ЖУРНАЛ ВШЭ ПО МЕЖДУНАРОДНОМУ ПРАВУ

HSE UNIVERSITY JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

2025 3 [3]

eISSN 2949-5717

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. eISSN: 2949-5717.

Редакция

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

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

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

ЗАХАРОВА Екатерина Андреевна,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия
РЕДАКТОР

Редакционная коллегия

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

БЕЛЛИ Лука,
Правовая школа Фонда Жетулиу Варгаса, Рио-де-Жанейро, Бразилия

БОКЛАН Дарья Сергеевна,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия

ГОРСКИЙ Йенджей,
Городской университет Гонконга, Гонконг, Китайская народная республика

ЕВСЕЕВ Александр Петрович,
РГУП, Москва, Россия

ИВАНОВ Эдуард Александрович,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия

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

КРСТИЦ Ивана,
Университет Белграда, Белград, Сербия

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

РОМАШЕВ Юрий Сергеевич,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия

РУСИНОВА Вера Николаевна,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия

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

СТАРЖЕНЕЦКИЙ Владислав Валерьевич,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия

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

ШЕСТАКОВА Ксения Дмитриевна,
СПбГУ, Санкт-Петербург, Россия

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

Редакционный совет

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

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

БОКЛАН Дарья Сергеевна,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия

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

ЕРПЫЛЁВА Наталия Юрьевна,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия

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

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

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

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

МАРОЧКИН Сергей Юрьевич,
Тюменский государственный университет, Тюмень, Россия

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

МЮЛЛЕРСОН Рейн,
президент Института международного права (2013–2015), профессор
Таллинн, Эстония

РУСИНОВА Вера Николаевна,
НИУ ВШЭ, Москва, Россия

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

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

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

ЭНТИН Марк Львович,
МГИМО (У) МИД РФ, Москва, 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. eISSN: 2949-5717.

Editorial Team

Vera N. RUSINOVA,
HSE University, Moscow, Russia
EDITOR-IN-CHIEF

Daria S. BOKLAN,
HSE University, Moscow, Russia
DEPUTY EDITOR-IN-CHIEF

Ekaterina A. MARTYNOVA,
HSE University, Moscow, Russia
EXECUTIVE EDITOR

Ekaterina A. ZAKHAROVA,
HSE University, Moscow, Russia
EDITOR

Editorial Board

Roza D. AKSHALOVA,
L.N. Gumilyov Eurasian National University, Astana, Kazakhstan

Luca BELLI,
Fundação Getulio Vargas (FGV) Law School, Rio de Janeiro, Brazil

Daria S. BOKLAN,
HSE University, Moscow, Russia

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

Alexander P. EVSEEV,
Russian State University of Justice, Moscow, Russia

Jędrzej GÓRSKI,
research fellow at the City University of Hong Kong, People's Republic of China

Eduard A. IVANOV,
HSE University, Moscow, Russia

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

Ivana KRSTIC,
the University of Belgrade, Belgrade, Serbia

Ilya M. LIFSHITS,
the Russian Foreign Trade Academy, Moscow, Russia

Yury S. ROMASHEV,
HSE University, Moscow. Russia

Vera N. RUSINOVA,
HSE University, Moscow, Russia

Alexander M. SOLNTSEV,
RUDN University, Moscow, Russia

Ksenia D. SHESTAKOVA,
St Petersburg University, St Petersburg, Russia

Vladislav V. STARZHENETSKY,
HSE University,Moscow, Russia

Nataliya E. TYURINA,
Kazan Federal University, Kazan, Russia

Editorial Council

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

Adel I. ABDULLIN,
Kazan Federal University, Russia

Daria S. BOKLAN,
HSE University, Russia

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

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

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

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

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

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

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

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

Rein MÜLLERSON,
former President of the Institute of International Law, Professor, Tallinn, Estonia

Vera N. RUSINOVA,
HSE University, Russia

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

Natalia A. SOKOLOVA,
Moscow State Law University named after Kutafin, Russia

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

Natalia Yu. YERPYLEVA,
HSE University, Russia

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

The position of the editors may not coincide with the positions of the authors.
© HSE University, 2025

Т. 3. № 3 (2025)
10.17323/jil.2025.v3.i3

Содержание / Contents

Научная статья / Research Article
https://doi.org/10.17323/jil.2025.30028

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ | TOPICAL ISSUES

«Климатический приговор» ископаемому топливу: исполнить нельзя отменить

И. В. Гудков[1], М. Л. Энтин[2]

1 МГИМО МИД России, Москва, Россия
7905821@mail.ru
ORCID: 0009-0005-0613-0986

2 МГИМО МИД России, Москва, Россия
entinmark@gmail.com
ORCID: 0000-0001-9562-8340

Аннотация

В статье показано, что за последние пять лет в мире состоялось ползучее фундаментальное реформирование международного режима защиты климата по сценарию «зеленой энергетической революции» (форсированного перехода от ископаемого топлива к возобновляемым источникам энергии к 2050 году). Теперь это признано Международным Судом, который в июле 2025 года принял консультативное заключение, фиксирующее беспрецедентно негативное отношение к ископаемому топливу. Сформированные универсальные климатические стандарты способны оказать содействие практической реализации сценария «зеленой энергетической революции». Порождая риски легитимной дискриминации углеводородного сырья, они закладывают регулятивные рамки для перевода мировой экономики в новый технологический уклад с перераспределением баланса геополитических и геоэкономических сил в мире. Отмена или изменение универсальных климатических стандартов, отражающих сценарий «зеленой энергетической революции», потребовали бы безотлагательного и юридически аргументированного демонтажа консенсуса, которым эти стандарты оформлены, в целях расчистки пути, открывающего возможности для продвижения альтернативных сценариев глобального «зеленого перехода». Сделан вывод о том, что «развилка принятия решений», перед которой международное сообщество стоит накануне очередной 30-й конференции сторон Рамочной конвенции об изменении климата, включает: (1) согласие на безальтернативность и необратимость сценария всеобщей «зеленой энергетической революции» с принятием всех сопутствующих рисков и дисбалансов или (2) инициирование на международном уровне реформирования данного сценария. Третий путь — игнорирование универсальных стандартов, отражающих идеологию «зеленой энергетической революции», с одновременным

конструированием противоречащих им национальных стандартов, — является контрпродуктивной стратегией, поскольку юридически молчание будет приравнено к согласию, а материализация рисков, вытекающих из несоответствия национальных правил универсальным стандартам, станет лишь вопросом времени.

Ключевые слова: климат, мировое климатическое право, выбросы парниковых газов, ископаемое топливо, энергетическое право, энергетический переход, Международный Суд

Для цитирования: Гудков И. В., Энтин М. Л. «Климатический приговор» ископаемому топливу: исполнить нельзя отменить. *Журнал ВШЭ по международному праву / HSE University Journal of International Law.* 2025. Том 3. № 3. С. 4–30.

[1]**Иван Владимирович Гудков** — кандидат юридических наук, доцент кафедры правового регулирования ТЭК МИЭП.

[2]**Марк Львович Энтин** — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой интеграционного права и прав человека.

“The climate verdict” on fossil fuels: enforcement impossible cancellation

I. V. Gudkov[1], M. L. Entin[2]

1 MGIMO University, Moscow, Russia
7905821@mail.ru
ORCID: 0009-0005-0613-0986

2 MGIMO University, Moscow, Russia
entinmark@gmail.com
ORCID: 0000-0001-9562-8340

Abstract

This article describes that over the past five years, the world has witnessed a creeping, fundamental reform of the international climate protection regime, following the “green energy revolution” scenario (an accelerated transition from fossil fuels to renewable energy sources by 2050). This has now been recognised by the International Court of Justice, which issued an advisory opinion in July 2025, expressing an unprecedentedly negative attitude toward fossil fuels. These universal climate standards have the potential to facilitate the practical implementation of the “green energy revolution” scenario. By raising the risk of legitimate discrimination against fossil fuels, they lay the regulatory framework for the transition of the global economy to a new technological order, with a redistribution of the balance of geopolitical and geoeconomic forces in the world. The repeal or modification of universal climate standards reflecting the “green energy

revolution” scenario would require the immediate, legally justified dismantling of the consensus that frames these standards, in order to clear the way for the advancement of alternative global “green transition” scenarios. It is concluded that the “decision fork” facing the international community on the eve of the 30th Conference of the Parties to the Framework Convention on Climate Change includes: (1) agreeing to the inevitability and irreversibility of the global “green energy revolution” scenario, accepting all its attendant risks and imbalances, or (2) initiating the reformation of this scenario at the international level. The third way — ignoring universal standards that reflect the ideology of the “green energy revolution” while simultaneously constructing national standards that contradict them — is a counterproductive strategy, since legally silence will be equated with consent, and the materialization of risks arising from the inconsistency of national regulations with universal standards will only be a matter of time.

Key words: climate, world climate law, greenhouse gas emissions, fossil fuels, energy law, energy transition, International Court of Justice

Citation: Gudkov I. V., Entin M. L. “The climate verdict” on fossil fuels: enforcement impossible cancellation. *HSE University Journal of International Law*. 2025. Vol. 3. No. 3. P. 4–30.

[1] **Ivan V. Gudkov** — candidate of sciences in law, associate professor of the department of legal regulation of the fuel and energy complex.

[2] **Mark L. Entin** — doctor of sciences in law, professor, head of the department of integration law and human rights.

Тот, кто сможет на практике принять участие в формировании нового облика энергетики, получит возможность опережающего экономического и технологического роста.

И. И. Сечин, Новый облик мировой энергетики[1]

Введение

Современный мир переживает эпоху глубоких исторических перемен. То, каким станет новый мировой порядок, в значительной степени зависит от целевого образа будущего мировой энергетики, являющейся материальной базой экономического и социального развития человечества в условиях повсеместного внедрения систем искусственного интеллекта.

Дискуссия по этому вопросу ведется в широком контексте глобальной эколого-климатической повестки, которая призвана найти ключ к

[1] Сечин, И. И. (2025). Новый облик мировой энергетики. *Вестник МГИМО-Университета, 18*(4), 139.

устойчивому существованию человека в гармонии с окружающей его природной средой.

Мейнстримовским сценарием стал проект «зеленой энергетической революции», направленный на вытеснение к 2050 году возобновляемыми источниками энергии (далее — ВИЭ) ископаемого топлива с главенствующих позиций в мировом энергетическом балансе.

Этот разработанный Международным энергетическим агентством (далее — МЭА) сценарий преподносится как средство решения климатической проблемы: достижения к середине этого века «нетто-нулевого» показателя выбросов парниковых газов в мире. Он предполагает запрет на новые долгосрочные инвестиции в ископаемое топливо и максимизацию использования ВИЭ в качестве источников, замещающих его при удовлетворении текущего и нового спроса[2].

Притом что основным антагонистом этого сценария на мировой арене выступает ОПЕК, резко критикующая тезис о «начале конца эпохи ископаемого топлива»[3], организация не предложила иной сценарий. В то же время контуры альтернативных проектов «чистого энергетического будущего», основанных на гибком сочетании традиционной и нетрадиционной энергетики, хорошо известны (Гудков, Энтин, 2025с).

В частности, автор вынесенной в качестве эпиграфа к настоящей статье цитаты, глава компании «Роснефть», к.э.н. И. И. Сечин, аргументированно обосновывает, что

> глобальная энергетическая модель будущего требует интеграции высокоплотных традиционных и низкоуглеродных источников энергии, усиления межтопливной конкуренции и согласования национальных стратегий с глобальными приоритетами (Сечин, 2025, с. 137).

Являясь одним из наиболее авторитетных и последовательных критиков «зеленой энергетической революции», он на базе реальных экономических данных вскрывает риски ее неэффективности и ресурсной необеспеченности, а также подвергает сомнению лежащий в ее основании тезис об антропогенной природе изменения климата, ссылаясь на научные источники, в которых обосновываются альтернативные причины глобального потепления.

За дебатами об экономических аспектах будущего мировой энергетики важно не упустить юридическую подоплеку работы по конструированию универсальных стандартов климатически-приемлемого поведения, системно ведущейся на международном уровне.

---

[2] IEA. (2021). Net Zero by 2050. https://www.iea.org/reports/net-zero-by-2050

[3] Боровикова, К. (2023, 9 октября). ОПЕК и МЭА не сошлись спросом. Картель ожидает сохранения доминирования нефти на энергорынке в ближайшие 20 лет. *Коммерсантъ*.

Универсальные стандарты создают международно-правовые рамки деятельности государств, служат мерилом допустимого в международных отношениях и поэтому оказывают стратегическое воздействие на определение целевой конфигурации глобальной энергетической модели будущего.

В июле 2025 года Международный Суд (далее — МС, Суд) вынес исторически значимое консультативное заключение о международно-правовых климатических обязательствах государств[4], которым прояснил содержание универсальных стандартов в сфере защиты климата, признав за ними серьезный правовой эффект. В заключении зафиксировано беспрецедентно негативное отношение к ископаемому топливу: деятельность в области углеводородного сырья названа реально вредоносной и потенциально незаконной (Гудков, Энтин, 2025b).

В настоящей статье показано, что внедренные на сегодняшний день универсальные климатические стандарты не только отражают сценарий «зеленой энергетической революции», но и способны оказать содействие его практической реализации. Они порождают риски легитимной дискриминации углеводородного сырья и сопутствующих активов под предлогом защиты признаваемого всем международным сообществом публичного эколого-климатического интереса и закладывают регулятивные рамки перевода мировой экономики на новый технологический уклад с перераспределением баланса геополитических и геоэкономических сил в мире. Отмена или изменение универсальных климатических стандартов, отражающих сценарий «зеленой энергетической революции», потребовали бы безотлагательного демонтажа консенсуса, которым эти стандарты оформлены, в целях расчистки пути, открывающего возможности для продвижения альтернативных сценариев глобального «зеленого перехода».

В первой части статьи рассмотрена эволюция международного режима защиты климата. Во второй части проанализированы юридические последствия применения сформированных универсальных климатических стандартов, раскрыт их значительный практический потенциал, показана проблема дисбаланса современной глобальной климатической политике. В третьей части представлены результаты исследования «развилки принятия решений», перед которой стоит международное сообщество накануне очередной 30-й конференции сторон Рамочной конвенции об изменении климата (далее — РКИК).

[4] International Court of Justice. Obligations of states in respect of climate change. Advisory opinion of 23 July 2025. https://www.icj-cij.org/case/187

1. Эволюция международного режима защиты климата

В течение последних пяти лет впервые за более чем тридцатилетнюю историю международного режима защиты климата на универсальном межправительственном уровне были зафиксированы установки, последовательно дискредитирующие ископаемое топливо (Гудков, Энтин, 2025с).

В 2021 году КС-26 консенсусом всех государств приняла решение — так называемый Климатический пакт Глазго — в котором наряду с фиксацией количественных и временных параметров глобальной «нетто-нулевой» установки, впервые было снято табу на регулирование энергетических отношений в рамках глобальной климатической повестки. В решении была зафиксирована установка на «поэтапное сворачивание» (англ.: *phase down*) «угольной электроэнергетики с несокращенными выбросами» (англ.: *unabated coal power*)[5].

В 2022–2023 годах Межправительственная группа экспертов по изменению климата (далее — МГЭИК) приняла доклады Шестого оценочного цикла, в которых были дискредитированы все виды ископаемого топлива, не только уголь. В этих докладах, основанных на постулате об антропогенной природе изменения климата, впервые в явно выраженной форме была зафиксирована прямая связь между защитой климата от антропогенных выбросов парниковых газов и необходимостью корректировки энергетических политик (Гудков, 2023). Поскольку МГЭИК является универсальной межправительственной структурой, основные выводы ее докладов утверждаются на построчной основе консенсусом официальных представителей всех государств. По этой причине они формально являются плодом универсального межправительственного научно-политического согласия (Гудков, 2023).

МГЭИК закрепила установки на сокращение использования в мире всех видов ископаемого топлива. В качестве научно согласованных средств достижения основной глобальной температурной цели (удержания роста средней температуры на уровне ниже 1,5°C) были закреплены установки на достижение в мире следующих результатов к 2050 году:

– «*существенное сокращение в общем объеме» использования всех видов ископаемого топлива, при сохранении «минимального*

[5] UNFCCC. (2021). Decision 1/CMA.3 Glasgow Climate Pact. Paragraph 20. https://unfccc.int/decisions?f%5B0%5D=conference%3A4301

использования» «ископаемого топлива с несокращенными выбросами» (англ.: *unabated fossil fuels*)[6].

– «*в сценариях с наибольшей вероятностью ограничения потепления 1,5°C… без использования технологий улавливания и хранения углерода, использование угля, нефти и газа должно сократиться в среднем на 100, 60 и 70 процентов соответственно*» (IPCC, 2022: Summary for Policymakers, 2022, para. C 3.2).

Исходя из используемой МГЭИК терминологии, сокращение выбросов у источников не эквивалентно поглощению парниковых газов из атмосферы. Технологическое улавливание и хранение углерода (англ.: *carbon capture and storage — CCS*) осуществляется у источников для сокращения фактического объема выбросов: улавливаемые парниковые газы не попадают в атмосферу, а направляются в хранилище. В свою очередь, устранение углекислого газа из атмосферы, в том числе его природное поглощение, направлено не на сокращение актуальных выбросов *у источников*, а на уменьшение *в атмосфере* концентрации ранее попавших туда парниковых газов. Устранение углекислого газа из атмосферы служит механизмом компенсации (балансировки) тех выбросов, объем которых у источников фактически не сокращен, и для него в глоссарии МГЭИК предусмотрена отдельная, отличная от CCS, категория: *CDR — carbon dioxide removal* (Гудков, 2023).

Ископаемым топливом «с несокращенными выбросами», то есть климатически-неприемлемым, подлежащим сведению к минимуму, МГЭИК считает «топливо, произведенное и используемое без вмешательств, которые *существенно сокращают объемы парниковых газов, выбрасываемых в течение жизненного цикла*, например, *улавливающих* 90% или более CO2 от электростанций или 50–80% от фугитивных выбросов метана при энергетических поставках»[7].

Таким образом, маргинализируется роль устранения парниковых газов из атмосферы, в том числе природного поглощения. По логике МГЭИК, в период до достижения мирового «нетто-нуля» роль природного поглощения сводится к компенсации лишь тех выбросов, которые технологически не могут быть существенно сокращены у источников. Модели, разработанные

---

[6] Параграф C 3.2 «резюме для политиков» Шестого оценочного обобщающего доклада МГЭИК. Lee, H., Romero, J. (Eds.) (2023). *Climate Change 2023: Synthesis Report. Summary for Policymakers*. Intergovernmental Panel on Climate Change. https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_SPM.pdf

[7] Lee, H., Romero, J. (Eds.) (2023). *Climate Change 2023: Synthesis Report. Summary for Policymakers*. Intergovernmental Panel on Climate Change. P. 20, 28. https://www.ipcc.ch/report/ar6/syr/downloads/report/IPCC_AR6_SYR_SPM.pdf

в рамках актуальных климатических исследований, демонстрируют, что для достижения основной глобальной температурной цели сокращение выбросов от общемировой инфраструктуры ископаемого топлива у источников должно осуществляться на уровне не менее 95%, и только оставшиеся максимум 5% технологически несокращаемых выбросов могут быть компенсированы устранением эквивалентного объема парниковых газов из атмосферы (Bataille et al., 2025).

Комментируя Шестой оценочный доклад МГЭИК, директор энергоклиматической программы Центра международного экологического права Н. Райш отметил:

> *Наука не оставляет сомнений: мы не можем бороться с изменением климата, не остановив все новые нефтяные, газовые и угольные проекты и не закрыв действующие объекты добычи ископаемого топлива. Доклад МГЭИК AR6 в очередной раз предупреждает правительства и корпорации: каждый день и каждый доллар, потраченный ими на поддержку и закрепление экономики, основанной на ископаемом топливе, способствует росту числа смертей и ущерба, а также увеличивает вероятность превышения 1,5°C. Неспособность согласовать свою политику и практику с научными данными недопустима с позиций предотвращения катастрофического ущерба для людей и планеты, что является колоссальным нарушением и влечет за собой растущий риск ответственности*[8].

В конце 2023 года в решении КС-28, принятом в Абу-Даби, был провозглашен призыв «*перейти прочь от ископаемого топлива в энергетических системах» (*англ.: *transitioning away from fossil fuels in energy systems)* к 2050 году и утроить установленные в мире мощности ВИЭ уже к 2030 году[9].

Решение КС-28, впервые в истории поставившее энергетический переход «прочь от ископаемого топлива» в центр глобальной климатической политики и торжественно преподнесенное общественности как документ, формально закрепивший «*конец эры ископаемого топлива*»[10], ярко продемонстрировало высокую эффективность «зеленого лобби», действующего с оглядкой на МЭА, его способность добиваться результата не числом, а умением.

---

[8] CIEL. (2023, March 20). *IPCC sums up latest climate science: rapid fossil phase-out is surest path to avoiding climate catastrophe, no time for false solutions*. https://www.ciel.org/news/ipcc-sums-up-latest-climate-science/

[9] UNFCCC. Decision FCCC/PA/CMA/2023/L.17 of 13 December 2023. Paragraph 28. https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2023_L17_adv.pdf

[10] UNFCCC. (2023). UN Climate Press Release. COP28 Agreement signals “beginning of the end” of the fossil fuel era. https://unfccc.int/news/cop28-agreement-signals-beginning-of-the-end-of-the-fossil-fuel-era

Несмотря на то что конференция проводилась в столице нефтедобывающего государства и на ней присутствовало рекордное количество представителей нефтегазового бизнеса, усилия ОПЕК убедить своих членов предотвратить принятие документа, содержащего какие-либо ссылки на ископаемое топливо, а не только на эмиссии парниковых газов, оказались тщетными (Гудков, 2024, с. 360).

В то же время текст решения, принятый по итогам сложнейших переговоров, беспрецедентно затянувшихся из-за споров, возникших именно в связи с формулировкой об энергетическом переходе, оказался весьма близок к воспроизведению юридических рекомендаций Центра международного экологического права, опубликованных почти за месяц до конференции в формате доклада с показательным эпиграфом — цитатой исполнительного директора МЭА Ф. Бирроля следующего содержания: «*Продолжать вести дела в сфере нефти и газа по-прежнему, надеясь на широкомасштабное внедрение технологий улавливания углерода, которое сократит выбросы, — просто фантазия*»[11].

Ключевая, реализованная в итоговом решении КС-28 рекомендация этого доклада — добиться фиксации универсальной договоренности о переходе человечества к 2050 году прочь от всего ископаемого топлива, причем сделать это без включения оговорки «с несокращенными выбросами», чтобы уже не оставлять ни малейшего пространства для дискуссий по поводу содержания данного термина, его количественных и качественных характеристик, и, главное, чтобы вообще исключить возможность оправдывать долгосрочное продолжение использования углеводородного сырья при помощи технологий CCS или его смешивания с низкоэмиссионными энергоносителями. Эта договоренность, как отмечается в докладе, важна не только для защиты климата, но также для борьбы с рядом «неклиматических» рисков и должна охватывать все страны, с тем пониманием, что

> *расширение инфраструктуры ископаемого топлива необходимо немедленно прекратить повсеместно, но богатым, диверсифицированным странам-производителям ископаемого топлива придется как можно быстрее свернуть производство и значительно увеличить государственное финансирование на справедливых условиях для глобального энергетического перехода*[12].

---

[11] CIEL. (2023). *Oilchange report. Beyond abatement: securing a full phase out of fossil fuels at COP28.* https://www.ciel.org/reports/beyond-abatement-securing-a-full-phase-out-of-fossil-fuels-at-cop-28/

[12] Ibid. P. 4–5.

Изложенная последовательность оформления сценария «зеленой энергетической революции» наглядно демонстрирует виртуозную технологию глобального управления: сначала на уровне КС-26 была сформирована тестовая позиция (призыв к повсеместному отказу от угля «с несокращенными выбросами»), затем на уровне МГЭИК эта позиция была ужесточена и расширена: написана мотивировочная часть «климатического приговора» уже всем видам ископаемого топлива «с несокращенными выбросами», а решением КС-28 была утверждена резолютивная часть «климатического приговора»: установка на всеобщий «переход прочь от ископаемого топлива», теперь уже без оговорки «с несокращенными выбросами», которая оставляла бы определенную гибкость. Содержащиеся в решении КС-28 условия, квалифицирующие установку на «переход прочь от ископаемого топлива», не изменяют это общее, заданное для всех государств, направление движения (Гудков, Энтин, 2025с).

В контексте приведенной хронологии не выглядит удивительным, что в июле 2025 года МС принял консультативное заключение, которое, серьезнейшим образом укрепив правовой фундамент международных климатических обязательств, отразило беспрецедентно негативное отношение к ископаемому топливу.

МС разрушил широко распространенные представления о «беззубости» международного климатического режима. Суд признал, что нормы о защите климата вытекают не только из международных климатических соглашений, но из гораздо более широкого круга договорно-правовых и обычно-правовых источников, порождают существенные юридические обязательства, наделенные статусом “*erga omnes*” (в отношении международного сообщества в целом), их нарушение влечет международно-правовую ответственность, а споры по поводу их выполнения могут рассматриваться в международных судах, предусмотренных применимыми источниками, в том числе Конвенцией ООН по морскому праву.

МС признал, что климатические обязательства следует толковать и применять в свете решений КС и докладов МГЭИК. По оценке Суда, решения КС могут выполнять функцию «*последующих соглашений*» и формирования международных обычаев[13]. Доклады МГЭИК «*представляют собой наилучшую доступную научную информацию о причинах, характере и последствиях изменения климата*»[14]. Следовательно, они обладают несоизмеримо большим доказательным весом, нежели

[13] International Court of Justice. Op. cit. Paragraphs 184, 288.
[14] Ibid. Paragraphs 74, 284.

источники, в которых защищается альтернативная антропогенной естественная версия глобального потепления.

МС закрепил и ужесточил вынесенный ископаемому топливу «климатический приговор». Параграф 427 заключения указывает: «*непринятие государством надлежащих мер по защите климатической системы от выбросов парниковых газов, в том числе посредством производства и потребления ископаемого топлива, выдачи лицензий на разведку ископаемого топлива или предоставления субсидий на ископаемое топливо, может представлять собой международно-противоправное деяние, приписываемое этому государству*».

Таким образом, Суд воспроизвел негативное отношение к любому ископаемому топливу (так же как в решении КС-28, без оговорки «с несокращенными выбросами»). Вредоносным для климата Суд назвал не только потребление, но также производство и финансирование ископаемого топлива. Поскольку тезис о вредоносности ничем не обусловлен, не поставлен ни в какие качественные или количественные рамки, он приобретает универсальный характер: поименованные Судом виды углеводородной деятельности считаются безусловно вредоносными повсеместно, в каком бы государстве и в каком бы объеме они ни осуществлялись. Одновременно Судом заложена основа для формирования презумпции противозаконности соответствующей деятельности.

Итак, за сравнительно короткий срок без изменения основополагающих международных соглашений было осуществлено ползучее радикальное реформирование международного режима защиты климата. Оно воплотилось в фиксации на универсальном межправительственном уровне стандартов, согласно которым признается климатическая вредоносность ископаемого топлива, необходимость существенного сокращения его доли в мировом энергетическом балансе с одновременным увеличением доли ВИЭ, а поглощению парниковых газов из атмосферы отводится маргинальная функция, сводящаяся к компенсации лишь тех выбросов, которые технологически не устранимы у источников. В формировании и закреплении этих стандартов важную роль сыграли креативные юристы, эффективно работающие на идеологов «зеленой энергетической революции».

Используя образное сравнение, не будет преувеличением сказать, что ползучее реформирование международного режима защиты климата осуществляется по «принципу храповика»: «регулятивная удавка» на шее нефтегазовой отрасли поступательно, уверенно и умело затягивается,

причем с каждым движением петля становится все туже, а ослабление не допускается.

2. Правовой эффект универсальных климатических стандартов и проблема дисбаланса глобальной климатической политики

2.1. Правовые последствия применения универсальных климатических стандартов

Универсальные климатические стандарты обладают больши*м* стратегическим весом, применяются международными организациями, используются в климатическом судопроизводстве, масштабы которого повсеместно в мире увеличиваются, и которое, как показывают недавние прецеденты ЕСПЧ и ВТО, становится частью уже не только национальной, но также региональной и международной систем разрешения споров (Гудков, 2024, с. 194–277).

В этом смысле универсальные климатические стандарты имеют все шансы превратиться в мощное и эффективное «юридическое оружие нового поколения»[15].

Во-первых, они могут использоваться для обоснования исков о возмещении климатического ущерба и о корректировке суверенных энергоклиматических политик.

Поскольку обычно-правовое — применимое ко всем без исключения государствам — обязательство включает «*принятие всех мер, которые были в силах государства, для предотвращения значительного ущерба климатической системе»*[16]*,* оно предположительно будет трактоваться как подразумевающее необходимость посильного отказа от деятельности в области ископаемого топлива, так как только эта деятельность прямо названа МС безусловно вредоносной для климата.

Судьи МС Бхандари (Индия) и Кливлэнд (США) в отдельной декларации сочли необходимым пойти дальше и уточнить, что, по их мнению, указанное обычно-правовое обязательство требует от государств проводить регуляторную политику, направленную на отказ от ископаемого топлива[17].

Международные обычаи связывают все страны мира, вне зависимости от их участия или неучастия в международных климатических

---

15 Гудков, И. В. (2024). *Климат: повестка для БРИКС+*. Дипломатическая академия МИД России. https://www.dipacademy.ru/press/doklad-klimat-povestka-dlya-briks/

16 International Court of Justice. Op. cit. Paragraph 409.

17 International Court of Justice. Joint Declaration of Judges Bhandari and Cleveland of 23 July 2025. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/187/187-20250723-adv-01-06-en.pdf

соглашениях, следовательно, даже выход из этих соглашений не избавляет государство от бремени выполнения обычно-правовых обязательств.

Моделируя применение в конкретном споре обычно-правового обязательства по предотвращению значительного ущерба климатической системе с учетом решений КС, докладов МГЭИК и заключения МС, вырисовывается следующая картина.

Исходно признается, что государство обязано принимать все посильные меры для отказа от климатически вредоносной деятельности в области ископаемого топлива.

Далее устанавливается, сделало ли государство с учетом его «*национальных обстоятельств, путей и подходов*» всё, что было в его силах, для надлежащего вклада в глобальные усилия по «*переходу прочь от ископаемого топлива в энергетических системах справедливым, упорядоченным образом, усиливая действия в это критически важное десятилетие*»[18].

В качестве доказательств используются доклады МГЭИК, которые репрезентативно отражают исторические и актуальные эмиссионные вклады каждого государства в изменение климата и фиксируют целевые количественные установки по сокращению использования ископаемого топлива. Наличие такой мощной научной доказательной базы ставит международный режим защиты климата в уникальное положение среди других международных экологических режимов. Основываясь на научных данных МГЭИК, гипотетически можно декомпозировать универсальный стандарт на национальный уровень.

При установлении нарушения последствия определяются на базе международного обычного права в зависимости от предмета иска. Иски о компенсации климатического ущерба, как признает МС, являются наиболее проблематичными, так как точный размер компенсации сложно рассчитать[19]. Соответственно, закладывается стимул к развитию практики стратегических исков, направленных на прекращение вреда посредством корректировки суверенных политик и/или на его возмещение посредством реституции или сатисфакции.

Исходя из сформированных на национальном и региональном уровнях подходов, стратегические иски при их удовлетворении могут приводить к разным решениям: констатации нарушения (мягкий вариант), констатации нарушения с предписанием внедрить к определенному сроку или скорректировать целевой климатический показатель (средний вариант),

---

[18] Приведенные в кавычках цитаты воспроизводят условия, которыми в решении КС-28, обставлено выполнение установки на «переход прочь от ископаемого топлива».

[19] International Court of Justice. Op. cit. Paragraph 454.

констатации нарушения с требованием о внедрении целевого климатического показателя и предписанием выполнить этот показатель (жесткий вариант).

Установка на «переход прочь от ископаемого топлива» может быть также инкорпорирована в конвенционное обязательство, которое связывает только участников международных климатических соглашений.

Конвенционное обязательство требует от участников регулярного обновления определяемых на национальном уровне вкладов (далее — ОНУВ) и принятия мер по их выполнению. МС пояснил, что «*уровень амбиций, который должен быть отражен в ОНУВ, не оставлен полностью на усмотрение участников*», ОНУВ должны быть способны вносить адекватный вклад в достижение основной температурной цели, и участникам надлежит прилагать «*все усилия*» (англ.: *best efforts*) к выполнению ОНУВ[20]. Генеральный секретарь ООН А. Гутерриш уже поспешил обратиться ко всем странам с просьбой включить установку на «переход прочь от ископаемого топлива» в свои новые ОНУВ, предусмотрев в них план действий по сворачиванию углеводородной деятельности[21].

Во-вторых, присвоенный международным климатическим обязательствам статус "*erga omnes*" позволяет любым государствам и группам государств, действуя в интересах всего международного сообщества, применять к предполагаемым нарушителям меры имплементации международно-правовой ответственности.

Речь идет о введении против предполагаемых нарушителей односторонних ограничительных мер, не предусмотренных Уставом ООН[22]. Высока вероятность того, что этой возможностью не преминет воспользоваться ЕС, агрессивно проводящий «зеленый курс» и имеющий амбиции стать глобальным лидером в этой сфере.

В-третьих, учитывая отсутствие правовых барьеров для межотраслевого применения универсальных климатических стандартов, они могут использоваться в экономических отношениях для легитимации дискриминационного отношения к ископаемому топливу и преференциального отношения к ВИЭ.

Дискриминация способна принимать самые разнообразные формы, включая отзыв существующих и запрет новых углеводородных лицензий,

---

20 International Court of Justice. Op. cit. Paragraphs 245, 270.

21 Mishra, V. (July 22, 2025). UN's Guterres declares fossil fuel era fading; presses nations for new climate plans before COP30 summit. *United Nations*. https://news.un.org/en/story/2025/07/1165460

22 О роли обязательств "*erga omnes*" в контексте односторонних ограничительных мер см.: Гудков и Энтин (2025а).

расторжение действующих и запрет новых углеводородных долгосрочных контрактов, увязывание финансово-технологического содействия развивающимся странам с их отказом от ископаемого топлива и обязательным переходом на ВИЭ.

Это последствие — легитимация дискриминационного отношения — в практическом ключе может оказаться наиболее серьезным. В отличие от долгого и дорогого климатического судопроизводства в отношении государств-нарушителей и в отличие от внесудебного применения к ним односторонних санкций за нарушение климатических обязательств *erga omnes*, дискриминация будет сфокусирована не на субъектах, а на объекте — ископаемом топливе, и основываться она будет не на тезисе о противозаконности углеводородной деятельности, который необходимо было бы доказывать в каждом конкретном деле, а на тезисе о ее безусловной вредоносности для экзистенциально важной климатической системы, — тезисе, который, будучи сформулирован в Шестом оценочном докладе МГЭИК и поддержан в решении КС-28, получил признание МС и будет теперь преподноситься как универсальный стандарт. Таким образом, легитимной дискриминация будет объявляться по той причине, что она оправдана публичным эколого-климатическим интересом, который научно верифицирован и официально признан всем международным сообществом государств.

В этой же логике будет оправдываться маргинализация природных решений. Отказ от их полноценного учета, в том числе в качестве базиса для выпуска ликвидных углеродных единиц и в качестве средств нейтрализации углеродного следа продукции будет преподноситься как легитимное решение в контексте универсальной, научной верифицированной установки на «переход прочь от ископаемого топлива».

При появлении реальных экономических и технологических предпосылок к структурному изменению мирового энергетического баланса, о которых как об уже свершившемся факте говорят МЭА и Секретариат ООН, этот инструмент легитимной дискриминации будет задействован на полную мощность в целях обоснования искусственного, ускоренного административно-командного уничтожения отрасли ископаемого топлива с попыткой переложить сопутствующие финансовые риски на государства — экспортеры углеводородного сырья и на нефтегазовых инвесторов[23].

[23] Гудков, И.В. (2024). *Климат: повестка для БРИКС +*. Дипломатическая академия МИД России. https://www.dipacademy.ru/press/doklad-klimat-povestka-dlya-briks/

2.2. Проблема дисбаланса современной глобальной климатической политики

Притом что последствия применения универсальных климатических стандартов, как показано выше, являются стратегически значимыми, открытым остается наиболее важный и самый дискуссионный вопрос: как конкретно должна быть распределена между государствами нагрузка в выполнении ими международных климатических обязательств?

Заключение МС не дает ответа на этот вопрос, оставляя его в подвешенном состоянии. За принципами общей, но дифференцированной ответственности, справедливости, устойчивого развития и предосторожности, которые, как ожидалось, могли бы дать ключ к ответу на этот вопрос, МС не признал способности порождать самостоятельные новые нормы международного права. Он отвел им важную, но вспомогательную роль руководящих принципов по толкованию и применению в конкретных делах уже существующих обычно-правовых и договорно-правовых норм.

Однако Суд обошел стороной ключевой аспект дифференциации: историческую ответственность развитых стран за антропогенное изменение климата в период с начала промышленной революции до появления международно-правовых обязательств по защите климата. Именно на этом временном отрезке в атмосфере был накоплен основной объем антропогенных парниковых газов, спровоцировавший, в понимании МГЭИК, глобальное потепление, но хозяйственная деятельность человека, вызывающая изменение климата, тогда никак юридически не ограничивалась и была полностью правомерной. Признавая ответственность за климатический вред, причиненный только международно-противоправной деятельностью, Суд тем самым фактически исключил историческую ответственность за основной вред, нанесенный климатической системе правомерной деятельностью развитых стран. В связи с этим, как указывает судья Нольте (Германия), заключение не должно порождать «*обманчивых надежд*» на компенсацию исторического климатического ущерба[24].

Неудивительно, что консультативное заключение Суда, хотя формально было принято единогласно, в реальности вызвало критические замечания со стороны ряда судей, прежде всего, из развивающихся государств. Так, судья Сюэ (КНР) критикует заключение за необоснованный отказ принципу общей, но дифференцированной ответственности в самостоятельном

[24] International Court of Justice. Declaration of Judge Nolte. https://icj-web.leman.un-icc.cloud/sites/default/files/case-related/187/187-20250723-adv-01-07-en.pdf

нормативном значении, ослабляющий его роль, а также за неполноценный учет принципа устойчивого развития и необходимости обеспечения внутри-поколенческой справедливости между развитыми и развивающимися странами[25]. Судья Юсуф (Сомали) сетует на то, что МС проявил «*экстремальный формализм*» и уклонился от формулирования конкретных параметров дифференцированной ответственности, которую развитые государства несут за свои исторические эмиссии перед развивающимися и наиболее уязвимыми от изменения климата государствами.[26] Судья Себутинде (Уганда) указывает на то, что МС неадекватно рассмотрел проблему дисбаланса между основными эмитентами парниковых газов и странами с незначительными накопленными эмиссиями.[27] Судья Томка (Словакия) полагает, что МС проявил юридический активизм, выйдя за пределы поставленных перед ним вопросов[28].

Выведя развитые страны из-под наиболее опасного удара, Суд оставил вопрос о дифференциации межстранового распределения бремени выполнения климатических обязательств для разрешения одним из следующих способов: путем переговоров, которые приведут к универсальному межгосударственному консенсусу, либо путем судебных разбирательств, которые воплотятся в решениях по конкретным делам.

Переговорный путь ввиду кризиса глобальной климатической политики на текущем этапе выглядит нереалистичным.

Судебный путь, будучи реалистичным, выглядит неоптимальным по следующим причинам.

Прежде всего, международное правосудие не подходит на роль регулятора чувствительных вопросов в сфере суверенных энергоклиматических политик. Кроме того, практика может развиваться непоследовательно, что создает существенный фактор непредсказуемости.

Серьезнейший риск состоит в том, что в юридической плоскости произойдет эрозия, размывание и разбалансировка принципа общей, но дифференцированной ответственности: ее «общий» и «дифференцированный» элементы будут разъединены. Универсальные климатические стандарты, которые сформулированы уже достаточно конкретным образом,

---

[25] International Court of Justice. Separate Opinion of Judge Xue. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/187/187-20250723-adv-01-04-en.pdf

[26] International Court of Justice. Separate Opinion of Judge Yusuf. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/187/187-20250723-adv-01-03-en.pdf

[27] International Court of Justice. Separate Opinion of Vice-president Sebutinde. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/187/187-20250723-adv-01-01-en.pdf

[28] International Court of Justice. Declaration of Judge Tomka. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/187/187-20250723-adv-01-02-en.pdf

будут применяться как автономные нормы права ко всем государствам («общая ответственность»), а дифференциация («дифференцированная ответственность») — наряду с устойчивым развитием, справедливостью и предосторожностью — останется абстрактной концепцией, лишенной конкретного содержания. Исключение составляют те немногие субстантивные аспекты дифференциации, которые уже прямо зафиксированы на конвенционном уровне: право развивающихся стран на более позднее прохождение пика выбросов парниковых газов и обязательство развитых стран оказывать развивающимся странам финансово-технологическое содействие для низкоэмиссионного развития.

При таком раскладе, а именно его, как показано выше, имеют в виду идеологи «зеленой энергетической революции», переход от ископаемого топлива к ВИЭ становится обязательством каждого государства с тем лишь отличием, что развивающиеся государства вправе осуществить его позже, а развитые государства должны им в этом помочь деньгами и технологиями. Операционные вопросы, в том числе насколько позже может быть осуществлен переход, каковы национальные возможности и условия, каковы количественные параметры требуемого сокращения в использовании ископаемого топлива и т. п., становятся вопросами второго порядка. Некоторые из них могут быть разрешены при помощи последних достижений современной климатической науки, освоившей методику моделирования и декомпозиции универсальных стандартов на национальный уровень.

Формируемый при таком раскладе общий для всех государств универсальный стандарт перехода от ископаемого топлива укрепляется, то есть «общая ответственность», наполняясь конкретным содержанием, становится реальной. Дифференциация, в свою очередь, выхолащивается, ослабляется, сводится к конвенционному минимуму, а в части, не покрытой этим минимумом, отправляется в «правовое чистилище» вместе с абстрактными принципами справедливости, устойчивого развития и предосторожности, то есть «дифференцированная ответственность» становится формальной.

В связи с этим возникает вопрос: если такой, устраивающий идеологов «зеленой энергетической революции», расклад становится юридически возможным, отражает ли он в действительности то, о чем договорились все государства, принимая универсальным консенсусом решения МГЭИК и КС?

По этому поводу есть весомые сомнения. Они вытекают не только из критических мнений, озвученных рядом судей МС в ходе консультативного разбирательства. Как судьи, формально единогласно проголосовавшие за принятие заключения, но высказавшие в его отношении критические

замечания, так и официальные представители государств, формально поддержавшие универсальный консенсус МГЭИК и КС, в действительности не факт, что отразили тем самым реальное и полноценное согласие представляемых ими государств и государств, в гражданстве которых они состоят.

Присущая международному режиму защиты климата «конструктивная двусмысленность», проблема «трудностей перевода», привычное для некоторых государств восприятие решений КС и докладов МГЭИК исключительно как необязательных документов политического и научного сотрудничества, не ограничивающих суверенную дискрецию в энергоклиматической сфере, избыточный расчет на защитную силу ряда принципов (в том числе общей, но дифференцированной ответственности), связанные с этим упущения в глубокой и целостной юридической экспертизе принимаемых многостраничных документов — все эти факторы могут свидетельствовать о том, что, промолчав при формировании универсального консенсуса, представители государств в реальности поддержали не столько сам предлагаемый текст, сколько свою интерпретацию текста.

Сложно, например, представить, что все государства — экспортеры углеводородного сырья в действительности согласились бы с тем, что их, зафиксированное в решении КС-28, намерение внести посильный вклад в глобальный «переход прочь от ископаемого топлива» может превратиться в часть их обычно-правового жесткого обязательства, контроль за выполнением которого делегирован международным органам по разрешению споров.

Было бы трудно поверить, что, поддержав выводы Шестого оценочного доклада МГЭИК о необходимости значительного сокращения в использовании ископаемого топлива к 2050 году, все государства — экспортеры углеводородного сырья в действительности согласились с тем, что теперь их продукция может быть легитимно поставлена «вне закона» в международных экономических отношениях и что против нее под предлогом защиты публичного эколого-климатического интереса могут быть развернуты всевозможные ограничения и запреты.

Аналогичным образом вряд ли можно предположить, что Россия, где до сих пор в политических, деловых и научных кругах ведутся активные споры об антропогенной природе изменения климата, с высоких трибун озвучивается резкая критика «зеленой энергетической революции» и официально делается ставка на природные решения как на основное средство климатической политики, действительно согласилась бы с тем, что предусмотренная Шестым оценочным докладом МГЭИК приоритезация

функции сокращения выбросов у источников и маргинализация функции поглощения парниковых газов из атмосферы является стандартом, общеприменимым ко всем государствам. Такое согласие равнозначно согласию на фактическое отклонение от принципа постоянного суверенитета над имеющимися у государства поглотительно-накопительными способностями экосистем, поскольку возможности распоряжения ими в целях балансировки страновых эмиссий парниковых газов были бы ограничены, а углеродные единицы, генерированные на их базе, — в значительной степени обесценены[29].

Несмотря на все сомнения в реальности всеобщего согласия государств на принятые консенсусом решения, следует признать, что при переводе климатических споров в юридическую плоскость толкование и применение документов будет осуществляться на базе буквального значения их терминов в контексте их объекта и целей. То есть в части утвержденных консенсусом документов приоритет будет отдаваться тому, что прямо в них написано, а не тому, что подразумевали отдельные государства. В части заключения МС приоритет также будет отдаваться тому, что прямо написано в единогласно принятом акте, а не отдельным мнениям судей. Поэтому вполне можно предположить, что при передаче вопросов о соблюдении универсальных климатических стандартов в правовую плоскость решения правоприменительных инстанций будут существенно отличаться от ожиданий государств-экспортеров ископаемого топлива и могут стать для них по-настоящему неприятным сюрпризом.

Говоря иными словами, в условном правовом конфликте МЭА и ОПЕК чаша судейских весов, как это видится сейчас, в свете принятых КС, МГЭИК и МС документов, склоняется в пользу продвигаемого МЭА сценария «зеленой энергетической революции».

3. «Развилка принятия решений» по вопросу об образе «зеленого будущего»

Консультативное разбирательство в МС, выпукло обнажившее дисбалансы и юридические риски современной глобальной климатической политики, ставит международное сообщество перед «развилкой принятия решений» по поводу целевого образа «зеленого будущего».

Эту развилку необходимо пройти до того, как из заключения Суда, как из ящика Пандоры, на свет будут выпущены многочисленные конфликты с

[29] Гудков, И. В. (2024). Климат: повестка для БРИКС+. Дипломатическая академия МИД России. https://www.dipacademy.ru/press/doklad-klimat-povestka-dlya-briks/

непредсказуемыми результатами. Предстоящая КС-30 могла бы стать поворотной вехой в истории международного режима защиты климата[30].

«Развилка принятия решений» выглядит следующим образом:

– Принять сложившуюся реальность («что написано пером, не вырубишь топором»): согласиться с зафиксированным вектором на всеобщую «зеленую энергетическую революцию», придав ей окончательный и необратимый характер. Согласие будет означать признание обязательства по коренной трансформации экономик всех государств в целях «перехода прочь от ископаемого топлива» к ВИЭ, принятие рисков международно-правовой ответственности за его невыполнение, а также признание правомерности дискриминации ископаемого топлива и маргинализации природных решений как допустимых средств балансировки выбросов от углеводородной инфраструктуры. В этом случае заключение МС станет победным гимном «зеленой энергетической революции».

Или

– Реформировать текущий подход («всё течет, все меняется»): официально опротестовать вектор на всеобщую «зеленую энергетическую революцию» в связи с обнажившимися в ходе консультативного разбирательства в МС дисбалансами и рисками. При выборе этого варианта заключение Суда превратится для «зеленой энергетической революции» в ее похоронный марш.

Третий путь — «закрыть глаза»: несмотря на вопиющее заключение Суда, молчаливо игнорировать универсальные климатические стандарты, отражающие сценарий «зеленой энергетической революции», с расчетом на то, что от них удастся укрыться в национальных границах, выстроив внутри государства параллельную реальность, и в надежде на то, что глобальная климатическая повестка вскоре «развалится».

Этот путь представляется легкомысленным и контрпродуктивным: молчание, согласно принципу эстоппель, будет приравнено к согласию с универсальными стандартами, а установление незаконности отличающихся от них национальных правил станет лишь вопросом времени. При этом выход из международных климатических соглашений принципиально не поменяет ситуацию, так как обычно-правовые обязательства продолжат связывать все без исключения государства.

---

[30] С учетом того, что на предыдущей КС-29, состоявшейся в 2024 году в Баку, вопрос об энергетическом переходе не получил дальнейшего развития, а был оставлен для уточнения на следующей конференции. Dodson, J. (2024, November 27). From Finance to Fossil Fuels: COP29 Outcomes and Business Implications. *WBCSD*. https://www.wbcsd.org/news/from-finance-to-fossil-fuels-cop29-outcomes-and-business-implications/

При выборе варианта реформирования для его реализации необходимым было бы формирование представительной «протестной коалиции» стран. В нее, наряду с заинтересованными странами Глобального большинства, потенциально могли бы войти США, новая администрация которых взяла максимально критический курс в отношении «зеленой повестки».

Конкретными тактическими шагами «климатической контрреволюции» могли бы стать следующие меры.

Во-первых, безотлагательное инициирование на основании принципа предосторожности международной междисциплинарной научной проверки сценария всеобщей «зеленой энергетической революции» (предусмотренного решением КС-28 форсированного глобального перехода от ископаемого топлива к ВИЭ). Цель проверки — полноценно и объективно оценить совокупный эколого-климатический след, природно-ресурсную, финансово-ресурсную обеспеченность и социально-экономические последствия данного сценария[31]. На период до завершения проверки и утверждения всеобщим консенсусом ее результатов — введение «моратория» на применение стандартов, отражающих идеологию «зеленой энергетической революции», в качестве установок, отражающих волю всего международного сообщества государств, а именно: документальная фиксация отсутствия универсального консенсуса по вопросам о:

– существовании общеприменимого ко всем государствам стандарта «перехода прочь от ископаемого топлива» с лежащими в его обосновании расчетами МГЭИК;
– возможности применения выводов Шестого оценочного доклада МГЭИК, решения КС-28 и консультативного заключения МС в частях, касающихся ископаемого топлива, в международных экономических отношениях и в каких-либо международных разбирательствах.

Во-вторых, документальная фиксация на международном межгосударственном уровне следующих тезисов:

– Содержание центрального в области защиты климата принципа общей, но дифференцированной ответственности на текущем этапе в международном праве не раскрыто (обоснование — отдельные мнения судей МС, прежде всего, судьи Сюэ от КНР). Дифференциация не сводится к предусмотренным действующими конвенционными нормами и решениями КС аспектам, так как они не отражают в достаточной мере

[31] Модель целостной многофакторной оценки «зеленого перехода» см.: Гудков, И. В., Энтин, М. Л. (2025). Климат и право: как сформулировать привлекательный образ справедливого «зеленого будущего. *Международные процессы*.

диспропорциональный исторический вклад развитых государств в антропогенное изменение климата.

– Толкование и применение каких-либо международно-правовых стандартов климатического поведения не допускается изолированно от принципов общей, но дифференцированной ответственности (с учетом необходимости его уточнения на базе универсального консенсуса, а не через судебные споры), справедливости, устойчивого развития и предосторожности.
– Указанный перечень принципов должен быть дополнен принципом постоянного суверенитета над природными ресурсами, так как он также играет ключевую роль в «зеленом переходе», защищая права государств на распоряжение всеми необходимыми для низкоэмиссионного развития естественными богатствами, включая энергетические ресурсы, неэнергетические минералы и поглотительно-накопительные способности экосистем.

В-третьих, запуск многосторонних межгосударственных климатических клубов, признающих научно обоснованные климатические решения, альтернативные «зеленой энергетической революции», и допускающие в отношениях между членами клубов трансграничный оборот углеродных единиц, основанных на таких решениях[32].

Конечной стратегической целью «климатической контрреволюции» мог бы стать запуск в мире альтернативного, более справедливого, сценария «зеленого перехода».

Если на стяге «зеленой энергетической революции» изображен лозунг «оставляйте ископаемое топливо под землей» (англ.: *LFFU: leave fossil fuels underground*), то знамя «контрреволюции» могло бы развеваться под девизом «богатые страны, потребляйте меньше» (англ.: *RCCL: rich countries, consume less*).

В основе этой новой установки лежит тезис о том, что при сохранении неустойчивой модели потребления уничтожение отрасли ископаемого топлива не приведет к решению климатической проблемы, а будет по эффективности сродни лечению алкоголизма при помощи вырубки виноградников. Колониальное неравенство в мире будет сохраняться, а климатические, экологические, энергетические и продовольственные кризисы — масштабироваться и усугубляться[33].

Практическое продвижение новой установки потребовало бы внедрения научно обоснованной модели дифференцированного устойчивого

---

[32] Гудков, И. В. (2024). Климат: повестка для БРИКС+. Дипломатическая академия МИД России. https://www.dipacademy.ru/press/doklad-klimat-povestka-dlya-briks/

[33] Там же.

потребления, основанной на концепции подушевых углеродных бюджетов. На ее базе необходимо было бы сформировать объективный и верифицируемый стандарт дифференцированного межгосударственного распределения бремени выполнения международных климатических обязательств[34]. Если такой стандарт нереалистично сформировать «сверху» на межгосударственном макроуровне, то остается потенциал для того, чтобы попытаться внедрить его «снизу» на межчеловеческом микроуровне. Инновационным решением может стать цифровой индивидуальный измеритель добродетельной и устойчивой жизни, который рассчитывает вклад каждого конкретного индивида (с учетом дифференцированной нагрузки на граждан развитых и развивающихся государств) в решение природоохранных и социальных проблем, и воодушевляет людей на переход от эгоистичной и потребительской к одухотворенной и осмысленной культуре повседневной жизни.

Заключение

Идеологи современной «зеленой энергетической революции», покушающиеся на разрушение традиционного мирохозяйственного уклада, всерьез и не без определенных на то оснований верят, что «гильотина легальная», построенная в впечатляюще сжатые сроки по их хитроумному проекту для ископаемого топлива, превратится в «гильотину реальную».

У России есть богатый исторический опыт как совершения революций, так и противодействия им.

Ответ на животрепещущий вопрос о том, куда следует поставить запятую в названии настоящей статьи, всецело зависит от фактора политической воли и ее эффективного юридического оформления.

Молчание будет означать, что вынесенный ископаемому топливу приговор подлежит исполнению, которое не заставит себя долго ждать. Исполнение приговора проявится не в том, что завтра все государства поголовно начнут сворачивать углеводородную деятельность. И не в том, что судебные приставы-исполнители вскоре придут опечатывать нефтегазовые скважины и угольные шахты по всему миру. Оно воплотится в (не опротестованном) утверждении для ископаемого топлива и связанных с ним активов невыносимых регулятивных условий существования,

[34] Институт народнохозяйственного прогнозирования РАН. (2025). Первый ежегодный национальный доклад о климатической повестке в России. https://ecfor.ru/publication/natsionalnyj-doklad-o-klimaticheskoj-povestke-v-rossii/; Бобылев, С. Н., Кошкина, Н. Р., Курдин, А.А., Мальцев, А. А., Юргенс, И. Ю. (Ред). (2025). *Доклад «Оценка перспектив и разработка механизмов справедливого международного сотрудничества в сфере низкоуглеродного развития и адаптации к изменениям климата с учетом социокультурных факторов»*. Экономический факультет МГУ имени М.В. Ломоносова.

которые будут отпугивать долгосрочных инвесторов от этой отрасли и стимулировать их к вложению денежных средств в конкурирующую отрасль ВИЭ. Невыносимыми условия для ископаемого топлива могут сделать такие факторы, как его легитимная дискриминация, сопровождаемая переложением финансовых рисков на инвесторов и экспортеров, развертывание серии стратегических исков и санкционных мер против государств — потенциальных нарушителей климатических обязательств, в которые инкорпорируется стандарт «перехода прочь от ископаемого топлива», а также непризнание природных решений как надлежащих и полноценных средств нейтрализации углеродного следа от ископаемого топлива и созданной на его базе продукции.

Действенный (безотлагательный и юридически грамотно оформленный) международный протест, напротив, будет способен привести к демонтажу универсального консенсуса по поводу стандартов, отражающих идеологию «зеленой энергетической революции», и к расчистке пути для продвижения альтернативного, более справедливого сценария, адекватно и целостно отражающего наряду с климатическим целеполаганием концепцию дифференцированной ответственности, а также принципы справедливости, устойчивого развития и постоянного суверенитета над природными ресурсами.

Список литературы / References

1. Гудков, И. В. (2023). «Климатический приговор» ископаемому топливу: окончательный и обжалованию не подлежит? *Энергетическая политика*, *12*(191), 46–59.
   Gudkov, I. V. (2023). “Climate verdict” to fossil fuels: final and not appealable? *Energy Policy, 12*(191), 46–59.
2. Гудков, И. В. (2024). *Энергетический переход и право: климат, торговля, инвестиции*. МГИМО-Университет.
   Gudkov, I. V. (2024). *The energy transition and law: climate, trade, investment*. MGIMO University.
3. Гудков, И. В., Энтин, М. Л. (2025a). Односторонние «антироссийские» санкции: как усилить ответ. *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения*, *21*(3), 53–69.
   https://doi.org/10.61205/S199132220034841-1
   Gudkov, I. V., Entin, M. L. (2025a). Unilateral "anti-Russian" sanctions: how to strengthen the response. *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law, 21*(3), 53–69.
   https://doi.org/10.61205/S199132220034841-1
4. Гудков, И. В., Энтин, М. Л. (2025b). [Принято к публикации]. Обязательства государств по защите климата: консультативное

заключение Международного суда ООН. *Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения, 21(*5).
Gudkov, I. V., Entin, M. L. (2025b). [Forthcoming]. State Obligations on Climate Protection: Advisory Opinion of the International Court of Justice. *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law, 21*(5).

5. Гудков, И. В., Энтин, М. Л. (2025c). [Принято к публикации]. Климат и право: как сформулировать привлекательный образ справедливого «зеленого будущего». *Международные процессы*.
Gudkov, I. V., Entin, M. L. (2025c). [Forthcoming]. Climate and law: how to formulate an appealing vision of a just "green future"*. International Trends / Mezhdunarodnye protsessy.*
6. Институт народнохозяйственного прогнозирования РАН. (2025). *Первый ежегодный национальный доклад о климатической повестке в России*.
Institute of Economic Forecasting, RAS. (2025). *First Annual National Report on the Climate Agenda in Russia*.
7. Бобылев, С. Н., Кошкина, Н. Р., Курдин, А.А., Мальцев, А. А., Юргенс, И. Ю. (Ред). (2025). Доклад «Оценка перспектив и разработка механизмов справедливого международного сотрудничества в сфере низкоуглеродного развития и адаптации к изменениям климата с учетом социокультурных факторов». Экономический факультет МГУ имени М. В. Ломоносова.
Bobylev, S. N., Koshkina, N. R., Kurdin, A. A., Mal'tsev, A. A., & Yurgens, I. Yu. (Eds.). (2025). *Report "Assessment of prospects and development of mechanisms for fair international cooperation in low-carbon development and climate change adaptation, taking into account socio-cultural factors"*. Faculty of Economics, Lomonosov Moscow State University.
8. Сечин, И. И. (2025). Новый облик мировой энергетики. *Вестник МГИМО-Университета, 18*(4), 137–163.
https://doi.org/10.24833/2071-8160-2025-4-103-137-163
Sechin, I. I. (2025). The Emerging Global Energy Landscape. *MGIMO Review of International Relations*, *18*(4), 137–163.
https://doi.org/10.24833/2071-8160-2025-4-103-137-163
9. Bataille, C., al Khourdajie, A., de Coninck, H., de Kleijne, K., Nilsson, L. J., Bashmakov, I., Davis, S. J., & Fennell, P. S. (2025). Defining ‘abated’ fossil fuel and industrial process emissions. *Energy and Climate Change*, 6. https://doi.org/10.1016/j.egycc.2025.100203
10. IPCC, 2022: Summary for Policymakers. (2022). In P.R. Shukla, J. Skea, R. Slade, A. Al Khourdajie, R. van Diemen, D. McCollum, M. Pathak, S. Some, P. Vyas, R. Fradera, M. Belkacemi, A. Hasija, G. Lisboa, S. Luz & J. Malley. *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/9781009157926.001

11. Lee, H., & Romero, J. (Eds.). (2023). *Climate Change 2023: Synthesis Report. Summary for Policymakers*. Intergovernmental Panel on Climate Change.

Научная статья / Research Article
https://doi.org/10.17323/jil.2025.30030

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ | TOPICAL ISSUES

Банкротство иностранных банков: в серой зоне между общими и специальными правилами трансграничной несостоятельности. Часть 1[1]

Е. В. Мохова[1], Ю. А. Крючкова[2]

1 Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия
emokhova@hse.ru
ORCID: 0000-0001-9729-6546

2 Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия
ykryuchkova@hse.ru
ORCID: 0009-0005-1068-6733

Аннотация

Статья представляет собой первую часть исследования, посвященного вопросу соотношения общих и специальных правил трансграничной несостоятельности в ситуации банкротства иностранных банков. Авторы рассматривают правовое регулирование банкротства иностранных банков, исследуя возможность применения общих правил регламентации трансграничной несостоятельности по модели модифицированного универсализма и распределения эффектов *COMI*- и истеблишмент-производств, воспроизведенной в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности 1997 года (*lex generalis*). Анализируются полная и усеченная оговорки об исключении законодателями банков из *lex generalis* трансграничных банкротств: подходы законодателей и правоприменительная практика. Усеченная оговорка отражает подход, при котором локальный актив банка, не участвующий в выполнении функций кредитной организации по местному праву (простые активы или подразделения банка без национальной лицензии на банковскую деятельность), может быть отнесен к общему регулированию трансграничных банкротств и может распределяться между банкротными производствами с позиции эффектов *COMI*- и истеблишмент-производств. Усеченная оговорка может выступать минимальной гарантией эффективного управления активами иностранных банков в случае их трансграничной несостоятельности до тех пор, пока государство не создаст в этой области специальные правила

[1] Статья подготовлена с использованием справочно-правовой системы «Консультант-плюс» в рамках реализации проекта Научно-учебной лаборатории международного правосудия НИУ ВШЭ.

регламентации трансграничного банкротства банков (*lex specialis,* основанный на правилах взаимодействия *home*- и *host*-производств или на иных правилах).

Ключевые слова: трансграничная несостоятельность банка, банкротство иностранных банков, филиал иностранного банка, признание иностранных банкротств, центр основных интересов должника, COMI, основное производство, вторичное производство

Для цитирования: Мохова Е. В., Крючкова Ю. А. Банкротство иностранных банков: в серой зоне между общими и специальными правилами трансграничной несостоятельности. Часть 1. *Журнал ВШЭ по международному праву / HSE University Journal of International Law.* 2025. Том 3. № 3. С. 31–48.

[1]**Елена Викторовна Мохова** — кандидат юридических наук, доцент, заместитель руководителя департамента правового регулирования бизнеса факультета права, научный сотрудник Научно-учебной лаборатории международного правосудия.

[2]**Юлия Алексеевна Крючкова** — приглашенный преподаватель департамента правового регулирования бизнеса факультета права.

Bankruptcy of foreign banks: in the grey area between general and special cross-border insolvency rules. Part 1

E. V. Mokhova[1], YU. A. Kryuchkova[2]

1 HSE University, Moscow, Russia
emokhova@hse.ru
ORCID: 0000-0001-9729-6546

2 HSE University, Moscow, Russia
ykryuchkova@hse.ru
ORCID: 0009-0005-1068-6733

Abstract

The article analyses approaches to the regulation of foreign banks bankruptcies from the point of view of applying to them general rules of cross-border insolvency regulation according to the modified universalism and effects of delimitation of COMI- and establishment proceedings as it is stated in the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency of 1997 (*lex generalis*). The full and truncated clauses on the legislators' exclusion of banks from the cross-border insolvencies *lex generalis* are examined. The authors draw attention to the legislators' approaches and court practice. The truncated clause reflects an approach in which a bank's local asset that is not involved in the functions of a credit institution under local law (assets or branches of a bank without a national banking license) can be covered by the cross-border insolvency *lex generalis* and can be allocated from the perspective of the effects of COMI-proceeding and establishment-proceedings. Such a truncated clause may act as a minimum guarantee for the effective management of foreign bank assets in the event of its cross-border insolvency until the State establishes specific regulation in this area.

Keywords: cross-border bank insolvency, bankruptcy of foreign banks, foreign bank branch, foreign insolvency proceeding recognition, debtor center of main interests of the debtor, COMI, main proceeding, secondary proceeding

For citation: Mokhova E. V., Kryuchkova YU. A. Bankruptcy of foreign banks: in the grey area between general and special cross-border insolvency rules. Part 1. *HSE University Journal of International Law*. 2025. Vol. 3. No. 3. P. 31–48.

[1] **Elena V. Mokhova** — candidate of sciences in law, associate professor, deputy head of the School of legal regulation of business, research fellow of the Laboratory of international justice, Faculty of law.

[2] **Yulia A. Kryuchkova** — visiting lecturer, School of legal regulation of business, Faculty of law.

Введение: постановка проблемы в свете особой роли банкротства банков в экономике

В экономическом смысле несостоятельность (банкротство)[2] — это неспособность субъекта погасить свои обязательства перед кредиторами, что в ряде случаев может быть связано с неспособностью восстановить платежеспособность в принципе. Правопорядки предусматривают юридическую составляющую несостоятельности — механизмы правового регулирования, определяющие пределы возможного и необходимого поведения субъекта права при невозможности исполнения им своих обязательств (Афанасьева и др., 2019, с. 115). В Российской Федерации правовое регулирование несостоятельности осуществляется Федеральным законом от 26 октября 2002 года № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве). В ситуации несостоятельности могут оказаться субъекты с особым статусом — банки, под которыми для целей статьи понимаются организации, чья экономическая деятельность связана с привлечением депозитов и иных денежных средств от физических и юридических лиц (акторов гражданского оборота) и с размещением денежных средств, в том числе путем предоставления кредитов от своего имени (Campbell & Lastra, 2011, pp. 32–33)[3]. Ведение банковской деятельности обусловлено получением

[2] В статье термины «несостоятельность» и «банкротство» используются как синонимы и охватывают как процедуры ликвидационной, так и реабилитационной направленности (процедуры, предполагающие восстановление платежеспособности, включая утверждение плана реструктуризации долга).

[3] Вопрос о категориальном ряде также может быть предметом дискуссий в части соотношения субъектов и предоставляемых им режимов. Так, предметом дискуссии видится распространение режимов банкротства, предусмотренных для банков как осуществляющих

лицензии от уполномоченного органа (регулятора) соответствующего государства и обретением статуса кредитной организации[4]. В отношении определения банка стоит сделать оговорку о возможных особенностях национально-правовой регламентации круга операций (банковских операций), осуществляемых банками и иными небанковскими кредитными организациями. Авторы статьи полагают, что привлечение денежных средств с ведением счетов и размещение денежных средств путем кредитования составляют основные сущностные характеристики банка, и такой подход соотносится с российским. В ст. 1 Федерального закона от 2 декабря 1990 года № 395-1 «О банках и банковской деятельности» (далее — Закон о банковской деятельности) под банком понимается кредитная организация, которая имеет исключительное право осуществлять в совокупности следующие банковские операции: привлечение во вклады денежных средств физических и юридических лиц, размещение указанных средств от своего имени и за свой счет на условиях возвратности, платности, срочности, открытие и ведение банковских счетов физических и юридических лиц[5].

Случаи несостоятельности банков требуют особого правового регулирования. Это связано со значимой функцией кредитных организаций в экономике: обеспечением таковой необходимой ликвидностью (кредитом) для содействия экономическому росту (Wolf, 2015, p. 2). Как отмечают эксперты, урегулирование проблем финансовых учреждений направлено на сохранение непрерывности банковских операций во избежание системного банковского кризиса, оттока депозитов со счетов, сохранения стабильности финансовой системы. Это обусловливает особенности банкротных процедур, такие как а) снижение роли кредиторов, б) минимизация процедур сохранения должника во владении (такой процедуры, при которой менеджмент не отстраняется от управления делами должника), в) принятие оперативных мер во избежание оттока капитала (Wolf, 2015, p. 2), г) ранний порог для инициирования процедуры (так называемый ранний «регуляторный порог») (Campbell & Lastra, 2011, p. 30). В силу указанных особенностей банкротные процедуры финансовых учреждений контрастируют с большинством процедур банкротства корпораций, в рамках которых открытие производства приводит к

и привлечение депозитов и размещение привлеченных средств, в отношении иных организаций, размещающих средства, но не привлекающих депозиты.

[4] Кредитные организации могут быть небанковскими. В России: ст. 1 Федерального закона от 2 декабря 1990 года № 395-1 (ред. от 28.02.2025) «О банках и банковской деятельности». Теоретические подходы см.: Лаутс, 2018.

[5] Трансграничные аспекты несостоятельности небанковских кредитных организаций могут требовать отдельного рассмотрения.

автоматическому приостановлению индивидуальных действий кредиторов вне процедуры, защищая статус-кво должника и позволяя администратору[6] собрать и реализовать активы (Wolf, 2015, pp. 4–5). Важно принять во внимание, что ряд кредитных организаций и банков относится к группе «слишком крупные, чтобы потерпеть неудачу» (известные в обозначении *TBTF* — аббревиатуры от термина на английском языке «*too big to fail*»), что стимулирует государственную поддержку и особый национальный интерес в их отношении. Кроме того, выделяются банки, относимые к глобальным системно значимым финансовым институтам — *G-SIFI* (аббревиатура от термина на английском языке «*global systemically important financial institutions*»), для которых также может создаваться специальное регулирование. Соответственно, дефолт банков, в частности банков групп *TBTF* и *G-SIFI*, может оказаться особо чувствительным для финансовой системы конкретного государства и для глобальной финансовой системы[7].

Толчками для создания специального регулирования банкротства банков послужили крупные экономические кризисы. Так, например, в США первые серьезные изменения в системе регулирования несостоятельности банков произошли после Великой депрессии 1929–1939 годов, когда большое число банков потерпели крах. При этом в отсутствие страхования или иных гарантий вкладчики оставались ни с чем. Далее, после экономического кризиса 2008 года, произошло еще одно значимое законодательное обновление — принятие в США закона Додда-Франка (*Dodd-Frank Act*) в 2010 году, вводящего повышенные требования к капиталу, стресс-тесты и правила ликвидности для крупнейших банков (Kress & Zhang, 2023, p. 572). Как отмечают Дж. Кресс и Дж. Занг, многие юрисдикции приняли аналогичные меры (Kress & Zhang, 2023, p. 572). В текущих реалиях эксперты обсуждают волну банковских банкротств и кризис банковского сектора 2023 года[8], связанный с агрессивной политикой повышения процентных ставок Федеральной резервной системой США (Ozili, 2024, p. 85) и низкой ликвидностью банковских активов. Речь идет, в первую очередь, о коллапсе банков Силикон Валей Банк (*Silicon Valley*

---

[6] В рамках статьи под термином «администратор» понимаются арбитражные управляющие и лица с эквивалентными им функциями по иностранному праву, независимо от наименования последних.

[7] В отношении банков, относимых к *G-SIFI,* разработаны рекомендательные правила – Ключевые атрибуты эффективных режимов санации для финансовых учреждений. Разработчиком выступил Совет по финансовой стабильности *(Financial Stability Board (FSB)*). См. подробнее информацию на официальном сайте этой международной организации: https://www.fsb.org/2014/10/key-attributes-of-effective-resolution-regimes-for-financial-institutions-2/. Судьба системно значимых банков при их дефолте требует отдельного исследования.

[8] См. подробнее: Acharya et al., 2023.

Bank), Сигниче Банк (*Signature Bank)*, Кредит Суис (*Credit Suisse)*, Фёст Репаблик Банк (*First Republic Bank)* (Acharya et al., 2023), поставившем вопрос о реформировании законодательства для предотвращения подобных ситуаций[9]. Таким образом, национальное регулирование банковской несостоятельности обладает рядом существенных особенностей (ранний «регуляторный порог» для входа в процедуры; специальные административные процедуры, направленные на защиту от оттока капитала с сохранением гарантий вкладчиков; снижение роли кредиторов), находится в постоянном динамическом осмыслении для поиска лучших решений в ответ на экономические кризисы и может существенным образом разниться от государства к государству. При несостоятельности банка, выходящей за пределы одного государства, возникает «мультипликация сложности»: в правоотношениях соединяются сложности, обусловленные особенностями банкротства банков в связи со спецификой их статуса и деятельности; разные подходы национальных правопорядков к разрешению банковских дефолтов в зависимости от решаемых государством экономических задач; осложненность отношений иностранным элементом в виде нахождения активов банка за рубежом либо трансграничного характера деятельности банка через сеть филиалов (когда национальное право государства легитимизирует такую форму ведения деятельности иностранных банков на его территории).

В рамках настоящего исследования мы ставим следующий ключевой вопрос: могут ли — и при каких условиях — иностранные банки при банкротстве подчиняться общим правилам регламентации трансграничных банкротств (*lex generalis*)? Или же в отношении таковых применяются специальные правила *lex specialis*? Каковы эти правила? Возможно, банкротство банков сочетает в себе и общие, и специальные правила, которые комбинируются или заменяют друг друга в зависимости от конкретных обстоятельств банкротства?

Отметим, что проблематика трансграничных банкротств предполагает особый ракурс исследований в области несостоятельности: он охватывает определение компетентного суда, применимого права и признание эффекта иностранного банкротства (распространения его последствий на территорию признающего государства). Соответственно, вопросы национально-правового регулирования банкротства и восстановления платежеспособности банков, национально-правовые подходы к

[9] Так, Дж. Кресс и Дж. Занг подчеркивают, что Закон Додда-Франка, провозглашаемый как акт макропруденциального регулирования, в действительности не отвечает этой задаче, в связи с чем авторы предлагают ряд мер, направленных на усиление макропруденциальной функции регулирования для снижения системных рисков в банковском секторе (см. подробнее: Kress & Zhang, 2023).

реабилитационным и ликвидационным процедурам дефолта банков в разных странах, в том числе в компаративистском аспекте, соотношение банковского и банкротного законодательства представляют собой весьма значимый, но иной предмет исследования. Тематика статьи предопределяет и нормативную и эмпирическую базу исследования: ее образуют источники и судебная практика, касающаяся именно трансграничных аспектов банкротства банков, но не условий и порядка осуществления процедур несостоятельности национальных банков.

В Российской Федерации вопросы несостоятельности кредитных организаций, в том числе банков, урегулированы в параграфе 4.1. «Банкротство кредитных организаций» главы IX «Особенности банкротства отдельных категорий должников — юридических лиц» Закона о банкротстве[10]. Специфика Закона о банкротстве такова, что он направлен именно на национальные отношения, случаи же трансграничной несостоятельности как ординарных субъектов, так и кредитных организаций, в том числе банков, специальным образом не урегулированы. Видится, что и вектор исследований в России также направлен, в первую очередь, на парадигму национальной несостоятельности кредитных организаций, чему посвящены работы видных ученых[11]. Трансграничное же преломление проблема приобретала в основном в рамках дел о привлечении к субсидиарной ответственности контролировавших российские банки лиц, персональном банкротстве таких лиц и при последующих попытках признания российских банкротств за рубежом[12]. Между тем изменения, произошедшие в российском законодательстве и правоприменении в 2024 году, а именно подтверждение на уровне высшей судебной инстанции возможности банкротства иностранных компаний и законодательная легитимация доступа в банковский сектор филиалов иностранных банков, поставят новые вопросы, связанные с трансграничными аспектами банкротства банков: возможно ли инициирование банкротной процедуры в Российской Федерации в отношении иностранного банка, например, вторичного (локального) производства в отношении имущественной массы иностранного банка? По каким правилам будет осуществляться такое банкротство? Обратим внимание, что в мае 2025 года в российский суд было подано заявление о

---

10 Об особенностях регламентации национально-правового регулирования несостоятельности кредитных организации см. подробнее: Лаутс, 2018.

11 Карелина, 2018; Лаутс, 2018; Пирогова, Курбатов, 2014.

12 См., например, признание в Великобритании российского банкротства г-на Д. Ананьева, контролировавшего в свое время Промсвязьбанк: *Vesnin v Queeld Ventures Ltd & Anor* [2025] EWHC 104 (Ch).

банкротстве Жусан Банка, инкорпорированного в Республике Казахстан[13], что еще раз подтверждает актуальность данной проблемы. Кроме того, предстает резонным вопрос о возможности банкротства филиала иностранного банка. Однако ответы на данные вопросы будут даны с учетом ответа на первоначальный концептуальный вопрос о соотношении *lex generalis* и *lex specialis* в контексте трансграничной несостоятельности банков.

Исследование разделено на две части. В части 1 рассматривается вопрос о том, применимы ли к трансграничному банкротству банков общие положения трансграничной несостоятельности о *COMI*- и истеблишмент-производствах, свойственные принципу модифицированного универсализма: проанализирован зарубежный опыт применения к банковским дефолтам общих правил регламентации трансграничных банкротств, причины и целесообразность такого подхода. Часть 2 посвящена анализу развития *lex specialis,* относящегося к трансграничному банкротству банков, на национальном и международном уровне: отмечена характерная для банков система дифференциации банкротных производств как *home*- (открытых в стране происхождения банка) и *host*-производств (открытых в стране пребывания, например, в стране активов или филиалов банка), отличающаяся от системы *COMI*- и истеблишмент-производств в общих правилах трансграничных банкротств. В этой же части рассмотрен европейский подход к трансграничной санации и ликвидации банков, построенный на универсальной модели единого производства, а также проанализирован изданный в мае 2025 года универсальный документ УНИДРУА о стандартах банковской ликвидации (в том числе трансграничной), претендующий на универсальный *lex specialis* в банкротстве несистемных банков. Поднимается вопрос о том, как дискуссия о *lex specialis* и *lex generalis* для трансграничного банкротства банков может отразиться на российских подходах к решению вопроса о банкротстве иностранных банков, не имеющих филиалов в России, но обладающих активами, а также о банкротстве филиалов иностранных банков.

[13] См. дело А40-119258/2025 Арбитражного суда города Москвы. Ранее в судебной практике также встречались дела о банкротстве иностранных банков, в которых предпринимались попытки инициировать процедуру несостоятельности в России (см. например: дела Кредит Суисс (*Credit Suisse AG*) № А40-166286/2023, № А40-70801/2024, дело Евроклир Банк ЭСЭЙ/ЭНВИ № А40-193986/24-185-300 «Б»), они будут затронуты во второй части статьи.

2. *Lex specialis vs lex generalis* в подходах к регулированию трансграничной несостоятельности банков

Трансграничная несостоятельность охватывает случаи, когда сам должник, его активы и/или кредиторы связаны с правопорядком двух и более государств. В такой ситуации потребуется задействовать инструменты международного частного права, касающиеся вопросов разграничения компетенции судов различных государств в отношении открытия и последующего контроля дела о несостоятельности и вводимой в нем процедуры (далее — производство или банкротное производство), а также вопросов определения применимого права, обеспечения трансграничного эффекта производства для охвата зарубежных активов должника и взаимодействия параллельных банкротных производств, если они открываются в разных юрисдикциях в отношении одного и того же должника.

Общие подходы к регулированию трансграничных банкротств разрабатываются Комиссией ООН по праву международной торговли ЮНСИТРАЛ (далее — ЮНСИТРАЛ). На сегодняшний день ЮНСИТРАЛ подготовила три типовых закона: Типовой закон о трансграничной несостоятельности 1997 года (далее — ТЗТН), Типовой закон о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений, принятых в связи с делом о несостоятельности 2018 года (далее — ТЗСРН), и Типовой закон о несостоятельности предпринимательских групп 2019 года (далее — ТЗПГ). Типовые законы снабжены руководствами по принятию, в которых представлены комментарии и разъяснения к их положениям. Кроме того, ЮНСИТРАЛ разработала руководства и рекомендации для законодательных органов по вопросам несостоятельности (в пяти частях), а также пояснительные тексты (например, сборник по прецедентному праву, касающемуся ТЗТН, 2021 года)[14]. По состоянию на 2025 год на высокой стадии готовности находятся документы о применимом законодательстве в производстве по делам о несостоятельности (*lex fori concursus*). Принят инструментарий ЮНСИТРАЛ о гражданско-правовых аспектах отслеживания и возвращения активов в банкротствах[15].

Соответственно, на сегодняшний день можно говорить о системе документов ЮНСИТРАЛ, создающих рекомендательную модель регулирования трансграничных банкротств. Назовем ее моделью

[14] Тексты документов доступны на официальном сайте ЮНСИТРАЛ: https://uncitral.un.org/ru/texts/insolvency.

[15] Тексты документов доступны на официальном сайте ЮНСИТРАЛ в разделе о деятельности рабочей группы V: https://uncitral.un.org/en/content/working-group-v-insolvency-law.

трансграничных банкротств общего характера *lex generalis*[16]. Эта модель построена на концепции модифицированного универсализма (или теории основного и неосновных (вторичных) производств). Предполагается, что в отношении должника может быть открыто одно главное — основное — производство по делу о несостоятельности, претендующее на экстерриториальный эффект в отношении всех активов и всех кредиторов должника, но не исключающее при этом открытие и локальных производств, ограниченных, как правило, территорией государства их открытия, носящих подчиненный характер по отношению к основному производству и именуемых, соответственно, неосновными или вторичными производствами. Основным будет считаться банкротное производство, открытое в стране центра основных интересов должника (обозначаемое аббревиатурой «*COMI*» — от англ.: *center of main interests of the debtor*), то есть в стране инкорпорации или места постоянного жительства должника, за исключением случаев, когда будет доказано, что управление делами должника открытым образом осуществлялось с территории иного государства. В этой ситуации именно в таком государстве будет считаться находящимся *COMI* должника.

Неосновным (вторичным) будет признаваться производство, открытое в стране места нахождения истеблишмента (на русском известно также как «предприятие») должника, под которым понимается любое место операций, в котором должник осуществляет не носящую временного характера экономическую деятельность, охватывающую людей, товары, услуги (пункт «f» ст. 2 ТЗТН).

Таким образом, модель регулирования трансграничных банкротств общего характера построена на разграничении пределов действия банкротных производств на основании критериев их открытия — *COMI* и истеблишмента должника. При этом в основу модифицированного универсализма положена следующая идея: стремление к единственному компетентному суду и одному применимому праву, которые охватят всех кредиторов должника и весь массив его активов, независимо от государства расположения.

Обозначив модель ТЗТН как *lex generalis* трансграничных банкротств, зададимся вопросом о том, применима ли она к банкротству банков. Если в национальном праве банкротство банков предполагает специальные правила, то как такой подход соотносится с ситуацией трансграничной несостоятельности, когда необходимо определить юрисдикцию банкротной

[16] К 2025 году 60 государств инкорпорировали ТЗТН в национальное право, обеспечив единообразный стандарт для признания иностранных банкротных производств на своей территории: https://uncitral.un.org/ru/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status.

процедуры и ее трансграничный эффект: могут ли специальные процедуры банкротства банков признаваться на основе общих правил трансграничной несостоятельности? Здесь важно обратить внимание, что сам ТЗТН допускает дискрецию инкорпорирующего его государства в части установления круга субъектов, на которые он не распространяется. К таковым среди прочих отнесены банки (п. 2 ст. 1 ТЗТН). И далее, в п. 56 Руководства по принятию ТЗТН, отмечены причины исключения, корреспондирующие обозначенным выше особенностям банковских банкротств, в частности необходимости особенно быстрых и продуманных действий во избежание массового снятия средств со счетов с целью защитить жизненно важные интересы большого числа людей[17].

В Руководстве также сделано дополнение о том, что для целей признания иностранного банкротного производства, открытого за рубежом в отношении банка, такое производство может рассматриваться как подпадающее под действие ТЗТН, если несостоятельность филиала или активы иностранного предприятия в принимающем ТЗТН государстве не подпадают под национальную регламентирующую схему[18] (то есть не подпадающие под регулирование банковской деятельности в местном правопорядке). Таким образом, если филиал или иное подразделение иностранного банка, а также его местные активы не подпадают под специальное регулирование банковской деятельности в государстве, то производство по делу о несостоятельности, связанное с таким иностранным банком, может не исключаться из зоны действия ТЗТН (п. 58 Руководства по принятию ТЗТН). Более того, если по тем или иным причинам государство происхождения банка, где инициирована процедура его банкротства, не распространяет на открытое производство режим специального регулирования несостоятельности банков, то при признании за рубежом такой процедуры, по мнению ЮНСИТРАЛ, также нецелесообразно исключать признание такого производства из правил *lex generalis*[19]. Таким образом, при инкорпорации в свое право ТЗТН государства могут полностью исключить банки из сферы действия ТЗТН (назовем такую ситуацию полной оговоркой), а могут выбрать вариант частичного исключения, когда ТЗТН действует в отношении активов иностранного банка, не охваченных специальным регулированием банковской деятельности (назовем такую оговорку усеченной).

---

[17] ООН. (2014). Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности с Руководством по принятию и толкованию. С. 42. https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-r.pdf.

[18] Там же, пункты 56–58.

[19] Там же.

Соответственно, в государствах, воспользовавшихся усеченной оговоркой об исключении банкротства банков из сферы действия инкорпорированного в их право ТЗТН, активы иностранного банка, находящегося в банкротстве за рубежом, могут быть переданы под управление администратора иностранного производства при признании последнего в государстве локации активов в качестве основного производства.

Усеченная оговорка из ТЗТН и сохранение части активов банка под общими правилами регулирования трансграничной несостоятельности обусловлены следующим. Редистрибуция при дефолте активов, не охваченных банковской деятельностью под контролем отечественного регулятора и не связанных с правом иностранного банка привлекать депозиты и размещать денежные средства в отечественном правопорядке, не столь острым образом затрагивает местных кредиторов, так как не предполагает вкладчиков (особо уязвимых лиц). В такой ситуации у государства может не быть мотива изымать активы из-под общих правил действия ТЗТН и из-под механизмов признания иностранных банкротных производств по модели *COMI*- и истеблишмент-производств. Обратим внимание, что система *COMI*- и истеблишмент-производств применима как к производствам ликвидационной, так и реабилитационной направленности. Однако в ситуации с банками опыт применения усеченной оговорки свидетельствует, что она, как правило, востребована в ликвидационных процедурах, когда требуется доступ к зарубежному активу банка при его дефолте.

Рассмотрим примеры из практики государств, инкорпорировавших ТЗТН с усеченной оговоркой в отношении банков. Особый интерес представляет опыт США и Великобритании — адептов ТЗТН[20]. Еще раз акцентируем внимание, что речь идет не о национально-правовом регулировании банкротства банков в названных юрисдикциях (этот вопрос находится за рамками предмета исследования), но о выработанных за рубежом подходах к признанию эффекта иностранных банкротств банков в отношении местных активов иностранного банка.

Так, примером применения усеченной оговорки об исключении из *lex generalis* в отношении банкротства иностранных банков может служить законодательство США, где трансграничное банкротство иностранных банков без филиалов в США подпадает под режим обычного трансграничного банкротства, то есть под действие главы 15 Кодекса о банкротстве США (далее — Кодекс о банкротстве). В то же время

[20] Отметим широко известный факт, что многие государства — члены ЕС, в том числе Германия, Франция и др., не инкорпорировали ТЗТН. См. статус документа: https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency/status.

иностранные банки с филиалами или агентствами в США не подпадают под действие главы 15 Кодекса о банкротстве[21]. Соответственно, иностранное производство по делу о несостоятельности в отношении таких иностранных банков не может быть признано в США по общим правилам признания трансграничных банкротств.

Так, известность получило дело Айриш Банк Резолюшн Корпорейшн (*Irish Bank Resolution Corporation)*, где ирландский банк закрыл все филиалы или агентства в США за десять месяцев до подачи заявления по главе 15 Кодекса о банкротстве США для того, чтобы получить режим признания иностранной банкротной процедуры по правилам указанной главы (Shuai Guo, 2021, p. 4.). Такой подход имеет в некотором смысле исторические корни и, как отмечают эксперты, сложился еще до инкорпорации ТЗТН и внедрения в 2005 году главы 15 в Кодекс о банкротстве, когда при банкротстве иностранного банка без филиалов/подразделений в США по усмотрению суда его местные активы могли быть переданы или под управление иностранного администратора или в отношении них могла быть начата местная процедура (Schwarcz, 2005, pp. 82–87). Соответственно, если у иностранного банка есть американские филиалы и агентства, то их банкротство подпадает исключительно под специальные национальные режимы (Shuai Guo, 2021, p. 4; Schwarcz, 2005, p. 85), то есть под действие Закона о международной банковской деятельности 1978 года (*International Banking Act of 1978*)[22]. Если у неплатежеспособного иностранного банка есть активы, но нет филиалов или агентств в США, подчиненных банковскому регулированию США, то к ликвидации и распределению этих активов будут применяться общие положения Кодекса о банкротстве и его положения о ликвидации (Schwarcz, 2005, pp. 83–84), в том числе в части положений о признании иностранных банкротств как *COMI*- или истеблишмент-производств.

Усеченная оговорка воспринята и Великобританией: в ст. 1(2) Положения о трансграничной несостоятельности 2006 года[23] (Положение представляет собой инкорпорацию ТЗТН) отмечено, что оно не применяется в отношении кредитных организаций Великобритании и Европейской экономической зоны (ЕЕА — *European Economic Area*), равно как и в отношении подразделений таких кредитных организаций, а также в

---

[21] Исключения по статье 1501 пункта 1(c) Кодекса о банкротстве США (https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/1501), отсылающей к исключениям ст. 109 (б) того же Кодекса (URL: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/11/109).

[22] См. документ: https://www.law.cornell.edu/topn/international_banking_act_of_1978, а также: https://www.govinfo.gov/content/pkg/COMPS-275/pdf/COMPS-275.pdf.

[23] Cross-border Insolvency Regulation, 2006, Part 5: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/1030/contents.

отношении кредитных организаций третьих государств, когда такие организации имеют разрешение по законодательству Великобритании на прием депозитов или выпуск электронных денег (последние подпадают под специальное правовое регулирование Великобритании, предусмотренное Положением о кредитных организациях (реорганизации и ликвидации) 2004 года[24]). Эксперты приводят следующие примеры: процедуры реструктуризации БТА Банка и Альянс-банка из Казахстана получили признание на основании Положения о трансграничной несостоятельности 2006 года, поскольку эти банки не были банками третьего государства по смыслу исключения ст. 1(2) (Chan Ho, Lastra, 2011, p. 217). По мнению Л. Чан Хо и Р. Ластры, в аналогичной ситуации находятся Банкредит Кайман Лимитед (*Bancredit Cayman Limited*) — кредитная организация Каймановых островов, чье банкротство было признано в США в 2006 году на основе все того же инкорпорированного ТЗТН с усеченным исключением, а также банк Бахрейна — Интернешнл Банкинг Корпорейшн (*International Banking Corporation BSC (TIBC)*), в отношении которого была введена административная процедура в государстве создания (и она также была признана в США в 2010 году) (Chan Ho & Lastra, 2011, p. 217).

Lex generalis предполагает не только признание иностранного производства, но и регулирует границы возможного локального производства, квалифицированного, например, как неосновное ввиду наличия истеблишмента должника в государстве, либо, что не исключено, по иным юрисдикционным критериям. В качестве примера дела о банкротстве, открытого в отношении иностранного банка в государстве присутствия его активов, может рассматриваться дело *Аркапита* (2012) — дело бахрейнского инвестиционного банка «с офисами в Атланте, Лондоне, Гонконге и Сингапуре в дополнение к его штаб-квартире в Бахрейне» (Walters, 2017, p. 36). Должник — банк *Аркапита* — и некоторые аффилированные лица, включая дочернюю компанию на Каймановых островах, подали заявление о применении процедуры несостоятельности по главе 11 Кодекса о банкротстве (процедуры реабилитационной направленности для целей согласования плана реструктуризации долга) в суд Нью-Йорка. Центральный банк Бахрейна не возразил против заявления, подачу которого также поддержало большинство институциональных кредиторов *Аркапита*. Целью *Аркапита* была реструктуризация на основании соглашения исламского банкинга *мурабаха* на сумму 1,1 миллиарда долларов США, заключенного с банками из

[24] The Credit Institutions (Reorganisation and Winding up) Regulations, 2004: https://www.legislation.gov.uk/uksi/2004/1045/contents.

Бахрейна (Исламским банком Бахрейна — *Bahrain Islamic Bank (BISB)*) и Йемена, гарантированного дочерней компанией на Каймановых островах. Юристы кредиторов предположили, что дело было инициировано в США для автоматического моратория в государствах, признающих американское банкротство, например, на Каймановых островах, где в отношении дочерней компании могла быть начата процедура ликвидации. Законодательство Бахрейна не смогло бы остановить ликвидационную процедуру[25]. В итоге план реорганизации был утвержден в США[26].

Дело представляется примечательным в русле следующих рассуждений. Банкротное производство в данном случае открыто по минимальным критериям юрисдикции корпоративных банкротств (наличию активов), и при этом рассматриваемое банкротство было единственным банкротным производством в отношении банка. Вслед за профессором Дж. Вестбруком А. Волтерс называет такое производство единственным неосновным производством (англ.: *solitary non-main proceedings*) (Walters, 2017, p. 19). Видится, что в данной ситуации единственное производство не будет не только основным, но и неосновным (англ.: *single or solitary non-main and non non-main proceeding*). Такие производства выпадают из системы *COMI*- и истеблишмент-производств, но в силу того, что они выступают единственными производствами в отношении должника, за ними может сохраняться статус главного банкротного производства. И это особенно важно в свете произошедшего в данном деле наложения западной модели реструктуризации долга (глава 11 Кодекса о банкротстве) на исламский банкинг (*Аркапита* как исламский банк осуществлял деятельность в качестве инвестиционного банка и глобального менеджера альтернативных инвестиций, соответствующих нормам шариата). Примечательно, что подчинение активов иностранных банков правилам ординарных корпоративных банкротств в модели США приводит к возможности инициировать всю процедуру реструктуризации иностранного

---

[25] Подробный анализ дела см.: Walters, 2017.

[26] Материалы дела см.: *U.S. Government Information, 13-1434 – Official Committee of Unsecured Creditors of Arcap v. Bahrain Islamic Bank*. https://www.govinfo.gov/app/details/USCOURTS-nysb-1_13-ap-01434/USCOURTS-nysb-1_13-ap-01434-0/context. В деле поднимались и иные вопросы, в том числе о зачете, проведенном Исламским банком Бахрейна (BISB) в нарушение моратория. Финальные решения выносились в 2021 году. Было установлено, что BISB проявил неуважение к суду, действуя в нарушение установленного моратория, были отклонены доводы ответчиков об отсутствии юрисдикции in personam и о нарушении международной вежливости (см. справку о деле Cloyd, J. (2023). *(US) When caught violating the stay, forgiveness for creditors is not automatic*. Restructuring Global View. https://www.restructuring-globalview.com/2023/03/when-caught-violating-the-stay-forgiveness-for-creditors-is-not-automatic/.

банка (и при отсутствии несогласных кредиторов это может привести к ее реализации, так как не будет возражающих лиц).

Подводя итог, можно отметить: ТЗТН как *lex generalis* в трансграничных банкротствах не является инструментом, специально созданным для банкротства банков и учитывающим особенности дефолта кредитных организаций, на что прямо указывают его разработчики. ТЗТН предусматривает возможность либо полностью ограничить его применение в отношении банков (полная оговорка об исключении банков из ТЗТН), либо ограниченно допустить его применение в отношении банков, не имеющих филиалов в инкорпорирующем ТЗТН государстве или имеющих сеть филиалов и подразделений, когда таковые не охвачены национальным регулированием банковской деятельности (усеченная оговорка об исключении банков из ТЗТН). Усеченная оговорка отражает подход, при котором локальный актив банка, не участвующий в выполнении функций кредитной организации по местному праву (простые активы или филиалы без национальной лицензии), может быть отнесен к общему регулированию трансграничных банкротств и может распределяться между банкротными производствами с позиции эффектов *COMI*- и истеблишмент-производств. В равной степени такой локальный актив иностранного банка может быть подвержен и локальным процедурам корпоративной (не связанной с особенностями банковской деятельности) несостоятельности с последующим применением к производству эффектов и правил координации, предусмотренных ТЗТН.

Выводы

Резюмируя первую часть исследования, обозначим следующие позиции. Общие правила регламентации трансграничной несостоятельности (решения вопросов юрисдикции и признания банкротных производств) по модели модифицированного универсализма и распределения эффектов *COMI*- и истеблишмент-производств воспроизведены в ТЗТН (*lex generalis*). Банки могут быть полностью исключены из-под действия *lex generalis* (полная оговорка об исключении банков), а могут быть исключены частично, только в отношении филиалов и активов, подпадающих под правила лицензирования, но не в отношении обычных активов иностранного банка (усеченная оговорка). Полная оговорка полностью исключает банки и их активы из зоны гармонизированной регламентации трансграничных банкротств. Это оправдано в отношении иностранных банков, чьи филиалы подпадают под национально-правовое регулирование банковской деятельности и национальные режимы банкротства банков (или национальные специальные режимы

администрирования активов иностранных банков). При полной оговорке об исключении банков из *lex generalis* критически важно предусмотреть национальный *lex specialis*, иначе режим активов иностранных банков впадает в зону неопределенности при попытках их редистрибуции в ситуациях трансграничных дефолтов банков.

Усеченная оговорка разграничивает, какие активы банков могут распределяться по модели *COMI*- и истеблишмент-производств (и это обычно простые активы иностранных банков), а какие активы иностранных банков должны оставаться в территориальной модели национально-правового регулирования несостоятельности кредитных организаций (к последним будут относиться активы тех иностранных банков, которые действовали в стране через лицензированные на ведение банковской деятельности филиалы). Таким образом, усеченная оговорка из ТЗТН может выступать минимальной гарантией эффективного управления активами иностранных банков в случае трансграничной несостоятельности до тех пор, пока государство не создаст в этой области специальные правила регламентации. Во второй части исследования будут рассмотрены вопросы о том, что может прийти на смену минимальным гарантиям, что представляет собой *lex specialis* в трансграничных банкротствах банков и каковы перспективы применения *lex generalis* и *lex specialis* трансграничных банкротств к банкам в России.

Список литературы / References

1. Афанасьева, Е. Г., Белицкая, А. В., Бобылева, А. З., Бруско, Б. С., Губин, Е. П., Карелина, С. А., Лаутс, Е. Б., Львова, О. А., Марков, П. А., Мохова, Е. В., Уксусова, Е. Е., Фролов, И. В., Шиткина, И. С., Янковский Р. М. (2019). *Несостоятельность (банкротство): Учебный курс. 1 том*. Статут.

   Afanasyeva, E. G., Belitskaya, A. V., Bobyleva, A. Z., Brusko, B. S., Gubin, E. P., Karelina, S. A., Lauts, E. B., Lvova, O. A., Markov, P. A., Mokhova, E. V., Uksusova, E. E., Frolov, I. V., Shitkina, I. S., & Yankovsky, R. M. (2019). *Insolvency (bankruptcy): learning course*. 1 volume. Statut.

2. Лаутс, Е. Б. (2018). *Правовые аспекты антикризисного регулирования рынка банковских услуг и институт банкротства кредитных организаций: монография*. Юстицинформ.

   Lauts, E. B. (2018). *Legal aspects of anti-crisis regulation of banking services marker and the institution of bankruptcy of credit institutions: monograph*. Yustitsinform.

3. Acharya, V., Richardson, M., Schoenholtz, K., Tuckman, B., Berner, R., Cecchetti, S., Sehwa, K., Seil, K., Philippon, T., Ryan, S., Savov, A., Schnabl, P., & White, L. (2023). *SVB and beyond: the banking stress of*

2023. NYU Stern School of Business. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4513276

4. Campbell, A., & Lastra, R. M. (2011). Definition of bank insolvency and types of bank insolvency proceeding. In R. M. Lastra (Ed.), *Cross-border Bank Insolvency* (pp. 26–56). Oxford University Press.
5. Chan Ho, L., & Lastra, R. M. (2011). International developments. In R.M. Lastra (Ed.), *Cross-border bank insolvency* (pp. 204–249). Oxford University Press.
6. Kress, J., & Zhang, J. (2024). The macroprudential myth. *Georgetown Law Journal*, 112, 569–638.
7. Ozili, P. K. (2024). Causes and consequences of the 2023 banking crisis. In F. Ahmed & R. A. Khan (Eds.), *Governance and policy transformations in central banking* (pp. 84–98). IGI Global. https://doi.org/10.4018/979-8-3693-0835-6
8. Schwarcz, S. L. (2005). The confused U.S. framework for foreign-bank insolvency: an open research agenda. *Review of Law & Economics, 1*, 81–95.
9. Shuai Guo, A. (2021). “Model law” for cross-border insolvency and resolution of financial institutions. In INSOL ERA (Ed.), *A collection of short papers by INSOL early research academics* (pp. 83–95). http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3994220
10. Walters, A. (2017). United States' bankruptcy jurisdiction over foreign entities: exorbitant or congruent? *Journal of Corporate Law Studies (Forthcoming)*, 1–40. https://dx.doi.org/10.13140/RG.2.2.10965.22245
11. Wolf, A. (2015). *A global cross-border insolvency framework for financial institutions.* EUI Working Paper MWP 2015/01. https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2562866

Научная статья / Research Article
https://doi.org/10.17323/jil.2025.30031

Ускользающая красота общих принципов права, признанных цивилизованными нациями

И. М. Лифшиц

Всероссийская академия внешней торговли Минэкономразвития России, Москва, Россия
ilyalifshits@yandex.ru
ORCID: 0000-0002-1228-1183

Аннотация

В апреле и мае 2025 года Комиссия международного права ООН (далее — КМП, Комиссия) на пленарных заседаниях семьдесят шестой сессии рассмотрела четвертый заключительный доклад Специального докладчика об общих принципах права, а Редакционный комитет доработал проект выводов об общих принципах права по итогам второго чтения. Следует ожидать, что в 2026 году проект будет принят в окончательной редакции и его текст не претерпит значительных изменений. Материалы дискуссий в Комиссии, доклады Специального докладчика, в том числе обстоятельная библиография, а также результаты обсуждений государств в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи ООН дают богатый материал для исследования и позволяют уже сегодня сделать некоторые выводы. Во-первых, Комиссия однозначно отнесла общие принципы права к автономным источникам международного права, а представители государств в Шестом комитете практически безоговорочно с этим согласились; во-вторых, Комиссия разделила общие принципы права на две категории: вытекающие из национальных правовых систем и сформированные в международно-правовой системе, а также предложила методологию их выявления; в-третьих, были определены функции общих принципов права: способствовать согласованности международно-правовой системы, в том числе служить средством толкования и дополнения других норм международного права. Несмотря на то что общие принципы права применяются в отсутствие норм, регламентирующих определенный вопрос, Комиссия подчеркнула: третий вид источников международного права не находится в иерархии ниже других источников. И, наконец, в-четвертых, в последний вариант проекта включены общие принципы права с ограниченной сферой применения, в число которых могут входить региональные принципы. Комиссия не дала определения общим принципам права, а методология их выявления, основанная на индуктивном и дедуктивном методе, зачастую не позволяет разграничить этот источник с нормами международного обычного права. Дискуссии о третьем виде источников международного права, названном в статье 38 Статута Международного Суда, поднялись на высокий доктринальный и межгосударственный уровень. Это позволяет предположить, что общие принципы права и впредь будут служить своеобразным «двигателем» международного права, предлагающим последнему возможные для заимствования из национальных систем нормы. Подтверждение существования общих принципов

права, происходящих из международно-правовой системы, позволяет рассматривать основные принципы международного права, провозглашенные в Декларации Генеральной Ассамблеи ООН 1970 года, не только как закрепление договорных положений Устава ООН и не только как нормы международного обычного права, но и как третий вид источников международного права. В приложении к статье приведена схема, отображающая авторское понимание соотношения различных общепризнанных принципов и норм международного права, а также перечислены примеры общих принципов права, указанные в комментарии к проекту выводов Комиссии. Вместе с тем работа Комиссии позволяет утверждать, что романтическая идея возможности разрешения межгосударственных споров на основе максим и ценностей, происходящих из императивов морали, божественного откровения или естественного права, окончательно стала достоянием истории.

Ключевые слова: общие принципы права, международный обычай, источники международного права, Комиссия международного права, Декларация о принципах международного права

Для цитирования: Лифшиц И. М. Ускользающая красота общих принципов права, признанных цивилизованными нациями. *Журнал ВШЭ по международному праву / HSE University Journal of International Law.* 2025. № 3. Том 3. С. 49–90.

Илья Михайлович Лифшиц — доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры международного права.

Stealing beauty of the general principles of law recognized by civilized nations

I. M. Lifshits

Russian Foreign Trade Academy, Moscow, Russia
ilyalifshits@yandex.ru
ORCID: 0000-0002-1228-1183

Abstract

In April and May 2025, the UN International Law Commission at its 76th plenary session considered the Fourth — final — report of the Special Rapporteur on general principles of law. The Drafting Committee prepared the draft Conclusions for second reading. It is expected that in 2026 the draft general principles of law conclusions will be adopted as finalised and not significantly modified from the existing text. The hearings in the Commission, the reports of the Special Rapporteur, including an extensive bibliography, as well as the results of the States' discussions in the Sixth Committee of the UN General Assembly provide a rich material for research and allow some conclusions to be drawn today. Firstly, the Commission unambiguously classified the general principles of law as an autonomous source of international law, and the representatives of States in the Sixth Committee almost unequivocally agreed with this. Secondly, the Commission divided the general principles of law into two categories: derived from national legal systems and formed within the international legal system as well as proposed

methodology for their identification. Thirdly, the functions of the general principles of law were defined: contribute to the coherence of the international legal system, including as a means for interpreting and complementing other rules of international law; although general principles of law mainly resorted when other rules do not address a particular issue, the Commission emphasised, that this third source is not in a hierarchy below the other sources. Finally, the last version of the draft had been supplemented by the general principles of law with the limited scope of application, which may include regional principles. The Commission did not define "general principles of law", and the methodology for identifying them, consisting in inductive and deductive methods, often does not allow to distinguish this source from rules of customary international law. However, the discussion of the "third" source of international law referred to in article 38 of the Statute of the International Court of Justice has reached a very high level of doctrinal and inter-State debate, which allows us to expect that it will continue to be an "engine" of international law, offering for the latter possible rules to be borrowed from national systems. The confirmation of the existence of general principles of law emanating from the international legal system makes it possible to consider the basic principles of international law, proclaimed in the Declaration by the UN General Assembly in 1970, not only as an elucidation of the treaty provisions of the UN Charter, and not only as rules of customary international law, but also as the "third" source of international law. The annex to the article contains a chart giving an author's understanding of the relationship between the various generally recognised principles and norms of international law as well as examples of general principles of law referred to in the Commentary on the Draft Conclusions. However, the Commission's work suggests that the romantic idea of using moral imperatives, divine revelation or natural law to address inter-State disputes has finally become history.

Keywords: general principles of law, international custom, sources of international law, International Law Commission, Declaration on the principles of international law

Citation: Lifshits I. M. Stealing beauty of the general principles of law recognized by civilized nations. *HSE University Journal of International Law*. 2025. Vol. 3. No. 3. P. 49–90.

Iliya M. Lifshits — doctor of sciences in law, associate professor, professor of International law department.

Гесиоду принадлежит часто повторяемое изречение:
Ложным не может быть многим народам присущее мненье[1]

Гуго Гроций

Введение

В науке международного права есть тема, неизменно будоражащая внимание исследователей и до сих пор в значительной степени

[1] Гроций, Г. (1994). *О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права.* Ладомир. С. 73.

остающаяся тайной за семью печатями: «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями», названные в пп. «c» п. 1 ст. 38 Статута Международного Суда и потому известные нам с университетской скамьи. Само по себе слово «принцип» имеет коннотацию чего-то абстрактного, общего, генерального, возможно, непрактичного, но неизменно священного и основательного. В теории и на практике термин «принцип права» употребляется столь часто и в столь разных значениях, что временами кажется, будто уловить его значение уже никогда не удастся, а потому, видимо, и не стоит и пытаться.

Постараемся, однако, поразмышлять над содержанием понятия «общий принцип права» в контексте проектов выводов об общих принципах права, подготовленных во втором чтении Редакционным комитетом Комиссии международного права ООН в рамках семьдесят шестой сессии, закончившейся в мае 2025 года[2]. Характерно, что общие принципы права стали последними в очереди на «расшифровку» из трех правовых явлений, названных в п. 1 ст. 38 Статута Международного Суда[3]. Осмысляя проект выводов Комиссии и комментария к ним, а также материалы семьдесят шестой сессии КМП, попробуем в настоящей статье отделить содержание понятия «общий принцип права» (пп. «c» п. 1) от другого неписаного источника международного права — международного обычая (пп. «b» п. 1 ст. 38 Статута). Затем мы остановимся на положениях проекта выводов и комментария, которые прольют свет на проблему разграничения двух указанных источников международного права, приведем примеры общих принципов права, рассмотрим проблему основных принципов международного права и подведем итоги.

1. История работы Комиссии международного права

В 2017 году на шестьдесят девятой сессии[4] Комиссия международного права включила рассмотрение общих принципов права в долгосрочную

---

[2] Общие принципы права, Тексты и заголовки проектов выводов, принятые редакционным комитетом во втором чтении. Комиссия международного права, семьдесят шестая сессия, Женева, 28 апреля–30 мая 2025 года, A/CN.4/L.1018. Все материалы по теме подобраны в Аналитическом указателе на сайте КМП ООН: https://legal.un.org/ilc/guide/1_15.shtml#top.

[3] КМП на восемнадцатой сессии в 1966 году приняла проект статей о праве договоров (A/6309/Rev.1 (A/21/9), 1966, part II, chap. II, paras 36–38, Yearbook, 1966, vol. II) и рекомендовала созвать международную конференцию для заключения конвенции; Венская конференция по праву по праву международных договоров была проведена с 26 марта по 24 мая 1968 года и с 9 апреля по 22 мая 1969 года; Венская конвенция о праве международных договоров была принята 23 мая 1969 года (United Nations Treaty Series, v1155, p. 331); Проект статей о выявлении международного обычного права был принят КМП на семидесятой сессии в 2018 году (ILC Report, A/73/10, 2018, chap. V, paras 56–57).

[4] Report of the International Law Commission, Sixty-ninth session (1 May–2 June and 3 July–4 August 2017), A/72/10, para 267.

программу своей работы, а в 2018 году Специальным докладчиком по этому вопросу был назначен юрист и дипломат из Эквадора М. Васкес-Бермудес (M. Vàzquez Bermúdez)[5], подготовивший в течение четырех лет три доклада: в 2019[6], 2020[7] и 2022 году[8]. К семьдесят второй сессии Комиссии в 2020 году Секретариат составил меморандум, обобщивший информацию о международных договорах, а также практику межгосударственных арбитражей и международных уголовных трибуналов универсального характера в отношении общих принципов права[9]. Кроме того, правительства четырех государств (в том числе Беларуси и России) в 2019–2020 годах представили краткие обзоры решений национальных судов, содержащих отсылку к общим принципам права[10]. В 2023 году первый проект 11 выводов об общих принципах права и комментарий к ним, принятый на семьдесят четвертой сессии, был направлен правительствам государств[11]. К семьдесят шестой сессии в апреле–мае 2025 года в распоряжении Комиссии имелись результаты обсуждения проекта выводов в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи ООН[12], девять письменных комментариев от государств[13], обобщенных Секретариатом[14], а также четвертый доклад Специального докладчика[15], в котором суммировались замечания государств и предлагались некоторые несущественные изменения[16] проекта выводов. По результатам нескольких пленарных заседаний КМП[17] Редакционный комитет (англ.: *Drafting*

---

5 Report of the International Law Commission Seventieth session (30 April–1 June and 2 July–10 August 2018), A/73/10, para 363.

6 First report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 5 April 2019, A/CN.4/732.

7 Second report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 9 April 2020, A/CN.4/741.

8 Third report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 18 April 2022, A/CN.4/753.

9 General principles of law, Memorandum by the Secretariat, 12 May 2020, A/CN.4/742.

10 Доступны на сайте ILC: https://legal.un.org/ilc/guide/1_15.shtml#govcoms.

11 General Principles of Law, Text of the draft conclusions adopted by the UN ILC on first reading, Report of the International Law Commission Seventy-fourth session (24 April–2 June and 3 July–4 August 2023) A/78/10.

12 Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its seventy-eighth session, prepared by the Secretariat, 6 February 2024, A/CN.4/763.

13 Доступно на сайте https://legal.un.org/ilc/guide/1_15.shtml#govcoms.

14 General principles of law, Comments and observations received from Governments, 28 January 2025, A/CN.4/779.

15 Fourth report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 18 February 2025, A/CN.4/785.

16 В проекты выводов во втором чтении было внесено, пожалуй, лишь два существенных изменения: в проекте вывода 7 был удален параграф 2, предусматривавший возможность существования иных принципов, помимо вытекающих из национальных правовых систем и сформированных в международной правовой системе, а также был добавлен проект вывода 12 «Общие принципы права с ограниченной сферой применения».

17 По состоянию на 31 августа 2025 года на сайте КМП доступны протоколы семи пленарных заседаний КМП (3707-3712, 3721, 3725, 3726): См. https://legal.un.org/ilc/guide/1_15.shtml#top.

Committee) представил Комиссии обновленные проекты выводов, которые КМП планирует одобрить во втором финальном чтении на семьдесят седьмой сессии в 2026 году[18]. Таким образом, на сегодняшний день работа над проектом выводов об общих принципах права практически завершена, и с высокой степенью вероятности можно ожидать, что документ будет принят в имеющейся редакции. Без сомнения, первый проект комментария подвергнется переработке, но с учетом уже имеющихся материалов, то есть необходимая для анализа эмпирическая база на сегодня представлена практически в полном объеме.

1.1. Общие принципы — источник международного права?

В первой же статье проекта выводов Комиссия однозначно указывает, что общие принципы права являются источником международного права[19]. Это суждение идет вразрез с пониманием принципов исключительно как норм, которые не могут быть источником самих себя (этой точки зрения, в частности, придерживается Л. П. Ануфриева (2020, с. 179–180)). Позицию КМП в итоге поддержали как члены Комиссии, так и государства в письменных комментариях и в выступлениях в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи ООН[20]. Разночтения в позициях государств в итоге вызвал не вывод 1, но вывод 11 о соотношении между общими принципами права и другими источниками международного права, то есть вопрос об иерархии источников[21]. Некоторые государства заявляли о наличии «формальной» или «неформальной» иерархии, однако большинство государств все же выразило мнение, что никакой иерархии не существует[22]. Представитель Российской Федерации в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи ООН Е. А. Меликбенян еще в 2022 году выразила сомнения в том, что общие принципы права являются самостоятельным источником

---

18 General principles of law Texts and titles of the draft conclusions adopted by the Drafting Committee on second reading, 20 May 2025, A/CN.4/L.1018; General principles of law, Statement of the Chair of the Drafting Committee, Mr. Mario Oyarzábal, 27 May 2025; Report of the International Law Commission Seventy-sixth session (28 April–30 May 2025), A/80/10, paras 186–284.

19 General Principles of Law, Text of the draft conclusions adopted by the UN ILC on first reading, Report of the International Law Commission Seventy-fourth session (24 April–2 June and 3 July–4 August 2023) A/78/10, Conclusion 1.

20 General principles of law, Comments and observations received from Governments, 28 January 2025, A/CN.4/779, p. 7–9; Fourth report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 18 February 2025, A/CN.4/785, Para 24. Report of the International Law Commission Seventy-sixth session (28 April–30 May 2025), A/80/10, para 274: «Специальный докладчик напомнил, что проект вывода 1 не стал предметом дальнейших обсуждений и что по его содержанию достигнуто общее согласие».

21 Fourth report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 18 February 2025, A/CN.4/785, paras 185–197.

22 Ibid, paras 188–191.

международного права и в качестве компромисса («выхода») предложила квалифицировать общий принцип права как «переходный источник», который «поглощается» в тех случаях, когда становится обычаем или нормой договорного международного права[23]. Специальный докладчик в четвертом докладе отметил данную позицию и мнения других делегаций, но не предложил изменения ни в проект выводов, ни в сопутствующий комментарий, указав, что предположение о наличии иерархии между источниками международного права не поддерживается ни практикой государств, ни судебной практикой и расходится со взглядами большинства государств в Шестом комитете[24].

Таким образом, дискуссия касается обсуждения вопросов иерархии источников, в то время как по основному вопросу наблюдается консенсус: общие принципы права являются самостоятельным (англ.: *autonomous*) источником международного права[25], а не некоей базовой нормой, получившей закрепление в международном праве договорным или обычным путем. Общие принципы права имеют собственную методологию

---

[23] Заявление Российской Федерации от 8 декабря 2022 года, Шестой комитет, Краткий отчет о тридцать первом заседании (A/C.6/77/SR.31), п. 5, 7. См. также аналогичное предложение, сделанное российским представителем М. В. Мусихиным в 2023 году: Заявление Российской Федерации от 11 декабря 2023 года, Шестой комитет, Краткий отчет о двадцать шестом заседании (A/C.6/78/SR.26), п. 57. На сайте ООН доступна запись этого выступления: см. https://webtv.un.org/en/asset/k1e/k1egwzcvok (хронометраж 1:15:05 - 1:30:28). Сомнения в том, что общие принципы права являются самостоятельным (отдельным) источником международного права выражались также в 2019 и 2021 гг.: см. Заявление Российской Федерации от 27 ноября 2019 года, Шестой комитет, Краткий отчет о тридцать втором заседании (A/C.6/74/SR.32), п. 77; Заявление Российской Федерации от 9 января 2021 года, Шестой комитет, Краткий отчет о двадцать четвертом заседании (A/C.6/76/SR.24), п. 138. Обстоятельную критику тезиса о том, что общие принципы права являются преходящим (англ.: *transitory*) источником см. в третьем докладе Специального докладчика: Third report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 18 April 2022, A/CN.4/753, paras 83–94.

[24] Fourth report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 18 February 2025, A/CN.4/785, paras 188–190, 200.

[25] В комментарии указано следующее: «Тем самым Комиссия хотела подчеркнуть, что общие принципы права являются *отдельным источником* международного права, *со своими собственными требованиями к идентификации*, и что их существование и применимость как части общего международного права не затрагивается, если договорная норма или норма обычного международного права касается того же или аналогичного вопроса». Text of the draft conclusions on general principles of law adopted by the Commission on first reading, Draft conclusion 11, para 5, Report of the International Law Commission Seventy-fourth session (24 April–2 June and 3 July–4 August 2023), A/78/10, Chapter IV, p. 41 (курсив мой. — *И. Л.*). См. также: Wolfrum, R. (2010). General International Law (Principles, Rules, and Standards). *Max Planck Encyclopedia of Public International Law [MPEPIL]*. Paras 4, 20, 22, 34, 55, 58; Gaja, G. (2020). General Principles of Law in R. Wolfrum (Ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, *Vol. 4*. Oxford University Press. Para 23; Kolb, R. (2006). Principles as Sources of International Law (With Special Reference to Good Faith). *Netherlands International Law Review,* 53, 1–36. Автор последнего труда разрабатывает идею общих принципов права как «нормы-источника» и утверждает, что в международном праве в отличие от права национального не всегда можно отличить источник права от источника обязательства (pp. 11–12).

идентификации (см. ниже) и собственную «форму объективирования норм международного права»[26]. Как будет показано далее, методология, предложенная Комиссией, не всегда позволяет четко отделить общие принципы права от норм международного обычного права, но намерение КМП выделить «третий» источник международного права — как с точки зрения процесса формирования нормы, так и с точки зрения результата этого процесса — вполне очевидно.

1.2. Принципы и/или нормы

Итак, начнем анализ с определения понятия «принцип», которое, казалось бы, должно выступать первым ключом к пониманию изучаемого термина. Исходя из формулировки международного обычая и общего принципа права в Статуте, в первом случае следует выделить норму во всеобщей практике государств (достаточно широко распространенной и репрезентативной, а также последовательной), то есть в повторяющихся действиях или в определенных случаях — в бездействиях[27], а в случае с принципом — выявить признанное государствами базовое правило, применимое в межгосударственных отношениях. Но, вопреки ожиданиям, исследователя постигнет разочарование: никакого ясного критерия для того, чтобы провести различие между принципом и нормой международного права, наука и практика не выработали. В *Решении по делу о делимитации морской границы в районе залива Мэн* Международный Суд указал: нормы и принципы международного права выражают «одну и ту же идею», притом что использование последних может быть «оправдано в силу их более общего и фундаментального характера»[28]. Да, от принципа мы ожидаем большей основательности, абстрактности, из принципа должны вытекать несколько норм, но

---

[26] Л. П. Ануфриева в статье, опубликованной в 2021 году, ссылаясь «на устоявшиеся тезисы общей теории права», не соглашается с выводами Специального докладчика КМП по общим принципам права, полагая, что общие принципы права не имеют собственной формы объективации (выражения вовне) норм международного права (2021, с. 28). Похожее мнение высказал Ю. С. Ромашев (2021, с. 148, 160, 167 («По сути, здесь приравниваются две категории — «форма» и «содержание», т.е. источники и содержащиеся в них нормы»), 170 («Общие принципы права целесообразно относить не к источникам международного права, а к применимому праву»), 171 («…общие принципы права, признанные цивилизованными нациями, не являются каким-либо отдельным, отличным от международных договоров и международных обычаев источником международного права…»)). Заметим, что эта статья Ю. С. Ромашева вошла в состав библиографии, приведенной Специальным докладчиком КМП в приложении к четвертому докладу. См. Bibliography on general principles of law, Fourth report on general principles of law, by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 25 June 2025 (A/CN.4/785/Add.1), p. 8.

[27] UN ILC ‘Draft Conclusions on Identification of Customary International Law’ [2018] UNYBILC vol II part II 90–113, paras 92, 93, 95, Conclusions 8(1), 6(1).

[28] *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Judgment, I.C.J. Reports 1984,* p. 246, para 79.

очевидно, что никакого измерителя уровня такой абстрактности нет и быть не может. Усугубляет проблему и тот факт, что КМП в проекте выводов указала: общие принципы права могут быть более абстрактными или более конкретными[29]. Соответственно, придется смириться с тем, что понятия «норма» и «принцип» близки до степени смешения.

Кроме того, стоит отметить, что многозначность, присущая понятию «принцип права», затрудняет его четкое определение. Так, в рамках обсуждения в Шестом комитете в феврале 2024 года представители государств высказали претензию в адрес КМП, в первую очередь указав на отсутствие определения понятия «общий принцип права» в проекте выводов и в комментарии[30]. Помимо этого, было заявлено о необходимости провести различие между данным понятием и «основополагающими политическими и правовыми идеями, которые являются принципами более высокого порядка, чем нормы международного права, и методами толкования, используемыми для устранения пробелов и обеспечения оптимального применения материально-правовых норм». Комиссии также поручили «разъяснить различие между общими принципами права как источником права и правовыми принципами в более общем смысле» и между нормами и принципами[31].

Таким образом, общего определения понятия «принцип» в комментарии к проекту выводов не последует: Специальный докладчик в четвертом докладе ясно указал, что термины «принцип» и «норма» употребляются как взаимозаменяемые, и посчитал бесполезным пытаться делать какие-либо выводы только на основе термина «принцип»[32].

Предложенное КМП в проекте выводов и комментарии понимание общего принципа права, а также анализ международно-правовой практики заставляют каждый раз, когда в том или ином документе встречается слово «принцип», задумываться, идет ли речь a) о договорном принципе, то есть о важном положении международного договора, пронизывающем весь договорный режим (например, режим наибольшего благоприятствования в ГАТТ[33]); b) о принципе, существующем как норма международного

---

29 ILC commentary to the Draft Articles 2023, p. 18, para 3.

30 Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its seventy-eighth session (A/CN.4/763), prepared by the Secretariat, 6 February 2024, para 8.

31 Ibid. В ряде англоязычных работ термин «principles» уместно переводить на русский язык как «основы». См., например: Crawford, J., Brownlie, I. (2012). *Brownlie's Principles of Public International Law (8th ed.)*. Oxford University Press.

32 Fourth report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 18 February 2025, A/CN.4/785, para 32.

33 В. М. Шумилов (2025, с. 9–10) указывает, что принцип наибольшего благоприятствования является не только договорным по происхождению принципом, поскольку в нем силен обычно-правовой элемент, «и сам принцип правильнее считать по природе обычно-договорным».

обычного права[34]; c) о принципе *sui generis*, который стал следствием процесса формирования, описанного в комментируемом документе; d) о принципе национального права, который не может (или пока не может) быть перенесен в международную правовую систему, или, наконец; e) о неправовом принципе, относящемся к сфере международных отношений, политики, морали и т. д. Ситуация осложняется тем, что Комиссия, не смущаясь, признает: в ряде случаев один и тот же принцип (например, *bona fide*) может иметь триединую (договорную, обычную и *sui generis*) сущность[35]. То же мыслительное упражнение необходимо проделать и при квалификации определенных фундаментальных норм как базовых принципов международного права, а также при выделении отраслевых или специальных принципов[36].

1.3. Методология идентификации принципа и обычая

Попробуем установить разницу между международным обычаем и общим принципом права, исходя из методологии их идентификации. Идентификация (выявление) нормы международного обычного права предполагает установление двух ее основополагающих (конститутивных) элементов: всеобщей практики государств и признания этой практики в качестве правовой нормы (*opinio juris*)[37]. Проект выводов Комиссии 2018 года приводит открытый перечень различных форм такой практики государств[38] и форм свидетельства признания в качестве правовой нормы

---

[34] Например, в Консультативном заключении Международного Суда по климату были названы следующие принципы, имеющие обычно-правовое происхождение: обязанность государств предотвращать существенный вред окружающей среде (paras 132–139), обязанность сотрудничать в целях защиты окружающей среды (paras 140–142), права человека, признанные в соответствии с обычным международных правом (paras 143–145), принцип устойчивого развития (para 147), общая, но дифференцированная ответственность (обязательства) и соответствующие возможности (paras 148–151), принцип справедливости (paras 152–154), межпоколенческая справедливость (paras 155–157), подход или принцип предосторожности (para 155); принцип «загрязнитель платит» не был идентифицирован Судом как применимый к климатическим отношениям (paras 159–160). *Obligations of States in respect of Climate Change, ICJ Advisory opinion of 23 April 2025.* https://www.icj-cij.org/case/187.

[35] General Principles of Law, Text of the draft conclusions adopted by the UN ILC on first reading, Commentary to the draft conclusion 11, para 5–6.

[36] Л. П. Ануфриева (2021, с. 10) выделяет специальные принципы международного права, свойственные особым договорным режимам.

[37] UN ILC ‘Draft Conclusions on Identification of Customary International Law’ [2018] UNYBILC vol II part II, p. 90–113, paras 92, 93, 95, Conclusion 2.

[38] UN ILC ‘Draft Conclusions on Identification of Customary International Law’ [2018] UNYBILC vol II part II, conclusion, Conclusion 6(2): дипломатические акты и дипломатическая переписка; поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции; поведение в связи с договорами; поведение исполнительной власти, включая практическое поведение «на земле»; законодательные и административные акты; и решения национальных судов.

определенного правила, претендующего на то, чтобы стать международным обычаем[39].

Обозначая методологию идентификации общих принципов права, Комиссия начинает с того, что делит такие принципы на две категории: 1) вытекающие из национальных правовых систем и 2) сформированные в рамках международной правовой системы[40]. В отношении первой категории принципов КМП предусматривает двухступенчатый анализ: во-первых, необходимо удостовериться в существовании принципа, общего для различных правовых систем мира, и, во-вторых, он должен быть перенесен (транспонирован) в международную правовую систему[41]. По сути, методология, предложенная КМП, предполагает не два, а три элемента, поскольку на первом этапе следует удостовериться не только в том, что определенное государство признает наличие принципа в национальном праве своего государства, но и в существовании аналогичного принципа в праве других государств[42].

В рамках второй категории необходимо доказать, что международное сообщество признало этот принцип в качестве неотъемлемого (англ.: *intrinsic*) для международной правовой системы[43]. Интересно, что здесь КМП предусматривает необходимость «анализа существующих норм в международной правовой системе, чтобы обнаружить принципы, отраженные в этих нормах или лежащие в их основе и обладающие автономным статусом»[44].

Попробуем для начала разобраться с первой категорией — принципами, имеющими национальное происхождение. Итак, первый элемент процесса идентификации предполагает проведение широкого и репрезентативного анализа с целью установления общего для различных

---

39 Ibid, Conclusion 10(2): публичные заявления, сделанные от имени государств; официальные публикации; правительственные юридические заключения; дипломатическая переписка; решения национальных судов; договорные положения; а также поведение в связи с резолюциями, принятыми международной организацией или на межправительственной конференции.

40 General Principles of Law, Text of the draft conclusions adopted by the UN ILC on first reading, Draft conclusion 3.

41 Ibid, Draft conclusion 4. А. Танци использует для обозначения этого понятия слово, которое можно перевести как «переселение/миграция» в международное право (англ.: *transmigrate into international law*) (Tanzi, 2019, 77). В третьем Докладе объясняется, что признание общих принципов права первой категории происходит на двух уровнях: «на национальном уровне через принятие принципа в различных правовых системах мира; и на международном уровне через косвенное признание международным сообществом того, что принцип пригоден или подходит для применения в рамках международного правопорядка». Third report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 18 April 2022, A/CN.4/753, para 81.

42 Report of the International Law Commission Seventy-sixth session (28 April–30 May 2025), A/80/10, para 227.

43 Ibid, Draft conclusion 7.

44 Ibid, Commentary to the Conclusion 7, para 3.

государств принципа, причем в качестве предмета такого анализа названы: 1) законы, 2) решения национальных судов, 3) другие соответствующие материалы[45]. Очевидно, что эти материалы могут быть также и формой практики государств для целей выявления обычной нормы, поэтому по критерию предмета анализа уникальность общих принципов права явно отсутствует[46].

Предположим, что действия (бездействия) государств, образующие практику для целей формирования обычая, направлены вовне, то есть изначально рассчитаны на межгосударственное общение, в то время как «строительным материалом» общих принципов права являются базовые нормы национального права, имеющие на первоначальном этапе лишь внутригосударственное применение. Однако и этот критерий не позволяет отграничить международные обычаи от общих принципов права, поскольку Комиссия в проекте выводов 2018 года ясно указала, что практика для целей идентификации норм обычного международного права может относиться к поведению государств по отношению к собственным гражданам[47].

Не помогает в процессе отделения международного обычая от общих принципов права и второй «субъективный» элемент нормы обычного международного права (*opinio juris*) в сравнении со второй ступенью выявления общих принципов права (транспонирование в международную правовую систему). В первом случае следует доказать, что практика государств сопровождалась убежденностью в обязательности определенного поведения[48], во втором — что сообщество государств признало перенос в международную правовую систему принципа, широко распространенного во внутреннем праве[49]. КМП не объясняет, что значит

---

45 Ibid, Draft conclusion 5 (3).

46 Это отмечалось Ю. С. Ромашевым (2021, с. 157, 160): «На практике нелегко установить, относятся ли те или иные принципы к общим принципам права или к принципам международных обычаев». Однако в литературе было высказано и иное мнение, заключающееся в том, что «универсальные принципы не требуют наличия практики», а во внутригосударственных порядках можно обнаружить принципы, «существование которых на международном уровне в качестве обычного права» государства отрицается, и подобного рода принципы будут действовать как общие принципы права (Граф Витцум, 2015, с. 88). Думается, что эта позиция противоречит сложившемуся в настоящее время общему мнению о необходимости согласия международного сообщества на перенос принципа в международную систему для придания ему качества источника. «Частичное совпадение» форм практики для выявления обычая и материалов для выявления общих принципов права признавал и Специальный докладчик во втором докладе, см.: Second report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 9 April 2020, A/CN.4/741, para 109.

47 UN ILC ‘Draft Conclusions on Identification of Customary International Law’ Commentary to Conclusion 5, para 3.

48 Ibid, Conclusion 9 (1).

49 General Principles of Law, Text of the draft conclusions adopted by the UN ILC on first reading, Commentary to Conclusion 6, para 7.

«признание переноса (транспонирования)». Однако эта формулировка предполагает признание обязательности соответствующего правила для государства, что практически стирает различия данных элементов двух рассматриваемых источников международного права[50]. В четвертом докладе Специальный докладчик приводит примеры форм, подтверждающие транспонирование принципа в международную правовую систему: «ссылки на такие принципы в положениях международных договоров; в состязательных документах в международных судах и трибуналах; в публичных заявлениях от имени государств; в официальных публикациях; в юридических заключениях правительств; в дипломатической переписке; и в резолюциях, принятых международной организацией или на межправительственной конференции»[51]. Очевидно, что эти формы практически дословно повторяют формы свидетельства признания *opinio juris* обычной нормы международного права (см. выше).

Еще более запутанная ситуация складывается при попытке отграничить нормы обычного международного права от общих принципов права, сформированных в рамках международной правовой системы[52]. Здесь и сама КМП в комментарии к выводу 7 отметила, что некоторые ее члены указали на нечеткость различия между обычным международным правом и общими принципами права[53]. США, например, в своих комментариях предложили включить в проект вывода 7 прямое требование того, «чтобы государства признали принцип в качестве юридически обязывающего, а не просто то, что он «неотъемлем» для международной правовой системы»[54]. Специальный докладчик парировал это замечание, указав, что признание принципа неотъемлемым охватывает его юридический обязательный характер, и отказался вносить изменения в текст проекта выводов[55].

---

50 Указание во втором докладе Специального докладчика на то, что при определении транспонирования является уникальным для этого источника права, по нашему мнению, никак не обосновано. См. Second report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 9 April 2020, A/CN.4/741, para 111.

51 Fourth report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 18 February 2025, A/CN.4/785, para 119.

52 Во втором докладе Специальный докладчик предлагал следующим образом разграничивать общие принципы права второй категории и нормы международного обычного права: «В случае общих принципов права, подпадающих под вторую категорию, нет необходимости искать всеобщую практику и ее признание в качестве правовой нормы (*opinio juris*). Важное значение имеет четкое признание в договорах и других международных документах существования правового принципа с общей сферой применения». См. Second report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 9 April 2020, A/CN.4/741, para 165. Думается, что критерий разграничения не вполне очевиден.

53 Ibid, Commentary to Conclusion 7, para 13.

54 Fourth report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 18 February 2025, A/CN.4/785, para 127, Statement by the United States (A/C.6/78/SR.24).

55 Ibid, para 137.

1.4. Функции общих принципов права, соотношение общих принципов права и других источников права

В выводе 10(1) Комиссия указала, что к общим принципам права в основном прибегают, когда (англ.: *mainly resorted when*) другие нормы международного права не решают конкретный вопрос полностью или частично. В новой редакции, подготовленной ко второму чтению проекта выводов, это положение перенесено во второй пункт[56], дабы показать, что оно иллюстрирует скорее вопрос фактического положения дел. Как указывает Комиссия в комментарии[57], слова «в основном» подчеркивают, что в отдельных случаях общие принципы права все же могут быть напрямую использованы, то есть КМП стремится упредить возможное ошибочное представление (англ.: *misconception*), в соответствии с которым общие принципы права играют вспомогательную роль в сравнении с международными договорами и обычаями[58]. Очевидно, что это объяснение лишь усиливает восприятие третьего вида источников международного права как дополнительного и служебного, ведь в большинстве случаев, как ясно указано в рассматриваемом положении, общие принципы права используются лишь вкупе с другими источниками международного права, своими «старшими братьями», содействуя их толкованию и дополняя их, о чем прямо говорится в выводах 10(2)(a) и 10(1)(a) в новой редакции[59]. Не помогает изменить данное восприятие и противоречивое положение вывода 11(1), объявляющее, что общие принципы права как источник международного права не находятся в иерархической взаимосвязи с международными договорами и обычным международным правом. Это противоречие было подмечено представителями государств в рамках обсуждения проектов выводов в Шестом комитете[60].

Очевидно несоответствие остаточного характера применения общих принципов права и фундаментальной роли некоторых из них, в частности, принципа суверенного равенства, имеющего, по мнению Святого Престола, «почти конституционный характер и лежащего в основе всего применения международного права»[61]. На аналогичное несоответствие того же

---

56 Ibid, para 182.

57 General Principles of Law, Text of the draft conclusions adopted by the UN ILC on first reading, Commentary to draft Conclusion 10, para 3.

58 Ibid.

59 Ю. С. Ромашев (2024, с. 200) указывает, что «иерархия среди различных видов источников международного права все же существует — по отношению к общим принципам права» .

60 Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its seventy-eighth session, prepared by the Secretariat, 6 February 2024, A/CN.4/763, para 19.

61 Statement of the Holy See (A/C.6/78/SR.28).

принципа обратила внимание делегация Российской Федерации[62]. Специальный докладчик упомянул замечание Святого Престола[63], но не изменил редакцию вывода 10, за исключением порядка расположения параграфов в нем.

1.5. Примеры общих принципов права

Комиссия пока не ставила себе задачу приложить к проекту выводов некий иллюстративный перечень примеров, как это было сделано в работе по нормам *jus cogens*[64]. Необходимость разработки перечня обсуждалась как членами КМП[65], так и представителями государств в Шестом комитете[66]. В приложении 2 к настоящей статье приведен список общих принципов права, упомянутых Комиссией в комментарии к проекту выводов в том порядке, в котором они указаны в данном документе. Очевидно, что эти примеры могут быть классифицированы по нескольким критериям[67], например, по критерию происхождения: общие принципы права, вытекающие из национальных правовых систем, и общие принципы права, сформированные в международной правовой системе. Отдельным критерием классификации могут быть также функции общих принципов права: принципы, которые выступают основой материальных (субстантивных) прав и обязанностей, а также в качестве основы вторичных и процедурных (процессуальных) норм[68]. Из примеров в комментарии становится ясно, что часть принципов относится ко всем отраслям международного права (например, принцип добросовестности

---

62 «…Непонятно, как можно ставить такой фундаментальный принцип как *pacta sunt servanda* в один ряд с важным, но все же техническим принципом *lex posterior*, как это сделано в пункте 6 комментария к проекту вывода». Заявление Российской Федерации, Шестой комитет, Краткий отчет о двадцать шестом заседании заседании (A/C.6/78/SR.26), п. 51.

63 Fourth report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 18 February 2025, A/CN.4/785, para 174.

64 Report of the International Law Commission Seventy-third session (18 April–3 June and 4 July–5 August 2022), A/77/10, para 43, Conclusion 23.

65 Специальный докладчик при обсуждении проекта выводов напомнил: Комиссия решила не включать иллюстративный перечень общих принципов права в проект, поскольку он неизбежно будет неполным и может создать ошибочное впечатление того, что других принципов, помимо включенных в перечень, не существует (para 196). Однако в своих заключительных замечаниях Специальный докладчик все же выразил поддержку предложению подготовить примеры в комментарии (para 274). Report of the International Law Commission Seventy-sixth session (28 April–30 May 2025), A/80/10, paras 196, 274.

66 Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its seventy-eighth session, prepared by the Secretariat, 6 February 2024, A/CN.4/763, para 11.

67 См. более подробно о классификации принципов: Ромашев, Постникова, 2023, с. 198–207.

68 General Principles of Law, Text of the draft conclusions adopted by the UN ILC on first reading, Draft conclusion 10. Подчеркивая процессуальное значение общих принципов, в 1933 году об об общих принципах права и судебной практики (англ.: *jurisprudence*) высказался Х. Лаутерпахт (Lauterpacht, 2011, p. 123).

или принцип невмешательства[69]), часть касается процессуальных вопросов и судоустройства (например, принцип допустимости косвенных доказательств или «никто не может быть судьей в собственном деле»), а часть — отраслевых (принцип налогообложения нерезидентов или Нюрнбергские принципы). Эти примеры подкрепляют вывод Специального докладчика, что термин «общий» в определении «общие принципы права» относится не к «общему характеру» базовых норм, а скорее к их обязательности для всех государств[70].

2. Общие принципы права и отечественная наука международного права

В целом отечественная наука с недоверием относилась к общим принципам права, по-видимому, опасаясь, что они станут средством бесконтрольного переноса и своеобразного экспорта базовых положений национальных правовых систем западных (буржуазных) стран в международное право. Можно предположить, что недоверие вызывало колониалистское звучание термина «цивилизованные нации»[71], порождавшее сомнения в том, будет ли признаны появившиеся на карте мира в XX веке государства достаточно цивилизованными, чтобы участвовать в создании новых источников международного права. Кроме того, советские международники опасались возможной тенденции использовать общие принципы права для того, чтобы «провозгласить принципы буржуазной системы права обязательными для всех», навязать свою волю другим государствам, облегчить вмешательство в их внутренние дела, нанести удар по их независимости и суверенитету (Корецкий, 1957, с. 5, 8, 13, 38, 49; Тункин, 2009, с. 175).

---

69 Заметим, что на семьдесят шестой сессии КМП внесла в долгосрочную программу работы тему «Принцип невмешательства в международном праве» и приложила к отчету текст по соответствующей теме, подготовленный членом КМП из Демократической республики Конго И. Мингашангой (I. Mingashang). Он выделил два существенных условия установления факта незаконного вмешательства во внутренние дела государств: 1) акт вмешательства должен касаться вопросов, относящихся к внутренним делам (англ.: *internal affairs*) государства, и 2) представлять собой принуждение (англ.: *coercion*) пострадавшего государства по вопросам, в отношении которых международным правом за ним признаются свобода действий и выбора. См. Report of the International Law Commission Seventy-sixth session (28 April–30 May 2025), A/80/10, paras 24, 446, Annex 2, p. 121–149.

70 Fourth report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 18 February 2025, A/CN.4/785, paras 33–34.

71 Заметим, что в Проекте выводов данный термин, являющийся анахронизмом, в свете принципа суверенного равенства заменен в выводе 2 термином «международное сообщество» (англ.: *community of nations*), заимствованным из Пакта о гражданских и политических правах 1966 года (Commentary to Conclusion 2, para 3). В Первом проекте доклада Специальный докладчик предлагал термин «сообщество государств» (англ.: *community of States*). См. First report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 5 April 2019, A/CN.4/732, para 258.

Так, Г. И. Тункин прямо указывал, что «[о]бщие принципы права могут быть только принципами международного права» (2009, с. 172)[72]. Характерно, что в известном труде Г. И. Тункина «Теория международного права» (1970) глава, посвященная общим принципам права (в ее название добавлено слова «проблемы»), приводится автором лишь после рассмотрения основных процессов образования норм международного права (международных договоров, международного обычая, принципов *jus cogens*), вспомогательных процессов (резолюции Генеральной Ассамблеи ООН, рекомендации специализированных международных организаций, решения Международного Суда и международных арбитражей, национальное законодательство и решения национальных судебных инстанций), а также доктрины и мнения общественных организаций (Тункин, 2009, с. 75–180). Автор указывал: общие принципы права — это «принципы не только общие для национальных систем права, но одновременно и свойственные международному праву» (Тункин, 2009, с. 179)[73], а применимыми в международном праве они могут стать через международный договор или международный обычай (Тункин, 2009, с. 179). При этом в работе 1970 года этот же автор определял общие принципы права как ненормативные положения, имеющие, однако, значение для применения норм действующего права (Тункин, 2009, с. 179).

Почти двадцать лет спустя в семитомном «Курсе международного права» (автор соответствующего параграфа — тот же Г. И. Тункин) акценты в освещении «проблемы общих принципов права» несколько изменились. В первом же предложении автор указывает, что ст. 38 Статута Международного Суда относит общие принципы права к числу источников международного права, но, правда, сразу же, ссылаясь на работу В. М. Корецкого, оговаривает, что характер и значение этих принципов

---

[72] Аргументируя данный вывод, Г. И. Тункин указывает на с. 174–175 этого труда, что Статут Международного Суда является новым международным договором. Для понимания положения ст. 38 Статута «имеет лишь историческое значение то понимание, которое вкладывалось в этот пункт составителями Статута Постоянной палаты международного правосудия» (имеется в виду понимание, что Палата может ссылаться на принципы, общие национальным правовым системам); кроме того, во вступительную часть статьи 38 Статута по предложению Чили было внесено «весьма важное дополнение о том, что суд «обязан решать переданные ему споры, на основании международного права». Дж. Гая критически осмысляет данный вывод, указывая, что данное дополнение было внесено без намерения повлиять на восприятие значения различных источников, указанных в ст. 38 Статута. Кроме того, и авторы первоначальной редакции Статута рассматривали общие принципы как часть международного права (Gaja, 2020, paras 5–6). Заметим также, что на позицию Г. И. Тункина и В. М. Корецкого в первом докладе ссылается Специальный докладчик: см. First report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 5 April 2019, A/CN.4/732, para 27.

[73] А. Х. Абашидзе (2017, с. 21) также указывает, что принципы в контексте международного права следует искать в источниках международного права, прежде всего в международных договорных нормах и/или в нормах международных обычаев.

вызывают много споров (Баскин, Крылов и др., 1989, с. 208)[74]. Утверждение о ненормативном характере общих принципов права не было воспринято в Курсе, — более того, они определены как юридические понятия, постулаты, правила юридической техники. И, наконец, указано, что такие правила и постулаты, общие для национальных правовых систем, должны быть признаны государствами применимыми в международном праве[75].

Таким образом, будто предвидя, что напишет КМП через десятки лет в третьей декаде XXI века, выдающийся отечественный юрист-международник Григорий Иванович Тункин[76] фактически обозначил два методологических этапа выявления общих принципов права: идентификацию общих принципов, свойственных национальным правовым системам, и подтверждение их переноса в систему международного права (Баскин, Крылов и др., 1989, с. 210). В свете темы настоящей статьи видится символичным, что в своей последней работе — заключении в связи с проектом Устава международного трибунала для рассмотрения дел о преступлениях, совершенных на территории бывшей Югославии — Г. И. Тункин предложил ввести особую статью об источниках международного права, применяемых Трибуналом, где в числе прочих значились «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями» (Тункин, 2009, с. 384).

Советские, а затем и российские ученые всегда с вниманием относились к понятию «основные принципы международного права», описывая их как базовые нормативные начала, обладающие высшей юридической силой, императивностью и пребывающие на вершине иерархии международно-правовых норм[77]. Особый статус основных принципов обосновывается, во-первых, их неразрывной связью с

---

[74] Оставляет автор и тезис о том, что общие принципы «входят» в международное право через международный договор или международный обычай (Баскин, Крылов и др., 1989, с. 210).

[75] Там же. С. 211. Здесь повторен вывод, содержащийся и в работе Тункина (1970, с. 179).

[76] Г.И. Тункин (1906–1993), руководитель Договорно-правового отдела МИД СССР (1952–1965), член Комиссии международного права ООН (1957–1966), член Куратория Гаагской академии международного права, член-корреспондент АН СССР, заведующий кафедрой международного права МГУ им. М.В. Ломоносова (1965–1993).

[77] См., например, работу «Основные проблемы теории международного права» за авторством Боброва Р. Л. (1968, с. 192–193; цит. по: Усенко, 2011, с. 107) и др. (Игнатенко, Карташкин, Клименко и др., 1989, с. 5–13; Черниченко, 2014, с. 101–104; Ануфриева, 2020, с. 54 (с указанием, что принципы — «несущая конструкция» международного права), с. 64 («основные принципы обладают нормативностью, обязательностью, характером руководящих норм, наделенных высшей юридической силой, причем это, по мнению автора, является аксиомой); Ануфриева, 2021, с. 14 (с указанием на императивность, самый высокий иерархический статус и наивысшую юридическую силу), с. 16 (с указанием на императивность и краеугольный характер); Кремнев, 2018, с. 21–22 (с утверждением о том, что общепризнанные принципы и нормы общего международного права составляют нормы *jus cogens* и *erga omnes* и со ссылкой на Шестой комитет Генеральной Ассамблеи ООН, КМП и мировую доктрину международного права)).

Уставом ООН, в частности со ст. 2 о принципах Организации (здесь подразумевается указание на преимущественную силу обязательств по Уставу ООН перед обязательствами по другим международным соглашениям (ст. 103)). Второй аргумент в пользу особого статуса — формулирование основных принципов в двух документах: Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, которая была принята резолюцией 2625 (XXV) Генеральной Ассамблеи ООН от 24 октября 1970 года (далее — Декларация, Декларация о принципах международного права)[78], а также в Заключительном акте Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе от 1 августа 1975 года[79]. Третий — общие соображения о фундаментальной ценности основных принципов, их конститутивной природе и краеугольном положении в международном праве[80]. Попробуем рассмотреть сущностные характеристики основных принципов международного права, а также определить их положение в системе источников и норм международного права с учетом комментируемой и других работ КМП.

3. Сущностные характеристики основных принципов международного права

3.1. Императивность

Не оспаривая в целом утверждение о фундаментальной ценности основных принципов, заметим: в практике органов международного правосудия и в работах КМП отсутствуют ссылки на практику государств, подтверждающую, что основные принципы международного права обладают высшей юридической силой и/или признаками императивности в силу самого факта их провозглашения в Декларации о принципах международного права 1970 года[81]. При этом и в отечественной доктрине

---

78 UNGA Res 2625 (XXV) ‘Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations’ (24 October 1970) GAOR 25th Session Supp 28, 121. Текст доступен на сайте ООН https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/intlaw_principles.shtml и в копии официальной публикации: https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/351/54/IMG/NR035154.pdf?OpenElement.

79 Совещание по безопасности и сотрудничеству в Европе, Заключительный акт, Хельсинки, 1 августа 1975 года, https://www.osce.org/ru/ministerial-councils/39505.

80 См., например, следующие работы: Абашидзе (2017, с. 25); Кремнев (2018, с. 26–27); Игнатенко, Карташкин, Клименко и др. (1989, с. 5–13).

81 Едва ли это можно объяснить тем, что работы КМП отражают «западную» доктрину международного права как минимум в силу того, что весь состав Комиссия в целом

многие авторы признавали, что не все основные принципы в полной мере обладают когентностью (Черниченко, 2014, с. 101, 106; Ануфриева, 2020, с. 66)[82]. Как отмечает А. С. Исполинов, международное сообщество за последние 60 лет все еще и не выработало ясных критериев установления норм *jus cogens*, после чего со ссылкой на Фабри (Fabri) он указывает, что такие нормы превратились в «отсыревший запал» (Исполинов, 2025, с. 70–97, с. 93).

Характеристика нормы в качестве императивной предполагает, как указала КМП в проекте выводов 2022 года, что она является нормой общего международного права, в то время как наиболее «распространенной основой» последнего является обычное международное право[83]. Однако положения международных договоров и общие принципы права также могут быть основой императивных норм международного права[84]. Комиссия в комментарии к проекту выводов об идентификации норм международного обычного права 2018 года указала, что вопросы иерархии норм международного права, в том числе норм *jus cogens*, не входят в сферу охвата[85], а в комментарии к проекту выводов 2023 года сделала оговорку, что в контексте вопросов признания общих принципов права термин «международное сообщество» (англ.: *community of nations*) не следует путать с термином «международное сообщество государств в целом» (англ.: *international community of States as a whole*), используемым

обеспечивает представительство главнейших форм цивилизации и основных правовых систем мира. Statute of the International Law Commission 1947, Article 8. Adopted by the General Assembly in resolution 174 (II) of 21 November 1947, as amended by resolutions 485 (V) of 12 December 1950, 984 (X) of 3 December 1955, 985 (X) of 3 December 1955 and 36/39 of 18 November 1981. А. С. Исполинов (2025, с. 14) указывает, что Комиссия международного права при обобщении практики государств по большей части брала за основу практику развитых стран, однако сейчас это уже не так: к сведению принимаются подходы других стран мира. О различиях «западной» и отечественной доктрины международного права см. Malksoo (2015, p. 87–92).

82 В указанной работе Л. П. Ануфриева констатирует явное несовпадение понятий «основные принципы международного права» и «нормы *jus cogens*» в разработках КМП по теме *jus cogens*, но отмечает, что в иллюстративный перечень последних Комиссия включила два основных принципа международного права: запрет на применение силу и угрозы силой (в формулировке «запрещение агрессии») и право на самоопределение). «Характер *jus cogens* всех фундаментальных принципов сомнителен» — подробнее см. работу Р. Мюллерсона (Müllerson, 2000, p. 156).

83 Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*jus cogens*), 2022, Conclusion 4, Report of the International Law Commission Seventy-third session (18 April–3 June and 4 July–5 August 2022), A/77/10, para 43, Conclusion 5(1).

84 Ibid., Conclusion 5(2).

85 UN ILC ‘Draft Conclusions on Identification of Customary International Law’ [2018, Commentary to Draft Conclusion 1, para 6.

в ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров и относящимся к нормам *jus cogens*[86].

3.2. Общепризнанность

Говоря о правовой категории «общепризнанность», следует отметить, что, во-первых, выражение воли значительного количества (или всех) государств в отношении существования и содержания неписаной нормы международного права является обязательным атрибутом не только принципа, но и обычая. Разумеется, существуют партикулярные обычаи, которые рождаются из практики двух или нескольких государств и становятся обязательными только для них, равно как и существуют общие принципы, свойственные лишь для определенных государств, например, членов Европейского союза. Однако очевидно, что критерий общеобязательности не может быть разграничительной чертой между источниками «b» и «c» п. 1 ст. 38 Статута Международного Суда уже в силу самого факта существования общеобязательных обычаев и общеобязательных принципов.

Во-вторых, для признания существования и содержания той или иной нормы/принципа в качестве общего принципа права в смысле пп. «c» п. 1 ст. 38 Статута Международного Суда или практики государств в качестве международного обычая (пп. «b» п. 1) как раз и нужно доказать, что такие норма/принцип или практика являются «общепризнанными» (в части общих принципов права «общее признание» лишь заменило архаичный и, по сути, колониалистский термин «признанные цивилизованными нациями»[87]). То есть уже на пути к идентификации международного обычая и общих принципов права нужно показать, что государства воспринимают их в качестве обязательных для себя.

В-третьих, апелляция к общепризнанности или общеобязательности часто маскирует претензии авторов того или иного документа на придание

---

[86] General Principles of Law, Text of the draft conclusions adopted by the UN ILC on first reading, Commentary to Draft Conclusion 2, para 4.

[87] Деление норм на императивные и диспозитивные проводится не по критерию обязательности или необязательности, а по критерию возможности по соглашению сторон отклониться от предписания нормы. Поскольку в международном праве согласованная воля сторон формирует норму права, то проблема императивности трансформируется в проблему соотношения норм права, обладающих императивностью и нормами правами, не обладающей такой характеристикой. Если искать аналогии в национальном праве, то можно привести пример из Постановления Пленума ВАС РФ от 14 марта 2014 года № 16 «О свободе договора и ее пределах» (п. 1), предусматривающего, что в случае регулирования отношения сторон договора диспозитивной нормой и при отсутствии соглашения об ином условие договора определяется такой диспозитивной нормой («Вестник ВАС РФ», № 5, май, 2014). О соотношении диспозитивных и императивных норм см. статью А. Фердросса (Verdross, 1966, pp. 55–63).

императивности провозглашенной в нем норме и будто бы несколько размывает обязательность других обычаев и общих принципов права, не «стремящихся» к императивности. Общеобязательными, однако, являются все обычаи и принципы, коль скоро они идентифицированы в качестве применимых в соответствии со Статутом Международного Суда и не являются партикулярными обычаями или принципами с ограниченным применением.

Скажем пару слов о еще одном заветном словосочетании, упомянутом в Декларации о принципах международного права[88] и перекочевавшем в российскую Конституцию (ч. 4 ст. 15), а именно об *«общепризнанных принципах и нормах международного права»*. Представляется, что эта категория выступает «зонтичной» для ряда норм международного права, включающих как основные, так и отраслевые принципы международного права, общие принципы международного права, а также нормы *jus cogens*. Последние являются, как следует из их определения в ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров[89] и работы КМП[90], нормами *общего* международного права, что и в русском, и в английском языке роднит их с категорией «общепризнанность»[91]. Выходят из-под «зонтика» только региональные нормы *jus cogens* и общие принципы права ограниченного применения (то есть тоже фактически региональные — ст. 12 проекта выводов КМП), поскольку они признаются лишь ограниченным количеством государств. Казалось бы, общие принципы права первой категории, то есть «вытекающие из национальных правовых систем», также не должны относиться к общепризнанным принципам международного права в силу своего внутригосударственного происхождения[92]. Однако такие принципы, как указывает Комиссия в проекте выводов 4 и 5, определяются как общие принципы права только после признания международным сообществом того, что они перенесены в международную правовую систему в силу их совместимости с этой системой. По мнению автора настоящей статьи, такого рода принципы тоже

---

88 Предусматривается обязанность государств добросовестно выполнять свои обязательства в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права, а также в соответствии международными соглашениями, имеющими силу согласно общепризнанным принципам и нормам международного права.

89 Венская конвенция о праве международных договоров (Вена, 23 мая 1969 года), United Nations, Treaty Series, vol. 1155, №18232.

90 Draft conclusions on identification and legal consequences of peremptory norms of general international law (*jus cogens*), 2022**,** Conclusion 4, Report of the International Law Commission Seventy-third session (18 April–3 June and 4 July–5 August 2022), A/77/10, para 43.

91 Г. И. Тункин (2009, с. 142) отождествляет общепризнанные принципы и нормы, а также принципы и нормы общего международного права.

92 Именно об этом пишет Ю. С. Ромашев (2021, с. 168) применительно к ч. 4 ст. 15 Конституции РФ.

могут охватываться понятием «общепризнанные принципы и нормы международного права». Не следует забывать, что и международный обычай также вытекает из практики государств, то есть имеет национальное происхождение. На схеме, представленной в приложении 1 к настоящее статье, представлено авторское понимание соотношения различных категорий норм и принципов в международном праве с некоторыми комментариями и примерами.

Сама по себе формулировка «общепризнанные принципы и нормы» вызывала критику исследователей. Например, Е. Т. Усенко полагал, что она «по существу отрицает нормативный, юридически обязательный характер принципов международного права», поскольку «общепризнанные принципы — суть его основные нормы» (Усенко, 1995, с. 17). Л. П. Ануфриева (2019, с. 9, сноска 6) исследует истоки введения в российскую Конституцию данной категории, указывая, что она упоминалась в Конституции СССР 1977 года[93], а также критикует Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 года № 5[94] в силу «загадочности» разделения общепризнанных принципов и норм по критерию императивности первых и юридической обязательности последних[95].

Таким образом, предположение, что основные принципы международного права обладают качествами императивности, общеобязательности, общепризнанности, ничего не добавляет к пониманию проблемы разграничения двух источников права (международного обычая и общих принципов права), а также не помогает однозначно отнести основные принципы права ни к одному из указанных видов источников. Утверждение о наличии и нормативной ценности основных принципов международного права преимущественно опирается на Декларацию 1970 года, поскольку, как известно, сам Устав ООН ничего не говорит о такой категории принципов и не указывает, что под ними

---

[93] В главе 4 «Внешняя политика» Конституции СССР 1977 года (Ведомости ВС СССР, № 41 (1907), 12 октября 1977 года, ст. 617) имелась статья 29. В ней текстуально воспроизводились принципы, перечисленные в Декларации принципов, которыми государства-участники будут руководствоваться во взаимных отношениях, приложенной к Заключительному акту совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (Хельсинки, 1975), в том числе принцип добросовестного выполнения обязательств, вытекающих из общепризнанных принципов и норм международного права. Далее через запятую следует «из заключенных СССР международных договоров».

[94] Бюллетень Верховного Суда РФ, № 12, 2003.

[95] В отношении присутствия формулировок общепризнанных принципов и норм в Конституции СССР автор на с. 8 указывает, что оно — присутствие — «выступало не более чем робкой аллюзией на указание в конституционном акте ведущих начал внешней политики и международных отношений, которых придерживалось советское государство».

понимается[96]. Далее рассмотрим более подробно значение этого документа и основных принципов международного права, провозглашенных в нем.

4. Декларация Генеральной Ассамблеи ООН о принципах международного права

Работа над Декларацией о принципах международного права, принятой в 1970 году единогласно без голосования, велась с 1962 года, а ее текст стал результатом длительного и упорного труда по согласованию общего понимания содержания Устава ООН в условиях идеологического противостояния (Keller, 2021, paras 1, 3, 5)[97]. Пункт 3 Декларации провозглашает, что воплощенные в ней принципы Устава ООН «представляют собой основные принципы международного права». По мнению некоторых комментаторов, этот пункт может быть истолкован как признание того, что закрепленные в документе принципы уже являлись нормами международного обычного права на момент принятия Декларации, другие же «рассматривали эти принципы — по крайней мере в контексте Декларации — как сферу политики (англ.: *policies*), нежели как нормативные принципы» (Keller, 2021, para 12)[98]. Вместе с тем преимущественное использование в зарубежной юридической литературе сокращенного названия документа — «Декларация о дружественных отношениях» (англ.: *Friendly Relations Declaration*) — скорее говорит в пользу того, что более распространен второй взгляд.

В отношении некоторых принципов, изложенных в Декларации, имеется судебная практика Международного Суда, позволяющая утверждать, что они получили признание как нормы международного обычного права. Так, в

---

[96] Ст. 1 Устава ООН провозглашает: «Организация Объединенных Наций преследует Цели: 1. Поддерживать международный мир и безопасность и с этой целью принимать эффективные коллективные меры для предотвращения и устранения угрозы миру и подавления актов агрессии или других нарушений мира и проводить мирными средствами, в согласии *с принципами справедливости и международного права*, улаживание или разрешение международных споров или ситуаций, которые могут привести к нарушению мира; ст. 2 посвящена принципам ООН: «Для достижения целей …ее члены *действуют в соответствии с Принципами*…», ст. 11: «Генеральная Ассамблея уполномочивается рассматривать *общие принципы сотрудничества* в деле поддержания международного мира и безопасности, в том числе принципы, определяющие разоружение и регулирование вооружений…» (курсив мой. — *И. Л.*).

[97] Сложную работу над Декларацией в рамках Специального комитета, учрежденного ГА ООН, описывает Г. И. Тункин (2009, с. 45), указывая на «позицию западных держав, с самого начала выступавших против разработки кодификации основных принципов международного права».

[98] В первом случае Х. Келлер ссылается на работу *Basic principles of modern international law — a study of the United Nations debates on the principles of international law concerning friendly relations and co-operation among states* (Mani, 1993, p. 6, 10, 277), во втором случае на работу *International law* (Vaughan, 2007, p. 119).

решении по делу, касающемуся военных и военного характера действиях в Никарагуа и против Никарагуа 1984 года (юрисдикция и подсудность), Суд указал:

> Такие принципы как неприменение силы, невмешательство, уважение независимости и территориальной целостности Государств, а также свобода судоходства продолжают являться обязательными в качестве составляющей части международного обычного права несмотря на то, что данные принципы были инкорпорированы и действуют как положения договорного права[99].

Установление «обычного» характера принципов запрета применения силы и невмешательства выступили ключевыми в этом деле, поскольку одним из возражений ответчика послужило указание на отсутствие обязательной юрисдикции Международного Суда в связи с тем, что США заявили о согласии на рассмотрение споров по многосторонним договорам только в том случае, если все участники договора, которых затронет решение, являются участниками дела[100]. В решении по существу по тому же делу, вынесенному в 1986 году, Международный Суд уже прямо указал, что такие принципы, как запрет на применение силы, инкорпорированные в Устав ООН, по существу соответствуют принципам, которые можно обнаружить в международном обычном праве, а *opinio juris* в отношении такого принципа вытекает, в частности, из Декларации о принципах международного права. При этом согласие с текстом резолюций Генеральной Ассамблеи ООН может пониматься не только лишь как «повторение или разъяснение» договорных обязательств, но, напротив, — как согласие на действительность правила в качестве нормы международного обычного права[101]. Обычный характер принципа невмешательства, наряду с принципом запрета на применение силы, был также упомянут в том же решении со ссылкой не только на Декларацию, но и на Хельсинкский заключительный акт[102].

Принцип запрета на применение силы в качестве нормы международного обычного права упоминался со ссылкой на Декларацию в решении по делу *о вооруженной деятельности на территории Конго* 2005 года (*Демократическая Республика Конго против Уганды*)[103] и

---

99 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Jurisdiction and Admissibility, Judgment, I.C.J. Reports 1984,* p. 392, para 73 (здесь и во всех случаях, когда отсутствует документ или источник на русском языке — перевод автора).

100 Ibid, para 67.

101 *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America).* Merits, Judgment. I.C.J. Reports 1986, p. 14, para 188.

102 Ibid, para 264.

103 *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment, I.C.J. Reports 2005, p. 168, paras 162, 300 (в части принципа запрета на

Консультативном заключении *относительно правовых последствий строительства стены на оккупированной палестинской территории* 2004 года[104], в котором Международный Суд также цитирует Декларацию в части принципа самоопределения народов в Консультативном заключении 1975 года *в отношении Западной Сахары*[105], а в части принципа *good faith* — в Консультативном заключении 1996 года *о законности угрозы ядерным оружием или его применения* (со ссылкой и на Хельсинкский заключительный акт)[106]. В Консультативном заключении *о соответствии одностороннего провозглашения независимости временными институтами самоуправления Косово международному праву* 2010 года Международный Суд, анализируя соответствие запрещения односторонних деклараций о независимости принципу территориальной целостности, указал в целом, что Декларация отображает (англ.: *reflects*) международное обычное право[107]. В последнем Консультативном заключении от 23 июля 2025 года *об ответственности государств за изменения климата* Суд также упоминает Декларацию, называя этот документ основополагающим (англ.: *foundational*) в контексте принципа сотрудничества и напоминая со ссылкой на дело *Никарагуа против США*, что ее текст, принятый государствами, указывает на их *opinio juris* в отношении обычного международного права[108].

Таким образом, следует признать: Декларация о принципах международного права и Хельсинкский заключительный акт цитируются в решениях Международного Суда как документы, подтверждающие правовой статус некоторых основных принципов в качестве обычных норм международного права. Вместе с тем в комментируемой работе Комиссия не ссылается на Декларацию (равно как и Хельсинкский заключительный акт) как на документ, который содержал бы список принципов, сформировавшихся в международной правовой системе. В комментарии к проекту вывода 7 говорится лишь о том, что в рамках обсуждений члены Комиссии приводили примеры таких принципов (сформировавшихся в международной правовой системе), среди которых наряду с прочими

применение силы; для сокращения в решении использован термин «Декларация о дружественных отношениях»).

104 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 2004, p. 136, para 87.

105 *Western Sahara*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975, p. 12, para 58.

106 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1996, p. 226, para 102.

107 Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2010, p. 403, para 80. На указанные выше решения и консультативные заключения приводится ссылка в статье о Декларации в Энциклопедии международного публичного права Макса Планка (paras 33–35).

108 Obligations of States in respect of Climate Change, ICJ Advisory opinion, 2025, para 140.

значатся принципы суверенного равенства, территориальной целостности, невмешательства во внутренние дела[109]. Сама же Декларация о принципах международного права упомянута в работе как бы вскользь: в последней сноске комментария к проекту вывода 11 о соотношении между общими принципами права и иными источниками международного права обозначается, что общий принцип права, такой как *good faith*, может стать нормой международного обычного права, но вместе с тем этот принцип сохраняет свое независимое (отдельное) существование и применение (англ.: *maintains its distinct existence and applicability*)[110]. Комиссия отмечает, что принцип *good faith* упоминается в Декларации, но не уточняет, является ли упоминание доказательством его признания в качестве нормы международного обычного права или как раз примером такого *отдельного существования* в качестве источника международного права. Заметим также, что в уже упомянутом тематическом резюме обсуждений проекта выводов КМП об общих принципах права в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи ООН одним их запротоколированных пожеланий государств в адрес Комиссии было разъяснить различие между общими принципами права и основополагающими (англ.: *fundamental*) принципами международного права[111].

Следует признать, что сформулированные в Декларации о принципах международного права основные принципы не обладают *de lege lata* качеством норм высшей юридической силы вследствие самого факта их провозглашения в Декларации. Такое качество не подтверждается ни практикой государств и международных организаций, ни решениями органов международного правосудия, ни работами КМП. Как и в докладе КМП о фрагментации международного права, можно констатировать: в международном праве не существует иерархии норм, за исключением двух случаев: норм *jus cogens* и обязательств, вытекающих из Устава ООН.

Все сказанное выше, однако, не умаляет значение сформулированных в Декларации принципов международного права как важнейшего ориентира международных отношений. Более того, КМП ясно указала в проекте выводов, что общие принципы права могут быть сформированы в международной системе, и в этом контексте упомянула (пусть и вскользь) Декларацию о принципах международного права. Таким образом, основные принципы международного права могут получить «второе рождение» в выводах КМП именно как общие принципы права, сформированные

---

[109] General Principles of Law, Text of the draft conclusions adopted by the UN ILC on first readingCommentary to draft conclusion 7, para 2.

[110] Ibid, Commentary to draft Conclusion 11, para 6.

[111] Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its seventy-eighth session, prepared by the Secretariat, 6 February 2024, A/CN.4/763, para 8.

в международной правовой системе. В связи с этим можно говорить, что комментируемая работа КМП позволяет создать более ясную нормативную структуру международного права, отчасти примирив отечественную теорию «основных принципов» с упомянутыми в пп. «c» п. 1 ст. 38 Статута Международного Суда правовыми явлениями[112].

Резюмируя, заметим, что основные принципы международного права, сформулированные в Декларации о принципах международного права, на современном этапе развития международного права и с учетом трудов КМП могут иметь следующий триединый международно-правовой статус: во-первых, договорные принципы, определенные Уставом ООН, обязательства из которого имеют на основании ст. 103 данного международного договора приоритет над обязательствами из других международных договоров; во-вторых, нормы международного обычного права (та часть принципов, в отношении которых имеется всеобщая практика государств, признанная в качестве правовой нормы), включая элементы основных принципов, в отношении которых Генеральная Ассамблея при формулировании принципов вышла за пределы, установленные Уставом ООН[113]; в-третьих, общие принципы права, сформированные в международно-правовой системе на основании ст. 7 проекта выводов КМП как самостоятельный источник международного права, при этом некоторые основные принципы международного права (или большинство из них) являются нормами *jus cogens*. Исследование параллельного существования одних и тех же норм в разных источниках международного права позволило в 2008 году разработать концепцию «многоисточниковых эквивалентных норм» (*Multi-Sourced Equivalent Norms — MSEN)* и сделать вывод о том, что международное право, в связи с его фрагментацией, характеризуется не только конфликтом, но и эквивалентностью норм (Broude & Shany, 2011, p. 2, 5, 6)[114].

---

[112] Л. П. Ануфриева (2021, с. 24) пишет о поиске путей «не то чтобы к примирению, но хотя бы к сближению» точек зрения отечественной и западной доктрин в области установления сущности и содержания международно-правовых правил поведения».

[113] Как указывалось выше, само по себе провозглашение указанных в Декларации принципов как «основных принципов международного права» является выводом, расширяющим объем понятия «принцип» в Уставе ООН. Вывод об обычно-правовом происхождении принципов в Декларации был также приведен в отечественном семитомном Курсе международного права: автор главы 1 Курса И. И. Лукашук указывает, что «главной формой существования принципов служит обычай» (Игнатенко, Карташкин, Клименко и др., 1989, с. 12).

[114] Рецензию на эту монографию см в EJIL: Fontanelli, F. (2011). Multi-Sourced Equivalent Norms in International Law, *European journal of international law 23*(2), 597–604.

5. Дискуссии в КМП весной 2025 года: индуктивный и дедуктивный анализ

Реакция государств на первый проект выводов и комментария позволила предположить, что на семьдесят шестой сессии КМП в 2025 году в документ будут внесены некоторые изменения. Во-первых, казалось, что дискуссия о существовании общих принципов права, сформированных в рамках международной правовой системы, несколько «ослабит» вывод о возможности существования второй категории принципов, и в проект будет внесено положение о том, что будущая практика государств должна подтвердить существование этой категории[115]. Во-вторых, теплилась надежда, что Комиссия попытается сформулировать отличие общих принципов права второй категории от норм международного обычного права[116]. Однако ни того ни другого не произошло: члены Комиссии, похоже, все же согласились, что международная правовая система, как и любая другая правовая система, может генерировать собственные принципы и такие принципы должны быть самостоятельным источником права[117]. В качестве одного из обоснований этой позиции Специальный докладчик сослался на подготовительные материалы Статута Постоянной палаты международного правосудия (далее также — ППМП, Палата) и международно-правовую доктрину 20-х годов прошлого века, которые подтверждают, что под общими принципами права, упомянутыми в Статуте ППМП (и без изменения перекочевавшими в Статут Международного Суда), понимались также принципы, сформированные в международно-правовой системе[118].

Рассуждая об отличиях между общими принципами права и международными обычаями, Специальный докладчик в четвертом докладе акцентировал внимание на индуктивном и дедуктивном методах выявления общих принципов права, которые должны были ярко продемонстрировать такие отличия. Так, принцип согласия на юрисдикцию международных судов и трибуналов, как следует из доклада, может быть выведен из индуктивного анализа нескольких международно-правовых актов, в частности международных договоров, учреждающих постоянно

---

115 Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its seventy-eighth session, prepared by the Secretariat, 6 February 2024, A/CN.4/763, para 11.

116 Ibid.

117 Report of the International Law Commission Seventy-sixth session (28 April–30 May 2025), A/80/10, para 199.

118 Fourth report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 18 February 2025, A/CN.4/785, paras 82–83; В параграфе 83 Специальный докладчик ссылается на публикацию 2023 года, в которой комментируемый тезис также подробно обосновывается на ссылкой на практику государств (Bjorge, 2023, pp. 845–867).

действующие суды, специальные соглашения, общие договоры об урегулировании споров, применимые в различных областях международного права. Необходимость передачи спора на рассмотрение третьей стороны, предусмотренная этими соглашениями, по мнению Специального докладчика, «не может быть объяснена иначе, как существованием данного принципа [согласия на юрисдикцию], который отражает и регулирует одну из основных черт международной правовой системы»[119]. Кроме того, приведены еще два примера индуктивного анализа, в результате которого были установлены Нюрнбергские принципы и принцип специализации международных организаций[120]. Как указал Докладчик, вывод о том, что данные принципы являются неотъемлемыми для международной правовой системы, делается на основе «дедуктивных рассуждений»[121]. Видимо, следуя от общего к частному, следует установить, что необходимо для такой системы, а затем сопоставить признаки определенного принципа с общими требованиями[122].

На пленарных заседаниях КМП высказывалось мнение, что примеры, приведенные Специальным докладчиком, относятся скорее не к принципам, а к нормам конвенционного или обычного происхождения[123], а выступавший на пленарном заседании член Комиссии Е. Т. Загайнов (Россия) даже саркастически сравнил предложение Специального докладчика различать общие принципы права и обычное международное право на основе метода их идентификации с попытками различать грипп и коронавирус в зависимости от используемых тестов[124]. Однако Комиссией было принято соломоново решение исходить из Проекта выводов, предложенных Специальным докладчиком, поскольку их существенная переработка на этом этапе уже неразумна[125].

---

119 Fourth report, para 141.

120 Ibid, paras 142–149.

121 Ibid, para 151.

122 Во втором докладе Специальный докладчик следующим образом описал, что понимается под дедуктивным методом: «…тот или иной принцип может считаться сформированным в рамках международно-правовой системы, когда он лежит в основе общих норм международного конвенционного и обычного права. Эти принципы «признаны» по смыслу пп. «c» п. 1 статьи 38 Статута в силу их широкого признания через посредство соответствующих договоров и обычных норм. Методология их выявления носит, по существу, дедуктивный характер: необходимо рассмотреть конкретные нормы международного права и вывести принципы, лежащие в их основе. Выявленный таким образом принцип может применяться независимо от соответствующих норм международного конвенционного или обычного права и даже в отсутствие последних. Этот принцип, другими словами, не является частью норм, из которых он был выведен». См. Second report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 9 April 2020, A/CN.4/74, para 145.

123 Report of the International Law Commission Seventy-sixth session (28 April–30 May 2025), A/80/10, para 236.

124 Provisional summary record of the 3711th meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, on Friday, 9 May 2025, at 10 a.m. (A/CN.4/SR.3711), p. 11.

125 Ibid, para 269.

Заключение

Анализ проекта заключений КМП и сопровождающих материалов в целом позволяет признать, что Комиссии не удалось четко разграничить международный обычай и общий принцип права, да и скорее всего не удастся. И тот, и другой источник международного права относятся к «неписаным», то есть они следуют из практики государств, от имени которых действуют законодательная, исполнительная и судебная ветви власти. Для выявления как обычая, так и общего принципа права необходимо продемонстрировать, что такую практику государства признают нормой международного права. Безусловно, практика государств, служащая основой обычая, традиционно больше изыскивается в международном общении органов исполнительной власти, а, говоря об общих принципах права, происходящих из национальных правовых систем, фокус внимания смещается больше в сторону национальных конституций, кодексов, законов и актов высших судов. Кроме того, при выявлении обычая анализируется повторяющаяся в течение определенного периода времени практика государств и на основании такой практики, то есть отдельных действий или в отдельных случаях и бездействий, формулируется норма права, а для общих принципов права все же следовало бы анализировать сами нормы, установленные государствами во внутреннем правопорядке, или применяемые в международных отношениях[126]. Однако работы КМП по комментированию форм существования практики государств в рамках международного обычного права и общих принципов права фактически стерли границы между обычаем и общими принципами права, происходящими из национальных правовых систем. Еще меньше различий можно обнаружить между нормами международного обычного права и общими принципами права, происходящими из международной правовой системы[127].

По-видимому, ни одна кодификация не способна решить данные проблемы нечеткости в системе источников международного права, поскольку такие нечеткости были присущи международной правовой системе как минимум с момента внесения общих принципов права в перечень источников права, которые может применять Постоянная палата международного правосудия. Упоминание общих принципов права в Статуте ППМП было, видимо, вызвано желанием найти некие общие

[126] Данное возможное отличие норм международного обычного права и общих принципов не упоминается КМП ООН и предложено автором.

[127] Т. Клейнляйн отмечает, что переосмысление соотношения между обычным международным правом и общими принципами права похоже на размышления над различиями двух незнакомцев (Kleinlein, 2017, p. 131).

деноминаторы всех правовых систем[128], возможно, происходящие из естественного права, проистекающие из морали и нравственности[129] и которые могли бы стать опорой для разрешения межгосударственных споров[130]. Однако осторожность государств, не желающих применять размытые формулировки, и неизбежный крен в сторону позитивизма фактически выхолостили эту красивую и романтическую идею, — вот почему сегодня все попытки сформулировать, что есть общий принцип права, признанный сообществом наций, и определить, чем он отличается от международного обычая, неизбежно порождают все новые вопросы. Характерно, что при обсуждении в Шестом комитете Генеральной Ассамблеи ООН проекта выводов об общих принципах права, было продекларировано, что тема не готова к кодификации[131].

Вместе с тем роль «падчерицы», которую общие принципы права исполняют в системе источников международного права, никак не снижает значение фундаментальных принципов международного права (провозглашенных прежде всего в Декларации о принципах

---

[128] Так, Специальный докладчик в первом докладе в подробностях излагает содержание дискуссии в Консультативном комитете юристов вокруг включения общих принципов права в проект Статута ППМП и приводит следующее предложение одного из членов (de Lapradelle): «Палата судит в соответствии с правом, справедливостью и равенством»; другой член Комитета (Loder) ясно высказался в пользу того, чтобы в Статуте были «упомянуты нормы, признанные и соблюдаемые во всем мире, нормы, которые, однако, еще не стали по своему характеру нормами позитивного права». First report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 5 April 2019, A/CN.4/732, paras 95–96. Некоторые авторы пишут о положениях, свойственных «праву вообще» (Тункин, 2009, с. 177; Wolfrum, 2019, para 33 (general law); Нефёдов, 2019, с. 11 (автор последней работы указывает, что правила поведения допустимо с позволительной долей условности рассматривать в качестве принципов права, поскольку в них также сформулированы общие основы, идеи, начала и положения, присущие любому праву)).

[129] См. текст оговорки Мартенса в преамбуле Конвенции о законах и обычаях сухопутной войны 1899 года: «Впредь до того времени, когда представится возможность издать более полный свод законов войны, Высокие Договаривающиеся Стороны считают уместным засвидетельствовать, что в случаях, не предусмотренных принятыми ими постановлениями, население и воюющие остаются под охраною и действием *начал международного права*, поскольку они вытекают из установившихся между образованными народами обычаев, из *законов человечности* и *требований общественного сознания* (курсив мой. — *И.Л.*). Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its Annex: Regulations Concerning the Law and Customs of War on Land, opened for signature 29 July 1899, 187 CTS 429 (entered into force 4 September 1900) preamble, quoted in Scott, J. (Ed.) (1918). *The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907*. Oxford University Press, p. 102.

[130] Член КМП Дж. Нези (Италия) начал свое выступление на пленарном заседании со следующего: «…с момента своего возникновения международное право никогда не действовало в изоляции, но часто ссылалось и черпало вдохновение из национальных правовых систем даже для того, чтобы определить содержание свойственных ему норм. Статья 38 (1) (c) Статута Международного Суда была основной точкой соединения между международной и национальными правовыми системами». Provisional summary record of the 3710th meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, on Thursday, 8 May 2025, at 10 a.m. (A/CN.4/SR.3710), p. 10.

[131] Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its seventy-eighth session, prepared by the Secretariat, 6 February 2024, A/CN.4/763, para 6.

международного права[132]), применяемые органами международного правосудия как договорные положения Устава ООН, как нормы международного обычного права[133] и как общие принципы права, сформированные в международной правовой системе. Ничто не мешает при этом применять в зависимости от контекста соответствующие принципы как нормы, которые одновременно являются и договорными положениями, и нормами международного обычного права, и общими принципами права. В этом плане КМП нисколько не смущается, указывая на триединую сущность таких принципов как, например, *pacta sunt servanda* или *good faith*.

В целом Комиссии международного права удалось решить важную задачу в процессе кодификации международного права в части общих принципов международного права, которые неизбежно и в дальнейшем будут своего рода «двигателем» международного права в силу отсутствия в последнем значительного количества норм и институтов, регулирующих целые пласты общественных отношений[134]. Понимая, что проект выводов во втором чтении Комиссией еще не принят, попробуем предварительно обобщить имеющиеся материалы, поскольку на настоящий момент уже понятен состав документов, «лежащий на столе» у членов Комиссии. Во-первых, сам факт работы над этой темой выводит третий вид источников международного права на весьма высокий уровень доктринального толкования (члены КМП действуют в личном качестве, но в рамках вспомогательного органа Генеральной Ассамблеи ООН) и межгосударственного обсуждения (в части комментариев правительств и обсуждения в Шестом комитете и на самой Генеральной Ассамблее). Во-вторых, провозглашение, пусть и не единогласное, существования как общих принципов права, происходящих из национальных правовых систем, так и общих принципов права, сформированных в международной

---

[132] Автор предисловия и редактор сборника статей, изданного к 50-летию Декларации о принципах международного права, утверждает, что необходимо вернуть изучение фундаментальных принципов в центр международно-правового образования и освежить нашу коллективную память, вспомнив почему возникли эти принципы и почему мы придавали такое большое значение их провозглашению и возлагали на них так много надежд. Далее автор отмечает, что на современном этапе нормативные основы международного правопорядка снова оказались под ударом (англ.: *contested*) (Viñuales, 2020, p. 7).

[133] Соответствующий обзор практики Международного Суда см. выше в разделе, посвященной Декларации о принципах международного права, сноски 99–108.

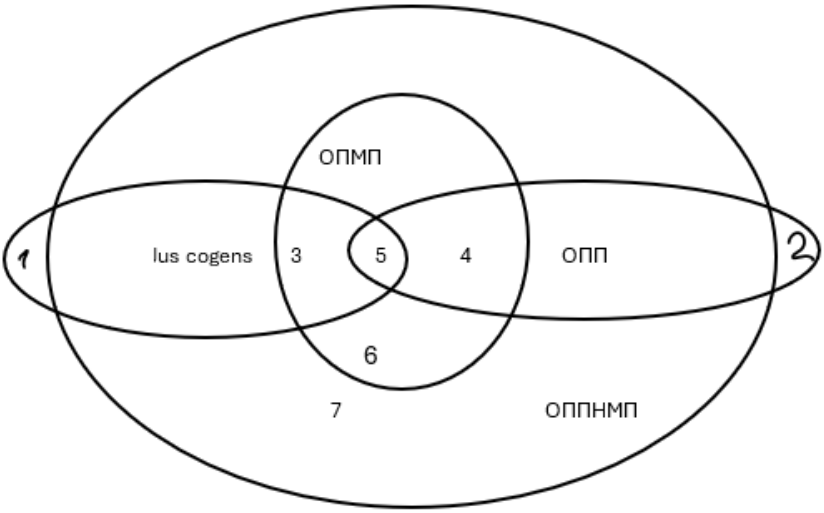
[134] Исследовательская группа Ассоциации международного права признает необходимость заимствования принципов из внутренних правовых систем в силу отсутствия соответствующих норм в международном праве и приводит в качестве примера суверенное банкротство. См. International Law Association, Report of the Study Group on the use of domestic law principles in the development of international law, (2018), para 1. В качестве другого примера пробелов в международном праве можно привести отсутствие регулирование практически всех финансовых отношений (Rutsel Silvestre, 2015).

правовой системе, показывает, что и тот, и другой вариант происхождения принципов возможен, и предлагает способы их выявления. В-третьих, дискуссии в КМП и Шестом комитете демонстрируют, что согласие государств является базовым условием существования общего принципа как источника международного права[135], и в этом плане любые опасения появления какого-либо принципа без такого согласия являются сегодня беспочвенными. В-четвертых, в комментарии к выводам представлены примеры общих принципов права, которые служат дополнительным доказательством существования того или иного принципа. Наконец, в-пятых, выявлена роль общих принципов права (служить средством устранения пробелов) и, пусть не очень убедительно, но все-таки заявлено о том, что принципы являются не менее важными источниками международного права, чем международные конвенции и международный обычай. В 2026 году после принятия проекта выводов во второй редакции и комментария к ним на семьдесят седьмой сессии КМП нам представится возможность еще раз вернуться к теме и верифицировать выводы настоящей статьи.

[135] Report of the International Law Commission Seventy-sixth session (28 April–30 May 2025), A/80/10, para 229, 231; Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its seventy-eighth session, prepared by the Secretariat, 6 February 2024, A/CN.4/763, para 6; См. Заявление Российской Федерации 2022 года, Шестой комитет, Краткий отчет о 31-м заседании (A/C.6/77/SR.31), п. 4; Заявление Российской Федерации, Шестой комитет, Краткий отчет о 26-м заседании (A/C.6/78/SR.26), п. 53; Submission from the United States to the International Law Commission on the draft conclusions on general principles of law and commentaries adopted on first reading December 17, 2024, p. 1; Fourth report on general principles of law by Marcelo Vázquez-Bermúdez, Special Rapporteur, 18 February 2025, A/CN.4/785, para 118: «Специальный докладчик напоминает, что для появления общего принципа права необходимо признание как на внутригосударственном уровне (через существование принципа в различных правовых системах мира), так и на международном уровне (через признание возможности транспонирования принципа)». Иное мнение выразил В. Л. Толстых, указавший в работе 2018 года, что «принципы права цивилизованных наций (общие принципы)… не зависят от актуального согласия государств и выглядят своего рода “мостом” к естественному праву и праву “народов”» (2018, с. 178).

ПРИЛОЖЕНИЕ 1

Соотношение различных категорий принципов и норм в международном праве



Примечания

1. Общепризнанные принципы и нормы международного права (ОППНМП) охватывают основные принципы международного права (ОПМП), нормы *jus cogens* и общие принципы права (ОПП). Последние две категории выходят за рамки ОППНМП в части региональных норм *jus cogens* и региональных ОПП (сегменты 1 и 2).

2. Основные принципы международного права (ОПМП) полностью входят в состав общепризнанных принципов и норм международного права (ОППНМП). ОПМП могут пересекаться с нормами *jus cogens* (сегмент 3), например, в части нормы *jus cogens* о запрете агрессии, являющейся частью принципа запрета применения силы или угрозы применения силы, а также с общими принципами права (ОПП — сегмент 4), например, в части принципа добросовестного выполнения обязательств. ОПМП, нормы *jus cogens* и ОПП могут совпадать (сегмент 5). В то же время могут

существовать основные принципы международные права, не являющиеся ни нормами *jus cogens*, ни общими принципами права (сегмент 6).

3. Могут существовать общепризнанные нормы и принципы международного права, не являющиеся ни нормами *jus cogens,* ни основными принципами международного права, ни общими принципами права, например, такой отраслевой принцип международного экологического права как «принцип предосторожности», имеющий обычно-правовое происхождение (сегмент 7).

4. Соотношение размера сегментов в схеме не имеет значения и не иллюстрирует количество норм и принципов.

ПРИЛОЖЕНИЕ 2

СПИСОК ПРИМЕРОВ ОБЩИХ ПРИНЦИПОВ ПРАВА, ИСПОЛЬЗОВАННЫХ В КОММЕНТАРИИ К ПРОЕКТУ ВЫВОДОВ КМП ООН В ПЕРВОМ ЧТЕНИИ[136]

1. Принцип добросовестности (Good faith)
2. *Res judicata*
3. *Lis pendens*
4. Право на конфиденциальность общения между адвокатом и клиентом (Right to lawyer-client confidentiality)
5. Проведения различия между компаниями и их акционерами (Separation between companies and shareholders).
6. Принцип налогообложения нерезидентов (Taxation of non-residents)
7. *Rebus sic stantibus*
8. Неосновательное обогащение (Unjust enrichment)
9. Определение «изнасилования» (Definition of “rape”)
10. Правопреемство для целей компенсации (Succession for purposes of compensation)
11. Гражданство подкидышей (Nationality of foundlings)
12. Суверенное равенство (Sovereign equality)
13. Территориальная целостность (Territorial integrity)
14. *Uti possidetis juris*
15. Невмешательство внутренние дела другого государства (Non-intervention in the internal affairs of another State)
16. Согласие на юрисдикцию международных судов и трибуналов (Consent to the jurisdiction to international courts and tribunals
17. Элементарные соображения гуманности (Elementary considerations of humanity)
18. Уважение человеческого достоинства (Respect for human dignity)
19. Нюрнбергские принципы (The Nurnberg Principles)
20. Принципы международного экологического права (Principles of international environmental law)
21. Допустимость косвенных доказательств (The use of indirect evidence)
22. Сторона, которая выдвигает тот или иной факт в поддержку своих притязаний, должна установить этот факт (The party that must establish a fact)
23. Принцип эстоппеля (Estoppel)

[136] Report of the International Law Commission Seventy-fourth session (24 April–2 June and 3 July–4 August 2023), A/78/10, Chapter IV, p. 10–41.

24. *Iura novit curia*
25. *Pacta sunt servanda*
26. *Lex specialis*
27. *Lex posterior*
28. Отказ в правосудии (Denial of justice)
29. Законность и конкретность (Legality and specificity)
30. Присвоение территории *ipso facto* распространяется на воды, прилегающие к присвоенной территории (The attribution of territory *ipso facto* carries with it the waters appurtenant to the territory attributed)
31. Принципы, лежащие в основе Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (Principles underlying the Convention on the prevention and Punishment of the Crime of Genocide)
32. Запрет преступлений по международному праву (The prohibition of crimes under international law)
33. Свобода морского сообщения (Freedom of maritime communication)
34. Обязательство каждого государства не допускать сознательного использования своей территории для действий, противоречащих правам других государств (Obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States)
35. *Force majeure*
36. Обязательство по возмещению ущерба за нарушения международного права (Obligation to make reparation of breaches of international law)
37. Обязательство по выплате мораторных или компенсационных процентов (The obligation to pay moratory or compensatory interests)
38. *Compétence-compétence*
39. Рассмотрение вопроса о превышении полномочий (Review of excess of mandate)
40. Никто не может быть судьей в собственном деле (No one can be judge in his or her own case)
41. Правило о бремени доказывания (The rule of burden of proof)
42. Возможность судить заочно (Possibility of trial in absentia)
43. Принцип свободного согласия (Free consent)
44. *Pacta tertiis nec nocent nec prosunt*
45. Принцип гармонизации (Harmonisation)

Список литературы / References

1. Абашидзе, А. Х. (2017). Принципы международного права: проблемы понятийно-содержательного характера. *Московский журнал международного права*, 4, 19–30.
   Abashidze, A. H. (2017). Principles of international law: problems of a conceptual and substantive nature. *Moscow Journal of International Law*, 4, 19–30.
2. Ануфриева, Л. П. (2019). Enigma российской Конституции 1993 года: «общепризнанные принципы и нормы международного права». *Право. Журнал Высшей школы экономики*, 3, 4–25.
   Anufrieva, L. P. (2019). The enigma of the Russian Constitution of 1993: ‘generally recognised principles and norms of international law’. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, 3, 4–25.
3. Ануфриева, Л. П. (2020). Дифференциация основных принципов и норм jus cogens как понятий теории и практики современного международного права. *Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), 76*(12), 53–67.
   Anufrieva, L. P. (2020). Differentiation of the basic principles and norms of jus cogens as concepts of theory and practice of contemporary international law. *Bulletin of O. E. Kutafin University (MGUA), 76*(12), 53–67.
4. Ануфриева, Л. П. (2020). Задумываясь над диссертационными исследованиями и их защитами: от чего зависит оценка "по гамбургскому счету". *Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА), 76*(12), 172–181.
   Anufrieva, L. P. (2020). Reflections on dissertation research and defences: what determines the ‘Hamburg score’ assessment. *Bulletin of O. E. Kutafin University (Moscow State Law Academy), 76*(12), 172–181.
5. Ануфриева, Л. П. (2021). Принципы в современном международном праве (некоторые вопросы понятия, природы, генезиса, сущности и содержания). *Московский журнал международного права*, 1, 6–27.
   Anufrieva, L. P. (2021). Principles in contemporary international law (some issues concerning the concept, nature, genesis, essence and content). *Moscow Journal of International Law*, 1, 6–27.
6. Ануфриева, Л. П. (2021). Продолжая дискуссию о собственно «принципах» в современном международном праве и не только… *Московский журнал международного права*, 2, 6–34.
   Anufrieva, L. P. (2021). Continuing the discussion on the actual ‘principles’ in contemporary international law and beyond... *Moscow Journal of International Law*, 2, 6–34.
7. Баскин, Ю. А., Крылов, Н. Б., Левин, Д. Б., Мовчан, А. П., Мюллерсон, Р. А., Тункин, Г. И., Усенко, Е. Т., Ушаков, Н. А., Фельдман, Д. И. (1989). *Курс международного права: в 7 т. Т. 1: Понятие, предмет и система международного права*. Наука.

Baskin, Yu. A., Krylov, N. B., Levin, D. B., Movchan, A. P., Mullerzon, R. A., Tunkin, G. I., Usenko, E. T., Ushakov, N. A., & Feldman, D.I. (1989). *Course of International Law: in 7 volumes. Vol. 1: Concept, Subject and System of International Law*. Nauka.

8. Граф Витцтум, В. (2015). Международное право = Völkerrecht. Инфотропик Медиа.
   Graf Witzum, W. (2015). *International Law = Völkerrecht*. Infotropic Media.
9. Гроций, Г. (1994). *О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права».* Ладомир.
   Grotius, H. (1994). *On the Law of War and Peace. Three books explaining natural law and the law of nations, as well as the principles of public law.* Ladomir.
10. Исполинов, А. С. (2025). Несколько жизней доктрины императивных норм (jus cogens) в международном праве. *Международное правосудие, 53*(1), 70–97.
    Ispolinov, A. S. (2025). Several lives of the doctrine of peremptory norms (jus cogens) in international law. *International Justice, 53*(1), 70–97.
11. Исполинов, А. С. (2025). Слухи о смерти международного права сильно преувеличены. Интервью. *Закон*, 8, 8–14.
    Ispolinov, A. S. (2025). Rumours of the death of international law are greatly exaggerated. Interview. *Zakon*, 8, 8–14.
12. Лукашук, И. И. (2007). *Международное право. Общая часть.* Волтерс Клувер.
    Lukashuk, I. I. (2007). *International law. General part*. Wolters Kluwer.
13. Нефёдов, Б. И. (2019). Принципы в международном праве: терминология. *Московский журнал международного права*, 1, 6–17.
    Nefedov, B. I. (2019). Principles in international law: terminology. *Moscow Journal of International Law*, 1, 6–17.
14. Ромашев, Ю. С. (2021). Общие принципы права в системе международного права. *Право. Журнал Высшей школы экономики*, 3, 148–174.
    Romashov, Yu. S. (2021). General principles of law in the international legal system. Law. *Journal of the Higher School of Economics*, 3, 148–174.
15. Ромашев, Ю. С., Постникова, Е. В. (2023). Принципы в международном праве. *Право. Журнал Высшей школы экономики, 16*(3), 192–220.
    Romashov, Yu. S., & Postnikova, E. V. (2023). Principles in international law. *Law. Journal of the Higher School of Economics, 16*(3), 192–220.
16. Ромашев, Ю. С. (2024). Иерархия норм международного права при их применении и в нормотворческом процессе. *Право. Журнал Высшей школы экономики, 17*(3), 180–211.
    Romashov, Yu. S. (2024). The hierarchy of international law norms in their application and in the rule-making process. *Law. Journal of the Higher School of Economics, 17*(3), 180–211.

17. Толстых, В. Л. (2019). *Курс международного права: Учебник*. Проспект.
Tolstykh, V. L. (2019). *Course on international law: Textbook*. Prospekt.

18. Тункин, Г. И. (2009). *Теория Международного права*. Зерцало.
Tunkin, G. I. (2009). *Theory of international law*. Zertsalo.

19. Усенко, Е. Т. (1995). Соотношение и взаимодействие международного и национального права и Российская Конституция. *Московский журнал международного права*, 2, 13–28.
Usenko, E. T. (1995). The relationship and interaction between international and national law and the Russian Constitution. *Moscow Journal of International Law*, 2, 13–28.

20. Усенко, Е. Т. (2011). *Очерки теории международного права*. Норма.
Usenko, E. T. (2011). *Essays on the theory of international law*. Norma.

21. Черниченко, С. В. (2014). *Контуры международного права. Общие вопросы*. Научная книга.
Chernichenko, S. V. (2014). *Contours of international law. General issues.* Scientific Book.

22. Шумилов, В. М. (2025). Обновленный теоретический взгляд на принцип наибольшего благоприятствования в современном международном правопорядке. *Московский журнал международного права,* 1, 6–16.
Shumilov, V. M. (2025). An updated theoretical view of the most-favoured-nation principle in the modern international legal order. *Moscow Journal of International Law*, 1, 6–16.

23. Bjorge, E. (2023). General principles of law formed within the international legal system. *International and Comparative Law Quarterly*, *72*(4), 845–867.

24. Broude, T., & Shany, Y. (Eds.) *Multi-sourced equivalent norms in international law (1st ed.)*. Hart Publishing.

25. Crawford, J., & Brownlie, I. (2012). *Brownlie's principles of public international law (8th ed.)*. Oxford University Press.

26. Fontanelli, F. (2011). Multi-sourced equivalent norms in international law. *European journal of international law, 23*(2), 597–604.

27. Gaja, G. (2020). General principles of law. In R. Wolfrum (Ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 4. Oxford University Press.

28. Keller, H. (2021). Friendly Relations Declaration (1970). In R. Wolfrum (Ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press.

29. Kleinlein, T. (2017). Customary international law and general principles: rethinking their relationship. In B. D. Lepard (Ed.), *Reexamining customary international law* (pp. 131–158). Cambridge University Press.

30. Kolb, R. (2006). Principles as sources of international law (with special reference to good faith). *Netherlands International Law Review,* 53, 1–36.

31. Lauterpacht, H. (2011). *The function of law in the international community.* Oxford University Press.

32. Malksoo, L. (2015). *Russian approaches to international law (1st ed.)*. Oxford University Press.
33. Mani, V. S. (1993). *Basic principles of modern international law — a study of the United Nations debates on the principles of international law concerning friendly relations and co-operation among states*. Lancers Books.
34. Müllerson, R. (2000). Ordering anarchy — international law in international society.]Martinus Nijhoff Publishers.
35. Rutsel Silvestre, M. *The financial obligation in international law (1st. ed.)*. Oxford University Press.
36. Tanzi, A. (2019). *A concise introduction to international law.* G. Giappichelli.
37. Verdross, A. (1966). Jus dispositivum and jus cogens in international law. *American Journal of International Law*, 60, 55–63.
38. Viñuales, J. E. (2020). Introduction: the fundamental principles of international law — an enduring ideal? In J. E. Viñuales (Ed.). *The UN Friendly Relations Declaration at 50: an assessment of the fundamental principles of international law* (pp. 1–11). Cambridge University Press.
39. Wolfrum, R. (2010). General international law (principles, rules, and standards). In R. Wolfrum (Ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press.
40. Wolfrum, R. (2019). Sources of international law. In R. Wolfrum (Ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford University Press.

Научная статья / Research Article
https://doi.org/10.17323/jil.2025.30032

Equal rights or exclusive control? The Svalbard Treaty in the age of change

A. Buyankin,[1] I. Johannsson,[2] A. Kazmina[3]

1 The International and Comparative Law Research Center (ICLRC), Moscow, Russia
andreybuyankin102@gmail.com
ORCID: 0009-0000-1941-2361

2 University of Iceland, Reykjavík, Iceland
isakarijohannsson@gmail.com
ORCID: 0009-0007-3782-0394

3 Vostokenergo LLC, Moscow, Russia
linakazmina9@gmail.com
ORCID: 0009-0000-1955-7069

Abstract

The article concerns the geographical scope of the Svalbard Treaty. This agreement establishes a unique treaty regime for the archipelago and its waters providing equal rights to the resources of the archipelago to all contracting parties. But since the 1920s, the law of the sea has developed significantly. Norway argued that this development gave it the rights, *first*, to establish fisheries protection zone around the archipelago, and, *second*, to prohibit any resource extraction activities seaward the Svalbard territorial sea. Norway arrested a number of foreign ships involved in such activities. A recent ruling of the Norwegian Supreme Court, opposed by other states and the EU, has given a boost to academic debates on the matter. The question of whether the Svalbard Treaty, and in particular the equal rights provisions of Articles 2 and 3, apply beyond the territorial sea is not just an interesting theoretical problem. There are three principal issues where it makes a practical difference whether or not the Treaty applies: exploration for and exploitation of oil and gas; exploitation of snow crab; and Norway's exercise of jurisdiction. Moreover, rapid ice melt and conditions of global warming, together with technological advances and increasingly accessible resources, have awakened competing interests. Thus, this study aims to answer the following research question: "What is the correct interpretation of the Svalbard Treaty as to its applicability beyond the territorial waters?". There are two opposing positions in the studied literature. The first position (shared mainly by the Norwegian authors) advocates for a restrictive interpretation of the Treaty based on the original meaning of the terms at the time of its conclusion. The second position

emphasises the object and purpose of the Treaty, arguing for the need for a dynamic interpretation of the geographical scope, taking into account the development of maritime law. This paper intends to analyse the validity of these assumptions, filling in the gaps of previous research.

Key words: Svalbard Treaty, treaty interpretation, evolutionary interpretation, territorial waters, full and absolute sovereignty

Citation: Buyankin A., Johannsson I., Kazmina A. Equal rights or exclusive control? The Svalbard Treaty in the age of change. *HSE University Journal of International Law*. 2025. Vol. 3. № 3. P. 91–120.

[1] **Andrey A. Buyankin** — intern.

[2] **Isak Johannsson** — student of master's program "Public administration".

[3] **Angelina N. Kazmina** — legal adviser.

Равные права или исключительный контроль? Договор о Шпицбергене в эпоху перемен

А. А. Буянкин[1], И. Йоханнссон[2], А. Н. Казьмина[3]

1 Центр международных и сравнительно-правовых исследований (ЦМСПИ), Москва, Россия
andreybuyankin102@gmail.com
ORCID: 0009-0000-1941-2361

2 Исландский университет, Рейкьявик, Исландия
isakarijohannsson@gmail.com
ORCID: 0009-0007-3782-0394

3 ООО Востокэнерго, Москва, Россия
linakazmina9@gmail.com
ORCID: 0009-0000-1955-7069

Аннотация

Статья посвящена территориальной сфере действия Договора о Шпицбергене. Данное соглашение устанавливает уникальный договорный режим для архипелага и его вод, предоставляя равные права на ресурсы архипелага всем договаривающимся сторонам. Но с 1920-х годов морское право претерпело значительные изменения. Норвегия утверждает, что они дали ей право, *во-первых*, создать рыбоохранную зону вокруг архипелага и, *во-вторых*, запретить любую деятельность по добыче ресурсов за пределами территориальных вод Шпицбергена. Норвегия арестовала ряд иностранных судов, причастных к такой деятельности. Недавнее решение Верховного суда Норвегии, против которого выступили другие государства — члены ЕС и сам Союз, дало толчок академическим дискуссиям.

Вопрос о том, применим ли Договор о Шпицбергене и, в частности, положения статей 2 и 3 о равноправии за пределами территориального моря, является не просто интересной теоретической проблемой. Существует три основных вопроса, при ответе на которые практическое значение имеет применение или неприменение договора: разведка и разработка месторождений нефти и газа, добыча краба-стригуна и осуществление Норвегией юрисдикции. Более того, быстрое таяние льдов и глобальное потепление в сочетании с технологическим прогрессом и растущей доступностью ресурсов привели к возникновению конкурирующих интересов. Таким образом, авторы ставят перед собой следующий исследовательский вопрос: каково правильное толкование Договора о Шпицбергене в свете современного развития международного права? В изученной литературе представлены две противоположные точки зрения. Первая позиция (разделяемая в основном норвежскими авторами) предполагает ограничительное толкование договора, основанное на первоначальном значении терминов на момент его заключения. Вторая позиция подчеркивает объект и цель международного договора, обосновывая необходимость эволюционного толкования его сферы применения в пространстве с учетом развития морского права. Авторы данной статьи анализируют состоятельность этих позиций, заполняя пробелы, выявленные в работах предшественников.

Ключевые слова: Договор о Шпицбергене, толкование договора, эволюционное толкование, территориальные воды, полный и абсолютный суверенитет

Для цитирования: Буянкин А. А., Йоханнссон И., Казьмина А. Н. Равные права или исключительный контроль? Договор о Шпицбергене в эпоху перемен. *Журнал ВШЭ по международному праву / HSE University Journal of International Law.* 2025. Vol 3. № 3. С. 91–120.

[1] **Андрей Александрович Буянкин** — стажер.

[2] **Исак Йоханнссон** — студент магистерской программы «Государственное управление».

[3] **Ангелина Николаевна Казьмина** — юрисконсульт.

Introduction

This paper examines whether provisions of the Svalbard Treaty (Treaty of Spitsbergen, hereinafter also — the Treaty) apply to sea areas outside of the Spitsbergen archipelago and its territorial waters. The Treaty establishes a unique regime for the archipelago and its waters, granting all contracting parties equal rights to the archipelago's resources.

The rights granted under the Treaty can be properly described as a comprehensive limitation to Norway's exercise of sovereignty. Nationals of the Parties enjoy equal rights to fishing and hunting,[1] equal access for any

[1] Treaty recognising the sovereignty of Norway over the Archipelago of Spitsbergen, including Bear Island [1920], Article 2(1).

reason to waters, fjords and ports,[2] and may carry "on all maritime, industrial, mining and commercial operations on a footing of absolute equality".[3] They shall be admitted according to the same conditions of equality.[4] Norway is also obliged in respect of "methods of acquisition, enjoyment and exercise of the right of ownership of property, including mineral rights," to grant "treatment based on complete equality".[5] Expropriation is restricted to grounds of public utility and on payment of proper compensation. It is clear that these rights have substantial economic value — and may yet become more substantial owing to the effects of climate change, or the discovery of natural resources such as petroleum, which, according to Ulfstein, appears to fall within both mining and commercial activities (Ulfstein, 1995, pp. 193–194).

However, the law of the sea has significantly developed since the 1920s. The United Nations Convention on the Law of the Sea (hereinafter — UNCLOS), adopted in 1982 (and ratified by Norway in 1996), was particularly influential by establishing new maritime zones unknown in 1920: a 12-nautical-mile territorial sea (replacing the traditional 3–4 miles), a 200-nautical-mile exclusive economic zone (hereinafter — EEZ), and continental shelf rights (Crawford, 2019, pp. 241–246). These developments create an interpretive challenge for the Svalbard Treaty, which uses terms like "territorial waters" that predate these concepts. There is considerable tension between the UNCLOS regime and the Svalbard Treaty regime, in particular in the light of Norway's interpretation.[6]

Norway argued that this development gave it the rights, first, to establish fisheries protection zone (hereinafter — FPZ) and EEZ around the archipelago and, second, to prohibit any resource extraction activities seaward of the Svalbard territorial sea. Norway arrested a number of foreign sea vessels involved in such activities (Østhagen, 2018, pp. 100–123; Stensrud & Østhagen, pp. 118–120). A recent ruling of the Norwegian Supreme Court, opposed by the EU,[7] has given a boost to academic debates on the question (Jensen, 2023, pp. 83–85).[8]

---

2 Ibid, Article 3(1).

3 Treaty recognising the sovereignty of Norway over the Archipelago of Spitsbergen, including Bear Island [1920], Article 3(1).

4 Ibid, Article 3(2).

5 Ibid, Article 7(1).

6 For Norway's interpretation, see *Sia North Star Ltd. v. The State of Norway represented by the Ministry of Trade, Industry and Fisheries* [2023] Supreme Court of Norway. Judgement. HR–2023–491–P case no. 22–134375SIV–HRET.

7 Council of the European Union (26 October 2023) Note Verbal to Norway (No. 21/23). https://www.jus.uio.no/ior/personer/vit/geiru/blog/filer/svalbard/note-verbale-26-oct-2023-svalbard.pdf.

8 See also Skoghøy, J. (2023, 23 March) *Ordlydsfortolkning av traktater — kommentar til snøkrabbedommen* (English: "Textual interpretation of treaties — comment on the Snow Crab decision"). *Rett24*.

Considering the comprehensive nature of the rights granted, Norway has sought to interpret the geographical scope in which the rights may apply in a narrow sense, which will be discussed below. There are also indications that Norway is seeking to limit its exposure to international tribunals. Following claims by Latvian investors, which concerned the scope of the Svalbard Treaty (investors complained about the deprivation of their investments made according to the Svalbard Treaty), under the Latvia — Norway BIT,[9] termination of the BIT with Latvia, along with several other BITs, was instituted by Norway.[10] Although that case was decided in Norway's favour (the tribunal found that it did not have jurisdiction over Svalbard), annulment proceedings are as of writing ongoing.[11] It is speculated that Latvia could possibly initiate proceedings before the International Court of Justice (hereinafter — ICJ).[12] Other investors have even instituted proceedings against third states, such as Spain, alleging breaches of the fair and equitable treatment (hereinafter — FET) and full protection and security (hereinafter — FPS) standards, consequent of Spain withdrawing snow crab licences near Svalbard in alleged fear of diplomatic reaction from Norway.[13]

The applicability of the Svalbard Treaty, and in particular the equal rights provisions of Articles 2 and 3, beyond the territorial waters is not just an interesting theoretical problem. Presently, three issues highlight a practical difference of the Treaty's application, each forming the subject of actual or potential dispute. These issues are: the exploration for and exploitation of oil and gas; the exploitation of snow crab; and Norway's exercise of jurisdiction in the FPZ. The first two matters are related to Svalbard's continental shelf and the third concerns the FPZ established from the archipelago. If the Treaty applies to these areas, the contracting parties would have the right to exploit resources in mentioned zones. So, there is a clash of competing interests. Norway wants to preserve the sea resources for itself; at the same time some other contracting parties wish to exploit them.

Moreover, rapid ice melt and conditions of global warming, together with technological advances and increasing accessibility of the resources, have awakened competing interests.

---

https://rett24.no/articles/ordlydsfortolkning-av-traktater--kommentar-til-snokrabbedommen.

9 *SIA North Star v Kingdom of Norway*, [2023] ICSID Case No ARB/20/11, Notice of Dispute.

10 Exchange of notes constituting an agreement between Norway and Latvia regarding the termination of the Agreement between Norway and Latvia on the mutual promotion and protection of investments (Norway—Latvia) (27 March 2023).

11 See *SIA North Star v Kingdom of Norway*, [2024] ICSID Case No ARB/20/11, Request for Annulment.

12 Ulfstein, G. (2023, 21 March) *Snøkrabbesaken avklart av Høyesterett — Haag neste?* (English: Snow Crab case determined by the Supreme Court — Hague next?). *Rett24*. https://rett24.no/articles/snokrabbesaken-avklart-av-hoyesterett--haag-neste.

13 *Igor Smirnov v Spain*, [2023] UNCITRAL, Notice of Investment Dispute.

The aforementioned demonstrates the relevance of the issue. However, this paper does not seek to unpack the extent of the rights or the merits of any potential claims but is limited to determining the geographical scope of the equitable regime. Thus, this study addresses the following research question*:* "What is the correct interpretation of the Svalbard Treaty as to its applicability beyond the territorial waters?".

In the scholarship analysed, no one questions the application of the Vienna Convention on the Law of Treaties (hereinafter — VCLT, the Convention) provisions to the Svalbard Treaty. Authors, as well as international courts, apply the VCLT provisions (Ørebech, 2017, pp. 53–58; Jensen, 2020, pp. 82–107). For example, while recognising that the VCLT does not formally apply to the Treaty, G. Ulfstein considers that it largely declares pre-existing customary international law (Ulfstein, 1995, p. 72), relying on statements of the ICJ.[14] One point where G. Ulfstein departs from the VCLT is the role of preparatory works to treaty interpretation, which he considers relevant (Ulfstein, 1995, p. 75). Moreover, two contrary positions were identified in the analysed scholarship. The first position emphasises restrictive interpretation, relying on the literal meaning of the words at the time of the Treaty conclusion (Rossi, 2015, p. 99; Ørebech, 2017, p. 71). The second one stresses the object and purpose of the Treaty and its context. It argues that the geographical scope of the Treaty should be interpreted dynamically and adjusted to the developments of the law of sea, such as creation of EEZs and continental shelf (Rossi, 2015, p. 99).

These contrary positions are sometimes based on opposite premises, which are asserted with little support in regard to key issues, e.g. it is asserted that the term "territorial waters" is specific and generic in different sources. This study will analyse the validity of these premises, thus filling the gaps and expanding on previous research. That said, the existing scholarly debates pay little attention to the principle of systemic integration or ecological matters.

The objective of this article is to conceptualise how the Treaty's geographical scope should be interpreted in the light of the modern development of international law. To fulfil this objective, the historical method is used, as well as the comparative method, and an interdisciplinary approach. The historical method is needed to understand the intentions of the parties by examining preparatory documents and circumstances of the conclusion of the Treaty in order to establish its possible interpretation. The comparative method is used to compare the Svalbard legal regime with other legal regimes. An interdisciplinary approach is used to understand the ecological problems and geopolitical background of the Treaty.

[14] *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v Senegal)*, [1991] I.C.J. Reports, 1991, p. 53, at p. 70; *Case Concerning the Territorial Dispute*, [1994] I.C.J. Reports, 1994, p. 6 at pp. 21–22.

The paper consists of three parts. Part 1 is dedicated to theoretical issues of the Treaty interpretation in an intertemporal context. Part 2 is dedicated to the interpretation of the Treaty term “full and absolute sovereignty”. Part 3 is dedicated to the interpretation of the term “territorial waters”.

1. Rules applicable to the interpretation of the Treaty of Svalbard

1.1. General remarks

In resolving a dispute between states and other subjects of international law, it is often necessary to interpret provisions of the agreement that underlies the dispute. Questions of interpretation arise and cause considerable controversy when interpreting a treaty concluded at the beginning of the XX century. When the Svalbard Treaty was signed, the law of the sea was at an early stage of its development. It must be recognised that the temporal aspect of interpretation is relevant, which is expressed in evolutionary, or dynamic, interpretation. The question of whether the provisions of a treaty can be interpreted in accordance with the understanding of the terms at the time of its conclusion (static approach), or whether the interpretation should consider the evolution of international law and the modern understanding of the terms used (evolutionary approach) is also relevant to the Treaty under consideration.

Interpreting law is never an abstract exercise (Dworkin, 1982, p. 179). Interpretation is always about giving meaning to the rule, obligation or right concerning existing or potential facts. It is about giving a flash to a particular set of norms and words in order to make them apply or not to certain facts (Dworkin, 1982, p. 180). For the interpreter, the question is whether the facts at hand come within the purview of the rule. Such questions make it necessary to read within the words used to phrase the rule and somehow see whether the facts are in it and are covered by those words. Very often various credible interpretations are possible, and a choice between them will have to be made; rather, a choice that reflects preferences often outside the law will be reasoned and justified according to legal parameters, notably on the basis of the rules of interpretation (Lekkas & Merkouris, 2022, pp. 187–188).

Treaties are always the result of compromises. As stated by P. Allott: “treaties are disagreements reduced to writing” (Allott, 1999, p. 43). That writing sometimes obscures various understandings because the drafters have opted for so-called constructive ambiguities (Singer, 2020, p. 307) to reach an agreement. Consequently, the same questions about the purpose of what has to be achieved through interpretation will arise. It is about faithfully finding the original intent of the author of the rule at the time the rule was designed, or

about discovering the rule's purpose and what it should achieve (Dörr & Schmalenbach, 2018, p. 560).

1.2. Applicability of the VCLT

Returning to the question of interpretation in general, the rules of interpretation codified in the VCLT come to mind. The VCLT was adopted in 1969 and entered into force in 1980, i.e. much later than the conclusion of the Svalbard Treaty in 1920. Article 4 of the VCLT excludes its formal application to treaties concluded before 1980. Therefore Articles 31–33 VCLT are not formally applicable to the Svalbard Treaty.

Despite this, many international courts and tribunals today apply the rules of Articles 31–33 VCLT without considering the absence of a retroactive factor. For example, the ICJ recognised the provisions of these articles as rules of customary international law that existed prior to codification in the VCLT. In the dispute between Libya and Chad, the Court applied the rules of interpretation from the VCLT to the 1955 treaty.[15] And in the *Advisory Opinion on the Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (2004), the ICJ explicitly referred to Articles 31 and 32 of the VCLT when interpreting the Fourth Geneva Convention of 1949.[16]

In the *Arbitral Award of 31 July 1989* the ICJ stated that: "Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties <…> may in many respects be considered as a codification of existing customary international law on the point".[17] In *Kasikili/Sedudu Island*, Article 31 of the VCLT was directly applied to a treaty dated back to 1890.[18]

Therefore, these rules should apply not only to pre-1980 treaties, but also to states that are not parties to the VCLT, such as the United States and France. For example, France, while recognising that Articles 31 and 32 constitute the customary law in force, raises the possibility that the customary rules might differ somewhat from the provisions of the VCLT in their application or content.[19]

The individual elements of Articles 31–32 were present in case law when the Svalbard Treaty was concluded in 1920. In *Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne* (1925), it was said by the Permanent

---

15 *Territorial Dispute (Libya v Chad),* [1994] Judgment, I.C.J. Reports 1994, p. 6, para 41.

16 *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, [2004] Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136, para. 94.

17 *Arbitral Award of 31 July 1989 (Guinea-Bissau v Senegal)* [1991] I.C.J. Reports 1991, p. 53, para 48.

18 *Kasikili/Sedudu Island (Botswana v Namibia),* [1991], Judgement, I.C.J. Reports 1999, p. 1045.

19 *Audit of Accounts Between the Netherlands and France in Application of the Protocol of 25 September 1991 Additional to the Convention for the Protection of the Rhine from Pollution by Chlorides of 3 December 1976 (Netherlands v France)* [2004] 25 RIAA 267. Award of 13 May 2014. Para. 57.

Court of International Justice (hereinafter — PCIJ) in its 1925 advisory opinion that: "[t]he Court must, therefore, in the first place, endeavour to ascertain from the wording of this clause what the intention of the contracting Parties was". On non-textual elements it was stated that it "can only concern the Court in so far as they are calculated *to throw light on the intention of the Parties at the time of the conclusion of that Treaty* (emphasis added)".[20] In *Polish Postal Service in Danzig*, it was stated that "it is a cardinal principle of interpretation that words must be interpreted in the sense which they would normally have in their context, unless such interpretation would lead to something unreasonable or absurd".[21] In the *Lighthouses* case: "[w]here the context does not suffice to show the precise sense in which the Parties to the dispute have employed these words in their Special Agreement, the Court, in accordance with its practice, has to consult the documents preparatory to the Special Agreement, in order to satisfy itself as to the true intention of the Parties".[22]

Nevertheless, despite this widespread recognition and endorsement of the interpretative rules in the VCLT as international custom, it is better to take a cautious approach to the issue, thinking critically and paying particular attention to the historical background. Examining the historical development of interpretative approaches reveals that, at the time of the 1920 Svalbard Treaty, there was no single universally accepted interpretative approach. Instead, there was a struggle between two main approaches — subjective (intentional) and objective (textual), reflecting the lack of established norms (Dörr & Schmalenbach, 2018, p. 560).

Interestingly, the geographical scope of the Svalbard Treaty in the context of rights to exploit resources on the continental shelf beyond the territorial waters of the archipelago was recently considered by the Norwegian Supreme Court.[23] The Court drew attention to the fact that the international law of the sea has changed considerably since the treaty was concluded, citing the provisions of the UNCLOS which establish the modern limits of the territorial sea (up to 12 nautical miles), the exclusive economic zone and the continental shelf. The Court therefore proceeded from the fact that the provisions of the Svalbard Treaty must be interpreted in the light of contemporary norms, considering the object and purpose of the Treaty, as well as the subsequent practice of the parties. In doing so, the Court referred to Articles 31 and 32 VCLT as universal

---

20 *Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne,* [1925] Advisory Opinion, P.C.I.J. Series B No. 12, p. 24.

21 *Polish Postal Service in Danzig*, [1925] Advisory Opinion, P.C.I.J. Series B, No. 11, p. 39.

22 *Lighthouses in Crete and Samos (France v Greece),* [1937] Judgment, 1937, P.C.I.J. Series A/B No. 71, p. 94.

23 See *Sia North Star Ltd. v. The State of Norway* [2023].

principles of interpretation that allow an evolutionary interpretation of “generic” Treaty terms such as “territorial waters”.

1.3. Approaches to treaty interpretation before 1920

The subjective approach focused on identifying and realising the intentions of the parties to the treaty. According to this approach, the purpose of interpretation was to ascertain what the parties had in mind when they concluded the treaty and what obligations they intended to assume (Johnstone, 1991, p. 373). This approach emphasised the preparatory materials (*travaux préparatoires*) and the circumstances of the conclusion of the treaty (Dörr & Schmalenbach, 2018, p. 565). Thus, the parties could rely on records of negotiations, diplomatic correspondence, and even the geopolitical environment in general for their interpretation. Proponents of the subjective approach argued that a treaty was the expression of the agreed will of the parties, and it was that will which should be the determining factor in the treaty interpretation (Dothan, 2018, p. 768). For the Svalbard Treaty this would mean examining negotiation protocols to understand how the parties saw “archipelago neutralization” and “equal access to resources”.

By contrast, the objective approach prioritised the text of the treaty. According to this approach, the intentions of the parties were to be derived primarily from the text of the treaty rather than from external sources (Jonas & Saunders, 2010, p. 577). The basic idea is that the text of the treaty is the most reliable expression of the parties’ intentions. According to this approach, interpretation should be based on the ordinary meaning of the terms used. Once a treaty is concluded, its text takes on an “objective existence” separate from the subjective intentions of the parties (Jonas & Saunders, 2010, p. 597). Therefore, balancing Norwegian sovereignty with the collective interests of other states requires consideration of developments in international law.

Referring to the historical context of codification, the first attempt was the Harvard Draft Convention on the Law of Treaties, which was written at Harvard Law School and published in 1935.[24] A third approach was then proposed that was sought to balance the first two. It recognised the importance of both the text of the treaty and the intentions of the parties, and took into account the purpose and object of the treaty. However, the Harvard Draft came fifteen years after the Svalbard Treaty.

In the *Greco-Bulgarian Communities* case (1930), when interpreting the 1919 Treaty, the PCIJ relied on the object and purpose (“the aim and

[24] Report on the Law of Treaties by J.L. Brierly, Special Rapporteur [1950] A/CN.4/23 Extract from the Yearbook of the International Law Commission: 1950, vol. II. p. 225.

object") of the treaty, "[i]f that had been its meaning, the Convention would have been in conflict with the object which it was designed to achieve, namely, to facilitate emigration as much as possible".[25]

When the Svalbard Treaty was concluded at the beginning of the XX century, there was no single universally accepted approach to the interpretation of international treaties. International law was in the process of development, and different legal traditions favoured different methods of interpretation. In the continental European tradition, especially the French and German schools of international law, the subjective approach often prevailed. The Anglo-American tradition, on the other hand, paid more attention to the text of the treaty, corresponding to an objective approach. An analysis of the international practice of that period shows that both approaches were used depending on the circumstances of a particular case.[26] The PCIJ has been flexible in its practice in the choice of means of interpretation.[27]

1.4. Evolutionary interpretation of the Treaty of Svalbard

International treaties, as a basis for regulating interstate relations, often face challenges caused by the dynamics of technological progress, globalisation and changing social values. Evolutionary interpretation, which allows treaties to be interpreted in the light of contemporary realities, has emerged as an answer to this problem. But its application is now controversial: is it an instrument of progress or a threat to the stability of international law?

Neither Article 31 nor Article 32 of the VCLT mentions the temporal aspect of interpretation. Historically, the International Law Commission (hereinafter — ILC) decided that linking interpretation to time is unnecessary — it was obvious and clear that a rule was to be interpreted at the time of its formulation, it was quite clear and already covered by the principle of good faith. So, there was no need for contemporaneity (Dörr & Schmalenbach, 2018, p. 572).

Moreover, evolutionary interpretation should be distinguished from evolutionary methods of interpretation. Thus, article 31 of the VCLT contains methods that are themselves dynamic, such as subsequent agreements or subsequent practice. Practice shows that these methods, although dynamic in

---

25 *Greco-Bulgarian "Communities"* [1930] Advisory Opinion, P.C.I.J. Series B. No 17, p. 22.

26 *Exchange of Greek and Turkish Populations*, [1925] Advisory Opinion, P.C.I.J. Series B No 10, p. 20.

27 *Competence of the ILO in Regard to International Regulation of the Conditions of the Labour of Persons Employed in Agriculture* [1922], Advisory Opinion, P.C.I.J. Series B No 2, p. 23; *SS "Wimbledon" (United Kingdom v Japan),* [1923] P.C.I.J. Series A No 1, p. 23 and 25–28.

nature, can be used in practice for static interpretation and interpretation of provisions to clarify the meaning at the time of their conclusion.[28]

However, the relationship between the VCLT and the evolutionary method of interpretation is the subject of debate in the literature. Some authors believe that the indication in Article 31 VCLT on the necessity to interpret according to the subject matter and purposes already implies a dynamic character (Kovalenko, 2018, pp. 93–96). Evolutionary interpretation relies on the idea that the "ordinary meaning" of terms can change over time, especially if they are open-ended or technology-dependent. On the contrary, others point out that dynamic interpretation is a tool for interpretation of the European Convention on Human Rights and has nothing in common with the VCLT (Smbatyan, 2019, p. 28). The evolutionary method of interpretation is therefore an institution in its own right, given its active application by international judicial bodies. The VCLT does not expressly enshrine this method, although judges in their decisions have expressly referred to its provisions when using it.

"Evolutionary" interpretation seeks to establish the meaning of a treaty at the time of its interpretation, and one of the key aspects is the concept of generic terms. Generic terms are terms the meaning of which may evolve over time, as opposed to static terms with the meaning fixed at the time of the agreement formation (Vidigal, 2021, pp. 203–219).

In practice, this notion was first articulated by the European Court of Human Rights (hereinafter — ECtHR) in *Tyrer v. UK*[29] and subsequently developed in detail in *Marckx v. Belgium*: "the Court recalls that the Convention must be interpreted in the light of contemporary conditions".[30] In these cases, it is very clear that *lex ferenda* (modern human rights standards) prevails over the historical context (*lex lata*). In most cases, the ECtHR expands existing provisions.

The evolutionary method has indeed become a kind of "wand-keeper" that keeps old international treaties from losing their relevance. The criteria for determining whether a term is generic are not always clearly defined in international law. However, based on the jurisprudence of international courts and tribunals, the intention of the parties, the nature of the treaty (whether it is long-term), the object and purpose of the treaty, and the nature of the term itself

[28] *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania),* [1949] I.C.J. Reports p. 4, at p. 25.
[29] *Tyrer v. UK*, [1978] ECtHR App no. 5856/72.
[30] *Marckx v. Belgium*, [1979] ECtHR App no 6833/74, para 41.

can be distinguished,[31] as some terms are themselves more open-ended, e.g. about technical or scientific concepts.[32]

In the context of the Svalbard Treaty, the terms “territorial waters” and “full and absolute sovereignty” are potentially generic. The question is whether they should be interpreted according to their meaning in 1920 or their contemporary meaning. The term “territorial waters” is particularly interesting given that the concept of maritime zones has changed significantly since 1920. At that time, territorial waters generally extended 3–4 nautical miles from the coast. However, today, international maritime law recognises a territorial sea up to 12 nautical miles wide, as well as additional zones such as EEZ and the continental shelf.

If a dynamic approach is taken, it may better fit the object and purpose of the Treaty, especially when viewed in the context of the current environmental realities of the Arctic. For example, the introduction of EEZ was a response to overfishing and the need to conserve marine resources, which is within the spirit of the Treaty.

1.5. Systemic integration

The principle of systemic integration, enshrined in Article 31(3)(c) of the VCLT, requires that “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties” be taken into account in interpreting an international treaty. Its essence is to ensure the coherence of the legal system integrating specialised norms into the general context of international law. The idea of systemic integration can be traced back to the works of Grotius and Vattel, who proposed to consider treaties in the context of general principles of law.[33] By the middle of XX century, the Institute of International Law (French: *Institut de Droit International*) and the ILC developed an approach whereby interpretation should take into account not just principles, but also “rules” of international law, including custom and treaty obligations. This was reflected in the final version of the VCLT, in which the term “rules” replaced the narrower “principles”, broadening the range of sources to be taken into account.

It can be argued that this principle did not exist in 1920 in the same wording as that found in the VCLT. Still, it was applied in a number of pre-VCLT cases. It was indicated that, when interpreting a treaty account should be taken of its

---

31 *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v Nicaragua),* [2009] Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213.

32 *Aegean Sea Continental Shelf (Greece v Turkey)*, [1978] Judgement, I.C.J. Reports 1978, p. 3.

33 Merkouris, P. (2020, August). *The Principle of Systemic Integration*. MPEiPro. https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e2866.013.2866/law-mpeipro-e2866

wider "normative environment".[34] The normative environment is also relevant in the present case.

2. Interpretation of the "full and absolute sovereignty" provisions of the Svalbard Treaty

2.1. Some conclusions from the previous part

This research on the general questions of treaty interpretation gives us a clue: most of the authors are mistaken in their argumentation, since the scheme of interpretation introduced in the VCLT was not a rule of customary international law prior to its adoption, and it cannot be used to interpret the Svalbard Treaty.

Interestingly, it was Russian authors who tended not to use the VCLT in their interpretation of the Treaty. Russian doctrine generally does not refer to the Convention in such instances. However, there were no explicit statements that the VCLT rules were inapplicable to the Svalbard Treaty either (Vylegzhanin, 2010, pp. 4–30; Poberezhnaya, 2010, pp. 316–324).

The approaches that influenced the VCLT wording were present at the time the Svalbard Treaty was concluded. But which of them should be applied to it? That is a difficult question. The signatory parties represented different types of legal systems and different approaches to the interpretation of international law. The UK and USA represented an objective approach, while France represented a subjective one.

However, it may not be necessary to resolve this issue for the purposes of the present study. If applying objective and subjective approaches brings the same result, then the question of which approach is better is irrelevant. This section will try to apply both approaches consequently to the notion of "full and absolute sovereignty" to find out if there is a contradiction between their results. If the results are the same, then there is no need to decide which one is "better". This article will also determine whether this term is a generic one and how systemic integration principle affects the interpretation. But some preliminary points are necessary first.

2.2. *Terra nullius* or *res communis*

It is usually stated that before the Treaty, Svalbard was a *terra nullius* (no man's land). This approach can be supported by the agreement between Norway and

[34] ILC. (2006, April 13). *Report on Fragmentation of International Law.* A/CN.4/L.682 paras 415. https://docs.un.org/A/CN.4/L.682

Russia of 1872,[35] where the term was expressly mentioned, or the preparatory work for the 1920 Svalbard Treaty, where the archipelago was also described as no man's land.[36] Some authors take this assumption (Churchill, 2022, p. 544). It is also reflected in the ruling of the Norwegian Supreme Court of 2023.[37] However, some scholars deny the validity of this approach and claim that Svalbard was a *res communis* (common thing) before the conclusion of the 1920 Treaty. The key difference between the two concepts is explained by G. Ulfstein. According to him, sovereignty over *terra nullius* may be acquired by occupation, whereas *res communis* cannot be the object of occupation (Ulfstein, 1995, p. 37).

What is *terra nullius*? The ICJ described it in its Advisory Opinion on Western Sahara as a territory belonging to no one.[38] According to Ørebech, the core characteristic of *terra nullius* is lack of governmental regulation.[39] However, the question arises: was the notion of *terra nullius* understood in the same way at the beginning of the XX century as it was later (Rossi, 2015, p. 120)?

One thing is clear: the legal regime of Svalbard prior to the Treaty differentiated from today's "traditional" understanding of *terra nullius*. There are at least two arguments for this position. Firstly, the archipelago's legal regime was established by the agreement between Russia and Norway, concluded in 1872 by the exchange of letters. It stated that the archipelago shall remain the *terra nullius* territory. But also, it recognised the equality of the rights of citizens of both parties in their ability to conduct economic activities and scientific research on the island (Dekanozov, 1966, p. 7). So, it cannot be said that there was no existing legal regime in Svalbard. Nor that no governmental authority was exercised under this territory, since the creation of a legal regime demands the exercise of certain state powers. Secondly, some states recognised Norwegian sovereignty over the archipelago before the Treaty was concluded but during the period of its preparation (for example, Denmark) (Fife, 2004, p. 182).

Before the Treaty, the legal regime of the Svalbard archipelago can be described as *res communis*, rather than the traditional *terra nullius*. The features

---

35 Agreement in the form of exchange of diplomatic notes between Russia and Sweden — Norway 1871–1872. In A.N. Vylegzhanin & Y.K. Zilanov, Spitsbergen: legal regime of adjacent marine areas. SOPS, 2006. P. 100–105.

36 Report of the Spitsbergen Commission to the Supreme Council of the Peace Conference (5 September 1919) in Papers Relating to the Foreign Relations of the United States (1946). The Paris Peace Conference. 1919. Vol. VIII. United States Government Printing Office, Washington. Appendix B to HD, from the Notes of a meeting of the Heads of Delegations of the Five Great Powers held in M. Pichon's Room at the Quai d'Orsay, Paris, on Thursday 25, 1919, at 10:30 a.m.). https://history.state.gov/historicaldocuments/frus1919Parisv08/d19

37 *Sia North Star Ltd. v. The State of Norway,* [2023] para 132.

38 Western Sahara, [1975] Advisory Opinion, 1975 I.C.J. Reports p. 12, at paras. 38, 79.

39 Ørebech, P. (2015, July) The "Long-Arm" Reach of the Svalbard Treaty?. *EXPRESSO,* p. 9.

of *res communis* can be found in the concluded Treaty itself. It creates an "equitable regime" and provides for the equal rights of all contracting parties to conduct scientific research and economic activities. Such a regulatory framework makes the Svalbard Treaty regime somewhat similar to the regime of existing global commons.

Some conclusions can be derived from analysis of the applicability of *terra nullius* concept to Svalbard before the Treaty conclusion. Since the existing regime was established by the Treaty, in case of its denunciation the sovereignty of Norway over Svalbard can be questioned (Vylegzhanin & Zilanov, 2006, p. 35). Moreover, the sovereignty of Norway over Svalbard is not only a right, but also a duty. Norway is not able to transfer its sovereign rights under the Treaty without the consent of the other parties. Indeed, it is also an economic duty, since Svalbard itself does not generate any material profits, neither for Norway nor for Russia (Jensen, 2020, p. 86).

Also, this historic background can shed some light on the intention of the parties in establishing Norwegian sovereignty. The signatory parties required some regulatory authority to exercise effective control over the archipelago. Before the First World War (hereinafter — WWI), the possibility of joint authority of contracting parties was discussed at a number of conferences. After WWI and the fall of the Russian Empire, Norway basically proposed itself as a regulatory authority, but the option of joint administration was still discussed and later rejected.[40]

Effective control was necessary because economic activities were already being carried on the archipelago. There was even a case of civil unrest (Rossi, 2015, p. 126). It was clear that existing personal jurisdiction over their nationals could no longer satisfy the contracting parties. But the signatory states wanted to exercise equal access to the resources of Svalbard and its territorial waters. This is reflected not only in concrete rights, provided by the text of the Treaty, but also in the notion of "equitable regime" mentioned in the preamble. It is also reflected in the fact that sovereignty over Svalbard is not just a right of Norway but its duty. The later analysis will reinforce this position.

2.3. Full and absolute sovereignty

There is a need to proceed to the notion of "full and absolute sovereignty" in the Treaty text. Norway's Supreme Court in the mentioned ruling of 2023 held that the "recognition" of sovereignty implies that Norway has the same sovereignty over the archipelago Svalbard as states have over their territory according to international law. The Court stated: "…High Contracting Parties

[40] Report to the Supreme Council of the Paris Peace Conference of 5 September 1919.

have recognised Norway's full and absolute sovereignty subject to the conditions imposed on Norway under the provisions of the Treaty… the reservation does not limit Norway's sovereignty as such, but Norway is obliged, in its exercise of power, to respect the rights that the nationals of the High Contracting Parties are ensured under the Treaty. Other limitations on Norway's exercise of sovereignty cannot be derived from the Treaty".[41] The Court also considered that no general rule of equity for all contracting parties can be found in the Treaty.[42] So, contracting parties' right to equality must derive from the individual provisions of the Treaty.[43]

This judgement represents a shift in the attitude of Norwegian courts, which previously sought to evade the question of the geographical scope of the Svalbard Treaty.[44] Some scholars also share this view. The Treaty speaks for itself. If the sovereignty of Norway is indeed full and absolute, then any limitations to it shall be interpreted restrictively. Any restriction as to the powers of Norway must be explicitly stated in the text of a treaty (Ørebech, 2017, p. 82).

However, there are a number of sources in favour of another position. Some argue that Norway was not granted full and absolute sovereignty. It is stated that Norway was given conditional, shared or limited sovereignty (Ayaydin, 2024, p. 273). Such a concept of sovereignty differs significantly from the traditional one. In that case, sovereignty is not created by occupation or, broadly, by social contract. It is created by the multilateral agreement. But in that case, there are certain conditions of sovereignty. However, if sovereignty has certain conditions, established externally (not by the state or its people), it is not possible to argue that it is "full and absolute". The Westphalian concept of sovereignty requires non-interference with internal affairs of the state (Ayaydin, 2024, p. 271). In the present case, what is meant under internal affairs very much depends on external factors. Interestingly enough, the term "*vilkår*" ("conditions") is also used by the Supreme Court of Norway in its 2023 case.[45]

The text of the Treaty also does not fit the notion of full and absolute sovereignty. Despite the words about an "equitable regime" and the equal rights of the nationals of all contracting parties, there are other limitations. For example, no charge or restriction can be imposed on the exportation of any goods of the nationals of the contracting parties, taxes, dues and duties levied shall be devoted exclusively to the Svalbard and shall not exceed what is required for the object in view. Also, the Treaty requires Norway to adopt

41 *Sia North Star Ltd. v. The State of Norway*, [2023] para 135.
42 Ibid, Para 140.
43 Ibid, Para 140.
44 See *Sia North Star Ltd. v. The State of Norway*, [2019] Supreme Court of Norway. Judgement HR–2019–282–S case no. 18–064307STR–HRET
45 *Sia North Star Ltd. v. The State of Norway*, [2023] paras 91, 134.

a special internal legislative act concerning Svalbard. So, the restrictions from the Treaty concern not only equal access for nationals, but also legislative capacity and questions of budget. With such limitations it is hard to say that sovereignty over this territory is truly “full and absolute”. The same view can be found in the preparatory documents of the Svalbard Treaty. During the conference, the Italian representative stated that the notion of “full and absolute sovereignty” is inaccurate as the sovereignty is limited by the stipulations of the Treaty and the latter one creates new precedent. The novelty of this precedent is that the archipelago is given on certain conditions (Gnatyuk, 1985, p. 248).

However, one could argue that, in a legal sense, sovereignty cannot be limited. There is a strong doctrinal approach, that states sovereignty is itself full and absolute. When the state gives out its jurisdictional powers to an international organisation or another state, no limitation of sovereignty occurs. It is just an exercise of sovereign powers, nothing more. In the political and economic sense, sovereignty can be limited, but it cannot happen in the legal field. The possession of equal sovereignty is a cornerstone of the modern international legal system.

However, three points can be made in this regard. Firstly, there are a number of cases when the subjects with limited sovereignty appeared in the international legal framework (like the membership of Belarussian and Ukrainian Soviet Republics in the UN during the Soviet era). Secondly, it is not necessary to resolve this highly complex and theoretical question. For the purposes of the present study, it is conceivable just to establish that sovereignty over Svalbard differs in nature from the traditional Westphalian concept. With these conclusions it is necessary to proceed to applying different approaches to the Svalbard Treaty.

2.4. Objective approach

As mentioned earlier, the objective approach to a treaty interpretation focuses more attention on the text of the treaty. Examination of the text of the Svalbard Treaty has led to the conclusion that the sovereignty granted to Norway is not full and absolute in the sense understood by Norway’s courts. The Treaty establishes sovereignty subjected to its stipulations. The word stipulation can be equated to the “condition”, and this was done by the Norwegian Supreme Court. So, the treaty establishes a certain *sui generis* legal regime (Churchill & Ulfstein, 2010, p. 565), which provides for a limited scope of sovereign jurisdiction. It is clear that sovereignty over Svalbard in its nature differs from the sovereignty over other Norway’s territory. But if the sovereignty across Svalbard is at its core different from the sovereignty over the other territories, Svalbard cannot “generate” any areas in which sovereign rights of the coastal state can be

exercised. Such areas include continental shelf and EEZ, in the case of Norway, FPZ. Nevertheless, this conclusion is incorrect. It would only be correct if Norway did not possess any sovereignty over the archipelago. But this assumption clearly contradicts the text of the Treaty. As stated in Article 1 of the Treaty, Norway is vested with sovereignty over Svalbard. But this sovereignty is conditional. If such sovereignty generates areas where sovereign rights of Norway can be exercised under the modern development of international maritime law, then such areas are subjected to the same conditions as the main archipelago. These conditions include equal rights for the high contracting parties with regard to the resources.

2.5. Subjective approach

As mentioned earlier, the subjective approach indicates that a treaty was the expression of the agreed will of the parties, and it was that will which should be the determining factor in its interpretation.

The state parties needed regulatory power over Svalbard. Due to historical background, Norway was the closest available state at the moment of the conclusion. And when a new legal regime of sea territories emerges, it is logical that such regulatory power shall also possess its sovereign rights over the archipelago. But contracting parties did not just vest Norway with sovereign power over Svalbard, they saved themselves an equitable regime. Since in the FPZ and continental shelf areas Norway acts as the regulating authority, the Treaty's restrictions should also be applied to this territory. And these limitations include equal rights for the contracting parties over the resources.

So, by applying both approaches, we come to the same conclusion. Norway has a right to establish EEZ and claim the continental shelf from Svalbard, but is required to provide an equitable regime for the contracting parties.

However, it can be argued that such outcome contradicts the principle which requires a restrictive approach of any provision limiting the sovereignty of a state (Fife, 2004, p. 190). There is evidence that such a principle existed at the Treaty's conclusion. For example, it was applied by the PCIJ in *S.S. Wimbledon* case.[46] However, some judgements dispute its overall validity.[47] It is no coincidence that it was not included in the VCLT's principles of interpretation.

That said, the sovereignty over Svalbard is because of its *conditional* nature different from the sovereignty that was discussed in the *Wimbledon* case, for example.

---

[46] *SS "Wimbledon" (United Kingdom v Japan),* [1923] P.C.I.J. Series A No 1, p. 24.

[47] *See Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v Nicaragua),* [2009] Judgment, I.C.J. Reports 2009, p. 213, para 48.

2.6. Dynamic and static interpretation

Initially, it should be said that legal scholars address these concepts instrumentally. For example, the Norwegian position was always considered as "static". But Andersen emphasised that regarding "full and absolute sovereignty" the Norwegian approach is dynamic since Svalbard generates areas which were not present in the international law in 1920 (Anderson, 2009, p. 381). Norwegian courts have tended to say that there is little room for dynamic interpretation in international law.[48] Ørebech used this concept to support the interpretation by Norwegian authorities (Ørebech, 2017, p. 53). The Russian view is generally considered as dynamic. However, neither the Russian state nor Russian scholars have used this term to justify their approaches.

In the present study, it can be said that the interpretation of the notion of full and absolute sovereignty is dynamic. From both the objective and subjective approaches, it is seen that sovereignty over Svalbard generates new areas. But these areas are subjected to the existing equal legal regime. It should be noted that, by introducing the concept of conditional sovereignty (hidden by the words of its full and absolute character), the parties vested Norway with the future benefits of these concepts. But they also intended to restrict them by introducing an equitable regime, which is evident from the text of the Treaty. Moreover, a static approach does not benefit Norway because it can be argued that Norway cannot establish any new zones from the archipelago since they were not mentioned in the Treaty.

2.7. Systemic integration

Now let us turn to the principle of systemic integration. Much has been said about the relations of the Svalbard Treaty with the UNCLOS. We will not address the issue of sovereignty here, but it is worth touching on the normative environment as to the ecological obligations of states under customary international law.

Greenhouse gas (GHG) emissions, extinction of different species, global warming, and other issues demand a clear answer from the international community. These problems also affect Svalbard and the surrounding areas. The huge potential reserves of oil and gas on the Svalbard continental shelf pushes Norway to protect its interpretation of a Treaty. The same can be said for fish and crab in these areas. But the circumstances also require a regulating authority, which can effectively control any extraction. And from today's perspective, the most effective authority in this case is Norway.

[48] *NOAS v. The State of Norway,* [2017] Supreme Court of Norway. Judgement. HR–2017–569–A case no. 2016/1379, para. 44.

Moreover, non-discriminatory use of such resources also benefits ecology. This assumption initially may sound absurd. However, ecologists are calling for the ban on oil and gas extraction on Svalbard's continental shelf. It is considered a great step forward in the fight with GHG emissions. Snow crab is a sedentary species that is legally "attached" to the continental shelf. However, in the case of the mentioned zones, it is an alien species that endangers other species. Non-discriminatory fishing could improve the current ecological situation. As to the FPZ, its regulations, at least formally, were always applied on non-discriminatory basis (Churchill, 2022, p. 546). This practice also supports the conclusions of this section of the paper. Equal access for the state parties to the areas that Svalbard generates would benefit the ecological situation in the region.

So, from the interpretation of the notion of full and absolute sovereignty, it is possible to say that Norway has the right to create an EEZ and continental shelf from Svalbard but is obliged to grant an equitable regime within these areas.

3. Interpretation of the "territorial waters" provisions of the Svalbard Treaty

3.1. Introductory remarks

In the *Snow Crab II* case, the Norwegian Supreme Court applied Article 31 of the VCLT, claiming that "[t]he interpretation must start with the words chosen by the parties, because these are considered to express most clearly what they have agreed upon".[49] The court's application of Article 31, which gave primacy to the text itself without giving effect to good faith, the object and purpose, has been subject to criticism. Former Justice of the Norwegian Supreme Court, J. Skoghøy, questioned the sufficiency of a textual primacy ("ordinary meaning") in construing the common intent of the parties regarding issues which the parties could not possibly have contemplated, such as the development of the EEZ.[50] In light of this, he considers as flawed interpretation based purely on the ordinary meaning of the terms, when the Supreme Court itself asserted that "[t]he parties had no basis for anticipating the developments of maritime law that occurred in the second half of the XX century, which expanded the coastal state's rights in the maritime areas".[51] Therefore, J. Skoghøy considers that "the

[49] *Sia North Star Ltd. v. The State of Norway*, [2023] paras. 111, 116 and 125.

[50] Skoghøy, J. (2023, 23 March). *Ordlydsfortolkning av traktater — kommentar til snøkrabbedommen* (English: Textual interpretation of treaties — comment on the Snow Crab decision. *Rett24*. https://rett24.no/articles/ordlydsfortolkning-av-traktater--kommentar-til-snokrabbedommen

[51] *Sia North Star Ltd. v. The State of Norway*, [2023] para. 193.

centre of gravity" in an interpretation of the common intent of the parties in such cases must necessarily lie with good faith and the object and purpose.

This is particularly applicable to the evolutionary interpretation of the geographical scope of the Svalbard Treaty, given that the parties necessarily knew that the meaning of the generic terms used in the Treaty would evolve over time. As the ICJ stated in the *Navigational and Related Rights*, where a treaty has been entered into for a very long period or is "of continuing duration, the parties must be presumed, as a general rule, to have intended those terms to have an evolving meaning".[52]

Moreover, as a matter of historical context, the territorial sea has not been defined, particularly in respect of Norway, where the extent of the territorial sea was last modified in 1812, and had been repeatedly altered before that (Kent, 1954, p. 552).

3.2. Objective approach

Initially, the common understanding of "territorial waters" implies that, especially for today's readers, this term could reasonably cover both the territorial sea, extending 12 nautical miles from the coast, and internal waters.[53] However, under the contemporary treaty law, the ordinary meaning is only decisive as far as it expresses the genuine intent of the parties (Jennings & Watts, 2008, p. 1271). As established, contemporary practice was to analyse the objective of a treaty, in addition to whether the result was reasonable (good faith).

The Treaty preamble says the following (emphasis added): "[d]esirous, *while* recognising the sovereignty of Norway over the Archipelago of Spitsbergen, including Bear Island, *of seeing these territories provided with an equitable regime*, in order to assure their development and peaceful utilisation".[54] In the construction of the preamble, the primary objective expressed is to create an equitable regime. The word "desirous" is directed at "of seeing these territories with an equitable regime", and for the stated purpose ("in order to") of assuring the development and peaceful utilisation. The recognition of sovereignty exists as a separate clause, i.e. not the target of "desirous", and is to be regarded independently. The Treaty therefore desires to establish an equitable regime, while also recognising Norway's sovereignty. In that sense, the primary objective of the Treaty appears to be the establishment of an equitable regime. At the very

---

52 *Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v Nicaragua),* [2009] para. 66.

53 See *Interpretation of Article 3, Paragraph 2, of the Treaty of Lausanne,* [1925] and *Polish Postal Service in Danzig,* [1925].

54 For contemporary application of preamble, see *Competence of the ILO in regard to International Regulation of the Conditions of Labour of Persons Employed in Agriculture* (Advisory Opinion), [1922] P.C.I.J. Series B No 2/3, p. 25.

least, the establishment of an equitable regime ranks equally to the recognition of sovereignty.

The term “equity” refers to equal access, as evidenced by the substantive provisions in which the word “equal” or its equivalents are always used in conjunction with equal access to territories, territorial waters, waters, or similar.[55] ”Access” expressly refers to both mineral rights and fish,[56] suggesting that the equitable regime is intended to apply to both the subsoil and the waters of the territorial sea.

The grant of sovereignty is intrinsically linked with the establishment of the equitable regime. The Treaty is a bargain: Norway gets sovereignty, while everyone else gets equal access. When read as a whole, it is difficult to justify separating the scope of sovereignty from that of the equitable regime. The rights in Articles 2 and 3 of the Treaty are relevant to the territory, territorial waters, the continental shelf and to the EEZ. An evolution of Norway’s sovereignty without a corresponding evolution of the equitable regime is therefore contrary to the Treaty understood according to the objective approach.

3.3. Subjective approach

The Norwegian Supreme Court also referred to the preparatory works of the Treaty.[57] Without drawing any significant conclusions, it considered that preparatory works were generally supportive of a freezing of the geographical scope of the equitable regime according to 1920 borders. It was also pointed out that the equitable regime was without any reservations, indicating a considerable willingness of Norway in affording them, suggesting that it would also have accorded rights in the EEZ had it been relevant (Churchill & Ulfstein, 2010, p. 575). The first matter appears to relate to the extent of the equitable regime rather than to its geographical scope, and therefore does not inform the issue any more than what is already expressed or implied in the Treaty. The second matter appears more relevant, but is also limited, as it does not equate to Norway’s actual consent. As with the interpretation of the Treaty, the lack of a contemporary basis for anticipating developments limits the conclusions which may be drawn from the analysis of the preparatory works.

The intentions behind the Treaty[58] were to: (i) clarify the sovereignty of Svalbard, and (ii) preserve the preexisting rights enjoyed in the *terra nullius* and on the high seas. Were the equitable regime not to apply to the high seas,

---

55 Treaty recognising the sovereignty of Norway over the Archipelago of Spitsbergen, including Bear Island [1920], Articles 2, 3, 8.

56 Ibid, Article 7.

57 *Sia North Star Ltd. v. The State of Norway*, [2023], para 131.

58 See *Polish Postal Service in Danzig* [1925]

granting Norway full sovereignty, the result would be a considerable reduction in the Parties' rights compared to their pre-treaty entitlements, suggesting an unreasonable aim for the beneficiaries of the equitable regime. At the same time, it may not be fair to automatically assume Norway as consenting to a wide geographical scope, considering that it could also conceivably have benefitted from leaving the territory as *terra nullius* in the long term, in the way of future claims or regimes over the territory.

Furthermore, as the claimant in *Snow Crab II* argued,[59] contrary interpretation would lead to an anomalous result: Norway would have *greater* rights within the EEZ than in the territorial sea of 12 nautical miles itself, which directly contradicts the general modern regime expressed in the UNCLOS. Although all Contracting Parties to the Svalbard Treaty are not parties to the UNCLOS, it is unlikely that the parties intended to establish a permanent regime which would be opposite to future developments in international law.

To conclude, both objective and subjective interpretations contain certain elements pointing to either direction. The conclusion of the present analysis is, therefore, that the geographical scope of the Svalbard Treaty extends from the coast to the entire 200-nautical-mile limit of the EEZ, including the continental shelf and the waters themselves. Any other interpretation would separate the jurisdiction with the equitable regime. This is reflected in the contemporary rules of interpretation at the time of the Svalbard Treaty conclusion.

3.4. Impact of climate change law on geographical scope

As mentioned, under the UNCLOS regime, the general rule is that the territorial sea extends 12 nautical miles from the coast. The distance is generally calculated according to the low-water line along the coast.[60] This rule is considered to reflect customary international law. The EEZ is calculated in the same manner, which reflects the maxim “the land dominates the sea”.[61] This raises the question of how modifications to the land, owing to climate change, may modify rights to the sea. Climate change is thought to impact the geographical scope in at least two ways, namely as a result of the low-water line receding (i) by the melting of coastal ice in Svalbard itself (Urbanski & Litwicka, 2022, p. 535), or (ii) due to rising sea levels.

An ILC has been dealing with the issue of “[s]ea-level rise in relation to international law”,[62] which significantly touches upon the geographical scopes of

---

59 See *Sia North Star Ltd. v. The State of Norway*, [2023] para 196.

60 United Nations Convention on the Law of the Sea, [1982] Articles 3–5.

61 *North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v Denmark)* [1969] Judgement, I.C.J. Reports 1969, p. 3, at para 96.

62 ILC (2023) Sea-level rise in relation to international law. Additional paper to the first issue paper. A/CN.4/761. https://docs.un.org/A/CN.4/761

territorial seas and EEZ's. Their analysis is instructive not only in relation to sea-level rise, but also the receding coastlines generally. Firstly, many states emphasise the need for legal stability.[63] Secondly, many states emphasise that the UNCLOS provisions do not strictly forbid the freezing of baselines. In fact, it already permits fictitious baselines "because of the presence of a delta and other natural conditions the coastline is highly unstable".[64] This demonstrates a general willingness to freeze baselines.

The effects of climate change, it is argued, could fall under the definition of "other natural conditions".[65] This logic can be applied not only to sea-level rise, but also to the melting of ice. State submissions emphasised a desire for legal stability of maritime borders,[66] which also reflects a "fundamental principle" applied by the ICJ itself.[67] As the ILC also pointed out, in the UNCLOS, it is largely the prerogative of the states to supply the geographical data which forms the basis of the low-water line.[68] In practice, this means that the territorial sea may simply be frozen by failing to update the geographical data. As Norway, and thus Svalbard, is a party to the UNCLOS, this is one option. However, because not all parties to the Svalbard Treaty are parties to the UNCLOS, the equitable regime does not apply automatically.

Article 59 of the UNCLOS provides for the resolution of conflicts "on the basis of equity".[69] In this respect, there may be different positions for Small Island Developing States (hereinafter — SIDS) and developed states, when considering the ideas like common but differentiated responsibilities, as reflected in the climate conventions.[70] In particular, the preamble of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) refers to the historical and current emissions of developed states (i.e. Annex I countries),[71] including Norway, which has the highest per capita emissions rates even amongst the Annex I countries. Some submissions to the ILC suggested that the loss of maritime entitlements was not "inherently inequitable".[72] Certainly, academic commentary on the application of equity in relation to sea-level rise appears to be closely connected to the position of SIDS and

63 Ibid.
64 ILC (2023) Sea-level rise in relation to international law. Additional paper to the first issue paper. A/CN.4/761. https://docs.un.org/A/CN.4/761
65 Ibid.
66 Ibid.
67 "[o]nce agreed, the boundary stands, for any other approach would vitiate the fundamental principle of the stability of boundaries", in *Territorial Dispute (Libya v Chad),* [1994] p. 37.
68 United Nations Convention on the Law of the Sea, [1982].
69 Ibid, Article 59.
70 United Nations Framework Convention on Climate Change, [1992].
71 Ibid., Preamble, para 3.
72 ILC. (2023). Sea-level rise in relation to international law. Additional paper to the first issue paper. A/CN.4/761. Para 202. https://docs.un.org/A/CN.4/761.

common but differentiated responsibilities (Wagner, Yu, Dunn, 2022). Therefore, the force of arguments based on equity in regard to the freezing of the low-water baseline in Svalbard is therefore limited.

The impact of climate change on Svalbard's geographical scope poses legal challenges, as melting ice and rising seas could alter maritime boundaries. While the UNCLOS may permit "freezing" baselines for stability, equity-based arguments for preserving Norway's maritime entitlements are weakened by its status as a high-emission developed state. Therefore, a fictitious low-water baseline not based on geological realities is less compelling than it would be for SIDS.

Conclusion

The Svalbard Treaty regime can be named one of the most unique creations of the early XX century. Being the ascendant of WWI, it proved its efficiency over the years. The current disputes over the geographical scope of the Treaty are just another evidence of this. Current challenges created by the modern ecological situation demand careful examination of the 1920 Treaty in order to find reasonable solutions.

As for the results of the present study the following conclusions can be drawn. Firstly, contrary to the mainstream approaches, the VCLT rules are inapplicable to the Svalbard Treaty. In the 1920s, the customary international treaty law reflected two existing approaches: objective and subjective. In the context of the Svalbard Treaty, the terms "territorial waters" and "full and absolute sovereignty" can be seen as potentially generic terms. Secondly, Norway is vested with conditional sovereignty over the Svalbard archipelago. Due to the interpretation of the term "full and absolute sovereignty" from the Treaty using relevant customary international law it is clear that Norway has a right to establish FPZ or EEZ and claim continental shelf from Svalbard. However, the equitable regime, established by the Treaty, is applicable to these zones. It is also necessary for Norway to fulfill ecological obligations as a coastal state. Thirdly, due to the analysis of the term "territorial waters" in the Treaty, the geographical scope of the Svalbard Treaty extends from the coast to the entire 200-nautical-mile limit of the EEZ, including the continental shelf and the waters themselves, as any other interpretation would separate the jurisdiction with the equitable regime. This is reflected in the contemporary rules of interpretation at the time of the conclusion of the Svalbard Treaty. Climate change impacts on Svalbard's geographical scope present legal challenges as melting ice and rising seas could alter maritime boundaries.

Список литературы / References

1. Вылегжанин, А.Н. (2010). Вопросы толкования и исполнения Договора о Шпицбергене 1920 года. *Московский журнал международного права*, (1), 4–30.
   Vylegzhanin, A.N. (2010). Contemporary Interpretation and Application of the Treaty of Spitsbergen of 1920. *Moscow Journal of International Law*, (1), 4–30. https://doi.org/10.24833/0869-0049-2010-1-4-30
2. Вылегжанин, А.Н., Зиланов, В.К. (2006). *Шпицберген: правовой режим прилегающих морских районов*. СОПС.
   Vylegzhanin, A.N., & Zilanov, Y.K. (2006). *Spitsbergen: legal regime of adjacent marine areas*. SOPS.
3. Гнатюк, Г.Г. (1985). Шпицберген. В Ю.Г. Барсегов (Отв. ред.), *Словарь международного морского права*. Международные отношения.
   Gnatyuk, G.G. (1985). Spitsbergen. In Y.G. Barsegov (Ed.), *Dictionary of International Maritime Law*. International Relations
4. Деканозов, Р.В. (1966). *Международно-правовое положение Шпицбергена.* Автореферат диссертации на соиск. уч. степ. канд. юр. наук. Свердловский юридический институт.
   Dekanozov, R.V. (1966). *The international legal situation of Svalbard*. Abstract of the dissertation for the degree of candidate of sciences in Law. Sverdlovsk Law Institute..
5. Коваленко, С.И. (2018). Роль ст. 31 Венской Конвенции о праве международных договоров в обосновании использования Европейским судом по правам человека эволюционного подхода к толкованию норм Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. *Вестник Московского университета*. *Серия 11. Право*, (5), 90–100.
   Kovalenko, S.I. (2018). The role of Article 31 of the Vienna Convention on the Law of International Treaties in substantiating the use by the European Court of Human Rights of an evolutionary approach to interpreting the norms of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. *Bulletin of the Moscow University*. *Episode 11. Law*, (5), 90–100.
6. Побережная, Е. В. (2010). Актуальные вопросы правового статуса Шпицбергена и прилегающих морских районов. *Актуальные проблемы российского права*, (2), 316–324.
   Poberezhnaya, E. V. (2010). Current issues of the legal status of Svalbard and adjacent marine areas. *Actual Problems of Russian Law*, (2), 316–324.
7. Смбатян, А.С. (2013). Человеческий фактор евразийского правосудия. *Евразийский юридический журнал*, *12*(67), 26–30.
   Smbatyan A.S. (2013) The human factor of Eurasian justice. *Eurasian Law Journal*, *12*(67), 26–30.

8. Фифе, Р. (2004). Предмет и цели договора о Шпицбергене (Свальбарде) с точки зрения международного морского права. *Московский журнал международного права,* (4), 170–202. https://doi.org/10.24833/0869-0049-2004-4-170-202
Fife, R. (2004). The Subject and Objectives of the Svalbard Treaty from the Point of View of International Maritime Law." *Moscow Journal of International Law*, (4), 93–136. https://doi.org/10.24833/0869-0049-2004-4-170-202
9. Allott, P. (1999). The concept of international law. *European Journal of International Law*, *10*(1), 31–50. https://doi.org/10.1093/ejil/10.1.31
10. Anderson, D. H. (2009). The status under international law of the maritime areas around Svalbard. *Ocean Development & International Law*, *40*(4), 373–384. https://doi.org/10.1080/00908320903285455
11. Ayaydin, E. (2024). Under the shadow of absolute sovereignty: exploring conditional sovereignty in the case of Svalbard geopolitics. *Ocean and Coastal Law Journal*, (29), 265–284.
12. Churchill, R. (2022). The disputed scope of the Svalbard Treaty offshore: a new approach to resolving the issue. *Nordic Journal of International Law*, *91*(4), 544–567. https://doi.org/10.1163/15718107-91040002
13. Churchill, R., & Ulfstein, G. (2010). The disputed maritime zones around Svalbard. In M. Nordquist, J. Norton Moore, & T. H. Heidar (Eds.), *Changes in the arctic environment and the law of the sea*. Brill | Nijhoff. https://doi.org/10.1163/ej.9789004177567.i-594.156
14. Crawford, J. (2019). *Brownlie's principles of public international law (9th ed.).* Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/he/9780198737445.001.0001
15. Dörr, O. (2018). Article 31. In: O. Dörr, & K. Schmalenbach (Eds.), *Vienna Convention on the law of treaties.* Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-662-55160-8_34
16. Dothan, S. (2018). The three traditional approaches to treaty interpretation: a current application to the European Court of Human Rights. *SSRN Electronic Journal*. https://doi.org/10.2139/ssrn.3241331
17. Dworkin, R. (1982). Law as interpretation. *Critical Inquiry*, *9*(1), 179–200. https://doi.org/10.1086/448194
18. Jennings, R., & Watts, A. (2008). Treatises. In R. Jennings, & A. Watts (Eds.), *Oppenheim's International Law: Volume 1 Peace*, 9th Edition. Online edn, Oxford Law Pro. https://doi.org/10.1093/law/9780582302457.003.0014
19. Jensen, Ø. (2020). The Svalbard Treaty and Norwegian sovereignty. *Arctic Review on Law and Politics*, (11), 82–107. https://doi.org/10.23865/arctic.v11.2348

20. Johnstone, I. (1990). Treaty interpretation: The authority of interpretive communities. *Michigan Journal of International Law*, *12*(2), 371–419.
21. Jonas, D. S., & Saunders, T. N. (2010). The object and purpose of a treaty: three interpretive methods. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, *43*(3), 565–609.
22. Kent, H. S. K. (1954). The historical origins of the three-mile limit. *American Journal of International Law*, *48*(4), 537–553. https://doi.org/10.2307/2195021
23. Lekkas, S., & Merkouris, P. (2022). Interpretation of international Law: rules, content, and evolution. *Netherlands International Law Review*, *69*(2), 183–189. https://doi.org/10.1007/s40802-022-00226-w
24. Ørebech, P. T. (2017). The geographic scope of the Svalbard Treaty and Norwegian sovereignty: historic — or evolutionary — interpretation? *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, *13*(2017), 53–86. https://doi.org/10.3935/cyelp.13.2017.287
25. Østhagen, A. (2018). Managing conflict at sea: the case of Norway and Russia in the Svalbard Zone. *Arctic Review on Law and Politics*, (9), 100–123. https://doi.org/10.23865/arctic.v9.1084
26. Rossi, C. R. (2015). A unique international problem': The Svalbard Treaty, equal enjoyment, and terra nullius: lessons of territorial temptation from history. *Washington University Global Studies Law Review*, *15*(1), 93–136.
27. Singer, J. (2020). The case of constructive ambiguity in Israel-Arab peace negotiations. In Y. Dinstein, & J. Lahaff (Eds.), *Israel yearbook on human rights*. Brill | Nijhoff. https://doi.org/10.1163/9789004440555_013
28. Stensrud, C.J. & Østhagen, A. (2024). Hybrid warfare at sea? Russia, Svalbard and the Arctic. *Scandinavian Journal of Military Studies*, *7*(1), 111–130. https://doi.org/10.31374/sjms.233
29. Ulfstein, G. (1995). *The Svalbard Treaty: from terra nullius to Norwegian sovereignty.* Scandinavian University Press.
30. Urbański, J. A., & Litwicka, D. (2022). The decline of Svalbard land-fast sea ice extent as a result of climate change. *Oceanologia*, *64*(3), 535–545. https://doi.org/10.1016/j.oceano.2022.03.008
31. Vidigal, G. (2021). Evolutionary interpretation and international law. *Journal of International Economic Law*, *24*(1), 203–219. https://doi.org/10.1093/jiel/jgaa035
32. Wagner, L., Yu, K. M. J., & Dunn, F. (2022). Rising seas and uncertainties: Establishing static maritime borders to ensure equity in the face of sea level rise. *Journal of Science Policy & Governance*, *20*(3). https://doi.org/10.38126/jspg200307

https://doi.org/10.17323/jil.2025.30033

ОБЗОР ПРЕДМЕТНОГО ПОЛЯ | SCOPING REVIEW

Evolution of approaches to international courts' effectiveness assessment

D. A. Popleteeva

Business Legal Solutions Custos Group,
Moscow, Russian Federation
ppltvd@yandex.ru
ORCID: 0009-0005-0657-1765

Abstract

International courts' effectiveness is quite a contested concept that requires strictly defined and clearly described criteria. Numerous legal scholars have tried to describe this phenomenon. L. R. Helfer is recognised as the initial scholar to emphasise the classical legal criteria of international courts' effectiveness. Subsequently, Y. Shany has proposed modern criteria that blend social and legal approaches. More recently, G. Navarro and certain other academics have applied the classical criteria developed by L. R. Helfer to current realities. For example, C. Calabria applied "classical legal criteria" for modern legal institutes. G. Navarro has specifically examined the activity of one particular international court, employing both classical and new criteria, including the so-called "efficiency chain". However, there are certain gaps in these studies. As indicated above, legal scholars have mostly focused on development of new criteria rather than on analysis of existing ones. This results in a lack of comparative and critical analysis of all the effectiveness criteria tested throughout time. Moreover, there is scarce research on feasibility of applying social or other non-legal approaches. Hence, this paper is dedicated to the analysis of certain gaps mentioned above. It examines the historical trajectory of the development in application of different effectiveness criteria for international courts. The main aim of this paper is to structurise the doctrinal approaches to assessment of the international courts' effectiveness developed over time and to practically compare the described methods.

Key words: international courts, international courts' effectiveness, legal approach, socio-legal approach

Citation: Popleteeva D. Evolution of approaches to international courts' effectiveness assessment. *HSE University Journal of International Law*. 2025. Vol. 3. No. 3. P. 121–146.

Daria A. Popleteeva — lawyer.

Эволюция подходов к оценке эффективности международных судов

Д. А. Поплетеева

Business Legal Solutions Custos Group,
Москва, Россия
ppltvd@yandex.ru
ORCID: 0009-0005-0657-1765

Аннотация

Эффективность представляет собой весьма спорное и комплексное понятие, раскрытие которого требует строгих и четко описанных критериев. Ученые-юристы неоднократно пытались дать определение этому понятию, выработав соответствующие критерии. Так, первопроходцем в этой области принято считать Л. Р. Хелфера — правоведа, выделившего классические правовые критерии оценки эффективности международных судов. Более современная точка зрения, основанная на сочетании социального и правового подходов, впоследствии была представлена в работах Ю. Шейни. В недавних исследованиях, в частности за авторством Г. Наварро и др., классические критерии, разработанные Хелфером, применяются в контекстах, заданных современными правовыми реалиями. Например, К. Калабриа использовала «классические правовые критерии» для оценки современных правовых институтов. Г. Наварро, в свою очередь, проанализировала деятельность конкретного международного суда с учетом не только классических, но и современных критериев, включая так называемую «цепочку повышения эффективности». Однако в этих исследованиях есть определенные пробелы. Как упоминалось выше, ученые-юристы в основном уделяли внимание разработке новых критериев, а не анализу и критическому осмыслению уже существующих. Следовательно, отсутствует подробный сравнительный и критический анализ критериев эффективности. Более того, лишь малое число правовых исследований затрагивает анализ возможности применения социальных или других неправовых подходов к оценке эффективности. Данная статья посвящена анализу некоторых пробелов, упомянутых выше. В ней рассматривается историческая траектория развития различных критериев эффективности международных судов. Основная цель статьи состоит в структурировании выработанных с течением времени доктринальных подходов к оценке эффективности международных судов и в практическом сравнении описанных методов.

Ключевые слова: международные суды, эффективность международных судов, правовой подход, социально-правовой подход

Для цитирования: Поплетеева Д. А. Эволюция подходов к оценке эффективности международных судов. *Журнал ВШЭ по международному праву / HSE University Journal of International Law.* 2025. Том 3. № 3. С. 121–146.

Дарья Алексеевна Поплетеева — юрист.

Introduction

The international courts dealing with the promotion of human rights and international peace and security are increasingly resolving more cases these days. For example, the advisory jurisdiction of the International Court of Justice (hereinafter — ICJ) has grown in popularity, as evidenced by an increasing number of cases subject to advisory jurisdiction[1] in 2025 compared to 2020 statistics.[2] 2020 saw an increase in the number of situations undergoing investigation in the International Criminal Court.[3] Moreover, in 2024, the International Criminal Court began to investigate cases beyond African territories, attracting the attention of legal scholars.[4] In 2025, the number of public outstanding arrest warrants issued by International Criminal Courts doubled in comparison with the number of warrants issued in 2023.[5] Parallel significant growth was evident at the European Court of Human Rights. Hence, in 2024, the number of judgements reached 1,102 in total.[6] Applications resolved by the judgments of the European Court of Human Rights increased by 56 percent in 2025, with the total number reaching 10,829.[7] Overall, in the last five years, there has been a significant increase in the number of cases referred and resolved by aforementioned international courts. Consequently, this upward trend prompted legal scholars to assess the effectiveness of international courts to suggest new legal and management tools for their further development.

Effectiveness is viewed as a complex phenomenon. Accordingly, for its assessment effectiveness criteria should be clearly defined. This paper highlights that possible approaches to effectiveness criteria applied to the international courts generally fall into three main categories: legal, non-legal and hybrid approaches. Legal approach foresees a direct link to the rule of law and justice. In other words, scholars, in defining this approach, established criteria that focused on such categories as legality of the courts' decisions, administration of justice, compliance with decisions. A non-legal approach to the effectiveness criteria can be regarded as more abstract. It examines

---

1 International Court of Justice. Report of the International Court of Justice, 1 August 2024–31 July 2025. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/2025-10/2024-2025-en.pdf (pp. 44–51).

2 International Court of Justice. Report of the International Court of Justice, 1 August 2022–31 July 2023. https://www.icj-cij.org/sites/default/files/2023-10/2022-2023-en_0.pdf (p. 5).

3 International Criminal Court. Report of the International Criminal Court, 24 August 2021, A/76/293. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/itemsDocuments/A_76_293_E.pdf (pp. 8–12).

4 International Criminal Court. Office of the Prosecutor Annual Report 2023. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2023-12/2023-otp-annual-report.pdf (pp. 26–29).

5 International Criminal Court. Office of the Prosecutor Annual Report 2025. https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2025-12/2025-annual-report.pdf (p. 16).

6 European Court of Human Rights. Annual report of 2024. https://www.echr.coe.int/annual-reports#:~:text=2022-,2022,-2021 (p. 36).

7 European Court of Human Rights. Annual report of 2024. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/annual-report-2024-eng (p. 34).

categories like the ability of the courts to achieve their goals, ability to accumulate new resources and to attract more clients (claimants). It is remarkable that such criteria developed within the framework of a non-legal approach can be applied to other institutions (international organisations, commercial companies, banks, etc.) due to their universality. Non-legal criteria can be also called by the name of a particular science which builds the basis for such an approach. For example, Y. Shany has clearly stated in his papers that he applied a sociological approach to the effectiveness assessment. A hybrid approach is employed when both the legal and non-legal effectiveness criteria are combined.

This topic has consistently been a subject of legal research. To illustrate, L. R. Helfer began to study international courts' effectiveness in the 1990s (Helfer & Slaughter, 1997, pp. 273–392) and revised his conclusions several times (Helfer, 2014, pp. 464–482). In his studies, particular attention was paid to the effectiveness criteria determined from the perspective of law. Hence, the most frequently used effectiveness criteria taken into account were the high qualification of the international judges, the presence of strong formal authority governing the court's operation, compliance with judgments and others (Helfer & Slaughter, 1997, pp. 273–392). Another approach was developed by Y. Shany. It can be regarded as a complex approach which foresees a combination of legal and sociological approaches (Shany, 2010a, pp. 10–14). He used a rational system approach assessing courts' ability to achieve their goals (Shany, 2010a, pp. 10–14). Among other criteria, compliance with courts' decisions (Shany, 2010b, p. 4) and judicial independence (Shany, 2010b, pp. 1–22) were considered. G. Navarro's recent study employed in part the framework developed by L. R. Helfer. She applied this approach to the Inter-American Court of Human Rights (hereinafter — IACtHR), which was not analysed by Helfer, and criticised it due to a lack of correlation between compliance and effectiveness (Navarro, 2024, pp. 138–152). A new approach to the effectiveness of assent was suggested by C. Calabria. She broadened the list of effectiveness criteria in accordance with new tendencies and modern values. Hence, some criteria mentioned above were replaced with strengthening, application, implementation and adequacy (Calabria, 2018, pp. 53–62). So, the effectiveness of the international courts has been analysed from different perspectives.

Nevertheless, there is an essential lack in the comparative or critical studies assessing the effectiveness criteria developed by scholars mentioned above. Firstly, the historical evolution of scholars' attitudes to the development of effectiveness criteria remains unanalysed. For example, L. R. Helfer suggested certain clear effectiveness criteria in 1997 (Helfer & Slaughter, 1997,

pp. 273–392). More modern studies by scholars did not properly analyse such criteria and did not compare these criteria with the originally suggested ones. For example, A. Watts (Watts, 2001, pp. 21–39) explored the effectiveness of the ICJ and criticised its functioning without analysis of former legal research. Secondly, modern legal scholars, especially Crockett (Crockett, 2011, pp. 1–5), do not directly name the applied effectiveness criteria but, in fact, duplicate some criteria offered by Helfer. A third issue is the absence of comparative analysis across all established legal, non-legal, or hybrid approaches within contemporary research. Hence, Shany was the first one who directly proposed applying sociological criteria to measure the effectiveness of international courts (Shany, 2010a, pp. 1–49). However, neither Navarro (Navarro, 2024, pp. 138–152), nor Calabria (Calabria, 2018, pp. 1–267) who applied a complex approach to the international courts' effectiveness assessment used analysis of Shany's or other legal scholars' papers to criticise or make a comparison with newly developed criteria.

This paper follows a particular structure, outlined as three parts. The first part explores classical and modern legal studies of international courts' effectiveness criteria. The second part addresses effectiveness criteria based on modern legal approaches, and the third part describes the socio-legal approach.

Accordingly, the paper aims to describe the differences arising over time in legal approaches related to the assessment of international courts and detail new modern methodologies that combine multiple study approaches.

1. Evolution of classical legal approaches of international courts' effectiveness assessment

The history of international courts' effectiveness research began quite recently. L. R. Helfer and A.-M. Slaughter published their first study on the topic in 1997 (Helfer & Slaughter, 1997, pp. 273–392). This detailed monograph contains an analysis of the activity of two international courts and a quasi-judicial body: the European Court of Justice (hereinafter — ECJ), the European Court of Human Rights (hereinafter — ECtHR) and the United Nations Human Rights Committee. Their research created an essential basis for studies by the later legal scholars.

The authors formulated a checklist to make an assessment of international courts. Firstly, the composition of the tribunal shall be taken into account. They suppose that the backgrounds of the jurists serving in the international courts are vital, because appointed judges can gain authority if only they are known and already respected by domestic courts' judges (Helfer & Slaughter, 1997, pp. 300–301). Secondly, the caseload or functional capacity of the courts shall be assessed (Helfer & Slaughter, 1997, p. 301). So, international courts can be

regarded as successful if they attract a large number of claimants (Helfer & Slaughter, 1997, p. 301). It can directly correlate with the scope of the caseload of the court. However, this criterion can be affected by the financial and other contributions of the countries devoted to this international court (Helfer & Slaughter, 1997, p. 301). Nevertheless, authors regard this criterion for situations in which an international court has just appeared (Helfer & Slaughter, 1997, p. 303). Thirdly, R. Helfer and Slaughter analyse independent fact-finding (Helfer & Slaughter, 1997, p. 303). Courts' decisions must be based on credible factual information, which can come from independently assessed facts or public consensus (Helfer & Slaughter, 1997, p. 303). Consequently, courts' judgments should remain free from any political statements (Helfer & Slaughter, 1997, p. 304).

Further, the formal authority of the international court shall be present (Helfer & Slaughter, 1997, p. 304). The source of law governing all the activities of the court shall contain provisions under which the decisions made by the court are binding (Helfer & Slaughter, 1997, p. 304). For example, authors regard the Treaty of Rome and the European Convention on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter — ECHR) as successful examples of such sources setting forth the binding nature of their rulings and the authority of such bodies as legal tribunals (Helfer & Slaughter, 1997, pp. 304–305). Hence, to achieve recognition as a strong formal authority, courts' decisions under this treaty shall be regarded as binding. Moreover, states are expected to incorporate such decisions into domestic law since it gives more grounds for further compliance with rulings (Helfer & Slaughter, 1997, p. 328).

Nonetheless, there are some factors which are beyond the states' or judges' control. These factors can affect the effectiveness of the courts directly, but they are difficult to counteract (Helfer & Slaughter, 1997, p. 328). The nature of the violation can be regarded as such a factor (Helfer & Slaughter, 1997, p. 329). K. J. Alter and L. R. Helfer found that there is a paradox in the human rights violation sphere: human rights regimes and created tribunals turned out to be more effective in the states which need the least (Helfer & Slaughter, 1997, p. 329). In other words, in these states there are minor human rights violations. Another factor is related to the presence of national institutions which adhere to the rule of law and react to citizen's interests (Helfer & Slaughter, 1997, p. 329). Authors presume that courts which are subject to analysis operate on the basis of a liberal democratic community and rule of law due to the legal and political conditions in the European states (Helfer & Slaughter, 1997, p. 329). Another essential factor relates to the cultural and political homogeneity of states which are subject to the international court (Helfer & Slaughter, 1997, p. 335). As for the ECJ and the ECtHR, there is relative homogeneity of the states participating

in the relationships with these courts (Helfer & Slaughter, 1997, p. 335). If different states with different cultural and legal backgrounds are trying to cooperate with the same international court, its effectiveness can suffer due to the presence of essential distinctions (Helfer & Slaughter, 1997, p. 336).

In sum, the research by Karen J. Alter and Laurence R. Helfer can be regarded as quite complex. The effectiveness of international courts depends on different factors which are within and beyond the control of international courts. Authors have created the check-list that is quite complete, though not fully exhaustive. Moreover, by effectiveness assessment, not only check-list provisions but also political, social and cultural factors affecting the states' and courts' behavior shall be taken into account. Authors also regard the ECJ and the ECtHR as examples of quite effective international courts, since these international courts meet the requirements of the check-list.

The initial research by K. J. Alter and L. R. Helfer described above incorporates not only legal effectiveness criteria but also certain non-legal criteria, such as courts' ability to attract new claimants. This specific criterion can clearly be seen as non-legal due to its applicability across various fields, but other criteria described above can be applied to the courts only. Therefore, within the framework of this paper, a single non-legal criterion is regarded as insufficient to determine the approach as "non-legal" or complex.

In 2001 Sir A. Watts published a critical study regarding the effectiveness of procedures for international dispute settlement (Watts, 2001, pp. 21–39). He has selected the ICJ as the subject of his analysis (Watts, 2001, p. 22). Firstly, he pays attention to the role of the counsel in their relation with the international court (Watts, 2001, p. 24), including possible biases in their reasoning, as counsel usually represents the interests of particular states and operates in absence of a universal ethical framefork (Watts, 2001, p. 27). Secondly, the author supposes that the role of registries is underrated, meanwhile they can seriously affect the effectiveness of the ICJ. For example, lack of financing can lead to the insufficiency of translators and other staff (Watts, 2001, pp. 30–32). Thirdly, judicial delays play an essential role in the effectiveness (Watts, 2001, p. 32). Sir Watts supposes that the presence of any judicial delays makes the process ineffective (Watts, 2001, p. 32). For example, certain processes can take ten years, due to the circumstances caused by the states-parties to the process itself (Watts, 2001, pp. 32–33). However, factors such as geographical location of documents can play a significant role in this issue (Watts, 2001, pp. 33–35).

In sum, the approach and criteria used by Sir Watts can be regarded as targeted. He focuses on the internal processes of the ICJ to determine its effectiveness. The role of counsel in the process seems underestimated

and subject to further improvement since it reflects the presence of a democratic and open process. Another criterion is based on the role of the court's staff. The author considers staff and their successful performance to be an essential element of effectiveness, since lack of competent staff leads to errors in decisions that can automatically be regarded as ineffective. The last criterion is based on the avoided delays. The author supposes that delay is the main sign of the court's ineffectiveness, since failure to comply with its own inner deadlines cannot be regarded as a normal working process. Hence, this approach is fully legal since its applicability to any other entities is impossible. Moreover, this approach can be regarded as the most targeted one within the framework of this paper, as it involves the development of a criterion applicable only to the ICJ.

To sum up, Helfer and his colleagues made a significant contribution to the development of the sphere of international courts' effectiveness. They succeeded in the accumulation of factors which directly affect the international courts' effectiveness and these studies can be used by entitled authorities to improve this effectiveness. Basically, the authors divide factors into two groups: factors within the control of international courts and factors beyond their control. Factors within courts' control are the following: the presence of formal authority of the court, enforcement mechanism, functional capacity of the court (i.e. ability to attract claimants), independence of politically influenced fact-finding, the scope of binding nature of court's decisions, the ability of member states to implement court's decisions into domestic legislation and contribution made into international law development in form of academic innovations or spreading court's influence on the other smaller or less effective international courts. Factors beyond the court's control, in turn, can be regarded as political, cultural, social and other differences arising between the member states, which led to the deceleration of international integration. Watts, in turn, developed his own effectiveness criteria without any application to the check-list developed by Helfer. He was especially interested in the effectiveness assessment of the ICJ and suggested a specific effectiveness criterion for this court. Meanwhile, Helfer tried to determine quite universal effectiveness criteria which could be applied to any international court.

2. Modern legal approaches to determination of international courts' effectiveness criteria

As mentioned above, the approaches to the effectiveness criteria have constantly evolved over time. Nevertheless, it is reasonable to draw up a framework of the historical analysis of the legal effectiveness criteria development. Firstly, in the 2010s certain new key legal studies on this topic

were published. For example, L. R. Helfer reviewed his attitude to the effectiveness assessment and suggested certain new legal criteria for international courts' effectiveness. So, the author assumed that a sufficient amount of time had passed to allow for a partial review of his conclusions, taking into account significant legal and political changes. Secondly, such an approach can be regarded as a modern one due to its temporal closeness to the date of this paper's publication and the fact that it contains a series of features which is typical especially for this approach. Namely, such an approach combines direct references to the classical legal criteria developed by L. R. Helfer and other legal scholars described above with revision of these criteria. In other words, some modern legal approaches emphasise the fundamentality of classical legal effectiveness criteria, while also introducing new effectiveness criteria which have not figured in the scientific field yet.

It is remarkable that modern legal approaches directly or indirectly use the criteria developed by L. R. Helfer. In 2011, S. Crockett published an article regarding the effectiveness of international criminal courts (Crockett, 2011, pp. 1–5). International criminal courts were the subject of analysis. She pays attention to the tendency of the states to adhere to decisions made by international courts. The author examined the effectiveness of two International Criminal Tribunals (hereinafter — ICTs), created by the United Nations for the former Yugoslavia (ICTY) and Rwanda (ICTR) (Crockett, 2011, p. 1).

It is believed that the ICTY and the ICTR laid foundations for international criminal justice. According to Crockett, the ICTY can be regarded as an effective tribunal due to the fact that its decision in the *Tadić* case was enforced and the defendant failed to prove that ICTY lacks the necessary jurisdiction (Crockett, 2011, pp. 2–3). This case is remarkable and demonstrates effectiveness since Duško Tadić was the first man found guilty of sexual violence within the framework of international crime. Hence, the broadening of the scope of the crimes falling within the ICTY jurisdiction and criminalisation of sexual violence at the international level took place. The ICTR can also be regarded as quite effective, since in the process called *"Trial Against Hate Media"* in August 2003, it expanded the frameworks for accusations related to the genocide (Crockett, 2011, p. 3).

However, *ad hoc* courts, including ICTs, are usually criticised. Firstly, inconsistency in their decisions takes place (Crockett, 2011, p. 3). Secondly, their decisions often base on morality and ethics rather than on norms of law (Crockett, 2011, p. 3). Thirdly, such tribunals are usually expensive (Crockett, 2011, p. 3). Fourthly, punishing the national leaders who enjoy popular support may be regarded as an attempt to discredit national sovereignty (Crockett, 2011, p. 3). Hence, it is unlikely that such a decision will be enforced. As for the ICTY,

some experts insist on the fact that the tribunal failed to achieve its goals related to reconciling the people of the region, as the Serb and Croat public reacted negatively (Crockett, 2011, p. 3).

In sum, there are no clear criteria for effectiveness set by S. Crockett. However, her reflections on topic led to the conclusion that an ICT can be regarded as effective if: it has authority to resolve a case, its decisions are recognised by domestic institutions, it makes contribution in the norm-generating process (in analysed example, the ICTR succussed in the expansion of the interpretation of term "genocide" and the ICTY criminalised sexual violence).

In 2014, L. R. Helfer published another article focused on the effectiveness of international courts within the frameworks of case-specific effectiveness, *erga omnes* effectiveness, embeddedness effectiveness and effectiveness in developing international law (Helfer, 2014, pp. 466–482). Case-specific effectiveness can be regarded as the oldest one (Helfer, 2014, p. 464). The author emphasised that early studies primarily considered whether the states-parties to the process changed their behavior following an international court's decision (Helfer, 2014, p. 466). In other words, this criterion is directly related to the ability of international courts to compel compliance with their decisions. However, a great number of international courts do not possess an enforcement mechanism and, because of it, they are obliged to seek support from its members (Helfer, 2014, p. 467). Nevertheless, later studies focused on differences between compliance and effectiveness (Helfer, 2014, p. 467). So, a high level of compliance can occur without legal processes. To determine the effectiveness under this criterion, all causal effects shall be measured to give a proper answer which aspects affected the states' behavior directly (Helfer, 2014, pp. 467–468). Hence, this criterion is a complex one, since it provides for compliance with international court's decisions. It can be granted only if strong connections between the state enforcing court's decisions and the enforcement mechanism proposed by the international court exists.

Erga omnes effectiveness can be regarded as quite a unique criterion for international courts' effectiveness determination. It is common for international courts that their decisions are final and binding for the parties to the process. *Erga omnes partes* effect of these decisions, in turn, makes them binding for all the parties to the contract (Helfer, 2014, p. 471). In other words, all the decisions of international courts become binding for all the member states and precedents appear. The inter-partes rule shall be regarded as less effective, since it leads to the repetitive processes in which only parties to the dispute change (Helfer, 2014, p. 471). Nowadays, more and more international courts are seeking soft ways to set forth *erga omnes partes* principle. So, it is asserted that it has the intention to spread its jurisdiction over all the members to the ECHR (Helfer,

2014, p. 471). The WTO Appellate Body stated that all the legal interpretations adopted in the WTO reports become a part of the WTO dispute resolution system. Nevertheless, some developed countries speak out against the *erga omnes partes* effect. The USA claimed that this effect of WTO decisions directly contradicts the principle of bilateral dispute settlement (Helfer, 2014, p. 471). However, such power of international courts' decisions can be regarded as quite controversial. So, Helfer suggested that the decisions of international courts could have a binding nature which would be similar to the fundamental and binding nature of precedent in Anglo-Saxon systems of law. Nevertheless, to make such decisions final and binding at the international level, there should be strong integration between domestic and international legal systems to grant due enforcement of these decisions. Moreover, domestic courts and legislators will be deprived of the opportunity to officially comment, review or modify decisions of international courts. As mentioned above, some states may consider the final and binding nature of these decisions as a significant draught to a state's sovereignty. Therefore, it is less likely that this criterion will be met than any other criterion developed by Helfer.

The embeddedness effectiveness aspect deals with the states' ability to prevent violations of international law norms within their territory (Helfer, 2014, p. 474). It also addresses the integration of international standards into domestic legislation (Helfer, 2014, p. 474). In other words, violations falling within the scope of international court's jurisdiction shall be effectively prevented at the preparation stage. So, such violations must be effectively investigated at a domestic and international level to demonstrate that it would be impossible to avoid punishment for committing such a violation. Moreover, complex preventive measures shall be developed on both levels to make the number of committed violations decrease. It is remarkable that this criterion directly contradicts with another criterion suggested by Helfer. In his earlier study, he stressed out that an international court could be considered as an effective one if it attracted a sufficient number of claimants. In this case, the number of claimants will decrease, as international courts have made a significant contribution in the prevention of this type of violation. So, such a criterion can be regarded as a more significant one developed by Helfer.

When assessing effectiveness, the international courts' jurisdiction and access rules should be considered (Helfer, 2014, p. 474). For example, L. R. Helfer supposes that access rules providing for domestic remedies exhaustion are obliged to assess whether domestic courts offer the parties to the dispute real opportunities to resolve it (Helfer, 2014, p. 475). The other problem in this sphere relates to the creation of direct links between the international and national courts (Helfer, 2014, pp. 474–475). The author

regards the ECJ as a successful court in accordance with this criterion, since the preliminary reference procedure enables national courts judges to seek instructions and other clarifications on certain EU law matters. National European courts have thus become main compliance partners of the ECJ. So, these factors led to the entrenching of supranational legal standards set by the ECJ in European domestic legislation (Helfer, 2014, pp. 474–476). Moreover, the ECJ can be regarded as partially meeting the criterion of *erga omnes partes* effectiveness, since national European courts were seen as the main compliance partners interested not only in the enforcement of the ECJ decisions but also in implementation of these decisions in domestic legislation.

Effectiveness in developing international law differs from the approaches described above since it allows the analysis of the effectiveness of norm-generating functions of international courts (Helfer, 2014, pp. 476–477). The main aims of international courts are the application and interpretation of this treaty which establishes these courts. Therefore, the scope of their activity and jurisdiction are quite limited (Helfer, 2014, p. 477). For example, ECtHR effectiveness can be measured on the basis of the interpretation and application of the ECHR by the judges (Helfer, 2014, p. 477). Moreover, international courts are capable of driving doctrinal innovations (Helfer, 2014, p. 478). So, ECtHR is constantly trying to spread human rights protection standards by taking into account local particularities (Helfer, 2014, p. 477). WTO scholars usually appeal to the dictionaries for words' ordinary meaning determination and this attitude can be regarded as original one (Helfer, 2014, p. 477). Hence, in the case of the association of courts' activity with innovations, the attractiveness of such courts can increase. It is remarkable that Helfer uses a personalised approach highlighting the criteria that are met by concrete international courts.

Finally, L. R. Helfer observes different attitudes to effectiveness determination. Three functional approaches are identified and foresee the following criteria: providing for compliance with international courts' decisions, spreading the binding nature of decisions beyond the parties to the dispute, implementation of norms developed by international courts into domestic legislation and preventing the occurrence of similar violations. The last criterion shall be regarded as a norm-generating one and based on the contribution made by the courts to the development of international law. Finally, he highlights that all described approaches mainly overlap (Helfer, 2014, pp. 480–481). Therefore, it is possible to make the conclusion that all these criteria should be taken into account by effectiveness assessment, since a single use of one or two approaches is not sufficient for exhaustive analysis. The study prepared by Helfer is the only one observed within the framework of

this paper that contains analysis and critique of effectiveness criteria proposed in previous studies.

In 2017, K. J. Alter and L. R. Helfer published a critical analysis of the effectiveness of the new international court — Andean Tribunal of Justice (Alter & Helfer, 2017, pp. 3–303). This research covered such issues as legal and institutional frameworks for court's rulings (Alter & Helfer, 2017, pp. 51–88), comparison of operation mechanisms of the ECJ (Alter & Helfer, 2017, pp. 90–108) and analysis of the court's effectiveness (Alter & Helfer, 2017, pp. 111–142, pp. 261–280). The authors, drawing upon the legal effectiveness criteria from their earlier research, concluded that this court is highly effective. This assessment stems from the substantial annual volume of rulings and the high level of adherence to them (Alter & Helfer, 2017, pp. 261–280). Nevertheless, they pointed out that such an effectiveness cannot be regarded as an absolute one for certain reasons. For example, in the period between 2007 and 2014, a lot of rulings were made based on political grounds (Alter & Helfer, 2017, pp. 163–369). Moreover, almost all rulings were based on one source of jurisdiction and made in the same field (Alter & Helfer, 2017, pp. 111–142). Nonetheless, the court possesses its own development trajectory.

It was later noted by K. J. Alter and L. R. Helfer that they did not take into account new realities of international courts related to the international courts' effectiveness. This circumstance prompted them to publish a new monograph in 2017 (Alter & Helfer, 2017, pp. 545–549). Firstly, fragmentation of international law is taking place, and it affects the working processes of international courts directly. So, too many international courts make decisions which can be regarded as sectoral due to the fact that many international courts are able to hear particular cases related to specific spheres (Alter & Helfer, 2017, p. 549). In other words, the competence of international courts to hear certain cases is quite limited since all the essential scopes are divided between the international courts and there is no wide scope of matters which can be referred to the concrete international court in comparison with national courts (Alter & Helfer, 2020, p. 549). Secondly, the impact of the international courts' decisions on international affairs remains uncertain (Alter & Helfer, 2017, p. 549). The impact on international relations between the subjects of international law, in turn, can be regarded as a criterion of the effectiveness of international courts (Alter & Helfer, 2017, p. 549). In sum, K. J. Alter and L. R. Helfer criticise defectiveness from this perspective in matters which are outside of human rights defense since from their point of view, other international institutions and their effectiveness need improvement (Alter & Helfer, 2017, p. 549).

In sum, Helfer remains the only one of the scholars whose studies were analysed within the framework of the paper who revised and criticised

effectiveness criteria developed by him and other legal scholars. There is an interesting developing line of Helfer's approach to international courts' effectiveness. Firstly, he prepared a check-list with effectiveness criteria and applied it to certain international courts. Secondly, he developed some new effectiveness criteria. Thirdly, a combination of all the criteria developed was applied to the international court that had not been subject of research yet. Fourthly, particular research was revised to take into account some actual changes in tendencies of international law development.

In 2024 G. Navarro published an article with an analysis of international courts' evolution. This article contains a broader assessment of international courts' effectiveness based on compliance with courts' rulings and the impact of the courts' activity (Navarro, 2024, pp. 138–152). Her study is mainly based on the ruling made by the IACtHR and focuses on the effectiveness of this particular court (Navarro, 2024, p. 138). She defines the IACtHR as quite an effective international court, since it uses an approach developed by *Ius Commune Constitutionale en América Latina* which is based on the promotion of democracy and human rights defense with resistance to social and political changes (Navarro, 2024, p. 147). As terms used for the description of the effectiveness concept, author uses compliance and implementing international standards by domestic courts, transconstitutionalism, which provides for relationships between different legal orders and "efficiency chain" (Navarro, 2024, pp. 148–152).

However, the "efficiency chain" concept was detailed in the monograph published in 2018 by another author, C. Rodrigues de Araújo Calabria (Calabria, 2018, pp. 1–267). The efficiency chain was created as a reaction to the existing literature on international courts' effectiveness criteria, which fails to observe socio-legal aspects of effectiveness (Calabria, 2018, p. 49). The efficiency chain, as noted by Calabria, is a multi-layered working concept which is partially based on the "chain of normative concretization" proposed by M. Neves (Calabria, 2018, p. 50). While Neves used his concept for analysis of factors affecting courts' effectiveness on different litigation stages, Calabria applies to different "effectiveness stages" (Calabria, 2018, p. 51). In other words, the next level of courts' effectiveness cannot be reached without compliance with criteria set at the lower levels.

In accordance with the study, this concept foresees observance, application, strengthening, implementation, and adequacy (Calabria, 2018, p. 51). Therefore, adequacy should be considered as the highest level of effectiveness. Observance, in turn, can be regarded as a preliminary concept, the first layer in the chain. Observance is a separate element that is directly related to the adherence to the international court's jurisprudence (Calabria, 2018,

pp. 53–54). Such adherence must be an anticipated action that does not contradict existing courts' jurisprudence and must be taken by the subject of law of due legal capacity without any prescription set in other decisions of national or international courts (Calabria, 2018, pp. 53–54).

Application is the second part of the chain (Calabria, 2018, p. 55). It provides for the application of the norms developed by international courts by the responsible organs of the state possessing due legal capacity in legal documents or public policies which exist in the form of any legal sources (Calabria, 2018, p. 56). The author highlights that the term "application" itself shall be applied to all official agents responsible for executing or applying law (Calabria, 2018, p. 56). Hence, there is a clear difference between observation and application. Observation can exist in the form of direct compliance, specific action taken by an empowered state organ, meanwhile application can foresee direct reference to a particular rule of law developed by a specific international court.

Another essential part is called strengthening and this term should be used instead of the term "enforcement" (Calabria, 2018, p. 57). It refers to the capacity of the international court to strengthen different institutional and social structures within the states which are subject to the jurisdiction of this court (Calabria, 2018, p. 57). In other words, strengthening directly correlates with the execution of the decisions made by international courts and with legal acts created with the support of international courts' practice, which are created to strengthen structures mentioned above (Calabria, 2018, p. 57). Sanctions and other coercive methods employed by the states (including foreign states), are notably less effective strengthening mechanisms, since national courts can apply more soft methods which can expand applied redress mechanisms (Calabria, 2018, p. 57). Strong social and cross-institutional structures are needed to improve the relationships between institutions and states to maintain the state interest in further cooperation at the international level.

Implementation is the third part of the chain (Calabria, 2018, p. 69). The author prefers to use this term instead of the term "compliance" (Calabria, 2018, pp. 69–70). Implementation can be regarded as the execution of official acts by state organs that clearly intend to comply with orders arising from the international courts' decisions (Calabria, 2018, p. 60). Therefore, execution of non-domestic judgments is generally considered to be a legally and financially costly process since it often provides for concrete legal mechanisms set out in the national legislation. Such a process normally foresees more steps than ordinary application of the rule of law created by court. It requires practical assistance from the state in the form of both legal and non-legal measures to guarantee the enforcement of international court decisions. Moreover, strong

cross institutional and social structures are needed to make such implementation possible.

The final part of the chain is adequacy. It ensures conformity between the practices of all state structures and the norms of international courts (Calabria, 2018, p. 62). This concept foresees a decrease in injuries, which serves as grounds for the decisions of international courts, using domestic mechanisms to reduce similar injuries (Calabria, 2018, p. 62). Adequacy can also be regarded as the final result which is fairly expected from the member states of the international court (Calabria, 2018, p. 64). This criterion can be regarded as a unique one suggested by modern legal scholars for effectiveness assessment. Nevertheless, adequacy itself can be considered as somewhat idealistic for certain reasons. Firstly, it requires a high level of conformity of state legal practice and international courts' practice. Secondly, a complex set of measures is required to reduce the number of violations committed and to grant the enforcement of international court's decision. Due to differences in the legal systems of different states, the varying levels of development of these systems, and different political and legal views on this matter, such a level of conformity can barely be reached.

Finally, in her monograph, Calabria uses a cumulative chain of criteria to assess the effectiveness of international courts. There is no direct conclusion stating that the absence of any part of the chain leads to the ineffectiveness of the international court's activity, but such a conclusion can be inferred from the fact that the adequacy criterion application would be impossible without any of the other parts of the chain. This attitude is quite new and illustrative.

To sum up, the effectiveness criteria suggested by the authors focusing on single publications in this sphere can be regarded as a combination of the attitude suggested by L. R. Helfer and new, personally developed criteria. Moreover, this topic remains quite current, since in 2024, as there is an ongoing interest in analysing international courts' effectiveness, since the position of the courts which have already been analysed is dynamically changing over time. Nevertheless, criteria developed by L. R. Helfer and his colleagues are popular due to their universality. Moreover, Helfer remained the only one legal scholar who revised and criticised effectiveness criteria developed by him and other scholars. In the most recent study he stressed out certain mistakes made in previous study and suggested more correct results of effectiveness analysis. Modern scholars use the check-list analysed in the first section of this paper (Helfer & Slaughter, 1997, pp. 300–336) and, as the most often used effectiveness criteria, can be defined as the presence of formal authority, legitimacy and contribution to international law development. However, the new attitude suggested by C. Calabria is innovative. She proposes to replace

classical terms by new ones. For example, the term “strengthening” shall replace the term “enforcement” and the term “implementation” shall replace the term “compliance”. In addition, the final part of the efficiency chain is “adequacy”, which promotes fairness and balance of interests.

3. Socio-legal approach of international courts’ effectiveness assessment

In his 2010 publication Y. Shany explored the effectiveness of international courts and its assessment (Shany, 2010a, pp. 1–49), employing social science methodology (Shany, 2010a, p. 9). In this paper he clarifies that such effectiveness can be assessed, but there are a lot of affecting factors. Furthermore, this paper describes all the aspects of the author’s approach which will be used in all parts of the cycle. Notably, all the papers on this topic by Shany adopt both a legal and a sociological approach, and each paper foresees its own effectiveness criterion.

The main approach used in his papers is called “the rational system approach”. The author presumes that, in accordance with this approach, international court should struggle for its goals and the ability to achieve the goals set can be equal to the term “effectiveness” (Shany, 2010a, p. 10). There are two types of goals: official and operative (Shany, 2010a, pp. 11–12). Official goals are usually legally fixed in the documents that govern the international court’s activity (Shany, 2010a, pp. 11–12). It is typical for these goals that they are vague and quite open-ended (Shany, 2010a, pp. 11–12). As for operative goals, they reflect specific policies of the court and set forth direct measures which can be used to achieve them (Shany, 2010a, pp. 11–12). However, the list of goal types is not exhaustive. Goals can be divided into external (set by external stakeholders) and internal (set by the court’s employees) (Shany, 2010a, p. 12), ultimate ends (goals which represent an independent intention) or intermediate goals (which can be regarded as a step on the way to reaching the ultimate ends goals) (Shany, 2010a, pp. 12–13), explicit (which are unvague and are set unambiguously in the official documents) and implicit goals (which can become clear by using deduction approach by analysing the court’s documents) (Shany, 2010a, p. 13).

The author identifies the ambiguity of the objectives given to international courts as the primary obstacle to measuring their effectiveness (Shany, 2010a, p. 14). Goal ambiguity occurs in case of political difficulties related to the determination of clear and precise goals. There are certain levels of this ambiguity: lack of clear mission comprehension, ambiguity of operation goals described above, lack of clear evaluative goals, lack of clear priority goals (Shany, 2010a, p. 14). Shany points out that, under all or certain mentioned

circumstances, it can be difficult or even impossible to assess the court's effectiveness (Shany, 2010a, p. 14).

Moreover, there are certain other conceptual problems related to the determination of international courts' effectiveness. Firstly, unexpected results can occur. An international court as an organisation can achieve all the goals set, but serious additional costs arise (Shany, 2010a, p. 16). So, the comprehensive approach used to assess the effectiveness relates to taking into account all the unforeseen costs and benefits (Shany, 2010a, p. 16). Secondly, a distinction shall be made between the goals and motivations of the court (Shany, 2010a, p. 16). These terms can sometimes overlap partially (Shany, 2010a, p. 17). It occurs when court members are trying to achieve other goals than the court itself (Shany, 2010a, p. 17). Thirdly, appropriate time units shall be taken to make an assessment of effectiveness (Shany, 2010a, p. 17). Different international organisations i.e. international courts have different life circles. For example, assessment of the first years of court existence should not be taken into account in case its life circle lasts for decades (Shany, 2010a, pp. 17–18). Excessive focus on particular periods of courts' lives can also overshadow the "bigger picture" (Shany, 2010a, pp. 17–18).

The scholar points out that there are certain approaches which can be used regarding the determination of effectiveness beyond the rational system approach: the open system approach and the system recourse approach (Shany, 2010a, p. 19). The first approach relates to the social impact made by the international courts, which can be measured in net benefits or costs invested in such an environment (Shany, 2010a, p. 19). However, the author characterises this approach as quite sensible, since it can directly depend on the list of organisational goals, which can be unwieldy and affect effectiveness (Shany, 2010a, p. 19). The second approach deals with the ability of the court to attract and accumulate all the resources needed for further court's development (Shany, 2010a, p. 19). Nevertheless, the author supposes that this approach is unsuitable for legal study, since normative assumption about the importance of goals achievement plays an essential role (Shany, 2010, p. 19). Because this approach lacks normativity, the other methods described earlier become more attractive (Shany, 2010a, p. 19). Finally, the system recourse approach can be successfully used in combination with other approaches (Shany, 2010a, p. 22).

For further analysis, the author uses operational categories for effectiveness measurement: structure or input, process, and outcome (Shany, 2010a, p. 22). In accordance with a rational system approach, the court can be considered effective if its resources enable it to achieve its goals (structure), its organisational process also provides goals achievement (process), and final results meet the requirements set (Shany, 2010a, p. 22). According to this

approach, an international court can be regarded as effective if it meets its official goals and operative goals. From a political point of view, this criterion is one of the most effective for assessment (Shany, 2010a, p. 22). But in sum, under this approach the analysis of judicial outcomes shall be made (Shany, 2010a, p. 32). Some results can be easily assessed. For example, the number of judicial decisions made in a certain period of time. Other factors like "development of coherent jurisprudence" are more complex (Shany, 2010a, pp. 32–34). Normative impact on the social environment, contribution to general international law and compliance with international law norms can hardly be assessed (Shany, 2010a, pp. 32–34). From this point of view, precise measurement of results is impossible.

The operational category of "structure" can be useful for the assessment of the international court's capacity to achieve its goals (Shany, 2010a, p. 36). As structure attributes can be regarded as legal powers, including the binding nature of the court's decisions and applicable law, personnel capacity including number of judges and other staff, budget and other sources including tangible and intangible property of the court, structural independence including judicial and institutional independence, usage potential influenced by the relevance of the area of dispute resolved by the court (Shany, 2010a, p. 37). Another essential structural factor relates to the ability to transform the court's structure and procedures in accordance with permanently changing needs (Shany, 2010a, pp. 37–38). The ease and openness to further changes plays a significant role in the court's effectiveness. The last operational category, outcome, deals with the question of whether the court's outputs correspond with the goals set (Shany, 2010a, p. 38).

Another operational category is process. From this point of view, the pace of the judicial processes can be analysed, since it can be used for prediction of the further number of disputes which are subject to the court's resolution (Shany, 2010a, p. 38). Moreover, certain additional factors shall be taken into account: access to justice, participation of all interested members in the process, arising costs, consistency in the application of particular norms by the court, monitoring of the compliance with the court's decisions, transparency of the process (Shany, 2010a, pp. 38–40).

To sum up, Y. Shany bases his studies on a combination of sociological and legal instruments. His paper "*Assessing the Effectiveness of International Courts: Can the Unquantifiable Be Quantified?*" can be regarded as an essential basis for further research in this field since it establishes a clear structure of the effectiveness analysis. In essence, three main approaches can be used: the approach assessing the ability to struggle with the goals set, the approach assessing the social impact on other institutions, and the approach assessing

the ability to attract new resources for further development. Yet, the author most often uses the first method, because the assessment value it provides is distinctly clearer and less vague than others both in qualitative and quantitative aspects. For deeper and more structured analysis in the case of a rational system approach application, the following operational categories can be used: input, process and outcome. Input related to the goals set by and before the court, structure deals with the court's inner processes, outcome shall be regarded as correspondence between the court's results and goals set.

Later in 2010, Shany published another study which is called "*Compliance with Decisions of International Courts as Indicative of their Effectiveness: a Goal-based Analysis*" (Shany, 2010b). In this paper he determines compliance with decisions made by international courts as the main criterion of their effectiveness. Hence, he applies a rational system approach as the main one (Shany, 2010b, p. 8). Unlike previous papers, several cases resolved by ECtHR and the ICJ are subject to analysis, so real-life examples can illustrate all the elements of the author's approach (Shany, 2010b, p. 4).

The most relevant criterion for determining effectiveness is compliance with the decisions of international courts, as this directly reflects the perspective of the international rule of law. Compliance with international courts' decisions shall be regarded as a causal relationship between the courts' decisions and states' behavior, leading to the convergence between them (Shany, 2010b, p. 4). Moreover, compliance with court decisions can be determined as a ground for legitimacy (Shany, 2010b, p. 4).

Shany hypothesised that there is a correlation between the objections regarding the court's decision made by the losing party, the burdensomeness of the remedies and "compliance pull" of the states (Shany, 2010b, p. 5). This vision is supported by legal realism literature using a game theory approach, international legitimacy literature and empirical works proving that "high-cost" decisions can be more rarely complied with than "low-cost" decisions (Shany, 2010b, p. 6). This means that these types of decisions can be made more often due to the fact that they do not affect essential governmental interests and budgets (Shany, 2010b, p. 6).

The author bases his analysis of enforcement's effectiveness on the fact that whether the international court achieves its goals directly related to the remedies and compliance. He takes into account the following factors: promoting compliance with international law as primary norm compliance, international dispute resolution and dispute prevention, cooperative regime promotion, legitimising of international norms and institutions (Shany, 2010b, p. 7). These factors overlap, so a concrete juridical decision can help to achieve more than one goal and a combination of norm compliance and legitimisation can take

place (Shany, 2010b, pp. 7–8). The last factors influencing the effective compliance may arise from unintended costs or benefits (Shany, 2010b, p. 8).

The ECtHR is regarded by the author as an international court with quite effective compliance. Compliance takes mainly the form of compensation and satisfaction (Shany, 2010b, p. 9). As grounds for such effectiveness can be considered a great number of repetitive cases (Shany, 2010b, pp. 13–14).

As for the ICJ, the focus of the analysis is compliance with specific decisions — the *Bosnian Genocide* and *Avena* cases. In the *Bosnian Genocide* case, it was hard to determine whether Serbia complied with the decision, given that the suspects remained at large (Shany, 2010b, p. 16). The *Avena* case, in turn, had more clear results. The ICJ ruled that the USA violated the Vienna Consular Relations Convention and ordered a review of the sentences to Mexican nationals (Shany, 2010b, p. 16). The US President published a memorandum, and instructed all the states' courts to comply with decisions and certain sentences were revised and some courts refused from the death penalty (Shany, 2010b, p. 16). Nevertheless, such a decision was criticised by the authorities, since they saw an attempt to interfere in internal affairs of the state and finally, the Supreme Court declined the President's memorandum (Shany, 2010b, pp. 16–17).

In his article of 2012 Shany examined judicial independence as an indicator of international courts' effectiveness (Shany, 2012, p. 251). The author highlights that due to the vagueness of the term "effectiveness", the results of the analysis should be taken into account with certain apprehension and, due to the difference in the goals set by international courts, the courts' need for judicial independence can vary seriously (Shany, 2012, p. 254).

Judicial independence shall be defined as a notion set forth in legal norms and practices (Shany, 2012, p. 254). The process of selecting judges and the potential for political intervention in court operations are considered factors that enhance judicial independence (Shany, 2012, p. 255). Judicial independence as a process feature can be described as the ability to exercise the court's powers without any interference of other actors in the judicial process. Such interference can take place in case states make an attempt to influence the final ruling or appoint concrete judges (Shany, 2012, p. 256).

Shany bases his analysis on the approach mentioned in his previous articles and determines primary norm compliance, dispute resolution, regime support and regime legitimisation as key features of the rational system approach (Shany, 2012, p. 258). It is worth highlighting that judicial independence can positively correlate with the current international regime support, since within the framework of this regime operates an international court itself. Judicial independence is also necessary for stable normative and institutional

environments which deal with long-term goals set by the members of such regimes (Shany, 2012, pp. 260–261).

Nevertheless, some decisions made by independent judges without taking into account states' interests can lead to the decrease of states' interest in complying with such decisions (Shany, 2012, p. 262). If judges' behavior can be characterised as "insensitive to the needs" of parties to the dispute, the attractivity of such an international court may decrease (Shany, 2012, p. 262). Hence, the legitimacy of the international court may be called into question due to a lack of authority and support from a state (Shany, 2012, p. 262). In other words, the chronic gap between the members' interests, legal expectations and courts' decisions can lead to the ineffectiveness of the court as a whole.

In sum, judicial independence can be connected with effectiveness in a very complicated way. Judicial independence may mirror the democratic basis of the international court's activity. Independence of judges grants that the court is free from political interference, and it attracts more claimants seeking an unbiased decision. As it follows from all the conclusions above, attractiveness of the court and number of claimants is used for its determination as an effective one. However, a balance of interests should take place to make the court attractive and effective. So, it shall be free from political intervention, but it shall correspond with the actual values of the member states. It leads to the conclusion that such independence as the main effectiveness criterion remains current for legal regimes promoting democratic values.

In 2015, Y. Shany published another paper related to the legitimacy and effectiveness of international courts (Shany, 2015, pp. 1–21). He describes following factors of the effectiveness assessment: whether international courts successfully achieve the goals set by their members, whether their activity has a greater influence on other subjects of international law which exist in the same social environment, whether international courts gain significant volume of resources necessary for their further functioning (Shany, 2015, pp. 8–9).

In the first part of his monograph Shany describes effectiveness and legitimacy in very close terms. Moreover, a rational systematic approach related to the improvement of effectiveness of international courts can lead to direct conflation of these two terms (Shany, 2015, p. 11). So, one of the essential goals of any international court consists of enhancing the legitimacy of the decisions and any other norms created by the court (Shany, 2015, p. 11). The main reason for filing a claim to a particular international court can be regarded as a very high level of its legitimacy (Shany, 2015, p. 12). Moreover, legitimate decisions made by the international courts can directly affect the environment in a positive way. Meanwhile, illegitimate decisions can have

a negative impact or no impact at all (Shany, 2015, p. 14). Therefore, decisions changing the environment positively can be regarded as effective.

Nonetheless, there are certain distinctions between them. Subsequently, conflicts between these two concepts can arise (Shany, 2015, p. 16). In certain cases legitimacy protection leads to decisions which shall be directly regarded as ineffective (Shany, 2015, p. 16). "Ineffective" means that such decisions cannot help the court reach the goals set, but there are no clear negative consequences, like termination of the existence of the court or significant reduction of the court's resources (Shany, 2015, p. 16). As examples of cases which were legally and academically correctly resolved by the international courts but led to the ineffectiveness of the courts, Shany names the following: *Hirst v. United Kingdom*,[8] ICJ Advisory Opinion on independence of Kosovo,[9] *Cambell v. Zimbabwe*.[10] In the first case the United Kingdom failed to comply with the decision, in the second case there was no impact on the international environment and in the third case it led to a short-time collapse of the court's activity due to the members' refusal to support the court (Shany, 2015, p. 17). As an opposite example, the author points at the activity of the Court of Justice of the European Union, which made a greater contribution to the European integration process but its legitimacy suffered (Shany, 2015, p. 18). The International Centre for Settlement of Investment Disputes lost the support of the members since it was accused of preventing member states from adopting economic reforms in response to emergencies (Shany, 2015, p. 18).

To sum up, Y. Shany published numerous papers on the matter of international courts' effectiveness. He used a hybrid format of research providing for a combination of legal and sociological approaches. His research explores two main areas: some works concentrate on legal effectiveness criteria (like independence of judges), while others foresee a hybrid approach including legal and sociological effectiveness criteria. In his papers Shany refers to the rational system approach that is based on the ability to achieve the court's goals and approaches based on the volume of social impact of the court and the ability to accumulate new resources for further activity. The rational system approach is the most popular and includes analysis of the goals set, process of achieving goals and difference between the outcome and the preliminary goals set. In more recent papers Shany regards different criteria for effectiveness in accordance with a rational system approach scheme. Compliance with decisions of international courts can be defined as one of the essential criteria of

[8] ECtHR. *Hirst v. United Kingdom*. Judgment of 6 Oct. 2005, Grand Chamber.

[9] Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, 2010, ICJ 403.

[10] SADC Tribunal. *Campbell v. Zimbabwe*. Case 2/2007, Judgment of 28 Nov. 2008.

effectiveness. For compliance analysis such factors as preliminary norm compliance, successful dispute resolution, legal regime promotion, i.e. extension of the current legal regime to the new subjects of law, regime legitimisation are taken into account. However, compliance cannot serve as a single and sufficient criterion. Judicial independence is considered as another interesting criterion of effectiveness since it allows to determine the level of development of democratic principles, building a ground for international courts' operation. However, this criterion should be applied by taking into account the court's goals and other effectiveness criteria, since independence is connected with effectiveness in a very complicated way.

Conclusion

To sum it all up, the effectiveness criteria suggested by Laurence R. Helfer is regarded as classical. This approach to judicial effectiveness is quite contemporary, since such criteria as the ability of the court to attract a sufficient number of claimants, presence of strong formal authority, composition of the tribunal and qualifications of judges are still widely considered in contemporary research. While most of the effectiveness criteria proposed by Helfer are considered legal, he also identified some specific and irrelevant criteria and attitudes. For example, case-specific effectiveness, *erga omnes partes* effectiveness and courts' impact on the prevention of similar violations are nowadays rarely used in legal studies. Moreover, such criteria can be regarded as quite idealistic and barely achievable by international courts, since such achievements regard a very high level of integration between national and international courts. In addition, a strong enforcement mechanism for international courts' decisions shall be developed to make meeting of any criterion mentioned above possible.

It is remarkable that Helfer has been working on the analysis of international courts' effectiveness for years. His method is considered well-structured and progresses logically. Firstly, Helfer introduced a list of concrete effectiveness criteria and illustrated it using real examples of international courts' operation. Secondly, this list was expanded and new unique legal criteria were added. Thirdly, Helfer chose the new international court as a subject of effectiveness analysis. Finally, the result of the court's effectiveness mentioned above was revised.

Modern legal scholars usually employ a combination of classical effectiveness criteria and new criteria developed by themselves. Consequently, Crockett directly incorporated certain criteria devised by Helfer within the paper, without explicitly stating the effectiveness criteria used. The attitude suggested by Calabria can be regarded as quite innovative. She combines classical

effectiveness criteria developed by Helfer with new criteria developed by herself. Calabria suggested a fundamentally new approach to the assessment of international courts' effectiveness. She claimed that the efficiency chain shall be taken into account and foresees that every next effectiveness criterion is more difficult to achieve in comparison with the previous one. Moreover, achievement of every next criterion is impossible if all the previous criteria are not met.

The socio-legal approach to the international courts' effectiveness is represented in the studies by Yuval Shany. He used a hybrid format of research with a well-structured combination of instruments. Some of Shany's studies are dedicated to legal effectiveness criteria (like independence of judges or enforcement of courts' decisions) only, but the main focus remains on a sociological approach. He appealed to the rational system approach and stressed the international courts' ability to achieve their goals, the courts' impact on social processes and the ability to accumulate new resources for further activity. In more recent works, Shany determined other criteria for effectiveness based on a rational system approach scheme. It is remarkable that Shany's studies dedicated to the legal criteria of international courts' effectiveness contain analysis and critique of the qualifications of judges, their independence and decision enforcement as relevant effectiveness criteria. Shany highlights that only legal criteria used for effectiveness analysis cannot be regarded as sufficient since it ignores essential aspects of international courts' operation. Therefore, he broadened the scope of criteria applicable within the framework of effectiveness analysis.

Finally, it is important to note that the history of determination of any criteria applicable to the international courts' effectiveness assessment began with legal studies. Helfer, Watts and their colleagues operated with legal categories only. Some legal criteria of effectiveness developed by Helfer, such as the high qualification of judges, their independence, the presence of strong legal authority for court's operation and the binding nature of decisions are often used by modern legal scholars within the framework of international courts' effectiveness analysis. Modern research on this subject generally shows two key trends. The first one foresees the application of classical legal criteria developed by Helfer to the international courts which have not been subject to analysis yet. The second provides for application of a combination of criteria developed by Helfer and newly developed criteria. New effectiveness criteria is non-legal in its essence, meanwhile application of legal criteria is only criticised due to its narrowness. So, complexity and variability can be regarded as main features of approaches used in the analysis of international courts' effectiveness.

Список литературы / References

1. Alter, K. J., & Helfer, L. R. (2017). *Transplanting international courts: the law and politics of the andean tribunal of justice*. Oxford University Press.
2. Calabria, C. (2018). *The efficacy of the Inter-American Court of Human Rights: a socio-legal study based on the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights concerning amnesty laws, indigenous rights and rights of detainees*. PhD thesis, University of Manchester
3. Crockett, S. (2011). Are international courts effective? *E-International Relations*, https://www.e-ir.info/2011/11/27/are-international-courts-effective/.
4. Helfer, L. R. (2014). The effectiveness of international adjudicators. In K. J. Alter, C. Romano & Y. Shany (Eds.), *Oxford Handbook of International Adjudication* (pp. 464–482). Oxford University Press.
5. Navarro, G. C. B. (2024). Effectiveness of international courts: from compliance to transformative impact (pp. 138–152). In A. von Bogdandy, F. Piovesan, E. Ferrer Mac-Gregor, & M. Morales Antoniazzi (Eds.), *The impact of the Inter-American human rights system: transformations on the ground. Oxford Academic online edition*. https://doi.org/10.1093/oso/9780197744161.003.0008
6. Slaughter, A., & Helfer, L. R. (1997). Toward a theory of effective supranational adjudication. *Yale Law Journal, (107),* 282–396.
7. Shany, Y. (2010a). *Assessing the effectiveness of international courts: can the unquantifiable be quantified?*. Hebrew University International Law, Research Paper No. 03-10. https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1669954
8. Shany, Y. (2010b). *Compliance with decisions of international courts as indicative of their effectiveness: a goal-based analysis*. Hebrew University of Jerusalem, Faculty of Law Research Paper No. 04-10. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1697488
9. Shany, Y. (2012). *Judicial independence as an indicator of international court effectiveness: a goal-based approach*. Hebrew University, International Law Forum Working Paper No. 01-12.
10. Shany, Y. (2015). *Stronger together? Legitimacy and effectiveness of international courts as mutually reinforcing or undermining notions.* Hebrew University of Jerusalem Legal Research Paper No. 15-27.
11. Watts, S. A. (2001). Enhancing the effectiveness of procedures of international dispute settlement. *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, *5*(1), 21–39. https://doi.org/10.1163/187574101X00024

Научная статья / Research Article
https://doi.org/10.17323/jil.2025.30034

КОММЕНТАРИЙ | COMMENTARY

Почему французский суд не может присудить компенсацию за пытки в Гуантанамо: комментарий к решению Европейского Суда по правам человека по делу *Низар Сасси против Франции и Мурад Бенчеллали против Франции*

В. В. Старженецкий[1], А. С. Васильцова[2]

1 Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия
vstarzhenetskiy@hse.ru
ORCID: 0000-0002-2780-9251

2 Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», Москва, Россия
asvasiltsova_1@edu.hse.ru
ORCID: 0009-0002-2655-5955

Аннотация

Статья посвящена анализу решения Европейского Суда по правам человека (далее — ЕСПЧ, Суд) по делу *Низар Сасси против Франции и Мурад Бенчеллали против Франции* от 15 октября 2024 года, в котором Суд признал неприемлемыми жалобы заявителей на отказ французских судов рассматривать их гражданские иски к должностным лицам США о выплате компенсации за пытки и незаконное задержание в Гуантанамо. Авторы рассматривают аргументацию ЕСПЧ по ключевым правовым вопросам, связанным с юрисдикционными иммунитетами государств и их должностных лиц, в более широком контексте современных дискуссий о пределах юрисдикционных иммунитетов. Основное внимание уделяется трем аспектам. Во-первых, соотношению иммунитетов от уголовной и гражданской юрисдикции. ЕСПЧ подтвердил, что иммунитет действует одинаково в обоих случаях, несмотря на доктринальные споры о возможных различиях. Во-вторых, обсуждается вопрос о том, могут ли пытки считаться действиями, совершенными в официальном качестве. ЕСПЧ поддержал позицию французских судов, признав, что действия американских должностных лиц в Гуантанамо были частью государственной политики, а значит, они подпадают под функциональный иммунитет. В-третьих, анализируется проблема соотношения императивных норм международного права (*jus cogens*) и

юрисдикционного иммунитета. ЕСПЧ, следуя своим ранним прецедентам, вновь занял консервативную позицию, отказавшись признавать исключения из иммунитета даже для наиболее серьезных нарушений прав человека.

Ключевые слова: Европейский Суд по правам человека, юрисдикционные иммунитеты государств и их должностных лиц, иммунитет *ratione materiae*, права человека, нормы *jus cogens*

Для цитирования: Старженецкий В. В., Васильцова А. С. Почему французский суд не может присудить компенсацию за пытки в Гуантанамо: Комментарий к решению Европейского Суда по правам человека по делу *Низар Сасси против Франции и Мурад Бенчеллали против Франции*. *Журнал ВШЭ по международному праву / HSE University Journal of International Law.* 2025. Том 3. № 3. С. 147–160.

[1] **Владислав Валерьевич Старженецкий** — кандидат юридических наук, доцент департамента международного права.

[2] **Ангелина Сергеевна Васильцова** — стажер-исследователь научно-учебной лаборатории международного правосудия.

Why cannot a French court award compensation for torture at Guantanamo: commentary on the decision of the European Court of Human Rights in the case of *Nizar Sassi v. France and Mourad Benchellali v. France*

V. V. Starzhenetsky[1], A. S. Vasiltsova[2]

1 HSE University, Moscow, Russia
vstarzhenetskiy@hse.ru
ORCID: 0000-0002-2780-9251

2 HSE University, Moscow, Russia
asvasiltsova_1@edu.hse.ru
ORCID: 0009-0002-2655-5955

Abstract

The article provides an analysis of the European Court of Human Rights (hereinafter — ECtHR) decision of 15 October 2024 in the case of *Nizar Sassi v. France* and *Mourad Benchellali v. France*, where the Court declared inadmissible the applicants' complaints concerning the refusal of French courts to examine their civil claims against US officials for torture and unlawful detention at Guantanamo Bay. The authors examine the ECtHR's reasoning on key legal issues related to jurisdictional immunities of states and situate this decision within the broader context of contemporary debates on the limits of state immunity in international law. The analysis focuses on three principal aspects. First, the article discusses the relationship between immunities from criminal and civil jurisdiction. The ECtHR affirmed that immunity applies equally in both contexts, notwithstanding

doctrinal disputes about potential distinctions. Second, the article addresses whether acts of torture can be considered as conduct performed in an official capacity. The Court upheld the position of French courts, recognising that the actions of US officials at Guantanamo formed part of state policy and thus fell within the scope of functional immunity (*ratione materiae*). Third, the article explores the complex interplay between peremptory norms of international law (*jus cogens*) and jurisdictional immunity. The authors emphasise that the ECtHR, following its precedents (*Al-Adsani v. the United Kingdom*, *Jones and Others v. the United Kingdom*), maintained a conservative stance by refusing to recognise exceptions to immunity even for gross human rights violations.

Key words: European Court of Human Rights, jurisdictional immunities of States and foreign state officials, immunity *ratione materiae*, human rights, *jus cogens* norms

Citation: Starzhenetsky V., Vasiltsova A. Why cannot a French court award compensation for torture at Guantanamo: Commentary on the decision of the European Court of Human Rights in the case of *Nizar Sassi v. France and Mourad Benchellali v. France*. *HSE University Journal of International Law*. 2025. Vol. 3. No. 3. P. 147–160.

[1] **Vladislav V. Starzhenetsky** — candidate of sciences in law, associate professor at the School of International Law.

[2] **Angelina S. Vasiltsova** — research intern, Laboratory of international justice.

Введение

15 октября 2024 года Европейский Суд по правам человека (далее — ЕСПЧ, Суд) рассмотрел жалобы двух французских граждан, Низара Сасси и Мурада Бенчеллали (далее — Заявители), против Франции на нарушение ч. 1 ст. 6 (Европейской) Конвенции о защите прав человека и основных свобод[1] (далее — ЕКПЧ). Французские суды отказались рассматривать направленный Заявителями гражданский иск к гражданам США в связи с незаконным задержанием Заявителей и пытками в Гуантанамо. ЕСПЧ единогласно признал жалобы Заявителей неприемлемыми и прекратил производство по делу.

Данное дело поднимает важные вопросы о пределах универсальной гражданской юрисдикции и сфере действия юрисдикционных иммунитетов государства по гражданским делам.

1. Факты дела

Заявители были захвачены в Афганистане во время операций под руководством Соединенных Штатов Америки в рамках т. н. «войны с

[1] Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, измененная и дополненная Протоколами № 11 и № 14, вступившими в силу 1 июня 2010 года, г. Рим, 4. XI. 1950 год.

терроризмом», начавшейся после 11 сентября 2001 года, и содержались властями США в период с 2002 по 2004 год в лагере Гуантанамо на Кубе. Оба Заявителя утверждали, что во время пребывания под стражей они подвергались незаконному задержанию и многочисленным пыткам.

Вскоре после возвращения во Францию в ноябре 2002 года Заявители направили гражданский иск в суд Лиона. Иск был подан в отношении неизвестных лиц и касался незаконного содержания под стражей более семи дней, незаконного лишения свободы, а также умышленного нежелания прекратить незаконное лишение свободы.

14 февраля 2003 года французский следственный судья (англ.: *examining magistrate*) отказался начать судебное расследование со следующей мотивировкой: если предположить, что факты соответствуют действительности, они «приписываются агентам иностранного государства, выполняющим официальные действия, которые не могут быть привлечены к ответственности французскими судами». Заявители обжаловали данное решение.

Постановлением от 4 января 2005 года Кассационный суд Франции направил дело на новое рассмотрение, так как нижестоящие суды не проанализировали, охватываются ли предполагаемые действия международным правом, в частности нормами Третьей Женевской конвенции[2] и Международного пакта о гражданских и политических правах[3].

После решения Кассационного суда Франции дело было передано в Апелляционный суд Парижа, и началось официальное судебное расследование. В 2006 году французские следственные судьи обращались в различные министерства с целью получить информацию об американском центре содержания под стражей.

В мае 2006 года Заявители потребовали, чтобы в расследование включили факты пыток. Они потребовали также вызвать на допрос якобы причастных к данному делу американских чиновников: генерала Джеффри Миллера, который курировал допрос в Гуантанамо, и Альберто Гонзалеса, в то время советника Белого дома, а затем генерального прокурора США. В итоге в 2009 году было предъявлено дополнительное обвинение в пытках и актах варварства.

В 2012 году французские судьи направили запрос о правовой помощи с просьбой разрешить им въехать на территорию США с целью допроса свидетелей. Однако американские власти так и не ответили ни на этот запрос, ни на последующие.

---

[2] Женевская конвенция от 12 августа 1949 года об обращении с военнопленными.

[3] Международный пакт о гражданских и политических правах. Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года.

В 2014 и 2016 годах французские власти вновь попытались вызвать генерала Миллера и некоторых других американских чиновников в суд для допроса, однако в декабре 2016 года США отказали, ссылаясь на возможность подрыва национального суверенитета.

18 сентября 2017 года следственный судья официально закрыл дело, сославшись на суверенный иммунитет, так как обвиняемые американские агенты действовали от имени государства и их поведение, пусть и противоречивое, было частью антитеррористической государственной политики США, проводимой после 11 сентября 2001 года. Таким образом, этих лиц невозможно привлечь к ответственности во Франции за действия, совершенные ими в официальном качестве. Парижский апелляционный суд подтвердил решение 19 декабря 2019 года и повторил: несмотря на то, что действие может быть квалифицировано в качестве преступления по французскому законодательству, агенты иностранных государств — в том числе президент Буш, министр Рамсфелд и другие — пользуются функциональным иммунитетом от преследований по этим преступлениям. Иммунитет распространяется также на действия, совершенные в рамках выполнения государственных функций, даже если эти действия предположительно представляют собой серьезные нарушения прав человека.

13 января 2021 года Кассационный суд Франции подтвердил, что в соответствии с международным правом не существует признанного исключения из иммунитета даже в случае пыток, а также то, что устанавливать такие исключения должно международное сообщество, а не национальные суды.

После этого в июле 2021 года заявители обратились в ЕСПЧ, заявив о нарушении их права на доступ к правосудию в соответствии с ч. 1 ст. 6 ЕКПЧ[4].

2. Правовые позиции ЕСПЧ

Представители Франции заявили о неприемлемости жалобы в связи с отсутствием реального спора, связанного с нарушением гражданских прав Заявителей, так как они не могли не знать, что жалоба, обусловленная действиями американских чиновников, тесно связана с наличием юрисдикционного иммунитета.

Проанализировав этот аргумент, ЕСПЧ пришел к выводу о применимости ч. 1 ст. 6 ЕКПЧ к рассматриваемому спору. ЕСПЧ подтвердил, что данная статья применима в гражданских делах,

[4] Ч. 1 ст. 6 гарантирует каждому право на справедливое судебное разбирательство.

касающихся иммунитета от судебного преследования. Иммунитет в обозначенном контексте должен рассматриваться не как ограничение материального права, а как процессуальное препятствие для компетенции национальных судов выносить решения по спорному вопросу.

Следующий аргумент Франции о неприемлемости жалобы касался того, что право на доступ к суду, гарантированное ч. 1 ст. 6 ЕКПЧ, не носит абсолютного характера и может быть ограничено юрисдикционными иммунитетами официальных лиц.

ЕСПЧ в анализируемом деле подтвердил, что предоставление юрисдикционного иммунитета в гражданском судопроизводстве преследует законную цель соблюдения норм международного права, чтобы способствовать международной вежливости и добрым отношениям между государствами посредством уважения суверенитета другого государства[5].

В отношении пропорциональности ограничения права на доступ в суд ЕСПЧ в анализируемом деле также сослался на решение *Аль-Адсани против Соединенного Королевства*[6], в котором был сделан вывод об отсутствии практики по лишению государства иммунитета по гражданским делам, связанным с совершением пыток[7]. ЕСПЧ допустил, что развитие международного обычного или договорного права может привести к изменениям в будущем, но на данный момент следует руководствоваться правовыми позициями Международного Суда, высказанными в 2012 году по делу *Германия против Италии*[8].

ЕСПЧ положительно оценил в своем решении настойчивость судебных органов Франции в расследовании фактов, обозначенных Заявителями, многочисленные попытки обратиться за правовой помощью к американским властям, допросить представителей американского государства, которые, однако, не увенчались успехом из-за отказа иностранных властей сотрудничать со следствием[9]. Это также повлияло на вывод Суда о том, что Заявители могли предъявить свои требования в суде, а в доступе к суду не было отказано исключительно из-за наличия иммунитетов.

---

5 *Nizar Sassi and Mourad Benchellali v France* [2024] ECtHR Applications nos 35884/21 and 35886/21, § 56 (далее — *Sassi and Benchellali*).

6 *Al-Adsani v. The United Kingdom* [2001] ECtHR App No 35763/97 (далее — *Al-Adsani)*.

7 *Sassi and Benchellali*, § 61.

8 *Jurisdictional Immunities of the State, Germany v Italy* [2012] ICJ, Judgment, ICGJ 434 (далее — *Germany v Italy)*.

9 *Sassi and Benchellali*, § 64.

3. Комментарий

Анализируемое решение поднимает несколько важных юридических вопросов, которые на текущий момент активно обсуждаются в рамках работы Комиссии международного права ООН (далее — КМП, Комиссия) по подготовке Проекта статей об иммунитете должностных лиц от уголовной юрисдикции иностранного государства, а также в доктрине и практике национальных судов. Стоит выделить три таких вопроса (см. п. 3.1, 3.2 и 3.3 настоящей статьи).

3.1. Соотношение иммунитетов от уголовной и гражданской юрисдикции

В международной правовой доктрине продолжается дискуссия об объеме юрисдикционного иммунитета: является ли он равнозначным при рассмотрении гражданских и уголовных дел или должны применяться разные стандарты.

Согласно одной точке зрения, необходимо проводить различие между осуществлением уголовной и гражданской юрисдикции, что, в свою очередь, сказывается и на объеме иммунитета, который должен предоставляться (иммунитет от уголовной юрисдикции обычно шире) (Fox & Webb, 2013, p. 87). Различия подчеркивались и при подготовке Комиссией Проекта статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции[10]. В частности, приводился аргумент, что вопрос иммунитета в случае уголовного производства встает еще на досудебной стадии[11]. Кроме того, есть существенные различия и в субъектном составе: иммунитет от уголовной юрисдикции может быть предоставлен только должностному лицу, в то время как иммунитет от гражданской юрисдикции предоставляется как государству, так и должностным лицам[12].

Необходимость дифференциации была обоснована также в деле *Аль-Адсани.* В своем решении ЕСПЧ, анализируя применимость выводов,

---

[10] Комиссия Международного права. (2010). *Второй доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, подготовленный Специальным докладчиком Романом Анатольевичем Колодкиным.* A/CN.4/631, § 38 (Далее — КМП, Второй доклад).

[11] Комиссия Международного права. (2008). *Предварительный доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, подготовленный Специальным докладчиком Романом Анатольевичем Колодкиным*. A/CN.4/601, § 51.

[12] Там же, § 52.

полученных в делах *Пиночет*[13] и *Фурундзия*[14], отметил, что, в отличие от последних, в деле *Аль-Адсани* речь шла о гражданской ответственности государства, тем самым проведя различие между применением иммунитетов от уголовной и гражданской юрисдикции иностранного государства[15]. Более того, в отношении *Пиночета* Суд указал, что ограничение иммунитета *ratione materiae* бывшего главы государства от уголовной юрисдикции никаким образом не влияет на иммунитет *ratione personae* государства от гражданской юрисдикции[16].

В деле *Джонс и др. против Соединенного Королевства* ЕСПЧ напрямую указал:

> В свете возможности для жертв преступлений в некоторых государствах подавать гражданский иск о возмещении ущерба в рамках уголовного судопроизводства, любое различие в подходе к иммунитету *ratione materiae* между гражданскими и уголовными делами будет иметь влияние на степень, в которой гражданская компенсация доступна в разных государствах[17].

Соответственно, сторонники данной точки зрения не исключают ситуацию, при которой иммунитет будет действовать от уголовной юрисдикции, однако он не будет признаваться в отношении гражданско-правовых требований о возмещении вреда.

Согласно другой точке зрения концепция международной ответственности государства не знает различий между гражданской и уголовной ответственностью: «это единое недифференцированное понятие ответственности» (Crawford, 2012, p. 542). Соответственно, в вопросах выплаты гражданской компенсации за возможные преступления, совершенные официальными лицами, должен действовать единый стандарт юрисдикционного иммунитета, который будет защищать государство (его должностных лиц) как от уголовной, так и от гражданской юрисдикции.

Именно этот подход Суд продемонстрировал в комментируемом деле. Рассуждая о том, что в настоящий момент в международном праве нет сформировавшейся нормы о лишении иммунитета в случае совершения пыток, ЕСПЧ исходит из того, что принцип иммунитета от юрисдикции

---

13 *R. v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate & Others, Ex parte Pinochet Ugarte (no 3)* [2000] House of Lords, 1 AC 147.

14 *Prosecutor v. Furundzija* [1998] ICTY (case no. IT–95–17/I–T (1999) 38 ILM 317) (далее — *Furundzija).*

15 *Al-Adsani,* § 61.

16 Ibid, § 65.

17 *Jones and Others v. the United Kingdom* [2014] ECtHR App No 34356/06, App No 40528/06, § 212 (далее — *Jones*).

применяется одинаково ко всем делам в национальных судах (как к гражданским, так и к уголовным)[18].

Предложенное решение, на наш взгляд, заслуживает поддержки. Представляется, что применение иммунитета в контексте схожих дел не может находиться в зависимости от того, в рамках какого производства поднимается вопрос о неправомерности действий должностных лиц: гражданского или уголовного. Это деление не имеет определяющего значения. Более того, оно может носить искусственный или даже манипулятивный характер для преодоления юрисдикционных ограничений, установленных в международном праве. Ввиду сути института юрисдикционного иммунитета и принципа *par in parem non habet imperium* речь идет о суверенных действиях государства, которые не подлежат оценке со стороны иностранных судебных органов.

Такой подход находит также подтверждение и в практике национальных судов. К примеру, в деле *Лозано против Италии,* касающемся убийства американским солдатом итальянского офицера разведки и двух гражданских лиц, итальянский суд также не стал проводить различия между иммунитетом государства от иностранной гражданской юрисдикции и иммунитетом *ratione materiae* государственных органов от иностранной уголовной юрисдикции[19], не признав свою юрисдикцию по рассмотрению дела.

3.2. Могут ли пытки признаваться действиями, совершаемыми в официальном качестве?

Комментируемое решение проливает свет на еще один аспект живой дискуссии, которая ведется в контексте действия юрисдикционного иммунитета в делах о нарушении прав человека. Противники признания иммунитета за государствами и их должностными лицами предлагают исходить из того, что акты пыток (равно как и другие грубые нарушения прав человека) не могут быть совершены от имени государства, поскольку они не являются выполнением суверенных функций и не могут осуществляться должностным лицом в официальном качестве (Bianchi, 1994, pp. 227–228). Такая логика прослеживается в решениях некоторых национальных судов, включая решения по делам *Пиночет* и *Бутерзе*[20]*.*

Более того, этот вопрос затрагивался Комиссией в рамках работы над темой иммунитета должностных лиц. Резюмируя результаты работы 63-й сессии КМП, специальный докладчик Р. А. Колодкин указал на то, что в

[18] *Sassi and Benchellali*, § 53, 61, 65.
[19] *Lozano v Italy* [2008], Appeal Judgment, Case No 31171/2008; ILDC 1085.
[20] *Bouterse* [2000] Court of Appeal of Amsterdam, R 97/163/12 Sv and R 97/176/12 Sv.

международном праве *довольно широко* распространена точка зрения, согласно которой не только пытки, но и другие тяжкие преступления по международному праву не могут рассматриваться как действия, совершенные в официальном качестве, и иммунитет *ratione materiae* не защищает от иностранной уголовной юрисдикции, осуществляемой в связи с такими преступлениями[21].

Однако с подобным утверждением можно поспорить. В комментируемом деле акты пыток в Гуантанамо были признаны французскими судами, а затем и ЕСПЧ действиями в официальном качестве. Так, Апелляционный суд Парижа справедливо отметил, что действия, на которые жалуются Заявители, были совершены официальными лицами США в рамках политики по борьбе с терроризмом; определение этой политики и ее реализация военными США с использованием государственной власти и военной силы этой страны являются действиями, которые подпадают под осуществление суверенитета соответствующего государства[22].

ЕСПЧ поддержал позицию апелляционного суда, согласившись с аргументацией и определив, что в данном деле американские чиновники несомненно являются должностными лицами, действовавшими в официальном качестве и от имени государства[23].

В аналогичном деле *Джонс* ЕСПЧ также не согласился с аргументом о том, что акты пыток не являются действиями в официальном качестве[24] и что государства, присоединяясь к Конвенции о запрете пыток[25], автоматически отказываются от иммунитета в соответствующих случаях[26].

3.3. Распространяется ли иммунитет на действия, нарушающие нормы *jus cogens*?

Следующая проблема, затронутая ЕСПЧ в комментируемом деле, касается соотношения норм *jus cogens* (в частности, запрета пыток) и юрисдикционного иммунитета.

В подготовленном КМП Проекте статей об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции в статье 7 предлагается решение, согласно которому:

---

21 КМП, *Второй доклад*, § 57.
22 *Sassi and Benchellali,* § 23.
23 Ibid, § 54, 64.
24 *Jones*, § 212.
25 Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания, ООН, Сборники договоров, т. 1465, стр. 85, 10 декабря 1984.
26 *Jones*, § 208–209.

> иммунитет *ratione materiae* от осуществления иностранной уголовной юрисдикции не применяется в отношении следующих преступлений по международному праву: преступление геноцида, преступления против человечности, военные преступления, преступление апартеида, пытки, насильственные исчезновения[27].

В подтверждение существования соответствующей практики государств КМП привела дело *Пиночет*, в котором Палата лордов постановила, что в случаях обвинения в совершении пыток иммунитет не может предоставляться должностным лицам по смыслу Конвенции о запрете пыток. В деле *Феррини*[28] итальянский Кассационный суд посчитал «бесспорным», что должностные лица государства не пользуются функциональным иммунитетом в отношении преступлений по международному праву, а также постановил, что нет никаких причин выносить иное решение в аспекте иммунитета государства. Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии (далее — МТБЮ) в деле *Фурунджия* весьма категорично высказался о том, что лица, совершающие международные преступления, вне зависимости от их статуса (даже если это глава государства) должны быть привлечены к уголовной ответственности за совершенные деяния. Более того, суд заявил, что такая норма имеет статус международного обычая[29]. Апелляционная камера МТБЮ также заявила в решении о вызове в суд в деле *Блашкича*[30], что иммунитет *ratione materiae* не существует в отношении преступлений, предусмотренных в международном праве, таких как военные преступления, преступления против человечности и геноцид[31].

Этот подход находит поддержку также в доктринальных источниках (Caplan, 2003, p. 744; Tladi, 2019, p. 187; Zappalà, 2001, p. 601; Özdan, 2019, pp. 1538–1539; Colangelo, 2013, p. 90; Wirth, 2002, p. 888; Forcese, 2007, p. 168). Необходимость исключения из принципа иммунитета преимущественно обосновывается указанием на особый статус норм *jus cogens* в международном праве (Parlett, 2006, p. 51; Taylor, 2001, p. 114).

Однако можно ли уже считать, что сформировался новый обычай, позволяющий пренебрегать иммунитетом, когда речь идет о международных преступлениях? Многие государства в ходе работы над

---

27 Комиссия Международного права. (2022). *Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, Тексты и заголовки проектов статей, принятые Редакционным комитетом в первом чтении.* A/CN.4/L.969, Проект статьи 7.

28 *Ferrini v Germany* [2004] Supreme Court of Cassation., Appeal decision, Cass no 5044/04, ILDC 19.

29 *Furundzija,* § 140.

30 *Prosecutor v. Blaskic* [1997] Case No. IT–9–14–A, Judgment on the Request of the Republic of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997.

31 Ibid, § 41.

проектом статей отмечали, что Комиссия интерпретирует современное международном право излишне вольно[32]. И даже сама КМП признает отсутствие единства по этому вопросу[33]. Представлен такой взгляд и в научной литературе (O'Keefe, 2015, p. 168; Dapo & Sangeeta, 2011, p. 834).

В этом контексте примечательна оценка ЕСПЧ, который вслед за Международным Судом[34] занял консервативную позицию и констатировал, что современное международное право не признает исключений из иммунитета для серьезных нарушений прав человека[35].

Позиция ЕСПЧ видится последовательной. Ранее Суд приходил к такому же выводу в иных делах, затрагивающих вопрос существования исключения из нормы об иммунитетах: в 2001 году в деле *Аль-Адсани*, в 2014 году в деле *Джонс*, в 2021 году в деле *J.C. и др. против Бельгии.* При этом Суд подчеркивает, что ситуация не является статичной, что нельзя исключать развития международного права в будущем и появления исключения из принципа иммунитета в случаях нарушения норм *jus cogens*[36]*,* однако указывает на то, что для такого признания критически не хватает устойчивой и единообразной практики государств[37].

Хотя справедливости ради стоит отметить, что, несмотря на последовательность ЕСПЧ при вынесении решения, внутри судейского корпуса все равно есть разные мнения и не все судьи разделяют подход, согласно которому иммунитет продолжает действовать даже при нарушении норм *jus cogens*[38].

Вывод, к которому пришел ЕСПЧ в деле *Сасси и Бенчеллали*, созвучен и с официальной позицией России, высказанной в комментариях к проекту статей КМП об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции. Так, было отмечено, что статья 7 проекта статей не только не отражает фактического состояния международного права, но и наоборот противоречит ему[39]. Российская Федерация объясняет свою

---

[32] Комиссия международного права (2024) *Иммунитет должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, Комментарии и замечания, полученные от правительств.* A/CN.4/771, стр. 64, 71-74, 96, 100, 108, 115–116 (Далее — КМП, Иммунитет должностных лиц, Комментарии и замечания, полученные от правительств).

[33] Комиссия Международного права (2012) *Предварительный доклад об иммунитете должностных лиц государства от иностранной уголовной юрисдикции, подготовленный Специальным докладчиком Консепсьон Эскобар Эрнандес.* A/CN.4/654, §68.

[34] *Germany v Italy*, § 92–95.

[35] *Sassi and Benchellali,* § 61.

[36] *Al-Adsani,* § 66*; Jones,* § 209–214.

[37] Ibid.

[38] *Al-Adsani*, Joint dissenting opinion of Judges Rozakis and Caflisch joined by Judges Wildhaber, Costa, Cabral Barreto and Vajić; dissenting opinion of Judge Ferrari Bravo; dissenting opinion of Judge Loucaides.

[39] КМП, Иммунитет должностных лиц, Комментарии и замечания, полученные от правительств, с. 96.

позицию, прежде всего, тем, что в действительности нет распространенной практики государств в подобном направлении, так как приведенные КМП решения и законы приняты в небольшом числе государств, почти исключительно западных. Кроме того, Российская Федерация указывает, что статья 7 проекта статей имеет не юридическую, а чисто политическую природу с большим количеством противоречий и изъянов[40].

Список литературы / References

1. Bianchi, A. (1994). Denying state immunity to violators of human rights. *Austrian Journal of Public and International Law*, *46*(2), 195–229.
2. Caplan, L. M. (2003). State immunity, human rights, and jus cogens: a critique of the normative hierarchy theory. *American Journal of International Law*, *97*(4), 741–781. https://doi.org/10.2307/3133679
3. Colangelo, A. J. (2013). Jurisdiction, immunity, legality, and jus cogens. *Chicago Journal of International Law, 14*, 53–91.
4. Crawford, J. (2012). *Brownlie's principles of public international law* (8th ed.). Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/he/9780199699698.001.0001
5. Dapo, A., & Sangeeta, S. (2011). Immunities of state officials, international crimes, and foreign domestic courts. *The European Journal of International Law, 21*(4)*,* 249-286. https://doi.org/10.1093/ejil/chq080
6. Forcese, C. (2007). De-immunizing torture: reconciling human rights and state immunity. *McGill LJ*, *52*, 127–169.
7. Fox, H., & Webb, P. (2013). *The law of state immunity*. Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/law/9780198744412.001.0001
8. O'Keefe, R. (2015). An "international crime" exception to the immunity of state officials from foreign criminal jurisdiction: not currently, not likely. *AJIL Unbound*, *109*, 167–172. https://doi.org/10.1017/S2398772300001379
9. Özdan, S. (2019). State immunity or State impunity in cases of violations of human rights recognised as jus cogens norms. *The International Journal of Human Rights*, *23*(9), 1521–1545. https://doi.org/10.1080/13642987.2019.1623788
10. Parlett, K. (2006). Immunity in civil proceedings for torture: the emerging exception. *European Human Rights Law Review*, 49–66.
11. Taylor, R. H. (2001). Pinochet, confusion, and justice: the denial of immunity in US Courts to alleged torturers who are former heads of state. *T. Jefferson L. Rev*., 24, 101–120.
12. Tladi, D. (2019). The international law commission's recent work on exceptions to immunity: Charting the course for a brave new world in international law? *Leiden Journal of International Law,* 32, 169–187.

[40] Там же, с. 96–99.

https://doi.org/10.1017/S0922156518000663

13. Wirth, S. (2002). Immunity for core crimes? The ICJ's judgment in the Congo v. Belgium case. *European Journal of International Law*, *13*(4), 877–893. https://doi.org/10.1093/ejil/13.4.877
14. Zappalà, S. (2001). Do heads of state in office enjoy immunity from jurisdiction for international crimes? The Ghaddafi case before the French Cour de Cassation. *European Journal of International Law*, *12*(3), 595–612. https://doi.org/10.1093/ejil/12.3.595