проблем, возникающих на стыке с инвестиционной деятельностью, авторы провели анализ доктрины, международных и национальных правовых источников, а также судебной практики. В исследовании представлен нормативно-правовой анализ спорных ситуаций, возникающих при пересечении различных отраслей права, а также предложены механизмы устранения проблем взаимного толкования международных налоговых и инвестиционных договоров.

### Ключевые слова

налоговое право, инвестиционное право, толкование договоров, Модельная конвенция ОЭСР

**Для цитирования:** Тихонова В.Р., Шамурзаев А. *Международные налоговые и инвестиционные договоры: точки пересечения и практические сложности толкования* // Журнал ВШЭ по международному праву. 2024. Т. 2. № 4. С. 53–68.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.24744>

---

### Список литературы / References

- Ault H. J. (2023) Improving the Resolution of International Tax Disputes. *Florida Tax Review*, vol. 7, no. 3, pp. 138–151.
- Baker P. (1994) *Double Taxation Conventions and International Tax Law. A Manual on the OECD Model Tax Convention on Income and Capital of 1992*, 2nd ed., London: Sweet & Maxwell.
- Baldwin E., Kantor M., Nolan M. (2006) Limits to Enforcement of ICSID Awards. *Journal of International Arbitration*, vol. 23, pp. 1–24.
- Bird-Pollan J. (2018) The Sovereign Right to Tax: How Bilateral Investment Treaties Threaten Sovereignty. *Notre Dame Journal of Law: Ethics and Public Policy*, vol. 32, no. 1, pp. 107–133.
- Bayramkulov A. K. (2016) *Tolkovanie dogovora v rossiyskom i zarubezhnom prave* [Interpretation of a contract in Russian and Foreign Law], Moscow: Statut. (In Russian).
- Chaisse J. (2016) *International Investment Law and Taxation: From Coexistence to Cooperation*, E15 Initiative, Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development and World Economic Forum.
- Davidenko L. G. (2014) *Nalogi i tamozhennye platezhi* [Taxes and Customs Payments], Moscow: Intermedia. (In Russian).
- Davie M. (2015) Taxation-Based Investment Treaty Claims. *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 1, no. 6, p. 202–227.
- Dolzer R., Schreuer C. (2008) *Principles of International Investment Law*, New York: Oxford University Press.

- Dörr O., Schmalenbach K. (2018) *Vienna Convention on the Law of Treaties: a Commentary*, Berlin, Germany: Springer.
- Engelen F. A. (2004) *Interpretation of Tax Treaties under International Law: A Study of Articles 31, 32, and 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Their Application to Tax Treaties*, Italy: International Bureau of Fiscal Documentation.
- Gidirim V.A. (2016) *Tolkovanie mezhdunarodnykh nalogovykh soglasheniy v zarubezhnoy praktike* [The Foreign Practice of Interpretation of International Tax Agreements]. *Nalogi i nalogooblozhenie*, vol. 2, pp. 85–142. (In Russian).
- Hong H.-H. (2019) *Reconciling International Investment Agreements with Domestic Tax Laws Through Restructuring Taxation Clauses in International Investment Agreements*. *Contemporary Asia Arbitration Journal*, vol. 12, no. 1, pp. 41–70.
- Lang M., Brugger F. (2008) *The Role of the OECD Commentary in Tax Treaty Interpretation*. *Australian Tax Forum*, vol. 23, pp. 95–108.
- Limor R. (2014) *Taxpayers' Lack of Standing in International Tax Dispute Resolutions: An Analysis Based on The Hybrid Norms of International Taxation*. *Pace Law Review*, vol. 34, no. 3, pp. 1068–1070.
- Maisto G., Ward D., De Broe L., Killius J., Le Gall J., Miyatake T., Van Raad K., Avery Jones J., Ellis M., Goldberg S., Torriente H., Wiman B. (2005) *The Interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OECD Model, IBFD*; Amsterdam; NLD.
- Kinnear M., Grob F. (2022) *The Residual Application of the New York Convention to ICSID Awards*, Chapter 73. In: Bédard J., Pearsall P. (eds.) *Reflections on International Arbitration*, Juris Publishing, pp. 887–900.
- Nikièma S. H. (2012) *Best Practices Definition of Investor*, The International Institute for Sustainable Development.
- Qureshi A. H. (1994) *The Public International Law of Taxation, Text, Cases and Materials*, Kluwer Law International.
- Ranjan P. (2023) *Investor-State Dispute Settlement and Tax Matters: limitations on State's Sovereign Right to Tax*. *Asia Pacific Law Review*, vol. 1, no. 31, pp. 219–234.
- Resch R. X. (2018) *The Interpretation of Plurilingual Tax Treaties Theory, Practice, Policy*. Doctoral Dissertation, Leiden Law School; The Netherlands.
- Stewart K. (1976) *Tax Treaties-Exchange of Information-Use of IRS Subpoena Power in Response to Specific Requests for Information-United States v. United States*. A.L. Burbank & Co. *BYU Law Review*, vol. 1976, no. 4, pp. 1019–1037.
- Vogel K. (1997) *Double Taxation Conventions: a Commentary to the OECD-, UN- and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital with Particular Reference to German Treaty Practice*, Kluwer Law International B.V.
- Walde T., Kolo A. (2008) *Coverage of Taxation under Modern Investment Treaties*. In: Muchlinski P., Ortino F., Schreuer C. (eds.) *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 352–354.
- Wittgenstein L. (1994) *Filosofskie raboty. Chast' I* [Philosophical Works. Part 1], Moscow: Gnozio Publishing House. (In Russian).



## BURDEN OF PROOF AT THE ICJ CASE *ALLEGATIONS OF GENOCIDE UNDER THE CONVENTION ON THE PREVENTION AND PUNISHMENT OF THE CRIME OF GENOCIDE (UKRAINE V. RUSSIAN FEDERATION)*: FINDING “THE WAY HOME”

GALPERIN M.

**Mikhail Galperin** — Doctor of Science in Law, Head of the Chair of International Justice at the School of International Law of the HSE University, Professor of the Chair of Civil Procedure of the Saint-Petersburg State University, Vice-President and Arbitrator at the International Commercial Arbitration Court in the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, Moscow, Russia (mgalperin@hse.ru). ORCID: 0000-0002-3626-4548.

### Abstract

The commentary points out the fundamental evidentiary issues, which the International Court of Justice would face soon deciding the case *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)* at the merits stage. The author believes that the burden of proof considerations are at the heart of the whole procedural picture of this unique inter-state dispute. The analysis shows that in this case, pursuant to the *actori incumbit onus probandi* principle (it is for the claimant to prove his claim), the burden of proof remains — as it should — with the Applicant (Ukraine) and should not be arbitrarily shifted to the Respondent (the Russian Federation). Ukraine's primary access to direct evidence regarding the legal nature of its acts should also be taken into account when establishing the appropriate burden of proof.

### Key words

international justice, evidence, burden of proof, legal remedy, due process

**Citation:** Galperin M. Burden of Proof at the ICJ Case *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*: Finding “the Way Home” // Zhurnal VSHÉ po mezhdunarodnomu pravu (HSE University Journal of International law). 2024. Vol. 2. № 4. P. 69–77.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.24746>

### Procedural history

On 26 February 2022, Ukraine filed in the International Court of Justice (hereinafter — ICJ, the Court) an Application, by which it instituted proceedings against the Russian Federation concerning a dispute relating to the interpretation, application and fulfilment of the 1948 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (hereinafter — the Genocide Convention, the Convention). Ukraine contended, *inter alia*, that the Russian Federation falsely claimed that acts of genocide had occurred in the Lugansk and Donetsk oblasts of Ukraine, and on that basis recognised the Donetsk and Lugansk People's Republics, and then started a special military operation against Ukraine. Ukraine “emphatically denies” that such acts of genocide have occurred and states that it submitted the Application “to establish that Russia has no lawful basis to take action in and against Ukraine for the purpose of preventing and punishing any purported genocide”.

On 2 February 2024, the Court rendered its Judgment on the preliminary objections (hereinafter — the PO Judgment), in which it found that it had jurisdiction to examine only the claim of Ukraine requesting the Court to “[a]djudge and declare that there is no credible evidence that Ukraine is responsible for committing genocide in violation of the Genocide Convention in the Donetsk and Luhansk oblasts of Ukraine”.<sup>1</sup> By an Order also dated 2 February 2024, the Court fixed 2 August 2024 as the time-limit for the filing of the Counter-Memorial of the Russian Federation. This time-limit was subsequently extended until 18 November 2024. The Russian Ministry of Foreign Affairs declared in its official press-release: “...on November 18, the Russian Federation submitted comprehensive materials to the ICJ concerning genocide committed by Ukraine in Donbass... The document presented, termed the Counter-Memorial of the Russian Federation, comprises 522 pages of core text and over ten thousand pages of annexes. The specific contents remain confidential at this juncture, with all materials set to be disclosed only after

<sup>1</sup> URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20240806-pre-01-00-en.pdf> (accessed: 13.01.2025).

the completion of the proceedings... Ukraine must now address Russia's Counter-Memorial".<sup>2</sup> So, it looks like the case *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)* (hereinafter — the Case) could therefore proceed further shortly.

I shall start from a declaration of a personal standpoint with respect to this case and commentary thereto. I am not the counsel of the Russian Federation and I am not an insider in this landmark dispute in the ICJ, although, used to be in thousands of other cases at the European Court of Human Rights (hereinafter — the ECtHR), serving as the country's governmental agent at that international tribunal from 2017 to 2021. I, surely, do not know all the details of the Case, have not seen all the materials (except for that in public domain) and not aware of the strategies of the Parties. But what I have learnt from the numerous cases in domestic courts, international tribunals, investment and commercial arbitrations worldwide, and what now my students learn from me as a law professor, is the K. Evans' *Advocacy in Court* maxim that *defence* counsel (Russia is the defendant in this Case, as in all other inter-state cases ever known<sup>3</sup>) have to show the judges "the way home", that is, how to arrive at the desired outcome by the least painful means<sup>4</sup> (I will add, — by the shortest and clearest legal route, ideally — which leads to the termination of the case on procedural grounds without going to the merits). The advocacy should be seen to have a clear idea of what it is arguing for and to have an understanding of the relative strengths of the possible arguments, to sort the relevant from the irrelevant and then re-sort to refine the available material down to what the court *really wants to know about*, to focus on what lies *at the heart* of the specific case.<sup>5</sup>

### *Onus probandi*

At this stage of the proceedings, the Case involves complex questions — not just because of the subject matter, but due to the absence of a clear procedural (evidential) algorithm of handling such cases by the Court. One may see these unanswered questions in most of the opinions and declarations of the judges of the Court to the PO Judgment. They show that the judges have questioned what exact international legal remedy is sought in Ukraine's surviving claim,<sup>6</sup> as well as what are the standard and burden of proof applicable to it. Judge Tomka was fair in concluding remarks in his Declaration, saying that he "[takes] no position at this time on the question of how the burden of proof should be allocated in the present Case concerning the question whether Ukraine is responsible for committing genocide in violation of the Genocide Convention in the Donetsk and Luhansk oblasts". He went on to "point out that it would be useful for the Parties to address this fundamental question as the Case proceeds to the merits".<sup>7</sup>

We cannot foresee what the positions of the Parties regarding the burden of proof issue will eventually be, but what is clear now is that this issue is obviously the key to the whole Case, which cannot be resolved properly without a structured roadmap of distribution of the burden of proof (*onus probandi*) between the Parties, based on international law, procedural principles and common legal

<sup>2</sup> URL: [https://www.mid.ru/ru/foreign\\_policy/news/1982157/?lang=en#sel=4:1:D,4:1:D;4:9:3UI,4:23:IMx](https://www.mid.ru/ru/foreign_policy/news/1982157/?lang=en#sel=4:1:D,4:1:D;4:9:3UI,4:23:IMx) (accessed: 13.01.2025).

<sup>3</sup> The only known inter-state case, in which Russia was the initial applicant is ECtHR, *Russia v. Ukraine*, Application no. 36958/21. The application was lodged with the ECtHR against Ukraine on 22 July 2021, concerned the Russian Government's allegation of a pattern ("administrative practice") since 2014 in Ukraine of, among other things, killings, abductions, forced displacement, restrictions on the use of the Russian language (apparently, mostly similar to the Russian allegations in the current ICJ case). On 18 July 2023, the application was finally struck out of the list of cases as the ECtHR concluded that the Russian Government no longer wished to pursue it and had repeatedly failed to reply to the procedural correspondence after the cessation of the state's membership at the Council of Europe in 2022. Moreover, the ECtHR found no grounds, which would require that it should nonetheless continue examination of the inter-state case as there are almost 8,500 individual applications which are still ongoing concerning the events since 2014 in various parts of Ukraine (ECtHR. *Russia v. Ukraine*. Application no. 36958/21. Decision of 18 July 2023). Four other inter-state cases upon the applications of Ukraine against Russia are still pending at the ECtHR Grand Chamber, despite the non-appearance of the Russian Federation. URL: <https://www.echr.coe.int/cases-pending-before-the-grand-chamber> (accessed: 13.01.2025).

<sup>4</sup> Cit. ex.: Evans K. *Advocacy in Court* / ed. by R. McPeake. 15th ed. Oxford : Oxford University Press, 2010. P. 57.

<sup>5</sup> Ibid. P. 56–57.

<sup>6</sup> PO Judgment, §151: "[The Court] [f]inds that it has jurisdiction, on the basis of Article IX of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, to entertain submission (b) in §178 of the Memorial of Ukraine".

<sup>7</sup> ICJ. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation: 32 States intervening)*. Declaration of Judge Tomka. §20.

sense.<sup>8</sup> Below is the attempt to assist in constructing this kind of a roadmap by attracting the attention to some specific aspects of the Case.

### What is the genuine application about?

An important procedural aspect of the Case is that the PO Judgment put the Russian Federation (the Respondent) to some extent in the position of a *de facto* applicant, and Ukraine (the Applicant) — of the *de facto* respondent (despite its legal status as the Applicant in this Case).<sup>9</sup> We shall see below that this *ad hoc* situation does not change the fundamental procedural role of the Parties with respect to the production of evidence.

As indicated in the PO Judgment, the subject of the examination of Ukraine's original case on the merits will be limited to the question of whether there is credible evidence that Ukraine has committed genocide in the territories of the Donetsk and Lugansk regions. All other claims of Ukraine were dismissed on jurisdictional grounds.<sup>10</sup> While this means that Ukraine's case concerns allegations of acts of genocide committed in the said regions (objective element), for the purposes of this particular claim, evidence relating to the wider territory (not only the Donetsk and Lugansk regions) will constitute evidence of genocide and existence of specific genocidal intent behind the said actions. This evidence is primarily not under Russian control (in the Donetsk and Lugansk regions), but in Ukraine and specifically in Kiev — where the central authorities and military command of Ukraine are located.

### When is the *actori incumbit onus probandi* applicable?

The fundamental rule for the distribution of the burden of proof is the maxim *actori incumbit onus probandi* (the burden of proof lies on the plaintiff (*actor*)), which is widespread not only in the practice of the Court, but also of other international tribunals.<sup>11</sup> It may be assumed, it is Russia that *alleges* that Ukraine committed genocide, therefore Russia is the *actor* (who bears the onus of proof).<sup>12</sup> But it would not be the correct application of this general principle to the situation at hand. No one would object that the *actori incumbit onus probandi* is a purely legal concept, since it concerns exclusively the allocation of the burden of proof in court proceedings.<sup>13</sup> Clearly, Russia's statements of the genocide committed by Ukraine, which are referred to by the Applicant, were of political nature, initially made outside the Court, were extra-procedural and it was therefore not incumbent upon Russia to prove these statements in an adversarial manner prescribed by any legal procedures. To the contrary, Ukraine's allegations that these political declarations are ill-founded constitute the very foundation of the Case. Hence, under the *actori*

<sup>8</sup> The observers have been waiting for a long time for “the ICJ... to provide guidance on the principles regarded by the Court as underpinning practice in relation to burden of proof in international courts and tribunals in future cases”, since “relative certainty about the rules on proof will reinforce international actors' commitment to legal means of dispute settlement and their adherence to international law more generally”. Foster C. *Burden of Proof in International Courts and Tribunals* // Australian Year Book of International Law. 2010. Vol. 29. P. 84–86.

<sup>9</sup> What makes this case unprecedented, is that the Applicant, Ukraine, denies the allegation of genocide made by the Respondent, Russia. Usually, in any litigation a claimant alleges and a respondent denies. See: Ishizuka C. *Impact of the Ukraine Conflict on Inter-State Dispute Settlement Procedures: The Allegations of Genocide Case (Ukraine v. Russia)* // Global Impact of the Ukraine Conflict / ed. by S. Furuya, H. Takemura, K. Ozaki. Singapore : Springer Nature Singapore : Imprint: Springer, 2023.

<sup>10</sup> PO Judgment.

<sup>11</sup> Brown C. *A Common Law of International Adjudication*. Oxford University Press, 2007. P. 89.

<sup>12</sup> The problem of allocation of the burden of proof in the commented case was also analysed recently by A. Nalgiev. See: Nalgiev A. *Bremya dokazyvaniya otritsatel'nykh faktov v praktike mezhdunarodnykh sudov i arbitrazhei: chto sulit rassmotrenie iska Ukrainy po delu o zavavleniyakh o genotside? [Burden of Proof of Negative Facts in the Practice of International Courts and Tribunals: What Does the Consideration of Ukraine's Claim in the Allegation of Genocide Case Has in Store for Us?]* // Zakon. 2024. № 10. C. 140–153.

<sup>13</sup> The first principle in regard to the burden of proof is stated in the *Corpus Juris: semper necessitas probandi incumbit illi qui agit* (D.22.3.21). If one person claims something from another *in a court of law*, then he has to satisfy the court that he is entitled to it. The second principle is “*Agere etiam is videtur, qui exceptiones utitur: nam reus in exceptione actor est*” (D.44.1.1). The person against whom the claim is made holds the burden of proof if only it sets up a special defence, not just mere denial of the claim. See: <https://journals.co.za/doi/pdf/10.10520/EJC85093> (accessed: 13.01.2025). A. Grebelsky suggests that the classical Roman evidentiary maxim *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat* and *actore non probante reus absolvitur* consider that the obligation to present this or that evidence can be assigned to the other party only when that party is the *only* one who can have such evidence [italics added], and it is undoubtedly not Russia in the present case. See: *Raspredelenie bremeni dokazyvaniya v mezhdunarodnom arbitrazhe // Voprosy mezhdunarodnogo chastnogo, sravnitel'nogo i grazhdanskogo prava, mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha: LIBER AMICORUM v chest' A.A. Kostina, O.N. Zimenkovoi, N.G. Eliseeva [Distribution of Burden of Proof in International Arbitration // Issues of International Private, Comparative and Civil Law, International Commercial Arbitration: LIBER AMICORUM in Honour of A. A. Kostin, O. N. Zimenkova, N. G. Eliseev]* / ed. by S. Lebedev, E. Kabatova, A. Muranov, E. Vershinina. Moscow : Statut, 2013.

*incumbit onus probandi* principle it is for Ukraine to prove them. There are no grounds for releasing Ukraine from this burden of proof, which it bears as the initial Applicant and the author of its claims. Judge Abraham specifically highlighted this in his partly dissenting opinion to the PO Judgment.<sup>14</sup>

As Judge Bennouna correctly pointed out in his Declaration to the PO Judgment, the only situation known to law when the respondent under the specific norms bears the burden of proof of the correctness of its own allegations made *extra-procedurally*, outside the context of any legal remedy, is *defamation*. At the same time, as Judge Bennouna also mentioned (and it is impossible to dispute), “even if an accusation of genocide is false, international law — unlike domestic law — does not allow States to institute what are simply defamation proceedings”.<sup>15</sup>

The purely legal nature of the *actori incumbit onus probandi* general rule also means that it is limited to indications that the party bears the burden of proof in relation only to those facts that form the basis of its claims or objections, but *not just any facts* that are otherwise mentioned in its position. As C. Foster specifically notes,

It can be seen that the requirement for a party to prove all the facts it asserts is generally taken as convenient shorthand for the requirement that a party should prove all the facts going to make up its legal case. The assumption is that the facts a party asserts will be those *required* for its case... it would be appropriate for international courts and tribunals to place greater emphasis on the need for a party to establish the facts supporting its *legal* claims and defences, rather than *merely the facts asserted*... an *emphasis on claims and defences rather than simply on fact* [italics added].<sup>16</sup>

When the disputed statements regarding facts of genocide were made by the Russian officials, they were never accompanied by a reference to the Convention or any other legal instrument. They clearly never intended to form or constituted any *legal* remedy or position regarding the interpretation and application of the Genocide Convention. The contrary, to put it simply, would be like calling somebody a “killer” in the street and then having to prove in court under all evidentiary standards applicable to criminal proceedings (with presumption of innocence,<sup>17</sup> priority of direct evidence, etc.) that the person had actually killed. For illustration, such logic had been challenged by the ECtHR:

In so far as he also quoted as saying that he considered Mr... to be a “corruptionist” and a “thief”, the Court acknowledges that these are strong words which suggest involvement in criminal activities. However, the absence of a criminal conviction does not necessarily exclude the reality of the alleged facts, in particular, where such allegations have not yet been officially investigated.<sup>18</sup>

Consequently, within the defamation regime, one should rather distinguish situations in which one *extra-procedurally* accuses of a crime the person, whose innocence has been knowingly confirmed by the proper investigation, or accuses of a crime the person, against whom there was no investigation, and accordingly, he may be guilty. The allegations are valid so long as the accused is considered innocent in the legal proceedings. The commented Case is much closer to the second situation, where Ukraine, for all we know, has not investigated the apparently genocidal criminal acts committed, so naturally opened a floor for the further probabilistic statements that the crime of genocide has actually took place.

The bottom line is that nothing in international law and the Court’s practice precludes state officials to note publicly that, to the best of their knowledge, another State has committed certain misconduct. These notes are not automatically equated to a legal claim. As the Court pointed in the *Kosovo Advisory Opinion*:

---

<sup>14</sup> PO Judgment. Partly Dissenting Opinion of Judge Abraham. §18: “The Russian Federation, which is not an applicant in the case, will not be required to produce before the Court any evidence in support of the allegations it has made outside the judicial framework...” (“La Fédération de Russie, qui n’est pas demanderesse dans l’affaire, ne sera pas tenue de produire devant la Cour les preuves dont elle dispose au soutien des allégations qu’elle a formulées en dehors du cadre judiciaire, à supposer qu’elle dispose de telles preuves”).

<sup>15</sup> PO Judgment. Declaration of Judge Bennouna. §11.

<sup>16</sup> Foster C. T. *Op. cit.* P. 41–42.

<sup>17</sup> It is said that even in the landmark international criminal proceedings the presumption of innocence has not precluded the tribunals from shifting the burden of proving its innocence to the accused party. See: Lisova A. *Raspredelenie bremini dokazyvaniya v praktike mezhdunarodnykh sudov* [Distribution of the Burden of Proof in the Practice of International Courts] // *Mezhdunarodnoe pravo i mezhdunarodnaya yustitsiya*. 2022. № 3. P. 23–25.

<sup>18</sup> ECtHR. *Kommersant and Others v. Russia*. Applications nos. 37482/10 and 37486/10. Judgment of 23 June 2020. See also: ECtHR. *Marian Maciejewski v. Poland*. Application no. 34447/05. Judgment of 13 January 2015. §72–76; ECtHR. *Vitrenko and Others v. Ukraine*. Application no. 23510/02. Decision on Admissibility of 16 December 2008. P. 4.

It follows that the task which the Court is called upon to perform is to determine whether or not the declaration of independence was adopted in violation of international law. The Court is not required by the question it has been asked to take a position on whether international law conferred a positive entitlement on Kosovo unilaterally to declare its independence or, *a fortiori*, on whether international law generally confers an entitlement on entities situated within a State unilaterally to break away from it. Indeed, it is entirely possible for a particular act — such as a unilateral declaration of independence — not to be in violation of international law without necessarily constituting the exercise of a right conferred by it. The Court has been asked for an opinion on the first point, not the second.<sup>19</sup>

To rephrase the Court's finding in the *Kosovo*: “It is entirely possible for a particular act — such as a proclamation of committing a genocide by another state — not to be in violation of international law without necessarily constituting the exercise of a right conferred by it. The Court has been asked for an opinion on the proclamation, not the genocide itself”. It begs no mention that claims are referred to the Court exclusively by a formal application under Article 38 of the Rules of Court — not by any public statement. Again, the Russian Federation had not engaged the Court for the instant matter — Ukraine did.

*Actori incumbit onus probandi* is not an abstract rule about proving any fact in the world — as mentioned above, it is a legal principle that applies specifically to facts indicated as the base for legal claims made before the competent judicial institutions in support of a party's legal position. Facts are not just facts when referred to in court: they become the basis for the application of particular legal rules on which the party grounds its legal position. In turn, any legal position is based on a particular legal instrument (in the Case — the Convention), which lays down the applicable substantive law in the dispute and the facts that must be proved in order for this law to apply.

It is clear that just any public reference to facts which a reasonable person (incl. non-lawyer) may consider to be genocide in the common meaning of the word does not require their immediate qualification under a particular legal instrument (e.g. the Convention), unless the allegations in questions are formally submitted to a court by the party, which made them. Becoming a claimant (counter-claimant) — is always a discretionary right, not a duty.

Notably, while Ukraine may rely on the perception that it is the victim of false allegations and hence the injured party, this would not be entirely honest — the Russian Federation, as the Respondent, is the actual target of allegations (in contrast to Ukraine, not of a factual, but of a legal nature) in these proceedings. While Ukraine challenges factual allegations, the Russian Federation as the Respondent has to deal with allegations of a legal nature — the kind that the *actori incumbit onus probandi* principle applies to.

To conclude this part, the subject-matter of this Case is the procedural attempt of Ukraine, not Russia, to legally qualify specific facts (i.e. as covered or not covered by the Convention). In this Case, it is Ukraine that primarily carries the burden of proof regarding its particular claims of the absence of said facts. While the Russian Federation also may submit evidence in defence, since the statements of its public officials were originally *extra-procedural*, under the *actori incumbit onus probandi* the burden of proof regarding the *subject-matter* of the Case remains (as it should) with the Applicant (Ukraine) and could not be arbitrarily shifted to the Respondent (the Russian Federation).

### Where is the evidence?

Ukraine's inherent *onus probandi* in respect of its declaratory claim also stems from its ability to produce direct evidence of the planning, conduct and nature of the acts concerned. In fact, this issue is an integral and defining characteristic of the configuration of the dispute.

In the Case, as mentioned, it is of foremost importance that all direct evidence (originals of the relevant documents, orders, records of meetings, witnesses) is located in the territory controlled by Ukraine and is squarely within Ukraine's possession. Accordingly, regardless of what evidence the Russian Federation may produce, it is still for Ukraine to substantiate its claim that the Russian Federation has falsely alleged that Ukraine's actions amounted to genocide.

<sup>19</sup> ICJ. *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*. Advisory Opinion of 22 July 2010. I.C.J. Reports 2010. P. 403. § 56.



The above is supported by the Court's approach in *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, where the party's authorities, being in charge of the direct evidence of their actions (or lack thereof), were determined to be much better placed to prove that they have duly discharged their obligations.<sup>20</sup>

There is no reason to assert that it would be more difficult for Ukraine to prove that its own acts did not encompass genocide than it would be for the Russian Federation to prove otherwise. Nothing prevents Ukraine from revealing evidence that the Russian Federation was wrong and Ukraine did not commit genocide (or that none of its plans had any traces of genocidal intent), as it has claimed in the Case, and certainly from commenting on the evidence presented by the Russian Federation.

It would therefore not be unfair to rest the burden of proving the absence of genocide on Ukraine, as it should be, given Ukraine's procedural status as both the Applicant and the Party that brought the claim in the first place. More than this, there is no convincing justification as to why the Russian Federation as the Respondent should in principle be required to substantively engage with Ukraine's declaratory demands more than is usually implied by the duty of the parties to cooperate with the Court.<sup>21</sup>

To summarise this point, there are no circumstances in the Case which could constitute grounds for the Court to deviate from the generally recognised literal interpretation of the *actori incumbit onus probandi* rule by mechanically shifting the burden of proof to the Respondent (Russia), rather than to emphasise the duty of the Parties to cooperate "in the provision of such evidence as may be in [their] possession that could assist the Court in resolving the dispute submitted to it".<sup>22</sup> The Russian Federation as the Respondent could not be held responsible for Ukraine's claim that the Russian Federation falsely alleged genocide, which has been formally advanced against the Russian Federation by the Applicant — Ukraine — the Party which solely initiated the legal assessing of its own compliance with the Convention.

As correctly noticed by the above-noted judges in their declarations and opinions, Ukraine cautiously changed the wording of its claims in the Memorial from the way they were formulated in its Application. While in the Application Ukraine asked to "declare that ... no acts of genocide, as defined by Article III of the Genocide Convention, have been committed in the Luhansk and Donetsk oblasts of Ukraine",<sup>23</sup> the prayer for relief in the Memorial requests from the Court to "declare that there is no credible evidence that Ukraine is responsible for committing genocide in violation of the Genocide Convention in the Donetsk and Luhansk oblasts of Ukraine".<sup>24</sup> In order to establish the absence of any acts of genocide, it is necessary to prove that *all* actions and events that took place do not fall within the *actus reus* and *dolus specialis* of genocide as embodied in the Convention.

At the same time the amended claim demands only "credible evidence" that Ukraine is responsible for genocide in Donbass. This claim is phrased in much less confident language as regards existence of genocide *per se* and appears to be much less demanding on the Russian Federation's evidence therefor.

In light of these circumstances, international practice would also call for greater leniency with respect to the evidence submitted by the defendant. In particular, full weight should be given to circumstantial evidence, and a less stringent standard is overall warranted. This stems from the textbook approach adopted by the Court in the *Corfu Channel* case<sup>25</sup> and is widely shared by other international judicial organs. For illustration, in the award of 29 July 2008 in the case *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan* an ICSID tribunal stated that "in general, international tribunals have given full weight to circumstantial evidence",<sup>26</sup> including the situation when "direct evidence of fact is unavailable",<sup>27</sup> directly referring to the Court's Judgment in the *Corfu Channel*

<sup>20</sup> ICJ. *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*. Judgment of 30 November 2010 (Merits). I.C.J. Reports 2010 (II). P. 660. § 55.

<sup>21</sup> See e.g. ICJ. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*. Judgment of 3 February 2015. I.C.J. Reports 2015. P. 73. § 173; ICJ. *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*. Judgment of 20 April 2010. I.C.J. Reports 2010. P. 71. § 163.

<sup>22</sup> ICJ. *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)*. Judgment of 20 April 2010. I.C.J. Reports 2010. P. 71. § 163.

<sup>23</sup> ICJ. *Genocide case (Ukraine v. Russia)*. Application instituting proceedings of 27 February 2022. § 30(a).

<sup>24</sup> ICJ. *Genocide case (Ukraine v. Russia)*. Memorial of Ukraine of 1 July 2022. § 178(b).

<sup>25</sup> ICJ. *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*. Judgment of 9 April 1949. [1949] I.C.J. Report Rep. 4, § 18: "[T]he other State [the claimant], the victim of a breach of international law, is often unable to furnish direct proof of facts giving rise to responsibility. Such a State should be allowed a more liberal recourse to inferences of facts and circumstantial evidence. This indirect evidence is admitted in all systems of law, and its use is recognized by international decisions".

<sup>26</sup> *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*. ICSID Case no. ARB/05/16. Award of 29 July 2008. § 444.

<sup>27</sup> *Ibid.*

case.<sup>28</sup> A similar position was expressed by the ICSID tribunal in the award of 27 August 2009 rendered in the *Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan (I)* case,<sup>29</sup> where the decision of the Court in the *Corfu Channel* case was cited in support of the admissibility of references to circumstantial evidence. Furthermore, the arbitral tribunal in the award dated 27 June 1990 rendered in the *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka* case has indicated the principle under which “in cases where proof of a fact presents extreme difficulty, a tribunal may thus be satisfied with less conclusive proof, i.e., *prima facie* evidence<sup>30</sup> as one of the general “*international law rules of evidence*” [italics added].<sup>31</sup>

It is particularly notable that Ukraine itself has tried to benefit from exactly the same approaches, as described above, in other inter-state proceedings against the Russian Federation. For instance, in its Reply in the *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)* case, Ukraine argued the following:

[A]cross the entirety of the case, Russia ignores the fact that the financiers of terrorism and the perpetrators of racial discrimination are located in territory controlled by Russia, and that as a consequence, Ukraine must under this Court’s jurisprudence be ‘allowed a more liberal recourse to inferences of fact and circumstantial evidence.’<sup>32</sup>

Consequently, the Court took this factor into account in its Judgment in the said case.<sup>33</sup>

Ukraine also fronted this position before the ECtHR. Particularly, in the case *Ukraine v. Russia (Re Crimea)*, Ukraine “emphasised the practical difficulties associated with gathering evidence in Crimea and the fact that the Government of the Russian Federation was in exclusive possession of substantial evidence relating to the administrative practices [pertaining to alleged human rights abuses] complained of”.<sup>34</sup> This prompted the ECtHR to pronounce in the Judgment of its Grand Chamber dated 25 June 2024 that unfavourable inferences of fact against the Russian Federation were allowed<sup>35</sup> and to find “*prima facie* evidence in favour of [Ukraine’s] version of events” [italics added] is enough so as to shift the burden of proof on the respondent.<sup>36</sup> Consequently, the ECtHR held that, along with primary sources, including the testimony of direct witnesses, participants of the relevant events or actual victims of violations, attention is paid to circumstantial evidence,<sup>37</sup> the duty to refute which, as a consequence, is placed on the party whose alleged violations were in question (in the case before the ECtHR — Russia, and in the present Case before the Court — Ukraine).

## Conclusion

The subject-matter of the commented Case is the *procedural* attempt of Ukraine, not Russia, to legally qualify specific facts and actions. So, pursuant to the general *actori incumbit onus probandi* legal principle it is Ukraine that primarily carries the burden of proof regarding its particular claims of the absence of genocide.

In the end, in many proceedings, Ukraine used the same logic and approaches to ensure a favourable decision against the Russian Federation where its evidence was at best circumstantial. So, the concluding two questions are the following: “Shall the Court allow Ukraine to backpedal from the

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> *Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan (I)*. ICSID Case no. ARB/03/29. Award of 27 August 2009. § 142.

<sup>30</sup> Ibid. § 56.

<sup>31</sup> *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Republic of Sri Lanka*. ICSID Case No. ARB/87/3. Award of 27 June 1990. § 85.

<sup>32</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 of Ukraine, 29 April 2022. § 12.

<sup>33</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. P. 42. § 80; P. 63. § 169.

<sup>34</sup> ECtHR. *Case of Ukraine v. Russia (re Crimea)* [GC]. Applications nos. 20958/14 and 38334/18. Judgment of 25 June 2024. § 30.

<sup>35</sup> Ibid. § 846 (citing Judgement of 16 December 2020, § 436), 971.

<sup>36</sup> Ibid. § 846 (citing Judgement of 16 December 2020, § 437–438).

<sup>37</sup> Ibid. § 846 (citing Judgement of 16 December 2020, § 443–445).

strategy that it itself employed against Russia in other fora?”, and, most importantly, “Will the Court clearly demonstrate that all states are treated equally and fairly even in unprecedented cases?” Answers are pending.

---

## БРЕМЯ ДОКАЗЫВАНИЯ В ДЕЛЕ МЕЖДУНАРОДНОГО СУДА ЗАЯВЛЕНИЯ О ГЕНОЦИДЕ ПО КОНВЕНЦИИ О ПРЕДУПРЕЖДЕНИИ ПРЕСТУПЛЕНИЯ ГЕНОЦИДА И НАКАЗАНИИ ЗА НЕГО (УКРАИНА ПРОТИВ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ): В ПОИСКАХ «ДОРОГИ ДОМОЙ»

ГАЛЬПЕРИН М. Л.

**Гальперин Михаил Львович** — доктор юридических наук, заведующий кафедрой международного правосудия при департаменте международного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», профессор кафедры гражданского процесса СПбГУ, заместитель председателя и арбитр Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, Москва, Россия (mgalperin@hse.ru). ORCID: 0000-0002-3626-4548.

### Аннотация

В комментарии освещаются фундаментальные вопросы доказывания, которые вскоре встанут перед Международным Судом в деле *Заявления о геноциде по Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказания за него (Украина против Российской Федерации)* на стадии рассмотрения по существу. Автор утверждает, что вопросы распределения бремени доказывания составляют основу всей процессуальной картины этого уникального межгосударственного разбирательства. Анализ показывает, что в соответствии с принципом *actori incumbit onus probandi* (истец должен доказать свои требования) бремя доказывания остается на заявителе (Украине) и не может быть произвольно переложено на ответчика (Российскую Федерацию). Исключительный доступ Украины к прямым доказательствам, касающимся правовой природы ее действий, также должен быть принят во внимание при надлежащем распределении бремени доказывания в этом деле.

### Ключевые слова

международное правосудие, доказательства, бремя доказывания, способ защиты, принципы надлежащего процесса

**Для цитирования:** Гальперин М. Л. Бремя доказывания в деле Международного Суда *Заявления о геноциде по Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказания за него (Украина против Российской Федерации)*: в поисках «дороги домой» // Журнал ВШЭ по международному праву (HSE University Journal of International Law). 2024. Т. 2. № 4. С. 69–77.

<https://doi.org/10.17323/jil.2024.24746>

---

### References / Список источников

- Brown C. (2007) *A Common Law of International Adjudication*, Oxford: Oxford University Press.
- Evans K. (2020) *Advocacy*, 15th ed., Oxford: Oxford University Press.
- Foster C. (2010) *Burden of Proof in International Courts and Tribunals*. Australian Year Book of International Law, vol. 29, pp. 27–86.
- Grebelsky A. (2013) *Raspredelenie bremeni dokazyvaniya v mezhdunarodnom arbitrazhe* [Distribution of burden of proof in international arbitration]. In: Lebedev S., Kabatova E., Muranov A., Vershinina E. (eds.) *Voprosy mezhdunarodnogo chastnogo, sravnitel'nogo i grazhdanskogo prava, mezhdunarodnogo kommercheskogo arbitrazha: LIBER AMICORUM v chest' A.A. Kostina, O.N. Zimenkovo, N.G. Eliseeva* [Issues of international private, comparative and civil law, international commercial arbitration: LIBER AMICORUM in honour of A. A. Kostin, O. N. Zimenkova, N. G. Eliseev], Moscow: Statut. (In Russian).



Ishizuka C. (2023) Impact of the Ukraine Conflict on Inter-State Dispute Settlement Procedures: The Allegations of Genocide Case (Ukraine v. Russia). In: Furuya S., Takemura H., Ozaki K. (eds.) Global Impact of the Ukraine Conflict, Singapore: Springer Nature Singapore: Imprint: Springer.

Lisova A. (2022) Raspredelenie bremeni dokazyvaniya v praktike mezhdunarodnykh sudov [Distribution of the burden of proof in the practice of international courts]. *Mezhdunarodnoe ugonoe pravo i mezhdunarodnaya yustitsiya*, vol. 3, pp. 23–25. (In Russian).

Nalgiev A. (2024) Bremya dokazyvaniya otritsatel'nykh faktov v praktike mezhdunarodnykh sudov i arbitrazhei: chto sulit rassmotrenie iska Ukrainy po delu o zayavleniyakh o genotside? [Burden of Proof of Negative Facts in the Practice of International Courts and Tribunals: What Does the Consideration of Ukraine's Claim in the Allegation of Genocide Case Has in Store for Us?]. *Zakon*, no. 10, pp. 140–153. (In Russian).

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

ЛУЧКИН Ф. В.

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

### Аннотация

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

### Ключевые слова

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

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

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

### Введение

19 июля 2024 года Международный Суд вынес Консультативное заключение в ответ на вопросы, поставленные Генеральной Ассамблеей ООН (далее также — ГА ООН) в Резолюции 77/247 от 30 декабря 2022 года<sup>1</sup>:

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

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

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

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

Это уже второй запрос консультативного заключения по поводу арабо-израильского конфликта (первое было вынесено в 2004 году<sup>2</sup>). Суд работал над подготовкой Заключения, имея в производстве как минимум два спора, связанных с конфликтом: *Южная Африка против Израиля*<sup>3</sup> и *Никарагуа против Германии*<sup>4</sup>. Важность Заключения очевидна хотя бы в силу количества участников процесса — пятьдесят четыре государства и три организации<sup>5</sup> (в течение шести дней перед Судом выступили пятьдесят три участника<sup>6</sup>). Консультативное заключение было принято подавляющим большинством, однако говорить о единодушии даже среди судей не приходится. В настоящем комментарии по итогам сопоставления текстов Консультативного заключения, особых мнений и деклараций судей проанализированы наиболее спорные аспекты Заключения.

## 1. Юрисдикция и дискреция Суда

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

Первая причина, на которую также указывали и в ходе подготовки заключения о строительстве стены<sup>8</sup>, была обозначена представителем Соединенного Королевства еще на этапе принятия Резолюции 77/247: «...без согласия обеих сторон неуместно просить Суд вынести консультативное заключение по вопросу, представляющему собой по сути двусторонний спор»<sup>9</sup>. Обход принципа согласия сторон, действительно, может служить основанием для отказа вынести консультативное заключение<sup>10</sup>, но не в этом случае, поскольку запрос затронул обязанности ООН и «более широкие вопросы международного мира и безопасности», в том числе некоторые обязательства *erga omnes*<sup>11</sup>. Может показаться, что здесь не обошлось без лукавства: если двусторонний конфликт попадает в сферу ответственности ООН, то он перестает быть двусторонним. Вместе с тем разве не обречен любой достаточно серьезный международный конфликт попасть в эту сферу? Отвечая на этот вопрос, уместно обратиться к сопутствующему нормативному аргументу судьи Тлади: «Нет никаких сомнений в том, что международная правовая система вышла за рамки эры чисто двусторонних отношений»<sup>12</sup>. В отсутствие строгого дихотомического разделения международно-правовых споров на двусторонние и недвусторонние<sup>13</sup> «тот факт, что <...> Суду, возможно, придется выносить решения по правовым вопросам, в отношении которых Палестина и Израиль высказали различные мнения, не превращает настоящий случай в двусторонний спор»<sup>14</sup>.

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

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

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

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

<sup>6</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 21.

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

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

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

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

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

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

<sup>12</sup> Declaration of Judge Tladi (далее — D Tladi). § 11.

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

<sup>13</sup> Также см.: SO Koroma. § 3.

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

<sup>14</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 34.

С этим подходом в особом мнении<sup>15</sup> выразила несогласие судья Себутинде. Однако ее позиция, вероятно, определялась не столько приверженностью принципу согласия сторон, сколько двумя опасениями: во-первых, в производстве Суда находятся два спора, предмет которых может пересекаться с вопросами ГА ООН, поэтому ответ на запрос подвергает риску беспристрастность Суда (англ.: *judicial integrity*)<sup>16</sup>; во-вторых, в двусторонних спорах участие обеих сторон и их состязательность упрощают для Суда задачу поиска справедливого решения<sup>17</sup>, в то время как отсутствие состязательности между сторонами, напротив, требует более активного участия Суда в разрешении спора.

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

Израиль не принимал активного участия в настоящем процессе. Израиль представил Суду письменное заявление на пяти страницах, включая приложения. Он предпочел не участвовать в устном разбирательстве, несмотря на то что до начала этого разбирательства Суд выделил Израилю три часа для изложения своей точки зрения. Столько же времени было выделено государству Палестина, имеющему статус наблюдателя, то есть в шесть раз больше, чем любому другому участнику<sup>18</sup>.

Как верно замечает судья Себутинде, тот факт, что формулировка запроса, использованная ГА ООН, указывает лишь на политики и действия Израиля, оставляя остальных участников конфликта за скобками, способствовал созданию асимметрии, которую Суду необходимо было преодолеть<sup>19</sup>. Запрос прямо не затрагивает действия Палестины, поэтому Суду ради сохранения беспристрастности необходимо прибегнуть к расширительному толкованию Резолюции 77/247. Игнорирование этой необходимости равносильно признанию, что в конфликте, являющемся предметом запроса, участвует исключительно Израиль. Иными словами, отсутствие упоминания других участников конфликта в Резолюции 77/247 не означает, что их ролью можно пренебречь. Указания на действия Палестины в качестве аргументов Израиля могли бы служить обоснованием для широкого прочтения запроса ГА ООН, но фактически Суду пришлось собственными силами исправлять ангажированность формулировки вопросов. В итоге Суд все же счел, что он обладает достаточным количеством информации для вынесения Заключения<sup>20</sup>.

Третьим аргументом, который Суд также отверг, являлось опасение негативного влияния Заключения на ход израильско-палестинских переговоров об урегулировании конфликта. Суд не стал анализировать возможность подобного пагубного влияния, хотя соответствующие опасения высказывались еще при принятии Резолюции 77/247<sup>21</sup>. Суд лишь указал, что субъективная оценка и предположения о негативном воздействии не могут быть убедительной причиной отклонения

<sup>15</sup> DO Sebutinde. § 47, 66.

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

<sup>17</sup> DO Sebutinde. § 6, 42.

<sup>18</sup> Separate opinion of Judge Cleveland. § 4.

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

<sup>19</sup> DO Sebutinde. § 42.

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

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

запроса<sup>22</sup>. Судья Себутинде, напротив, указывает: заключение, затрагивающее обязанности только одной стороны, подрвет переговорный процесс<sup>23</sup>.

Четвертый аргумент, отсылающий к возможному негативному влиянию на деятельность Совета Безопасности ООН, был отвергнут Судом по тем же соображениям, что и третий: это субъективная оценка и предположение<sup>24</sup>. Пятым аргументом, который был отвергнут как не имеющий отношения к делу, являлось соображение о формулировке запроса ГА ООН, будто бы свидетельствующей о желании получить не консультацию (англ.: *assistance*), но подтверждение (англ.: *confirmation*) конкретных правовых суждений<sup>25</sup>.

Последним аргументом послужила сама формулировка запроса ГА ООН — предвзятая и не вполне ясная<sup>26</sup>. Суд посчитал, что эта проблема может быть им решена самостоятельно, а потому она не является препятствием для вынесения Заключения. Суд в соответствии со своей практикой<sup>27</sup> взял на себя сложную задачу интерпретировать поставленные вопросы и определить их объем и значение. Насколько хорошо он справился — вопрос открытый.

## 2. Смысл вопросов Генеральной Ассамблеи ООН

Суд фактически оставил без внимания отсутствие упоминания в вопросах ГА ООН второй стороны конфликта — Палестины. Но корректно ли выносить консультативное заключение о нарушениях одной стороны конфликта без анализа нарушений другой? Даже с учетом того, что формулировку запроса ему предлагает ГА ООН, Суду ради сохранения статуса «судебного органа» не следует игнорировать существование других участников конфликта, о которых Резолюция 77/247 умалчивает. Даже если в ГА ООН наличествует консенсус по вопросу «кто виноват», Суду, чтобы не стать политическим органом, не желательно принимать этот консенсус как истину, к которой следует обратиться в попытке ответить на вопрос с точки зрения права. Благодаря контекстуальной рамке, в которую Суд поместил запрос ГА ООН, было возможно рассмотреть «политики и действия» и второй стороны конфликта<sup>28</sup>. Уже тот факт, что предметом рассмотрения выступил конфликт, то есть взаимодействие двух сторон, стал бы убедительным обоснованием для широкого толкования Резолюции 77/247: если не все, то подавляющее число соответствующих политик и действий Израиля — это воздействие на вторую сторону конфликта<sup>29</sup>; а права каждого государства в этом регионе «жить в мире в безопасных и признанных границах, не подвергаясь угрозам применения силы или ее применению»,<sup>30</sup> можно назвать «взаимными непреложными правами, которые создают непреложные правовые обязанности»<sup>31</sup>.

Сложно спорить с тем, что ГА ООН очерчивает границы своего запроса не столько указанием на факты, сколько с помощью правовой оценки, задавая вопрос о последствиях нарушений международного права, а не о последствиях конкретных событий. Суд интерпретировал предпосылку противоправности политик и действий Израиля как отдельный вопрос: действительно ли они нарушают международное право<sup>32</sup>. Таким образом, здесь возникает проблема логического толка: если перед ответом на вопрос о следствиях нужно с помощью правовой квалификации определить их причину, то необходимо сформулировать предмет правовой оценки. Какие именно факты могут оцениваться как нарушение права на самоопределение, аннексия, дискриминация и так далее? ГА ООН не указала прямо на эти факты, но лишь провозгласила их существование и

<sup>22</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 40.

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

<sup>24</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 42.

<sup>25</sup> Ibid. § 36.

<sup>26</sup> Ibid. § 29, 48.

<sup>27</sup> ICJ. *Wall Advisory Opinion*. § 38–39.

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

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

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

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

<sup>31</sup> Separate opinion of Judge Elaraby. § 3.1.

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

<sup>32</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 42; ICJ. *Wall Advisory Opinion*. § 39.

квалифицировала как нарушение международного права. Это делает запрос абстрактным, в отличие от запроса о подготовке заключения о строительстве стены, сформулированного в резолюции ES-10/24 от 8 декабря 2003 года<sup>33</sup>. Получается, что Суд полностью свободен в определении конкретных фактических обстоятельств, которые должны быть рассмотрены в Заключении<sup>34</sup>. В результате именно ввиду отсутствия необходимой информации, например, судья Нольте не согласился с квалификацией политик и действий Израиля как апартеида или расовой сегрегации<sup>35</sup>, а судьи Томка, Абрахам и Ауреску указали на отсутствие у Суда достаточной информации для подготовки заключения о ситуации в секторе Газа<sup>36</sup> и разрешения вопроса о правомерности оккупации *ab initio*<sup>37</sup>.

Важно упомянуть, что в вопросе о наличии у Израиля (после вывода им войск в 2005 году) прав и обязанностей оккупирующей державы применительно к сектору Газа Суд, как и Международный Комитет Красного Креста<sup>38</sup>, придерживался<sup>39</sup> функционального подхода: оккупация является не бинарным статусом, но скорее шкалой, и в зависимости от степени контроля у оккупирующего государства возникают соответствующие обязанности<sup>40</sup>. По этой причине сектор Газа, который находился и находится под некоторой степенью контроля со стороны Израиля, рассматривается вместе с Восточным Иерусалимом и Западным берегом как оккупированные территории.

### 3. Вопрос «А»: политики и действия Израиля

#### 3.1. Политика переселения

Переселение Израилем своих граждан на оккупированные территории находилось в фокусе внимания международного сообщества на протяжении долгого времени и стало предметом рассмотрения Суда в 2004 году<sup>41</sup>. Двадцать лет спустя вопрос был изучен более детально.

В тексте Заключения Суд не всегда описывает конкретные факты, составляющие политики и действия Израиля, нарушающие международное право, и часто ссылается на документы органов ООН, содержащие не только факты, но и их оценку. Например, напомнив, что организация и стимулирование переселения населения оккупирующей державы на оккупированные территории подпадают под запрет абз. 6 ст. 49 Женевской конвенции от 12 августа 1949 года о защите гражданского населения во время войны (далее — IV ЖК), Суд почти не анализирует, какие действия Израиля нарушили запрет и почему. Суд либо указывает на определенные меры, либо ссылается на документы органов ООН. Можно составить список мер, которые Суд в итоге счел подпадающими под запрет: (1) менее строгое соблюдение экологических правовых норм, регулирующих промышленную деятельность на оккупированных территориях, субсидии на размещение израильских промышленных объектов на оккупированной территории<sup>42</sup>; (2) предоставление территориям статуса, подразумевающего возможность предпринимателям пользоваться такими преимуществами как «более низкие цены на землю, субсидии на строительство инфраструктуры и льготный режим налогообложения»<sup>43</sup>; (3) недостаточность контроля за соблюдением трудовых прав палестинцев со

<sup>33</sup> ICJ. *Wall Advisory Opinion*. § 40.

<sup>34</sup> Ibid. § 46; SO Nolte. § 5.

<sup>35</sup> SO Nolte. § 15–17.

<sup>36</sup> JO Tomka, Abraham and Aurescu. § 16–17.

<sup>37</sup> Ibid. § 33.

<sup>38</sup> International Committee of the Red Cross. Commentary of 2016 to the Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949. URL: [https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gci-1949/article-2/commentary/2016?activeTab=undefined#index\\_Точ452041599](https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/gci-1949/article-2/commentary/2016?activeTab=undefined#index_Точ452041599) (дата обращения: 14.10.2024); Milanovic M. *The occupation of Gaza in the ICJ Palestine Advisory Opinion* // EJIL: Talk!. 23 July 2024. URL: <https://www.ejiltalk.org/the-occupation-of-gaza-in-the-icj-palestine-advisory-opinion/> (дата обращения: 14.10.2024); иная точка зрения: Shany Y. *The Law Applicable to Non-Occupied Gaza: a Comment on Bassiouni v. Prime Minister of Israel* // Hebrew University International Law Research Paper. 2009. № 13-09. P. 6–8. URL: <https://ssrn.com/abstract=1350307>, а также: ECtHR. *Sargsyan v. Azerbaijan*. Application no. 40167/06. Judgment (Merits) of 16 June 2015. § 94.

<sup>39</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 93–94.

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

<sup>41</sup> ICJ. *Wall Advisory Opinion*. § 120.

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

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

стороны израильских должностных лиц<sup>44</sup>; (4) предпочтение международных и израильских коммерческих предприятий при выдаче лицензий и разрешений<sup>45</sup>; (5) установление обязанности предприятий в отношениях с потребителями «до заключения любой сделки четко заявить о том, что они не готовы или не способны оказывать услуги в поселениях»<sup>46</sup>; (6) запрет компаниям, предоставляющим услуги потребителям, отказывать в предоставлении любой услуги на основании нахождения потребителя на оккупированной территории<sup>47</sup>; (7) легализация поселений, возведенных с нарушением израильского права<sup>48</sup>; (8) постройка гражданской инфраструктуры таким образом, который интегрирует поселения с территорией Израиля, усиливает оккупацию и быстро увеличивает количество поселенцев<sup>49</sup>, и т. д. Таким образом, только некоторые факты, составившие нарушение запрета, Суд прямо обозначил в Заключении, в то время как значительная (если не большая) часть описания обстоятельств составляет ссылки на выводы, содержащиеся в документах ООН.

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

Помимо уже указанного нарушения абз. 6 ст. 49 IV ЖК, Суд также выявил нарушение статей 46, 52, и 55 Гаагской конвенции (IV) о законах и обычаях сухопутной войны и Приложения к ней: Положение о законах (далее — IV ГК)<sup>51</sup>. В 2004 году Суд указал, что Израиль нарушает ст. 46, 52 IV ГК и ст. 53 IV ЖК, производя конфискации и реквизиции с целью строительства стены<sup>52</sup>. Эта позиция была расширена и применена к конфискации и реквизиции земель для иных целей (помимо строительства стены), способствующих политике переселения<sup>53</sup>. Конфискация и реквизиция основывалась на избирательном толковании оттоманского земельного законодательства, которое позволило Израилю объявить публичной собственностью большое количество земельных участков, к которым палестинцы не всегда сохраняют доступ<sup>54</sup> и которые почти всегда<sup>55</sup> предоставляются израильским поселениям<sup>56</sup>.

Кроме того, Суд установил нарушение ст. 55 IV ГК, ст. 55 IV ЖК. Израиль использовал природные ресурсы, в том числе воду, в интересах своего населения и в ущерб местному населению следующим образом: (1) предоставил полномочия по регулированию водоснабжения израильской компании «Мекорот»; (2) израильские поселения обладали приоритетом над палестинскими в вопросе водоснабжения<sup>57</sup>; (3) в условиях ограниченного доступа к водам реки Иордан было введено требование получать разрешение израильских военных властей на строительство новых объектов водоснабжения и на обслуживание существующих<sup>58</sup>; (4) палестинцы вынуждены покупать питьевую

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

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

<sup>45</sup> A/HRC/37/39. § 44.

<sup>46</sup> Ibid. § 45.

<sup>47</sup> Ibid.

<sup>48</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 116.

<sup>49</sup> Ibid. § 117.

<sup>50</sup> Ibid. § 77.

<sup>51</sup> Ibid. § 122.

<sup>52</sup> ICJ. *Wall Advisory Opinion*. § 132.

<sup>53</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 123.

<sup>54</sup> Ibid. § 120.

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

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

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

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

воду по высоким ценам<sup>59</sup> в основном у официальных поставщиков<sup>60</sup>; (5) 86% минеральных ресурсов находятся под юрисдикцией и используются администрациями израильских поселений; (6) продолжалась выдача разрешений на добычу природных ресурсов израильским компаниям, притом что, несмотря на соглашения Осло<sup>61</sup>, с 1994 года палестинским компаниям не было выдано ни одного разрешения на открытие новых карьеров<sup>62</sup>.

Суд также счел, что *нарушены ст. 43 IVГК и ст. 64 IVЖК*. Напомнив, что оккупирующее государство обладает полномочиями в сфере правового регулирования только в порядке исключения и на конкретных основаниях<sup>63</sup>, Суд процитировал вывод Независимой международной комиссии по расследованию событий на оккупированной палестинской территории, включая Восточный Иерусалим, и в Израиле о существовании двух правовых систем на оккупированной территории (военное право и израильское внутреннее право, применяемое экстратерриториально), отдельного регулирования дорожного движения, а также институционально и законодательно разделенных режимов строительства и строительного планирования<sup>64</sup>. Суд также указал на следующие обстоятельства. Палестинцы находятся под гражданской и уголовной юрисдикцией израильских военных судов, а не местных, тогда как израильские граждане подпадают под юрисдикцию израильских гражданских судов<sup>65</sup>. Военные власти применяют к поселенцам (как гражданам, так и евреям без израильского гражданства) внутреннее право Израиля<sup>66</sup>. Местные и региональные советы поселенцев *de facto* получили полномочия по принятию решений по гражданским вопросам на территории поселений<sup>67</sup>. На территории Восточного Иерусалима применяется право суверенной территории Израиля.

Судом было установлено *нарушение абз. 1 ст. 49 IVЖК*. Суд напомнил, что запрет охватывает именно принудительное перемещение (англ.: *forcible transfers and deportations*)<sup>68</sup>, то есть не распространяется на перемещение, основанное на согласии или желании (в том числе если перемещаемые мотивированы дискриминацией в отношении лиц, пользующихся защитой<sup>69</sup>). Однако «принудительное» означает также ситуации, когда у покровительствуемых лиц нет другого выбора, кроме как покинуть оккупированную территорию<sup>70</sup>. Суд посчитал нарушением запрета на депортирование рассмотренное выше дискриминационное законодательство. Суд в соответствии с обычным значением, которое придается терминам абз. 1 ст. 49 IVЖК, включил в объем запрета принудительное перемещение *внутри оккупированной территории*, подкрепив такое прочтение систематическим и телеологическим толкованием<sup>71</sup>, а также исключил возможность оправдать такое перемещение на основании абз. 2 ст. 49 IVЖК, поскольку подобное исключение может иметь место только при условии временного характера эвакуации<sup>72</sup>. Кроме того, обращают на себя внимание различные трактовки значения слова «принудительное»: «отсутствие какого-либо выбора» (англ.: *no*

---

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

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

<sup>60</sup> Ibid.

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

<sup>62</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 131.

<sup>63</sup> Ibid. § 134.

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

<sup>65</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 136.

<sup>66</sup> Ibid. § 136.

<sup>67</sup> Ibid. § 137.

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

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

<sup>70</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 145.

<sup>71</sup> Ibid. § 144.

<sup>72</sup> Ibid. § 146.



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

Суд также обозначил нарушение п. 1 ст. 6, ст. 7 Международного пакта о гражданских и политических правах (далее — МПГПП), ст. 46 IVГК, ст. 27 IVЖК. Политика Израиля по переселению, по мнению Суда и органов ООН, на позиции которых он ссылается, привела к росту насилия между палестинцами и поселенцами, а также между палестинцами и силами безопасности Израиля. Власти часто не вмешивались в насилие со стороны поселенцев по отношению к палестинцам или даже поддерживали поселенцев; был создан «общий климат безнаказанности» из-за недостаточности правовой защиты палестинцев<sup>74</sup>; службы безопасности применяли излишнюю и непропорциональную силу по отношению к палестинским демонстрантам<sup>75</sup>.

### 3.2. Дискриминация и апартеид

Определение дискриминации Суд начал со ссылок на пять международных договоров (п. 3 ст. 1 Устава ООН, п. 3 ст. 27 IVЖК, п. 1 ст. 2, ст. 26 МПГПП, п. 2 ст. 2 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (далее — МПЭСКП) и п. 1 ст. 1 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (далее — МКЛРД)), а также Всеобщую декларацию прав человека, указывая, что эти положения содержат принцип недискриминации, который составляет международный обычай<sup>76</sup>. По-видимому, под этим принципом Суд понимает «концепцию различного обращения с лицами, принадлежащими к разным группам»<sup>77</sup>.

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

В данном случае основанием дискриминации является не национальность, а статус поселенца. Индивид, подвергнувшийся такой дискриминации, может относиться к обеим группам одновременно (палестинцы и не-поселенцы), а может только к одной (не-поселенцы). Множественная дискриминация, действительно, сложная проблема, а интерсекциональность вряд ли можно назвать бесспорной теорией<sup>78</sup>, однако для права основание различия является ключевым элементом идеи дискриминации. Если рассматривать дискриминацию как классификацию, то природа последней как логической операции предполагает обращение к одному основанию для деления родового понятия на виды, в связи с чем возможна следующая трактовка § 190: Суд сначала классифицирует людей на палестинцев и не-палестинцев, а потом изучает случаи, когда индивиды из первой группы подвергались дискриминации со стороны Израиля. Таким образом, Суд не искал множественную дискриминацию, а сам отделил палестинцев от остальных групп населения оккупированных территорий, а после искал проявление дискриминационного отношения к индивидам этой группы. Этот нюанс усложняет восприятие текста Заключения: трудно отличить, когда фраза «дискриминация палестинцев» означает дискриминацию по признаку национальности, а когда означает

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

<sup>74</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 151.

<sup>75</sup> Ibid. § 152.

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

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

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

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

Таким образом, Суд не уделил должного внимания определению оснований, по которым индивиды различаются в политике и действиях Израиля<sup>79</sup>, тогда как именно основание является важным элементом определения дискриминации<sup>80</sup>. Более того, в данном подходе (и в том факте, что границы анализа Суда прямо не оговорены<sup>81</sup>) содержится указание на то, что защитой от дискриминационного законодательства пользуются только представители палестинского народа. Если исключение Судом из сферы анализа дискриминации по отношению к израильтянам можно обосновать особенностями формулировки запроса ГА ООН и соображениями процессуальной экономии, то исключение тех, кто живет на оккупированных территориях и не относит себя ни к палестинскому, ни к израильскому народу, как минимум неоднозначно. К тому же запрет дискриминации не применяется к группе индивидов, эта гарантия предоставляется каждому индивиду в отдельности. Отсюда, когда Суд рассматривает вопрос о дискриминации палестинцев<sup>82</sup>, он неизбежно создает неопределенность в своем рассуждении: о каких именно индивидах идет речь?

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

это воображенное политическое сообщество, и воображается оно как что-то неизбежно ограниченное, но в то же время суверенное. <...> Оно воображенное, поскольку члены даже самой маленькой нации никогда не будут знать большинства своих собратьев-по-нации, встречаться с ними или даже слышать о них, в то время как в умах каждого из них живет образ их общности<sup>83</sup>.

Если гарантия предоставляется не сообществу в целом, но образующим его конкретным индивидам, то ограничение аргументации столь необъективным<sup>84</sup> критерием будет мешать ясности и внятности рассуждения. Поэтому представляется, что Суд более убедительно и удачно ответил бы на эту часть вопроса ГА ООН, если бы интерпретировал его иным способом: не как вопрос о существовании и последствиях дискриминации в отношении палестинцев («осуществлялась ли в отношении палестинцев дискриминация по каким-либо основаниям?»), а как вопрос о существовании и последствиях дискриминации на основании принадлежности к палестинскому народу («осуществлял ли Израиль дискриминацию на основании принадлежности к палестинскому народу?»).

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

Так, *нарушением п. d(i) ст. 5 МКЛРД, ст. 12, 17 МПГПП и ст. 10 МПЭСКП* была признана политика Израиля по выдаче разрешений на пребывание (далее — ВНЖ). Эта политика подразумевает: (1) требование обладать ВНЖ для палестинцев, не имеющих гражданства, для проживания в Восточном Иерусалиме<sup>85</sup>; (2) высокие требования для получения и сохранения ВНЖ и большое количество оснований для лишения ВНЖ в том числе за «нарушение верности государству» и приговор к тюремному заключению за «террористический акт»<sup>86</sup>; (3) крайне ограниченные

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

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

<sup>81</sup> Например, аналогично §§ 180–184.

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

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

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

<sup>85</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 193.

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

возможности в получении ВНЖ для воссоединения с семьей<sup>87</sup>. В этой части Суд подкрепил свое умозаключение ссылками на выводы соответствующих органов ООН.

*Нарушение п. 1 ст. 2, ст. 17, 26 МПГПП, п. 2 ст. 2 МПЭСКП, и ст. 2 МКЛРД* Суд нашел в ограничениях перемещения, которые заключаются в (1) установлении пропускных режимов<sup>88</sup> и затруднении, ограничении или запрете пользования инфраструктурой, (2) отсутствии процедуры получения некоторых разрешений на арабском языке<sup>89</sup>, (3) закрытии пропускных пунктов в религиозные праздники<sup>90</sup>, (4) причастности израильских служб безопасности к разрушению дорог и иной инфраструктуры, которой пользуются палестинцы<sup>91</sup>. Суд также напомнил: в 2004 году он уже пришел к выводу, что стена и сопутствующий ей режим создаст ограничения в передвижении, имеющие дискриминационный характер<sup>92</sup>.

*Нарушение ст. 33 IVЖК, п. 1 ст. 2, п. 1 ст. 17, ст. 26 МПГПП, п. 2 ст. 2 МПЭСКП и ст. 2 МКЛРД* Суд усмотрел в сносе недвижимого имущества в качестве наказания. Эта мера<sup>93</sup> израильских властей основывается на положении 119(1) Правил обороны (чрезвычайное положение) 1945 года, которое со ссылкой на ст. 43 IVГК и ст. 64 IVЖК Израиль считает действующим правом на оккупированных территориях, хотя эта позиция подвергалась критике с разных сторон<sup>94</sup>. Суд не воспользовался возможностью высказаться по этому вопросу, сославшись на то, что это не охватывается запросом<sup>95</sup>, однако прямо признал: применение этого положения нарушает запрет на коллективные наказания. Эта квалификация не зависит от признания Израилем этих мер уголовным наказанием или административным актом<sup>96</sup>. Тем не менее Суд признал применение этой меры дискриминацией, ссылаясь на Доклад Генерального секретаря от 2 октября 2023 года, где зафиксировано, что «[и]зраильские власти продолжали и расширяли практику опечатывания и сноса домов, принадлежащих семьям палестинцев, которые предположительно были причастны к нападениям на израильтян и их убийствам. Такая практика применялась только в отношении палестинцев, но не в отношении других лиц, обвиняемых в аналогичных преступлениях»<sup>97</sup>.

Международный Суд также установил *нарушение п. 1 ст. 2, п. 1 ст. 17, ст. 26 МПГПП, п. 2 ст. 2 МПЭСКП, ст. 2 МКЛРД*. Политика выдачи разрешений на строительство и снос зданий в связи с отсутствием таких разрешений основана на соглашениях Осло<sup>98</sup>, однако Суд указал на диспропорцию в зонировании территории для палестинцев<sup>99</sup>, а также в выдаче разрешений на строительство<sup>100</sup>. Символическим можно назвать то, что Еврейский национальный фонд, созданный в 1901 году с целью приобретения земли в регионе для еврейских поселений, в августе 2022 года выделил средства на покупку земли в закрытой военной зоне, принадлежащей палестинцам<sup>101</sup>. Как следствие неполучения разрешения на строительство осуществляется процедура сноса на основании военного приказа 1797<sup>102</sup>, которую можно критиковать с процессуальной стороны<sup>103</sup>, однако основным предметом внимания Суда являлось то обстоятельство, что «приказ в принципе разрешает снос как

<sup>87</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 195.

<sup>88</sup> Ibid. § 199, 201.

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

<sup>90</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 203.

<sup>91</sup> Ibid. § 204.

<sup>92</sup> Ibid. § 201, 206; ICJ. *Wall Advisory Opinion*. § 134.

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

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

<sup>95</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 209.

<sup>96</sup> Kremnitzer M., Saba-Habesch L. *Op. cit.* P. 226.

<sup>97</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 210, 213.

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

<sup>99</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 214.

<sup>100</sup> Ibid. § 215.

<sup>101</sup> A/77/328. § 38.

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

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

палестинских, так и израильских строений, которые признаются “новыми”. С момента вступления приказа в силу в 2019 году и до середины 2020 года для сноса палестинских строений было выдано в пять раз больше постановлений, чем для сноса израильских. Поскольку в поселениях и “передовых поселениях” активно ведется несанкционированное строительство, эти цифры свидетельствуют о дискриминационном применении приказа в отношении палестинцев<sup>104</sup>. Утверждение о дискриминационном характере этой политики Суд подкрепил ссылками на выводы иных органов ООН<sup>105</sup>.

Не давая определения апартеида и расовой сегрегации, Суд тем не менее пришел к заключению о нарушении Израилем запрещающей их ст. 3 МКЛРД, указав на физическое<sup>106</sup> и юридическое<sup>107</sup> разделение палестинцев и поселенцев. Отсутствие определения (в условии отсутствия такового и в самой МКЛРД) — неоднозначное явление. Судья Тлади, например, не видит в этом проблемы, говоря, что «если мы сравним политику южноафриканского режима апартеида с действиями Израиля [на оккупированных территориях], то невозможно не прийти к выводу, что они схожи»<sup>108</sup>. Судья Нольте, напротив, считает, что по этой причине (а также по причине отсутствия достаточной информации у Суда) § 229 нельзя воспринимать буквально и он не является выводом о том, что меры Израиля достигли уровня апартеида<sup>109</sup>. По его мнению, в Консультативном заключении (и, в частности, по поводу апартеида) Суд не делает окончательных правовых выводов (англ.: *determination*), а дает лишь правовую характеристику (англ.: *characterisation*)<sup>110</sup>.

Несколько судей предложили дефиниции терминов ст. 3 МКЛРД, основываясь на толковании МКЛРД с помощью Международной конвенции о пресечении преступления апартеида и наказании за него и Римского статута, которые в данном случае напрямую неприменимы<sup>111</sup>. Примечательно, что, дав сходные определения с разной степенью детализации, судьи пришли к разным выводам. Судья Брант, используя эволюционное толкование МКЛРД<sup>112</sup>, и судья Тлади<sup>113</sup> нашли все описанные ими элементы состава апартеида. Но вот судья Нольте, сославшись на п. 3(с) ст. 31 и ст. 32 Венской конвенции о праве международных договоров и сформулировав дефиницию, не посчитал возможным констатировать наличие состава ввиду отсутствия элемента *dolus specialis*<sup>114</sup>. В любом случае вывод о нарушении ст. 3 МКЛРД никак явно не повлиял на дальнейшие рассуждения Суда.

### 3.3. Право народов на самоопределение

Если в 2004 году Суд указывал, что строительство стены затрудняло реализацию палестинским народом права на самоопределение<sup>115</sup>, то спустя двадцать лет он же констатирует, что они лишены этого права сейчас, а его существование в будущем находится под угрозой<sup>116</sup>. При этом Суд признал за правом на самоопределение характер *erga omnes*<sup>117</sup> и *jus cogens*<sup>118</sup>, хотя на ход его рассуждений последний статус почти не повлиял<sup>119</sup>. Право на самоопределение умалывается нарушением территориальной целостности путем аннексии оккупированных территорий<sup>120</sup>; ограничением на перемещения между Западным берегом, Восточным Иерусалимом и сектором Газа, а также строительством стены, что является действиями, направленными на рассеивание (англ.: *dispersing*)

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

<sup>105</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 219.

<sup>106</sup> *Ibid.* § 227.

<sup>107</sup> *Ibid.* § 228.

<sup>108</sup> D Tladi. § 37.

<sup>109</sup> SO Nolte. § 8, 15.

<sup>110</sup> *Ibid.* § 5–6.

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

<sup>112</sup> D Brant. § 9.

<sup>113</sup> D Tladi. § 36–41.

<sup>114</sup> *Ibid.* § 11–15. См. SO Iwasawa. § 12–13.

<sup>115</sup> ICJ. *Wall Advisory Opinion*. § 144, 160.

<sup>116</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 243.

<sup>117</sup> *Ibid.* § 274.

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

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

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

палестинского народа<sup>121</sup>; политикой Израиля, приведшей к лишению палестинского народа возможности пользоваться природными ресурсами в оккупированных территориях<sup>122</sup>; зависимостью оккупированных территорий от поставок базовых благ и услуг, а также систематическим нарушением прав человека<sup>123</sup>.

### 3.4. Продолжающаяся оккупация и аннексия

Израиль «присутствует» в Палестине уже более полувека, поэтому резонен вопрос о правовом значении продолжительности этого срока. Суд ответил, что продолжительность не имеет значения<sup>124</sup>, обосновывая это временной природой оккупации и толкованием IV ЖК, в частности телеологической и исторической интерпретацией п. 3 ст. 6 IV ЖК<sup>125</sup>. Для того чтобы оккупация перестала быть правомерной, одного лишь фактора времени недостаточно<sup>126</sup>. Однако судьи не были единодушны в этом вопросе<sup>127</sup>. Если оккупация представляет собой осуществление эффективного контроля над территорией другого суверена<sup>128</sup>, а эффективный контроль, в свою очередь, — это применение силы или ее угроза, то оправдать оккупацию можно на основании *jus ad bellum*<sup>129</sup>. Нарушает ли «чрезмерно продолжительная оккупация»<sup>130</sup> требования, предъявляемые к самообороне<sup>131</sup>? Продолжительная оккупация таким требованиям соответствовать не может и, следовательно, делает оккупацию не соответствующей *jus ad bellum*<sup>132</sup>. Более того, без ограничения во времени оккупация становится неотличимой от колониального захвата или завоеваний<sup>133</sup>.

«Одним из основных средств, используемых оккупирующей державой для приобретения контроля над конкретной территорией, является ее заселение собственными гражданами или другим «надежным» населением <...> Оккупирующая держава в конечном счете начинает утверждать, что в силу гуманитарных причин она вынуждена оставаться на данной территории для защиты поселенцев»<sup>134</sup>. Из этого утверждения можно сделать вывод, что политика переселения, будучи возможной в результате оккупации и направленной на изменение статуса территории, может называться аннексией<sup>135</sup>. Это соображение было высказано еще в 2004 году<sup>136</sup>, а судья Корома в особом мнении прямо назвал строительство стены незаконным, так как оно нарушает запрет приобретения территории силой<sup>137</sup>. Суд в этот раз не остановился на предположении аннексии *de facto*, но признал рассматриваемую ситуацию аннексией *de jure* и *de facto*, отметив намерение Израиля установить постоянный контроль над территорией и вытекающие из этого необратимые последствия<sup>138</sup>. В этом контексте Суд отметил, что два участника процесса высказывали аргументы о наличии у Израиля «глубоких исторических связей и собственных обоснованных притязаний» на территорию<sup>139</sup>. Суд указал, что Генеральная Ассамблея ООН не задавала вопрос об этих притязаниях и информация о них не была предоставлена. Как бы то ни было, Суд не принял эти аргументы во внимание, поскольку наличие подобных связей и притязаний не может повлиять на недопустимость приобретения территории силой.

<sup>121</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 239.

<sup>122</sup> Ibid. § 240.

<sup>123</sup> Ibid. § 241–242.

<sup>124</sup> Ibid. § 104–108.

<sup>125</sup> Ibid. § 107.

<sup>126</sup> JO Tomka, Abraham and Aurescu. § 35.

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

<sup>128</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 109; D Charlesworth. § 11, 15.

<sup>129</sup> D Charlesworth. § 15.

<sup>130</sup> SO Yusuf. § 9.

<sup>131</sup> SO Yusuf. § 13–16; D Charlesworth. § 27.

<sup>132</sup> SO Yusuf. § 17.

<sup>133</sup> Ibid. § 12.

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

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

<sup>136</sup> ICJ. *Wall Advisory Opinion*. § 121.

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

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

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

<sup>138</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. §173, 179.

<sup>139</sup> Ibid. § 178; также см. DO Sebutinde. § 59–60.

## 4. Вопрос «В»: правовые последствия

### 4.1. Статус присутствия — оккупации — аннексии

Второй вопрос о последствиях политик и действий Израиля стал самым значимым<sup>140</sup> и спорным<sup>141</sup>. Если выводы Суда о нарушении Израилем своих обязательств не были сюрпризом, хотя бы потому что они заложены в саму формулировку запроса, то международно-правовые последствия этих выводов, с которыми никто из пятнадцати судей не спорил<sup>142</sup>, оказались не столь предсказуемы<sup>143</sup>.

Суд начал с разграничения *jus in bello* и *jus ad bellum*<sup>144</sup>. Из разграничения логически следует, что нарушение одних правил не может само по себе влечь нарушение других. Если строго следовать «тщательному юридическому анализу»<sup>145</sup>, статус нахождения Израиля на оккупированных территориях никак не мог измениться вследствие нарушений *jus in bello*<sup>146</sup>. На это сложно что-либо возразить, не нарушая строгость разграничения *jus in bello* и *jus ad bellum*<sup>147</sup>. Здесь напоминает о себе имманентная проблема позитивизма: «Приказ есть приказ», — говорят солдатам. «Закон есть закон», — говорит юрист»<sup>148</sup>. Позитивизм часто бывает беспомощен перед «содержанием законов». Имея своим исходным положением стремление четко разграничить право и мораль<sup>149</sup>, позитивистская теория беззащитна перед аморальным содержанием источников права. Так и в израильско-палестинском контексте, придерживаясь позитивистской позиции и основываясь на разграничении *jus in bello* и *jus ad bellum*, можно прийти к неприятному заключению, что оккупация, сопровождаемая многочисленными нарушениями международного права, не является противоправной. Однако здесь Суд «резко»<sup>150</sup> отклоняется от позитивистского хода рассуждений:

Суд считает, что нарушения Израилем запрета на приобретение территории силой и права палестинского народа на самоопределение оказывают прямое воздействие на правомерность продолжающегося присутствия Израиля как оккупирующей державы на оккупированной палестинской территории. Продолжающееся злоупотребление Израилем своим положением оккупирующей державы путем аннексии и установления постоянного контроля над оккупированной палестинской территорией и продолжающееся пограние права палестинского народа на самоопределение нарушает основополагающие принципы международного права и делает присутствие Израиля на оккупированной палестинской территории неправомерными<sup>151</sup>.

В тексте Консультативного заключения не найти «какие-либо серьезные или обоснованные юридические доводы»<sup>152</sup> в пользу такого вывода, поскольку Суд использовал только «общие и расплывчатые формулировки»<sup>153</sup>. Суд не стал, например, рассуждать о том, в какой момент оккупация становится противоправной на основе существующей научной дискуссии<sup>154</sup>, предлагающей соответствующий тест<sup>155</sup>. В позиции Суда сложно указать на какое-то позитивистское обоснование, как и на точный момент превращения правомерной оккупации в неправомерную.

Однако даже судьи, проголосовавшие за этот параграф, не считают, что нарушение оккупирующей державой норм международного права *per se* влечет противоправность оккупации<sup>156</sup>. В основу

<sup>140</sup> Судья Тлади называет его главным — D Tladi. § 2, 14.

<sup>141</sup> JO Tomka, Abraham and Aurescu. § 18.

<sup>142</sup> JO Tomka, Abraham and Aurescu. § 22; см. DO Sebutinde. § 51.

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

<sup>144</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 251.

<sup>145</sup> JO Tomka, Abraham and Aurescu. § 4.

<sup>146</sup> Ibid. § 23, 25.

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

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

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

<sup>150</sup> JO Tomka, Abraham and Aurescu. § 20.

<sup>151</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 261.

<sup>152</sup> JO Tomka, Abraham and Aurescu. § 21.

<sup>153</sup> Ibid. § 25.

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

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

<sup>156</sup> D Tladi. § 2.

умозаключений Суда в этом случае заложены скорее не действия, но их субъективная сторона — мотивы действий, то, как они были совершены<sup>157</sup>. Как красноречиво отметил судья Тлади, серьезность и степень нарушений «обнажает скрытую под пышными одеждами правду»<sup>158</sup> о причинах присутствия Израиля на оккупированных территориях. Судьи Нольте и Кливленд, связывая правомерность оккупации с ее обоснованностью правом на самооборону, говорят о роли противоправных намерений, которые и создают противоречие оккупации с международным правом<sup>159</sup>. Из декларации судьи Салама также следует, что для него ключевым являлась субъективная сторона: Израиль знал о противоправности своих действий с самого начала оккупации<sup>160</sup>, ему неоднократно «напоминали» о противоправности его действий и политик, в том числе это делал и Международный Суд<sup>161</sup>, что было, однако, проигнорировано<sup>162</sup>.

Столь значимый вывод не получил четко сформулированного обоснования, и необходимо приложить усилие, чтобы выдвинуть предположение о соображениях, побудивших Суд признать зависимость правомерности оккупации и нарушений права на самоопределение и запрета приобретения территории силой. В частности, творческая свобода Суда в использовании терминов «оккупация», «аннексия» и «присутствие» не добавляет убедительности выводу<sup>163</sup>, но и не делает его некорректным. Непоследовательное использование терминов может свидетельствовать о непоследовательности суждения, но не свидетельствует об ошибочном результате. Умозаключение может быть сделано на основе «правовой интуиции», «чувства справедливости» или эмоций, и при этом оно может оказаться юридически обоснованным *ex post*, то есть логическое обоснование может быть разработано в попытке объяснить уже принятое решение.

Вероятно, для решения задачи рационализации связи *jus in bello* и *jus ad bellum* даже в рамках отдельно взятого Заключения потребуется не одна научная работа, однако сейчас можно предпринять попытку определить вектор ее решения. Очевидно, все нарушения Израиля затрагивают принцип равенства: на оккупированной территории все политики и действия Израиля, рассмотренные Судом, так или иначе направлены на создание благоприятных условий для одних и невыносимых для других. Эти политики и действия строятся на факте оккупации, эффективном контроле<sup>164</sup>, то есть возможности Израиля добиваться исполнения своих законов. Любая позитивистская теория опирается на постулат о том, что «действительность закона доказывается способностью силой добиться его исполнения»<sup>165</sup>, поэтому даже позитивист не сможет отрицать: с точки зрения логики все нарушения со стороны Израиля могут существовать только при наличии его эффективного контроля. Следовательно, если прекратить оккупацию, то не будет более возможности для нарушений. Через эту логическую связь можно построить теорию, где нарушение *jus in bello* «заражает» противоправностью действия, подпадающие под регулирование *jus ad bellum*, но при этом не стирает границу между ними. Такая возможность подтверждается хотя бы тем соображением, что если «право» на применение силы может быть юридически обосновано соображениями о правах человека<sup>166</sup>, то эти же соображения могут (действуя в другом направлении) юридически обосновать обязанность прекратить применение силы. Однако такая теория справедлива не только для оккупации, но и для войны вообще: она будет утопична по своей сути и нацелена не на уменьшение страданий от войны (как международное гуманитарное право в целом), а на прекращение войны как таковой. Для обоснования вывода Суда можно, например, обратиться к «формуле Радбруха», адаптировав ее для международного права. Представляется, что в данном случае «можно четко определить: когда к справедливости даже не стремятся, а когда равенство, составляющее ее основу, сознательно отрицается в правотворческом процессе»<sup>167</sup>.

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

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

<sup>158</sup> D Tladi. § 2.

<sup>159</sup> JD Nolte and Cleveland. § 8–11.

<sup>160</sup> D Salam. § 8–10.

<sup>161</sup> Ibid. § 5; JD Nolte and Cleveland. § 10.

<sup>162</sup> D Salam. § 6.

<sup>163</sup> См. JO Tomka, Abraham and Aureescu . § 26.

<sup>164</sup> См. ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 264.

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

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

<sup>167</sup> Радбрух Г. Указ. соч. С. 234.

возможности, предоставляемые нормами *jus ad bellum*<sup>168</sup>, таким образом, что не просто нарушает справедливость, но отрицает равенство как ее основу, то юрист обязан отрицать правомерность таких возможностей Израиля<sup>169</sup>. Если политики и действия Израиля, определяемые по свободному усмотрению, «свидетельствуют о неприкрытом глумлении над стремлением к справедливости», то именно это отрицание может стать основой для вывода о противоправности. Политики и действия Израиля не просто нарушают нормы международного права, но сознательно направлены на отрицание равенства палестинцев и израильтян<sup>170</sup> (потому и справедливости) с целью нарушить запрет приобретения территории силой. Как видится, именно такой умысел стал причиной признания присутствия Израиля на оккупированных территориях противоправным. И именно это отличие рассматриваемой Судом ситуации от прочих нарушений *jus in bello* (которые не влекут противоправность оккупации *per se*) могло бы стать основой для теоретического обоснования.

#### 4.2. Вопросы, которые остались без ответа

Последствия нарушений Израиля, в том числе неправомерной оккупации, Суд изложил в последнем параграфе Заключения (§ 285, абзацы 4–9). Оккупация как нарушение права на самоопределение и запрета на приобретение территории силой, согласно позиции Суда, повлекла обязанности третьих государств и международных организаций, указанных в ст. 41 Проекта статей об ответственности государств за международно-противоправные деяния<sup>171</sup>, хотя Суд не связал напрямую эти последствия со статусом *jus cogens*<sup>172</sup>.

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

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

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

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

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

<sup>171</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 279–280.

<sup>172</sup> См. D Tladi. § 28–32; SO Gómez. § 22–26.

<sup>173</sup> DO Sebütinde. § 61.



## Выводы

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

Помимо ключевого вывода, в Заключении обращает на себя внимание отсутствие соображений о безопасности Израиля. С одной стороны, этот пробел создает ощущение «игры в одни ворота», односторонности текста Консультативного заключения<sup>174</sup>. Но с другой — здесь можно увидеть намек, что эти соображения вряд ли помогут исправить положение<sup>175</sup>. К тому же сыграл свою роль суверенный выбор Израиля фактически не принимать участия в процессе. Однако зияющую дыру, образовавшуюся в его отсутствие, можно также интерпретировать как следствие двустороннего характера конфликта. Как было верно указано, к соображениям безопасности мог апеллировать не только Израиль, но и Палестина<sup>176</sup>. Если Израиль, отрицая «субъектность» палестинского народа, его право на самоопределение и право жить в Восточном Иерусалиме, на Западном берегу и в секторе Газа, не уважает соображения безопасности Палестины, то как он может требовать от Палестины уважать свои соображения безопасности? Стремление стимулировать уважение права оппонента можно проследить в том, что несколько раз в Консультативном заключении Суд использовал аргумент *ex injuria jus non oritur* (и его производные)<sup>177</sup>.

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

---

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

LUCHKIN PH.

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

### Abstract

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

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

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

<sup>176</sup> D Tladi. § 44.

<sup>177</sup> ICJ. *Israel Advisory Opinion*. § 133, 139, 196, 205, 221.

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

## Key words

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

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

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

## References / Список источников

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

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

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

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

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

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

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

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

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