

# МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№ 4 (48) • 2023

**Вежливость — лучшее орудие юриста. Об эволюции  
глобальной процессуальной этики**

**Потерпевший от международных преступлений:  
жертва или бенефициар?**

**Как навести мосты между климатом, правами человека  
и международными обязательствами**

**Трудовая сфера в решениях международных судов:  
краткий обзор**

**Значение института персональных данных  
в эпоху надзорного капитализма**

**Международный Суд ООН:  
роль индивидуальных мнений судей**

# МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВОСУДИЕ

№ 4 (48) • 2023

НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

**Учредитель**

О. Б. Сидорович

**Издатель**

ООО «Центр конституционных исследований»

**Редакционный совет**

А. И. КОВЛЕР, председатель (Институт законодательства и сравнительного правоведения)

Б. БАУРИНГ (Лондонский университет, Великобритания)

Л. ГАРЛИЦКИЙ (Варшавский университет, Польша)

А. Я. КАПУСТИН (Институт законодательства и сравнительного правоведения)

Т. Н. НЕШАТАЕВА (Суд Евразийского экономического союза, Беларусь)

А. НУССБЕРГЕР (Кельнский университет, Германия)

С. М. ПУНЖИН (Международный суд ООН, Нидерланды)

А. УШАЦКА (Международный уголовный суд (2006–2015), Латвия)

М. Л. ЭНТИН (МГИМО МИД России)

**Редакционная коллегия**

А. П. ЕВСЕЕВ (НИУ «Высшая школа экономики»)

Д. В. КРАСИКОВ (Саратовская государственная юридическая академия)

И. М. ЛИФШИЦ (Всероссийская академия внешней торговли)

И. В. РАЧКОВ (МГИМО МИД России)

А. К. СОБОЛЕВА (НИУ «Высшая школа экономики»)

Е. В. СЫЧЕНКО (Санкт-Петербургский государственный университет)

М. П. ТРУНК-ФЕДОРОВА (Санкт-Петербургский государственный университет)

М. А. ФИЛАТОВА (НИУ «Высшая школа экономики»)

К. В. ЭНТИН (Суд Евразийского экономического союза, Беларусь)

**Выпускающий редактор**

О. Б. СИДОРОВИЧ (ООО «Центр конституционных исследований»)

**Редакторы-корректоры**

Д. А. МАМАЕВ

Т. СЕЙГЕР (англ.)

М. СИДОРОВИЧ

С. Ф. УСПЕНСКАЯ

Журнал издаётся при  
финансовой поддержке

Решением ВАК журнал включён в «Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертации на соискание ученой степени доктора и кандидата наук».

Журнал входит в базу журналов Russian Science Citation Index на платформе Web of Science, а также в базу данных периодических и продолжающихся изданий Ulrich'sPeriodicalsDirectory.

Свидетельство о регистрации ПИ № ФС77-82341 от 23 ноября 2021 года выдано Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций.

Тираж 300 экз. Периодичность — 4 номера в год. Цена свободная.

Подписной индекс (Каталог «Почта России») — ПН994.

Дата выхода в свет: 29 декабря 2023 года.

Адрес редакции: 129090 Москва, ул. Щепкина, д. 8.

Тел.: +7 (495) 608-69-59. Эл. почта: info@mp-journal.ru

Адрес издателя (фактический): 129090 Москва, ул. Щепкина, д. 8.

Отпечатано в типографии ООО «Буки Веди»

117393, г. Москва, вн.тер.г. муниципальный округ Обручевский, ул. Профсоюзная, д. 56, этаж 3, помещение XIX, ком. 321.

Тел.: +7 (495) 926-63-96; www.bukivedi.com; info@bukivedi.com

Позиции авторов статей могут не совпадать с мнением редакции.

При цитировании материалов ссылка на журнал и правообладателя обязательна.

Перепечатка разрешена только с письменного согласия правообладателя.

© ООО «Центр конституционных исследований», 2023

**SCRIPTORIUM****OPINIO JURIS**

*FAÇIE PROFESSIONIS*: О «НОВОЙ» СТАРОЙ ЭТИКЕ  
В МЕЖДУНАРОДНОМ ПРАВОСУДИИ

3

Михаил Гальперин

**JUS CRIMINALE**

ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ЖЕРТВЫ  
В МЕЖДУНАРОДНОМ УГОЛОВНОМ ПРАВОСУДИИ

17

Александр Евсеев

**JUS HONINUM**

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ МЕХАНИЗМОВ ЗАЩИТЫ  
ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В РЕШЕНИИ ПРОБЛЕМЫ  
ГЛОБАЛЬНОГО ИЗМЕНЕНИЯ КЛИМАТА

37

Варвара Абатурова, Екатерина Близнацкая

МЕЖДУНАРОДНЫЕ СУДЫ И СФЕРА ТРУДА:  
ИСТОРИЯ И ПЕРСПЕКТИВЫ

58

Александр Нурик

ЗАЩИТА ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ  
В ЭПОХУ НАДЗОРНОГО КАПИТАЛИЗМА

87

Алёна Герашенко, Александр Рыбин, Кирилл Зюбанов

**JUSTICIA**

НЕЗРИМАЯ ЧАСТЬ ПАЗЛА:  
РОЛЬ ИНДИВИДУАЛЬНЫХ МНЕНИЙ СУДЕЙ  
В ОТПРАВЛЕНИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВОСУДИЯ  
НА ПРИМЕРЕ ПРАКТИКИ МЕЖДУНАРОДНОГО СУДА ООН

103

Владислав Донаканян

**JUS GENTIUM PRIVATUM**

РАЗВИТИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА  
В СФЕРЕ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ:  
ОПЫТ МЕЖДУНАРОДНОЙ ГАРМОНИЗАЦИИ

127

Светлана Крупко

**PRAXIS****EX OFFICIO**

РУКОВОДЯЩИЕ ПРИНЦИПЫ ПО ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ  
СОБСТВЕННОСТИ И МЕЖДУНАРОДНОМУ ЧАСТНОМУ ПРАВУ  
(«КИОТСКИЕ РУКОВОДЯЩИЕ ПРИНЦИПЫ»)

150

# INTERNATIONAL JUSTICE

4 (48) • 2023

**Founder**

O. Sidorovich

**Publisher**

Center for Constitutional Studies Ltd.

**Scientific Advisory Board**

A. KOVLER, Chairman (Institute of Legislation and Comparative Law)

B. BOWRING (Birkbeck College of the University of London, UK)

L. GARLICKI (University of Warsaw, Poland)

A. KAPUSTIN (Institute of Legislation and Comparative Law)

T. NESHATAEVA (Court of the Eurasian Economic Union, Belarus)

A. NUSSBERGER (University of Cologne, Germany)

S. PUNZHIN (International Court of Justice, Netherlands)

A. USACKA (International Criminal Court (2006–2015), Latvia)

M. ENTIN (MGIMO University)

**Board of Editors**

K. ENTIN (Court of the Eurasian Economic Union, Belarus)

A. EVSEEV (Higher School of Economics)

M. FILATOVA (Higher School of Economics)

D. KRASIKOV (Saratov State Law Academy)

I. LIFSHITS (Russian Foreign Trade Academy)

I. RACHKOV (MGIMO University)

A. SOBOLEVA (Higher School of Economics)

E. V. SYCHENKO (Saint Petersburg State University)

M. TRUNK-FEDOROVA (Saint Petersburg State University)

**Managing Editor**

O. SIDOROVICH (Center for Constitutional Studies Ltd.)

**Proofreaders**

D. MAMAEV

A. SAGER (eng.)

M. SIDOROVICH

S. USPENSKAYA

Published under the sponsorship of the



ISSN 2226-2059; e-ISSN 2541-8548

Address: 8, Shchepkin Str., Moscow, 129090, Russian Federation

Mailing Address: 8, Shchepkin Str., Moscow, 129090, Russian Federation

Phone: +7 (495) 608-69-59

E-mail: info@mp-journal.ru

https://mp-journal.ru

© Center for Constitutional Studies Ltd., 2023

**SCRIPTORIUM****OPINIO JURIS***FAÇIE PROFESSIONIS: ON THE “NEW” OLD ETHICS  
IN INTERNATIONAL JUSTICE***3**

Mikhail Galperin

**JUS CRIMINALE**PROCEDURAL POSITION OF THE VICTIM  
IN INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE**17**

Aleksandr Evseev

**JUS HOMINUM**APPLICATION OF THE HUMAN RIGHTS PROTECTION MECHANISM  
IN COPING WITH THE CLIMATE CHANGE PROBLEM**37**

Varvara Abaturova, Ekaterina Bliznetskaya

INTERNATIONAL COURTS AND THE WORLD OF WORK:  
HISTORY AND PROSPECTS**58**

Alexander Nurik

PROTECTION OF PERSONAL DATA  
IN THE AGE OF SURVEILLANCE CAPITALISM**87**

Alyona Gerashchenko, Aleksandr Rybin, Kirill Zyubanov

**JUSTICIA**THE INVISIBLE PIECE OF THE PUZZLE:  
THE ROLE OF INDIVIDUAL OPINIONS OF JUDGES  
IN THE ADMINISTRATION OF INTERNATIONAL JUSTICE  
IN THE PRACTICE OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE**103**

Vladislav Donakanyan

**JUS GENTIUM PRIVATUM**DEVELOPMENT OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW  
IN THE FIELD OF THE INTELLECTUAL PROPERTY:  
EXPERIENCE OF INTERNATIONAL HARMONIZATION**127**

Svetlana Krupko

**PRAXIS****EX OFFICIO**GUIDELINES ON INTELLECTUAL PROPERTY  
AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW (“KYOTO GUIDELINES”)**150**

# Незримая часть пазла: роль индивидуальных мнений судей в практике Международного Суда ООН

Владислав Донаканян\*

В системе современного международного правосудия прочно укоренилась норма, в соответствии с которой судьи вправе приложить к судебному акту своё индивидуальное мнение, в котором они могут выразить солидарность с позицией большинства либо предоставить альтернативную точку зрения. Индивидуальные мнения судей нечасто становятся предметом научных дискуссий, однако из немногочисленных существующих работ следует, что данное явление оценивается юристами-международниками неоднозначно. В статье на примере практики Международного Суда ООН была предпринята попытка всестороннего анализа этого явления. В работе были критически рассмотрены аргументы противников института индивидуальных мнений, а именно их влияние на легитимность решений и независимость судей. Кроме того, автор изучил подходы к определению правовой природы индивидуальных мнений судей как частей судебных решений и доктрин наиболее квалифицированных специалистов в области публичного права. Проведённое исследование позволило прийти к заключению, что особые черты судебных мнений не позволяют отнести их ни к одной из этих правовых категорий. Основной акцент в работе был сделан на практико-прикладном значении мнений судей Международного Суда ООН. Так, на примере ряда судебных решений было продемонстрировано, что такие мнения позволяют уточнить материально-правовое содержание судебных актов. Было установлено, что прикладываемые к решению судебские мнения способствуют упрочнению юридической аргументации самих решений (что объясняется параллельностью их составления) и предоставляют ценнейший материал для академического сообщества. В то же время автор не разделяет позицию, что индивидуальные мнения судей можно квалифицировать в качестве «агентов» прогрессивного развития международного права.

DOI: 10.21128/2226-2059-2023-4-103-126

→ *Международный Суд ООН; индивидуальные (отдельные) мнения судей; легитимность решений международных судов; толкование судебных решений; вспомогательные средства определения норм права*

## 1. Введение

Решения международных судов и трибуналов, не будучи формальным источником международного права, тем не менее вносят существенный вклад в его развитие и укрепление<sup>1</sup>. Вместе с тем систему международного права обогащают не только сами решения,

\* *Донаканян Владислав Гарегинович* — магистр права (МГИМО (У) МИД России), практикующий юрист, Москва, Россия (e-mail: v.donakanyan@yandex.ru). Статья подготовлена на основе конкурсной работы, особо отмеченной по результатам конкурса на соискание премии «Международное право в XXI веке» за лучшую научную работу по международному публичному праву в 2023 году URL: <https://icrc.ru/ru/projects/award> (дата обращения: 26.12.2023).

<sup>1</sup> См.: Доклад Комиссии международного права. Документ ООН A/76/10. Приложение. § 14–15. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G21/224/43/PDF/G2122443.pdf?OpenElement> (дата обращения: 26.12.2023).

но и прилагаемые к ним индивидуальные мнения судей, который стали неотъемлемой составляющей современного международного правосудия.

Данный институт проистекает из англосаксонской правовой традиции. В отличие от стран континентального права, где недопущение судейского инакомыслия преимущественно расценивается как укрепляющий и стабилизирующий правовую систему фактор, страны общего права допускали возможность доведения до общественности факта несогласия судейского меньшинства с большинством<sup>2</sup>. Считается, что эта возможность придаёт больше значения роли личности судьи в отправлении правосудия, а также способствует установлению прозрачности и независимости судебного процесса<sup>3</sup>.

Дискуссии вокруг целесообразности предоставления права судьям на приложение к решению их индивидуальных мнений велись с самого начала формирования системы мирного разрешения международных споров. Составители Конвенции о мирном разрешении международных столкновений 1899 года пришли к выводу, что судьи могли отразить лишь факт несогласия с окончательным судебным решением<sup>4</sup>. На второй Гаагской конференции в 1907 году представители государств приняли решение отказаться от данного права в угоду сохранения анонимности судей и укрепления легитимности судебного решения<sup>5</sup>. Возврат к первоначальной идее произошёл в 1920 году, когда был принят Статут Постоянной палаты международного правосудия<sup>6</sup>. В статье 57 данного документа было предусмотрено, что «если решение, в целом или в части, не выражает единогласного мнения судей, то каждый судья имеет право представить своё особое мнение». Аналогичная норма воспроизводится в Статуте Международного Суда ООН<sup>7</sup> и Статуте Международного трибунала по морскому праву<sup>8</sup>. Можно констатировать, что закрепление за судьями данного права является сложившейся практикой международных судебных органов<sup>9</sup>.

В большинстве случаев такие мнения становятся предметом научного исследования в контексте анализа определённого решения, однако имеющаяся к настоящему моменту международная судебная практика позволяет выявить закономерности влияния индивидуальных мнений судей на отправление международного правосудия в целом. В данной работе будет предпринята попытка критического осмысления подходов к определению правовой природы и функционального значения индивидуальных мнений судей в современном международном праве.

Предметом данной работы выступают особые мнения судей Международного Суда ООН (*далее* — Суд) по следующим причинам. Во-первых, Суд является центральным органом международного правосудия, и именно его решения и, следовательно, прилагаемые к ним индивидуальные мнения судей имеют наибольшее влияние на систему международного права. Во-вторых, богатая практика Суда предоставляет обширный

<sup>2</sup> См.: *Dainow J.* The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison // *The American Journal of Comparative Law.* Vol. 15. 1966–1967. No. 3. P. 419–435, 432.

<sup>3</sup> См.: *Ginsburg R. B.* The Role of Dissenting Opinions // *Minnesota Law Review.* Vol. 95. 2010. No. 1. P. 1–8, 3.

<sup>4</sup> Конвенция о мирном решении международных столкновений от 29 июля 1899 года.

<sup>5</sup> Конвенция о мирном решении международных столкновений от 18 октября 1907 года.

<sup>6</sup> Статут Постоянной палаты международного правосудия 1920 года.

<sup>7</sup> Статут Международного Суда ООН от 26 июня 1945 года.

<sup>8</sup> Статут Международного трибунала по морскому праву от 16 ноября 1994 года.

<sup>9</sup> В число международных судебных органов, которые допускают приложение к решению индивидуальных мнений судей, входят: Суд Евразийского экономического союза, Европейский Суд по правам человека, Межамериканский суд по правам человека, Международный трибунал по бывшей Югославии, Международный трибунал по Руанде, Восточноафриканский суд, созданный в рамках Восточноафриканского сообщества, Африканский суд по правам человека и народов.

материал для анализа. На момент 2022 года судьи опубликовали 349 несопадающих мнений, 406 особых мнений и 262 декларации<sup>10</sup>. В-третьих, академическая дискуссия о допустимости данного института в международном праве сконцентрирована, прежде всего, на главном судебном органе Организации Объединённых Наций, так как возможность переизбрания судей и увеличение числа несопадающих мнений традиционно вызывают особое беспокойство у международного сообщества<sup>11</sup>.

## 2. Виды и содержание индивидуальных мнений судей

Формальный подход к определению видов индивидуальных мнений судей может привести к результатам, которые не соответствуют сложившейся практике. Так, мы уже упоминали, что в статье 57 Статута Суда установлено: «Если решение, в целом или в части, не выражает единогласного мнения судей, то каждый судья имеет право представить своё особое мнение». В то же время в пункте 2 статьи 95 Регламента Суда содержится следующая формулировка: «Любой судья может, при желании, приобщить к решению своё индивидуальное мнение как при несогласии, так и при согласии с мнением большинства; судья, который желает зафиксировать своё согласие или несогласие без указания мотивов, может сделать это в форме заявления. То же относится и к выносимым Судом постановлениям».

Учитывая иерархию взаимоотношений Статута и Регламента, которая строится по принципу *lex inferior legi superiori derogare non potest*<sup>12</sup>, можно сделать вывод, что Регламент детализирует виды особых мнений, право на предоставление которых предусмотрено Статутом. При таком понимании термин «особое мнение» становится общим термином, который охватывает несопадающие мнения и декларации. Кроме того, Регламент позволяет прикладывать индивидуальные мнения не только к решениям, но и к приказам Суда. Это можно толковать не просто как расширительное толкование Статута, но и как прямую коллизию между Статутом и Регламентом<sup>13</sup>.

Вместе с тем практика Суда сформировала иную классификацию. Индивидуальные мнения судей подразделяются на три отдельных вида: особые (англ.: *separate*) и несопадающие (англ.: *dissenting*) мнения, а также заявления (англ.: *declarations*)<sup>14</sup>. Особое мнение — это форма судебского несогласия с большинством относительно содержащейся в решении аргументации, но не итогового вывода. Прикладывая несопадающее мнение, судья доводит до общественности, что он не разделяет позицию Суда как в мотивировочной, так и в резолютивной части решения. В форме заявления обычно выражается факт согласия либо же несогласия с решением без детального разъяснения такой позиции.

Стоит отметить, что приведённое выше распространённое понимание декларации не отражает суть данного вида индивидуальных мнений в полном объёме. Оно основано на уже упомянутом пункте 2 статьи 95 Регламента Суда, однако согласно устоявшейся

<sup>10</sup> См.: *Dunoff J. L., Pollack M. A.* The Road Not Taken: Comparative International Judicial Dissent // *American Journal of International Law*. Vol. 116. 2022. No. 2. P. 340–396, 354.

<sup>11</sup> См.: *Ibid.* P. 363.

<sup>12</sup> См.: *Kolb R.* The International Court of Justice / transl. by A. Perry. Oxford : Hart Publishing, 2013. P. 101.

<sup>13</sup> См.: *Logacheva E.* Separate and Dissenting Opinions: Their Role in the Practice of the ICJ : MA Thesis. Riga Graduate School of Law, 2019. P. 11–12.

<sup>14</sup> См.: International Court of Justice. Yearbook 2016–2017. P. 83. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/documents/yearbook-2016-2017.pdf> (дата обращения: 26.12.2023). См. также: *Kolb R.* The Elgar Companion to the International Court of Justice. Cheltenham ; Northampton, MA : Edward Elgar Publishing, 2014. P. 82.

практике судьи в своих декларациях не только высказываются относительно резолютивной части решения, но и комментируют его мотивировочную часть. Таким образом, происходит смешение деклараций с особыми и несовпадающими мнениями.

Несмотря на это, декларации обладают рядом отличительных черт от иных видов индивидуальных мнений<sup>15</sup>. Декларации, в которых не содержится негативная оценка итогового решения Суда, отличаются от особых мнений тем, что, во-первых, в них охватывается относительно небольшое число аспектов, затронутых в судебном решении, и, во-вторых, они не содержат подробной аргументации. Судейское несогласие, представленное в форме декларации, выделяется на фоне несовпадающих мнений кругом вопросов, которые поднимаются автором: в них критикуются пассажи, не относящиеся к существу спора, или затрагиваются вопросы юрисдикции или приемлемости спора. Известны редкие случаи, когда декларации по своему содержанию нельзя отличить от особых или несовпадающих мнений. Исследователи объясняют это психологической составляющей, когда судья не хочет, чтобы его позиция относительно решения Суда была неверно воспринята общественностью исходя из наименования прилагаемого им документа<sup>16</sup>.

### 3. Правовая природа индивидуальных мнений судей

Для оценки фактической роли индивидуальных мнений судей в отправлении международного правосудия важно уделить внимание их правовой природе.

Определение правовой природы индивидуальных мнений чаще всего осуществляется через призму их сходства с «доктринами наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву» согласно статье 38 Статута Суда. Среди отличительных черт указывается статус их авторов как судей, что свидетельствует об их высокой квалификации и ценности их позиции, которая была сформирована посредством двойных состязательных дебатов (первые — между сторонами спора, вторые — между судьями)<sup>17</sup>. По мнению А. С. Самбатян, эти особенности делают статус индивидуальных мнений судей «выше статуса мнений, изложенных в научной литературе», из чего следует вывод, что «практическая ценность (но не юридическая сила) аргументированных особых мнений судей сопоставима с решениями самого суда»<sup>18</sup>.

Индивидуальные мнения судей по своей форме действительно во многом схожи с доктринальными источниками. Вместе с тем представляется, что понимание индивидуальных мнений судей как наиболее авторитетных доктрин квалифицированных юристов следует принимать с существенной долей условности, причём различия между ними заключаются не только в форме, но и в содержании.

Во-первых, судейские мнения являются производным продуктом судебной деятельности. Первичный характер носит само судейское решение, без которого они не могут

<sup>15</sup> См.: *Sarmiento Lamus A., González Quintero R.* The Practice of Appending Declarations at International Courts and Tribunals // *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*. Vol. 20. 2021. No. 2. P. 289–317, 313–314.

<sup>16</sup> См.: *Ibid.* P. 313–314.

<sup>17</sup> См.: *Pellet A.* Decisions of the ICJ as Sources of International Law? // *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?* / ed. by E. Cannizzaro et al. Rome : International and European Papers Publishing, 2018. P. 7–57, 22.

<sup>18</sup> *Смбатян А. С.* Решения органов международного правосудия в системе международного публичного права. М. : Статут, 2012. С. 92. Стоит отметить, что А. С. Смбатян использует термин «особые мнения» для обозначения всех видов индивидуальных мнений. См.: Там же. С. 91.

существовать. В то же время доктринальные работы в этом плане более самостоятельны, их появление не привязано к каким-либо иным факторам.

Во-вторых, форма предопределяет и особенности содержания индивидуальных мнений судей. В Статуте и иных документах не закрепляются требования к их содержанию. Согласно ограничительному подходу, содержание индивидуальных мнений судей должно быть тесно связано с соответствующим решением. Сторонники иной позиции выступают за то, что судьи не должны быть каким-либо образом ограничены при реализации своего права по статье 57 Статута. Несмотря на отсутствие однозначного консенсуса по данному вопросу, можно выделить следующие фактически устоявшиеся требования к содержанию индивидуальных мнений: затрагиваемые в них аспекты должны быть связаны исключительно с текущей стадией процесса, то есть, прикладывая мнение к решению по предварительным возражениям, судья не должен касаться аспектов существа дела; судьи должны воздерживаться от политических заявлений; их высказывания не должны наносить вред авторитету Суда<sup>19</sup>. Авторы доктринальных работ обладают несоизмеримо большей дискрецией в части поднимаемых в работе вопросов. Черта между международно-правовой доктриной и особыми мнениями судей наиболее чётко прослеживается в последнее десятилетие, в течение которого международно-правовая доктрина изобилует оценочными суждениями политического характера, что часто предопределяет юридическую аргументацию.

В-третьих, не каждая академическая работа подпадает под статью 38 Статута Суда. Фундаментальные труды известных учёных-юристов имели наибольшее значение на заре становления международного права. В настоящее время удельный вес современных доктринальных работ при отправлении правосудия несоизмеримо снизился. Как отмечает известный специалист А. Ауст, это во многом объясняется тем, что комментаторы в своих работах излагают свои взгляды на то, каким право должно быть (*lege ferenda*), а не каким оно является в настоящий момент (*lege lata*)<sup>20</sup>. При решении вопроса о том, является ли каждая отдельная монография или статья вспомогательным средством для определения содержания международно-правовой нормы, следует исходить из её авторитета и влияния на академическое сообщество в целом. Таким образом, несопадающие мнения и негативные декларации никак не могут быть квалифицированы как «доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву» в формальном смысле этого выражения, так как они уже противопоставляются положениям, закреплённым в решении Суда. Правовые конструкции, изложенные в индивидуальных мнениях, преимущественно посвящены *lege ferenda*. Соответственно, обозначенные в них позиции противоречат действующему международному праву, вследствие чего они не могут быть «вспомогательным» источником международного права. Провести подобную аналогию будет уместно только в случае особых мнений и позитивных деклараций, «когда Суд, имея возможность дать динамичное толкование, останавливается по разным причинам на статичном прочтении и понимании нормы»<sup>21</sup>.

Современная зарубежная международно-правовая доктрина предлагает рассматривать прецедентное значение индивидуальных мнений судей как *obiter dicta* решений

<sup>19</sup> См.: Hoffmann R., Laubner T. Article 57 // The Statute of the International Court of Justice: A Commentary / ed. by A. Zimmermann et al. 2<sup>nd</sup> ed. Oxford : Oxford University Press, 2012. P. 1383–1400, 1390–1391.

<sup>20</sup> См.: Aust A. Handbook of International Law. 2<sup>nd</sup> ed. Cambridge : Cambridge University Press, 2010. P.9. См. также: Crawford J. Brownlie's Principles of Public International Law. 9<sup>th</sup> ed. Oxford : Oxford University Press, 2019. P. 40.

<sup>21</sup> Нешатаева Т. Суд Евразийского экономического союза: от правовой позиции к действующему праву // Международное правосудие. 2017. № 2(22) С. 64–79, 77.

Суда<sup>22</sup>. Данная позиция также не лишена недостатков и порождает теоретические проблемы.

*Ratio decidendi* в странах общего права обозначает обязательные части судебного решения, которые имеют прецедентное значение. В них формулируются и толкуются правовые нормы, которые носят определяющий характер для разрешения спора. *Obiter dicta* включает в себя пассажи, которые не обладают нормативным содержанием и затрагивают второстепенные для спора аспекты. В международном праве нет ясности в вопросе о том, целесообразно ли применять данную концепцию к решениям международных судов и трибуналов. Если же презюмировать её приемлемость, то не совсем ясно, по каким критериям следует проводить данное разграничение<sup>23</sup>. В любом случае такие категории, как *obiter dictum* и *ratio decidendi*, относятся исключительно к тексту судебного решения. Следовательно, если руководствоваться формальными критериями, индивидуальные мнения судей не могут быть квалифицированы как *obiter dicta*. Кроме того, если взять в качестве примера *obiter dicta* несовпадающие мнение, то возникает ситуация, когда разные *obiter dicta* одного и того же решения могут противоречить как друг другу, так и *ratio decidendi*.

В литературе также встречается и усреднённая позиция, в рамках которой отмечается, что место индивидуальных мнений в «пантеоне» источников международного права зависит от убедительности юридической аргументации соответствующего мнения<sup>24</sup>. Таким образом, определение того, является ли приложенная к решению личная позиция судьи квазисудебным решением или же доктринальным источником, осуществляется в каждом конкретном случае отдельно.

Подобный подход к определению правовой природы индивидуальных мнений судей также не представляется убедительным. Если некоторые части особых мнений можно рассматривать в качестве доктрин наиболее квалифицированных юристов, то такое мнение, каким бы оно юридически убедительным ни было, не может быть равнозначным решению суда даже с точки зрения сугубо практической ценности. Практическая ценность решения Суда заключается в том, что правовые выводы, содержащиеся в решении, можно рассматривать как окончательное толкование международно-правовых норм. В нынешних реалиях международное сообщество фактически придаёт решениям Суда нормативный эффект<sup>25</sup>. Вне зависимости от убедительности доводов, содержащихся в индивидуальном мнении судьи, следует принимать во внимание то обстоятельство, что они по определённым причинам не вошли в итоговый текст решения.

Попытки квалификации индивидуальных мнений судей на основании подпункта «d» пункта 1 статьи 38 Статута приведут к искажению их правовой природы. Несмотря на сходство с международно-правовой доктриной по форме и содержанию, с одной стороны, и на неразрывность с самим решением, с другой стороны, индивидуальные мнения судей обладают рядом упомянутых выше особенностей. В этой связи представляется, что индивидуальные мнения судей являются институтом *sui generis*, который нельзя без

<sup>22</sup> См.: Song K., Ma X. Individual Opinions as an Agent of International Legal Development? // Journal of International Dispute Settlement. Vol. 13. 2022. No. 1. P. 54–78, 58.

<sup>23</sup> См.: Jennings R. Y. The Judiciary, International and National, and the Development of International Law // International & Comparative Law Quarterly. Vol. 45. 1996. No. 1. P. 1–12.

<sup>24</sup> См.: Hernández G. I. The International Court of Justice and the Judicial Function. Oxford : Oxford University Press, 2014. P. 123.

<sup>25</sup> См.: Buergenthal T. Lawmaking by the ICJ and Other International Courts // Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law). Vol. 103. 2009. P. 403–406, 404.

существенных оговорок отнести к какой-либо более широкой международно-правовой категории.

#### 4. Индивидуальные мнения судей и легитимность судебных решений

Во время составления Конвенции о мирном решении международных столкновений 1907 года голландский делегат, являвшийся противником идеи введения института индивидуальных мнений судей, перефразировал латинское выражение *Roma locuta est, res fina est*<sup>26</sup>, сформулировав его как *tribunal locutum est, res fina est*<sup>27</sup>. Таким образом было высказано опасение, что наличие индивидуальных мнений судей снизит убедительность судебного решения. Спустя 125 лет данная фраза всё ещё наиболее наглядно демонстрирует ключевой довод лиц, которые придерживаются негативного отношения к таким мнениям. К их числу стоит отнести А. С. Исполинова, который отмечает следующее: «...сегодняшняя практика международных судов показывает, что решение, принятое минимальным большинством с развернутыми и убедительными особыми мнениями, неизбежно теряет в восприятии авторитета этого решения и его легитимности государствами и их национальными судами»<sup>28</sup>.

Переходя к обозначенной выше проблематике, стоит отметить, что, по мнению автора данной работы, добавление такой категории, как легитимность, в юридический дискурс, в том числе международно-правовой, приводит к искажению предмета исследования. Легитимность не является юридической категорией в строгом смысле этого слова и не может рассматриваться в качестве аргумента за или против того или иного правового института с точки зрения формально-юридического подхода. Легитимность может приниматься во внимание в рамках междисциплинарных исследований, однако большинство научных работ по рассматриваемой тематике, не претендующих на междисциплинарность, всё же оперируют данным понятием. Вместе с тем если же признать уместность подобного подхода (*quod non*), то по обозначенным ниже причинам институт индивидуальных мнений судей не несёт рисков для легитимности судебных решений.

Легитимность в международном праве означает доверие государств к определённым политико-правовым явлениям, которые основываются на их представлении о добре и зле<sup>29</sup>. Если правомерность можно представить как объективную характеристику, то легитимность является исключительно субъективной категорией<sup>30</sup>, которая варьируется в зависимости от господства различных моральных ценностей и общей политико-правовой позиции государства в определённый момент времени. Согласно распространённому в академическом сообществе взгляду, ввиду отсутствия наднационального механизма, гарантирующего принудительное исполнение решений Суда, именно степень их легитимности

<sup>26</sup> В переводе данная фраза означает: «Рим высказался, дело закрыто». В изменённом варианте фраза звучит следующим образом: «Суд высказался, дело закрыто».

<sup>27</sup> См.: *Hambro E. I.* Dissenting and Individual Opinions in the International Court of Justice // *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*. Vol. 17. 1956. No. 2. P. 229–248, 234.

<sup>28</sup> *Исполинов А. С.* Особые мнения в международных судах: доктрина и практика // *Право. Журнал Высшей школы экономики*. 2018. № 1. С. 218–233, 221.

<sup>29</sup> См.: *Амлеева Е. Е.* Легитимность норм международного права в условиях кризиса международных отношений // *Легитимность права : колл. моногр. / под ред. Е. Н. Тонкова, И. Л. Честнова*. СПб. : Алетей, 2019. С. 388–406, 391.

<sup>30</sup> Попытки определения легитимности в рамках объективного подхода, когда её степень оценивается на основе чётко определённых критериев, не выглядят убедительными, так как данные критерии в большинстве своём также носят субъективный характер. О подобном подходе см.: *Treves T.* Aspects of Legitimacy of Decisions of International Courts and Tribunals // *Legitimacy in International Law / ed. by R. Wolfrum, V. Röben*. Berlin : Springer Verlag, 2008. P. 169–188, 170.

тимности играет критически важную роль в исполнимости его решений<sup>31</sup>. Это, в свою очередь, влияет на эффективность международного права как регулятора международных отношений в целом.

В качестве такого негативного примера можно указать несовпадающие мнения судей в деле *Никарагуа против США*. К решению данного спора по существу было приложено десять индивидуальных мнений судей, три из которых были несовпадающими. Считается, что они дали США основу для критики решения Суда<sup>32</sup>. Они также позволили членам Совета Безопасности и Генеральной Ассамблеи ООН усомниться в правосудности решения при обсуждении вопроса о принятии мер по его исполнению<sup>33</sup>. Таким образом, несмотря на то что с формальной точки зрения юридическая сила принятого Судом решения не зависит от того, насколько активно судьи выражают своё публичное несогласие с итоговыми выводами, это может иметь далеко идущие последствия в политическом преломлении. Однако действительно ли индивидуальные мнения повлияли на восприятие решения Суда?

В этом ключе заслуживает внимание исследование профессоров Дж. Л. Дуноффа и М. А. Поллака, которые проверили данную гипотезу. За основу были взяты два противоречивых решения Суда *по делу о Юго-Западной Африке* и *по делу о переговорах по прекращению гонки ядерных вооружений и ядерном разоружении*. В обоих случаях мнения судей разделились, исход споров был определён голосом Председателя Суда. В рамках первого дела Суд в решении по существу спора фактически пересмотрел своё решение по предварительным возражениям, установив, что заявители не имеют законного интереса в данном деле; во втором деле Суд впервые указал осведомлённость (англ.: *awareness*) в качестве одного из элементов правового спора, за неимением которого признал заявление Маршалловых Островов неприемлемым. Проанализировав юридическую доктрину, авторы пришли к мнению, что на легитимность судебного решения влияют не количество индивидуальных мнений судей и степень их расхождения с выводами Суда, а распределение голосов судей как представителей определённых государств<sup>34</sup>, что может свидетельствовать о чрезмерной политизации спора.

Методология приведённого выше исследования позволяет оценить восприятие легитимности решений среди представителей академического сообщества. Следовательно, нельзя достоверно утверждать, что эти выводы могут быть справедливы и в отношении легитимности судебных решений с точки зрения государств. К настоящему моменту отсутствуют эмпирические данные, которые бы позволили сделать окончательные выводы. Для подобного исследования необходимо, чтобы были вынесены два схожих по содержанию решения, причём стороны обоих споров должны иметь сопоставимое влияние на международной арене. Кроме того, в одном случае большинство судей должно использовать своё право на опубликование мнения, в то время как в другом процессе им следует воздержаться от этого. Возникновение такой ситуации крайне маловероятно.

Вместе с тем нет никаких оснований предполагать, что количество индивидуальных мнений судей имеет существенное влияние на легитимность решения с точки зрения международного сообщества в целом. Следует предположить, что проблема легитим-

<sup>31</sup> См.: *Follesdal A.* Survey Article: The Legitimacy of International Courts // *The Journal of Political Philosophy*. Vol. 28. 2020. No. 4. P. 476–499, 477.

<sup>32</sup> См.: *Schulte C.* Compliance with Decisions of the International Court of Justice. Oxford : Oxford University Press, 2004. P. 191.

<sup>33</sup> См.: *Al-Qahtani M.* The Role of the International Court of Justice in the Enforcement of Its Judicial Decisions // *Leiden Journal of International Law*. Vol. 15. 2002. No. 4. P. 781–804, 800.

<sup>34</sup> См.: *Dunoff J.L., Pollack M.A.* Op. cit. P. 357–361.

ности судебных решений берёт своё начало в вопросах политико-правовой позиции государств, формирование которой продиктовано национальными интересами<sup>35</sup>. В современных условиях, когда органы международного правосудия отдаляются от идеи харизматической легитимизации<sup>36</sup>, легитимность международных судебных решений, будучи в большей степени социально-политическим явлением, зависит не от общих представлений о правосудности решения, а от политического вектора каждого отдельного государства. Таким образом, указание на значительное количество индивидуальных мнений судей как на фактор, свидетельствующий о юридической неубедительности решения, является лишь следствием понижения степени легитимности решения, причина которого кроется в области политики. Сомнительно, что государства, оспаривающие правосудность решения Суда по делу *Никарагуа против США*, заняли бы иную позицию, если бы к решению не было приложено такое количество судебных мнений.

Легитимность, о которой речь шла выше, затрагивает в большей степени так называемую легитимность «на выходе» (англ.: *output legitimacy*), то есть легитимность результатов системы международного правосудия, — в данном случае это вопрос об исполнимости решений Суда. Выделяют также легитимность «на входе» (англ.: *input legitimacy*), которая характеризует легитимность процедуры судопроизводства, её можно назвать процессуальной легитимностью. Во втором случае индивидуальные мнения способны наглядно доказать, что решения международного суда представляют собой симбиоз различных правовых систем и философских подходов к международному праву. Они позволяют заглянуть «за кулисы» судейской дискуссии, оценив то, каким способом судья пришёл к определённым выводам и действительно ли он голосовал исходя из своего правосознания, а не давления извне<sup>37</sup>. Несовпадающие мнения также имеют заметное политическое и психологическое значение, так как они показывают проигравшей стороне, что её аргументы и альтернативные точки зрения были должным образом рассмотрены<sup>38</sup>. Это «символическое» значение несопадающих мнений способствует легитимизации судебного решения в глазах заинтересованных сторон<sup>39</sup>.

Кроме того, в индивидуальных мнениях судей могут содержаться обоснования того или иного вывода Суда не с точки зрения международного права, а с позиции основополагающих начал определённых национальных правовых семей. Например, в мнении по делу о континентальном шельфе Эгейского моря Судья Тарази отдельно отметил принцип мусульманского права, согласно которому при определении содержания договора особое внимание должно уделяться намерению сторон, что соотносится с правилами толкования международных договоров, установленными Венской конвенцией о праве международных договоров 1969 года<sup>40</sup>. Судья Амун в Консультативном заключении по Западной Сахаре, соглашаясь с мнением Суда о том, что в момент испанской колонизации Западная Сахара не являлась *terra nullius*, аргументировал решение

<sup>35</sup> См. подробнее: *Вылегжанин А. Н., Дудыкина И. П.* Понятие «международно-правовая политика государства» // Московский журнал международного права. 2016. № 4. С. 21–37.

<sup>36</sup> См.: *Толстых В.* Судебные решения XIX — первой половины XX века: антимодернистский анализ // Международное правосудие. 2022. № 4(44). С. 137–153, 146.

<sup>37</sup> См.: *Mistry H.* “The Different Sets of Ideas at the Back of Our Heads”: Dissent and Authority at the International Court of Justice // *Leiden Journal of International Law*. Vol. 32. 2019. No. 2. P. 293–313, 312.

<sup>38</sup> См.: *Anand R. P.* The Role of Individual and Dissenting Opinions in International Adjudication // *The International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 14. 1965. No. 3. P. 788–808, 794.

<sup>39</sup> См.: *Creamer C. D., Jain N.* Separate Judicial Speech // *Virginia Journal of International Law*. Vol. 61. 2020. No. 1. P. 1–56, 34.

<sup>40</sup> См.: *Khaliq U.* The International Court of Justice and Its Use of Islam: Between a Rock and a Hard Place? // *Oxford Journal of Law and Religion*. Vol. 2. 2023. No. 1. P. 98–118, 105.

с точки зрения африканской философии и правовой мысли<sup>41</sup>. Следовательно, такие индивидуальные мнения судей способны повысить легитимность решений Суда в глазах представителей отдельных правовых семей, что подчёркивает значение решений Суда не как неких выводов, навязанных извне, а как продуктов синтеза различных правовых течений.

Резюмируя вышесказанное, следует заключить, что институт индивидуальных мнений судей не несёт рисков для легитимности судебных решений. Напротив, наличие такой возможности может положительно сказаться на легитимизации выводов Суда.

#### 4.1. Индивидуальные мнения судей и независимость судебных решений

Помимо проблемы легитимности судебных решений противники института индивидуальных мнений судей отмечают, что такие мнения «можно... воспринимать как инструмент контроля над лояльностью судей со стороны государств»<sup>42</sup>. Представляется, что данный аргумент можно отнести не к проблематике судейских мнений, а скорее к самому порядку опубликования решений Суда, который подразумевает доведение до сведения общественности информации о судьях, голосовавших за или против определённого решения. Если предположить существование такого контроля (данная проблематика лежит за рамками представленного исследования), то, вероятнее всего, исключительно голос судьи будет иметь значение в контексте подобного контроля<sup>43</sup>.

### 5. Функции индивидуальных мнений судей

Именно инструментально-функциональный подход к индивидуальным мнениям судей наиболее точно раскрывает их значение в контексте осуществления международного правосудия. Проведённый в рамках данной работы анализ позволяет выделить четыре основные функции: 1) толкование судебных решений; 2) повышение степени убедительности юридической аргументации судебных решений (что обусловлено учётом их содержания при составлении итогового текста решения); 3) прогрессивное развитие международного права; 4) предоставление ценного эмпирического материала для академических целей.

#### 5.1. Толкование решений Суда

С практико-прикладной точки зрения основное назначение индивидуальных мнений судей заключается в том, что их анализ способен уточнить толкование решения Суда. На это указывал и сам Суд, отмечая, что «для толкования или разъяснения судебного решения допустимо и целесообразно принимать во внимание любые особые или иные мнения, приложенные к решению»<sup>44</sup>. Далее в формате *case-study* будут представлены примеры, наиболее наглядно доказывающие данный тезис.

<sup>41</sup> См.: Mistry H. Op. cit. P. 308.

<sup>42</sup> Исполинов А. С. Указ. соч. С. 222.

<sup>43</sup> По данной проблематике см.: Кантур Р. Судья Международного Суда ООН как сторона конфликта интересов в контексте проблемы беспристрастности международного правосудия // Международное правосудие. 2019. № 4 (32). С. 39–57.

<sup>44</sup> International Court of Justice (далее — ICJ). Application for Review of Judgment No. 333 of the United Nations Administrative Tribunal. Advisory Opinion of 1987 // I.C.J. Reports. 1987. § 49.

### 5.1.1. Интервенция Сальвадора в дело *Никарагуа против США*

В соответствии со статьёй 63 Статута, если на рассмотрении Суда находится спор по многосторонней конвенции, то государства, не являющиеся сторонами спора, могут вступить в дело (но не в качестве стороны спора). В этом случае толкование конвенции, содержащееся в решении, будет обязательным для таких государств.

В 1984 году Сальвадор предпринял попытку реализовать данное право и направил декларацию о вступлении в дело *Никарагуа против США*. На тот момент спор ещё находился в юрисдикционной фазе. Сальвадор в декларации указал, что он является стороной всех договоров, которые были задействованы Никарагуа в качестве юрисдикционной основы, включая Устав ООН и Статут Суда. В соответствии с позицией Сальвадора у Суда отсутствовала юрисдикция по рассмотрению данного спора и заявление Никарагуа о начале разбирательства являлось неприемлемым. Если же Суд займёт иную позицию, то, как указано в декларации, Сальвадор также имеет право на вступление в дело на следующей стадии, так как «требования Никарагуа в отношении США тесно взаимосвязаны с требованиями Сальвадора в отношении Никарагуа»<sup>45</sup>.

Суд в своём приказе установил<sup>46</sup>, что декларация Сальвадора является неприемлемой, поскольку в ней затрагиваются аспекты, относящиеся к существу спора, и тем самым она предопределяет его подсудность. Однако Суд подтвердил позицию Сальвадора о том, что он сохраняет право на вступление в дело на этапе рассмотрения спора по существу. Кроме того, Суд постановил отказать Сальвадору в устных слушаниях по вопросу приемлемости декларации о вступлении в дело.

Мотивировочная часть в данном приказе была крайне скудной, в результате чего возникает несколько вероятных толкований данного акта. Возможно, Суд посчитал, что реализация права на интервенцию по статье 63 Статута невозможна на юрисдикционной фазе? Если ответ отрицательный, то почему Суд не признал декларацию Сальвадора приемлемой лишь в той части, в которой она посвящена юрисдикционным аспектам? Или же Суд пришёл к выводу, что вся декларация затрагивает исключительно существо спора или вопросы, связанные с его приемлемостью? Эти и другие вопросы были обозначены судьёй Швобелем в его несопадающим мнении к данному приказу.

Пролить свет на мотивировочную составляющую этого приказа способны особые мнения. Так, в совместном особом мнении пяти судей отмечается, что они не смогли определить на основе декларации Сальвадора конкретные положения, толкование которых должно стать предметом разбирательства на юрисдикционной стадии<sup>47</sup>.

Судья Ода<sup>48</sup> пришёл к выводу о недопустимости интервенции Сальвадора по следующим причинам: она не была сформулирована должным образом; Суд неверно истолковал письменные соображения Никарагуа по вопросу приемлемости интервенции

<sup>45</sup> ICJ. *Declaration of Intervention (Article 63 of the Statute) of the Republic of El Salvador. Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. 1984. P. 14. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/70/9625.pdf> (дата обращения: 26.12.2023).

<sup>46</sup> См.: ICJ. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Declaration of Intervention. Order of 4 October 1984 (*далее — Nicaragua v. United States of America*) // I.C.J. Reports. 1984. P.216.

<sup>47</sup> См.: Ibid. Separate Opinion of Judges Ruda, Mosler, Ago, Sir Robert Jennings and de Lacharrière // I.C.J. Reports. 1984. P.219.

<sup>48</sup> См.: Ibid. Separate Opinion of Judge Oda // I.C.J. Reports. 1984. P. 220.

Сальвадора<sup>49</sup>; процедурные аспекты не были должным образом соблюдены. Если бы не эти моменты, он допускает, что интервенция Сальвадора могла бы стать первым прецедентом реализации права по статье 63 Статута в юрисдикционной фазе.

Судья Нагендра в своём особом мнении отметил, что разделяет выводы Суда о том, что декларация Сальвадора, «по сути, затрагивает существо дела»<sup>50</sup>. Однако в самом приказе Суд не делал такие категоричные выводы. В нём установлено, что декларация «также затрагивает аспекты, касающиеся толкования конвенций, которые определяют, что Суд обладает юрисдикцией» (курсив мой. — В.Д.).

Судья Швобель в своём несопадающем мнении отстаивает позицию, что интервенция по статье 63 Статута допустима в юрисдикционной фазе<sup>51</sup>. Учитывая, что он единственный проголосовал против соответствующей резолютивной части решения, следует предположить, что его мнение противопоставляется позиции большинства. К числу судей, которые не отвергают возможность реализации права на вступление в дело до вынесения решения по предварительным возражениям также следует отнести судью Ода и пять судей, которые приложили консолидированное особое мнение. Не совсем ясно, входит ли в их число судья Нагендра. В своём особом мнении он также указал, что в случае, если бы на данном этапе проводились слушания по вопросу приемлемости интервенции Сальвадора, то это фактически были бы слушания по существу спора между Никарагуа и США. Кроме того, судья Нагендра отметил, что согласно приказу Суд «не отклоняет полностью запрос заявителя, но соглашается рассмотреть его в надлежащее и подходящее время»<sup>52</sup>. Таким образом, следует согласиться с Дж. Стучки, который не относит судью Нагендра к группе судей, *a priori* допускающих интервенцию в юрисдикционной фазе<sup>53</sup>.

Таким образом, семь из пятнадцати судей придерживались позиции, в соответствии с которой интервенция в юрисдикционной фазе возможна. Учитывая, что вопросы, которыми задаётся в своём несопадающем мнении судья Швобель, скорее всего, возникали во время дискуссии среди судей, с высокой долей вероятности можно предположить, что молчание остальных судей следует толковать как согласие с недопустимостью интервенций по статье 63 Статута в юрисдикционной фазе.

Доказательством этому могут служить индивидуальные мнения судей, приложенные к решению по существу данного спора. Судья Ляхс, который не приложил индивидуального мнения к приказу Суда о вступлении в дело Сальвадора, в своём особом мнении по существу данного спора указал, что «не было достаточных оснований для предоставления Сальвадору права на вступление в дело на стадии юрисдикции»<sup>54</sup>. Таким образом, индивидуальные мнения судей позволяют с высокой долей вероятности предположить, что судейское большинство придерживалось позиции, согласно которой интервенция в юрисдикционной фазе по статье 63 Статута недопустима. В этой связи вдвойне инте-

<sup>49</sup> Формально Никарагуа не возражала против интервенции в дело Сальвадора, однако в своих письменных возражениях она всё же привела доводы, обосновывающие неприемлемость такой интервенции.

<sup>50</sup> ICJ. *Nicaragua v. United States of America*. Separate Opinion of Judge Nagendra Singh // I.C.J. Reports. 1984. P.218.

<sup>51</sup> См.: Ibid. Dissenting Opinion of Judge Schwebel // I.C.J. Reports. 1984. P.235.

<sup>52</sup> Ibid. Separate Opinion of Judge Nagendra // I.C.J. Reports. 1984. P.218.

<sup>53</sup> См.: *Sztucki J.* Intervention under Article 63 of the ICJ Statute in the Phase of Preliminary Proceedings: The “Salvadoran Incident” // *American Journal of International Law*. Vol. 79. 1985. No. 4. P.1005–1036, 1015. В своей работе он отмечает, что до восьми судей могли рассматривать интервенцию по статье 63 Статута на юрисдикционной фазе как неприемлемую.

<sup>54</sup> ICJ. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. Merits, Judgment of 1986. Separate Opinion of Judge Lachs // I.C.J. Reports. 1986. P.171.

реснее наблюдать за недавним изменением судебной практики по данному вопросу, что было, как представляется, обусловлено отсутствием мотивировочной части в приказе<sup>55</sup>.

### 5.1.2. Осведомлённость как критерий спора в деле о переговорах по прекращению гонки ядерных вооружений и ядерном разоружении

В соответствии с практикой Суда правовым спором является «разногласие по вопросу права или факта, конфликт правовых позиций и интересов между сторонами»<sup>56</sup>. Для того чтобы спор существовал, «необходимо показать, что требования одной стороны должны быть отвергнуты другой»<sup>57</sup>. В решениях Суда неоднократно отмечалось, что определения спора — это вопрос существа, а не формы<sup>58</sup>. В этой связи молчание государства в ответ на выдвинутые в его сторону претензии могло свидетельствовать о наличии спора, если обстоятельства требовали какой-либо ответной реакции.

Смена устоявшейся парадигмы в сфере определения правового спора произошла в деле о переговорах по прекращению гонки ядерных вооружений и ядерном разоружении. В рамках данного процесса Маршалловы Острова (государство, чья экология существенно пострадала от ядерных испытаний) обвинили ряд ядерных (и предположительно ядерных) держав в нарушении обязательства о ведении добросовестных переговоров по ядерному разоружению. Данное обязательство они основывали на Договоре о нераспространении ядерного оружия и обычном международном праве<sup>59</sup>. На этапе рассмотрения предварительных возражений Маршалловы Острова ссылались на высказывания своих официальных лиц, с одной стороны, а также на поведение и практику голосования ответчиков по вопросам ядерного разоружения на различных международных площадках, с другой стороны.

Суд установил: «...спор существует, если на основе доказательств установлено, что ответчик был осведомлён или не мог быть не осведомлён, что его взгляды были отвергнуты заявителем»<sup>60</sup>. Таким образом, Суд впервые указал на такой критерий правового спора, как осведомлённость. По его мнению, Суд, высказывания официальных лиц Маршалловых Островов содержали общую критику политики ядерных держав без кон-

<sup>55</sup> Суд в своём недавнем постановлении по делу *Украина против Российской Федерации* подтвердил, что интервенция по статье 63 Статута является допустимой. См.: ICJ. *Allegations of Genocide under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Ukraine v. Russian Federation)*. Order of 2023. URL: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/182/182-20230605-ORD-01-00-EN.pdf> (дата обращения: 26.12.2023). Механизм интервенций в межгосударственные споры заслуживает отдельного исследования.

<sup>56</sup> Permanent Court of International Justice. *Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Great Britain)*. Judgment no. 2 of 1924 // P.C.I.J. Series A. 1924. No. 2. P. 11.

<sup>57</sup> ICJ. *South West Africa (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)*. Preliminary Objections, Judgment of 1962 // I.C.J. Reports. 1962. P. 328.

<sup>58</sup> См.: ICJ. *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation)*. Preliminary Objections, Judgment of 2011 // I.C.J. Reports. 2011 (I). P. 84. § 30.

<sup>59</sup> Заявление было подано в отношении девяти государств: Китай, Северная Корея, Франция, Индия, Израиль, Пакистан, Российская Федерация, Великобритания и США. Суд перешёл к рассмотрению заявления лишь в отношении Индии, Великобритании и Пакистана, которые признают обязательную юрисдикцию Суда на основании пункта 2 статьи 36 Статута. Остальные государства не дали своего согласия на рассмотрение данного спора в Суде.

<sup>60</sup> ICJ. *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*. Preliminary Objections, Judgment of 2016 // I.C.J. Reports. 2016. P. 850. § 41.

кретизации определённых государств и международно-правовых обязательств, из чего он заключил, что ответчики не были осведомлены о споре. Ввиду отсутствия спора Суд признал заявление Маршалловых Островов об инициировании спора неприемлемым.

Подобный подход Суда вызвал критику со стороны ряда юристов-международников. Отмечалось, что Суд перешёл к излишнему формализму в вопросах определения правового спора<sup>61</sup>. Комментаторы относили осведомлённость к субъективным критериям, которые будет крайне сложно установить на практике<sup>62</sup>. Противоположная позиция заключалась в том, что осведомлённость не является новшеством в практике Суда, так как требование одной стороны может быть отвергнуто (англ.: *positively opposed*) другой стороной только в том случае, если последняя была осведомлена о таком заявлении<sup>63</sup>. При подобном понимании критерий осведомлённости не означает, что нужно оценивать степень информированности ответчиков о требовании заявителей, поскольку это следует из позитивного противопоставления позиций. Правовое содержание нового критерия, необходимого для установления спора, можно определить исходя из индивидуальных мнений судей.

Судьи, оказавшиеся в меньшинстве, рассматривали осведомлённость как некую характеристику, которую затруднительно установить, основываясь на объективных факторах. Так, вице-председатель Суда Юсуф указал, что Суд не должен «вникать в создание, восприятие и другие ментальные процессы государств (при условии, что они действительно обладают такими ментальными качествами), чтобы узнать о степени их осведомлённости»<sup>64</sup>. Схожую позицию в своём особом мнении выразил судья Шебутинде<sup>65</sup>. Несогласные с введением данного критерия существования спора рассматривали его как новый элемент<sup>66</sup>, который носит исключительно субъективный характер<sup>67</sup> и описывает «ментальное» состояние сторон<sup>68</sup>. Особую ценность представляет несовпадающее мнение судьи Триндаде. Он лаконично обозначил, что именно, по его мнению, представляют из себя критерии осведомлённости на практике: сторона должна сформулировать своё правовое требование, прямо довести это до предполагаемого государства-ответчика и чётко обозначить поведение, которое она считает неправомерным<sup>69</sup>.

Судьи, представляющие большинство, не просто исходили из обоснованности прямого указания на осведомлённость как на критерий определения спора, но показали иное понимание данной категории. Они рассматривали осведомлённость не как субъективный элемент, а скорее как расширительное толкование требования о том, что спор

<sup>61</sup> См.: Miron A. “Establishing the Existence of a Dispute before the International Court of Justice”: Between Formalism and Verbalism // Questions of International Law, Zoom-out. Vol. 45. 2017. P. 43–51, 46.

<sup>62</sup> См.: Bonafé B. I. Establishing the Existence of a Dispute before the International Court of Justice: Drawbacks and Implications // Questions of International Law, Zoom-out. Vol. 45. 2017. P. 3–32; Bianchi A. Choice and (the Awareness of) Its Consequences: The ICJ’s “Structural Bias” Strikes Again in the *Marshall Islands Case* // American Journal of International Law Unbound. Vol. 111. 2017. P. 81–87, 83.

<sup>63</sup> См.: Thirlway H. Establishing the Existence of a Dispute: A Response to Professor Bonafé’s Criticisms of the ICJ // Questions of International Law, Zoom-out. Vol. 45. 2017. P. 53–63.

<sup>64</sup> ICJ. *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*. Preliminary Objections, Judgment of 2016. Dissenting Opinion of Vice-President Yusuf // I.C.J. Reports. 2016. P. 866. § 23.

<sup>65</sup> См.: Ibid. Separate Opinion of Judge Sebutinde // I.C.J. Reports. 2016. P. 1055. § 31.

<sup>66</sup> См.: Ibid. Dissenting Opinion of Judge Crawford // I.C.J. Reports. 2016. P. 1093. § 1.

<sup>67</sup> См.: Ibid. Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade // I.C.J. Reports. 2016. P. 1021. § 314; Dissenting opinion of Judge Bennouna // I.C.J. Reports. 2016. P. 901.

<sup>68</sup> См.: Ibid. Dissenting Opinion of Judge Robinson // I.C.J. Reports. 2016. P. 1088. § 64.

<sup>69</sup> См.: Ibid. Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade // I.C.J. Reports. 2016. P. 917. § 20.

предполагает позитивное противопоставление позиций сторон<sup>70</sup>. Примечательно, что это прямо отражено в несовпадающем мнении судьи *ad hoc* Беджауи<sup>71</sup>. При таком подходе именно позитивное (а не простое) противопоставление правовых позиций невозможно без того, чтобы одна сторона предварительно не была осведомлена о правовой позиции другой стороны. Далее на основе объективных факторов, демонстрирующих несовпадение правовых позиций, должен быть установлен спор. Причём из особого мнения судьи Донохью можно сделать вывод, что Суд не исходил из того, что публичные высказывания Маршалловых Островов каким-либо образом остались без внимания ответчиков. Ключевой момент состоял в том, что из данных высказываний и проводимой Маршалловыми Островами политики потенциальные ответчики никак не могли определить, в отношении каких конкретно международно-правовых обязательствах выдвигаются обвинения<sup>72</sup>. Именно в этом заключалось отсутствие у ответчиков осведомлённости о споре.

Индивидуальные мнения судей, приложенные к рассматриваемому решению, позволяют заключить, что осведомлённость как критерий существования спора не следует толковать в качестве некой субъективной характеристики. Напротив, упоминание в решении данного критерия призвано подчеркнуть, что правовой спор — это не простое несоответствие политической позиции, а позитивное (*sic!*) противопоставление подходов относительно толкования и применения международно-правовых норм. Именно такое понимание понятия «осведомлённость» Суд закладывал в своё решение.

### 5.1.3. Дело компании «Барселона Трэкин»

Суд также обращается к индивидуальным мнениям судей для толкования предыдущих решений. Примером подобной практики является решение по предварительным возражениям в деле компании «Барселона Трэкин» 1964 года. Бельгия обосновывала юрисдикцию Суда через статью 17 Испано-бельгийского договора о примирении, судебном урегулировании и арбитраже 1927 года, в соответствии с которой стороны могли передать любой спор на рассмотрение Постоянной палаты международного правосудия. Кроме того, Бельгия ссылаясь на статью 37 Статута, в которой установлено, что «во всех случаях, когда действующие договор или конвенция предусматривают передачу дела Суду, который должен быть учреждён Лигой Наций, или Постоянной палате международного правосудия», такое дело должно передаваться в Международный Суд ООН.

По мнению Испании, положения статьи 17 Договора 1927 года утратили силу после роспуска Постоянной палаты международного правосудия 18 апреля 1946 года. В подтверждение своей позиции Испания ссылаясь на *дело о воздушном инциденте* 1955 года. В данном деле Израиль указывал, что если Болгария сделала заявление о признании обязательной юрисдикции Постоянной палаты международного правосудия, то это признание также распространяется на Суд и подпадает под пункт 5 статьи 36 Статута после присоединения Болгарии к ООН. Суд в решении *по делу о воздушном инциденте* установил, что применение подобной логики было бы справедливо лишь по отношению к государствам — участникам Сан-Францисской конференции, которые

<sup>70</sup> См.: ICJ. *Obligations Concerning Negotiations Relating to Cessation of the Nuclear Arms Race and to Nuclear Disarmament (Marshall Islands v. United Kingdom)*. Declaration of President Abraham // I.C.J. Reports. 2016. P.858. § 3; Separate Opinion of Judge Owada // I.C.J. Reports. 2016. P.875. § 8.

<sup>71</sup> См.: Ibid. Dissenting Opinion of Judge *ad hoc* Bedjaoui // I.C.J. Reports. 2016. P.1115–1116. § 26.

<sup>72</sup> См.: Ibid. Declaration of Judge Donoghue // I.C.J. Reports. 2016. P.1036–1037. § 8. См. Также: Ibid. Declaration of Judge Xue // I.C.J. Reports. 2016. P.1029. § 2.

являлись первоначальными подписантами Устава ООН. Таким образом, Болгария не выразила согласия с обязательной юрисдикцией Суда по статье 36 Статута.

Данное решение предоставляло Испании прочную правовую основу для отрицания юрисдикции Суда. Из него можно было сделать вывод, что стороны испано-бельгийского договора 1927 года должны были каким-либо образом выразить повторное согласие на юрисдикцию Суда после его учреждения. Вместе с тем Суд в решении по *делу компании «Барселона Трэкин»* заключил, что решение 1959 года по спору между Израилем и Болгарией не предопределяет исход рассматриваемого дела, так как оно в некотором смысле является *sui generis*<sup>73</sup>. Суд конкретизировал, что, «как показывают некоторые из особых, но совпадающих мнений (и как видно из других примеров), решение могло быть принято — и всё ещё в пользу Болгарии — на основаниях, которые не затрагивали бы конкретный вопрос о влиянии роспуска Постоянной палаты на дальнейшее существование и действительность заявления, которое ранее не было “преобразовано” в признание обязательной юрисдикции данного Суда».

В двух прилагаемых к решению по *делу о воздушном инциденте* 1955 года особых мнениях действительно были представлены иные линии аргументации, которые совпадали с итоговым решением Суда и которые, как отмечено в одном из мнений, не были отвергнуты Судом<sup>74</sup>. Это обстоятельство было принято им во внимание при вынесении решения по *делу компании «Барселона Трэкин»* и использовано для обоснования изменения подхода при определении вопроса о юрисдикции.

## 5.2. Повышение степени убедительности юридической аргументации судебного решения

В соответствии с Резолюцией о внутренней судебной практике Суда 1976 года<sup>75</sup> после завершения устных слушаний каждый судья готовит свои письменные соображения относительно рассматриваемого спора. Далее судьи определяют господствующую точку зрения, и учреждается редакционный комитет, состоящий из двух судей, разделяющих позицию большинства, и председателя Суда, который *ex officio* является членом данного комитета. После этого проект решения распространяется среди судей, и проводится его первое чтение. Судьи, изъявившие желание приложить к решению индивидуальное мнение, должны предоставить свой текст для ознакомления другим судьям после первого прочтения проекта решения. Данная процедура повторяется после второго прочтения проекта решения.

Таким образом, параллельность и публичность составления решения и индивидуальных мнений судей обуславливают их взаимное обогащение, что качественно сказывается на их содержании. Судьи, представляющие большинство, уже на этапе подготовки проекта итогового решения имеют возможность детально ознакомиться с теми аспектами, которые, по мнению их коллег, являются неубедительными или же ошибочными. Редакционный комитет закономерно стремится ответить на все претензии на страницах нового проекта решения.

<sup>73</sup> ICJ. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain)*. Preliminary Objections, Judgment of 1964 // I.C.J. Reports. 1964. P.27.

<sup>74</sup> См.: ICJ. *Case Concerning the Aerial Incident of July 27th, 1955 (Israel v. Bulgaria)*. Preliminary Objections, Judgment of 1959. Separate Opinion of Judge Armand-Ugon // I.C.J. Reports. 1959. P.155.

<sup>75</sup> Resolution Concerning the Internal Judicial Practice of the Court. Adopted on 12 April 1976. URL: <https://www.icj-cij.org/other-texts/resolution-concerning-judicial-practice> (дата обращения: 26.12.2023).

Как отметил Х. Тирлвэй, Секретариат Суда может даже повлиять на финальный текст решения посредством привлечения внимания редакционного комитета к аспектам, затронутым в проектах несопадающих мнений. Вместе с тем преобладающая практика складывается таким образом, что редакционный комитет заведомо не стремится ослабить несопадающие мнения путём включения в решения ответов на обозначенные в них претензии<sup>76</sup>.

Существует позиция, согласно которой подобные диалектические отношения между решением и индивидуальными мнениями могут иметь и негативный эффект. Представители подобной точки зрения указывают, что редакционный комитет, принимая во внимание содержание проектов индивидуальных мнений судей, будет стремиться увеличить судейское большинство за счёт добавления в текст решения компромиссных положений<sup>77</sup>. Это может привести к коротким и расплывчатым формулировкам в финальном варианте решения<sup>78</sup>. Вместе с тем, на взгляд автора, это может быть справедливо лишь по отношению к позитивным декларациям и некоторым частям особых мнений. Сомнительно, что редакционный комитет сможет каким-либо существенным образом сгладить текст несопадающих мнений судей, которые не согласны с резолютивной частью решения.

### 5.3. Прогрессивное развитие международного права и влияние на международное правосудие

Судья де Кастро в особом мнении к решению о компетенции Совета Международной организации гражданской авиации отметил, что особые и несопадающие мнения — это свидетельство жизни и эволюции правовой доктрины, причём некоторые особые мнения — это право будущего<sup>79</sup>. Тезис о том, что индивидуальные мнения судей вносят вклад в развитие международного права и правосудия, является одним из основных аргументов сторонников данного института. Поддержку своей позиции они находят, прежде всего, в работах выдающегося юриста-международника Г. Лаутерпахта<sup>80</sup>.

Зарубежная современная международно-правовая доктрина, придерживаясь данно-го вектора рассуждений, рассматривает индивидуальные мнения судей в качестве «агентов» развития международного права. Происходит это в двух случаях: во-первых, когда мнения судей существенно различаются, некоторые индивидуальные мнения способны устранить пробелы и примерить несопадающие позиции; во-вторых, судьи в своих мнениях могут уделить внимание правовым нормам, которые находятся на ранней стадии формирования и не были в должной степени рассмотрены судом, в этом случае судья может представить авторитетный взгляд на данную норму и перспективы международно-правового регулирования<sup>81</sup>.

Наиболее распространёнными примерами влияния индивидуальных мнений судей на осуществление международного правосудия являются мнения Г. Лаутерпахта. В осо-

<sup>76</sup> См.: *Thirlway H. The Drafting of ICJ Decisions: Some Personal Recollections and Observations // Chinese Journal of International Law. Vol. 5. 2006. No. 1. P. 15–28, 19.*

<sup>77</sup> См.: *Hernández G. I. Op. cit. P. 118.*

<sup>78</sup> См.: *Ulfstein G. Majority and Individual Opinions: Constructive Dialogue or the Worst of Two Worlds? 2019. P. 5. URL: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3370897](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3370897) (дата обращения: 26.12.2023).*

<sup>79</sup> См.: *ICJ. Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan). Judgment of 1972. Separate Opinion of Judge de Castro // I.C.J. Reports. 1972. P. 116.*

<sup>80</sup> См.: *Lauterpacht H. The Development of International Law by the International Court. London : Stevens & Sons Ltd., 1958. P.66.*

<sup>81</sup> См.: *Song K., Ma X. Op. cit. P.78.*

бом мнению по *делу компании «Интерхандель»* он отметил, что предварительные меры могут вводиться в том случае, если Суд установит *prima facie* юрисдикцию, что, по некоторым оценкам, знаменует окончание дискуссии по данному вопросу, которая имела место на ранних этапах функционирования Суда<sup>82</sup>. Позиция Г. Лаутерпахта в особом мнении к решению по *делу о норвежских займах* также существенно повлияла на политико-правовой подход государств к односторонним декларациям о признании обязательной юрисдикции Суда<sup>83</sup>.

Другой более современный пример также связан с институтом временных мер. В 2009 году Суд вынес решение по предварительным мерам в *деле о вопросах, связанных с обязательством о выдаче или осуществлении судебного преследования*. В данном решении Суд впервые указал, что для введения предварительных мер необходимо доказать правдоподобность существования прав (англ.: *plausibility test*), которые стремится защитить заявитель<sup>84</sup>. Эта концепция берет своё начало в 1991 году в особом мнении судьи Шахабуддина и получает дальнейшее развитие в особом мнении судьи Абрахама в 2006 году<sup>85</sup>.

Несмотря на приведённые выше факты, сложно в полной мере согласиться с позицией, что особые мнения судей действительно являются двигателем развития международного права. В процессе проведённого в рамках данной работы исследования не удалось найти пример, в рамках которого индивидуальные мнения действительно бы внесли существенный вклад в развитие международного права, что выразилось бы в создании принципиально новой международно-правовой нормы или же привело бы к кардинальному изменению судебной практики. Особые мнения судей действительно способны отражать современные тенденции развития международно-правового регулирования, которые впоследствии могут быть отражены в будущих решениях Суда. Однако главенствующая роль в данном вопросе всё же отводится судебным решениям, то есть позиции судейского большинства. Аналогичный вывод применим и к несопадающим мнениям. В этой связи следует процитировать мнения зарубежных исследователей Дж. Л. Дуноффа и М. А. Поллака, которые отмечают следующее: «Констатируя, что аргументация, изложенная в несопадающих мнениях, была принята в более поздних решениях, тем не менее следует отметить, что это не является доказательством того, что несопадающие мнения вызвали последующее изменение в праве. Вполне возможно, что судебная практика пошла бы по определённой доктринальному пути даже в отсутствие предыдущего несогласия»<sup>86</sup>.

Во многом схожей позиции придерживается Ф. Берман, который неоднократно выступал в роли судьи *ad hoc*. Он высказывает скепсис относительно того, что особые и несопадающие мнения судей могут в какой-либо степени повлиять на формирование международного права. По его мнению, государства придерживаются более прагматичного подхода, опираясь исключительно на итоговые выводы суда, а не на гипотетическую

<sup>82</sup> См.: ICJ. *Interhandel Case (Switzerland v. United States of America)*. Provisional Measures, Order of 957. Separate Opinion of Judge Sir Hersch Lauterpacht // I.C.J. Reports. 1957. P. 118. См.: *Song K., Ma X.* Op. cit. P. 73.

<sup>83</sup> См.: *Sarmiento Lamus A.* The Proliferation of Dissenting Opinions in International Law: A Comparative Analysis of the Exercise of the Right to Dissent at the ICJ and IACtHR : Ph.D. Dissertation. Faculty of Law, Leiden University, 2020. P. 148–149.

<sup>84</sup> См.: ICJ. *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal)*. Provisional Measures, Order of 28 May 2009 // I.C.J. Reports. 2009. P. 151. § 57.

<sup>85</sup> См.: *Quintana Aranguren J.J.* Litigation at the International Court of Justice: Practice and Procedure. Leiden ; Boston, MA : Brill, 2015. P. 660–662.

<sup>86</sup> *Dunoff J.L., Pollack M.A.* Op. cit. P. 365.

вероятность того, что международно-правовое развитие пойдёт по пути, который был обозначен в мнении определённого судьи. Сходной позиции в большинстве своём придерживаются и юридические советники государств, которые участвуют в международных спорах, так как они исходят из текущей правовой реальности<sup>87</sup>. Отметим, что стороны разбирательства в своих состязательных документах нередко ссылаются на индивидуальные мнения судей. Тем не менее это происходит, когда судья в своём индивидуальном мнении истолковывает решение суда выгодным для государства образом, то есть речь в этом случае идёт не о прогрессивном развитии международного права, а о толковании решения.

Вместе с тем влияние индивидуальных мнений судей на судебную практику может проявляться в попытках судей описать исключительные обстоятельства принятия того или иного решения, ограничивая сферу применения выводов, содержащихся в решении. Тем самым осуществляется попытка создания основы для отклонения от *res judicata* в последующих спорах. Несмотря на то что решение Суда на основании статьи 59 Статута является обязательным только для сторон в споре, Суд крайне редко отклоняется от своих предыдущих выводов. Если же это происходит, то Суд объясняет соответствующие причины. Так, в особом мнении по *делу Тадича*, рассматриваемому Международным трибуналом по бывшей Югославии, судья Шахабуддин не согласился<sup>88</sup> с мнением апелляционной палаты относительно того, что факта установления общего контроля за определённой группой достаточно для присвоения ответственности государству за её деяния. Он также отметил, что вопросы международно-правовой ответственности не возникали в данном разбирательстве и не должны были рассматриваться. Аргументация судьи Шахабуддина<sup>89</sup> была воспринята Судом в *деле о боснийском геноциде*, где был подтверждён более ранний вывод Суда, сделанный в *деле Никарагуа против США*, о том, что для присвоения ответственности необходим «эффективный контроль» за определённой операцией<sup>90</sup>. Однако даже в отсутствие этого мнения крайне маловероятно, что Суд в данном случае согласился бы с Международным трибуналом по бывшей Югославии.

#### 5.4. Предоставление ценного материала для научно-исследовательских целей

Решение Суда — это консенсус наиболее выдающихся специалистов в области международного права, представляющих различные школы международно-правовой мысли. Окончательные выводы всемирного суда носят обезличенный характер и не всегда от-

<sup>87</sup> См.: *Berman F.* The International Court of Justice as an “Agent” of Legal Development? // *The Development of International Law by the International Court of Justice* / ed. by C. J. Tams, J. Sloan. Oxford: Oxford University Press, 2013. P. 7–21, 12–13.

<sup>88</sup> См.: International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. *Prosecutor v. Dusko Tadic*. IT-94-I-A. Appeal Judgment of 15 July 1999. § 131, 137. Следует отметить, что особые мнения судей в рамках международных уголовных трибуналов находятся вне сферы данного исследования. Вместе с тем, ввиду того что данный пример является общераспространённым в международно-правовой доктрине и связан с практикой Международного Суда ООН, он заслуживает внимания в контексте рассматриваемой функции индивидуальных мнений.

<sup>89</sup> См.: *Ibid.* Separate Opinion of Judge Shahabuddeen. § 17–21.

<sup>90</sup> См.: ICJ. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*. Judgment of 2007 // I.C.J. Reports. 2007. P. 209–211. § 402–407. См. также: *Song K., Ma X.* Op. cit. P. 64–66; *Cassese A.* The *Nicaragua* and *Tadic* Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia // *European Journal of International Law*. Vol. 18. 2007. No. 4. P. 649–668, 650.

ражают диалектику отношений между различными юридическими течениями. Индивидуальные мнения судей позволяют заглянуть «за кулисы» Суда, предоставляя богатый эмпирико-правовой материал. Это помогает установить наиболее точную научную картину отправления международного правосудия.

Образцом того, насколько ценны индивидуальные мнения судей для науки международного права, является фундаментальный труд И. Хусаина. В рамках данной работы была предпринята попытка определения диалектического отношения между двумя международно-правовыми теориями: теорией «фундаментального права», согласно которой государства в силу своего существования обладают некими определёнными правами (теорией, во многом перекликающейся с естественно-правовой школой), и позитивистским подходом, в рамках которого считается, что норма международного права — это продукт согласования воли государств, в отсутствие которого нельзя говорить о каких-либо правилах, имеющих юридически обязывающий характер. Индивидуальные мнения судей позволили установить, каким образом происходила борьба данных противоположностей. Было установлено, что большая часть решений Суда склоняется к позитивизму (тезис), в то время как несопадающие мнения судей тяготеют к естественно-правовой школе (антитезис). Были также выявлены условия, при которых подобное диалектическое взаимодействие способно качественно повлиять на международное право<sup>91</sup>.

Помимо этого, индивидуальные мнения судей позволяют определить, каким образом «доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций», будучи вспомогательным средством для определения правовых норм, влияют на осуществление международного правосудия. К настоящему моменту лишь семь решений Суда содержат ссылки на доктринальные труды, в то время как в 2016 году научная литература цитировалась 4 370 раз в 407 индивидуальных мнениях из 1 256<sup>92</sup>. Проведённые таким образом исследования позволяют не только определить наиболее значимых юристов и факт влияния международно-правовой доктрины на выводы Суда<sup>93</sup>, но и то, в какой именно степени они выполняют свою функцию по статье 38 Статута. Так, было установлено, что подход авторов некоторых научных работ к решению ряда правовых проблем может иметь определяющее значение для формирования позиции судьи<sup>94</sup>. В то же время подобные случаи — лишь исключения. Общая тенденция такова, что судьи не придают международно-правовой доктрине особого значения<sup>95</sup>.

## 6. Заключение

По результатам проведённого исследования можно сделать следующие выводы.

Во-первых, нельзя однозначно определить правовую природу индивидуальных мнений судей в рамках устоявшейся классификации по статье 38 Статута Суда. Это объясняется тем, что индивидуальные мнения являются производным продуктом первичного вспомогательного источника определения норм права — судебного решения. Руководствуясь формальными критериями, можно рассматривать их в качестве доктрин наибо-

<sup>91</sup> См.: *Hussain I.* Dissenting and Separate Opinions at the World Court. Dordrecht : Martinus Nijhoff Publishers, 1984. P. 80–81.

<sup>92</sup> См.: *Helmerson S. T.* The Application of Teachings by the International Court of Justice. Cambridge : Cambridge University Press, 2021. P. 45.

<sup>93</sup> См.: *Helmerson S. T.* Finding “the Most Highly Qualified Publicists”: Lessons from the International Court of Justice // *European Journal of International Law*. Vol. 30. 2019. No. 2. P. 509–535.

<sup>94</sup> См.: *Helmerson S. T.* The Application of Teachings by the International Court of Justice. P. 67.

<sup>95</sup> См.: *Ibid.* P. 90.

лее квалифицированных юристов, однако это справедливо лишь по отношению к некоторым частям особых мнений и позитивных деклараций.

Во-вторых, вопреки распространённому тезису противников института особых мнений судей, нет никаких оснований констатировать, что их наличие влияет на степень легитимности решений Суда.

В-третьих, основное практическое значение индивидуальных мнений судей заключается в том, что они являются действенным инструментом толкования судебных решений. Они позволяют уточнить мотивировочную составляющую решения и исключить ошибочные толкования.

Нельзя с уверенностью заявить, что индивидуальные мнения судей являются «агентом» развития международно-правового регулирования. Вместе с тем процедурные аспекты составления проектов решений и индивидуальных мнений позволяют усилить юридическую убедительность решений, так как проекты индивидуальных мнений акцентируют внимание судейского большинства на слабых моментах в их текущей аргументации. Кроме того, индивидуальные мнения судей представляют собой существенную академическую ценность, приоткрывая завесу судейской дискуссии.

#### **Библиографическое описание:**

*Донакян В.* Незримая часть пазла: роль индивидуальных мнений судей в практике Международного Суда ООН // *Международное правосудие.* 2023. № 4 (48). С. 103–126. EDN DDJING.

### **The invisible piece of the puzzle: the role of individual opinions of judges in the practice of the International Court of Justice**

Vladislav Donakanyan

Master of Law (Moscow State Institute of International Relations), Legal Practitioner, Moscow, Russia (e-mail: v.donakanyan@yandex.ru).

#### **Abstract**

The system of modern international justice has a firmly rooted norm according to which judges have the right to attach their individual opinion to a judicial act, in which they can express solidarity with the position of the majority, or provide an alternative point of view. Individual opinions of judges do not often become the subject of scientific discussions, but the few existing works show that international lawyers assess this phenomenon ambiguously. The article attempts to comprehensively analyze this phenomenon on the example of the practice of the International Court of Justice. The paper critically examined the arguments of opponents of the institute of individual opinions, namely their impact on the legitimacy of decisions and independence of judges. The author also considered approaches to determining the legal nature of individual opinions of judges as parts of judicial decisions and teachings of the most highly qualified publicists in the field of public law. The study has led to the conclusion that the special features of judges' opinions do not allow to classify them into any of these legal categories. The main focus of the paper was on the practical significance of the opinions of the judges of the International Court of Justice. Thus, in the article it was demonstrated on the example of a number of judicial decisions that such opinions allow to clarify the substantive content of judicial acts. The paper finds that the judicial opinions attached to a judgment help to strengthen the legal reasoning of the judgments themselves (due to the parallel nature of their drafting) and provide valuable material for the academic community. At the same time, the author does not share the position that individual judges' opinions can be qualified as "agents" of the progressive development of international law.

## Keywords

International Court of Justice; individual (separate) opinions of judges; legitimacy of decisions of international courts; interpretation of court judgments; subsidiary means for the determination of rules of law.

## Citation

Donakanyan V. (2023) Nezhimaya chast' pazla: rol' individual'nykh mneniy sudey v praktike Mezhdunarodnogo Suda OON [The invisible piece of the puzzle: the role of individual opinions of judges in the practice of the International Court of Justice]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, no. 13, no. 4, pp. 103–126. (In Russian).

## Refereneces

- Al-Qahtani M. (2002) The Role of the International Court of Justice in the Enforcement of Its Judicial Decisions. *Leiden Journal of International Law*, vol. 15, no. 4, pp. 781–804.
- Ampleeva E. E. (2019) Legitimnost' norm mezhdunarodnogo prava v usloviyakh krizisa mezhdunarodnykh otnosheniy [The legitimacy of international law in a crisis of international relations]. In: Tonkov E. N., Chestnov I. L. (eds.) *Legitimnost' prava: kollektivnaya monografiya* [Legitimacy of law: a collective monograph], Saint Petersburg: Aleteyya, pp. 388–406. (In Russian).
- Anand R. P. (1965) The Role of Individual and Dissenting Opinions in International Adjudication. *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14, no. 3, pp. 788–808.
- Aust A. (2010) *Handbook of International Law*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press.
- Berman F. (2013) The International Court of Justices an “Agent” of Legal Development? In: Tams C. J., Sloan J. (eds.) *The Development of International Law by the International Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press, pp. 7–21.
- Bianchi A. (2017) Choice and (the Awareness of) Its Consequences: The ICJ’s “Structural Bias” Strikes Again in the *Marshall Islands* Case. *American Journal of International Law Unbound*, vol. 111, pp. 81–87.
- Bonafé B. I. (2017) Establishing the Existence of a Dispute before the International Court of Justice: Drawbacks and Implications. *Questions of International Law, Zoom-out*, vol. 45, pp. 3–32.
- Buergenthal T. (2009) Lawmaking by the ICJ and Other International Courts. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, vol. 103, pp. 403–406.
- Cassese A. (2007) The *Nicaragua* and *Tadić* Tests Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia. *European Journal of International Law*, vol. 18, no. 4, pp. 649–668.
- Crawford J. (2019) *Brownlie’s Principles of Public International Law*, 9th ed., Oxford: Oxford University Press.
- Creamer C. D., Jain N. (2020) Separate Judicial Speech. *Virginia Journal of International Law*, vol. 61, no. 1, pp. 1–56.
- Dainow J. (1966–1967) The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 15, no. 3, pp. 419–435.
- Dunoff J. L., Pollack M. A. (2022) The Road Not Taken: Comparative International Judicial Dissent. *American Journal of International Law*, vol. 116, no. 2, pp. 340–396.
- Follesdal A. (2020) Survey Article: The Legitimacy of International Courts. *The Journal of Political Philosophy*, vol. 28, no. 4, pp. 476–499.
- Ginsburg R. B. (2010) The Role of Dissenting Opinions. *Minnesota Law Review*, vol. 95, no. 1, pp. 1–8.
- Hambro E. I. (1956) Dissenting and Individual Opinions in the International Court of Justice. *Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, vol. 17, no. 2, pp. 229–248.
- Helmersen S. T. (2019) Finding “the Most Highly Qualified Publicists”: Lessons from the International Court of Justice. *European Journal of International Law*, vol. 30, no. 2, pp. 509–535.
- Helmersen S. T. (2021) *The Application of Teachings by the International Court of Justice*, Cambridge: Cambridge University Press.

- Hernández G. I. (2014) *The International Court of Justice and the Judicial Function*, Oxford: Oxford University Press.
- Hoffmann R., Laubner T. (2012) Article 57. In: Zimmermann A. et al. (eds.) *The Statute of the International Court of Justice: A Commentary*, 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, pp. 1383–1400.
- Hussain I. (1984) *Dissenting and Separate Opinions at the World Court*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.
- Ispolinov A. S. (2018) Osobyе mneniya v mezhdunarodnykh sudakh: doktrina i praktika [Dissenting opinions at international courts: doctrine and practice]. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no. 1, pp. 218–233. (In Russian).
- Jennings R. Y. (1996) The Judiciary, International and National, and the Development of International Law. *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 45, no. 1, pp. 1–12.
- Kantur R. (2019) Sud'ya Mezhdunarodnogo Suda OON kak storona konflikta interesov v kontekste problemy bespristrastnosti mezhdunarodnogo pravosudiya [Involvement of a judge of the International Court of Justice in a conflict of interest in the context of the problem of impartiality in international adjudication]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 9, no. 4, p. 39–57. (In Russian).
- Khaliq U. (2023) The International Court of Justice and Its Use of Islam: Between a Rock and a Hard Place? *Oxford Journal of Law and Religion*, vol. 2, no. 1, pp. 98–118.
- Kolb R. (2013) *The International Court of Justice*, A. Perry (transl.), Oxford: Hart Publishing.
- Kolb R. (2014) *The Elgar Companion to the International Court of Justice*, Cheltenham; Northampton, MA: Edward Elgar Publishing.
- Lauterpacht H. (1958) *The Development of International Law by the International Court*, London: Stevens & Sons Ltd.
- Logacheva E. (2019) *Separate and Dissenting Opinions: Their Role in the Practice of the ICJ*: MA Thesis, Riga Graduate School of Law.
- Miron A. (2017) “Establishing the Existence of a Dispute before the International Court of Justice”: Between Formalism and Verbalism. *Questions of International Law, Zoom-out*, vol. 45, pp. 43–51.
- Mistry H. (2019) “The Different Sets of Ideas at the Back of Our Heads”: Dissent and Authority at the International Court of Justice. *Leiden Journal of International Law*, vol. 32, no. 2, pp. 293–313.
- Neshataeva T. (2017) Sud Evraziyskogo ekonomicheskogo soyuza: ot pravovoy pozitsii k deystvuyushchemu pravu [The Court of the Eurasian Economic Union: from legal opinion to the effective law]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 7, no. 2, pp. 64–79. (In Russian).
- Pellet A. (2018) Decisions of the ICJ as Sources of International Law? In: Cannizzaro E. et al. (eds.) *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?* Rome: International and European Papers Publishing, pp. 7–57.
- Quintana Aranguren J. J. (2015) *Litigation at the International Court of Justice: Practice and Procedure*, Leiden; Boston, MA: Brill.
- Sarmiento Lamus A. (2020) *The Proliferation of Dissenting Opinions in International Law: A Comparative Analysis of the Exercise of the Right to Dissent at the ICJ and IACtHR*: Ph.D. Dissertation, Faculty of Law, Leiden University.
- Sarmiento Lamus A., González Quintero R. (2021) The Practice of Appending Declarations at International Courts and Tribunals. *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 20, no. 2, pp. 289–317.
- Schulte C. (2004) *Compliance with Decisions of the International Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press.
- Smbatyan A. S. (2012) *Resheniya organov mezhdunarodnogo pravosudiya v sisteme mezhdunarodnogo publichnogo prava* [Decisions of international justice bodies in the system of public international law], Moscow: Statut. (In Russian).
- Song K., Ma X. (2022) Individual Opinions as an Agent of International Legal Development? *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 13, no. 1, pp. 54–78.

- Sztucki J. (1985) Intervention under Article 63 of the ICJ Statute in the Phase of Preliminary Proceedings: The “Salvadoran Incident”. *The American Journal of International Law*, vol. 79, no. 4, pp. 1005–1036.
- Thirlway H. (2006) The Drafting of ICJ Decisions: Some Personal Recollections and Observations. *Chinese Journal of International Law*, vol. 5, no. 1, pp. 15–28.
- Thirlway H. (2017) Establishing the Existence of a Dispute: A Response to Professor Bonafé’s Criticisms of the ICJ. *Questions of International Law, Zoom-out*, vol. 45, pp. 53–63.
- Tolstykh V. (2022) Sudebnye resheniya XIX — pervoy poloviny XX veka: antimodernistskiy analiz [Judicial decisions of the 19th and first half of the 20th centuries: an anti-modernist analysis]. *Mezhdunarodnoe pravosudie*, vol. 12, no. 4, pp. 137–153. (In Russian).
- Treves T. (2008) Aspects of Legitimacy of Decisions of International Courts and Tribunals. In: Wolf- rum R., Röben V. (eds.) *Legitimacy in International Law*, Berlin: Springer Verlag, pp. 169–188.
- Ulfstein G. (2019) Majority and Individual Opinions: Constructive Dialogue or the Worst of Two Worlds? Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3370897](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3370897) (accessed: 26.12.2023).
- Vylegzhanin A.N., Dudykina I.P. (2016) Ponyatie “mezhdunarodno-pravovaya politika gosudar- stva” [The politics of international law as a concept]. *Moskovskiy zhurnal mezhdunarodnogo prava*, no. 4, pp. 21–37. (In Russian).